

En la ciudad de General Roca, a los 25 días de julio de 2023. Habiéndose reunido en Acuerdo los Sres. Jueces de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro, con asiento en esta ciudad, para dictar sentencia en los autos caratulados: "**LEIVA GISELA T. Y OTROS C/ CANARIOS MATIAS Y OTROS S/ ORDINARIO**" (Expte.n RO-29773-C-0000), venidos de la Unidad Procesal CINCO, previa discusión de la temática del fallo a dictar procedieron a votar en el orden de sorteo practicado, transcribiéndose a continuación lo que expresaron:

EL SR. JUEZ DR. GUSTAVO ADRIAN MARTINEZ, DIJO: 1.- Llegan los autos al acuerdo, a efectos de resolver conforme nota de elevación de fecha 07/09/2022, los siguientes recursos interpuestos contra la sentencia dictada el 15/06/2022, a saber: 1) Recurso de apelación de la parte actora, el 21/06/2022, concedido mediante providencia del 27/06/2022; 2) Recurso de apelación interpuesto por Evangelina Bozich en su carácter de sucesora del codemandado Juan José Sagües, en fecha 24/06/2022, concedido mediante providencia del día 24/06/2022; 3) Recurso de apelación interpuesto por la citada en garantía RIO URUGUAY COOPERATIVA DE SEGUROS LIMITADA en fecha 24/06/2022, concedido mediante la providencia del día 27/06/2022; 4) Recurso de apelación arancelario interpuesto por la citada RIO URUGUAY COOPERATIVA DE SEGUROS LIMITADA y por derecho propio por los Dres Oscar Pablo Hernández y Santiago Hernández (altos y bajos) mediante escrito con fundamentos presentado el 24/06/2022, concedido mediante la providencia del día 27/06/2022 -conjuntamente con el traslado del memorial-, que no mereció responde; 5) Recurso de apelación interpuesto por una de las partes demandadas, Ariadna y Alejandro Sagües (Sucesores de Juan José Sagües), presentado el día 24/06/2022, concedido mediante la providencia del día 27/06/2022; 6) Recurso de apelación interpuesto por la citada en garantía FEDERACIÓN PATRONAL SEGUROS SA el día 24/06/2022, concedido mediante la providencia del día 27/06/2022, el cual finalmente fuera desistido, manteniendo su representante Dra. Ivanna Marlene Sühs, la apelación arancelaria interpuesta y concedida en la misma fecha.

2.- Ahora bien, resulta oportuno aclarar, que tanto los escritos de los recursos señalados anteriormente, como sus respuestas (en los casos mencionados), se encuentran íntegramente en formato digital, -agregadas al sistema PUMA-, y siendo que los jueces no estamos obligados a seguir a las partes en todas sus argumentaciones, sino tan sólo pronunciarnos acerca de aquellas que estimemos conducentes para sustentar nuestras

conclusiones (CS, doctrina de fallos 272:225; 274:113; 276:132; 280:320) y por razones de brevedad, he de omitir transcribir o referenciar dichas piezas con precisión, remitiéndome a su lectura, sin perjuicio de las menciones que realizaré más adelante.

3.- La sentencia en crisis publicada el 15/06/2022, en lo esencial, resolvió hacer lugar a la demanda promovida por los Sres. Gisella Tamara Leiva, por si, y en representación de su hijo Tiago, quien fuera representado por su madre y su padre, el Sr. Pablo Álvarez, y el Sr. Arnoldo Caro (padre del fallecido Javier Caro), contra los Sres. Matías Canarios, Natalio Roberto Marín, los Sucesores de Juan José Sagües: Sres. Alejandro Aníbal Sagües, Ariadna Lorena Sagües, Evangelina Bozich, y contra la citada en garantía Cooperativa Río Uruguay Seguros Ltda. esta última en el límite del seguro contratado por el Sr. Natalio Roberto Marín, con costas. Asimismo, rechazó la citación en garantía de Federación Patronal Seguros S.A., haciendo lugar a la declinación de cobertura por falta de denuncia y registro del siniestro en tiempo hábil, imponiéndole las Costas por esta citación a los herederos de la Sucesión de Juan José Sagües.

4.- En expreso desacuerdo con lo así decidido, se presentaron los recursos indicados anteriormente, de los cuales realizaré un breve repaso.

4.1.- La parte actora, en primer lugar, se agravió por cuanto la Jueza de grado hizo lugar a la exclusión de cobertura planteada por la citada en garantía Federación Patronal Seguros SA, entendiendo que dicha decisión violó lo establecido en la normativa aplicable al caso (art. 109 a 120 de la Ley de Seguros).

4.1.1.- Como segundo agravio, señaló que la sentencia resolvió hacer lugar al rubro incapacidad sobreviniente, sin considerar como parte del mismo punto la incapacidad psicológica que padecieron los actores Gisella Leiva y Tiago Álvarez. De este modo, les negó la reparación autónoma del daño psicológico, integrándola directamente dentro del rubro daño moral.

4.2.- En fecha 11/10/2022, presentó memorial de agravios la Sra. Evangelina Bozich, demandada en su carácter de cónyuge superviviente del Sr. Juan José Sagües, advirtiendo que la sentencia arbitrariamente hizo lugar a la declinación de cobertura de Federación Patronal S.A, omitiendo considerar, a su criterio, la comunicación realizada en vida por el Sr. Sagües a su seguro, cuando tomó efectivo conocimiento del accidente. En ese sentido, fundó su reclamo en el preceptuado por el art. 46 de la Ley de Seguros. Luego, concluyó haciendo reserva del Caso Federal.

4.3.- Por su parte, Río Uruguay Cooperativa de Seguros Limitada trajo su escrito de agravios en fecha 21/10/2022.

4.3.1.- De este modo, en su carácter de aseguradora de quien fuera tenedor del vehículo Renault Express Dominio AOY 742, Sr. Natalio Marín, -codemandado en las presentes actuaciones-, adujo primeramente que, a su entender, la sentencia tomó equivocadamente la incapacidad parcial y permanente que se dispuso en la pericial médica del Dr. Bazzo, la cual arrojó para Gisella Leiva un 20% y para el menor Tiago Álvarez un 25%. Asimismo consideró la recurrente, que tal informe no cumplió con la carga del art. 471 CPCyC, en cuanto debió contener “la explicación detallada de las operaciones técnicas realizadas y de los principios científicos en que se funda”.

4.3.2.- Respecto al mismo punto, sostuvo la Citada en Garantía, que tampoco correspondieron los porcentuales fijados en la sentencia, toda vez que lo correcto hubiese sido utilizar el método Balthazard de capacidad restante, y no el de Altube-Rinaldi que tuvo en consideración el perito médico.

4.3.3.- Se agravó además en relación a las supuestas irregularidades que contenía el recibo de sueldo que acompañó la actora, el cual fue utilizado para el cálculo de la indemnización por incapacidad física.

4.3.4.- Por último, consideró excesivo el importe resuelto en concepto de daño moral, entendiendo su estimación, ajena a la entidad de los daños sufridos, y a las particularidades del caso. Concluyó haciendo reserva del Recurso de Casación y del Extraordinario Federal.

4.4.- Los sucesores del Sr. Sagües, presentaron memorial en fecha 11/10/2022, agraviándose también por la procedencia de la declinación de cobertura de Federación Patronal Seguros S.A., razón por la cual, se rechazó la citación en garantía por ellos formulada. Al igual que la Sra. Bozich, fundaron su reclamo en la normativa dispuesta sobre Seguros, la cual expresamente enuncia en su art. 46, que la comunicación del siniestro a la Aseguradora debe hacerse dentro de los tres días de conocerlo, y no como lo razonó la Jueza, quien tomó como origen del cómputo del plazo, el momento en que ocurrió el accidente.

4.5.- Por otro lado, Federación Patronal Seguros S.A., apeló la sentencia en un primer momento, aunque luego terminó desistiendo de su recurso en fecha 6/10/2022.

Sin perjuicio de ello, ofreció respuesta a los escritos de agravios de la parte actora y de los codemandados: Evangelina Bozich, Ariadna Lorena Sagües y Alejandro Aníbal Sagües, los que no repetiré por razones de brevedad, invitando nuevamente a los lectores, remitirse a sus constancias digitales obrantes en el sistema PUMA.

4.6.- Finalmente, interpusieron recursos arancelarios: la Dra. Ivanna Marlene Sühs

apoderada de la citada en garantía Federación Patronal Seguros S.A., por considerar baja su regulación de honorarios; la citada en garantía Río Uruguay Cooperativa Limitada respecto de los honorarios regulados a los representantes de la actora, por altos; y los Dres. Oscar Pablo Hernández y Santiago Hernández por la representación que envisten y por derecho propio por estimar altos todos los honorarios y bajos los propios. En esa línea, expresaron que “(...) los montos regulados, exceden la responsabilidad por costas instituido por la Ley 24.432 y previsto en los arts. 730 y 731 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN), teniendo en cuenta que el concepto de costas abarca a todos los gastos causídicos devengados en el proceso, razón por la cual para determinar el límite legal de responsabilidad instituido por las normas precitadas deben contemplarse: tasa de justicia, sellados, contribuciones a Colegio de Abogados SiTraJur, honorarios de abogados y peritos, gastos de diligencias, tributos y aportes a Caja Forense. Esa limitación debe complementarse con la del art. 77 CPCyC último párrafo referida a los honorarios de primera instancia”.

4.7.- Es menester señalar finalmente, que previo al llamamiento de autos para sentencia y sorteo, se corrió vista a DEMEI en fecha 15/11/2022, quien elevó su dictamen el 28/11/2022, expresando textualmente: “SEÑORA JUEZ: MARÍA CRISTINA DÍAZ, Defensora de Menores e Incapaces N° 3 de la Segunda Circunscripción Judicial de la Provincia, ante S.J. Me presento y digo que intervengo en las presentes actuaciones de conf. Art. 103 del C.C.y C por Tiago Agustín Álvarez, nacido el 1 de agosto de 2007, representado en autos por su madre Gisella Tamara Leiva y su padre Pablo Andrés Álvarez,-certificado nacimiento fs. 244- quienes otorgaron poder general Judicial al Dr Juan Pablo Urquiaga y a Dra Natalia Fabiana San Miguel. Se corre traslado a este Ministerio luego de dictada la sentencia de primera instancia la parte actora presenta recurso de apelación, se adhiere a lo alegado respecto del niño. Por otra parte, este Ministerio entiende que de conformidad a lo establecido en la Convención de Derechos Humanos el presente se encuentra en estadio de ser revisado por Tribunal de 2da instancia. DEFENSORIA DE MENORES e INCAPACES N° 3 GRAL. ROCA, 28 de noviembre de 2022”.

ANÁLISIS Y SOLUCIÓN DEL CASO:

5.- Previo a ingresar al tratamiento de los agravios, no puedo dejar de expedirme respecto de la actuación del Ministerio Público.

De la lectura del dictamen de DEMEI que he transcripto íntegramente, no puede sino

concluirse que su actuación ha sido solo aparente, no verificándose una adecuada lectura y estudio del caso y mucho menos efectiva defensa de los intereses del niño.

Ya de por sí se verifica un exceso del copy-paste cuando se dirige la presentación a “Señora Jueza”, siendo que la intervención se la acordó la Cámara. Por otra parte se limita a decir que “entiende que de conformidad a lo establecido en la Convención de Derechos Humanos el presente se encuentra en estadio de ser revisado por Tribunal de 2da instancia”, cuando, más allá de la inutilidad de tal apreciación, no hay norma alguna de la Convención que determine la oportunidad en que puede o debe intervenir los tribunales de apelación, siendo del caso recordar que la Convención solo asegura la doble instancia en material penal.

Ni siquiera se ha advertido el error en que se incurre en la sentencia al considerar que “el niño T.A., contaba con 10 años al momento del accidente”, lo que desde luego tiene repercusión en la determinación de las indemnizaciones (el niño contaba solo con 7 años). Pero más grave aún es que se ha adherido a la expresión de agravios efectuada por los apoderados, cuando en esta inexplicablemente nada se dice sobre tal error y, además, se consiente una indemnización por daño moral que está muy por debajo de la reclamada y de los precedentes de la Cámara.

Recientemente en autos "BURDILES C/ ZAMPINI" (sentencia de fecha 15/05/2023 correspondiente al Expte. CH-59094-C-0000), frente a una intervención de DEMEI que como la que aquí se nos presenta permite evidenciar que ha sido solo aparente y abusándose del copy-paste, expresamos los siguientes conceptos que resulta oportuno reiterar: “entiendo que el dictamen de DEMEI que he transcripto, justifica observaciones. Es claro que resulta una copia del dictamen presentado en otro expediente. No solo no hay una sola referencia puntual al caso, sino que incluso hace referencia a “su hija”, “a la adolescente” (femenino), cuando por quien aquí se acciona es por un niño (masculino). No se está en contra del uso del “copia y pega”, pero hay que hacerlo con responsabilidad. Aunque refiriéndonos a abusos por parte de los abogados de las partes, por caso en “García c/ Swiss Medical” (sentencia de fecha 4/09/2019 correspondiente al Expte. B-2RO-297-C9-18), vertimos consideraciones que entiendo adecuadas reproducir en la oportunidad. Expuse allí al formular el voto ponente: ‘Ya hemos cuestionado seriamente prácticas de tal tipo declarando la deserción del recurso y advirtiéndolo a los profesionales sobre la aplicación de sanciones de persistir en tal conducta (ver en tal sentido lo que dijéramos en el caso ‘ESTREMADOR’ y en los precedentes allí citados, sentencia de fecha 5/07/2019 correspondiente al Expte.

2RO-120-C5-13), aunque en este caso no se verifica simplemente una introducción indebida de párrafos que no guardan relación con el caso como en aquellos antecedentes, sino que como se dijo, los recurrentes han aparentado cumplir la carga de fundamentación copiando el memorial de agravios de otro expediente que simplemente modificaron en cuanto a nombres y números, omitiendo referir por completo a los fundamentos que debían intentar enervar. En una línea similar la Sala II de la Cámara de Apelaciones de Morón también se ha expedido críticamente sobre el abuso del denominado 'corta y pega', declarando desierto el recurso (ver sentencia de fecha 18/07/2019, La Ley cita online: AR/JUR/25541/2019, así como el comentario doctrinario hecho por Francisco Feced Abal, titulado 'Sobre el uso (y abuso) del copy-paste', publicado por la misma editorial el 27/08/2019, cita online AR/DOC/2689/2019). Desde luego que aquí no aplica lo de la deserción, pero se debe actuar con igual o más celo en tanto se trata de una actuación en el interés de un menor cuya tutela corresponde a un primerísimo orden público y el cumplimiento del acto no debe ser solo formal, sino efectivo. No basta que DEMEI verifique que -en este caso- el niño, esté siendo representado por su madre y que ésta apeló la sentencia y expresó agravios -verificación solo formal-, sino que debe ver si tal actividad se desarrolla eficientemente de modo de eventualmente salir en auxilio cumpliendo con el mandato impuesto por el art. 103 del CCyC. Su actuación -tanto la complementaria, como la principal-, no puede ser aparente sino que debe ser efectiva y es causal de nulidad. Incluso en nuestra jurisdicción el STJ llegó a admitir la muy excepcional vía del juicio de revisión en materia civil (creo que ha sido un caso único), tras acreditarse que la intervención del Ministerio Público había sido solo formal, pues DEMEI no se había interiorizado del caso y actuado en interés del menor con afectación de los intereses de éste (caso "REMON C/ REMON", sentencia de fecha 29/08/2013, correspondiente al Expte. 22427/07)".

En el citado precedente no propuse la declaración de nulidad alguna, en tanto en definitiva no había agravio y la nulidad prevista por el CCCyC es relativa, pero en el presente, la ausencia de agravios respecto de las indemnizaciones concedidas al menor, me llevan a declarar la nulidad de la referida actuación de DEMEI, proponiendo no expedirme respecto de las indemnizaciones del menor, debiendo DEMEI, con posterioridad al dictado de esta sentencia tomar efectiva intervención asegurando la doble instancia en lo que respecta a la determinación de las indemnizaciones correspondientes al menor.

Cabe recordar que conforme el art. 139 inc. 14 de la Constitución Provincial, a diferencia del orden nacional y las otras provincias, la doble instancia tiene rango constitucional para todos los fueros (ver lo que dijéramos en los autos caratulados “Asoc. Rionegrina de Anestesia y Rehabilitación c/ Obra Social Obreros del Emp. Fruta de R. Negro y Nqn. s/ Ordinario”, sentencia de fecha 20/11/2013 correspondiente al Expte. CA-21179 y los precedentes citados), debiendo por consiguiente la renuncia a ella por parte de los apoderados o representantes legales, excepcional y plenamente justificada.

5.1.- Hecha la aclaración que antecede e ingresando en consecuencia en el tratamiento de los agravios, iniciaré en principio con los vertidos por la parte actora.

5.1.1.- En primer lugar, concuerdo en que el rechazo de cobertura del siniestro por parte de Federación Patronal, -consentido por la magistrada-, obedece a un criterio equivocado, y en evidente oposición a la doctrina obligatoria de nuestro cimero Tribunal Provincial.

Me explayaré un poco más sobre esta cuestión, toda vez que el presente agravio, resultó replicado en los recursos de los demandados Sagües, -tanto los Sres. Ariadna Lorena y Alejandro Aníbal Sagües, como la Sra. Evangelina Bozich-, aunque con distintos argumentos.

De acuerdo a lo resuelto por la Sra. Jueza, la falta de denuncia en tiempo del accidente acaecido el 26/01/2016 por el asegurado Sr. Sagües, así como la ausencia de explicación que de algún modo justifique aquella demora, motivó la procedencia de la declinación de cobertura solicitada por la citada en garantía, todo ello en aplicación de los artículos 46 y 47 de la Ley de Seguros.

