En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los 15 días del mes de diciembre del año dos mil ocho, reunida en Acuerdo la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular Dra. Nélida Susana Melero y asistencia de las Sras. Juezas de Cámara Dra. Graciela Mercedes García Blanco y Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"L., M. I. c/ R., H. N. y otro s/ DAÑOS Y PERJUICIOS", expte. nro. 16.918/08,** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial nro. 2 (expte. nro. 734/05), y atento el resultado del sorteo establecido en el art. 268 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 673), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Graciela Mercedes García Blanco, Dra. Nélida Susana Melero y Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 609/612? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión la Dra. García Blanco dijo:

Viene a mi conocimiento el presente pleito por apelación deducida por la parte actora, demandada, codemandada y aseguradora (fs. 613, 614 y 615), contra la sentencia definitiva nro. 04/08 del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Rural y de Minería nro. 2 de la jurisdicción (fs. 609/612).

La sentencia venida en crisis hizo lugar

a la demanda, no obstante, declaró la culpa concurrente de las partes en la proporción de 80% al actor P. G. U. y el 20% a los demandados H. N. R. y C. SRL y condenó a pagar la suma de $57.200 con más los intereses en concepto de daño material y moral. Hizo extensiva la condena a T. Seguros SA en los límites de la póliza e impuso las costas a los demandados.

1.- A fs. 637/639vta. luce el memorial de agravios de la compañía de seguros T. S. SA. Se queja de la atribución de responsabilidad, dice que no tuvo en cuenta el Aquo que U. violó todas las medidas de seguridad y las disposiciones municipales, además de la imprudencia al colocarse detrás de una máquina de las características de la conducida por el codemandado R. El juez reconoce que U. actuó imprudentemente, transgredió las medidas de seguridad, pero también atribuyó responsabilidad a R. cuando no hubo prueba en tal sentido, las conclusiones fueron erróneas y falsas.

El segundo agravio es la improcedencia de los rubros reclamados, tanto el daño material como el moral. Hubo una errada ponderación de la prueba, no demostró ingresos de U. para establecer la condena, en idéntico sentido el daño moral, con ausencia total de elementos acreditantes.

El tercer agravio es la imposición de costas citando jurisprudencia del STJ de nuestra provincia que no tuvo en cuenta, al condenar, la atribución de responsabilidad distinta a la pedida y los montos resultantes.

2.- Los demandados sostuvieron su recurso de apelación con el memorial incorporado a fs. 644/650.

El primer agravio lo constituye la

responsabilidad de los demandados atribuida por el Aquo. Luego de transcribir parcialmente la sentencia venida en crisis, remarca que el lugar del hecho fue el basural no la vía publica no siendo aplicable la ley de tránsito, es además un lugar de acceso prohibido. La víctima conocía esa circunstancia por concurrir todos los días como también la máquina y la forma de trabajo. Describe cómo opera la máquina en su trabajo remarcando que el recorrido es reducido de escasos metros.

La culpa es del changarín que conocía el mecanismo y se introdujo ilegalmente en el predio. No quedó probada la existencia de humo que impidiera la visibilidad, por la forma de la máquina el conductor no tiene visibilidad trasera, y U. estaba detrás y agachado para poder revolver y obtener lo que buscaba.

Reitera que ocurrió en un predio que tenía prohibido el acceso, que habían sido destruidos los alambrados, rotos los vidrios de las máquinas viales y destruida la casilla del cuidador, es una situación inevitable, es parte de la inseguridad. Los residuos son propiedad del estado municipal, se lo apropian ilegítimamente. Los demandados no violaron las disposiciones del art. 902 de Cód. Civil, tampoco se violentó el deber de obrar con prudencia dispuesto por el art. 1113 del mismo cuerpo legal.

