

En Cipolletti, Provincia de Río Negro, a los 28 días del mes de Diciembre del año dos mil doce, reunidos en acuerdo los Sres. Jueces de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la IVta. Circunscripción Judicial, integrada con el Dr. Raúl F. Santos, por Subrogancia legal, con asiento de funciones en esta ciudad, para dictar sentencia en autos caratulados "SEISDEDOS LEANDRO M. C/ALFARO CARIQUEO HUGO HERNÁN Y OTROS S/ORDINARIO" (Expte. N° 1445-SC).

Previa discusión de la temática del fallo a dictar y formulación de las cuestiones a resolver, con la presencia de los miembros del Tribunal de lo que da fe el actuario, corresponde votar en primer término al Dr. Jorge E. Douglas Price, quien dijo: Que de conformidad con lo acordado corresponde tratar las siguientes cuestiones: ¿es ajusta da la sentencia apelada? ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?

I.- Atento a la providencia de fecha 01 de febrero de 2011, se han acumulado a los presentes autos los expedientes "Sepúlveda Claudio c/ Alfaro Cariqueo Hugo Hernán y Otros s/ Daños y Perjuicios" (Expte. N° 1450-SC), "Mendoza, Luciana Romina y Otros c/ Rojas Ricardo Ariel y Otros s/ Daños y Perjuicios" (Expte. N° 1584-SC), "Cárdenas Martínez Maria Cecilia y Alfaro Cariqueo Hugo Hernán c/Rojas Ricardo Ariel y Otros s/ Daños y Perjuicios" (Expte N° 1605-SC), "Campos Huentelén José Iván y Huenchunao Vielma Clorinda c/ Rojas Ricardo Ariel y Otros s/ Daños y Perjuicios" (Expte. N° 1652-SC-10), "Suhilar, Jorge Alberto y Otro c/ Rojas, Ricardo y Otros s/Sumario " (Expte. N° 2025-SC-12), y "Horizonte A.R.T. c/Alfaro Cariqueo, Hugo Hernán y Otro s/Ordinario" (Expte. N° 2014-SC-12), habiendo pasado los mismos al Acuerdo para dictar sentencia en fecha de de Octubre de 2012.

II.- Llegan así los presentes autos al Acuerdo, a los fines de resolver los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia recaída en autos en fecha 28 de Abril de 2009: a fs. 954 Expofrut S.A.; a fs. 955 los codemandados Transfrut S.H., Carlos Ancatén y Omar Bellabarba; a fs. 956 la parte actora; remedios que fueran concedidos libremente. A fs. 1010 interpone recurso arancelario el Dr. Gómez, por considerar que los honorarios a él regulados resultan bajos. Asimismo, apelan los codemandados Cárdenas Martínez, Alfaro Cariqueo y la citada Seguros Bernardino Rivadavia, los estipendios fijados a los peritos y al Dr. Gómez, por altos.

A fs. 1169/1174 presenta memorial de agravios la parte actora.

PRIMER AGRAVIO. El mismo versa respecto de la exclusión de responsabilidad a los propietarios del vehículo Fiat Duna SD (dominio CMG 162), Hernán Alfaro Cariqueo, María Cecilia Cárdenas Martínez y la citada en garantía Seguros Bernardino Rivadavia-

efectuado por el a quo, por considerar aplicable a su respecto la eximente de un tercero por el cual no deben responder.

Afirma que la víctima es un tercero completamente ajeno al siniestro, que estaba siendo transportada en un taxi al momento del choque, por lo que entiende que resulta extraña al sentido común la pretensión de que la acción sea dirigida sólo o exclusivamente contra el propietario/conductor del otro vehículo interviniente en el siniestro, cuando es un criterio inveterado en la jurisprudencia y doctrina nacional que la víctima no tiene por qué indagar la mecánica del accidente, siendo que todos sus protagonistas son responsables in solidum frente a la misma. Cita jurisprudencia de ésta Cámara en autos “Melo c/Montecino s/Daños y Perjuicios” (Expte. N°064-SC-03), entendiendo de la misma que se ha dicho que los protagonistas del accidente no son terceros en los términos del 1113 CC, y que por ello deben responder ante la víctima, sin perjuicio de las posteriores acciones de regreso que puedan ejercerse.

Que en los presentes estamos ante un caso de transporte contractual y oneroso de personas.

Solicita se revoque la sentencia en este punto, y se haga extensiva la condena a las personas arriba mencionadas.

SEGUNDO AGRAVIO. Versa sobre la imposición de costas impuestas a su parte (la víctima del siniestro) generadas por la actuación en el proceso de los propietarios del vehículo taxi, mencionados en el primer agravio.

Expone que para el hipotético caso de que ésta Alzada hubiera modificado su criterio o no compartiera la interpretación efectuada por la recurrente, entiende que, como mínimo, deberá eximirse a su representado de la carga de las costas generadas con la intervención de los demandados y tercera citada en garantía. Que tuvo razones mucho más que suficientes para accionar contra todos los intervinientes en el accidente y que, en el caso, se configura una hipótesis de excepción del art. 68 CPCyC.

TERCER AGRAVIO. El rechazo del a quo del resarcimiento de daño patrimonial por parte del concubino Leandro Seisdedos, por considerar que no se ha acreditado ningún daño económico del que el actor se ve privado.

Argumenta que el Juez de Grado ha considerado que el concubino no goza de la presunción de los arts. 1084 y 1085 CC, y que para acceder a tal resarcimiento, debe acreditarse el daño.

Que se encuentra acreditado en autos con la prueba testimonial producida, la existencia de la relación concubinaria entre la víctima y Leandro Seisdedos, con visos de

indudable perdurabilidad. Que no existe ninguna diferencia entre dicha situación y un matrimonio de derecho que lo inhabilite para ser compensado por el daño experimentado como consecuencia de la pérdida del aporte o apoyo económico de su concubina.

Cita jurisprudencia del STJ en autos “Marillán c/EdERSA S.A s/Accidente de Trabajo s/Inaplicabilidad de la ley” (Expte. N° 21020/06), que reconoce al concubino una indemnización integral.

Considera que ningún daño o perjuicio especial, más que la existencia del vínculo y la regularidad de los ingresos del compañero fallecido, resulta exigible, como erróneamente -opina- lo entiende el Juez a quo. Que en este caso se trataba de un concubinato con asistencia material recíproca, insistiendo en que no existe razón jurídica para denegarle el resarcimiento del daño material experimentado por el fallecimiento de Alejandra N. Torres.

Plantea inconstitucionalidad subsidiaria, para el caso de que éste Tribunal interprete que la redacción de los arts. 1084 y 1085 CC obste al reconocimiento requerido. Que se afectaría la garantía de igualdad ante la ley si se le niega al concubino el derecho reclamado, que sí se reconoce al cónyuge supérstite, cuando ninguna diferencia -opina- existe en sustancia entre ambas relaciones.

CUARTO AGRAVIO. Versa sobre la tasa de interés aplicada a los rubros procedentes. Que emplea la Tasa Mix, con remisión a la doctrina del STJ in re “Calfín”, pero que corresponde, a partir del precedente “Loza Longo”, la tasa activa del BNA.

Funda en derecho. Cita doctrina y jurisprudencia que entiende a su favor. Formula reserva de la cuestión federal.

A fs. 1179/1193 expresa agravios el apoderado de Expofrut S.A. Solicita se revoque la sentencia que extiende la responsabilidad a su mandante, y la condena a abonar la indemnización determinada. En forma subsidiaria solicita se reduzcan y adecuen los montos indemnizatorios fijados.

PRIMER AGRAVIO. Versa respecto de la responsabilidad atribuida a su representada, en los términos del art. 1113 CC, adjudicándole también responsabilidad en “el marco de la dependencia o inclusive la dependencia aparente”.

Encuentra que el fallo se asienta en un presupuesto falso, que no surge de ninguna constancia de la causa y que contradice lo indicado por la realidad y por el sentido común. Que el a quo sostiene sin fundamento valedero alguno, que la actividad de transporte de fruta es “propia del giro productivo” de Expofrut S.A. y que éste es el

“beneficiario” final del transporte, y condena así la supuesta “tercerización” de tal actividad. Entiende, que el mismo lo hace en base a la utilización de la “carga dinámica de las pruebas”, que en el caso concreto deviene inconstitucional por afectar el debido proceso y el derecho de propiedad.

Opina que es evidente el error en que incurre el sentenciante respecto a lo que significan actividades propias o no. Que, al no tratarse el transporte de fruta una actividad “propia” de su parte, mal puede “delegarse” o “subcontratarse” e imponerle cargas y obligaciones que no le son propias. Que no es determinante si la otra actividad es necesaria o no, y si se utiliza con habitualidad, sino que hay que estar a la naturaleza de la misma, si es propia, normal o específica.

Argumenta que la empresa es frutícola, dedicada a la producción y comercialización de frutas frescas. Que sus actividades propias son la producción de fruta en el monte frutal, la clasificación y empaque de la misma, el acondicionamiento y mantenimiento en frío y su comercialización. Que ello ninguna relación tiene con la actividad de transporte de cargas, regulada mediante ley 24.563 t. o., ya que no se dedica al transporte.

Entiende obvia la necesidad de su parte de contratar otras empresas que se dedican a otras actividades para desarrollar la suya propia.

Que tampoco puede afirmarse que la actividad del transportista se cumple en el propio interés de Expofrut S.A., en orden a extender su responsabilidad. Que tal beneficio lo recibe Transfrut S.H.

Que el Juez de Grado tiene por probado hechos que son irrelevantes a la causa. Que no se ha desconocido la relación comercial entre Transfrut S.H. y Expofrut S.A., aclarándose que el contrato fue firmado para viajes propios, y que ello es lo que explica la existencia en el cartel del camión.

Deduca que el a quo confunde la relación comercial entre ambas empresas con una situación de delegación, subordinación, injerencia, etc. Menciona que los cajones de bins en ese momento se encontraban bajo la guarda y custodia del Sr. Toschi, quien detentaba la calidad de depositario-usuario, y que el mismo reconoce tanto el “remito” del viaje como el “contrato de compraventa de frutas”, donde se conviene la oportunidad de entrega de la fruta y quién se ocupa del transporte de la misma.

Que entre los demás argumentos incluidos en la sentencia, se afirma que Expofrut S.A. habría tenido posibilidad de control desde dos variantes: una “formal” y otra “material”. La primera por la imposición de las cargas probatorias dinámicas a los fines de desvirtuar la relación entre las dos empresas mencionadas; la segunda en considerar que

existe dependencia económica de la transportista para con la recurrente. Y que el sentenciante no explicita en qué control falló su parte, que permita tal transmisión de responsabilidad.

Menciona que el a quo omitió una cuestión previa introducida por su parte oportunamente. Que, más allá de la relación comercial entre Expofrut S.A. y Transfrut S.H., instrumentada en el contrato obrante en la causa, el viaje en cuestión provenía de la chacra de un productor el Sr. Toschi- quien tenía a su cargo el transporte de la fruta. Que en el responde de la demanda se adjuntó remito del viaje en cuestión, del que considera que surge claramente que el mencionado productor fue quien contrató el viaje, y era el dueño de la fruta. Que también se acompañó el contrato de compraventa de la fruta transportada. Que los mismos no fueron impugnados por la contraria.

Argumenta que las testimoniales tuvieron como fin demostrar que esa es la operatoria normal y habitual en la actividad. Cita la declaración del testigo Mariasch y menciona las probanzas obtenidas de productores con los cuales contrató, cuyas constancias se encuentran en los expedientes acumulados a los presentes. Expone que el Juez de Grado no hizo referencia a nada de esto en su pronunciamiento.

En cuanto este punto, discrepa por último, en la atribución de responsabilidad que realiza el juzgador en función a la “tesis de la apariencia” o de “dependencia aparente”, y como “aplicación analógica del art. 1874 del CC, y viabiliza también la responsabilidad”. Entiende en primer lugar, que tal aplicación analógica para atribuirle responsabilidad viola el derecho de propiedad y el debido proceso. En segundo, que no es aplicable al caso de marras la referida tesis de la apariencia, ya que el presente versa respecto de un ilícito de naturaleza extracontractual.

SUBSIDIARIAMENTE. Solicita el rechazo del descuento de los montos abonados por la A.R.T.

Se agravia por cuanto solicitó que se descontara de la posible indemnización las sumas percibidas por los actores en concepto de prestaciones de la misma. Que lo contrario implicaría una duplicidad indemnizatoria. Que en el considerando n° 36 de la sentencia en crisis el a quo sin explicitar los fundamentos dice- rechaza el descuento solicitado. Añade que la firma Horizonte ART inició juicio de repetición contra su parte.

Explica que el Magistrado Inferior incurre en error material al consignar el art. 36 inc. 5, cuando en realidad se debe estar refiriendo al art. 39 inc. 5, puesto que aquél no tiene cinco incisos, y éste último es el que se refiere a la repetición de las prestaciones pagadas por la ART al responsable del daño. Que el Sr. Juez no explicita por qué

entiende que dicha norma se halla establecida para “otras situaciones o indemnizaciones”, y que no explicita por qué entiende que no se superponen. Deduce de ello de que es porque se tratan de las mismas prestaciones, y que su naturaleza es la misma: indemnizar el daño causado por el fallecimiento.

Encuentra que existen vicios en el decisorio apelado, por cuanto se condena -dice- a su parte, al pago de sumas indemnizatorias que la actora ya percibió por parte de la A.R.T., configurando un enriquecimiento indebido. Solicita se revoque la sentencia en este punto, y se descuente o deduzca del monto indemnizatorio, las sumas percibidas por tal causa, acreditadas en los presentes.

En segundo lugar, se agravia por la indemnización otorgada por daño material.

En cuanto a la indemnización del menor L.S., discrepa con dos de los parámetros utilizados para determinar el quantum indemnizatorio: el porcentaje sobre los ingresos de la progenitora y la edad hasta la que se computa el cálculo.

Comenta que el a quo ha computado para ello el 60% de los ingresos de la madre, cuando la misma actora los ha estimado en un 40%. Que en esta cuestión no se trata de efectuar una estimación sujeta a lo que en más o en menos resulte de la prueba a producir, porque ello se conocía antes de entablar la demanda. Y que, aunque así no fuera, no se han arrojado en autos elementos de prueba que permitan y/o justifiquen conceder un porcentaje mayor al peticionado. Deduce de ello la violación al principio de congruencia del art. 163 CPCyC., por fallar ultrapetita. Menciona que en autos “Jara y Otra c/Alfaro Cariqueo y Otro s/Daños y perjuicios” (Expte. N° 2244) acumulados al presente, el a quo tomó para similar cálculo un 40% (y no un 60%) de los ingresos de la víctima. Solicita en base a ello que se readecuen los parámetros solicitados.

Respecto a la edad que tomó el Magistrado de Grado, esgrime que la ley 26.579, modificatoria del art. 126 y ss. CC., establece que cesa la incapacidad de los menores el día que cumplen 18 años. Se agravia entonces, por cuanto el Juez ha tomado para el cálculo la edad de 21 años.

El segundo rubro del cual se agravia es la indemnización otorgada al actor en concepto de daño moral, que el a quo concedió por el mismo la suma de \$140.000, y que esta es excesiva.

Cita jurisprudencia de éste Tribunal en “Vejar Ana y Otro c/Aislaciones Patagónicas S.R.L. s/Ordinario” en donde se fijó el rubro por la suma de \$40.000 al padre y a la madre, habiéndosele otorgado en sede laboral, al hijo menor, la suma de \$50.000. Que el propio Juez a quo en autos “Díaz c/Bertoni y Otros s/Daños y Perjuicios”, de fecha

10/09/08, otorgó la suma de \$75.000 a cada uno de los hijos menores por la muerte de su progenitor. Concluye por ello que el monto otorgado en autos es excesivo y desproporcionado.

Asimismo se agravia de que el a quo no tuviera en cuenta el dictamen de la perito psicóloga, en el cual expresa que “está bien integrado y su desarrollo cognitivo y emocional no se encuentra afectado”.

En tercer lugar, se agravia por la indemnización otorgada en concepto de “costos adicionales al hogar familiar”, respecto a su procedencia y el quantum establecido (la suma de \$36.000).

Que ha quedado acreditado en autos que la fallecida ejercía su profesión durante el día. Entiende por ello que el actor, ya con anterioridad al hecho, debió recurrir a la contratación de terceros para el desempeño de tareas hogareñas, propias de un ama de casa.

Por último, se agravia de la tasa de interés aplicada desde el hecho hasta la sentencia. Que el a quo aplica la tasa Mix BNA desde el evento dañoso hasta la sentencia definitiva.

Considera que al tratarse de daños y perjuicios derivados de la responsabilidad extracontractual, el reclamo judicial se refiere a una deuda de valor, cuya determinación cuantitativa se cumple al momento de dictar sentencia. Que respecto del período que va desde la ocurrencia del hecho hasta el dictado de la sentencia, debe aplicarse una tasa de interés que compense el retardo en el cumplimiento, pero que no contenga elementos de ponderación que compensen la depreciación del dinero, como es el caso de la tasa Mix. Cita jurisprudencia de ésta Cámara en autos “Freiberg, Horacio c/Banco Provincia del Neuquén” (Expte. N° 1381-SC), de fecha 06/05/10, “Vejar Ana y Otro c/Aislaciones Patagónicas S.R.L s/Ordinario” (Expte. N° 1387-SC), y del Superior Tribunal de Justicia en autos “Loza Longo c/Reja u Otros s/Sumario s/Casación” (Expte. N° 23987/09).

Solicita por ello la aplicación de una tasa que, a todo evento, no supere el 6% anual.

Formula reserva del caso federal. Funda en derecho. Cita doctrina y jurisprudencia que entiende a su favor.

A fs. 1194/1197 expresan agravios los codemandados Sres. Alfaro Cariqueo, María Cecilia Cárdenas Martínez, y la citada en garantía Seguros Bernardino Rivadavia.

Se agravia respecto de la imposición de las costas por la intervención de sus mandantes en las presentes actuaciones. Señala que el decisorio rechaza la demanda contra los aquí

recurrentes, y establece la responsabilidad exclusiva en la causación del evento en la conducta desplegada por los codemandados Ricardo A. Rojas, Carlos Ancatén, Omar Bellabarba, Transfrut S.H. y FATA Seguros S.A. (en liquidación).

Esgrime que pese a ello, el a quo impone las costas por la intervención de la recurrente a la parte actora. Entiende que podría considerarse que la misma demandó con justa razón a todos ellos; que de tal forma se viola el principio general en materia de costas, excluyendo de las mismas al responsable del hecho lesivo.