Sin embargo, advierto razón en los argumentos de la actora recurrente, quien refirió que la jurisprudencia que cita la magistrada, no resulta aplicable al caso que nos convoca, ya que en los fallos mencionados, la cuestión versaba sobre una relación de asegurado asegurador, esto es, una acción directa derivada del contrato de seguro, y aquí corresponde analizar la figura de la citación en garantía de la aseguradora, derivada de la existencia de una póliza de seguros de responsabilidad civil, cuyo encuadre normativo está definido en los art. 109 a 120 de la Ley de Seguros.

A resulta de lo expresado, el propio art. 118 de la LS, específicamente establece que el asegurador al ser citado y comparecer al juicio, solo puede oponer defensas nacidas con anterioridad a la ocurrencia del siniestro, como por ejemplo, puede ser la falta de pago

de la póliza, o el hecho de haberse conducido el rodado asegurado sin registro habilitante.

Ahora bien, la falta de denuncia en el tiempo que reglamenta la ley de Seguros N° 17.418, constituye un suceso de temporalidad posterior a la ocurrencia del siniestro acaecido el 26/01/2016, y por obvia consecuencia, inoponible a las víctimas.

Ciertamente, a mi criterio, no cabría distinta interpretación de la norma referida, toda vez que el seguro no tiene sólo por propósito proteger a quien lo contrata, sino también asegurar a la víctima, quien de modo contrario quedaría desprotegida y revictimizada por la inactividad del tomador del seguro en un sistema legal que propende a que la circulación automotriz se realice bajo cobertura por accidentes o de responsabilidad civil.

Retomando lo ya anticipado al iniciar el desarrollo de mi voto, advierto que esta Cámara, se ha pronunciado en reiteradas oportunidades en la línea de lo que hasta aquí hemos explicado.

De este modo, hemos abordado el tema en varias oportunidades, habiendo dicho por caso en el caso “MARTINEZ C/ FLORES” (Expte. 9683-J21-15, sentencia del 17/07/2020): “Antes de ingresar en el tratamiento de los rubros indemnizatorios reclamados para juzgar su procedencia y en su caso cuantificar, entiendo necesario abordar la defensa articulada por la citada en garantía, quien pretende eximirse de responsabilidad alegando que el demandado no cumplió con la obligación contractualmente asumida de comunicarle tempestivamente la promoción de la demanda. Sostiene la aseguradora que, en el contrato de responsabilidad civil, las cláusulas del contrato también resultan oponibles a la víctima trayendo jurisprudencia que incluye al cimero tribunal provincial, todo entre otras consideraciones a cuya lectura vuelvo a remitirme por las razones ya expuestas. 6.2.- Por lo pronto en mi opinión no se acreditó tal incumplimiento y es importante señalar que, aunque por hipótesis el asegurado no le hubiere puesto en conocimiento de la notificación de la demanda civil, no se advierte el perjuicio que le pudo traer aparejado ello desde que la aseguradora tuvo oportunidad de ejercer plenamente su derecho de defensa, tras la notificación que se le hiciera en la etapa inicial. 6.3.- Pero, por otra parte, debemos hacer hincapié en que se confunde lo que son situaciones de no seguro o eximentes de responsabilidad oponibles a la víctima por ser anteriores al siniestro, con lo que, como en el caso, constituiría una causal de caducidad del seguro que le exime de responsabilidad ante el asegurado, pero no respecto de la víctima frente a quien debe

responder en la medida del seguro. En este sentido expresa Meilij que 'la distinción entre cláusulas de caducidad y de exclusión de cobertura no es una cuestión de puro interés teórico, ya que son distintos los efectos producidos por unas y otras, siendo distinta, también, la posición del asegurador, quien se encuentra en situación más favorable en los casos de exclusión de cobertura, ya que estos supuestos son oponibles en todos los casos al tercero reclamante en el seguro de la responsabilidad civil y escapa, además, a las limitaciones impuestas en materia de cargas convencionales por el art. 36, ley 17418 (y, por tanto, al art. 158 de la ley, pieza esencial del sistema)' (Meilij, Gustavo Raúl, 'Caducidad y exclusión de la cobertura', publicado en: SJA 11/09/2013 , 50 - JA 2013-III, Cita Online: AR/DOC/6386/2013). Y en una exposición más amplia y con copiosas citas bibliográficas y jurisprudenciales, expresa Rubén S. Stiglitz: 'La caducidad, al participar de la naturaleza jurídica de una sanción, aplicable como consecuencia de la inobservancia de una carga legal o contractual, opera como un medio o una excepción que permite al asegurador, cuando el riesgo previsto en el contrato se ha realizado (siniestro), rehusar la garantía comprometida respecto de dicho siniestro. De lo expuesto se deduce que, obviamente, las caducidades convencionales son aquellas incorporadas al instrumento contractual (la póliza), lo que significa que constituyen 'texto contractual' y 'forman parte del contrato'. Todo ello, sin perjuicio que todas y cada una de las caducidades de fuente normativa, se hallan reproducidas en la póliza, por lo que adquieren carácter convencional. De allí que, en una primera aproximación, la caducidad pueda ser definida como la pérdida del derecho del asegurado a la garantía asumida por el asegurador motivada en la inejecución, por el primero, de una carga de fuente legal o contractual. En virtud de la caducidad operada, el asegurador queda liberado de su obligación principal en relación con el siniestro respecto del cual el asegurado no ha cumplido su carga, pero sin que ello importe, correlativamente, que el último se libere del pago del premio' (autor citado, 'Pronunciamiento del asegurador (Art. 56, L. S.)', publicado en RCyS 2009-VI , 3; Cita Online: AR/DOC/1928/2009). Con suma claridad marca el autor la diferencia más adelante diciendo: 'Acontece que la liberación del asegurador del pago de la indemnización, fundado en la caducidad, opera cuando el asegurado ha inejecutado una carga legal o contractualmente impuesta cuyo objeto se halla constituido por una conducta de realización facultativa, y referida al siniestro respecto del cual la citada carga ha sido incumplida. En cambio, la exclusión de cobertura, o no seguro, o no garantía, importa la limitación de un riesgo consagrándose un supuesto de no seguro.

Ello significa que, al no entrar en las previsiones de cobertura contenidas en el contrato, el asegurador no se halla obligado a garantizar. Y en lo que aquí más interesa, expresa luego Rubén Stiglitz en el artículo que comentamos: “La exclusión de cobertura, en tanto defensa anterior al siniestro, es oponible al asegurado; y en el seguro contra la responsabilidad civil, también al damnificado cuando éste ejerce el derecho de citar en garantía al asegurador (art. 118-2, L.S.). En cambio, las caducidades por inobservancia de cargas posteriores al siniestro no son oponibles a la víctima ni al damnificado (art. 118-3, L.S.). En rigor de verdad, la ley no formula distinción alguna, pues la frase “...en este juicio... el asegurador no podrá oponer las defensas nacidas después del siniestro” (art. 118-3, L.S.), no identifica a los beneficiarios de la inoponibilidad ni el alcance de ésta. Desde nuestro punto de vista, una recta interpretación conduce a afirmar que las defensas nacidas con posterioridad al siniestro deducidas por el asegurador carecen de eficacia en el proceso donde han sido invocadas, de modo tal que su invocación y prueba no podrán ser contenido de la sentencia. Pero ello no impide que sean deducidas, asignándoles el tratamiento de una reserva formulada para hacerlas valer en juicio ulterior, ya que, de incurrir el asegurador en silencio, podría ser interpretado como una renuncia tácita a invocar las caducidades derivadas de la inobservancia de cargas, bloqueándole la viabilidad de una acción de regreso”. 6.4.- No corresponde en consecuencia hacer lugar a la defensa de falta de legitimación opuesta por la aseguradora, debiendo la misma responder solidariamente con el asegurado dentro de los límites económicos establecidos en la póliza, eximiéndose sí del correr con gasto alguna de la defensa del asegurado”.

5.1.2.- Por otro lado, los codemandados Sres. Ariadna Lorena y Alejandro Aníbal Sagües, y Sra. Evangelina Bozich, adujeron el mismo agravio respecto a la equivocada exclusión de cobertura de Federación Patronal resuelta por la jueza de grado, aunque esta vez, fundada en distintos argumentos.

Concretamente se quejaron porque la Jueza entendió que “los derecho habientes del Sr. Juan José Sagües, no han probado de manera alguna que hayan comunicado en tiempo y forma a la aseguradora del hecho investigado, ni que haya habido causales de justificación de demora. Asimismo, dispuso la sentencia que “no se puede en base a los derechos del Consumidor, justificar el incumplimiento tanto de la carga impuesta por los arts. 46 y 47 de la Ley 17.418, ni la falta de actividad probatoria para demostrar que hubo algún tipo de justificación para no formular la denuncia del siniestro”.

Ciertamente en ambos recursos, los codemandados advirtieron que la notificación de ley

fue efectivamente realizada por el Sr. Sagües a través de Carta Documento N 203529902 de fecha 7/09/2016, luego que él fuera anoticiado del trágico suceso, en oportunidad de comunicarle la audiencia de mediación prejudicial. Explicaron que, tal situación se debió a que, si bien él seguía ostentando el título registral del vehículo que protagonizó el accidente, ya no lo tenía en su poder (porque lo había vendido), aunque a la fecha no había efectuado la correspondiente transferencia ni denuncia de venta. Sin embargo, había mantenido el seguro contratado a Federación Patronal, cuya cobertura ahora reclamaba.

5.1.3.- Por su parte, la compañía aseguradora, en respuesta de estos agravios, indicó que la Carta Documento tenía ‘inmersa’ la fecha indicada 07/09/2016, lo que no acreditaba que efectivamente esa fuera la verdadera fecha de remisión a la aseguradora, y que el asegurado no indicó con precisión cuándo tomó efectivo conocimiento del accidente, ni detalló en qué condiciones se produjo.

5.1.4.- Encuentro inaceptable el argumento de la aseguradora. No sólo porque la fecha ‘inmersa’ surge del sello cuyo timbrado depende del Correo diligenciador -y no de la voluntad del remitente-, sino porque de acuerdo a lo previsto por el art. 56 de la Ley de Seguros, en el hipotético caso que la aseguradora hubiese tenido alguna necesidad de requerir mayores aclaraciones y detalles para despejar sus dudas acerca de la veracidad o alcance del accidente, entonces, debió hacerlo en el plazo de 30 días que le concede la mencionada ley. De lo contrario, como la propia norma lo auspicia, tales omisiones se presumen como aceptación de las invocaciones efectuadas por el asegurado.

5.1.5.- No considero en consecuencia que la comunicación haya sido extemporánea y que la aseguradora, imposibilitada como vimos de declinar respecto de la víctima, sí pudiera hacerlo respecto de los asegurados. La denuncia del siniestro fue tempestiva y por consiguiente cabe revocar la sentencia en este aspecto.

El cimero tribunal provincial en su actual integración, aunque abordando un caso muy distinto, ha ratificado la doctrina que en ese sentido tenía fijada en el precedente “PÉREZ ARAMBURU”, en la causa “LONCON EVES C/ BALSEIRO” (sentencia de fecha 11/10/2020 correspondiente al Expte. BA-31833-C-0000. Allí, a partir del voto de la Dra. Criado, se expresó, en lo que aquí interesa y que constituye doctrina legal obligatoria (art. 42 ley 5.190): “.....tanto la jurisprudencia como la doctrina son contestes en que el plazo de treinta días para que el asegurador se pronuncie acerca del derecho del asegurado comienza su curso con la denuncia del siniestro. Es que si bien el

plazo del art. 56 LS debe computarse a partir del momento en que la entidad aseguradora cuenta con toda la información, dicho principio cede cuando la compañía no requiere ninguna información ampliatoria en el plazo allí fijado, ya que su silencio hace presumir conformidad con el reclamo. Es decir, es claro que si el asegurador no requiere de información alguna ni para verificar el siniestro ni para determinar el crédito del asegurado y tampoco exige la presentación de prueba instrumental, la mora para pronunciarse opera a los treinta días desde que se recibió la denuncia del siniestro y no a partir de que se tuvo conocimiento de la causal de exclusión de cobertura como pretende la recurrente. Al respecto se ha dicho que "Puede suceder que el siniestro, tal como aconteció y fue denunciado, no requiera de información complementaria, pues su verificación y la extensión de la prestación a cargo del asegurador no es objeto de cuestionamiento o no requiere de mayores precisiones. Pues bien, en ese caso, dispone de treinta días para pronunciarse en torno al derecho del asegurado. Y ese plazo debe computarse desde que se recibió la denuncia del siniestro, pues ésta constituye la primera información con eficacia contractual recibida por el asegurador. Lo expuesto surge a contrario sensu de lo dispuesto por el art. 56 Ley de Seguros, que fija al asegurador dicho plazo para pronunciarse una vez recibida la información complementaria prevista en el art. 46-2 y 3, Ley de Seguros. En efecto, si el asegurador no recaba información complementaria, cabe presumir que no lo hizo porque a los fines de la verificación del siniestro o de la extensión de la prestación a su cargo era suficiente con la que disponía. Ello significa que puede pronunciarse inmediatamente sobre el derecho del asegurado, pero es recién al cumplirse treinta días de recibida la denuncia, que la omisión en hacerlo conlleva el efecto jurídico de importar una aceptación." (Stiglitz, Rubén S., "Pronunciamiento del asegurador. Plazo. El silencio y sus alcances" LA LEY AR/DOC/2738/2007). También este Superior Tribunal de Justicia ha expresado que "si el asegurado denuncia un siniestro y el asegurador no le requiere información adicional (como ocurrió en la especie) o si la requiere y ésta le es entregada por aquél, pasados treinta días de ello sin que el asegurador se pronuncie sobre el derecho del asegurado a ser indemnizado, su silencio importa aceptación del derecho del asegurado a ser indemnizado." (STJRNS1 - Se. 64/12 "Pérez Aramburú"). Si la aseguradora -como en el caso- no rechazó la cobertura en el citado plazo del art. 56 de la LS, se considera que aceptó esta y en consecuencia no puede en juicio declinar. Está Cámara en voto de la Dra. Mariani y con adhesión del suscripto ya en un viejo precedente, expresó: "El informe del siniestro "no tiene formas impuestas... el

asegurador debe ser diligente en requerir los informes... de su recepción depende el plazo del art. 56". (Halperín, "Seguros" T^oI, ed. Depalma, pág. 465). Por otra parte, cabe apuntar que la relación asegurado-aseguradora se enmarca en las normas del Derecho del Consumidor, de raíz constitucional, con lo cual, ante cualquier duda en la interpretación de los hechos, habrá de estarse a la más favorable al consumidor-asegurado. El asegurado denunció el hecho generador (accidente) y la Compañía aseguradora, profesional en la relación, debió analizar los riesgos cubiertos según la póliza (contrato predispuesto cuyas cláusulas son de su autoría) y en función de ello requerir los informes que estimara pertinente a fin de evaluar si se daban los recaudos para actuar su cobertura. La omisión no puede perjudicar al asegurado. La empresa omitió expedirse en el plazo de 30 días que prevé el art. 56 de la LS, con la consecuencia allí dispuesta: "...La omisión de pronunciarse importa aceptación". Tiene dicho la Jurisprudencia que " El principio de buena fe contractual exige a la aseguradora proceder a un rechazo inmediato y enérgico del siniestro.... En principio, el asegurador debe pronunciarse siempre que haya una denuncia de siniestro, pues si no se pronuncia por el rechazo, en función de las previsiones contenidas en los arts. 46, ap. 1) y 47 LS., su omisión importa aceptación en los términos del art. 56 y, en especial, cuando se halla formalizado el contrato de seguro referido al riesgo cuya realización (siniestro) se denuncia y éste es inherente al riesgo objeto del contrato celebrado". (Referencia Normativa: Ley 17418 Art. 46 ; Ley 17418 Art. 47 ; Ley 17418 Art. 56; SCBA, C 93507 S; Fecha: 26/08/2009; Macías, Verónica Sara C/ Tártaro, Gabriel Y Otros S/ Daños y Perjuicios; Mag. Votantes: Neri-Hitters-Soria-deLázzari), Jur Lex-Doctor”.

5.1.6.- Sentado lo anterior, propongo revocar la exclusión de cobertura resuelta en la sentencia de grado a favor de Federación Patronal Seguros S.A., condenándola a resarcir a los actores Gisella Tamara Leiva, Tiago Agustín Álvarez y su padre, el Sr. Pablo Álvarez, de acuerdo a los importes indemnizatorios resultantes del decisorio, en los términos de la póliza contratada, y hasta el límite de cobertura.

5.2.- Pasando al segundo de los agravios dispuestos en el memorial de la actora recurrente, esto es, la inobservancia del porcentaje de incapacidad psíquica o psicológica que padecieron Gisella Leiva y Tiago Álvarez, en el cálculo efectuado a la hora de resolver el monto indemnizatorio en concepto de incapacidad sobreviniente, entiendo que, el razonamiento de la magistrada en este punto, resultó erróneo.

Si bien, al menos en el caso, es muy acertado nutrirse también del informe de la perito psicóloga para la determinación del daño moral, advierto incorrecto el tratamiento de este rubro junto con el daño psicológico de carácter permanente, y menos aceptable aún, concluir en un único monto indemnizable para resarcir dos daños de distinta naturaleza.