La máquina tiene una chicharra como medida de seguridad avisando que está operando (testimonios de fs. 421 y fs. 390). Si U. era sordo, mayor debió ser el recaudo. Concurren los presupuestos de aplicación del artículo 1111 del Cód. Civil para tener por probado el daño, que cercena el nexo causal, se produjo por hecho de la víctima y el ejemplo del

codificador, según los recurrentes se acomoda al caso sin esfuerzos.

R. no fue culpable, no le cuadra el art. 1113 del CC primer párrafo, tampoco a la empresa empleadora, debe revocarse el fallo en cuanto atribuye el 20% de responsabilidad a esa parte.

Los montos de condena. Critica el daño material que dice la demanda limitó a $129.000, y lo que resulte de las probanzas, no las hubo sino suposiciones. A ello agrega que el promedio de vida útil, para jubilarse de una persona que trabaja a la intemperie no es nunca de 77 años sino de 65 años, ello constituye una pauta más razonable para la determinación, remarca que era una persona que no tenía estabilidad laboral o empresarial, con simples declaraciones de personas que no compraban los desechos dio el Aquo por probado el importe por el cual se vendían ello no es atendible. La fijación es arbitraria y excedió toda racionabilidad y prueba.

3.- Los actores también expresaron agravios a fs. 651/658vta.

También esa parte se queja de la atribución de responsabilidad, transcribiendo parcialmente la sentencia. Sostienen que la empresa demandada incumplió con las normas contractuales y de seguridad regulatorias del servicio público, además era la propietaria de la máquina productora del daño.

En primer término para la crítica de la atribución de responsabilidad, asienta el análisis en la conducta y falta de culpa de la víctima. Para cortar el nexo de causalidad debe la víctima tener una conducta que revista características de imprevisibilidad e inevitabilidad propias del caso

fortuito. C. le facilitó la entrada y era el operador, ingresó como todos los días, no había cartel. solo la prohibición para menores, que cuando se hizo la inspección ocular, ni ese estaba, remite a la declaración del cuidador de fs. 390 al reconocimiento de parte que el basural no tenía cerco y que había personal de vigilancia, que U. concurría día por medio.

La empresa demandada C. debe responder por el riesgo creado, guardián de las instalaciones y propietario de la cosa dañosa, responsabilidad objetiva y por los incumplimientos de las obligaciones contractuales, responsabilidad subjetiva. Al momento del daño, la máquina no tenía la alarma.

Transcribe partes pertinentes a la seguridad del contrato de concesión adjuntado a fs. 319. Dice que no cumplía con las mismas e incluso en el momento de la inspección ocular transcurridos tres (3) años del evento dañoso no existía cerco perimetral, carecía de portón y solo existía una casilla para el sereno.

Los testigos coincidieron en que no sabían que estaba prohibido el ingreso al basural porque ingresaban todos los días, que la chicharra o alarma de la máquina no funcionaba y así lo absuelve R. y también que fue arreglada previo al peritaje en sede penal (ver expediente penal). Es responsable por las personas que estaban allí trabajando en el basural y de la máquina por lo que debe responder por el daño de dependientes y terceros. Detalla las pruebas que corroboran esta situación.

En cuanto a la culpa del chofer R. por conducir la máquina defectuosa sin chicharra o alarma y viendo la existencia de personas cerca y excediendo los

8 metros.

Segundo agravio, el quantum del monto indemnizatorio. En cuanto a que el Aquo lo estableció a la fecha de la sentencia produciendo un perjuicio que es la pérdida de los intereses desde el 8 de octubre del 2001, no tuvo en consideración la existencia de los dos hijos menores que quedaron sin protección. El daño no fue fijado con justicia y equidad ya que fue pedido a la fecha del evento y entre ello y la sentencia existió una inflación considerable que redujo al fallar de esa forma.

También objeta por exiguo el monto de daño moral citando jurisprudencia en su favor.

Tercer agravio el momento del cómputo de los intereses que entiende deben serlo a partir del evento dañoso.

Hace reserva del caso federal.