Solicita entonces, la imposición de costas a los codemandados que han resultado únicos responsables dice- del accidente de tránsito motivo de esta litis.

Cita jurisprudencia que entiende a su favor.

A fs. 1201 contesta agravios de los codemandados Sres. Alfaro Cariqueo y María Cecilia Cárdenas Martínez, y la citada en garantía Seguros Bernardino Rivadavia, la parte actora, expresando que la postura jurídica por ellos planteada coincide en su totalidad con uno de los agravios -subsidiarios- desarrollados por su parte. Que ello lo impone el respeto a los principios dispositivo y de congruencia del Código de Procedimientos.

A fs. 1203/1208 presentan memorial de agravios la apoderada de los codemandados Omar Bellabarba, Carlos Ancatén y Transfrut S.H.

PRIMER AGRAVIO. En primer lugar, discrepa con la aseveración planteada por el a quo respecto de que Transfrut S.H. y Expofrut S.A. no allegaron al juicio elementos probatorios de utilidad para acreditar las tesis defensivas que postularon, y que ellos eran quienes estaban en mejores condiciones para hacerlo. Que ello comporta una inaceptable omisión de valoración de prueba esencial aportada a la causa, tales como el contrato de compraventa de frutas celebrado entre el Sr. Toschi y Expofrut S.A., la informativa de fs. 775/780, el remito de entrega de fruta del Sr. Toschi al transportista Sr. Rojas, la informativa de fs. 774, la testimonial del Sr. Mariasch de fs. 760/761, e informativas de fs. 780, 784, 797 y 803. Que éstas últimas confirman la modalidad de tareas que da cuenta el contrato de fs. 775/780. Manifiestan que, de estas pruebas que el Juez de grado se niega a considerar, surge sin lugar a dudas que el autor material del evento no transportaba en ese momento fruta por cuenta y en interés de Transfrut S.H., ni esta tenía posibilidad de control sobre el mismo, sino que había sido contratado por un tercero (Toschi) que era a su vez el dueño de la fruta con destino a un galpón de Expofrut. Que, por ello, Transfrut resulta totalmente extraña a la actividad desplegada al tiempo del evento por el Sr. Rojas.

SEGUNDO AGRAVIO. Manifiesta que las alegaciones defensivas intentadas por su parte y por Expofrut resultan descartadas por hechos que determina como “ciertos e incontrastables”. Examina dice- esos “hechos” para demostrar que no conducen en absoluto a la conclusión que de ellos extrae el sentenciante.

Primero, lo hace respecto de los carteles que contenía el vehículo con los nombres de las empresas involucradas (fotografías de fs. 90/93). Afirma que el a quo llega al absurdo de acordar a un cartel una trascendencia que evidentemente no tiene. Reputa absurdo también el argumento que dispone que Transfrut S.H. tenía un contrato para el transporte de frutas celebrado con Expofrut S.A. (vid. fs. 227/230) y le facturaba a la misma. Que el mismo comporta un razonamiento contrario a las leyes de la lógica. Que el cargador y quien contrató el flete ese día fue un tercero que tenía un contrato de compraventa de fruta fresca con Expofrut.

Respecto de la facturación agregada a fs. 100/219 allegadas por Transfrut, con numeración sucesiva, consecutiva e ininterrumpida que va del 00354 al 00526 y luego del 00001 al 00077 en relación a Expofrut S.A., entiende el a quo que da cuenta de la importancia y dependencia funcional de la primera respecto de la segunda. Pero ello indica, según razona, que Expofrut es un cliente importante para Transfrut, o al menos en la temporada de 2004 (según fs. 100/219), y no que demuestra la dependencia funcional mencionada por el sentenciante.

En cuanto a que Transfrut S.H. no produjo la pericial contable que ofreció, entendiendo el Magistrado de grado con ello que no trajo constancias a estos autos de los indicadores de su giro económico y empresarial, y que permanecieron ocultos los libros, registros y su documentación comercial y laboral, no constando cuándo, cuánto y en qué trabajaba Rojas, si existían o no otros transportistas, ni cuáles eran los camiones afectados al cumplimiento del contrato con Expofrut S.A. (en caso de haber otros además del conducido por Rojas), ni los costos involucrados, y demás aseveraciones efectuadas, halla que las mismas carecen de importancia alguna para lo sucedido en el caso de marras. Que su mandante sí aportó constancias que indican su giro económico y la periodicidad del servicio de transportes sin que sea necesario un experto para apreciarlo, tales como las facturas de fs. 110/219.

Respecto a que la fruta estaba contenida en bins con el nombre de Expofrut S.A. (fs. 50/51 y ss.), así como que la misma provenía de la chacra del Sr. Toschi e iba dirigida a un establecimiento de la citada empresa, discrepa con la conclusión del a quo, atento a lo manifestado en el contrato de fs. 272/276, en donde se expone que los bins son

aportados por Expofrut en calidad de depósito, vacíos, a ese sólo efecto.

Argumenta que si bien no hubo pericial contable, el contrato de locación de servicios agregado a fs. 96/99 permite conocer con claridad a su entender- la naturaleza de la vinculación contractual existente entre Expofrut y Transfrut. Menciona las cláusulas primera, sexta y octava del mismo. Que la exclusividad recíproca ha quedado por lo demás descartada, ya que de las pruebas producidas surge que Expofrut contrataba en la misma época fletes a otras empresas transportistas (vid., informativa de fs. 797), así como que ha comprado fruta a productores o empresas que tomaban a su cargo la entrega de la misma, contratando libremente a terceros transportistas (testimonial fs. 760/761 e informativas de fs. 783 y 784).

TERCER AGRAVIO. Que la afirmación que establece que en el caso de autos se encuentra configurada la dependencia y subordinación del conductor del camión Chevrolet C 70, Sr. Ricardo Rojas, a las órdenes y directivas operativas de las empresas Transfrut S.H. y Expofrut S.A., es meramente dogmática, que carece de todo sustento lógico y probatorio.

Que el a quo no ha justificado la imposición de la teoría de las cargas probatorias dinámicas, y que es el actor quien debe acreditar la dependencia y subordinación que afirmó como fundamento de su pretensión de atribución objetiva de responsabilidad.

CUARTO AGRAVIO. Versa sobre la “dependencia aparente”. Considera que el Juez de Grado incurrió en errónea aplicación de la ley, con violación al derecho de propiedad y del debido proceso, al extender responsabilidad por el hecho del otro, con interpretaciones analógicas. Que dicha teoría resulta absolutamente inaplicable cuando se trata de extender responsabilidad extracontractual, como sucede en los presentes actuados.

De las consideraciones vertidas sostiene que corresponde revocar la sentencia recurrida en cuanto le adjudica responsabilidad por el hecho de Rojas, un tercero por quien dice- no debe responder.

AGRAVIOS SUBSIDIARIOS. Versan respecto a los daños y perjuicios reclamados que acoge.

En cuanto al daño material, se agravia del quantum otorgado al hijo de la víctima respecto del porcentaje mensual que la víctima destinaba al sostenimiento de su hijo, entendiéndola ultrapetita; y la extensión temporal del resarcimiento a la edad de 21 años, que toma como mayoría de edad para el cálculo, omitiendo en ello la aplicación del art. 126 CC., que la fija en los 18 años de edad.

En segundo lugar, discrepa en el quantum otorgado en concepto de daño moral, entendiendo que la suma de \$140.000 resulta excesiva.

Asimismo disiente del rubro “costos adicionales al hogar familiar”. Entiende que el mismo no puede prosperar, ya que el precedente de la Corte Suprema “La Cuadrac/Nestle” no resulta aplicable al caso de autos, ya que las circunstancias de la víctima denotan que la misma no ha podido dedicar un tiempo considerable de su vida diaria a la atención de su hogar y de su hijo menor, y que el actor, con anterioridad al hecho, debió recurrir a la contratación de terceros para el desempeño de tareas hogareñas propias de un ama de casa.

Discrepa también del rechazo del descuento de las indemnizaciones abonadas por la A.R.T y por la AFJP. Que quedó acreditado a fs. 492/499 que conforme se denunció a fs. 366 y vlta., los actores percibieron de la ART una indemnización de \$50.000 repartida entre el concubino y el hijo. Que además recibirán de la AFJP Orígenes, hasta agotar la suma de capital de \$66.696,24.- Argumenta que dichas sumas deben deducirse del total reclamado en la demanda, por aplicación del art. 39 inc. 5 de la Ley 24.557, y en atención a que tales sumas han sido demandadas a la aquí recurrente por Horizonte ART S.A., en el Expte. N° 1935. Que el Juez de grado entendió que el art. 36 inc. 5 de la LRT se halla establecido para otro tipo de situaciones o de indemnizaciones, que no se superponen con las de autos.

Que las argumentaciones del Sentenciante en cuanto a que “la reparación de los arts. 1084 y 1085 del CC., tienen naturaleza o función reconocidamente “alimentaria”, por lo que mal podría autorizarse la deducción, y que el rubro “daño moral” por el homicidio” (por el menor acreedor) constituye también una reparación de distinta naturaleza, incompatible con las otras, resultan equivocados. Que el primero es infundado, y que no tiene en cuenta el cálculo de las indemnizaciones previsto por el art. 11 y ss. de la LRT. El segundo, implica ignorar que las indemnizaciones de la LRT son también de carácter alimentarias; y del tercero manifiesta que ninguna duda cabe que la deducción reclamada lo es respecto de la indemnización conferida por valor vida como daño material, no respecto del moral.

Funda en derecho. Cita doctrina y jurisprudencia que entiende a su favor.

A fs. 1215/1225, contesta los agravios de la actora, de Expofrut S.A. y de Transfrut S.H., el apoderado de los codemandados Sres. Alfaro Cariqueo y María Cecilia Cárdenas Martínez, y la citada en garantía, Seguros Bernardino Rivadavia Coop. Ltda. Considera que los recurrentes efectúan un mero disenso, sin que el mismo tenga la

entidad jurídica suficiente que le permita contener una crítica sustancial y razonada del fallo cuestionado.

En primer lugar responde los agravios de la actora.

Que el hecho de que los actores puedan demandar a todos, no implica en modo alguno que todos deban ser condenados, sino que el juez, en su sana crítica, determina la participación de cada uno en el hecho y establece la exoneración de responsabilidad cuando se encuentra configurada la eximente, tal como ocurre dice- en el caso que nos ocupa. Que una cosa es poder demandar a todos, y otra es obtener una condena de todos los partícipes.

Expone que el actor omite considerar dos cuestiones esenciales para sostener aun el caso de transporte oneroso de personas- la eximente de responsabilidad acogida en el decisorio. Que el art. 184 del Código de Comercio impone una responsabilidad objetiva a los fines de inducir al transportista de pasajeros a extremar las precauciones en punto a la calidad, capacitación y estricto cumplimiento de los reglamentos pertinentes, pero esa obligación frente al pasajero no tiene carácter absoluto. Que el hecho del tercero condenado en autos, asume los caracteres de imprevisibilidad e inevitabilidad, constituyendo por ello una eximente de responsabilidad, en los términos del art. 513 CC.

Remarca que en el caso ha mediado sentencia penal condenatoria firme, del Juzgado Correccional N° 18 de General Roca, que dispuso condenar al demandado Ricardo Ariel Rojas como autor del delito de homicidio culposo, de lo que deduce la plena aplicación el art. 1103 del CC.

Respecto de la violación a la doctrina judicial planteada por la actora ante el rechazo del rubro daño moral del concubino, estima que el planteo de inconstitucionalidad resulta extemporáneo, ya que el mismo debió efectuarse en la primera presentación, hallando improcedente su introducción en este estadio procesal. Agrega que de la misma no surge en vista que alguna norma constitucional hubiera sido conculcada, por lo que - dice- no puede tener acogida la tacha de inconstitucionalidad de una norma, cuya vigencia es incuestionable y que, además, no se ha acreditado violación alguna.

Seguidamente responde los agravios del demandado Expofrut S.A.

Opina que la presentación efectuada por dicha empresa se constituye en una mera disconformidad que carece de la entidad suficiente como para constituir un agravio concreto respecto del fallo que se ha dictado.

Entiende que se configura en este proceso un típico supuesto de responsabilidad

objetiva, donde el codemandado no se exonera de responsabilidad sino probando la culpa de la propia víctima o de un tercero por quien no debe responder. Que pretender que Expofrut S.A. no tiene ninguna injerencia comercial, ni conocimiento de los vehículos que transportan su valiosa mercancía, es de una falta de solidez que no escapó al recto criterio del sentenciante.

Alega que precisamente la comercialización (actividad reconocida por Expofrut) es una etapa dentro del circuito productivo que cuenta con varias actividades, entre las que sin dudas se encuentra el transporte de la mercadería hacia los galpones de la empresa.

Por último, responde los agravios de Transfrut S.H.

Considera que surge del fallo recurrido que tanto Expofrut S.A. como Transfrut S.H. se beneficiaban con la actividad efectuada por el Sr. Rojas, y que no exigían ningún tipo de control para circular y llevar la percibida carga a buen destino, sin riesgo comercial para sus actividades ni para terceros.

Formula reserva del caso federal.

Cita doctrina y jurisprudencia que entiende a su favor.

A fs. 1226/1231 contesta agravios de Expofrut S.A., la parte actora.

Estima que la lectura del contrato entre Transfrut S.H. y Expofrut S.A. echa más luz aún sobre la verdadera importancia del servicio, y exterioriza la absoluta conciencia que tenía ésta última sobre los riesgos que estaba asumiendo al delegar en terceros el flete. Cita para ello las cláusulas segunda y sexta del mentado contrato. Destaca que se prevé el supuesto de reemplazo de camiones. Cuestiona cual podría ser el fin de tantas cláusulas y obligaciones impuestas al contratista si nada de lo que ocurriera en la ruta podría serle jurídicamente atribuible a Expofrut S.A.

Expone que Transfrut S.H. reconoció expresamente haber subcontratado al Sr. Rojas para el transporte de la fruta que, a su vez, le había encomendado Expofrut S.A. Que el camión embistente se encontraba al servicio de Expofrut tanto por el logo inserto en los bins caídos luego del choque, como por el cartel que llevaba su parabrisas, claramente visible: "Trans-frut al servicio de Expofrut". Que se dijo en los agravios que esa prueba habría quedado desvirtuada por la declaración testimonial de dos productores, quienes dicen hacerse cargo del transporte hasta los galpones. Entiende que ello no es así y que forzosamente se debe concluir que en el caso de autos el flete había sido contratado por la empresa y no por el productor.

Que el testigo Mariasch productor agropecuario-, en su declaración de fecha 14/12/07, aclara que en los casos en que el flete era contratado por él mismo los camiones no

llevaban ningún cartel, de lo que deduce, a contrario sensu, que en el caso de autos el flete había sido contratado por Expofrut.

Estima que ambas empresas se han valido del Sr. Rojas para ampliar su propia esfera de acción y que confluye, desde su punto de vista, el riesgo creado como factor de atribución. Que incluso para quienes sostienen un criterio más restrictivo -por ejemplo el factor garantía, dice-, la responsabilidad se extiende al comitente cuando existe un contrato oneroso de locación de servicios que imponía el deber de vigilancia en la ejecución del servicio encomendado, que encuentra acontecido en autos.

Contesta los agravios subsidiarios.

En primer lugar, lo atinente a los descuentos de los montos abonados por la ART. Entiende que no se formula una crítica concreta y razonada. Sin perjuicio de ello, manifiesta que no son ciertos los importes denunciados por la recurrente; y que no se ha probado lo contrario a lo denunciado por su parte respecto de los valores percibidos y los conceptos.

En segundo lugar, en base al daño material, dispone que el sentenciante lo ha fijado en uso de sus facultades que le son privativas, y que ello consta en el párrafo final del considerando N° 19.

En relación al daño moral, expresa que el mismo se encuentra exento de prueba, y que en el caso de L. obra la reseña clínica expedida por la Psicóloga Fainberg y las testimoniales.

En lo atinente a gastos adicionales del hogar, menciona que el salario del personal de servicio doméstico, por seis horas diarias, se encuentra actualmente por encima de los \$1.000, es decir, cuatro veces más del importe de la condena. Que sabido es que las madres asumen permanentemente el doble rol de ejercer su profesión y además se comportan como amas de casa, y que esa era la situación de la víctima fatal de este accidente.

Por último, en lo tocante a la tasa de interés, agrega que su parte también se agravió de la misma cuestión, pero que no le asiste razón a la recurrente al respecto ya que, desde su óptica, el Juez tiene facultades para determinar el momento al cual determina el valor del daño y, en los presentes, el daño moral fue cuantificado a la fecha del siniestro. Considera por ello lógico el curso de los intereses desde entonces.

El mismo punto, pero referente al daño patrimonial, menciona que los intereses fueron puestos desde el dictado del pronunciamiento, motivo por el que dice no alcanzar a advertir cuál es el agravio que esgrime la demandada.

Cita doctrina y jurisprudencia que entiende a su favor.

A fs. 1232/1233 contestan traslado del recurso de la actora, la apoderada de los codemandados Omar Bellabarba, Carlos Ancatén y Transfrut S.H.

Expresa que el primero y el segundo no incumben al interés de su parte.

Responde al tercer agravio, es decir, a la falta de legitimación de Leandro Seisdedos para reclamar daño patrimonial. Entiende que la motivación en este punto es manifiestamente insuficiente, consistiendo en una mera expresión de deseos. Que el concubino no tiene legitimación activa para reclamar el daño patrimonial que sí tendría si fuera cónyuge supérstite.

Añade que el a quo no deniega al actor su legitimación por ser concubino y no cónyuge, sino que el primero no está beneficiado con la presunción legal juris tantum contenida en los arts. 1084 y 1085 CC. Que era su carga explicar y probar el perjuicio sufrido, ya que no se presume. Cita jurisprudencia de nuestro Superior Tribunal in re “Marillán”. Que por las mismas consideraciones debe desestimarse la inconstitucionalidad subsidiariamente planteada.

Expone que, en la demanda, el actor fundó el reclamo en el art. 1079 CC, y que recién en el alegato invocó los arts. 1084 y 1085; que no ha acreditado ningún daño económico susceptible de corroboración; que no se aprecia cuál podría haber sido el remanente del ingreso económico del que el actor se ve privado; y que la recepción del reclamo por la vía de los arts. 1084 y 1085 CC además, hubiera conducido a la distribución con el menor del monto ya asignado al concepto.