Viene al caso reiterar lo que expusiera -entre otros precedentes- en el caso “HEREDIA” (sentencia de fecha 5/06/2020 correspondiente al Expte. A-2RO-652-C9-15). Expresé allí sobre el punto: “Por otra parte, si bien durante mucho tiempo se siguió una posición muy restrictiva respecto del daño psíquico, indemnizando el mismo como rubro material por el costo del tratamiento, y moral en sus otros aspectos, ello ha ido variando en los últimos años y, además existe doctrina legal obligatoria (art. 42 de la ley 5.190). En este sentido entre otros pronunciamientos en ‘Linares c/ Expreso Dos Ciudades’ (sentencia del 19/09/2018 correspondiente Expte N° CS1-308-STJ2017 // 29066/17-STJ) en el voto del Dr. Barotto sin disidencias, se expone: ‘... el daño psicológico resulta parte del daño indemnizable contemplado en la consabida fórmula Pérez Barrientos, de este Cuerpo, porque a diferencia del daño moral, que afecta la dignidad y los afectos pero sin producir incapacidad, el daño psicológico tiene concreta incidencia incapacitante laboral, y por ende, claramente económica en la vida del trabajador afectado. Y se trata el mismo de un tipo de daño respecto del cual la Corte Suprema de Justicia Nacional tiene ya sentado que debe ser reparado de manera autónoma del moral en la medida que asuma condición permanente, es decir, que ‘para la indemnización autónoma del daño psíquico respecto del moral, la incapacidad a resarcir es la permanente y no la transitoria, y debe producir una alteración a nivel psíquico que guarde adecuado nexo causal con el hecho dañoso’ (CSJN, in re: ‘Coco, Fabián Alejandro c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios’, sentencia del 29 de junio de 2.004)’. Agrego además que esta Cámara tuvo oportunidad de abordar un interesante caso en el que se tomó un Desorden Mental Orgánico Postraumático como factor para la determinación de la incapacidad y utilización de la fórmula que aplicamos como doctrina legal al efecto (‘Pérez Barrientos’ y Pérez c/ Mansilla’). Refiero al caso ‘Arias c/ Martínez’ (sentencia de fecha 21/06/2017 correspondiente al Expte. N° CA-20898)”.

La Cámara viene siguiendo desde hace varios años tal criterio, del que no hemos de apartarnos, ni considero necesario hacerlo.

Dicho ello y remitiéndonos a la pericia psicológica de la Lic. Gladys Mabel Hernández,

junto a su respuesta a las impugnaciones de la aseguradora, surge respecto a la Sra. Gisella Leiva, que tuvo secuelas traumáticas derivadas del accidente en el cual perdió a su pareja, y su hijo tuvo graves secuelas físicas, que repercutieron en su vida y en la actualidad evidencian rasgos depresivos y una sensación de vulnerabilidad a otro tipo de daños.

Se observaron también, signos de astenia, apatía, junto con indicadores de ansiedad elevada y angustia contenida. Asimismo posee temor a verse desbordada por sus emociones y no poder regularlas. Además, señaló la perito que surgió en la entrevista cierto trastorno del humor hacia la tristeza, junto con melancolía con culpabilidad por los hechos sucedidos y las secuelas ocasionadas en su hijo. Expresó que conforme lo evaluado presenta un cuadro de estrés post traumático, según lo especificado en el DSM IV (manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales). El cuadro evidenciado de la entrevistada se corresponde con 2.6.7. Desarrollo psíquico postraumático con una incapacidad actual del 15% según baremo de Castex y Silva; Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires.

En cuanto al menor Tiago Álvarez, refirió que tiene trastornos postraumáticos. Se evidenciaron signos de angustia contenida, temor al entorno y algunos recuerdos traumáticos que dificultan el accionar cotidiano y le provocan limitaciones en el comportamiento. Producto del accidente no pudo practicar más el deporte que hacía y debe comer todo sin sal lo que le genera grandes limitaciones. Presenta algunos trastornos en la imagen corporal y una baja autoestima que le provocan temor frente al entorno junto con cierto miedo a sentirse observado. Conforme lo evaluado podría decirse que el cuadro que representa el joven se correspondería con F43.1 trastorno por estrés post traumático, según lo especificado en el DSM IV (manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales). El cuadro evidenciado se correspondería con: 2.6.7 Desarrollo psíquico postraumático, con una incapacidad actual del 10%, según baremo de Castex y Silva. Academia Nacional de ciencias de Buenos Aires.

Ahora bien, considerando que la incapacidad es única, y aunque parcial, de carácter permanente, resulta adecuado, adicionar a la incapacidad física determinada y padecida directamente por los actores, la incapacidad psíquica que informa la perito Psicóloga, utilizando para tal cometido el sistema de 'Balthazard' o de 'Incapacidad Restante'.

5.3.1.- Pero antes de avanzar en la determinación y cuantificación de tales rubros, entiendo necesario abordar los agravios de Río Uruguay Cooperativa de Seguros Lda. (refiero a avanzar en lo que concierne a la Sra. Leiva, pues respecto del niño habrá de

posponerse el tratamiento en función de lo expuesto y propuesto precedentemente en el punto 5).

En tal sentido coincido en lo que respecta a no computar el 5% que agrega en su informe el perito médico como consecuencia de su diagnóstico de “Desarrollo reactivo no psicótico muy leve”, ya que constituye un exceso en cuanto no le fue solicitado a éste se expidiera sobre tal materia que en el caso se requiriera a la perito psicóloga. Por consiguiente, como ya expuse, corresponderá tomar para la determinación de la incapacidad psíquica o psicológica el informe de la Lic. Hernández y para la física, la opinión médica.

La pericial médica, a diferencia de la psicológica, corresponde a una especie de prueba sobre conocimientos especiales, dirigida a determinar aquellas dolencias productoras de daños físicos, en ciertos casos permanentes, de utilidad para el cálculo de indemnización por incapacidad. Por distinto carril corre la denominada pericial psicológica -también la psiquiátrica-, la que consiste en un instrumento fundamental para detectar elementos probatorios de aspectos psicológicos o de la salud mental de los individuos en el contexto legal.

5.3.2.- Por otro lado, esta aseguradora, expresó agravios respecto a la determinación de porcentajes de incapacidad física, los que a su criterio carecen de fundamento suficiente. De este modo, señaló que, en oportunidad de formular alegatos, cuestionó la eficacia probatoria del dictamen médico porque a su entender no contenía la explicación detallada de las operaciones técnicas realizadas y de los principios científicos en que se funda. Asimismo, cuestionó el informe psicológico de la Lic. Hernández, quien inmediatamente luego de determinar el grado de incapacidad de los actores, dispuso la necesidad de un tratamiento psicológico para ayudar a superar los daños generados.

Ahora bien, ya me he pronunciado en reiteradas oportunidades respecto de las críticas a los informes periciales sin sustento técnico alguno. En esa línea, traigo a colación lo expuesto entre otros precedentes, en ‘Cayuleo c/ Bagliani’, Expte. CA-21058, sentencia de fecha 18/02/2013, en el que expuse: “Por lo pronto he de cuestionar que el accionado y la citada en garantía, máxime siendo una aseguradora que se supone tiene múltiples reclamos de similar naturaleza, no haya procurado asistirse con un consultor médico de parte. Ciertamente la concurrencia de éste es una facultad y no una carga para las partes,

pero el no recurrir a los servicios de uno, cuando además es de presumir que no tenían impedimentos, lleva a que en cierto modo por su propia conducta asuman el riesgo que la actividad de contralor e impugnación de la labor del perito oficial resulte deficitaria o ineficaz. Repárese en que se trata de áreas de conocimiento complejas, generalmente opinables y muy ajenas al conocimiento jurídico, de modo que es necesario que las partes acerquen opiniones técnicas y científicas adecuadas para enervar el dictamen del perito oficial. (‘Zucchini c/ Vía Bariloche’, sentencia de fecha 13/08/2014 Expte. 34893). Mientras que en similar línea también se ha expresado la otrora integrante de esta cámara Dra. Adriana Mariani, quien ha expresado que ‘...sin mengua de los derechos de la parte y el conocimiento de los letrados que han asistido a la demandada, venimos diciendo en precedentes de esta Cámara que para impugnar el dictamen del experto hace falta algo más que el mero disconformismo y sería deseable que la parte (en la caso el ente público posee recursos para hacerlo) utilizara la figura del patrocinante técnico (consultor de parte) para dar sustento técnico al cuestionamiento. No advierto razones en el caso para que el juez se apartase del resultado de la pericia (‘Sandoval c/ Municipalidad’, sentencia de fecha 18/12/2014 Expte. 33445-j5-09)’. Pero antes de concluir el tratamiento de este agravio, creo importante realizar dos reflexiones.

En primer lugar, que el hecho de que la perito psicóloga haya dispuesto ‘seguidamente’ a la determinación de incapacidad de los actores, la necesidad de un tratamiento prolongado de sesiones terapéuticas, resulta a todas luces una conclusión atinada, en relación a las características particulares del caso analizado. De otro modo, resultará aún más difícil que Giselle y Tiago logren, o al menos intenten sobrellevar las consecuencias psicológicas de la tragedia que les tocó vivir.

En segundo lugar, realmente llama la atención el modo en que la aseguradora intenta banalizar con manifestaciones sin respaldo, el terrible episodio transitado por los actores, cuya ocurrencia está fuera de discusión por la firmeza de la sentencia en tal extremo.

Restar trascendencia y dramatismo, a un accidente automovilístico en el que tres personas terminaron internadas de urgencia, uno de ellos falleciera luego de reiterados episodios de paros cardiorespiratorios, y un niño, también haya tenido que ser atendido en terapia intensiva por un muy largo período, sometido a intervenciones quirúrgicas, y finalmente perdido uno de sus riñones a causa de las lesiones, todo ello con 7 años de edad, carece a mi juicio de cualquier tipo de sentido. Por ello, si bien no es tarea de este

Tribunal lograr que las partes empaticen con las situaciones que se plantean, resulta nuestro deber, exigir al menos frente a tan desafortunados planteos, que los mismos se encuentren respaldados por explicaciones técnicas que acrediten la veracidad de sus conclusiones. Caso contrario, como en tantos otros casos que hemos tratado, podría interpretarse que la única intención que persiguen las aseguradoras con estos recursos, es la de dilatar el proceso, y por añadidura, agravar la terrible situación de una familia que ha sido destruida.

5.3.3.- Finalmente, Río Uruguay cuestionó el recibo de sueldo presentado por la actora, el cual fuera utilizado como uno de los elementos para el cálculo de la indemnización por incapacidad. Advierto sin más, que corresponde desatender el presente reclamo por incongruente. En este sentido, no podríamos tratar cuestiones que no han sido formuladas como elemento de defensa en la contestación de demanda, ni en el escrito de alegatos, al conocerse la pretensión de la actora y sus elementos de prueba.

En este sentido ha expresado el cimero tribunal provincial (sentencia de fecha 21/11/2012 correspondiente al expediente N° 25791/12-STJ, reiterada en otros muchos más recientes): “de lo expuesto surge sin hesitación una cuestión gravitante, cual es la violación y/o transgresión, por los Jueces, de la obligación de atenerse a las alegaciones, fundamentos y argumentaciones, defensas y puntos de ataque explicitados al inicio del proceso, que conforman lo que procesalmente se denomina ‘la traba de la litis’, cuyo campus precisamente queda limitado y ceñido a ese conjunto de recíproca exposición de cada posición en conflicto... En tal sentido, Augusto M. Morello ha sostenido que los Jueces ‘...en preservación del principio de congruencia deben ajustar sus decisiones a las peticiones formuladas al trabarse la litis.... Han de aplicar los preceptos pertinentes en base a los hechos expuestos por los litigantes, pero ello no autoriza a cambiar la acción interpuesta ni a modificar los términos en que ha quedado trabada la litis; lo contrario importaría conculcar lisa y llanamente la garantía de la defensa en juicio faltando a las reglas del debido proceso, que tienen raigambre constitucional, lo mismo que el principio de igualdad ante la ley (arts. 18 y 16, Constitución Nacional), asegurado por el Código procesal al tratar sobre los deberes de los jueces... (conf. Morello, “Códigos Procesales en lo Civil y Comercial”, T. II - C, ps. 75/76). Y Palacio se ha expresado en el mismo sentido al afirmar que: ‘... Se halla afectado de incongruencia el fallo que se pronuncia sobre materia extraña a la que fue objeto de la pretensión y de la oposición (‘net eat iudex extra petita partium’), concediendo o negando lo que ninguna

de las partes reclamó' (conf. Palacio, 'Derecho Proc. Civil', T. V, pág. 434). También se ha dicho que: 'el principio de congruencia, establecido en el art. 163, inc. 6° del Código Procesal, comprende la conformidad que debe existir entre la sentencia y la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso, más la oposición u oposiciones en cuanto delimitan ese objeto e impiden al juez fallar alterando o modificando las pretensiones formuladas por las partes, pues el referido principio determina el límite de lo pretendido y lo resistido' (conf. Osvaldo Alfredo Gozaíni, 'Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado y Anotado', T° I, págs. 461/462); 'La congruencia es la necesaria conformidad que debe existir entre la sentencia y las pretensiones deducidas en juicio. Más que un principio jurídico se trata de 'un postulado de lógica formal que debe imperar en todo orden de razonamiento'. Por la aplicación de tal postulado, la sentencia debe versar sobre las cuestiones planteadas por los justiciables, recaer sobre el objeto reclamado y pronunciarse en función de la causa invocada. La incongruencia constituye pues una falta de adecuación lógica entre las pretensiones y defensas de los litigantes y la parte dispositiva de la sentencia...' (conf. Fenochietto-Arazi, 'Código Procesal, Civil y Comercial de la Nación', T. I, pág. 138)".

5.4.- Tratados los agravios de Río Uruguay y avanzando en la cuantificación de la nueva indemnización que además de contemplar la incapacidad física, habrá de computar también la psíquica o psicológica, he de reiterar que tendré en cuenta la opinión médica para la incapacidad de tipo físico y la de la Lic. Fernández para psíquica. Consecuentemente, para el caso de la Sra. Gisella Leiva, a partir de la aplicación del método de Balthazard he de concluir en una incapacidad psicofísica del 27,75% (15% inc. física y 15% inc. psíquica que calculo sobre la capacidad restante del 85%, arrojando un 12,75 y sumadas el 27,75 referido).

Luego, retomando al cálculo con la fórmula matemática de "Pérez c/ Mansilla y EDERSA", utilizando la herramienta que al efecto provee la página oficial del Poder Judicial de la Provincia, se llega a la suma de \$1.093.004,09 que propongo fijar como incapacidad psicofísica, importe al que se le agregaran los intereses previstos en la sentencia de primera instancia para el rubro incapacidad.

Reitero que no he de avanzar en el caso del menor Tiago por los motivos expuestos inicialmente.

5.5.- Pasando al último de los agravios de Río Uruguay quien cuestiona la cuantificación del daño moral, adelanto que he de proponer el rechazo de este agravio.

Llama la atención, cómo la recurrente sugiere sin ningún tipo de reparos, que los montos dispuestos para las víctimas en concepto de resarcimiento por el daño moral sufrido, resultan excesivos y ‘altos en virtud a los sucesos expuestos’.

Sin perjuicio de caer en redundancias, reiteraré las conclusiones a las que arribó la psicóloga consultada, quién no sólo emitió informe pericial, sino que luego de ser cuestionada sin fundamentos técnicos por la recurrente, respondió en abundancia cada una de sus consultas.

En esa línea “respecto a la Sra. Gisella Leiva, tuvo secuelas traumáticas derivadas del accidente en el cual perdió a su pareja, y su hijo tuvo graves secuelas físicas, que repercutieron en su vida y en la actualidad evidencian rasgos depresivos y una sensación de vulnerabilidad a otro tipo de daños. Se observaron también, signos de astenia, apatía, junto con indicadores de ansiedad elevada y angustia contenida. Asimismo posee temor a verse desbordada por sus emociones y no poder regularlas. Además, señaló la perito que surgieron en la entrevista cierto trastorno del humor hacia la tristeza, junto con melancolía con culpabilidad por los hechos sucedidos y las secuelas ocasionadas en su hijo. Expresó que conforme lo evaluado presenta un cuadro de estrés post traumático, según lo especificado en el DSM IV (manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales). El cuadro evidenciado de la entrevistada se corresponde con 2.6.7. Desarrollo psíquico postraumático con una incapacidad actual del 15% según baremo de Castex y Silva. Academia nacional de ciencias de Buenos aires. En cuanto al menor Tiago Álvarez, refirió que tiene trastornos postraumáticos. Se evidenciaron signos de angustia contenida, temor al entorno y algunos recuerdos traumáticos que dificultan el accionar cotidiano y le provocan limitaciones en el comportamiento. Producto del accidente no pudo practicar más el deporte que hacía y debe comer todo sin sal lo que le genera grandes limitaciones. Presenta algunos trastornos en la imagen corporal y una baja autoestima que le provocan temor frente al entorno junto con cierto miedo a sentirse observado. Conforme lo evaluado podría decirse que el cuadro que representa el joven se correspondería con F43.1 trastorno por estrés post traumático, según lo especificado en el DSM IV (manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales). El cuadro evidenciado se correspondería con: 2.6.7 Desarrollo psíquico postraumático, con una incapacidad actual del 10%, según baremo de Castex y Silva.

Academia Nacional de ciencias de Buenos Aires”.

Ahora bien, ingresando de lleno a su tratamiento, no me caben dudas acerca de que el accidente sufrido por los actores, les ha generado drásticos cambios y perturbaciones en su esfera espiritual, los que merecen ser resarcidos.

Por un lado, tenemos a la Sra. Giselle Leiva, una mujer de 36 años que vive con su hijo Tiago y su hija menor Ambar, fruto de una nueva relación que aún conserva, pero con la cual no convive de acuerdo a lo señalado en el informe pericial. Respecto a ello, advirtió que Tiago “no lo quiere mucho porque extraña a Javier (fallecido en el accidente) con quien tenía una muy buena relación”.

A raíz del siniestro, la Sra. Leiva sufrió graves lesiones en su mano y costillas, lo que seguramente le habrá dificultado ocuparse del cuidado de sus hijos pequeños, y de los quehaceres domésticos, complicando aún más una rutina que ya de por sí, no debió ser fácil.

En cuanto a Tiago, dudo haya logrado sobreponerse a las consecuencias del espantoso accidente que lo tuvo como uno de los protagonistas. Recordemos que, no sólo perdió a quien era la pareja de su madre con quien compartía una estrecha relación, sino porque a raíz del siniestro, perdió un riñón y le quedaron algunas secuelas en su páncreas, lo que seguramente lo atará a controles médicos a lo largo de toda su vida.