A fs. 1234/1237 contesta agravios de la parte actora, la codemandada Expofrut S.A.

Sobre la falta de legitimación de Leandro Seisdedos para reclamar daño patrimonial, argumenta que tal como sostuvo la accionante al iniciar su demanda, su legitimación para reclamar el mencionado rubro se enmarca en el art. 1079 CC. Que ante la inexistencia de prueba del aporte efectivo a la relación concubinaria, es que se arriba a la conclusión de que el fallecimiento no le ha irrogado a su pareja un detrimento económico concreto y palpable.

Expresa que aún en el supuesto de que se admita su legitimación por una interpretación extensiva del art. 1084 CC., su mera invocación no genera sin más el derecho al resarcimiento. Que se debió acreditar el daño propio.

Por último, respecto al planteo de inconstitucionalidad de los arts. 1084 y 1085 CC., opina que los mismos no persiguen, a diferencia del art. 1078 CC, una exclusión respecto de las personas legitimadas para reclamar la indemnización, sino que establece

una presunción a favor de sus beneficiarios. Que si existen otros legitimados se encuentra la norma del art. 1079 CC.

En cuanto a la tasa de interés, considera que se equivoca la apelante en la interpretación de la sentencia del STJ, ya que estableció que la tasa de interés activa debe aplicarse desde el dictado del fallo, y para las deudas de valor sólo a partir de la sentencia firme que determina el monto de su resarcimiento. Que a todo evento, corresponderá aplicar tasa activa desde la fecha de firmeza del fallo, y no desde el acaecimiento del hecho como lo sostiene el recurrente.

Funda en derecho. Cita doctrina y jurisprudencia que entiende a su favor.

Por último, a fs. 1238/1239 contesta también Expofrut S.A. los agravios de los codemandados Alfaro Cariqueo, María Cecilia Cárdenas Martínez y Seguros Bernardino Rivadavia Coop. Ltda., solicitando se declare desierto el recurso, por no haberse cumplido con la manda del art. 265 CPCyC. Que la misma solicita que se deje sin efecto la imposición de costas a la parte actora lo cual, a su entender, más que una expresión de agravios constituye una defensa a los intereses de la accionante.

Añade que al iniciar la demanda ya se había condenado en sede penal al Sr. Rojas, por lo que corresponde decirle imponerle las costas, ya que los obligó a litigar y defenderse.

Solicita por ello, se rechace el recurso incoado.

III.- Corresponde en primer lugar tratar los agravios de las codemandadas, desde que, lógicamente, si progresaran se impondría el rechazo de la acción y haría devenir abstractos los de la actora.

Por orden lógico, a los fines de resolver las responsabilidades atribuidas, y atento a la relación que existe entre ambas, procederé a tratar en forma conjunta, los agravios de las empresas Expofrut S.A. y Transfrut S.H. -y lógicamente a los socios de ésta última, Sres. Ancatén y Bellabarba, por ser la misma una sociedad de hecho- que versan sobre la atribución a ellas efectuada.

En primer lugar, ha resultado corroborado el hecho de que Ricardo Ariel Rojas prestaba servicios para Transfrut S.H.; en efecto: a la sumatoria de pruebas acumuladas en autos en torno a tal aserto se suma que esta ni siquiera arrojó a los mismos elementos que permitieran saber cuál era su planta de personal, ni los chóferes vinculados, ni los camiones utilizados; menos aún ha aportado algún elemento que permita refutar la presunción que se crea por el hecho de que el mismo conductor así lo afirma y la fruta que transportaba tenía como destino el galpón de Expofrut S.A., con la cual la ligaba un contrato de transporte.

Ello resulta admitido implícitamente por los propios codemandados, nótese que a fs. 222, en respuesta al oficio librado en fecha 28-12-04, los socios partícipes de la sociedad de hecho Transfrut S.H., Carlos Ancatén y Omar Bellabarba, informan: “1.- Que efectivamente en el año 2004 Trans-Frut S.H. celebró contrato de locación de servicios con Expofrut S.A., cuyo objeto fue el transporte de frutas y materiales... 2.- El contrato de locación de servicios celebrado con Rojas Ricardo Ariel no especificaba sobre marca ni tipo o modelo de camión.- La unidad que habitualmente el locador utilizaba era marca Chevrolet, patente C 302.116, y normalmente se encontraba afectado al contrato principal.- 3.- Como se informa en el punto anterior, el locador Rojas nunca afectó un camión marca Mercedes Benz.- Se desconoce si al momento del siniestro de fecha 25 de febrero de 2004 el camión involucrado estaba prestando servicio para Transfrut S.H., y por tanto si transportaba bins vacíos o con fruta u otro tipo de carga, y en su caso, quién era el propietario remitente o el destinatario de la misma.- Los suscriptos nunca recibieron reclamo o facturación alguna por el valor del servicio de transporte ni por mercadería dañada o perdida en tal siniestro, ni tampoco citación o notificación alguna vinculada al caso, por parte de autoridad policial o judicial.-”

Queda claro entonces, que el Sr. Rojas realizaba tareas para la empresa Transfrut S.H., que el día del siniestro el camión involucrado se encontraba al servicio de la misma con el camión Chevrolet que dicha empresa expone en el responde al oficio, que transportaba frutas en bins de propiedad de la empresa Expofrut S.A., que se advertía en el camión un cartel que hacía referencia a que la primer empresa estaba al servicio de la segunda, y que la transportista no ha arrimado a la causa probanza alguna que hiciera siquiera presumir lo contrario, puesto que se desconoce el personal con el que contaba, ni los camiones afectados a su servicio, sabiendo por los propios dichos de la empresa que el mismo “prestaba servicios para ella”. Así se ha resuelto que: “Quien encarga a otro una función en interés propio, asume el carácter de principal y debe resarcir los daños que cause el dependiente con motivo de la tarea (art. 1113, párr. 1º, Código Civil)” (Matilde Zavala de Gonzáles, “Actuaciones por daños”, Ed. Hamurabbi, Año 2004). A su vez, de conformidad con las relaciones que abajo se expondrán, tal situación es atribuible a Expofut S.A., ya que como lo ha considerado la doctrina “Hay casos específicos de dependencia: a) La subdependencia. El dependiente de mi dependiente es dependiente mío. No es menester que el principal haya conocido ni aceptado la actuación del subdependiente. Así pues, en la sublocación de obras o

servicios, o si el dependiente se vale de otro para cumplir una función que había encargado” (cfme. Matilde Zavala de Gonzáles, Ob. Cit.).

Liminarmente habré de señalar que: “El principal responde por razón de la dependencia y no por alguna intervención suya en el hecho dañoso. Esa dependencia surge con motivo de una actividad en interés del principal. El dependiente puede ser una persona singular o un ente empresario, cuando su desenvolvimiento se inserta dentro de otra actividad principal de la que alguien es titular. Por ejemplo, es dependiente la empresa distribuidora de los productos que otra elabora, si aquella debe acatar pautas de zonas, frecuencia de recorridos u otras instrucciones. La dependencia exige subordinación y función cumplida para el comitente. Dichos requisitos son flexibles. No es menester estricta autoridad jerárquica; basta un poder de supervisión sobre los métodos y medios del agente. Es decisivo actuar por cuenta de otro, aunque no exista cabal poder de dirección. No hay subordinación aunque se haya encomendado una función en la relación entre el cliente y el profesional cuando éste obra con libertad técnica... El interés del comitente puede consistir en una ventaja o utilidad de cualquier clase, inclusive de naturaleza espiritual o hasta altruista... Surge responsabilidad hasta en casos de dependencia aparente: si una persona se muestra actuando dentro de la órbita incumbencia de otra, con aquiescencia aún tácita, la subordinación debe reputarse jurídicamente existente. Con mayor razón debe responderse, si el obrar ha sido de algún modo autorizado por el principal... Igualmente se responde por dependencia aparente cuando hay delegación de funciones sin dependencia... La amplitud de la dependencia funcional explica que se haya sustituido la idea de subordinación por la integración de la actividad dañosa dentro de otra principal. Ello es así con tal que el titular de ésta tenga injerencia, siquiera potencial, en el desenvolvimiento de la empresa dependiente o colaboradora” (Cfme. Matilde Zavala de García, Op. Cit., el subrayado me pertenece).

En base a ello, considero apropiado considerar otras dos cuestiones que alega Expofrut S.A. en su expresión de agravios. La primera, cuando manifiesta que: al no tratarse el transporte de fruta de una actividad “propia” de su parte, mal puede “delegarse” o “subcontratarse” el mismo, imponiéndole cargas y obligaciones que no le son propias. La segunda, cuando entiende obvia la necesidad de su parte de contratar otras empresas que se dedican a otras actividades para desarrollar la suya propia. Ambas resultan erróneas, por las razones que expondré.

A fs. 227/230 obra el contrato de locación de servicios que relaciona a las empresas en cuestión. El objeto del mismo es el transporte de frutas y materiales, siendo Transfrut

S.H. “la contratista” y Expofrut S.A. “la empresa”. Su vigencia estaba pactada por la temporada de cosecha 2004, del Alto Valle y Valle Medio de Río Negro y Neuquén, hasta su finalización (cláusula novena). Para establecer la vinculación atribuida, y las cuestiones probatorias necesarias para el esclarecimiento de la causa, considero necesario analizar las cláusulas pactadas, en virtud de las manifestaciones a las que he referido por parte del letrado apoderado de Expofrut S.A.

Del texto del contrato, entonces, en lo que aquí respecta, surge: en la cláusula segunda se dispone que: “EL CONTRATISTA” deberá informar a “LA EMPRESA” por escrito, antes de iniciar el servicio los camiones que pondrá a disposición de ésta, indicando: N° inscripción en la Dirección Provincial de Transporte, Tipo, Capacidad, Chofer y Nro. de patente de cada uno de ellos, seguros, etc. En el caso que “EL CONTRATISTA” los reemplace a todos o algunos, deberá informarlo inmediatamente a “La EMPRESA”; y en la cláusula sexta que: “EL CONTRATISTA” deberá poseer como mínimo seguro contra terceros debiéndose endosar la póliza a favor de “LA EMPRESA”. Se prevé asimismo, en la cláusula séptima que “Cada factura debe estar acompañada por el remito de la báscula de destino para conformar las toneladas transportadas”; y en la cláusula décima, se establece que: “En caso de que “LA EMPRESA” fuera demandada en sede administrativa o judicial, por cualquier circunstancia emergente del presente contrato, deberá notificar en forma fehaciente a “EL CONTRATISTA” de la existencia del reclamo, con entrega de copias de la demanda y documentación respectiva, dentro de las veinticuatro horas de notificada...”. Independientemente de que luego dispone la opción de repetición en caso de que la empresa abone suma alguna en tal concepto.

De las cláusulas citadas se puede desprender la dependencia de Transfrut S.H. respecto de Expofrut S.A.; en efecto, entiendo que de las pruebas aportadas surge que el contrato fue celebrado por la temporada de cosecha del año 2004 y que Transfrut S.H. debía comunicar a Expofrut S.A. antes de iniciar el servicio los camiones que iba a poner a disposición, detallando, entre otras cosas, el tipo de vehículo que utilizaría y el chofer que lo realizaría, no hallándose en las constancias de los presentes actuados ninguna documentación que a ello refiera. Las cláusulas demuestran que existía dependencia de la transportista a los fines de ejercer su actividad, puesto que debía comunicar a la empresa por escrito, antes de iniciar el servicio, los camiones que pondrá a su disposición con todas las especificaciones que detalla, así como también debían comunicarse, según se establece, los cambios que se produjesen en su realización, en caso de haber alguno. La conclusión se refuerza al advertir que se pacta un seguro

contra terceros estipulando que la póliza debe emitirse a favor de Expofrut. Ello hace evidente la contradicción con los dichos del representante de ésta última, cuando manifiesta que la actividad no le es propia, que por ello no se le puede imponer cargas y obligaciones que no le corresponden, cuando expresamente se establece que es obligación del transportista comunicar todo lo que haga a la forma en que se va a ejecutar el contrato, y que, incluso, en caso de que los reemplace dice-, debe comunicárselo inmediatamente a ella. No es un dato menor, que quien tiene expresas facultades resolutivas del convenio es la empresa Expofrut S.A., de manera exclusiva, tal como surge de la cláusulas undécima y duodécima, siendo Transfrut S.H., que es, además, la única de las dos sobre la que se establecen penalidades en caso de incumplimiento. Resulta a todas luces, en mi consideración, que la actividad se realiza en beneficio de la mentada empresa, habiendo expresado la misma, además, que es obvia la necesidad de su parte de contratar otras empresas que se dedican a otras actividades para desarrollar la suya propia. Esto no quiere decir que la transportista no obtenga lucro por la actividad desempeñada, sino que la realiza por obra y cuenta de la empresa comitente, siendo Transfrut S.H., en el caso, un instrumento que prolonga la actividad práctica y económica de Expofrut S.A. Expresa Trigo Represas que "...puede precisarse que principal o comitente es, en principio, quien tiene poderes de dirección o vigilancia respecto del dependiente. Con tino aclara Von Tuhr, que "el concepto de 'principal' no supone precisamente una empresa o industria organizada; para los efectos de incurrir en esta responsabilidad, se tiene por 'principal'... a todo aquel que encomienda a otra persona una actividad, dentro de la esfera profesional o doméstica" (Cfme. Félix A. Trigo Represas, Op. Cit. TIII). La jurisprudencia es conteste con tal razonamiento, al expresar que "La función del interés del comitente: se exige que el dependiente obre dentro de una órbita que atañe al principal por su cuenta; el servicio debe importar un aprovechamiento de cualquier género al comitente, no siendo necesario que tenga un interés económico en la función, basta que le reporte a éste una utilidad de cualquier clase que no sea pasible de valuación pecuniaria. Este interés ha de radicar en la función, por ello la falta del mismo, en concreto, en el acto que ha ocasionado el perjuicio no es suficiente para excluir la dependencia, comprometiendo así la responsabilidad del principal" (C. Civ. y Com. Morón, Sala 2ª, 20/02/03, "Jollada Oscar N. C. Rithner, Heriberto A.", Lexis Nº 20033738); no obstante lo cual "Como enseña Orgaz, la responsabilidad que corresponde atribuir al principal por el hecho de su dependiente: 'constituye sólo una solución provisional y parcial, reducida a la

relación con la víctima. Es una responsabilidad objetiva, dentro de ésta órbita limitada: la ley, por razones prácticas y de justicia, constituye al principal en garante ante las víctimas de las culpas de sus subordinados en el ejercicio de sus funciones. En este campo de las funciones, el dependiente no es más que una prolongación del patrón mismo; jurídicamente es éste, en realidad, quien obra por intermedio de su dependiente...” (cita en autos “Jalfen Diego c. Select Automotores S.A. s. Ordinario”, de la Cámara de Bs. As., registro n° 22.097/08, de fecha 07/06/11).

Asimismo, en forma concordante con probanzas de la causa, y respecto de la carencia de documentación o prueba alguna que desacredite la vinculación que hasta aquí he venido sosteniendo, tampoco constan los remitos “de la báscula de destino” que se prevén en la cláusula séptima y que, de conformidad con la cláusula quinta, los mismos resultaban necesarios para dar cumplimiento a esa cláusula, puesto que dispone que: “Para la conformidad de los viajes realizados se procederá de la siguiente forma: a) Viaje con fruta: Una vez pesada la carga “EL CONTRATISTA” confeccionará su remito, indicando el origen del viaje, destino final, el kilometraje recorrido y el peso exacto acusado por la balanza. Para el caso en donde se le indica un destino y al llegar a ese se le diera otro, se conformará el remito en el primer destino y al llegar al nuevo destino en el mismo remito se conformará la finalización del viaje. La finalidad de éste procedimiento, es reconocer el mayor kilometraje realizado por “EL CONTRATISTA”...”.

Llama poderosamente la atención que, habiendo estado pactada la obligación de realizar los remitos con la información que debían contener, y los fines especificados, siendo que hacía a la conformidad de los viajes realizados, y en consecuencia, al pago de los mismos, no hayan sido presentados los que debieron ser confeccionados. Sólo obran en la causa copias de la facturas realizadas por Transfrut S.H. a Expofrut S.A. fs. 100/219-, sin contar con la documentación que hubiese servido de respaldo. Es claro al respecto el perito contador, en la explicación de fs. 239, producto de la observación realizada por los letrados de la empresa transportista a fs. 225/226, a la presentada a fs. 218/219, en los autos que obran acumulados a los presentes -“Cárdenas Martínez M. Cecilia y Alfaro Cariqueo Hugo Hernán c/Rojas Ricardo Ariel y Otros s/Daños y Perjuicios”-. Del mismo surge, en referencia a Transfrut S.H., que: “No se pudo contar con los remitos que dieron lugar a las facturas, por lo que nada se puede decir relacionado con quién era el remitente, quién era el destinatario, qué transportaba el camión, si eran bins vacíos o llenos, qué era lo que contenían los bins transportados, etc... No se encuentran

los remitos de aquella época particular”. Expone que sólo pudo contar para realizar el informe, con la información que surge del “Subsidiario de ventas”, respecto del cual manifiesta: “...se extrae que todas las facturas que la sociedad emitió durante el mes de febrero de 2004 lo fueron a Expofrut S.A...”.

En situaciones similares a las que al producir tal medio probatorio se han obtenido las mismas consecuencias infructuosas, ésta Cámara ha dicho que: “De todo lo expuesto se observa y puede concluirse sin hesitación, que la carencia de datos fidedignos acerca de las operaciones bancarias...se debe principalmente a la actitud elusiva del demandado, que sistemáticamente rehusó proporcionar a los dos peritos contadores intervinientes documentación contable que permita verificar la realidad de las operaciones denunciadas por la actora, lo que constituye una presunción en su contra a la luz de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, según la cual quien se encuentra en mejores condiciones para robar debe hacerlo con independencia de su condición de actor o demandado...”, añadiendo en el mismo fallo que: “...puede afirmarse que el demandado no prestó colaboración alguna, cuando era quien en mejores circunstancias se encontraba para explicar los movimientos de fondos y las explicaciones que se le requerían, y siendo ello así resulta de aplicación la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, aceptada por la jurisprudencia de nuestro Superior Tribunal de Justicia. En su artículo “La conducta procesal de las partes y los medios de prueba”, dice Inés Lépori White que es posible acudir a la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, valorando la conducta procesal de las partes haciendo recaer la carga de la prueba en la parte que se encuentre en mejores condiciones de obtener los elementos de prueba, o que esté en mejores condiciones técnicas o fácticas de hacerlo, o en mejor situación de aportar elementos tendientes a la solución del caso (Peyrano y Acosta, “Valoración judicial de la conducta procesal, pág. 141)” (en autos “G. D. c/ R. H. F. s/Ordinario”, de fecha 25/04/10). Concordante con ello, en autos “Martínez Ana c/Argibest S.A. s/Sumario”, expusimos que: “...de esta situación deriva la aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas, en virtud de la cual la demandada, debió acompañar la documental para que el perito contador lograra esclarecer los puntos sometidos a evaluación. En cuanto a la consideración por parte de la demandada de que la aplicación de dicha teoría viola la garantía de defensa en juicio y el principio de inocencia, la doctrina tiene dicho “Si bien el principio es que las partes tienen la carga de aportar la prueba de sus afirmaciones o, en caso contrario, soportar las consecuencias, sin embargo la carga de la prueba puede recaer en cabeza del actor o del demandado según

fueren las circunstancias del caso y la situación procesal de las partes. La doctrina de las cargas probatorias dinámicas consiste en imponer el peso de la prueba en cabeza de aquella parte que por su situación se halla en mejores condiciones de acercar prueba a la causa, sin importar si es actor o demandado. Debe acotarse a aquellos casos donde su empleo tenga por finalidad la de impedir una injusticia flagrante o remediar una decisiva imposibilidad o grave dificultad probatoria, se trata de una herramienta excepcional y, por tanto, de interpretación restrictiva. Pero a su respecto no se puede sustentar una objeción de inconstitucionalidad con relación al sistema adoptado en un caso dado por el legislador a menos que él fuera claramente irrazonable y pusiera a los interesados en imposibilidad o en grave dificultad de defender sus derechos. La sola circunstancia de que la Ley o el Derecho invierta la carga de la prueba, no es suficiente para considerar que se haya configurado alguna de estas situaciones de excepción.” Enrique M. Flacón, Tratado de Derecho Procesal Civil y comercial- Tomo II, Pág. 696/” (Expte. 1176-SC, de fecha 07/04/09).

De esto se desprende que es infundado el agravio vertido acerca de la aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas. En realidad, resultan contundentes las relaciones hasta aquí desarrolladas, motivo por el cual, la referencia al mentado instituto es al sólo efecto de desvirtuar tales consideraciones, puesto que las empresas involucradas eran las que contaban con la documentación que -en todo caso- podía desmerecer las conclusiones a las que se llegó y, por ende, variar la atribución de responsabilidad en mérito a su consideración. Es pertinente, por lo tanto, la aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas o de la prueba compartida para asignar el “onus probandi” a la parte que se encuentre en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas de probar un hecho determinado, teniendo en cuenta la dificultad que representa para la víctima acreditar la relación existente entre las codemandadas aquí involucradas. Producto de ello, es posible, en virtud del art. 165 inc. 5 del CPCyC recurrir a las presunciones, que constituirán prueba cuando se funden en hechos reales y probados, y cuando por su número, precisión, gravedad y concordancia, produjeren convicción según la naturaleza del juicio, de conformidad con las reglas de la sana crítica. Tal como se da en esta causa.

Ante la carencia de probanzas que sobre ellas pesaba a los fines de sostener sus posturas defensoras, los hechos que han sido probados son, en consecuencia, que: el Sr. Rojas conducía un vehículo para la empresa Transfrut S.H., que el mismo se encontraba al servicio de Expofrut S.A. (fs. 90/93); y que el giro de la primera de las empresas era

absolutamente dependiendo del de la segunda.

Ahora bien, respecto de la pretendida defensa sobre que el transporte había sido contratado por el productor Toschi, consta en la causa, el remito n° 043188, a fs. 774, librado en fecha 25/02/04, a nombre de Expofrut S.A., incorporado en el cuaderno de prueba de dicha empresa de donde surge que el destinatario de la fruta es Expofrut. A su vez, a fs. 775/779 obra el contrato de compraventa de peras y manzanas celebrado entre Expofrut S.A. y el productor Toschi. De tal documento se desprende que: el vendedor compromete la comercialización de la totalidad de la fruta de las chacras que se detallan, con Expofrut; que debe entregar a la empresa, para su posterior comercialización, la fruta de su propiedad (cláusula primera); que el vendedor se obliga a entregar la fruta en el galpón de empaque de Expofrut, en las cantidades diarias que la misma indicará, y que la cosecha y el flete de la fruta son a cargo del vendedor (cláusula segunda). Asimismo, se prevé que Expofrut podrá entregar al vendedor, a su pedido, y en calidad de depósito, la cantidad de cajones bins de madera, necesarios para la normal recolección de la fruta, los que serán devueltos en buen estado por el vendedor una vez realizada la cosecha; que el único destino que el vendedor podrá dar a los bins provistos por Expofrut, será el de cosechar las frutas de sus chacras para entregarlas en el galpón de empaque y/o en los frigoríficos que este indique (cláusula sexta). Por último, la cláusula decimocuarta expresa que las partes reconocen que el compromiso de las partes descriptas es esencial para la actividad exportadora que Expofrut desarrolla, y que tiene en cuenta compromisos asumidos por ésta con el exterior. De esto se deduce pues, que toda la actividad desplegada, tanto por Toschi como por Transfrut, hacen a las necesidades y directivas de Expofrut S.A., manteniendo ésta última una postura claramente dominante respecto de las dos primeras, por lo que mal puede pretender desvincular su responsabilidad, manifestando la independencia de la actividad de la empresa transportista, y que el productor de frutas era el dueño de la misma, y responsable del transporte, puesto que nada de ello es lo que surge de los contratos traídos al caso, celebrados entre las personas aquí señaladas.

Con lo expresado en el párrafo anterior quiero destacar, además de la postura dominante y la funcionalidad del productor para con la operatoria de la empresa Expofrut S.A., ya que el primero debía adaptarse al giro de ésta última, y si bien del texto del contrato surge que el flete es a cargo del vendedor, también que Expofrut podrá entregar en depósito los bins al mismo, lo que prueba hasta qué punto éste era integrado al esquema productivo de aquella.

Por otra parte, no se puede pretender que la única interpretación de la expresión “a cargo” en referencia al flete de la fruta tal como pretende la cocontratista recurrente- sea que éste el productor-, debía contratarlo y responder por ello, pues “a cargo” refiere también a quien afronta el pago, máxime, si se tiene en cuenta la referida posición dominante de la empresa sobre el vendedor, como he concluido.

Sumado a ello, no se puede establecer una operatoria única por parte de la empresa, de conformidad con lo que surge de las testimoniales. Así, a fs. 760/761 testigo Mariasch- surge que lo que dice lo sabe de acuerdo a lo que ve desde que trabaja con Expofrut, expresando que: “...la fruta que entregan los productores siempre sale de la chacra a cargo del productor. El productor se hace responsable desde que la fruta sale hasta que llega al galpón, después ya se entregó. Expofrut no retira la fruta de la chacra, me consta de los casos que conozco...el productor retira su fruta y la entrega el lugar que indica Expofrut”, pero a su vez, cuando se le pregunta si la empresa impone a los productores exigencias al momento de seleccionar los camiones con los cuales se efectúa el flete, dice que: “...en mi caso nunca me han exigido porque siempre he cumplido con las normas de seguridad, seguro. Yo contrato el flete... Expofrut no tiene que exigirme algo que es responsabilidad mía...” (el subrayado me pertenece).

A su vez, en similares términos, a fs. 784 obra respuesta de San Formerio S.R.L., que expone: “Lugar donde se efectuó la entrega de la fruta: planta de San Formerio S.R.L. Se tomó a cargo nuestro el transporte: si, con transporte de tercero”. Curioso resulta notar al respecto, que tal como obra a fs. 131, existe una factura, N° 0001-00000422, de fecha 10/02/04, emitida por Transfrut S.H. a Expofrut S.A., que expresa como destino a “S. Formerio”.

Amén de ello, a fs. 783, consta respuesta de P.P. Frutas Gato Negro S.A. que dice que: “1) Se ha entregado fruta embalada del frigorífico de n/empresa en Cipolletti, retirados por Expofrut S.A. 2) Se han entregado fruta en bins, de chacras de n/empresa, en Cinco Saltos, Gral. Enrique Godoy y Chichinales, retirados por Expofrut S.A. 3) Se ha entregado con camiones de n/empresa en establecimientos de Expofrut S.A., en: Allen... y en Cipolletti...” (el subrayado me pertenece).

Con todo ello, concluyo que no se desprende de la redacción del contrato, y de conformidad con las informativas citadas, que la elección del medio de transporte fue “por cuenta y riesgo” del productor de frutas, sino todo lo contrario. Máxime si insisto- surge del remito invocado que el Sr. Toschi, por medio del conductor y del vehículo participantes del siniestro, enviaba el día del fatídico accidente la fruta a Expofrut, y que

el cartel que llevaba el camión corrobora que la empresa Transportista Transfrut S.H. estaba al servicio de Expofrut S.A. Tal es la relación que no ha sido desvirtuada por las empresas codemandadas. No resulta un dato menor, que los bins o contenedores para transportar la fruta que se encontraban en el camión, eran propiedad de la segunda de las nombradas, lo que aporta un elemento más en la misma dirección.

Todas estas conclusiones, tal como vengo sosteniendo, no han sido desvirtuadas por las recurrentes, siendo ellas las que se encontraban en mejores condiciones de acreditar las situaciones aludidas, más aún si, siendo empresas comerciales, a todo evento sociedades, debieron llevar un registro de las modalidades con las que operan. Al no haberlo hecho, contribuye a crear las presunciones de certeza conforme el art. 163 inc. 5- contrarias a sus pretensiones. Y es por las consideraciones vertidas ut supra, que propongo rechazar los agravios en cuestión.

En consecuencia de ello, deviene abstracta sin resultar necesario el análisis de la procedencia, o no, del recurso que ha intentado deducir- la apelación adhesiva introducido por la demandada, contra la aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas efectuada por el a quo, por la mismas razones arriba expuestas.

Corresponde seguidamente ingresar en el análisis de lo que resulta ser el primer agravio de la parte actora, cual es, la exclusión de responsabilidad a los propietarios del vehículo Fiat Duna SD (dominio CMG 162), Hernán Alfaro Cariqueo, María Cecilia Cárdenas Martínez y la citada en garantía Seguros Bernardino Rivadavia , efectuada por el a quo, por considerar aplicable a su respecto la eximente de un tercero por el cual no deben responder, rechazando en consecuencia la demanda contra ellos.

En primer lugar, habré de señalar que indiscutidamente nos encontramos ante un contrato oneroso de transporte, no habiendo resultado cuestionada la aplicación del art. 184 del Código de Comercio, por lo que me avocaré a considerar si existió o no interrupción del nexo de causalidad, como parte de los requisitos propios de la eximición de responsabilidad que se pretende a las citadas demandadas.

En efecto, el mencionado artículo prevé la responsabilidad de la empresa transportista, establece la obligación resarcitoria prescindiendo del factor subjetivo de atribución esto es, del dolo o de la culpa del agente, siendo en consecuencia un principio objetivo el que opera en la norma precisamente como factor de atribución. Sabido es que, producto de ello, la ruptura de la causalidad entre la conducta antijurídica y el daño producido prescinde de la acreditación del obrar diligente o prudente -es decir, el obrar sin culpa-, pudiendo alegarse solamente culpa de la víctima, culpa de un tercero por el que no se

debe responder, y caso fortuito o fuerza mayor.

La razón de ser de la naturaleza objetiva deviene impuesta por el legislador "...por razones de política en materia de transportes, para inducir a las empresas a extremar las precauciones respecto a la buena calidad, perfecto estado y funcionamiento del material, la capacitación y buen desempeño del personal, y el estricto cumplimiento de las leyes y reglamentos" (cfme. Jurisp. Cit. en "Tratado de la Responsabilidad Civil", de Félix Trigo Represas, TII, Pág. 228, Ed. La Ley, año 2004). Ello, en amparo de las posibles víctimas, para quienes el resarcimiento resultaría ilusorio si tuviera que probar la culpa del transportista.

Consecuentemente, resulta ser una obligación de resultado, de lo que surge el deber de transportar al pasajero sano y salvo -obligación de seguridad-, siendo cualquier menoscabo que el mismo sufra en su persona durante la ejecución del contrato, un incumplimiento de la prestación a su cargo y da nacimiento a su responsabilidad, si no acredita la ruptura del nexo causal. Entiende la doctrina que "...se trata de una obligación de seguridad, por cierto de resultado, que tiene como fundamento mediató el "riesgo creado". La obligación de seguridad va unida al contrato y así enlaza al porteador con el pasajero, pero se fundamenta en el "riesgo" que crean los transportistas en su actividad, con la que ellos lucran y obtienen beneficios" (cfme. Marcelo J. López Mesa, "Responsabilidad Civil por Accidente de Automotores", Ed. Rubinzal-Culzoni, Año 2005). Dicha obligación de seguridad integra el plexo del contrato, derivando del deber de buena fe que impone el art. 1198 del Código Civil.

Sin embargo, la misma no es desmedida, ni garante al pasajero de todo evento, pues no es posible exigirles a los transportistas que se constituyan en guardianes exclusivos del orden social, en lo relativo a la circulación de los vehículos. Entiendo que los límites se hallan en la normalidad de los sucesos, por lo cual los hechos extraordinarios que no pueden evitarse, resistir o preverse, teniendo en cuenta la pauta de valoración de una conducta diligente y organizada de la prestadora del servicio, demostrativa de la inevitabilidad del siniestro, permiten plantear la posibilidad de eximirse de responsabilidad.

En base a ello considero oportuno señalar que una de las facetas de la seguridad en el tránsito resulta ser subjetiva. "Ella consiste en que todos los conductores, peatones y otros usuarios de la vía pública deben comportarse de modo de no constituir un peligro o estorbo para la circulación; ellos deben evitar causar un daño a las personas y a las propiedades públicas y privadas. Desde el punto de mira subjetivo, el principio de

seguridad consiste en “la exigencia jurídica irrestricta de adoptar las actitudes psicológicas, tomar las medidas efectivas y cumplir las reglas y procedimientos (...) que eviten o minimicen el riesgo de conflicto y siniestro, y su consecuencia es la responsabilidad administrativa, penal y civil de quien no lo haga efectivamente. Bien se ha resuelto que la conducción de un rodado obliga a su conductor a adoptar las previsiones inherentes a las alternativas del tránsito sobre la base de una estricta sujeción al deber de cuidado que consagran los reglamentos, los cuales no funcionan como normas de asignación de responsabilidad ex post de producido el evento, pues su objetivo fundamental radica en ordenar el tránsito para evitar accidentes. El conductor de una cosa riesgosa debe adoptar las mayores medidas de prudencia atendiendo a la mayor peligrosidad que ofrece para evitarse y evitar daños...” (cfme. Marcelo López Mesa, Op.Cit).

Por lo expuesto no corresponde argumentar sobre el obrar del conductor del vehículo Fiat Duna, por cuanto, tal como he dicho, la responsabilidad que se intenta imputar aquí es objetiva. El punto es, entonces, calificar si el obrar del conductor del vehículo embistente, Sr. Rojas, se trata de un hecho imprevisible e inevitable, a fin de establecer si existió ruptura de la causalidad, derivada de la intervención de un tercero por el cual no se debe responder civilmente; ello, en la órbita que vincula, contrato de transporte mediante, a pasajero y transportista.

Considero prudente señalar, además, que nada obsta a entablar la demanda civil, antes quienes se presumen responsables en tal vía, pese a haber en sede penal una persona condenada en base a ser la responsable del suceso del cual se pretende resarcir. Ello por cuanto no se debe derivar mecánica y automáticamente de la atribución de responsabilidad penal a un tercero en el hecho, la eximente de responsabilidad que se invoca en sede civil, sino que “En materia penal, surge claro el principio de que determinada la culpabilidad en sede penal, y condenado el sujeto, ello impide juzgar la culpabilidad del causante del daño en el proceso civil...” no obstante lo cual si “Aparece el deber objetivo de seguridad, que implica un factor de atribución distinto a la culpa o dolo de tipo subjetivo que juzga el proceso penal...la sentencia dictada en sede penal pierde su relevancia cuando la misma pretende hacerse incidir en el campo de la responsabilidad objetiva” (Jorge Mosset Iturraspe, “Accidentes de Tránsito”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Año 2009). Se debe reconstruir el hecho entonces, en toda su complejidad en base a las circunstancias probadas, y contrastar las conductas posibles con las realizadas, para así evaluar si se da la neutralización parcial o total de la

responsabilidad.

Advertido ello, el art. 39 de la ley 24.449 (a la cual adhiere la Provincia de Río Negro, mediante Ley 2942), establece que los conductores deben, en la vía pública, circular con cuidado y prevención, conservando en todo momento el dominio efectivo del vehículo, y teniendo en cuenta los riesgos propios de la circulación y demás circunstancias del tránsito. A su vez, el art 48 de la mencionada normativa prohíbe realizar maniobras caprichosas e intempestivas. El maniobrar de modo brusco o sin advertir a los restantes conductores con antelación suficiente configura culpa del conductor que maniobró, ya que con su obrar antijurídico alteró el normal desarrollo del tránsito, produciendo en consecuencia el accidente. Es importante que las conductas se adopten con precaución, sin generar mayores riesgos que el propio que posee el tránsito mismo. Y en este caso, merece una especial apreciación la intervención del Sr. Rojas en el suceso.

En el fenómeno del tránsito la suerte de cada participante no depende sólo de sí mismo, sino también de los actos de los demás, lo que conforma un entrelazamiento sensible a cualquier estímulo o modificación, que configura la interactividad. Así, la actuación antijurídica o negligente de un único sujeto conductor puede desequilibrar la normalidad del tráfico en un vasto sector, complicando la fluidez y generando daños a los sujetos y a los vehículos que transitan. La naturaleza del deber de cuidado pone de manifiesto que es necesaria la realización de una conducta que impida precisamente el nacimiento de un daño. Entonces, frente al accidente, lo primero que debe hacer el juez es analizar las conductas adoptadas por los intervinientes en el mismo, y ver si la misma es atinada y prudente, o por el contrario, si hubieran debido adoptar una diversa. Y es entonces en donde considero que en el caso de marras existe una conexión entre la acción antinormativa realizada por el Sr. Rojas, por violación del deber de cuidado y demás previsiones legales respecto del tránsito, que se ha creado un peligro no permitido y que ha obtenido como consecuencia el suceso que aquí se analiza.