Ingresando a la cuantificación, recuerdo que como venimos reiterando, la fijación de la indemnización por daño moral es una tarea extremadamente difícil, porque precisamente el dolor y las afecciones de orden espiritual, no resultan por esencia medibles económicamente. Hay siempre una gran dosis de discrecionalidad en la decisión jurisdiccional, que desde mucho tiempo se viene tratando de acotar, procurando acordar mayor objetividad y consecuente legitimidad a la decisión, atendiendo a lo decidido con anterioridad en casos que pudieran ser de algún modo asimilables. En nuestra jurisdicción desde el viejo precedente ‘Painemilla c/ Trevisan’ (Jurisprudencia Condensada, tº IX, pág.9-31), se ha sostenido que ‘no es dable cuantificar el dolor ya que la discreción puede llegar a convertirse en arbitrio concluyéndose en cuanto a la tabulación concreta de este rubro, que su estimación es discrecional para el Juzgador y poca objetividad pueden tener las razones que se invoquen para fundamentar una cifra u otra. Es más, el prurito de no pecar de arbitrario que la efectiva invocación de fundamentos objetivos, lo que lleva a abundar en razones que preceden a la estimación de la cifra final. La única razón objetiva que debe tener en

cuenta el Juzgador para emitir en cada caso un pronunciamiento justo, es además del dictado de su conciencia, la necesidad de velar por un trato igualitario para situaciones parecidas... Por cierto, que nunca habrá de agotarse en la realidad, pero la orientación emprendida en esta tarea, el catálogo de las posibilidades que nos pondrá de manifiesto la realidad' ('El daño moral en las acciones derivadas de cuasidelitos', Félix E. Sosa y Mercedes Laplacette, pág. 6).

En esa línea, sabido es que la Cámara tiene a disposición de jueces, letrados, demás operadores del servicio de justicia e interesados en general un archivo con los precedentes relativos a 'daño moral' -también los de 'daño punitivo'- que ha venido reconociendo desde el año 2012, lo que sin duda alguna constituye una fuente de información importante para la cuantificación de las indemnizaciones por tal rubro. Debe obviamente adecuarse en todos los casos las cifras para que la equivalencia sea real y no numérica. Es decir que la semejanza se determine en función del poder adquisitivo de las indemnizaciones acordadas y no de su valor simplemente numérico, solucionando adecuadamente el problema del deterioro del signo monetario proveniente del proceso inflacionario. A tal fin venimos también de modo uniforme utilizado como herramienta de ajuste calculadoradeinflacion.com.

Siguiendo este razonamiento, no puede considerarse excesivas las indemnizaciones concedidas de \$1.000.000.- y \$2.000.000.- para Gisella Leiva, Arnoldo Caro y Tiago Álvarez respectivamente, sino todo lo contrario.

Véase en tal sentido que consultando la base de datos referida, se encuentran casos que en mi opinión incluso tienen menor gravedad que los que aquí nos ocupan y que no obstante han sido indemnizados con importes sustancialmente más altos. Así tenemos:
'Ponzanesi' (sentencia del 29/10/2018 correspondiente al Expte. A-2RO-1074-C1-16) en el que la Cámara para un hombre de 30 años y una incapacidad del 27 %, elevó la indemnización a la suma de \$550.000.- a valores de abril del mismo 2018, lo que a valores de junio 2022 rondaría \$3.112.000.-

'Rivera Acosta' (sentencia de fecha 25/02/2019 correspondiente al Expte. N° A-2RO-83-C5-13), en el que reconocimos \$600.000.- a valores del 2/06/2018, a un joven de 22 años con una incapacidad acreditada del 30,16 %. Ello a valores de la sentencia aquí apelada ascendería aproximadamente a \$3.236.000.-

'Side' (sentencia de fecha 02/07/2018 correspondiente al Expte. N° A-2RO-33-C13). Aquí a un joven de 20 años y con una incapacidad del 25% a valores del 16/03/2018, reconocimos una indemnización de \$500.000.- Tal importe a valores de junio 2022 ascendería aproximadamente a \$2.894.000.-

'García' (sentencia de fecha 02/05/2018 correspondiente al Expte. N° 19454/12). A una mujer de 29 años con una incapacidad del 19,5%, le confirmamos una indemnización por daño moral de \$ 450.000.- a valores del 9/10/2017. Tal importe ascendería a valores de la sentencia apelada a \$2.881.000.-

No queda entonces sino otra alternativa que rechazar el agravio de la aseguradora, debiéndose posponer el tratamiento de la situación de Tiago Álvarez.

6.- En cuanto a los recursos arancelarios, estimo prudente que teniendo en cuenta el modo en que se resuelve, se posponga lo atinente a honorarios para luego de resolverse definitivamente sobre la situación de Tiago.

Resumiendo entonces, si el criterio del suscripto fuere compartido, la Cámara resolvería: a) Declarar la nulidad de la intervención en Cámara de la Defensora de Menores e Incapaces y en consecuencia, diferir el tratamiento de las indemnizaciones correspondientes al menor Tiago Álvarez para luego de la nueva intervención del Ministerio Público, quien deberá cumplir de modo efectivo el rol que le compete desarrollando los agravios omitidos por los apoderados de los representantes de aquél; b) Rechazar en su mayor extensión el recurso de Río Uruguay Uruguay Cooperativa de Seguros Ltda., y hacer lugar al de los actores, modificando la sentencia de primera instancia con el alcance expuesto precedentemente; c) Dejar sin efecto las regulaciones de primera instancia que se posponen junto con la de la instancia recursiva, para cuando se resuelva la situación definitiva del menor Tiago Álvarez. MI VOTO.-

EL SR. JUEZ DR.DINO DANIEL MAUGERI, DIJO: DR. MAUGERI: 1.-He

disentir con el voto del estimado colega que me ha precedido en el orden de votación.

Y el aspecto de mi disidencia se finca en la nulidad del dictamen del ministerio público (Defensora de Menores) que se propicia, resultando según mi parecer sin importancia los errores formales que se le imputan.

Es que no advierto que nos encontremos en presencia de una situación de indefensión del niño, hipótesis del art. 103 inc. b), i) del CCC.

Por el contrario se encuentra representado por sus padres quienes actúan por intermedio de sus apoderados quienes han recurrido la sentencia. Ahora bien, al fundar el recurso no han impugnado la cuantía del daño moral no pudiendo configurarse por esa sola circunstancia la existencia de un estado de indefensión sino, por el contrario, una evaluación personal y profesional acerca de la justicia de esa cuantificación. Ello más allá de su eventual acierto o no.

Pretender entonces que esa indemnización sea mayor porque en casos similares se han concedido montos mayores es perder de vista tal evaluación, ingresando en una esfera de la privacidad del reclamante.

Acerca de la intervención -complementaria o principal- del Ministerio Público (Defensor de Menores) he de consignar dos precedentes que entiendo ilustran debidamente la cuestión.

El primero de ellos emanado de la SCJBA (SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES) en autos “M., M. N. d. C. y otros c. 17 de Agosto S.A. y otro s/ daños y perjuicios”, 22/04/2015, Causa: C.117.505, Cita: TR LALEY AR/JUR/8758/2015. Se trató allí de un proceso de daños entablado a raíz del fallecimiento del padre y esposo de los reclamantes en que se se rechazó la demanda. Tras esa decisión y el rechazo de la apelación por la presentación extemporánea de la expresión de agravios, la asesora de menores asumió la representación directa de los niños y solicitó la nulidad de lo actuado. La Cámara rechazó la petición. Interpuesto recurso de inaplicabilidad de ley, la Suprema Corte de Buenos Aires hizo lugar, por mayoría, al remedio procesal.

Allí se dijo en el voto rector (Dr. Soria) y en el que liderara la mayoría decisoria (Dr. de Lazzari):

“Antecedentes La Sala III de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Martín rechazó la revocatoria deducida a fs. 476/479 y la nulidad articulada por la señora Asesora de Incapaces a fs. 499/vta. (fs. 513/515 vta.). Se interpusieron, por el letrado apoderado de la accionante y la titular de la Asesoría, sendos recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley (fs. 524/531 y 533/537 vta.). Oído el señor Subprocurador General, dictada la providencia de autos y encontrándose la causa en estado de pronunciar sentencia, la Suprema Corte resolvió plantear y votar la siguiente cuestión. ¿Son fundados los recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley interpuestos? A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Soria dijo: 1. En el sub lite, la señora M. N. d. C.M., por sí y en representación de sus hijos menores de edad -B.

A.R. , D. I. R. y K. E. R. -, promovió demanda contra la empresa “17 de Agosto S.A.” y Carlos Rodolfo Bracamonte, reclamando el resarcimiento de los daños y perjuicios derivados del accidente de tránsito en el que falleciera el esposo y padre de los actores (fs. 23/35). II. Tras producirse la prueba de autos, y habiendo tomado intervención el Ministerio Pupilar (v. fs. 48, 117, 128, 347, 394, 399, 413 y 415), el señor Juez de origen dictó sentencia de mérito rechazando la pretensión incoada (fs. 419/433). Luego de dicho pronunciamiento, se confirió nueva vista a la Asesora de Incapaces quien, a fs. 441, expresó que “Toda vez que este Ministerio ejerce respecto de los menores de autos sólo su representación promiscua y complementaria de la investida por la progenitora, estimo prudente que como previo se notifique a los mismos la sentencia recaída en autos a fs. 419/433, y con su resultado solicito se me corra nueva vista (arts. 57, inc. 2 y 59, C.C.)”. A fs. 443 la parte actora, por medio de su apoderado, apeló el fallo adverso (fs. 443). Practicadas las diligencias y corrida nueva vista a la Asesora interviniente, dicha funcionaria se expidió en los siguientes términos: “Me notifico de la sentencia que luce a fs. 419/433 de los presentes obrados; y en función del recurso interpuesto [por la actora] a fs. 443, estimo que puede V.S. elevar las actuaciones a la Excelentísima Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Departamental” (fs. 445). A fs. 448 la alzada dictó el proveído del art. 254 del Cód. Proc. Civ. y Comercial (“Autos en Secretaría”) y a fs. 452 declaró desierto el recurso interpuesto por la representante necesaria de los menores, atento a la extemporánea presentación del escrito de expresión de agravios por el apelante. Devueltos los autos al juzgado de origen, el letrado apoderado de la actora interpuso recurso de revocatoria contra la decisión de la Cámara que declaró la deserción de la apelación articulada (fs. 476/479). A su turno, la Asesora planteó la nulidad de lo actuado a partir del auto de fs. 448 y, asumiendo la representación directa de los menores, acompañó un escrito de expresión de agravios, por pieza separada, “cumplimentando así la carga impuesta por el art. 254 del Cód. Proc. Civ. y Comercial” (fs. 481/483 y 485/vta.). III. La Sala III de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Martín rechazó ambas peticiones (fs. 513/515 vta.). Este pronunciamiento es impugnado por el apoderado de los actores y la titular de la Asesoría de Incapaces N° 1 de San Martín, mediante sendos recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley, dirigiendo sus críticas exclusivamente contra el rechazo de la nulidad esgrimida por el Ministerio pupilar (fs. 524/531 y 533/537 vta.). Mediante las quejas deducidas denuncian la violación de los arts. 34 inc. 5 aps. b) y c), 46, 47, 57, 118 inc. 3, 163 inc. 5, 375, 384,

472, 473 y 474 del Cód. Proc. Civ. y Comercial; 57, 59, 1869, 1870 inc. 6, 1946 y 1947 del Cód. Civil; 23 de la ley 12.061; 168 y 171 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; 18 de la Constitución nacional; 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño y de la doctrina legal de esta Corte que citan. IV. Los recursos no pueden prosperar. Liminarmente, he de señalar que dada la estrecha similitud conceptual de la impugnación formulada por la parte actora con los argumentos desplegados por la representante promiscua de los menores -y sin perjuicio de las consideraciones que pudieran efectuarse en torno a la legitimación de la primera para controvertir la decisión en tanto sus agravios se orientan a cuestionar la desestimación de la nulidad impulsada por la Asesora de Menores-he de dispensarles un tratamiento conjunto, adelantando su insuficiencia a los fines de conmovier el pronunciamiento atacado. Veamos. a. Ambos recurrentes se alzan contra la decisión de Cámara de fs. 513/515 que desestimó la nulidad impetrada por el Ministerio Pupilar, reclamando que se invalide todo lo actuado a partir de fs. 448 (fs. 531 y 537). En apoyo de tal planteo, afirman que la alzada ha desconocido precedentes de este Tribunal que han precisado que si bien las funciones del Asesor de Menores son de “asistencia y contralor”, éstas no se agotan en una actuación conjunta con el representante legal del incapaz toda vez que, en ciertas circunstancias, cuando éste es omiso en el ejercicio de su función y es necesario impedir la frustración de un derecho, el Ministerio Pupilar será representante directo (fs. 526 vta./527 vta.). Partiendo de tal premisa, aducen que de haberse conferido vista a la Asesora del auto de fs. 448 (“Autos en Secretaría”), de conformidad con lo normado por el art. 254 ya referido, aquélla hubiera podido suplir la defectuosa representación ejercida por la madre, agregando en tiempo la expresión de agravios y garantizando con ello la defensa en juicio de los menores. b. Ahora bien, a fin de desestimar tal pretensión nulitativa, la Cámara de Apelación reparó en que con posterioridad al dictado de la sentencia de grado se confirió intervención a la titular de la Asesoría de Incapaces, sin que ésta asumiera la condición de apelante en tanto “no expresó su voluntad recursiva” (fs. 514/vta.). Sostuvo, seguidamente, que era en el marco de toda la actuación desplegada por la Asesora que debía evaluarse su conducta posterior, solicitando la nulidad de las actuaciones. Ello por cuanto fue ella misma quien remarcó el carácter de su representación promiscua en los términos de la ley de fondo (art. 59, C.C.; fs. 514 vta.). Puntualizó, al respecto, que “la representación promiscua a que se refiere la ley, significa que su actuación es simultánea con la de los otros representantes legales que, al ser conjunta, no los excluye ni son excluidos por ellos...” (fs. Cit.). De otra parte,

entendió que “el Ministerio de Menores e Incapaces no sustituye ni reemplaza la intervención que, necesariamente y en todos los supuestos, debe conferirse a quien resulta designado curador o representante” (fs. cit.) y que la representación promiscua tiene características peculiares, no siendo por de pronto una representación principal, con iniciativa propia, salvo casos especiales, y actúa normalmente completando la intervención de estos representantes principales (fs. 515). Por tales motivos, sostuvo que la referida función de control y asistencia en los términos del art. 59 del Cód. Civil había sido oportunamente ejercida, “habiendo optado la señora Asesora por no deducir recurso de apelación contra la sentencia dictada” (fs. Cit.). Es por ello que juzgó que la nulidad pretendida (de todo lo actuado con posterioridad al dictado del aludido “autos en secretaría”), en virtud de la ausencia de anoticiamiento, carecía de sustento puesto que, en la especie, la actuación en Cámara de la Asesora de Incapaces -como consecuencia de la actitud asumida en la instancia de origen- se limitaba al referido “contralor y asistencia” una vez deducidas las pertinentes expresiones de agravios por parte de quienes sí apelaron la sentencia de grado, única vía procesal apta para verter en dicha instancia las críticas contra la decisión impugnada (fs. cit.), mas no puede suplir la carga impuesta al recurrente en tanto la Asesora -insistió- ciñó su accionar al ya descrito, esto es, sin interponer recurso de apelación pese a la intervención expresa que le fuera conferida. c. Los remedios bajo estudio no controvierten idóneamente estas premisas que resultan basales en el fallo impugnado. i] Ha dicho esta Corte que es insuficiente el recurso de inaplicabilidad de ley que no logra conmover la estructura básica del fallo al desprender el impugnante conclusiones distintas a las del juzgador, partiendo de un punto de vista diferente y dejando de ver que, para estudiar el asunto desde otra perspectiva que el de la sentencia, debe indicar a la Corte, y no a través de una mera discrepancia de criterio, por qué el encuadre es como él lo pretende y por qué promedia error en el modo como el tribunal de la causa ha visto la controversia (conf. Ac. 87.821, sent. de 07/03/2005; C. 105.274, sent. de 06/10/2010; C. 104.543, sent. de 22/12/2010; entre muchas). Ello es así porque conforme con la exigencia del art. 279 del Cód. Proc. Civ. y Comercial, el escrito en el que se deduce el recurso de inaplicabilidad de ley debe impugnar con juicios objetivos los fundamentos del tribunal a quo y no limitarse a desarrollar argumentos fundados en apreciaciones subjetivas e insuficientes para desvirtuar la objetividad de los juicios vertidos en la sentencia (conf. C. 97.267, sent. de 22/12/2010; C. 102.436, sent. de 14/09/2011; etc.), tal como acontece en la especie. ii] En la especie, afirma la Asesora de Incapaces que la sentencia

en crisis no hizo referencia a la “omisión de notificación al Ministerio Pupilar de ‘Autos en Secretaría’“, incumplimiento que ha producido un grave perjuicio a los menores, privando a sus pupilos de la doble representación que el Cód. Civil les otorga (fs. 535/536). Sin embargo -y aún cuando pueda entenderse que debió ser notificada del auto de fs. 448- ello en nada modifica la actitud procesal que asumió en la instancia de origen en la que claramente -luego de las vistas conferidas- optó por no expresar su voluntad recursiva, tal como remarcó el tribunal, circunstancia que selló su posibilidad de cuestionar el pronunciamiento dictado. iii] No ignoro que ambos impugnantes sostienen que la representante promiscua de los incapaces no interpuso recurso de apelación contra el fallo de origen habida cuenta de que lo había efectuado la actora (fs. 526/vta. y 536/537). Ello fundado en el principio de “adquisición de los actos procesales”, las reglas del derecho de fondo que rigen el mandato y las peculiares características que asume la representación dual y conjunta de los menores. Empero, no obstante el esfuerzo desplegado, los quejosos no logran explicar de qué modo se podría permitir la flexibilización de las reglas procesales al punto de admitirse el cumplimiento de una carga -en el caso, la presentación del escrito de expresión de agravios- por un sujeto que no fue el apelante -y es más, por fuera de los plazos legalmente previstos al efecto-, ni en qué razones de hecho o de derecho se podría fundar esta excepción a las normas rituales. En este sentido, la Asesora se limita a alegar que “de haberse notificado la puesta en autos en Secretaría, ... hubiese suplido la defectuosa defensa realizada por la representante necesaria de los menores ante la Excma. Cámara, supliéndola con la expresión de agravios que la progenitora de los menores no presentó” (v. fs. 536/537). Mas, como dijera, tal aseveración no proporciona los fundamentos normativos que justifiquen admitir el cumplimiento de la carga de expresar agravios por un sujeto diverso al apelante, ni se hace cargo de que la invocada actuación defectuosa por omisión de presentación en término del pertinente escrito recién podría ser constatada vencido el plazo al efecto con lo cual, de admitirse la tesis de la recurrente, no sólo se estaría habilitando a sostener un recurso interpuesto por otro -cuando, insisto, bien pudo la Asesoría recurrir el pronunciamiento de mérito-, sino que ello lo sería por fuera del plazo legalmente establecido con carácter perentorio (arts. 155 y 254, Cód. Proc. Civ. y Comercial). iv] Tampoco resulta exacto que dado que la sentencia ya había sido apelada por la representante legal, la Asesora “se remitió a los términos de la misma apelación ya interpuesta” (v. fs. 526). Basta cotejar el dictamen de fs. 445 para advertir que la funcionaria nombrada se limitó a expresar que “en función del recurso interpuesto a fs.

443 [esto es, el planteado por la actora], estimo que puede V.S. elevar las actuaciones a la Excelentísima Cámara”, mas en ninguna parcela de tal intervención dijo hacer propio o se remitió de modo alguno a la apelación en cuestión. En adición, contrariamente a lo sostenido por los impugnantes (fs. 526/528 y 535), la alzada no desconoció las particulares características que reviste la representación ejercida por la Asesoría de Incapaces y su amplia legitimación procesal. Antes bien, hizo hincapié en la posibilidad que tuvo esta última de articular los remedios idóneos a los fines de garantizar los derechos de sus asistidos (fs. 515 vta.), mas no interpuso -como ya se dejara dicho en reiteradas ocasiones- vía recursiva alguna. Frente a tan sólido fundamento, deviene inaudible la débil argumentación opuesta por la Asesora a fs. 536, en el sentido de que en virtud de la apelación articulada por la actora, consideró “sobreabundante la interposición de un recurso de igual tenor al interpuesto” (fs. 536), máxime cuando la inminente lesión a los derechos de los menores que podría derivar de la firmeza de un fallo adverso le imponía extremar la observancia de una representación celosa y diligente. d. No altera la solución propuesta la doctrina sentada por esta Corte en causas Ac. 27.579, sent. de 19/08/1980; Ac. 41.005, sent. de 27/02/1990 y L. 64.499, sent. de 05/07/2000, que se aduce vulnerada. En los citados precedentes este Tribunal delineó el alcance de la intervención del Ministerio Pupilar, estableciendo que “aunque se admita que, en principio, las funciones del Asesor de Incapaces son fundamentalmente de asistencia y contralor conforme ciertas normas legales, no puede negarse que el art. 59 del Cód. Civil le confiere carácter de representante promiscua y de parte legítima y esencial en todo asunto judicial o extrajudicial, de jurisdicción voluntaria o contenciosa, en que los incapaces demanden o sean demandados, todo ello bajo pena de nulidad”. Allí se dijo también que “en todo supuesto judicial donde la intervención del Asesor de Incapaces sea necesaria para la adecuada defensa de los intereses de los menores debe admitirse su actuación, sea de mera asistencia o de representación, y con mayor razón si se trata de suplir la defectuosa defensa hecha por los representantes legales o de complementar ésta en la forma que se considere adecuada”. A su vez, en la citada causa L. 64.499, esta Corte, a la luz de las consideraciones antes expuestas, declaró la nulidad de todo lo actuado, habida cuenta que del análisis de la causa se advertía que fuera de la intervención en oportunidad de la presentación de los menores por el fallecimiento del accionante, “no se había conferido vista al Ministerio Pupilar en ninguna etapa procesal y no se había notificado providencia o resolución alguna hasta después del dictado de la sentencia”. Claramente, la situación es diversa a la aquí debatida, toda vez que en el sub

lite, amén de la plena intervención conferida a la Asesoría de Menores en la etapa previa al dictado de la sentencia de mérito, tras ella se le dio vista de las actuaciones en dos oportunidades posteriores (v. fs. 441 y 445) y en ninguna de tales intervenciones - pese a encontrarse legitimada al efecto- expresó su voluntad de apelar. Al respecto, cabe recordar que en los casos de denuncia de vulneración de doctrina legal es necesario que primeramente la misma se individualice, luego se exponga su similitud con el caso bajo análisis para pretender finalmente su aplicación (conf. C. 112.228, sent. de 08/05/2013; C. 116.561, sent. de 22/05/2013; entre muchas); cargas soslayadas por los recurrentes, quienes han ceñido su actividad en lo que a esta crítica se refiere, a la mera denuncia o cita de los precedentes que en su parecer han sido conculcados por el a quo y a transcribir parcialmente algunos de ellos, lo que impone repeler también esta parcela del embate. V. Por las razones hasta aquí volcadas, que estimo suficientes para rechazar los recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley articulados, doy mi voto por la negativa, con costas (arts. 68 y 289, Cód. Proc. Civ. y Comercial). A la cuestión planteada, doctor de Lázzari dijo: I. Disiento de la conclusión del ministro que me precede respecto de la actitud procesal asumida por la Asesora de Menores en la instancia de origen, al considerar que por no expresar su voluntad recursiva esta circunstancia sella su posibilidad de cuestionamiento a la sentencia de fs. 419/433. Por el contrario, y de conformidad a lo expuesto por el Subprocurador en fs. 551/560, considero que los recursos interpuestos -fs. 524/531, 533/537 vta.- son procedentes porque se ha argumentado con una crítica certera sobre el cercenamiento que se ha hecho a la actuación de la Asesora de Menores frente al mal ejercicio de parte de sus representantes legales al desconocer que en el ámbito procesal está presente una garantía judicial que precisa de un enfoque de derechos con perspectiva de infancia. Respetuosamente, y parafraseando a la Corte Suprema de la Nación en el caso “Pedraza, Héctor Hugo c. A.N.Se.S. Acción amparo” (sent. del 06/05/2014), considero que el pronunciamiento en revisión viene “a contramano del mandato del constituyente de otorgar mayor protección a quienes más lo necesitan”. II. A modo preliminar a las circunstancias especiales de la causa, quiero dirigir la atención hacia el rol del Asesor de Menores. Se sabe que su función no ha sido unívoca a lo largo de su historia (v. Scherman, Ida Ariana, “El rol del asesor de incapaces, los derechos del niño y la reforma constitucional”, en “La familia en el nuevo derecho”, obra dirigida por Aída Kemelmajer de Carlucci y coordinada por Marisa Herrera, ed. Rubinzal-Culzoni, 2009, t. II, p. 325; Moreno, Gustavo, “El Ministerio Público de Menores en el Proyecto de

Cód. Civil [Unificación con el Código de Comercio]”, ED, 188-1072). En un primer momento, si los padres estaban presentes, no correspondía la actuación del Asesor, y, por lo tanto, poco tenía de complementaria y mucho menos de principal. En una segunda instancia, aquél cumplía el rol de asistencia y control, con el cometido de asumir funciones de carácter representativo para suplir -subsidiariamente- la omisiva actuación de los representantes legales individuales. Finalmente, en un tercer momento, su intervención cobró un posicionamiento superior a partir de la Constitución y los Tratados de Derechos Humanos, en especial la Convención Americana y la Convención de los Derechos del Niño. Allí, se involucran una serie de consideraciones y adecuaciones procesales que permiten el ejercicio pleno del acceso a la justicia en razón de la edad, porque se ve a la infancia como un grupo diferente de los adultos y en tanto se trata de documentos suscriptos por el Estado éste adquiere obligaciones frente a ellos (arts. 1.1, 8, 9, 19 y 25 del primer instrumento y 2, 3.1, 5, 6 y 12 del segundo, Observación General N° 17/28 de agosto de 2002, “Condición Jurídica y los Derechos Humanos del Niño”, párr. 75 incs. 22 y 23, Const. nac., Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, XIV Cumbre Iberoamericana -Doc. presentado por el grupo de trabajo a la Tercera Reunión preparatoria Andorra-, 2008). El Cód. Civil y Comercial recientemente sancionado -ley 26.994, publ. 08/10/2014-, en su art. 103, posiciona de mejor modo al Asesor de Menores en comparación con el art. 59 del Cód. Civil aún vigente al clarificar con dinamismo la asignación de funciones, dejando atrás la primera etapa. Sin embargo, en lo que respecta a las subsiguientes, califica su intervención de complementaria a través de esta representación dual junto a los representantes legales en todos los procesos en los que se encuentran involucrados intereses de personas menores de edad, pero en caso de que ocurran determinadas circunstancias -cuando los derechos de los representados estén comprometidos, y exista inacción de los representantes-, esa actuación se convierte en principal porque surge la necesidad de garantizar condiciones de igualdad en el acceso de sus derechos a través de la atención especializada del Asesor de Menores (v. en su correlato el art. 706, 2° párr. en su mención al modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables). Esta particularidad no es nueva. Con palabras de Elena I. Highton, el alcance de las funciones de asistencia y control del Ministerio de Menores es cada vez más amplio y no se agota con la actuación dual y conjunta con el representante legal del incapaz, ya que cuando éste es omiso en el ejercicio de su función y es necesario impedir la

frustración de un derecho, el Asesor de Menores será representante directo (comentario art. 59, C.C. en “Cód. Civil Comentado”, Tomo 1, A, Bueres, Alberto y Highton, Elena I., Editorial Hammurabi, julio 2003, Ciudad de Buenos Aires, pág. 501). A ello agrego, con una visión integradora de las distintas fuentes legales disponibles en el sistema, que en la Provincia de Buenos Aires esta función está prevista dentro de las facultades que obliga la ley en su ejercicio -art. 38 inc. 4 de la ley 14.442- y que complementan el marco normativo previsto en el art. 59 del Cód. Civil. III. De acuerdo a lo anterior, y entrando al análisis de la causa, la alzada reprocha a la Asesora no haber articulado el recurso de apelación con total autonomía a la suerte del presentado por sus representantes legales y por lo tanto no haber cumplimentado la carga de la presentación del escrito de expresión de agravios en el plazo procesal legalmente previsto al efecto. Sin embargo, de ser ello así se dejan sin contenido las facultades que le concede la ley de suplir la defectuosa defensa hecha por ellos o de complementar ésta en la forma que considere más adecuada. Aún más, con esta solución se transita en un círculo cerrado, quitando efectividad a la medida específica de mediación adulta al obstaculizar la misión connatural por la que está llamado a participar en resguardo de los derechos inherentes a sus representados. En otras palabras: ¿en qué momento procesal el Asesor tiene que estar advertido de esta deficiencia si cuando descubre el mal ejercicio, las puertas le están cerradas?; ¿cómo podría intervenir mediante las facultades que le concede la ley -añadir lo que falta-, si primero no conoce el defecto en el obrar del otro? En mi entender, como juez debo pesar las consecuencias futuras de las decisiones, sobre todo cuando los destinatarios son los niños -C.S.J.N., in re “A.F.S. s. Protección de persona”, sent. del 13/03/2007- y en este contexto, en la interpretación del cumplimiento de las cargas recursivas no se valoró la importancia de la garantía que implica impedir la frustración de un derecho, en este caso la tutela judicial efectiva -art. 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires-, ni se tuvo en cuenta la interpretación conforme el mandato constitucional nivelador en beneficio de B. , D. y K. en razón de su edad (art. 75 incs. 22 y 23, Const. Nac.). Con esta interpretación limitada, desde el enfoque de derechos humanos con perspectiva de infancia no se asegura el efecto útil de las disposiciones que protegen derechos humanos, reconociendo la necesidad de que tal interpretación sea verdaderamente práctica y eficaz y no convierta las reglas de protección de derechos en fórmulas vacías de contenido que no tengan ningún efecto en la práctica (“Caso Bahena Ricardo y otros vs. Panamá, competencia”, sent. del 28 de noviembre de 2003, Serie C, núm. 104; art. 8.1

de la Convención Americana en relación con los arts. 19 y 1.1. del referido instrumento; Observación General N° 14 del Comité sobre los Derechos del Niño a que su interés superior sea una condición primordial en la cual se busca un efecto útil diferenciado; ver mi voto Ac. 84.102, sent. del 10/05/2006, Ac. 99.204, sent. del 20/09/2006, Ac. 96.178, sent. del 05/11/2008; C.S.J.N., “Quintana”, sent. del 1-VII-1997, JA, 1997-IV-112/113; C.S.J.N., “Quiroz”, sent. del 01/06/2004, DJ, 2004-3-406). Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, precisamente en referencia a la necesidad de actuación del Asesor de Menores y el alcance en su determinación, “reitera que si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías procesales son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños y las niñas en el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los menores de edad, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías. El tipo de medidas específicas son determinadas por cada Estado Parte y pueden incluir una representación directa o coadyuvante, según sea el caso, del menor de edad con el fin de reforzar la garantía del principio del interés superior del menor...” (“Caso Furlan y Familiares vs. Argentina”, sent. del 31 de agosto de 2012, [Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas], párr. 242; C.I.D.H., “Almonacid, Arellano y otros c. Chile”, sent. del 26 de setiembre de 2006). En este sentido, siempre es grato citar a Cecilia Grosman, quien afirmara que “si la razón de los derechos del niño es asegurar sus necesidades básicas, debe pensarse en los modos en que tales exigencias serán tuteladas. No basta con una enumeración de derechos, sino que es preciso buscar los caminos para que tengan efectividad. Es decir, imaginar los mecanismos para garantizarlos, tanto desde el punto de vista asistencial como de su protección jurisdiccional” (“Significado de la Convención de los Derechos del Niño en las relaciones de familia”, LA LEY 1993-B-p. 1089). En definitiva, no es otra cosa que aplicar el principio del “interés superior del niño” como garantía reforzada, a la vez que entre a jugar el principio de efectividad presente en el art. 4 de la Convención de los Derechos del Niño que implica que el Estado, la familia y la sociedad deben asegurar todos los derechos y garantías de este colectivo, y que en palabras de la Corte Interamericana, en el caso ya citado “Furlan”, ha puesto énfasis en la garantía de la intervención del Asesor “mediante las facultades que le concede la ley” -art. 38 inc. 4 de la ley 14.442-, constituyendo “una herramienta esencial para enfrentar la vulnerabilidad” (párr. 243, el resaltado me pertenece). Finalmente, resulta oportuno reproducir las consideraciones que vierte Roberto Berizonce en su reciente trabajo, “La

jurisdicción en el Estado de derecho democrático” (LA LEY, suplemento del 01/12/2014, pág. 1106): “La legalidad formal quedó infiltrada por la necesidad de reconocer la operatividad a los derechos sustantivos y la concepción del proceso como instrumento al servicio de logros de resultados, que han dado pie a la adecuación de las formas y aún a la desformalización. Se trata, en definitiva, de la articulación de novedosos procedimientos y técnicas, diseñadas por la legislación o por los propios jueces, como verdaderas instituciones equilibradoras y compensadoras de las situaciones concretas de las partes en litigio, con la finalidad de asegurar el resultado útil de la jurisdicción. En el estado de derecho democrático la juridización de la Constitución por la recepción en el máximo nivel de la jerarquía normativa de los nuevos o amplificados derechos fundamentales, en paralelo con la operatividad del amplio catálogo que se trasiega desde las convenciones y tratados humanitarios, ha operado un cambio sustancial en el eje mismo de la juridicidad. Se difumina el sistema de la ley; en paralelo se configura una nueva y más fluyente juridicidad que dimana de los valores y principios fundamentales, por su propia naturaleza abiertos e indeterminados, que requieren necesariamente para su efectivización de la labor integrativa jurisdiccional. Bajo esas premisas, la concepción de la jurisdicción y la misión de los jueces ya no se agota en la clásica labor de decir el derecho frente al litigio o conflicto sino que se transmuta para asumir el papel preponderante de identificar y dar valor a los consensos básicos de la sociedad que expresa la Constitución y, a partir de ello, ejercer aún novedosas actividades programáticas. Todo ello, en conjunción con el principio de la tutela efectiva y eficiente, brinda sustento a la jurisdicción protectora o de acompañamiento, que se expresa y encarna en las tutelas diferenciadas preferentes de ciertas categorías de persona o situaciones. Las tutelas diferenciadas se derivan del principio fundamental de igualdad real de oportunidades y la imposición al Estado y a sus diversos poderes, incluyendo al judicial, de acciones positivas niveladoras, tendientes a favorecer ciertos derechos de personas o sectores englobados en la categoría de derechos sociales pertenecientes a grupos vulnerables o desfavorecidos, aludidos en el art. 75 inc. 23 del texto constitucional. La justicia protectora o de acompañamiento se construye mediante instituciones, procedimientos y técnicas que persiguen en general la tutela de los derechos sociales sensibles en términos de resultados útiles”. IV. Por las razones expuestas y lo dictaminado por el señor Subprocurador General, considero que corresponde que se haga lugar a los recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley interpuestos, decretándose la nulidad

de todo lo actuado a partir de fs. 448. Las costas de esta instancia extraordinaria se imponen por su orden, en atención al modo en que se decide (arts. 68, segunda parte, 84 y 289, Cód. Proc. Civ. y Comercial). Así lo voto. Los doctores Hitters, Pettigiani y Kogan, por los mismos fundamentos del doctor de Lazzari, votaron la cuestión planteada en igual sentido”.