Partiendo de que las eximentes en el caso del transporte oneroso de personas revisten carácter restrictivo, en comparación de lo que sucede en un accidente común, meritúo necesario mencionar las condiciones que deben darse para que el hecho del tercero tenga relevancia. Expone la doctrina entonces que: a) El tercero debe ser una persona distinta de la víctima y del transportista que, además, no tenga vínculo jurídico con ninguno de ellos...; b) su accionar debe revestir los caracteres del hecho imprevisible e inevitable propios del casus; c) la culpa del tercero debe ser exclusiva, pues la culpa concurrente de ese tercero no excluye ni aminora la responsabilidad de los daños

sufridos por su pasajero (cfme. López Mesa, Ob. Cit.). Entiendo que dichas consideraciones resultan presentes en el caso de marras, hallando que si bien el mismo no es un tercero en el siniestro, sino uno de los participantes, sí lo es en lo que hace al contrato de transporte invocado.

Según las constancias obrantes en la causa, el conductor del vehículo Chevrolet, no solamente ha violado las normativas que regulan el tránsito en cuanto a las previsiones que hay que considerar al momento de hacer una maniobra como la realizada, y las prohibiciones que rigen en la vía por él transitada al momento del siniestro (de adelantamiento en una curva, en el caso), sino que además, circulaba en un vehículo que no reunía las condiciones mínimas de seguridad requeridas, como ser, el funcionamiento correcto del sistema de frenado, sumado al desperfecto que tenía el embrague. Producto de esto último, ante la eventual colisión según surge de los dichos de los testigos de la causa penal- y producto de que los frenos no respondieron en el momento, es que Rojas toma la desacertada y completamente anormal decisión que desencadena el suceso traído ante este Tribunal. Y ello no debe ser soportado por las personas a las que se intenta atribuir, ya que, como tal, por altamente ilógico e imprudente, resultó “imprevisible” por el conductor del rodado menor.

Así, surge a fs. 114/117 de la causa penal acompañada (“Rojas Ricardo Ariel s/Homicidio culposo agravado”), en la declaración del testigo Peña acompañante en el camión colisionante- que: “Respecto del accidente, puede decir que venían circulando a unos cuantos metros atrás del camión Mercedes Benz, calcula más o menos unos 100 metros...Que el camión Mercedes Benz cuando ya había recorrido más de la mitad de la curva es como que frena, pero sigue a una velocidad más despacio... El frenado no fue brusco...sigue su marcha pero a una velocidad más despacio... El camión en que iba el deponente sigue la misma marcha, el chofer no disminuyó la velocidad y por eso se arrima al camión que iba adelante. El chofer del camión en que se conducían iba atento a la situación y al ver que se acercaban, apretó el freno a “fondo”, pero el camión no paraba y cada vez se acercaba más al acoplado. El chofer...al ver que chocaban contra el camión Mercedes Benz que iba adelante, hizo la maniobra para adelantarse por la izquierda, con el fin de evitar el choque con el camión... y ahí aparece el Fiat Duna que venía de frente por el carril que le correspondía. Aparentemente el chofer del Fiat Duna aprieta los frenos, porque dicho vehículo se cruza sobre la cinta asfáltica y azota contra el camión. (...) Preguntado para que diga si había algún obstáculo sobre la banquina derecha de su sentido de circulación, si observó algún vehículo/camión detenido sobre

el lugar. CONTESTÓ: Que no había nada, estaba libre... si el chofer del camión tuvo oportunidad para girar a la derecha. CONTESTÓ: Que sí, que podría haber girado a la derecha”. De conformidad con lo transcrito, a fs. 118/120 de la misma causa, declara el testigo Vidal. Expresa: “Que venían circulando desde Barda del Medio a Cinco Saltos por la ruta Nro. 151 a una velocidad de 50 km/hora aproximadamente... Respecto del accidente puede decir que venían detrás de un camión Mercedes Benz con acoplado, que también transportaba fruta, a una distancia de unos 50 metros aproximadamente. El tráfico era normal y había una buena visibilidad. Que mientras iban circulando por la ruta, algo pasó porque el camión bajó su velocidad, no sabe si frenó porque no vio las luces de stop... tiene presente que se fueron encima del camión Mercedes Benz, recuerda que ROJAS apretó los frenos y el camión igual se iba en contra del Mercedes Benz. En todo momento el deponente pensó que chocarían contra el Mercedes Benz y cuando ya estaban a una distancia de tres o cuatro metros, ROJAS volanteó a la izquierda, metiéndose en el carril contrario como para pasar al camión..., cuando observa que de frente venía circulando un auto chico. Aclara que todo pasó muy rápido. (...) Apparently el chofer del otro vehículo quiso pegar el volantazo hacia la banquina izquierda. (...) PREGUNTADO: Para que diga si conoce el estado de la banquina derecha. CONTESTÓ: Que la banquina está en buen estado, la banquina tiene unos tres metros de ancho y después hay un pozo...”. Concordante con ello también resulta la pericia obrante a fs. 40 del mismo expediente, realizada por el Mecánico Vázquez, surgiendo de ella que: “...examinó vehículo camión marca CHEVROLET C-70, Dnio. C-302116, color naranja, el cual carece de embrague, no le funcionan los frenos, a raíz del impacto presenta desplazamiento de cabina, presenta rotura de radiador y ventilador, como así el tren delantero por lo que puede observar se halla desplazada también por el impacto... Y por último examinó un vehículo marca FIAT DUNA, Dnio. CMG-162, color gris, el cual dada su destrucción es imposible probar su funcionamiento, que presume que previo sufrir impacto todos sus sistemas de frenos, dirección y mecánica han funcionado óptimamente...”.

A su vez, en cuanto a la mecánica del accidente, a fs. 38 -expediente penal- de la declaración testimonial del Sr. Benítez, tomada en sede policial, que fuera ratificada en la causa penal, a fs. 112 que “...circulaba por la ruta nacional 151 en sentido Sur-Norte, con destino a la ciudad de Contralmirante Cordero procedente de esta ciudad Cinco Saltos-, que al llegar a la altura del Km. 16 de la citada ruta nacional, el dicente transitaba como a 300 mts. del vehículo FIAT DUNA involucrado en los presentes

autos y en sentido contrario, es decir, de Norte a Sur circulaba un camión Mercedes Benz color azul, cuando en forma sorpresiva advierte que detrás del mencionado camión se “abre” otro camión que circulaba en el mismo sentido y que mostraba signos como para efectuar un adelantamiento, encontrándose de frente con el FIAT DUNA accidentado, el cual estaba a punto de terminar de pasar al camión Mercedes Benz color azul que circulaba en sentido contrario y arrastrándolo hacia el Este...PREGUNTADO: Para que diga si en algún momento el camión Mercedes Benz azul realizó alguna maniobra extraña o frenado, CONTESTÓ: Que no, dado que no le dio tiempo a nada... Que la visibilidad era muy buena...”. En concordancia con ello, a fs. 110/111 de la misma causa obra declaración testimonial del conductor del camión Mercedes Benz azul, Sr. Fernández, quien declara que: “En ningún momento frenó de golpe o hizo una maniobra prohibida. Al camión que tuvo el accidente lo había visto, minutos antes por el espejo retrovisor, que venía atrás suyo a unos cincuenta metros. Por eso se vio sorprendido al escuchar el ruido a chapa y ver que era ese camión el que había chocado. Que el auto Fiat Duna que tuvo el accidente lo acababa de cruzar y ese vehículo iría a una velocidad de unos 80 Km/hora más o menos. Que no vio que el Duna haya realizado una maniobra prohibida o algo raro. No entiende cómo ocurrió el accidente, porque el camión del accidente venía a unos 50 metros atrás y tenía tiempo para frenar”. A fs. 61 obra pericial de perito chapista designado en sede policial, Sr. Cristallino, quien expone que “...examinó el vehículo marca Chevrolet C-70, Dnio. C-302116... Del estudio realizado sobre el frente del vehículo su puede apreciar que a simple vista el impacto inicial y principal se halla sobre la punta delantera izquierda del rodado examinado. Seguidamente examinó el vehículo liviano marca FIAT DUNA, Dnio.CMG-162, color gris, el cual presenta DESTRUCCIÓN TOTAL en lo que a carrocería se refiere y de la evaluación realizada el impacto inicial y principal lo presenta sobre la puerta delantera izquierda...”. Incluso, es el mismo conductor del camión Chevrolet -Ricardo Ariel Rojas- quien a fs. 89/93 del expediente penal, en la declaración indagatoria dice: “que yo ese día conducía, venía de Barda del Medio cargado de bins, a una velocidad normal, aproximadamente 60 kilómetros por hora. Cuando llegué a esa zona, la curva, un camión iba delante mío, qué se yo, a unos 50 metros aproximadamente, veo que se frena, y ahí hice la maniobra, me tiré para la banquina y en eso el auto frena, va para el mismo lugar que yo y pasó lo que pasó, fue un segundo. Agrega 'qué se yo esa curva es jodida, el auto se atraviesa y va para el mismo lado'. (...) Preguntado para que diga la fecha en que fue la última revisión

técnica y sobre el estado del mismo, contestó: 'no le había hecho la revisión técnica. Estaba bien de estado, siempre trata de tenerlo bien'. (...) Preguntado...para que diga cuáles eran las condiciones de visibilidad y si observó el estado de las banquetas al mantenerse a la distancia que se menciona detrás del camión que refiere; contestó: 'que la banquina derecha a la altura de la curva es como un pozo, el lugar lo conoce, es nacido allí, y por eso hizo esa maniobra. Si me hubiera ido para el otro me hubieran aplastado los bins, además la banquina es angosta. Las condiciones de visibilidad eran buenas'. (...) se interroga: 'En qué lugar se produce el impacto con el vehículo menor, si sobre la calzada o en otro lugar'; contestó: 'que cuando esquivo al camión y me tiro para la banquina que estaba abajo el auto ya venía como de costado hacia mí y creo que es en la banquina' (el subrayado me pertenece).

Por último, de conformidad con las constancias penales de fs. 04 (croquis ilustrativo realizado por la policía) y de fs. 128 ("Placa N° 3"), se puede presumir que la colisión se produjo en la banquina de la mano por la que circulaba el vehículo Fiat Duna (dirección Sur-Norte), y que de la pericial accidentológica de autos, realizada a fs. 807/809 por el Perito Lacava (quien basa sus consideraciones de lo expuesto en la causa penal referida), se extrae que: "Dadas la características del accidente y la mecánica desarrollada, que los ocupantes del automotor tengan o no colocados los cinturones de seguridad, hubiese sido irrelevante para las consecuencias. Dado que el automotor fue prácticamente aplastado por el camión".

De todo lo expuesto, advierto que el Sr. Rojas fue quien tuvo la culpa exclusiva en la producción del accidente. De sus mismos dichos surge que la maniobra por él realizada fue para evitar un mal propio (en protección de los bins que transportaba, tal como expresó en su declaración indagatoria), ocasionando un mal mayor, cual es el accidente de los presentes actuados. En efecto, tal obrar excede las previsiones máximas exigibles al propio giro técnico y riesgo propio del contrato de transporte y la consecuente responsabilidad que por él se intenta atribuir a los propietarios del vehículo Fiat Duna. El hecho del conductor del camión, deviene para con ellos, como una consecuencia que excede todo tipo de previsión, por la cual nuestro código no permite responder. Rojas no se desplazó en condiciones previsibles ni mantuvo el dominio de su rodado, pues de lo contrario, hubiera continuado sobre la cinta asfáltica sin que hubiese sucedido infortunio alguno, máxime a las velocidades de los rodados intervinientes mencionadas. Dicho conductor infringió la norma del art. 39 inc. b) de la ley 24.449, tal como he dicho, que dispone en la parte pertinente: "Condiciones para conducir...b) en la vía

pública, circular con cuidado y prevención, conservando en todo momento el dominio efectivo del vehículo... Utilizarán únicamente la calzada, sobre la derecha...”. Ha sido entonces un obrar sorpresivo para el rodado menor, la aparición del vehículo mayor, en su propio carril, resolviendo los dos continuar hacia la banquina, cada uno en su sentido, producto de lo cual se ocasiona el impacto, de manera absolutamente imprevisible para quien venía por su vía correspondiente, en respeto de las normas de tránsito. Nada pudo hacer el Fiat Duna al respecto, ante la aparición sorpresiva e intempestiva del rodado mayor. Conforme con ello, la jurisprudencia ha sostenido que “La empresa de transportes demandada debe ser eximida de responsabilidad por los daños que sufrió el pasajero de un colectivo cuando éste fue embestido por otro automóvil, en tanto se acreditó que fue este último el que invadió en contramano la vía de circulación del primero y la declaración en sede penal de la propia víctima da cuenta de la imprevisibilidad del ingreso del rodado menor al carril de circulación del ómnibus y sobre el intento de evasión por parte del chofer. (...) se acreditó que la única causa adecuada del accidente fue la actitud imprudente del conductor del rodado menor quien ingresó en contramano al carril de circulación del ómnibus en forma repentina...el chofer del colectivo intentó una maniobra evasiva pero no tuvo tiempo de evitar el accidente, resultando que dicha maniobra fue de esquivar hacia la derecha con gran esfuerzo para mantener el control del colectivo... (...) Todas las pruebas aportadas señalan como única causa adecuada del accidente la actitud imprudente del conductor del Fiat 1100 quien ingresa en contramano al carril de circulación en forma imprevista y repentina...” (cfme. Cámara 3ª de Apelaciones en lo Civil, Minas; de Paz y Tributaria de Mendoza, en autos “Guzmán, Norma c. El Rápido S.R.L. p/d y p”, de fecha 13/03/2012); “...el transportista únicamente podría eximirse de responsabilidad si demuestra que la causal de exención invocada es la exclusiva causante del daño, ya que sólo así se quiebra la relación de causalidad que es uno de sus presupuestos...” (cfme. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B, en autos “Torres de Gazzi, Haydee c. Silvero Aníbal, y O.”, de fecha 26/09/2007). Por su parte, la doctrina ha expuesto que “La que libera de responsabilidad es la culpa del tercero, y no del simple hecho de éste si no se está en claro que fue negligente o imprudente; sólo opera en caso de que la culpa del tercero haya sido causa única o exclusiva del daño, pues de existir una concausa entre el hecho del tercero y el de la cosa o la conducta de quien conduce la cosa, las responsabilidades del dueño o guardián serán totales, sin perjuicio de las acciones de regreso que pudiera corresponderle. Cuando la alegada culpa del tercero no ha sido

exclusiva, no queda integralmente anulada la idoneidad causal del riesgo de la cosa del demandado, y debe reputarse que ambos factores han coadyuvado de manera adecuada a la producción del lesivo resultado final” (C1ªCC Córdoba, junio 5 1990 Cittadini, Roberto B. y otros c. Martínez Omar J. y Otros-LLC, 1991-611, Rep. La Ley 1991, pág. 522, sumarios 172 y 173, Jurisp. Cit. En “Guía Práctica de Daños y Perjuicios Accidentes de tránsito”, Luis Armando Rodríguez Saiach, Primera Parte, Ed. Alcotan S.A.); “Cuando se invoca el hecho de un tercero, este tiene que haber interrumpido en forma total la cadena causal. En caso contrario no puede el dueño o guardián de una cosa riesgosa, demandado, liberarse de responsabilidad” (cfme. Saiach, Op. Cit).

Se advierte en orden a los sucesos, que el conductor del vehículo Fiat Duna ha realizado todo lo que resultaba previsible, ante un obrar absolutamente imprevisible del conductor del rodado mayor. En igual sentido, se ha pronunciado el STJRN in re “Traffix Patagonia S.H.” (Expte. N° 22.763/08), bien que aplicando en ese caso el artículo 1.113 CC., que resulta análogo al art. 184 del Cód. de Comercio al efecto aquí considerado. Hallo en consecuencia, por las consideraciones expuestas, que su intervención reúne los caracteres de la eximente prevista como la de intervención por un tercero por el que no se es civilmente responsable, establecida en la normativa, por lo que voto por rechazar el presente agravio.

Habré de señalar a modo de conclusión, que no resulta aplicable en el punto propuesto lo fallado por esta Tribunal en autos “Melo c/Montecino” (Sent. Def. de fecha 03/05/2004) en cuanto a las atribuciones de responsabilidad pretendidas, por cuanto la mecánica del accidente en el mismo no resulta análoga a la del presente caso, pues versa sobre prioridades de paso, en relación a un transporte benévolo, en donde jugó un rol preponderante las prioridades de paso, puesto que tuvo significancia la prioridad de la derecha para resolver como se hizo, habiéndose condenado en base a la concurrencia de culpas de los conductores intervinientes, cuando, en el caso de marras, tengo por cierta la culpa exclusiva y excluyente del conductor del rodado marca Chevrolet. Todas estas razones conducen a la inaplicabilidad de la jurisprudencia citada a este caso concreto.

Resuelto lo que antecede, corresponde pronunciarse sobre el segundo agravio de la parte actora, cual es, el de la imposición de costas a su parte por el rechazo de la demanda incoada contra las personas mencionadas en el agravio anterior, adelantando mi opinión en cuanto a que el mismo debe prosperar.

Al respecto considero que, tal como hemos dicho en el precedente mencionado, “Melo”, y como surge de jurisprudencia concordante con ello, “en los casos de accidentes de

tránsito en los que interviene más de un vehículo, el tercero víctima del mismo no tiene por qué investigar la mecánica del accidente y puede dirigirse contra cualquiera de ellos o contra ambos, a los efectos de obtener la correspondiente indemnización, sin perjuicio de las acciones que pudieren corresponder al condenado para dirigirse contra el verdadero responsable del hecho; y que si del juicio resulta que uno de los partícipes en el accidente no fue responsable del hecho dañoso, pero tuvo parte en él, la víctima quien fue ajena a ese suceso, no debe soportar las costas del rechazo de la demanda deducida contra ese participante, ya que al promoverla no podía saber quién era el verdadero responsable” (Jurisp. Cit. En Félix A. Trigo Represas, Op. Cit. TIV). Ante la víctima ambos son potencialmente corresponsables, debiendo estarse a las resultas de la causa, según las pruebas aportadas, habiendo en consecuencia razón para demandar a todos los intervinientes, por lo que propongo por ello, se impongan aquí las a las costas a las codemandadas perdidosas (cfme. Art. 68 CPCyC).