Luego he de colacionar un precedente más cercano en el tiempo emanado de la CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE MERCEDES, SALA I, en autos “Herederos de C. L. A. c. Estancia El Solitario SA y otro s/ cobro ordinario de sumas de dinero”, 13/09/2016, Cita: TR LALEY AR/JUR/62008/2016.

Ante el fallecimiento del actor en un proceso por cobro de sumas, se presentó su hijo menor de edad con la representación legal de su madre. Luego de ello el demandado acusó la caducidad de instancia intimándose a la actora para activar el procedimiento, quien lo hizo. Con posterioridad el accionado acusó nuevamente la perención. El juez decretó la caducidad de instancia. La actora y el Asesor de Menores apelaron. La Cámara, por mayoría, confirmó la sentencia.

Allí se resolvió con voto rector del Dr. Ibarlucía: “1ª ¿Es justa la sentencia apelada? 2ª ¿Que pronunciamiento corresponde dictar? 1ª cuestión. — El doctor Ibarlucía dijo: I. La resolución de fs. 807/09 que declara operada la caducidad de instancia en este proceso es apelada por la parte actora, quien presenta memorial a fs. 823/26, el que es contestado a fs. 829/32. Llegados los autos a esta Sala, advirtiendo que no ha dictaminado el Ministerio Público de Incapaces, se le corre vista a fs. 837. La Asesora de Incapaces apela la resolución de fs. 807/09, y la Sala devuelve el expediente a primera instancia para que se resuelva sobre la apelación (fs. 840). La representante del Ministerio Pupilar funda el recurso a fs. 846, del que se corre traslado a la accionada, que lo contesta a fs. 848/49, con lo que nuevamente son elevados los autos a esta alzada. II. Corresponde en primer lugar resolver el recurso de apelación interpuesto por la actora. [-]Al acuse de caducidad de instancia formulado a fs. 784/85, el Juez a fs. 786 intimó a la actora a que manifestara su intención de continuar con la acción y produjera actividad procesal útil para la prosecución del trámite bajo apercibimiento de declararse la caducidad de instancia [-](con cita del art. 315 último párrafo C.P.C., texto ley 13.986). La actora (la sra. A. V. F., quien actúa en autos en representación de su hijo menor E. A. C., con patrocinio letrado, conf. fs. 707, 708, 756 y 757), activó el procedimiento (fs. 790 y 793), por lo que se dictó resolución no decretando la caducidad [-](art. 315; fs. 794). Nuevamente la demandada acusó caducidad de instancia, haciendo

notar que no debía practicarse una nueva intimación (fs. 804/05). Se corrió traslado, el que fue contestado a fs. 807, ofreciendo medidas la actora para activar el trámite. A fs. 808/09 el juez decretó la caducidad,[-] haciendo notar que ya había sido practicada la intimación del art. 315 del C.P.C., lo que motivara que el primer acuse de caducidad fuera rechazado por resolución de fs. 794 que se hallaba firme. Asimismo, dijo que el plazo del art. 310 inc. 3 del C.P.C. se hallaba cumplido dado que no se había realizado actividad procesal útil desde el proveído de fs. 794 hasta que se acusara nuevamente caducidad a fs. 804/05, aún cuando se computara el plazo desde el diligenciamiento de las cédulas notificando la constitución de nuevo domicilio (fs. 795/803 vta.). En el memorial respectivo la actora dice que luego de la resolución de fs. 794 acompañó cédulas notificando la constitución de nuevo domicilio dirigida a M. C., que a fs. 797 se encuentra la cédula con igual finalidad dirigida a Estancia El Solitario S.A., que a fs. 798/803 se hallan agregadas dos cédulas a los demandados devueltas sin diligenciar, y que se dejaron para su confronte oficios para la producción de la prueba testimonial. Sostiene que el instituto de la caducidad de instancia es de aplicación restrictiva, por lo que pide la revocación de lo resuelto. Como dice el juez, aún computando el plazo desde las cédulas de fs. 795/803 vta. (en decisión generosa dado que la notificación de constitución de domicilio no es impulsora del procedimiento), el plazo del art. 315 inc. 3 del C.P.C. estaba vencido cuando se acusó caducidad a fs. 804/05, y los oficios a los que se alude fueron dejados al contestar el traslado de este escrito (fs. 807). Es cierto que el instituto en cuestión es de interpretación restrictiva, pero ella opera cuando existen dudas sobre la producción de actividad impulsora del proceso. En el caso, no existen dudas, ya que transcurrió el plazo del art. 310 inc. 3 del C.P.C. —descontando la feria judicial de invierno (art. 311 C.P.C.)—, sin actos impulsorios del proceso. Por lo expuesto, debe rechazarse el recurso interpuesto, con costas (art. 69 C.P.C.). III. La representante del Ministerio Público de Incapaces se agravia de que la caducidad de instancia se haya decretado sin que previamente se haya sustanciado el acuse de fs. 804/05 con ella, quien a tenor del art. 103 inc. a) del C.C.C. actúa en forma complementaria en todos los procesos en que intervengan menores de edad bajo pena de nulidad relativa de lo actuado. Sostiene que la resolución es prematura dado que ella podría haber hecho uso de la opción contemplada por el art. 315 del C.P.C. (o sea, del impulso del proceso previa intimación), toda vez que respecto del Ministerio Público sería la primera vez que se le anoticia del pedido de caducidad. Agrega que el primer acuse de caducidad de instancia no fue notificado al Ministerio que preside en la forma

indicada por el art. 135 “in fine” del C.P.C., por lo que a su respecto no se encuentra enervada la posibilidad de impulsar el proceso. En su contestación, la parte demandada expresa que desde que tomó intervención en autos el Ministerio Público Pupilar a fs. 708, la continuidad del proceso estaba supeditada al impulso de la parte actora, cuya actividad no puede ser suplida por ese Ministerio. Invoca, además, el art. 314 del C.P.C. en cuanto prescribe que la caducidad de instancia opera también contra los menores, sin perjuicio de la responsabilidad de sus administradores y representantes, lo que debe ser objeto de discusión en otra contienda. En primer lugar cabe señalar que el precedente de esta Sala (causa n° 115.099, “Moretti, Juan C. c. Velis, Jorge E. s. Daños y perjuicios”, 25/11/2014), que cita la Asesora de Incapaces, respondió a una situación muy distinta a la planteada en autos. En ese caso, esta Sala, teniendo en cuenta un peritaje médico-psiquiátrico practicado sobre el actor, había resuelto que se instruyera un proceso de insania y que se le designara un curador, y mientras durara esa tramitación que interviniera en el proceso la Asesora de Incapaces. Si bien se resolvió que debía intervenir de acuerdo al art. 59 del C.C., en la resolución citada se dijo que la evaluación del alcance de esa intervención debía hacerse en función de las circunstancias particulares de la causa; en el caso, la demora inusitada en la tramitación del proceso de insania —que hacía que, pese al tiempo transcurrido, no se le hubiese designado curador—, por lo que debía entenderse que la Asesora estaba facultada para activar el procedimiento en nombre del presunto insano. Es de señalar que las mismas razones que habían motivado la iniciación del juicio de insania hacían dudar acerca del validez del poder otorgado al letrado apoderado. El caso de autos es muy distinto. Ante el fallecimiento del actor, se presentó la madre del hijo menor E. A. C. en su nombre, con patrocinio letrado (fs. 707), se la tuvo por presentada y parte en su representación (fs. 708) y tomó intervención la Asesora de Incapaces a tenor del art. 59 del C.C. (fs. 709/10). Luego de ello, la sra. F., en nombre del menor, pidió la reanudación del trámite y activó el procedimiento (fs. 756/57), continuando en tal carácter. Demás está decir que los padres son representantes legales de sus hijos, y a falta de uno de ellos la representación la ejerce el otro (arts. 57 inc. 2 y 264 inc. 3 del C.C.; arts. 26, 100, 101 inc. b del C.C.C.). Es por ello que el art. 314 del C.P.C. prescribe que la caducidad se opera contra los menores y cualquier otra persona que no tuviere la libre administración de sus bienes, sin perjuicio de la responsabilidad de sus representantes, y agrega que esas disposiciones no se aplican a los incapaces que carecieren de representación legal en el juicio. Ahora bien, el art. 103 del C.C.C., referido a la actuación del Ministerio

Público , establece que, la representación en relación a los menores de edad, incapaces o con capacidad restringida, puede ser, en el ámbito judicial, complementaria o principal , y aclara: a) que es complementaria en todos los procesos en los que se encuentran involucrados sus intereses, causando su falta de intervención la nulidad relativa del acto; b) que es principal cuando los derechos de los representantes están comprometidos y existe inacción de los representantes; c) cuando el objeto del proceso es exigir el cumplimiento de los deberes a cargo de los representantes; d) cuando carecen de representación legal y es necesario proveer la representación. [-] El primer supuesto es la del tradicional artículo 59 del C.C.; es decir, la representación promiscua de los incapaces, que implica que dictamina procurando defender sus intereses, pero que no suplen la representación que ejercen los representantes. El tercer y el cuarto supuestos no son el caso de autos. La duda se presenta con el segundo; es decir que la actuación del Ministerio Público es principal cuando los derechos de los representantes están comprometidos y existe inacción de los representados. Entiendo que si el incapaz tiene ya a su representante legal presentado y actuando en el juicio no puede hablarse de inacción. Ello así porque está actuando en nombre de su representado. Que lo haga mal es otro tema y, en todo caso, debe resolverse en otro ámbito si causa un perjuicio a su representado (como prevé el art. 314 del C.P.C.). Pero, a mi juicio, no puede interpretarse la norma en el sentido de que el Asesor de Incapaces suple todas las deficiencias en que incurre el representante legal. Ello implicaría alterar la igualdad de las partes en el proceso, directiva prevista expresamente en el art. 34 inc. 5), c) del C. Procesal, que es uno de los principios medulares del proceso civil, y que tiene fundamento en el art. 16 de la C.N. y normas concordantes de los tratados internacionales de derechos humanos (art. 24 C.A.D.H.; art. 14 P.I.D.C.yP.). No hay razón alguna para interpretar que los incapaces tienen una doble representación en juicio, de forma tal que tienen dos oportunidades para cada acto procesal; es decir, pueden contestar dos veces una demanda, dos veces interponer excepciones, dos veces contestar traslados o intimaciones, etc. Esto implica desbalancear totalmente la igualdad de las partes en el proceso. En el caso de autos, la demanda fue deducida por una persona mayor de edad, y por el hecho de haber fallecido y tener como sucesor a un menor de edad, no puede ser que la accionada haya pasado a litigar contra dos actores, cada uno con distintas oportunidades procesales. Interpretarlo de esa manera es totalmente irrazonable. Aún en los casos en que por una misma parte actúen varios litigantes con un interés común (v.g.: varios herederos de una misma parte), el código

prevé que debe intimárselos para que unifiquen personería (art. 54). [-] En autos, la actora fue intimada a manifestar si impulsaba la acción y a producir actividad en los términos del art. 315 del C.P.C. En tanto la respuesta fue positiva, se dictó la resolución de fs. 794, no siendo necesario dar vista a la Asesora de Incapaces porque ningún perjuicio al menor actor se le causaba. Ahora bien, la oportunidad procesal de activar el procedimiento ante el primer acuse de caducidad precluyó. El art. 315 no prevé dos intimaciones con ese fin sino uno solo. En la segunda oportunidad sólo debe correrse traslado del acuse de caducidad, lo que así se hizo. Debe resolverse este segundo acuse previa vista al Asesor pero para que dictamine o no sobre su procedencia, pero no para que se vuelva atrás sobre una cuestión precluída. En el caso, como esa vista no se había practicado, se ordenó su subsanación en esta instancia, pero con la finalidad indicada. También debe darse vista al Asesor de la resolución que se dicte porque puede apelar si entiende que se han vulnerado las reglas del proceso en detrimento de su pupilo, pero esto no quiere decir -reitero- que pueda retrotraerse el proceso, para dar a la actora una segunda oportunidad de activar el proceso. Los casos sometidos a decisión deben resolverse de conformidad a las leyes aplicables, de acuerdo a la Constitución Nacional y los tratados con jerarquía constitucional (art. 1 C.C.C.), y la ley debe interpretarse teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones de los tratados de derechos humanos, los principios y valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento jurídico (art. 2 C.C.C.). En el caso, la norma específicamente aplicable es el art. 314 del C.P.C.; es decir, la que claramente establece que la caducidad de instancia opera contra los menores de edad, salvo que carecieran de representación legal en el juicio. La misma norma existe en el Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación (art. 314). Es de una claridad meridiana que no ofrece duda alguna. Para dejar de aplicarla habría que declararla inconstitucional, y nadie lo ha pedido en autos (ni la actora ni la representante del Ministerio de Incapaces). Es cierto que desde el fallo “Mil de Pereyra” de la C.S.J.N. (Fallos: 324:3219) se admite la declaración de oficio de inconstitucionalidad, postura seguida por la S.C.B.A. (L. 72.258 del 28/05/2003; L. 74.943 del 22/10/2003, L. 80.156 del 31/03/2004, entre otras) pero ello siempre que se den muy estrictas circunstancias. En primer lugar, como reiteradamente ha dicho el superior tribunal de la Nación, debe partirse de la presunción de constitucionalidad de las leyes, razón por la cual la declaración de inconstitucionalidad es la última ratio del orden jurídico (Fallos: 256:602; 302:166; 307:531; 316:188; 324:3219, entre otros). En segundo lugar sólo debe decretarse de oficio cuando la incompatibilidad con la

Constitución sea manifiesta e indubitable (esta Sala, causa n°.108.783, “Fisco Nacional (AFIP-DGI) c. Terrasa Hnos. S.R.L.”, fallada el 17/06/2004, públ. en la LA LEY Bs. As., año 11, n° 6, julio de 2004, pág. 605, causa 110.363 del 12/09/2006, causa 110.778 del 02/03/2007, causa 111.623 del 28/02/2008). En el caso, lejos está de darse esa manifiesta inconstitucionalidad. Como dije, el art. 314 del C.P.C. tiene su fundamento en el principio de igualdad de las partes en el proceso, que a su vez es aplicación del art. 16 de la C.N. La norma es una reglamentación del derecho de dirimir las controversias ante los tribunales totalmente razonable (art. 28 C.N.), dado que no frustra el derecho de ninguna parte, toda vez que, si esta es incapaz actúa por medio de sus representantes legales. Es por ello que el artículo hace la salvedad de que no se aplica para los incapaces o ausentes que carezcan de representación. La ley 14.442 (publicada en febrero de 2013), que regula la actuación del Ministerio Público en la provincia, establece en el art. 38 que el Asesor de Menores interviene en todo asunto judicial o extrajudicial que interese a la persona o bienes de los incapaces (inc. 1). No dice representa a los incapaces. El inc. 4 contempla que puede peticionar en nombre de ellos, por propia iniciativa, cuando carezcan de representantes o existan entre éstos y los incapaces conflicto personal u oposición de intereses o resulte necesario para impedir la frustración de los derechos a la vida, salud, identidad, y de ser oídos por el juez de la causa. Ninguna de estas circunstancias se da en autos. El menor tiene representación legal, no hay conflicto de intereses con su madre, y se trata de un juicio de cobro de pesos por incumplimiento contractual iniciado por el padre del menor, donde no está en juego el derecho a la vida, a la salud o la identidad. El derecho a ser oído ya fue ejercido cuando se presentó como parte representado por su madre, y de ahí en más el proceso debe seguirse según las reglas procesales. Existe otra razón que coadyuva a la interpretación que vengo sosteniendo. Los representantes del Ministerio Público son notificados de las providencias que se dictan el día de la recepción del expediente en su despacho (art. 135 últ. párr. C.P.C.). No se aplica a su respecto la notificación “ministerio legis” del art. 133 (S.C.B.A., C. 119.241 del 22/12/2015). Por consiguiente, si se interpretara que ejercen una segunda representación que suple cualquier error u omisión en que pudiera incurrir el representante legal del incapaz, este quedaría en una situación manifiestamente ventajosa en relación a la otra parte, a la que sí le aplica dicha norma. Por otro lado, si el representante legal de un incapaz no promueve un incidente o no contesta un traslado, pero sí lo hace el Asesor de Incapaces en representación del mismo, y el incidente se pierde, ¿a quién habría que imponerle las

costas? Si aplicamos las normas sobre representación habría que imponérselas al representado, pero ¿sería esto justo si no intervino en el incidente por decisión de su representante legal? La otra alternativa sería aplicárselas al Asesor a título personal, pero esto es inadmisibles ya que ejerce sus funciones por ministerio legal (ley 14.442). No se me escapa que la S.C.B.A. en las sentencias dictadas en las causas C 117.577 del 18/11/2015 y C 117.505 del 22/04/2015, por mayoría, brindó una interpretación muy amplia al alcance de la intervención del Ministerio Público de Incapaces, pero entiendo que dichos precedentes no son aplicables a la cuestión de autos.[...] En efecto, en el primer caso la Asesora de Incapaces planteó la nulidad de todo lo actuado dado que se había dictado sentencia definitiva sin habersele dado vista de las actuaciones pese a haber menores involucrados. En relación al segundo caso dos observaciones deben hacerse. En primer lugar, versó sobre una cuestión muy distinta al presente, que, como dije, no encuadra en los supuestos del art. 38 inc. 4 de la ley 14.442. En segundo lugar no se pronunció el alto tribunal sobre la caducidad de instancia, cuya regulación legal contiene una norma como el art. 314 que específicamente contempla la situación de autos, y que, como he señalado, sólo puede soslayarse previa declaración de inconstitucionalidad. El caso “F. c. Nación Argentina”, fallado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 31/08/2012 (citado por el superior tribunal en C. 117.505), también versó sobre un caso donde no se había dado intervención al Asesor de Incapaces durante el proceso mientras el actor S. F. fue menor de edad. Es de señalar que el interés superior del niño, principio rector de la C.I.D.N. (art. 3), como todos los principios constitucionales, está sujeto a las leyes que reglamenten su ejercicio siempre que sean razonables (art. 28 C.N.). En tal reglamentación, el legislador procura armonizar los principios constitucionales, buscando siempre un equilibrio de forma tal que conserven igual valor y efectos. De esa ponderación entre principios y valores constitucionales en aparente contraposición, surgen las reglas que establece el legislador. Recién cuando el legislador no las ha establecido o cuando, con la debida fundamentación, se las declara inconstitucionales, el juez debe arbitrar la solución para el caso concreto. En el caso que nos ocupa, la regla que el legislador estableció al ponderar la protección de los menores y otros incapaces con el principio de la igualdad de las partes en el proceso es el art. 314 del C. Procesal, que, aunque es anterior a la ratificación de la C.I.D.N. (por ley de 1990), ha sido mantenido después de ello (destaco que en el Anteproyecto de Cód. Proc. Civ. y Comercial y de Familia elaborado en el ámbito del Ministerio de Justicia de la Provincia no está prevista su derogación). Lo

mismo ocurre en la órbita nacional, donde, como dije, el art. 314 del Código Procesal es igual al existente en la provincia. A su vez, el art. 38 de la ley 14.442 sobre la actuación del Asesor de Incapaces brinda una solución equilibrada a los principios en juego. Finalmente, como tiene dicho la Corte Suprema Nacional los jueces no pueden dejar de tener en cuenta las consecuencias que se derivan de la interpretación de las normas aplicables a los casos sometidos a su decisión (Fallos: 302:1284; 303-I:917; 428:3899; 328:690; 329:5913; 330:2361; 330:3483; entre otros). En el caso, interpretar el art. 103 del C.C.C. en el sentido de que ha tenido la intención de que en todo juicio donde sea parte un incapaz, este debe tener una representación doble o de que el Asesor de Incapaces en todo momento es un suplente de las omisiones o deficiencias en que pueda incurrir el representante legal en juicio, conduce a un resultado notoriamente injusto porque desequilibra notoriamente el principio de igualdad de las partes en el proceso. IV. Concluyo, entonces, que la oportunidad procesal para activar el procedimiento conforme al art. 315 del C.P.C. precluyó con la resolución de fs. 294, y no correspondiendo brindar una nueva oportunidad a través del Ministerio Público de Incapaces, es aplicable el art. 314 del mismo código, por lo que corresponde confirmar la resolución apelada, con costas a la actora vencida (art. 69 C.P.C.). Voto por la afirmativa”.

A la luz de las conclusiones que emergen de ambos precedentes, con posturas -en ambos casos- sólidamente sustentadas, entiendo como ya he expuesto que en el presente no se presenta el estado de inacción que ameritaba la intervención principal (art. 103 inc. b, i, del CCC) del Defensor de Menores. Por el contrario, los representantes legales del aquél apelaron la sentencia por intermedio de sus apoderados y tempestivamente expusieron los agravios que la misma le ocasionaba al niño. La Defensora de Menores, no recurrió la sentencia. Y en todo caso existe -como ya he dicho- una evaluación -respetable por cierto- acerca de la justicia de la reparación concedida por daño moral, insisto, más allá de su acierto o no.

En el Código Civil y Comercial comentado, dirigido por Marisa Herrera-Gustavo Caramelo-Sebastián Picasso que puede consultarse en [http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo—comentado/CCyC_Comentado_Tomo_I%20\(arts.%201%20a%20400\).pdf](http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo—comentado/CCyC_Comentado_Tomo_I%20(arts.%201%20a%20400).pdf), respecto de esta cuestión, se aportan como ejemplos de la actuación principal del Ministerio Público “...el Ministerio Público deberá promover el cumplimiento de los deberes a su cargo o interponer recursos y ofrecer prueba si dentro de una causa judicial el niño/a está indefenso...” Es claro que no se trata de la

situación de este proceso.

De modo que proponer la nulidad del dictamen del Defensor de Menores y propiciar su actuación principal en el caso permitiéndole expresar agravios cuando no ha recurrido, importaría violentar la igualdad de las partes en el proceso, aun contemplando el plus con que debe juzgarse la intervención de un niño en aquél. La protección adicional que poseen los niños y niñas, entiendo no puede importar arrasar con las garantías constitucionales en perjuicio de los eventuales contendientes de aquéllos en un proceso. Ahora bien y con respecto al error detectado por mi colega respecto de la edad del niño a la fecha del accidente ponderada por la magistrada para el cálculo de la incapacidad sobreviniente (7 y no 10 años), tratándose de un error puramente numérico, entiendo que por aplicación armónica del principio del interés superior de niño, de la tutela judicial efectiva que debe brindársele y de la efectividad de sus derechos que emana de los instrumentos internacionales (Convención de los Derechos del Niño, art. 4), debiera corregirse el mismo oficiosamente.

Ello en aras de evitar la eventual interposición posterior de una acción por cosa juzgada írrita sustentada en iguales principios que los invocados para el obrar oficioso que propicio. De lo contrario se cristalizaría una verdadera injusticia.

En resumen por obra de la corrección que se propone la incapacidad sobreviniente, de conformidad a las pautas evaluadas por la magistrada (con la salvedad de la edad del niño), las que no han sido cuestionadas, se elevaría el rubro por el primer período a indemnizar -hasta los 18 años- a la suma de pesos seiscientos noventa mil (\$ 690.000.-), con más los intereses determinados en el pronunciamiento de primera instancia.

2.-Por lo demás, entiendo que el mejor modo de conciliar las obligaciones que el art. 103 del CCC y el 22. incs. i) y o) Ley K 4199 impone a los Defensores de Menores e Incapaces, impone la necesaria evaluación al momento del dictado de la sentencia definitiva de recurrir o no la misma, a la par de la eventual actuación de sus representantes legales, de modo de, ante la insuficiencia de la actuación de estos últimos, una vez concedida la vista para su intervención y control de legalidad en segunda instancia, habilitar la posibilidad de o bien complementar o bien -ya de modo principal- cumplimentar la misma.

De tal modo se daría una respuesta a aquéllos interrogantes que el Dr. de Lázzari introduce en su lúcido voto: ¿en qué momento procesal el Asesor tiene que estar advertido de esta deficiencia si cuando descubre el mal ejercicio, las puertas le están cerradas?; ¿cómo podría intervenir mediante las facultades que le concede la ley -añadir

lo que falta-, si primero no conoce el defecto en el obrar del otro ?

3.-Pues entonces de conformidad a lo que es materia de mi disidencia se acogería el recurso del actor Tiago Alvarez elevando la indemnización en el período que va de los 7 a los 18 años de edad a la suma de pesos seiscientos noventa mil (\$ 690.000.-), con más los intereses determinados en el pronunciamiento de primera instancia; se eleva asimismo la indemnización por incapacidad sobreviniente en el período que va de los 18 a los 75 años de edad, computando los mismos datos de ingreso que en la sentencia cuestionada -\$ 4.716.- y una incapacidad del 28 % -física 20 % (restando el porcentaje atribuido por Desarrollo reactivo no psicótico 5 %) y psicológica 10 %-, a la suma de pesos novecientos diecinueve mil doscientos cuarenta y siete con cincuenta y dos (\$ 919.247,52.-) con más los intereses determinados en el pronunciamiento de primera instancia, comprendiendo la incapacidad psicológica y aplicando la fórmula de la capacidad restante tal como propone el estimado colega que lidera esta encuesta con más los intereses determinados en el pronunciamiento de primera instancia.

Las costas por el recurso de la actora se imponen a los demandados y sus aseguradoras (art. 68 CPCC).

5.-En consecuencia a tenor del resultado de mi disidencia y del voto del estimado colega que lidera la encuesta se resolvería:

5.1.-Hacer lugar al recurso de la actora:

5.1.1.-Revocando la exclusión de cobertura resuelta en la sentencia de grado a favor de Federación Patronal Seguros S.A., condenándola a resarcir a los actores Gisella Tamara Leiva, Tiago Agustín Álvarez y su padre, el Sr. Pablo Álvarez, de acuerdo a los importes indemnizatorios resultantes del decisorio, en los términos de la póliza contratada, y hasta el límite de cobertura;

5.1.2.-Elevar la indemnización por incapacidad psicofísica en el caso de Gisella Leiva a la suma de pesos un millón noventa y tres mil cuatro con nueve centavos (\$ 1.093.004,09.-) al que se le agregaran los intereses previstos en la sentencia de primera instancia para el rubro incapacidad;

5.1.3.-Elevar la indemnización por incapacidad sobreviniente para Tiago Alvarez en el período que va desde los 7 a los 18 años a la suma de pesos seiscientos noventa mil (\$ 690.000.-), con más los intereses determinados en el pronunciamiento de primera instancia.

5.1.4.-Elevar la indemnización por incapacidad sobreviniente de Tiago Agustín Alvarez en el período que va de los 18 a los 75 años de edad, a la suma de pesos novecientos

diecinueve mil doscientos cuarenta y siete con cincuenta y dos (\$ 919.247,52.-) con más los intereses determinados en el pronunciamiento de primera instancia.

5.1.5.-Imponer las costas del recurso del actor a los demandados vencidos y sus aseguradoras.

5.2.-Por las mismas razones que las expuestas para el acogimiento del recurso de la actora hacer lugar al recurso de los herederos de Juan José Sagues -Sres. Evangelina Bozich, Ariana Lorena Sagues y Alejandro Anibal Sagues- revocando la exclusión de cobertura resuelta en la sentencia de grado a favor de Federación Patronal Seguros S.A., condenándola a resarcir a los actores Gisella Tamara Leiva, Tiago Agustín Álvarez y su padre, el Sr. Pablo Álvarez, de acuerdo a los importes indemnizatorios resultantes del decisorio, en los términos de la póliza contratada, y hasta el límite de cobertura

5.2.1.-Imponer las costas del recurso de los sucesores de Juan José Sagues -Sres. Evangelina Bozich, Ariana Lorena Sagues y Alejandro Anibal Sagues- a la aseguradora Federación Patronal Seguros S.A.

5.3.-Rechazar en su mayor extensión el recurso de Río Uruguay Uruguay Cooperativa de Seguros Ltda., sin costas por no haber mediado contradicción.

6.-Habiéndose modificado el monto de condena de conformidad a la propuesta formulada por el vocal de primer voto y la expuesta por mi parte, corresponde proceder a una nueva regulación de los honorarios profesionales, deviniendo abstractos en consecuencia los recurso arancelarios interpuestos.

El monto base queda ahora determinado por la suma total de pesos ochocientos veintiséis doscientos cincuenta y uno con un centavo (\$ 7.826.251,01.-).

Por las tareas de primera instancia corresponde regular los honorarios de los Dres. Natalia San Miguel y Juan Pablo Urquiaga, ambos en el doble carácter por la actora, intervinientes en las tres etapas del proceso, en conjunto, en el 15 % del monto base; regular los honorarios de los Agustín Aguilar y Jesús Pablo Maida, en el doble carácter por los sucesores de Juan Jose Sagües, intervinientes en dos etapas del proceso en el 10 % del monto base; regular los honorarios de los Dres. Oscar Pablo Hernandez y Santiago Nilo Hernández, el primero en el doble carácter y el segundo patrocinante por la aseguradora Cooperativa Río Uruguay Seguros Ltda., intervinientes en las tres etapas del proceso, en conjunto, en el 12 % del monto base; regular a la Dra. Ivana Marlene Sühs, en el doble carácter por la aseguradora Federación Patronal Seguros S.A., interviniente en las tres etapas del proceso, en el 12 % del monto base. Regular los honorarios de los peritos intervinientes Lic. Mario Hector Albornoz, Dr. Jorge A.

Bazzo, Lic. Gladys Mabel Hernandez y Cr. Juan Manuel Carrica, en el 2,5 % del monto base a cada uno de ellos, debiéndose deducir en los dos primeros casos la regulación de honorarios provisoria oportunamente percibida por cada uno de ellos (M.B. \$ 7.826.251,01.-; art. 77 CPCC; arts. 6, 7, 8, 11, 38 y 39 de la ley 2212; arts. 5, 6, y 18 de la ley 5069).

Por las tareas en esta instancia regular los honorarios de los Dres. Natalia San Miguel y Juan Pablo Urquiaga, por la actora, en el 30 %, los de los Dres. Pablo Jesús Maida y Agustín Aguilar, por los sucesores de Juan José Sagues, en el 30 %; los del Dr. Oscar Pablo Hernández, por la aseguradora Cooperativa Río Uruguay Seguros Ltda., en el 25 % y los de la Dra. Ivana Marlene Sühs, en el 25 %, en todos los casos con referencia a los asignados a cada representación letrada en la instancia anterior (art. 15 LA G 2212).

7.-A tenor de la propuesta del primer voto a la que adhiero y a mi propuesta entonces se resolvería:

7.1.-Hacer lugar al recurso de la actora -y en el primer punto al de los herederos de Juan José Sagues, Sres. Evangelina Bozich, Ariana Lorena Sagues y Alejandro Anibal Sagues-:

7.1.1.-Revocando la exclusión de cobertura resuelta en la sentencia de grado a favor de Federación Patronal Seguros S.A., condenándola a resarcir a los actores Gisella Tamara Leiva, Tiago Agustín Álvarez y su padre, el Sr. Pablo Álvarez, de acuerdo a los importes indemnizatorios resultantes del decisorio, en los términos de la póliza contratada, y hasta el límite de cobertura;

7.1.2.-Elevar la indemnización por incapacidad psicofísica en el caso de Gisella Leiva a la suma de pesos un millón noventa y tres mil cuatro con nueve centavos (\$ 1.093.004,09.-) al que se le agregaran los intereses previstos en la sentencia de primera instancia para el rubro incapacidad;

7.1.3.-Elevar la indemnización por incapacidad sobreviniente para Tiago Alvarez en el período que va desde los 7 a los 18 años a la suma de pesos seiscientos noventa mil (\$ 690.000.-), con más los intereses determinados en el pronunciamiento de primera instancia.

7.1.4.-Elevar la indemnización por incapacidad sobreviniente de Tiago Agustín Alvarez en el período que va de los 18 a los 75 años de edad, a la suma de pesos novecientos diecinueve mil doscientos cuarenta y siete con cincuenta y dos (\$ 919.247,52.-) con más los intereses determinados en el pronunciamiento de primera instancia.

7.1.5.-Imponer las costas del recurso de la actora a los demandados vencidos y sus

aseguradoras (art. 68 CPCC).

7.2.-Por las mismas razones que las expuestas para el acogimiento del recurso de la actora hacer lugar al recurso de los herederos de Juan José Sagues -Sres. Evangelina Bozich, Ariana Lorena Sagues y Alejandro Anibal Sagues- revocando la exclusión de cobertura resuelta en la sentencia de grado a favor de Federación Patronal Seguros S.A., condenándola a resarcir a los actores Gisella Tamara Leiva, Tiago Agustín Álvarez y su padre, el Sr. Pablo Álvarez, de acuerdo a los importes indemnizatorios resultantes del decisorio, en los términos de la póliza contratada, y hasta el límite de cobertura

7.2.1.-Imponer las costas del recurso de los sucesores de Juan José Sagues -Sres. Evangelina Bozich, Ariana Lorena Sagues y Alejandro Anibal Sagues- a la aseguradora Federación Patronal Seguros S.A. (art. 68 CPCC).

7.3.-Rechazar en su mayor extensión el recurso de Río Uruguay Uruguay Cooperativa de Seguros Ltda., sin costas por no haber mediado contradicción.

7.4.-Por las tareas de primera instancia corresponde regular los honorarios de los Dres. Natalia San Miguel y Juan Pablo Urquiaga, ambos en el doble carácter por la actora, intervinientes en las tres etapas del proceso, en conjunto, en el 15 % del monto base; regular los honorarios de los Agustín Aguilar y Jesús Pablo Maida, en el doble carácter por los sucesores de Juan José Sagues -Evangelina Bozich, Ariana Lorena Sagues y Alejandro Anibal Sagues-, intervinientes en dos etapas del proceso en el 10 % del monto base; regular los honorarios de los Dres. Oscar Pablo Hernández y Santiago Nilo Hernández, el primero en el doble carácter y el segundo patrocinante por la aseguradora Cooperativa Río Uruguay Seguros Ltda., intervinientes en las tres etapas del proceso, en conjunto, en el 12 % del monto base; regular a la Dra. Ivana Marlene Sühs, en el doble carácter por la aseguradora Federación Patronal Seguros S.A., interviniente en las tres etapas del proceso, en el 12 % del monto base. Regular los honorarios de los peritos intervinientes Lic. Mario Hector Albornoz, Dr. Jorge A. Bazzo, Lic. Gladys Mabel Hernández y Cr. Juan Manuel Carrica, en el 2,5 % del monto base a cada uno de ellos, debiéndose deducir en los dos primeros casos la regulación de honorarios provisoria oportunamente percibida por cada uno de ellos (M.B. \$ 7.826.251,01.-; art. 77 CPCC; arts. 6, 7, 8, 11, 38 y 39 de la ley 2212; arts. 5, 6, y 18 de la ley 5069).

7.5.-Por las tareas en esta instancia regular los honorarios de los Dres. Natalia San Miguel y Juan Pablo Urquiaga, por la actora, en el 30 %, los de los Dres. Pablo Jesús Maida y Agustín Aguilar, por los sucesores de Juan José Sagues, en el 30 %; los del Dr. Oscar Pablo Hernández, por la aseguradora Cooperativa Río Uruguay Seguros Ltda., en

el 25 % y los de la Dra. Ivana Marlene Sühs, en el 25 %, en todos los casos con referencia a los asignados a cada representación letrada en la instancia anterior (art. 15 LA G 2212).