Antes de avanzar, entiendo oportuno también traer aquí el agravio de los codemandados Cárdenas Martínez y Alfaro Cariqueo, introducido por el Dr. Diez, que versa también sobre la imposición de costas a la parte actora, por la intervención de los aquí recurrentes en el proceso. Entiendo que si bien correspondería el rechazo del mismo, por ausencia de agravio, en virtud del art. 242 del CPCyC, por cuanto sin gravamen, la apelación del impugnante es un acto írrito, por ausencia de causa, siendo que en el caso los apelantes no eran sobre quien pesaba afrontar las costas impuestas, resulta ser que el mismo ha devenido abstracto por el modo en que se resuelve el agravio anterior. Es por ello que propongo el rechazo del mismo, de conformidad con las explicaciones vertidas al tratar el segundo agravio de la parte actora.

Resueltas ya las atribuciones del hecho dañoso que aquí se trata y la condena en costas atribuida, continuaré con el tratamiento de los rubros que se recurren ante esta Alzada.

Así, el tercer agravio vertido por la parte actora consiste en el rechazo de la pretensión del resarcimiento de daño patrimonial del concubino Leandro Seisedos.

Sabido es que el concubinato es “la convivencia estable de un hombre y una mujer, sin haber celebrado matrimonio” (cfme. María J. Méndez Costa, “Derecho de Familia”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Año 2009). El mismo es un hecho, por lo cual, para que produzca consecuencias jurídicas, hay que alegarlo y probarlo, siendo la jurisprudencia la que ha ido perfilando sus notas distintivas, toda vez que no existe una definición legal del instituto. Se destacan entre ellas: la voluntad común de los convivientes, la comunidad de vida y su notoriedad, la singularidad, y la estabilidad o permanencia. Las parejas así

constituidas lo son de hecho, y no de derecho, porque en el ejercicio de su libertad optaron libremente por una unión no formal, rechazando la opción del matrimonio. Consecuentemente con ello, “Al haber seguido nuestro Código Civil la tendencia legislativa que no confiere efecto alguno al concubinato, resulta que a los convivientes nada les está prohibido por ser extraños entre sí, pero como regla general ningún derecho se les acuerda. La ley no lo condena, pero tampoco lo regula. Sólo excepcionalmente en algunas normas aisladas atribuye ciertas consecuencias jurídicas a la unión de hecho... Cabe, entonces, preguntarse, ante el silencio del legislador, cuál es el marco legal al que se debe acudir para resolver los conflictos que frecuentemente plantea la unión concubinaria... Los efectos jurídicos que alcanzan a los concubinos reconocidos por la jurisprudencia no provienen del ordenamiento legal del matrimonio, cuya aplicación analógica, en general, se rechaza, sino de las disposiciones de Derecho común, a las cuales recurren los tribunales para dar solución a los conflictos generados por estas relaciones de hecho...” (cfme. María J. Méndez Costa, Op. Cit).

Con lo expuesto quiero decir, que para la resolución del presente agravio no resultan aplicables las disposiciones de los arts. 1084 y 1085 del código Civil, pero que, no obstante ello, el concubino no resulta desamparado por el ordenamiento legal en orden a su pretensión, puesto que para el caso, es aplicable el art. 1079 del código de fondo. La legitimación en cuestión, en lo que hace a la indemnización de daños patrimoniales, no se funda en el carácter de concubinario, sino que radica en su condición de damnificado por el hecho ilícito. De la interpretación de los arts. 1069, 1079 y 1109 del Código Civil, surge que resulta necesario invocar el menoscabo de un interés simple, debido a la existencia cierta de un perjuicio personal y el nexo causal del obrar ilícito. Es decir, que hay que establecer si se ha configurado un daño y si éste debe ser reparado.

La legitimación activa del concubino surge, entonces, para exigir la indemnización de los daños y perjuicios patrimoniales derivados de la muerte del otro, como producto del hecho ilícito, en su expresión directa o indirecta, en el artículo 1079 CC. Asimismo, la jurisprudencia sostiene tal postura, solidificada a partir del Plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil del 4 de abril de 1995 en el caso “Fernández, María C. y otro c/ El Puente S.A.T. y otros” y en reiterada jurisprudencia como el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Ahumada, Lía Isabel c/ Provincia de Buenos Aires y otros s/ daños y perjuicios” del 25 de septiembre de 2001 en cuyos considerandos se afirmó: “...Que en cuanto a la falta de legitimación basada en la relación concubinaria mantenida por la actora que le impediría reclamar por derecho

propio una reparación patrimonial por la muerte de su pareja, cabe señalar que es la violación del deber de no dañar a otro lo que genera la obligación de reparar el daño causado y que tal noción comprende todo perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria que afecte en forma cierta a otro, a su patrimonio, a su persona, a sus derechos o facultades...cobra particular relevancia la ponderación de las circunstancias personales de quien pretende obtener la reparación así como el carácter cierto del daño, esto es ... el aporte que el compañero significaba en los recursos del hogar común a los efectos de decidir si la coactora ha sufrido la privación de un bien que integraba la esfera de su actuar lícito”.

Pues bien, lo que se desprende de la relación concubinaria, son las aportaciones comunes de concubinario y concubina, las prestaciones de alimentos, la ayuda mutua que ellos se prodigan, y que por supuesto prodigan a sus hijos si los tienen. Así, nuestro Superior Tribunal de Justicia ha dicho en autos “Marillán c/Edersa s/Inaplicabilidad de ley” (de fecha 28/11/07) que “...quienes voluntariamente permanecen juntos en el marco de una unión estable y duradera, también asumen responsabilidades mutuas y son artífices de un modelo de familia que no difiere mayormente de aquélla que reposa el vínculo matrimonial. No puede dejar de destacarse que el art. 31 de la Constitución Provincial dispone: “El Estado protege a la familia, como célula base de la sociedad, establecida, organizada y proyectada a través del afecto, facilitando su constitución y el logro de sus fines culturales, sociales y económicos...”, vale decir que la propia Constitución reconoce como familia a todos quienes están unidos por el afecto, cualquiera sea el molde o modelo constituido en la actualidad” (véase STJ in re: “Lowey”, Se. N° 110 del 27.06.07 del protocolo de la Secretaría N°1).

Concordante con ello, el Dr. Bueres, en cita de jurisprudencia en autos “Montero Espinoza c/YPF s/Sumario” (PJN, Expte. N° 447, Folio 242, año 1991, Sent. de fecha 07/10/09), expresó que “...no hay problema para reconocer el derecho a obtener una reparación por la lesión al crédito constituido por las expectativas alimentarias o de ayuda, cuando está de por medio el afecto o el amor, y cuando estas atribuciones se venían cumpliendo de forma regular. Opina que el desconocimiento de estas realidades a finales del siglo XX -en la ocasión, principios del XXI- entraña un retroceso hacia el formalismo, en desmedro del valor finalista de la ley, de las costumbres relevantes y del indiscutido fenómeno del desenvolvimiento del Derecho”. En este precedente finalmente se resolvió que: “...si bien ninguna prueba se produjo tendiente a demostrar que el Sr. Cerda concubino fallecido- fuese el único sostén de la Sra. Montero Espinoza,

cabe aceptar que lo destinaba aunque sea parcialmente a sostener, en forma exclusiva o no, la economía familiar, de modo que la interrupción en el flujo de esos ingresos indudablemente impactó en el nivel de vida de los convivientes. (...) Los extremos apuntados resultarán útiles para discernir la medida del daño sufrido”.

Es decir, sostiene parte de la doctrina y la jurisprudencia que la privación del aporte económico que el causante hacía para el hogar debe ser objeto de prueba por el conviviente damnificado; y que “La certeza del daño surgirá de acreditar la duración, notoriedad, singularidad, seriedad y estabilidad de la relación de pareja, de lo cual se deducirá que si aquel que proveía al sustento económico de la pareja no hubiese fallecido, el aporte hubiese continuado, con lo que la privación para el futuro de esa contribución económica, y por consiguiente el daño, se torna cierta, presente y por venir. El perjuicio consiste en la pérdida para el supérstite de la posibilidad real de continuar recibiendo esa asistencia económica de parte del causante, fallecido como consecuencia de un ilícito” (cfme. Méndez Costa, Op. Cit. TIV). Así, “La indemnización otorgada por muerte del concubino no tiene por fin pagar todo lo “que fuera necesario para cubrir las necesidades de la viuda” en la extensión contemplada por el art. 1084 del Código Civil, porque este derecho sólo es concedido a la cónyuge sobreviviente, conforme lo estipulado en el art. 1085 del mismo cuerpo legal citad (del voto de la Doctora Medina). ...Si bien la unión de hecho no genera obligaciones jurídicas durante su existencia, ello no le priva legitimación al conviviente para reclamar los perjuicios que la muerte de su compañero le causa, ya que ésta no se origina en la relación de pareja, sino que surge de la certeza del perjuicio... (del voto de la Doctora Medina)” (cfme. Cam. Nac. De Apelaciones en lo Civil y Comercial, Sala III, en autos “C., B. E. y otro c. Ministerio del Interior-Policía Federal, de fecha 20/09/2007).

Producto de la posibilidad de ejercer su pretensión por el carril que la normativa le brinda, considero que no resulta necesaria la declaración de inconstitucionalidad peticionada por la recurrente, de los arts. 1084 y 1085 del Código Civil, siendo que, tal como es sabido, por su gravedad el control de constitucionalidad resulta, entonces, la ultima ratio del ordenamiento jurídico (ver Kemelmajer de Carlucci, A., “El Poder Judicial”, 1989, Ed. Depalma, págs. 235, 250) y requiere inexcusablemente la demostración del agravio en el caso concreto (conf. Corte Suprema, Fallos 156: 602; 258: 255; 302: 1666, entre otros). Es decir, para decretar la invalidez de una norma deben mediar motivos reales que así lo impongan, con una demostración concluyente de

su discordancia sustancial con los preceptos de la Constitución que se dicen vulnerados. La mentada violación de igualdad ante la ley no es tal, puesto que la igualdad de versar entre iguales, es decir, entre sujetos que se encuentran la misma situación jurídica, que no resulta ser el caso planteado ya que, como he venido sosteniendo, el matrimonio y el concubinato son productores de distintos efectos jurídicos, amparados en distintas normativas en lo que aquí se plantea, por lo que no es prudente equipararlos en su plenitud, admitiendo el principio invocado por la recurrente que el trato igualitario es entre iguales, dando la posibilidad de apartarse de ello ante la desigualdad de las condiciones. Si bien no son aplicables, entonces, para la resolución del presente los arts. 1084 y 1085 del Código Civil (propios -para el caso- del cónyuge supérstite) no obstante ello, el concubino no queda desprotegido del sistema jurídico, puesto que mediante la invocación del art. 1079 encuentra acogida en el ordenamiento, con la consecuente legitimación que de ello deriva, tal como vengo sosteniendo. Por lo que el pedido de inconstitucionalidad debe ser rechazado.

Partiendo de que resulta acreditada en autos la convivencia entre la víctima y la actora, de la copia de la información sumaria del Juzgado de Paz de la ciudad de Neuquén, obrante a fs. 476 que, si bien no se ha producido la prueba informativa oportunamente ofrecida, a los fines de que dicho Juzgado se expida respecto de la autenticidad de la mentada copia, la situación de hecho que surge de la misma es apoyada por las declaraciones testimoniales de fs. 612/613 (de María Cristina Beute) y 614/616 (Héctor Raúl Caferra), firmantes del documento mencionado.

La cuestión aquí se centra entonces, en la acreditación del daño que efectivamente se ocasiona al reclamante. En cuanto a ello, no encuentro necesario entrar a considerar si el mismo se presume o no, puesto que lo hallo acreditado por la particularidad que se presenta en el caso, y es que ambos concubinos contribuían al sostenimiento familiar, es decir, la víctima contaba con un sueldo propio del cual destinaba un porcentaje para sí, otro para la atención de su hijo menor -cuestiones no discutidas en lo que hace a la erogación, independientemente de los porcentajes, que será tratado con posterioridad- y el sobrante obviamente era destinado a las cuestiones comunes que hacen al sostenimiento de la convivencia, puesto que no surge de autos la posibilidad de que el mismo fuera utilizado para una cuestión diferente. De dicho porcentaje entonces, producto de que la víctima contaba y aportaba con su ingreso al sostenimiento del hogar familiar, es que puede inferirse el daño efectivamente producido, y por el que entiendo que el presente agravio debe prosperar. Ello por cuanto “La indemnización debe

limitarse a establecer el equilibrio patrimonial sin enriquecer al damnificado. En otras palabras, el resarcimiento es una reparación que corresponde a la medida del daño” (Conf. Belluscio-Zannoni, “Código Civil Comentado y Anotado”, TII, Págs. 702 y 716). Y es que tal decisión se desprende, de lo que resulta ser uno de los agravios vertidos por las codemandadas Expofrut S.A. y Tansfrut S.H. extendido a los Sres. Ancatén y Bellabarba, en calidad de socios de ésta última-, cual es, que en el cálculo efectuado por el a quo para la cuantificación del rubro daño material del menor L.S., se otorgó por ello el 60% de los ingresos de la víctima (presumiendo que lo restante lo destinaba para sí) cuando la misma actora peticionó en base al 40, y no a dicho 60%.

Asiste razón a las recurrentes en el punto en cuestión. Y es que la actora ha peticionado en su escrito de demanda, que se tome en cuenta el 40% del ingreso de la occisa para el sostenimiento de su hijo menor, presumiendo que para sí destinaba el 30%, obteniendo como resultado en contribución al hogar común el restante 30%.

Plantearon, entonces, los mentados recurrentes que se ha fallado extra petita, violentando el principio de congruencia, que impone que la decisión judicial se adecue a las cuestiones articuladas en la pretensión del actor y en la oposición del demandado, teniendo como límite las cuestiones debatidas por las partes. Así, en jurisprudencia de nuestro Superior Tribunal de Justicia, citada por ésta Cámara en autos “Dolan c/Profru” (de fecha 25/04/12), se ha dicho que “En la garantía de la defensa en juicio está insito el deber de la jurisdicción de respetar los límites subjetivos, objetivos y causales de las pretensiones y defensas. Cuando existe discordancia entre el pronunciamiento judicial y el contenido de las peticiones de las partes efectuadas oportunamente en el pleito, se produce el vacío de incongruencia. Ello puede ocurrir por exceso (ultra petita), por defecto (citra o infra petita) o por exceso y defecto (extra petita) en la respuesta de la jurisdicción... La congruencia se traduce, entonces, en el deber del juez de expresar en la resolución una respuesta coherente, ni más ni menos que la adecuada, a las pretensiones y defensas de los concretos justiciables y, en particular, de justificar la decisión fundada en razones diversas de aquellas alegadas por la parte” (STJRN, in re “L., C. c/F. s/Incidente s/Casación”, de fecha 27/06/07). Se debe pues, fallar dentro de los límites impuestos por los hechos propuestos por las partes, en base a las pruebas producidas en el proceso, y sobre las cuestiones expresamente establecidas en la demanda y contestación de la misma, y las estimaciones de las partes efectuadas en los escritos introductorios del proceso, resultando que los montos, en principio, no atan al Magistrado, salvo que constituyan un tope cuantitativo establecido por el propio

justiciable, tal como sucede en el caso de autos.

Así las cosas, concierne merituar la indemnización correspondiente al menor L.S. y del concubino Leandro Seisdedos, partiendo de la consideración de que no se han agravado las partes respecto al monto base utilizado por el a quo a tal efecto, es decir, la suma de \$1.425.- como ingreso mensual, SAC incluido.

En cuanto al menor, entonces, a los fines de arribar al monto indemnizatorio, resta tratar el agravio vertido por las codemandadas Expofrut S.A. y Transfrut S.H., atinente a la mayoría de edad tomada por el Juez de Grado para su determinación, puntos que trataré pese a la escasa fundamentación que surge de sus escritos recursivos al respecto, habiendo tomado el Magistrado la edad de 21 años, considerando las quejas que corresponde la de 18, producto de la ley 26.579.

Liminarmente, habré de señalar que, fruto de la ley 26.579, a partir de los 18 años todas las personas obtienen la mayoría de edad y, en consecuencia, tienen el pleno ejercicio de sus derechos y sus deberes, sin que otras persona puedan decidir por ellos. No obstante ello, pesa aún sobre los padres el deber de protección, apoyo y colaboración económica en relación a ellos, para contribuir a su proyecto asistencial, tal como así sucede en materia de previsión y seguridad social, que lo extiende hasta la edad de 21 años.

Esto se traslada también al ámbito alimentario que pesa sobre los padres, que se mantiene para los hijos mayores de edad, incluso hasta logrados los 21 años. El artículo 3 de la ley 26.579, agregó un segundo párrafo al art. 265 del Código Civil, con lo que extiende la obligación alimentaria, con el alcance de los alimentos derivados de la patria potestad, hasta los 21 años, “salvo que el hijo mayor de edad o el padre, en su caso, acrediten que cuentan con recursos suficientes para proveérselos por sí mismo”. En base a ello, un joven hoy mayor, no es quien debe acreditar, para que esta obligación proceda, el estado de necesidad en que se encuentra o la imposibilidad de procurarse ‘per se’ los medios necesarios. Es conteste la jurisprudencia con esta postura, al disponer que: “Lo real, concreto y jurídico es que el deber alimentario salvo las extremas condiciones reclamadas por el art. 370 CC- hoy resulta exigible hasta la edad de 21 años, conforme el art. 267 CC (texto ley 26.579), superada la mayoría de edad que se adquiere a los 18 años, y ello, salvo que se acredite que cuenta con recursos suficientes para proveérselos por sí mismo” (Cfme. C.A. en lo Civ., Com. y Min. IIa. Circ. Jud. Río Negro, en autos: “Jerez Cristian R. y Otros c/Orell Andrés N. y Otros s/Ordinario”, de fecha 23/02/11). Es más, nada se opondría en principio, tal como

sucede en los alimentos, a que ese horizonte temporal fuere aún mayor, pero ello no ha sido objeto de agravio por la parte actora y, por ende, permanecerá incólume.

Expuesto lo que antecede, surge además que en sus escritos recursivos las partes se limitan a oponer la modificación establecida en lo atinente a la mayoría de edad, agotándose su crítica con la mera discrepancia a las estimaciones efectuadas por el a quo, sin desacreditar los argumentos utilizados para arribar a la resolución dictada. Es por ello que entiendo que debe rechazarse también el presente agravio.