Así lo voto.

EL SR. JUEZ DR. VICTOR DARIO SOTO, DIJO: Habiendo dado atenta lectura a los fundamentos expresados en sus respectivos votos por los apreciados colegas preopinantes, y advertido de la diferencia que mantienen en torno a la validez o no del dictamen de la Sra. Defensora DEMEI, se desprende que para el primero de los votantes la intervención de la misma resulta nula, y para el segundo votante no.-

1.- Tal como he mencionado en otro proceso en el que paralelamente al presente he debido pronunciarme para resolver otra disidencia, el cometido de la formulación de la resolución de la disidencia, ha configurado materia de pronunciamiento por parte de nuestro Superior Tribunal de Justicia, por caso en los autos “GAVENNY COMPANY S.A. c/URBANIZACION PARQUE ENTRE LAGOS S.R.L. s/ INCIDENTE DE NULIDAD s/CASACION” (Expte. N° 26171/12-STJ), en fecha 22 de octubre de 2014, cuando dijo en lo sustancial que: “... PROCEDE EL RECURSO DE CASACION CON FUNDAMENTO EN LA ARBITRARIEDAD POR FALTA DE FUNDAMENTACION Y DEBERA DECRETARSE LA NULIDAD DE LA SENTENCIA ATENTO QUE EL TERCER MAGISTRADO EN ORDEN DE VOTACION, LLAMADO A DIRIMIR LA CUESTION, SE LIMITO A UNA DESMOTIVADA ADHESION AL CRITERIO DEL PREOPINANTE, CRITICADA ESTA POR LOS DEMANDADOS POR CONSTITUIR UNA HIPOTESIS, SIN DEMOSTRAR LAS RAZONES QUE LO MOTIVARON A ADOPTAR CRITERIO COINCIDENTE CON LA ANTERIOR, INCURRIENDO TAMBIEN EN FALTA DE FUNDAMENTACION, MAS AUN SI TENEMOS EN CUENTA QUE SE TRATABA DEL DIRIMIENTE.- SI BIEN ESTOS ULTIMOS VOTANTES HARIAN MAYORIA FORMAL EN CUANTO A LO DECIDIDO, NO SURGE QUE PARA LLEGAR A TAL DECISION HAYAN PARTIDO CONCRETAMENTE DE LAS CONSTANCIAS Y PRUEBAS EMANADAS DE LA CAUSA ...” (STJRNS1 - Se. N° 55/99, in re: “NUÑEZ c/BOOCK”, y STJRNS1- Se N° 23/05, in re: “BANCO DE LA PAMPA c/DOMINGUEZ, Fabiana RODRIGUEZ PEREZ s/SUCESION Y OTRA s/EJECUCION HIPOTECARIA s/CASACION”).- Así también: “En “LANTSCHNER c/BOOCK” (Expte. N° 13760/99-STJ-), precisamente llegados del mismo “a quo”, el

S.T.J. dijo: “... DE LO EXPUESTO, SURGE SIN HESITACION LA TRANSGRESION A LAS FORMAS SENTENCIALES, PUES EL ULTIMO SUFRAGANTE SE HALLABA CONTREÑIDO A “FUNDAR” SU VOTO EN VIRTUD DE LA FALTA DE CONCORDANCIA ENTRE LOS ARGUMENTOS Y CONCLUSIONES ANTERIORES.- SU VOTO DETERMINABA LA SUERTE DEL LITIGIO Y DICHA CIRCUNSTANCIA/// ///11.-EXIGIA UNA CONSIDERACION MAS DESARROLLADA Y PROFUNDA, QUE UNA SIMPLE ADHESION Y REMISION A UN FALLO ANTERIOR.- EN TAL SENTIDO, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION HA DICHO QUE “...LA SOLA REMISION A LO RESUELTO EN PRONUNCIAMIENTOS ANTERIORES, SIN REFERENCIA CONCRETA A LOS AGRAVIOS PROPUESTOS Y A LOS HECHOS DE LA CAUSA, ES INSUFICIENTE PARA CONVALIDAR LO DECIDIDO ...” (C.S., 27-8-93, BANCO HISPANO CORFIN).- POR OTRA PARTE, ESTE SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA SE HA EXPEDIDO REITERADAMENTE ACERCA DE LOS EXTREMOS QUE DEBE CUMPLIMENTAR EL TERCER VOTO EN EL CASO DE DIRIMIR UNA DISIDENCIA.- ASI SOSTUVO, CITANDO A MORELLO (“CODIGOS PROCESALES ...”, Tº I, pág. 131) ENTRE LAS DIVERSAS PAUTAS CONSAGRADAS POR EL XI CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL, REFERIDAS A LOS REQUISITOS ESENCIALES PARA LAS SENTENCIAS EMANADAS DE ORGANOS COLEGIADOS QUE “EN LOS CASOS DE DISIDENCIA, EL VOTO QUE RESULTA DECISIVO DEBE SER FUNDADO”.- TAL CRITERIO HA SIDO MANTENIDO EN REITERADOS Y SUCESIVOS PRONUNCIAMIENTOS A SABER “DEGEOVANI”, Se. Nº 53 del 23.04.85; “NAUMAN”, Se. Nº 81 del 19.06.86; “SALGADO PEREZ”, Se. Nº 38 del 08.04.92; “ACUÑA”, Se. Nº 190 del 29.11.93; “LUNA”, Se. Nº 76 del 03.06.96; “BERTORELLO”, Se. Nº 16 del 31.03.99, ENTRE OTRAS...”, PRECISANDO AUN MAS EN QUE CONSISTE LA EXIGENCIA DE FUNDAR EL VOTO DIRIMENTE, SE SOSTUVO LA NECESIDAD DE QUE EL TERCER VOTANTE DIRIMENTE-, SUPERE EL ENFRENTAMIENTO CONCEPTUAL DE SUS ANTECESORES, EXPRESANDO LAS RAZONES QUE LO DETERMINARON A ADOPTAR TAL DECISION (CONF. “LUNA”, Se. Nº 76, 03.06.96). EN EL CASO, ANTE LA CIRCUNSTANCIA Y/O EXISTENCIA DE DOS VOTOS DISIMILES EN CUANTO A LA DETERMINACION ..., EL TERCER JUEZ CUYO VOTO TENDRIA CARÁCTER DIRIMENTE DE LA CUESTION- DEBIO HABER///.- EXPRESADO

POR QUE ADHERIA A UNO U OTRO VOTO CON SUFICIENTE FUNDAMENTACION, PARA DAR ACABADO CUMPLIMIENTO A LA EXIGENCIA LEGAL CONTENIDA EN LOS ARTS. 163 Y 164 DEL CPCC.” STJRNS1 - Se. N° 23, in re: “BANCO DE LA PAMPA c/DOMINGUEZ, Fabiana RODRIGUEZ PEREZ s/SUCESION Y OTRA s/EJECUCION HIPOTECARIA s/CASACION”; en igual sentido: STJRNS1 - Se. N° 62/06, in re: “CARDENAS, Ignacio y CONTRERAS c/PCIA. DE RIO NEGRO s/DAÑOS Y PERJUICIOS s/CASACION”; Se. N° 07/10, in re: “PROVINCIA DE RIO NEGRO (DIRECCION DE TIERRAS Y COLONIZACION) c/ PICCICO, Alfredo y Otros s/DESALOJO s/CASACION” y Se. N° 03/06, in re: “VIDAL, Modesto s/QUEJA EN: \´VIDAL, Modesto c/GONZALEZ, Héctor s/DAÑOS Y PERJUICIOS”).- ... Tampoco pasa inadvertido, que en el voto dirimente se trata de analizar la cuestión debatida en la instancia anterior (conocimiento de la incidentista del acto que pretende nulificar, por su intervención en otra causa), pero ello no basta para configurar la coincidencia sustancial requerida para constituir la mayoría jurídica acumulativa que el acto sentencial requiere, puesto que este argumento no formó parte del voto ponente. Al respecto, este Superior Tribunal de Justicia ha dicho que: “...la ausencia de coincidencia sustancial en la fundamentación de los votos de los Jueces que conforman la mayoría decisoria del fallo impugnado, determina la procedencia del recurso extraordinario local interpuesto, con sustento en la causal de arbitrariedad por falta de motivación, correspondiendo en consecuencia decretar la nulidad de la sentencia de fs. (conf. art. 296, inc. 3* del CPCyC.),...” (conf. SJRNS1 - Se. N° 70/13, in re: “ANCAPICHUN”).- De manera que la ausencia de fundamentación en el voto dirimente, que sustente su coincidencia sustancial con la posición del voto al que adhiere, sumada al déficit motivacional de la sentencia, impiden tener por cumplidos los extremos requeridos por el art. 200 de la Constitución Provincial y el art. 163, inc. 5* del CPCyC., y determinan la nulidad del pronunciamiento que se revisa por medio de la presente por cuanto la observancia del recaudo de la motivación constituye el modo más idóneo para controlar la actividad decisoria y verificar el efectivo respeto de los derechos y garantías constitucionales (conf. Morello Sosa - Berizonce, “Códigos Procesales en lo Civil y Comercial”, T. II-A, com. al artículo 163).- 5.-Decisión: En conclusión, cabe sostener que, en autos, no resulta satisfecho, el requisito de que los fallos constituyan derivación razonada del derecho vigente, aplicable a los hechos probados del caso, pues la sentencia en crisis no se halla en modo alguno dotada de la mayoría decisoria y la fundamentación suficiente

que es dable exigir como condición de validez de los fallos judiciales. ... En cambio, como ya se señalara en el voto al cual adherimos, lo que si se advierte claramente en autos, es que en la sentencia de Cámara en examen, existe respecto a la cuestión señalada- una absoluta ausencia de coincidencia sustancial en la fundamentación de los votos de los Jueces que conforman la mayoría decisoria; pero, entendemos que ello no es consecuencia de la falta de fundamentación del voto dirimente, sino de la ausencia de tratamiento de la cuestión objeto del reclamo en autos por parte del votante en primer lugar (doctor Camperi).- En suma, más allá de la observación efectuada precedentemente, coincidimos con el voto ponente en que la mencionada ausencia de coincidencia sustancial en los votos de los Jueces que conforman la mayoría decisoria determina la procedencia del recurso en examen con sustento en la causal de arbitrariedad, correspondiendo decretar la nulidad de la sentencia sub examine. ...”.- (dejo a salvo que los pasajes en mayúscula del fallo, son fieles a la publicación copiada).-

La cita precedente desde mi punto de vista, determina que el voto dirimente debe formar mayoría con alguno de los emitidos previamente -no ser una tercera opción-; como también, debe ser razonablemente fundado, sin que se consuma en la despojada decisión en un sentido u otro.-

Dejando a buen recaudo lo dicho hasta aquí, entiendo pertinente expresar en este proceso, he de formar mayoría acompañando la posición sustentada por el estimado colega Dr. Dino D. Maugeri.-

2.- En el rol dirimente que tal situación me ha asignado, me inclino por apoyar la postura del segundo votante, en cuanto ha señalado que “... no advierto que nos encontremos en presencia de una situación de indefensión del niño, hipótesis del art. 103 inc. b), i) del CCC. Por el contrario se encuentra representado por sus padres quienes actúan por intermedio de sus apoderados quienes han recurrido la sentencia. Ahora bien, al fundar el recurso no han impugnado la cuantía del daño moral no pudiendo configurarse por esa sola circunstancia la existencia de un estado de indefensión sino, por el contrario, una evaluación personal y profesional acerca de la justicia de esa cuantificación. Ello más allá de su eventual acierto o no. Pretender entonces que esa indemnización sea mayor porque en casos similares se han concedido montos mayores es perder de vista tal evaluación, ingresando en una esfera de la privacidad del reclamante...”.-

El motivo de mi decisión, pasa por considerar que la intervención de la Sra. Defensora estuvo en tiempo y forma. Unido a que por su parte los progenitores del niño también recurrieron. Luego, que hayan consentido la indemnización del daño extrapatrimonial, obedece a una situación de criterio y conformidad que entiendo es propia de la esfera de decisión de la parte actora y de la Defensora DEMEI.-

Me expido entonces compartiendo la resolución propuesta para el caso por el segundo votante. ASI VOTO.-

Por ello y en mérito al Acuerdo que antecede, la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería,

RESUELVE: POR MAYORIA: 1.-Hacer lugar al recurso de la actora -y en el primer punto al de los herederos de Juan José Sagues, Sres. Evangelina Bozich, Ariana Lorena Sagues y Alejandro Anibal Sagues-:

1.1.-Revocando la exclusión de cobertura resuelta en la sentencia de grado a favor de Federación Patronal Seguros S.A., condenándola a resarcir a los actores Gisella Tamara Leiva, Tiago Agustín Álvarez y su padre, el Sr. Pablo Álvarez, de acuerdo a los importes indemnizatorios resultantes del decisorio, en los términos de la póliza contratada, y hasta el límite de cobertura;

1.2.-Elevar la indemnización por incapacidad psicofísica en el caso de Gisella Leiva a la suma de pesos un millón noventa y tres mil cuatro con nueve centavos (\$ 1.093.004,09.-) al que se le agregaran los intereses previstos en la sentencia de primera instancia para el rubro incapacidad;

1.3.-Elevar la indemnización por incapacidad sobreviniente para Tiago Alvarez en el período que va desde los 7 a los 18 años a la suma de pesos seiscientos noventa mil (\$ 690.000.-), con más los intereses determinados en el pronunciamiento de primera instancia.

1.4.-Elevar la indemnización por incapacidad sobreviniente de Tiago Agustín Alvarez en el período que va de los 18 a los 75 años de edad, a la suma de pesos novecientos diecinueve mil doscientos cuarenta y siete con cincuenta y dos (\$ 919.247,52.-) con más los intereses determinados en el pronunciamiento de primera instancia.

1.5.-Imponer las costas del recurso de la actora a los demandados vencidos y sus aseguradoras (art. 68 CPCC).

2.-Por las mismas razones que las expuestas para el acogimiento del recurso de la actora hacer lugar al recurso de los herederos de Juan José Sagues -Sres. Evangelina Bozich, Ariana Lorena Sagues y Alejandro Anibal Sagues- revocando la exclusión de cobertura

resuelta en la sentencia de grado a favor de Federación Patronal Seguros S.A., condenándola a resarcir a los actores Gisella Tamara Leiva, Tiago Agustín Álvarez y su padre, el Sr. Pablo Álvarez, de acuerdo a los importes indemnizatorios resultantes del decisorio, en los términos de la póliza contratada, y hasta el límite de cobertura

2.1.-Imponer las costas del recurso de los sucesores de Juan José Sagues -Sres. Evangelina Bozich, Ariana Lorena Sagues y Alejandro Anibal Sagues- a la aseguradora Federación Patronal Seguros S.A. (art. 68 CPCC).

3.-Rechazar en su mayor extensión el recurso de Río Uruguay Uruguay Cooperativa de Seguros Ltda., sin costas por no haber mediado contradicción.

4.-Por las tareas de primera instancia corresponde regular los honorarios de los Dres. Natalia San Miguel y Juan Pablo Urquiaga, ambos en el doble carácter por la actora, intervinientes en las tres etapas del proceso, en conjunto, en el 15 % del monto base; regular los honorarios de los Agustín Aguilar y Jesús Pablo Maida, en el doble carácter por los sucesores de Juan Jose Sagües -Evangelina Bozich, Ariana Lorena Sagues y Alejandro Anibal Sagues-, intervinientes en dos etapas del proceso en el 10 % del monto base; regular los honorarios de los Dres. Oscar Pablo Hernandez y Santiago Nilo Hernández, el primero en el doble carácter y el segundo patrocinante por la aseguradora Cooperativa Rio Uruguay Seguros Ltda., intervinientes en las tres etapas del proceso, en conjunto, en el 12 % del monto base; regular a la Dra. Ivana Marlene Sühs, en el doble carácter por la aseguradora Federación Patronal Seguros S.A., interviniente en las tres etapas del proceso, en el 12 % del monto base. Regular los honorarios de los peritos intervinientes Lic. Mario Hector Albornoz, Dr. Jorge A. Bazzo, Lic. Gladys Mabel Hernandez y Cr. Juan Manuel Carrica, en el 2,5 % del monto base a cada uno de ellos, debiéndose deducir en los dos primeros casos la regulación de honorarios provisoria oportunamente percibida por cada uno de ellos (M.B. \$ 7.826.251,01.-; art. 77 CPCC; arts. 6, 7, 8, 11, 38 y 39 de la ley 2212; arts. 5, 6, y 18 de la ley 5069).

5.-Por las tareas en esta instancia regular los honorarios de los Dres. Natalia San Miguel y Juan Pablo Urquiaga, por la actora, en el 30 %, los de los Dres. Pablo Jesús Maida y Agustín Aguilar, por los sucesores de Juan José Sagues, en el 30 %; los del Dr. Oscar Pablo Hernández, por la aseguradora Cooperativa Rio Uruguay Seguros Ltda., en el 25 % y los de la Dra. Ivana Marlene Sühs, en el 25 %, en todos los casos con referencia a los asignados a cada representación letrada en la instancia anterior (art. 15 LA G 2212). Regístrese, notifíquese de conformidad con lo dispuesto en la Acordada 36/2022-STJ, Anexo I, Artículo N° 9 y oportunamente vuelvan.

GUSTAVO ADRIAN MARTINEZ

JUEZ DE CÁMARA

DINO DANIEL MAUGERI

JUEZ DE CÁMARA

VICTOR DARIO SOTO

JUEZ DE CÁMARA

Se deja constancia que el Dr. MARTINEZ no firma la presente Sentencia por encontrarse en uso de Licencia, habiendo participado del Acuerdo. Conste.-

Ante mi:

PAULA CHIESA

SECRETARIA

NVP