Superado lo tratado en el agravio anterior, corresponde cuantificar la indemnización, tal como me he propuesto en los párrafos precedentes, del menor L.S., en cuanto a los aportes que debió realizar la víctima para el sostenimiento, educación, alimentos y demás, durante su crecimiento. Para ello, he de utilizar el monto base tomado por el Sentenciante de grado, puesto que, como he expresado, no ha sido materia de agravio por las partes intervinientes, así como tampoco lo ha sido el método utilizado al efecto.

Partiendo entonces, del ingreso base con que contaba la víctima del accidente. Esto es, la de \$1.425, teniendo en cuenta que del mismo, utilizaba el 40% para el mantenimiento del niño, obtenemos que mensualmente destinaba la suma de \$570.- para ello. Siguiendo la línea del a quo, resta diferenciar la suma a abonar desde el accidente, hasta la fecha de la sentencia de Primera Instancia, y de ahí, hasta que el menor adquiera la edad de 21 años.

Del primer período corresponde, pues, multiplicar la suma indicada, por el número de meses transcurridos desde el evento dañoso (25/02/04) hasta el mes inmediato anterior al dictado de la sentencia de Grado, obteniendo de ello un total de 62 meses. Tal operación, arroja la suma de \$35.340.- (\$570.- x 62 meses). Esa cifra percibirá además, los intereses derivados de la tasa Mix hasta el 27 de Mayo del año 2010 según doctrina del STJ in re “Calfín”-, y de allí, hasta el efectivo pago, la tasa activa del Banco Nación, de conformidad con “Loza Longo”. Para el segundo período se aplicará una modalidad objetiva de cálculo, desde el dictado del fallo de primera instancia, con un interés del 6% anual, que permita una renta mensual similar a la suma de las que el menor se vería privado mensualmente con motivo del deceso de su madre, amortizándose desde aquél momento hasta que cumpla los 21 años de edad. Utilizando para ello el mismo monto base que para el período anterior, partiendo de la base de que L.S. nació el día 04/04/02, se obtiene que arribará a la edad tope establecida el mismo día y mes del año 2023, es decir, habrá de calcularse en base a 14 años, que se obtienen de computar la fecha del dictado de la sentencia (Abril de 2009) hasta el cumplimiento de la edad referida. La

suma que resulta de ello, es la de \$68.875,83.-, con más, los intereses establecidos en “Calfín” del STJ hasta el 27 de Mayo de 2010, fecha en que comenzará a computarse la doctrina establecida por dicho Tribunal en “Loza Longo”, esto es, la tasa activa del BNA, hasta el efectivo pago.

Así, en concepto de daño material (cfme. Art. 1084 CC), sumando los antedichos períodos, la demanda prosperará en concepto de daño material del menor L.S., por la suma de pesos ciento cuatro mil doscientos quince con 83/100 (\$104.215,83.-) con más los intereses a computar en función de lo dispuesto.

En cuanto al monto por el que procede el rubro respecto del concubino Leandro Mariano Seisdedos, sin dejar de tener en cuenta la edad de la víctima y el 30% del remanente de su sueldo que a este fin dedicaba como parámetro-, entiendo prudencial realizar en el cálculo en base al 20% de los ingresos de la Sra. Torres, con idéntico cálculo que el utilizado para el menor. Ello por cuanto en este caso, en base al fundamento de la procedencia del rubro, “Tratándose de pérdida de la vida humana, no cabe la denominación de ‘lucro cesante’ sino de ‘daño emergente’, toda vez que por ‘lucro cesante’ se entiende la ganancia de que fuera privado el damnificado por el acto ilícito (art. 1069 CC) y desde luego la muerte de una persona no sustituye un presupuesto de cesación de ganancias que hubiera entrado en el patrimonio de sus deudos, en caso de no haber ocurrido el lamentable hecho” (Jurisp. Cit. en “Revista de derecho de daños”, Determinación Judicial del Daño I, 2004-3, Ed. Rubinzal-Culzoni, Año 2005). Entiendo que ello resulta de la solidez de la relación de la pareja, la comunidad familiar en que habitaban, debiendo ponderarse además, la persona afectada, su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones.

Es por ello, que para el primer período esto es desde la fecha del accidente hasta el dictado de la sentencia de primera instancia-, tomando el 20% mencionado, de un ingreso no cuestionado de \$1.425 (resultando la suma de \$285.-), la cantidad de meses transcurridos desde el evento dañoso hasta el dictado del pronunciamiento de grado -62 meses-, arroja en resultado la suma de \$17.670.- ($\$1.425 \times 20\% \times 62$), con más intereses en tasa Mix hasta el 27 de Mayo de 2010, y desde ahí hasta el efectivo pago, la tasa activa del BNA, conforme con “Loza Longo”.

Para el segundo período, que va desde el dictado de la sentencia de primera instancia, hasta el cese de vida útil de la víctima, tomando que Leandro, al momento del pronunciamiento de grado tenía 38 años y medio aproximadamente, considerando el ingreso que ha surgido del párrafo anterior (\$285.-), y el interés aplicado del 6%, nos

arroja la suma de \$54.599,77.-, ello, con más los intereses producto de aplicación de la doctrina del STJ in re “Calfín”, desde el dictado de la sentencia de primera instancia hasta el 27 de Mayo de 2010, y de ahí en más, con aplicación de los intereses de conformidad con la doctrina sentada en “Loza Longo”, hasta el efectivo pago.

En consecuencia, el rubro respecto del concubino Leandro Seisdodos, procede por la suma de pesos setenta y dos mil doscientos sesenta y nueve con 77/100 (\$72.269,77.-), con más sus respectivos intereses conforme lo descrito en los párrafos precedentes.

Cabe señalar, en orden a los agravios que se han vertido respecto de la tasa de interés aplicada a los rubros concedidos, que ésta Cámara ha receptado, tal como es sabido, la doctrina establecida por nuestro Superior Tribunal de Justicia, aplicable desde su dictado, esto es, desde el 27 de Mayo de 2010, in re “Loza Longo”. En el mismo se ha señalado, en el voto del Dr. Alberto I. Balladini, al que adhirieron los restantes vocales, en criterio que comparto, que: “En conclusión, frente a la nueva realidad económica financiera imperante, entiendo que la Tasa Activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, es la más justa y equitativa pues es la que más se aproxima al objetivo a cumplir, que es lograr la reparación integral de los daños, y a su vez desalentar la morosidad, cumpliendo también así una función moralizadora del proceso.-(...) La nueva “doctrina legal” que fija la tasa activa para los intereses moratorios se debe aplicar a todas las deudas dinerarias en mora reclamadas en juicio en la jurisdicción local, a partir de su dictado. Para todas las anteriores rige la doctrina que aquí es dejada sin efecto (“tasa mix”). Para las deudas de valor, se aplicará desde el dictado que fija la nueva doctrina, y sólo a partir de la sentencia que determina el monto del resarcimiento”. Es decir que, a partir del dictado del mentado precedente se establece como doctrina legal la aplicación de la tasa activa del BNA, por las razones que el fallo expone, debiendo entonces resolver de conformidad con lo que allí se ha establecido, tal como he propuesto.

Continuaré tratando los agravios subsidiarios de las codemandadas Expofrut S.A. y Transfrut S.H., en lo que hace a los rubros concedidos por el a quo.

Recurren las mismas el monto concedido al menor L.S. en concepto de daño moral. Opinan que la suma de \$140.000 otorgada por el mismo es excesiva.

Sabida es la dificultad que resulta la cuantificación de este rubro para los juzgadores. Ello por cuanto no existen parámetros físicos para valuarlo y calificarlo, habida cuenta de que las consecuencias que el daño produce no ocasionan los mismos efectos en las distintas personas que lo sufren. El daño moral es pues, una mortificación en los

sentimientos individuales, que consisten en los padecimientos físicos, la pena moral, las angustias e inquietudes como cualquier dificultad o molestia que pueden resultar de un hecho perjudicial (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Matanza, Sala I, "Escobar, Horacio V. y otro c/ Wild, Marcelo R. y otro" 28/11/2005, La Ley Online). Según el art. 1078 del Cód. Civ., aplicable al presente caso, el daño moral surge "in re ipsa", vale decir que su existencia se tiene por acreditada por el solo acaecimiento de un hecho con consecuencias jurídicas, como es la muerte y de la titularidad del accionante.

A su vez, entiendo que hay algunos elementos que deben tenerse en cuenta, como bien lo dicen Mosset Iturraspe y Piedecasas: "Nosotros hemos indicado como reglas: que la cuantía no debe ser mínima o simbólica, verdadera burla para el litigante victorioso; que tampoco debe "cambiar su estado de fortuna", enriquecerlo a costas del victimario, con una suma exagerada; que debe atenderse a la economía del país y de la región, a los precios relativos, a los ingresos medios; que dentro de la inconmensurabilidad del daño moral debe buscarse un "piso prudente" y un "techo flexible" caso por caso; que la justicia institucionalizada debe buscar caminos para aunar criterios y evitar el escándalo de cuantificaciones muy diferentes, seguridad y predecibilidad de los fallos, coherencia en las decisiones, etc." (Jorge Mosset Iturraste y Manuel A. Piedecasas Código Civil comentado art. 1066 a 1136, Pag. 125, 126 Rubinzal Culzoni editores). Suele decirse además, que: "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...pero dentro de ese marco regulatorio también señaló que el registro...nunca habrá de agotarse el catálogo de posibilidades que nos pondrá de manifiesto la realidad" (STJ, "Painemilla c/Trevisan" (J.C., IX-9-31, en publicación de los Dres. Sosa y Laplacette, "El daño moral en las acciones derivadas de cuasidelitos", J.C., t. 10, p. 41/49).

Resulta prácticamente imposible la prueba directa sobre el daño moral, naturalmente imposible por vincularse con la integridad espiritual de la persona, aunque resulta demostrable por vía de inferencia, a partir de determinadas situaciones objetivas y acorde con patrones de regularidad o normalidad de vida. Es dable señalar, que si bien este daño debe ser cierto, esa certeza no significa como en el daño efectivo, sino que sólo requiere de la acción antijurídica, configurada en la especie por el accidente ocurrido, componente fáctico del cual se induce (presume) indirectamente en virtud de una valoración lógica del juzgador, basada en las reglas de la sana crítica, el daño moral padecido por el actor.

Sucede en el caso de marras, que lo que hay que cuantificar es el dolor de quien deberá transitar algunos de los años más importantes y significativos de su vida sin el apoyo, la compañía y el consejo de su madre, con la importancia que ello reviste desde el punto de vista psicológico y espiritual. “El daño moral por la muerte del progenitor se magnifica cuanto más joven es el hijo, no sólo por un factor cronológico sino que, a la mutilación del ser depositario del afecto filial, se agrega la pérdida de alguien destinado a ser guía, educador, sostén y consuelo en un desenvolvimiento personal en ciernes” (cfme. Cámara 2ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, Sala III, en autos: “G., M. L. c. Fisco Provincia de Bs. As. y Otros”, de fecha 29/05/07, publicado en LLBA 2009, Octubre). Ninguna duda cabe, entonces, la afectación espiritual que padece un hijo por la pérdida de sus padres, máxime si se trata de una muerte “impuesta” y súbita, con el consiguiente dolor frente a quien viene a torcer la normalidad de la vida. Concluye la jurisprudencia citada en que “Ha de verse así, que el daño moral se magnifica cuanto más joven es el hijo...”.

Yerra la recurrente Expofrut S.A. al expresar que la perito psicóloga ha sido contundente en sus conclusiones en cuanto a la superación del duelo, y que el menor está bien integrado y su desarrollo cognitivo y emocional no se encuentra afectado, pretendiendo que tales consideraciones deban influir en la determinación definitiva del monto del rubro en cuestión. Ello, en primer lugar, por cuanto “Como bien dice PIZARRO, el daño moral se determina en función de la entidad que asume la modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, y por la repercusión que tal minoración determina en el modo de estar de la víctima, que resulta siempre anímicamente perjudicial. El dolor, la pena, la angustia, la inseguridad, etc., son sólo elementos que permiten aquilatar la entidad objetiva del daño moral padecido. Pero todo ello debe ser valorado prudencialmente por el juez, tomando en cuenta las circunstancias objetivas del caso concreto... Deberán computarse, entre otros aspectos, la personalidad de la víctima; si el damnificado es directo o indirecto; la posible influencia del tiempo como factor coadyuvante para agravar o mitigar el daño y también la personalidad de quien lo produjo...” (Doctrina citada en Marcelo J. López Mesa, “Tratado de Responsabilidad Civil” Cuantificación del Daño. Ed. La Ley, Año 2006). Y en segundo lugar, por cuanto si bien la perito menciona que “...es un niño que se relaciona sin dificultad con el entrevistador, se mostró muy suelto... su desarrollo evolutivo no se encuentra afectado, se desenvuelve sin dificultad, muestra interés por las cosas propias de su edad”, añadiendo que

“Leandro comenta que todas las preguntas que surgieron luego de la muerte de Alejandra, las trabajó con su terapeuta, para que lo asesorara en cómo tratar el tema” (fs. 660), concluye que no es posible responder cuáles son las secuelas probables, el daño que produce la ausencia de la madre en el desarrollo de la persona del niño, ya que en psicología se evalúa a la persona en el aquí y el presente. Pese a las conclusiones arribadas, a fs. 16 obra certificado de la Lic. En Psicología Esther Fainberg, de fecha 14/06/04, ratificado a fs. 606, en el cual se manifiesta que “Evalúa que el niño L. evidencia ya elementos asociados a la falta de presencia materna. Ésta fue muy importante y real tanto física como emocionalmente en los estadios previos a la falta abrupta de la madre. Más allá de que el resto de sus referentes afectivos presentes sean importantes (actitud paterna, familiares cercanos y amigos), la falta materna es de significación. Sabemos de la importancia de la misma en el proceso emocional...de un niño de tan corta edad, por consiguiente considero continuar evaluando la impronta que dicha carencia significa en el proceso de su identidad...”.

Con lo expuesto, quiero decir, que no se puede inducir mediante la pericia psicológica realizada que el daño es mayor o menor producto de las conclusiones en ella vertidas. La cuestión se centra aquí en torno a la pérdida de la progenitora, a una edad en la que el cuidado, representación, presencia y sostenimiento de la misma resultan fundamentales a la formación de un ser de tan corta edad, cuestión que ha sido impedida producto de un obrar antijurídico. Que el niño se desarrolle con normalidad sin olvidar de la contención psicológica que ha tenido para ello, por medio de una profesional no es óbice para mermar el resultado concreto que aquí se ha producido, cual es, verse impedido de crecer con uno de los pilares fundamentales de la familia, cual es la madre. El hecho de que existan otras personas, no reemplaza tal necesidad, por cuanto, como bien ha señalado la experta, “suplen” la función materna, pero de ninguna manera se puede entender que tal suerte de ‘sustitución’ puede ser ejercida por “cualquier figura significativa”, ni que ello implica compensar la falta.

Mencionado esto, continuando con la finalidad de arribar a una cuantificación, hemos dicho reiteradamente que es conteste la doctrina en afirmar que el mismo debe ser regulado por los jueces con suma prudencia, dentro del mayor grado de equidad, de modo tal que la compensación no constituya un motivo de enriquecimiento sin causa así como tampoco una mera expresión simbólica inadecuada a la entidad del agravio padecido. De conformidad con ello, se ha dicho que: ‘La determinación del daño moral no se halla sujeta a parámetros objetivos, pues las aflicciones se producen en el ámbito

espiritual de la víctima, por lo que su valoración debe efectuarse según la cautelosa discrecionalidad del juzgador ceñido a considerar la situación personal de aquella' (CNCiv., Sala G, 2008/03/12, La Ley Online). También esta Cámara se ha expedido reiteradamente en el sentido de afirmar que la determinación del daño moral sólo puede objetivarse mediante el procedimiento de analogía, esto es mediante la comparación con casos similares, decididos por otros jueces o por el propio Tribunal.

Así, en caso del daño moral del hijo producto de la muerte de alguno de sus progenitores la jurisprudencia ha dicho en caso de hijos mayores: "...se hizo lugar a la demanda por medio de la cual los actores reclamaron indemnización por los daños y perjuicios padecidos como consecuencia del accidente ocurrido...en circunstancias en que su madre fue embestida por el vehículo marca Fiat... falleciendo...Reclamaron los actores la cantidad de pesos doscientos mil por daño moral... teniendo en cuenta la suma por ellos reclamada en sus escritos constitutivos del proceso quienes mejor pueden evaluar el daño sufrido-, propongo...la cantidad de pesos cien mil para cada uno..." (Expte. n° 88.381/2008-"P., G. y Otro c/Palagruto, José Luís y Otros", CNCIV, Sala L- 21/10/2011); de manera similar, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H (en autos "Versace, Andrea Sandra c. Mussolino, José Humberto y Otro, s/Daños y Perjuicios", de fecha 30/05/12), en un fallo sobre la muerte de un joven de 27 años, cuyo hijo nació un mes después del fatal accidente se dijo que: "...conforme al porcentaje de responsabilidad adjudicado a las demandadas, queda elevado el ítem daño moral- a la suma de \$120.000".

Si bien es cierto que en autos "Vejar c/Aislaciones Patagónicas", se concedió la suma de pesos cincuenta mil (\$50.000), en concepto del agravio que aquí se trata, no menos cierto es que la sentencia data de más de dos años (21/05/2010), y que los mismos actores (hijo y padres de la víctima) reclaman una suma determinada, obteniendo en la Instancia de grado "la fijación de dicha suma solicitada", siendo que la recurrente (la parte demandada) se agravió por el reconocimiento del a quo de la indemnización por daño moral a los padres por la muerte de su hijo, existiendo un descendiente hijo de la víctima-, recurriendo subsidiariamente el monto que se concedió a los actores. El pronunciamiento de esta Cámara fue reducir el monto indemnizatorio del padre y de la madre de la persona fallecida, quedando respecto del hijo menor, la suma concedida en Primera Instancia. En ningún momento pudo este Tribunal tratar la posibilidad de elevar el monto de éste último, puesto que la actora eventualmente interesada- no es quien realiza la apelación. Con esto quiero decir, que no fue ésta Cámara la que determinó la

suma que aquí se intenta oponer.

Aclarado lo que antecede, de conformidad con las cuestiones anteriormente vertidas, las constancias obrantes en la causa y sus circunstancias, considerando que a la fecha del accidente el menor L.S. tenía tan sólo dos años de edad, con las implicancias que ello apareja, tal como he dicho, considero prudente confirmar el monto concedido por el a quo, esto es, la suma de pesos ciento cuarenta mil (\$140.000), con más los intereses procedentes en base a lo que posteriormente detallaré.

En cuanto al último agravio referido a los rubros procedentes que recurren las codemandadas Expofrut S.A. y Transfrut S.H., esto es, los “costos adicionales del hogar”, adelantaré mi opinión en que el agravio debe prosperar.

No caben dudas sobre el correlato resarcitorio de la desaparición de quien realizaba actividades domésticas y/o de crianza de los niños en la casa. No obstante ello, el resarcimiento debe ser admitido ante la necesidad de realizar un gasto extra, no previsto, con el fin de suplantar las tareas domésticas. Se ha dicho que: “...cada caso, deberá determinarse cuál es el alcance de las pérdidas y daños que produce la desaparición del eje de un hogar, que es la esposa y madre” (Cfme. Félix A. Trigo Represas, Ob. Cit.). Concordante con esto, la jurisprudencia ha dicho que: “En el supuesto de la pérdida de la vida de la esposa y madre, no hay duda que ordinariamente se produce un daño material, porque el núcleo familiar experimenta la privación de la capacidad productora de bienes apreciables económicamente; si ella trabaja, aparecerá la falta de la porción del fruto de su oficio, arte o profesión que destinaba a la casa; si se limitaba a la atención de su hogar, el daño también será apreciable, aunque en medida más modesta, pues el rol de ama de casa debe ser suplido” (CNCiv, Sala C, “Costa c/Municipalidad de la Capital”, Jurisp. Cit. En Felix A. Trigo Represas, Ob. Cit).

Lo que resulta indemnizable es, pues, lo abonado al personal contratado para la realización de tareas domésticas y quehaceres del hogar realizadas por la víctima, que obviamente no pudo seguir prestando producto del ilícito. Se requiere para ello, la prueba de contratación de personal doméstico, admitiendo para ello cualquier medio probatorio, incluso la testimonial (Cfme. Zavala de González, Matilde; “Resarcimiento de daños - Daños a las personas, Edit. Hammurabi, Bs. As., 1993, p.p. 161 y ss.; art. 165 del C.P.C.).

No surge entonces, de las constancias de las presentes actuaciones, que el actor haya tenido que contratar, producto del ilícito de marras, una persona que lo ayudara en las tareas del hogar. Y es que tal situación, de haber existido, podría bien provenir con

anterioridad al acaecimiento del accidente, máxime si se tiene en cuenta la vida activa y la actividad laboral de la víctima. No se evidencia pues, el gasto extra, extraordinario, necesario, ni sobreviviente que se ha realizado, y que no haya sido compensado con los rubros ya otorgados a la actora, como ser, gastos destinados al menor, y la contribución que realizaba la concubina con Leandro, tendientes a sostener el hogar común.

Es por lo expuesto que voto por hacer lugar en este punto a los recursos, y rechazar el rubro en cuestión.

Por último, resta tratar el agravio introducido por las demandadas Expofrut S.A. y Transfrut S.H., referido al rechazo del a quo de efectuar los descuentos a los rubros procedentes, de lo abonado por la ART producto de sus obligaciones. Adelanto mi opinión en cuanto a que el mismo debe prosperar.

Y es que el actor ha percibido la suma prevista por la LRT, obteniendo ya el derecho que le marca dicho dispositivo legal, ante el responsable de dicha prestación que es la ART. Pero resulta ser que el concepto indemnizatorio que se obtiene en la vía civil, sumado a las prestaciones en especie y los montos abonados por la ART por el mismo título indemnizatorio, aspira a reparar de manera integral un solo daño, aunque provengan los elementos mediante los cuales se intenta lograrla, de distintos sujetos.

La ART se avino al pago de las indemnizaciones derivadas del accidente, de conformidad con lo previsto en la Ley 24.557, habiendo percibido el actor los importes con conformidad.

Es claro el artículo 39 de la citada normativa cuando, al referirse a la responsabilidad civil, en su inciso 4, establece que en el caso de producirse determinadas contingencias que la misma ley prevé-, el damnificado o los derechohabientes podrán reclamar del responsable la reparación de los daños y perjuicios que pudieren corresponderle de acuerdo con las normas del Código Civil, dejando expresamente establecido que se deducirá del valor de las prestaciones que haya percibido o deba recibir de la ART. A su vez, el inciso 5 del mismo artículo prevé la posibilidad de ejercer ésta última, la acción de repetición contra el responsable del accidente. Tal como expresa Jorge Rodríguez Manzini cuando dice: “En otras palabras, los terceros causantes del daño no responden por las prestaciones dinerarias y en especie cuyo otorgamiento prevé la LRT sino en términos de responsabilidad civil por los daños y perjuicios que en razón de su dolo, culpa o responsabilidad simplemente objetiva- hayan ocasionado al trabajador, responsabilidad ésta que como tal- tiene carácter integral y abarca todos los componentes del daño resarcible (...). En tales condiciones, el texto legal del art. 39

LRT explicita una limitación claramente derivada de los principios generales del derecho. En especial, del que veda el enriquecimiento sin causa (conf. arts. 907 y conos., Cód. Civil). Y lo hace (...) estableciendo que el tercero responderá por los daños y perjuicios ocasionados, pero deduciendo el valor de las prestaciones que haya percibido el trabajador o deba recibir en el caso, sus causahabientes- de la ART...” (cfme. Aut. Cit. en obra “Riesgos del Trabajo”, Ed. La Ley, Año 2008).

De conformidad con lo expuesto, la jurisprudencia también ha dicho que: “Si el actor, con motivo del infortunio padecido, recibió una suma de dinero, en el marco de la LRT, por incapacidad permanente y temporaria, dicha suma debe ser deducida del monto total de la indemnización integral que correspondería reconocer en base al derecho común, porque de lo contrario, se produciría una doble reparación por la misma causa y un consiguiente enriquecimiento indebido del acreedor (arg. arts. 499 y 1071 del Cód. Civil). El pago efectuado en el marco del sistema previsto por la LRT tuvo efecto extintivo de la obligación de reparar el daño a cargo del empleador en medida equivalente al importe abonado (arg. art. 727 del Cód. Civil), por lo que dicha obligación debe considerarse subsistente únicamente por la suma que exceda de la ya percibida” (CNTrab., Sala II, expte. n° 1596/00, sent. 94.182, 27/4/2006, “Alvez Pereyra, Ramón c. Servicios Forestales. El Bosque S.R.L. s/Accidente” (P.G.W) BTJ, ag. 2007).

Propio de las consideraciones vertidas, entiendo prudente descontar las sumas abonadas por la ART al actor, de la condena impuesta en autos a las codemandadas, al momento de ejecutar la sentencia, que no incluye los gastos de sepelio, puesto que fueron desistidos por la accionante a fs. 236, denunciando haber percibido por tal concepto la suma de pesos tres mil treinta (\$3.030.-) por parte de la aseguradora, por lo que, en consecuencia, no ha sido incluido tal rubro en la condena fijada. Así lo propongo.

Por último, a los fines de dejar expresamente dirimida la cuestión, que hace a los intereses aplicables a los rubros concedidos, es dable señalar que a la época del dictado del fallo de grado, la doctrina sentada por el Superior Tribunal de Justicia in re “Loza Longo” no había sido aún pronunciada, lo que explica la decisión del a quo, sin perjuicio de que compartimos su aplicación, por sus mismos fundamentos, y el valor material de los fallos del STJRN, a la luz de la nueva redacción del artículo 43 de la ley 2430. Ahora bien, tal doctrina implica que se debe diferenciar entre deudas de dinero y deudas de valor. En el primer caso, resultan de aplicación la tasa mixta (promedio de activa-pasiva) del Banco de la Nación Argentina conforme criterio del STJRN sentado

en causa "Calfin c/ Murchinson" hasta el 27-05-2010, y a partir del 28-05-2010, la tasa activa del BNA, según el precedente "Loza Longo, que seguirán devengándose hasta el efectivo pago de lo estimado en la sentencia. En tanto que si se trata de deudas de valor dependerá la tasa aplicable del momento elegido por el sentenciante para estimar ese valor. En efecto, si, como estamos practicando en autos, la valoración del daño moral se está haciendo al tiempo del dictado de la sentencia de primera instancia, entonces corresponde asignar una tasa anual del 6% desde la fecha de acaecido el daño y hasta la fecha del dictado de sentencia, desde allí y hasta el 27 de Mayo de 2010 la tasa mix y desde esa fecha hasta el efectivo pago la tasa activa del Banco de la Nación Argentina.

Por todo lo cual corresponde la aplicación de los intereses en base a lo aquí dispuesto, y de conformidad a lo establecido al determinar puntualmente cada rubro.

Prospera entonces parcialmente, la apelación formulada por el actor Leandro Seisdodos, en orden al reclamo por daño material, condenando a las codemandadas a pagarle la suma de \$72.269,77.-, y hacer lugar parcialmente a la apelación de las codemandadas, respecto del monto de condena a favor del hijo menor L.S., estableciéndola en la suma de \$244.215,83.-, con más sus respectivos intereses, de conformidad a lo arriba expuesto.

Costas de ambas instancias a cargo de las codemandadas perdidosas (art. 68 CPCyC), en virtud del principio de la integralidad de la indemnización.

En base a ello, corresponde readecuar los honorarios regulados por la actuación en la Instancia de Grado, tomando como monto base la suma por la que prospera la demanda, esto es, la suma de \$316.485,60.-, aclarando que a los fines de la regulación de honorarios, no se descuenta lo abonado por la ART, puesto que la demanda ha procedido, en suma, por aquél monto.

A su vez, se aclara que, con el objeto de cumplir con el tope previsto por el art. 77 del CPCyC, se reducen en un 19% los honorarios de los letrados de la actora y de los codemandados Alfaro Cariqueo, Cárdenas Martínez y Seguros Bernardino Rivadavia Coop. Ltda., así como los de los peritos, todos los cuales están a cargo de las codemandadas perdidosas. Por su parte, por aplicación del art. 12 L.A., se incrementará en un 20% el monto base en la regulación de las litisconsorcistas.

Por ende, propongo adecuarlos como sigue:

De la parte actora: Dres. Hugo Frare, Ricardo Apcarián y Sebastián Caldiero, se regulan en conjunto en su carácter de patrocinantes y apoderados en la suma de \$ 53.833.- [(m.b.: \$ 316.485,60 x 15 % + 40%) - 19%], (cfme. arts. 6, 7, 8, 9, 19 y ccdts. L.A.),

correspondiendo un 25% al Dr. Frare y otro tanto al Dr. Caldiero, en tanto que el 50% restante lo es a favor del Dr. Apacarián (cfme. Art. 10 L.A.).

De la codemandada Transfrut S.H., sus socios Carlos Ancatén y Omar Bellabarba, Dres. Alejandra Carla Brunetti y Juan Luis Brunetti, también en doble carácter, se fijan en conjunto en la suma de \$ 19.495.- [(m.b.: \$ 316.485,60 + 20% /3) x 11% + 40% por apoderamiento], cfme. arts. 6, 7, 8, 9, 10, 12, 19 y ccdtes. L.A..

De la codemandada Expofrut S.A., a los Dres. Justo E. Epifanio, Adolfo Bonacchi y Joaquín N. Garro, como patrocinantes en conjunto la suma de \$ 13.925 (m.b.: (\$ 316.485,60 + 20%)/3 x 11%), correspondiendo el 50% al Dr. Justo E. Epifanio y en un 25% para cada uno de los restantes profesionales, y en pesos 5.570.- a favor del Dr. Hugo Raúl Epifanio en su calidad de apoderado, cfme. arts. 6, 7, 8, 9, 10, 11, 19 y ccdtes. L.A.-

De los codemandados, Hugo H. Alfaro Cariqueo, María C. Cárdenas Martínez y la citada en garantía Seguros Bernardino Rivadavia Coop. Ltda., Dr. Jorge Gómez, se regulan en la suma de \$ 23.040.- (m.b.: (\$ 316.485,60 + 20%) /3 x 13% + 40%), cfme. arts. 6, 7, 8, 9, 12 y 19 y ccdtes. L.A..

De la tercera citada, Provincia de Río Negro, Dra. Liliana Stafforini, por las etapas cumplidas, en la suma de pesos \$ 23.040 [(MB. \$316.485,20.- x 13% x 40%) + 40%] en el doble carácter invocado, cfe. arts. 6, 7, 8, 9, 12, 19 y ccdtes. L.A..

De los peritos en la Instancia de Grado, como sigue: al perito accidentólogo, Ing. Enrique Lacava, en la suma de \$ 3.810.-, a la perito psicóloga, María Paz Hidalgo, en la suma de \$4.100.-

A su vez propongo regular los honorarios por las actuaciones en Alzada, como sigue: en el 25% a los letrados de las codemandadas perdidosas, y en el 30% al letrado de los codemandados Alfaro Cariqueo, Cárdenas Martínez y Seguros Bernardino Rivadavia Coop. Ltda., y a los de la parte actora, de conformidad con las regulaciones fijadas por las tareas de Primera Instancia (cfme. Art. 15 L.A.).-

Tal mi voto.

Los Dres. Alfredo D. Pozo y Raúl F. Santos, adhieren al voto precedente por sus mismas razones de hecho y fundamentos jurídicos.

En mérito a ello, la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería RESUELVE:

I.- Hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto por la parte actora, condenando a las codemandadas, en forma solidaria, Expofrut S.A., Transfrut S.H., Carlos Ancatén,

Omar Bellabarba, y a Fata Seguros S.A., en la medida del seguro y a las normas relativas a la liquidación, a abonar Leandro Seisdedos en concepto de daño material la suma de pesos \$72.269,77, con más los intereses a calcular del modo establecido en los considerandos; y condenando en costas por la intervención de los codemandados Alfaro Cariqueo, Cárdenas Martínez y Seguros Bernardino Rivadavia Coop., Ltda., a las codemandadas vencidas, cfe. art.68 CPCyC.-

II.- Hacer lugar parcialmente a los recursos interpuestos por las codemandadas Expofrut S.A., Transfrut S.H., Carlos Ancatén y Omar Bellabarba, por lo que deberá deducirse en la etapa de ejecución de sentencia, el monto que haya resultado pagado por Horizonte A.R.T.-; y revocar la sentencia en cuanto hacía lugar al rubro “costos adicionales al hogar familiar”.-

III.- Hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto respecto del cálculo de los intereses por daño moral, estableciendo que para tal rubro, se aplicará un interés del 6% anual desde la fecha de acaecido el daño y hasta la fecha del dictado de sentencia, desde allí y hasta el 27 de Mayo de 2010 la tasa mix y desde esa fecha hasta el efectivo pago la tasa activa del Banco de la Nación Argentina.-

IV.- Costas en ambas instancias a las codemandadas Expofrut S.A. y Transfrut S.H., Carlos Ancatén y Omar Bellabarba (cfme. Art. 68 CPCyC).-

V.- Adecuar los honorarios de primera instancia, regulando los honorarios de los letrados intervinientes como sigue:

V.1.- De la parte actora: Dres. Hugo Frare, Ricardo Apcarián y Sebastián Caldiero, se regulan en conjunto en su carácter de patrocinantes y apoderados en la suma de \$ 53.833.- [(m.b.: \$ 316.485,60 x 15 % + 40%) - 19%], (cfme. arts. 6, 7, 8, 10, 19 y ccdts. L.A.), correspondiendo un 25% al Dr. Frare y otro tanto al Dr. Caldiero, en tanto que el 50% restante lo es a favor del Dr. Apacarián (cfme. Art. 10 L.A.).

V.2.- De la codemandada Transfrut S.H., sus socios Carlos Ancatén y Omar Bellabarba, Dres. Alejandra Carla Brunetti y Juan Luis Brunetti, también en doble carácter, se fijan en conjunto en la suma de \$ 19.495.- [(m.b.: \$ 316.485,60 + 20% /3) x 11% + 40% por apoderamiento], cfme. arts. 6, 7, 8, 10, 12, 19 y ccdtes. L.A..

V.3.- De la codemandada Expofrut S.A., a los Dres. Justo E. Epifanio, Adolfo Bonacchi y Joaquín N. Garro, como patrocinantes en conjunto la suma de \$ 13.925 (m.b.: (\$ 316.485,60 + 20%)/3 x 11%), correspondiendo el 50% al Dr. Justo E. Epifanio y en un 25% para cada uno de los restantes profesionales, y en pesos 5.570.- a favor del Dr. Hugo Raúl Epifanio en su calidad de apoderado, cfme. arts. 6, 7, 8, 10, 11 , 19 y ccdtes.

L.A.-

V.4.- De los codemandados, Hugo H. Alfaro Cariqueo, María C. Cárdenas Martínez y la citada en garantía Seguros Bernardino Rivadavia Coop. Ltda., Dr. Jorge Gómez, se regulan en la suma de \$ 23.040.- (m.b.: (\$ 316.485,60 + 20%) /3 x 13% + 40%), cfme. arts. 6, 7, 8, 10, 12 y 19 y ccdtes. L.A.-

VI.- Adecuar los honorarios de la letrada de la tercera citada, Provincia de Río Negro, Dra. Liliana Stafforini, por las etapas cumplidas, en la suma de pesos \$ 23.040 [(MB. \$316.485,20.- x 13% x 40%) + 40%] en el doble carácter invocado, cfe. arts.6,7,8,10,12, 19 y ccdtes. L.A.-

VII.- Adecuar los honorarios de los peritos, como sigue: al perito accidentólogo, Ing. Enrique Lacava, en la suma de \$ 3.810.-, a la perito psicóloga, María Paz Hidalgo, en la suma de \$4.100.-

VIII.- Regular los honorarios por las actuaciones en Alzada, como sigue: en el 25% a los letrados de las codemandadas perdidosas, y en el 30% al letrado de los codemandados Alfaro Cariqueo, Cárdenas Martínez y Seguros Bernardino Rivadavia Coop. Ltda., y a los de la parte actora, de conformidad con las regulaciones fijadas por las tareas de Primera Instancia (cfme. Art. 15 L.A.).-

IX.- Regístrese, notifíquese, y oportunamente vuelvan.-

Con lo que terminó el ACUERDO, firmando los Sres. Jueces, Dres. Jorge E. Douglas Price, Alfredo D. Pozo y Raúl F. Santos, por ante mí, que certifico.-

Alfredo D. Pozo Jorge E. Douglas Price Raúl F. Santos
Juez de Cámara Juez de Cámara Juez de Cámara

Marcelo A. Gómez
Secretario de Cámara
Subrogante