Análisis de los temas planteados:

El art. 161 del código procesal exige que la decisión expresa, positiva y precisa de las cuestiones planteadas... "Así se ha dicho que el acto jurisdiccional debe fundarse en derecho, como presupuesto de validez, derivado del recaudo establecido en las normas adjetivas. El juez Aquo solo utilizó frases genéricas tanto para la delimitación de la responsabilidad como para la determinación de los montos de resarcimiento. No proporcionó los elementos necesarios de legalidad que deben observarse, lo que impide el conocimiento cabal de legitimidad. En estas condiciones lo resuelto deviene absurdo al no conocerse las pautas tenidas en cuenta.

El pronunciamiento carece de fundamentación por falta de motivación, pero no

habiendo planteado las partes la nulidad, y encontrando sujeto a revisión el fallo por la habilitación acordada a la Alzada por el recurso de apelación interpuesto por todas las partes, se revisará in totum el pronunciamiento.

I.- Las partes, actora, demandadas y aseguradora, por razones totalmente encontradas, cuestionan la atribución de responsabilidad en el hecho dañoso establecida por el Aquo en la sentencia venida en crisis, como así también la procedencia y quantum de los montos de resarcimiento por daño material y moral, abordaré dichas quejas en forma conjunta.

Lo que me llama la atención, y simplemente lo menciono en este voto, es la omisión de demandar al municipio local, quien en ejercicio del poder de policía debe brindar salubridad a la población y que optó por un canon ese servicio público lo deriva a un particular, y no ejercer un control efectivo del modo en que se presta dicho servicio en cumplimiento de los deberes impuestos.

Al referirse a la atribución de responsabilidad no puede soslayarse la cuestión atinente al nexo causal que en la especie está configurada por la circunstancia que U. fallece como consecuencia de haber sido embestido, atropellado, aprehendido con una máquina de la que se servía para la explotación del basural la empresa demandada conducida por un dependiente de esta última.

Para fundar la exoneración aun parcial de los demandados deben acreditarse circunstancias excepcionales suficientes para responsabilizar en forma exclusiva o parcial a la propia víctima.

En este sentido corresponde revisar si

la conducta del infortunado U. tiene una importancia causal de tal magnitud que desplaza la incidencia del riesgo puesto por los demandados en ese predio y con esa máquina, tal y como fuera evaluada por el Aquo.

Debe reflejarse adecuadamente la responsabilidad por el riesgo de la cosa (art. 1113) pero con una interrupción causal parcial producida por la víctima, para la determinación en el caso se debe analizar por un lado el nexo causal dado por la muerte producida por la máquina operada por el demandado R. de propiedad de la codemandada C.. Contrabalanceado por conocer la víctima el funcionamiento u operatividad de la máquina y según los testimonios de fs. 17 (fotocopia del expte. penal) que da cuenta que U. era sordo, fs. 383 y ausencia de alarma, solo fue por declaraciones testimoniales. Teniendo a la vista el expte. nro. 2556/2001 caratulado "R., H. s/ homicidio culposo", de las declaraciones obrantes que valoro por haberse brindado inmediatamente después del hecho dañoso, realzo la declaración de fs. 16/17 de B. ratificada a fs. 38 del mismo expte. Si bien no presenció el hecho de su perspectiva, se encontraba en el lugar siendo importante su aporte para dimensionar lo ocurrido, y dijo que en el momento no había personas (amplía a fs. 38), fueron a otro lugar del mismo basurero a buscar comida del camión de "L. A."; también considero que U. no oía bien, que el testigo no puede decir si funcionaba o no la alarma en el momento, que a fs. 89 el técnico dice que la máquina solo marcha lento.

No descarto en esta serie de pautas el argumento del predio cercado cuando su ingreso se producía por no impedirlo la empresa demandada y a cuyo reconocimiento me remito incumpliendo ésta con el deber

de seguridad impuesto por la naturaleza propia de la actividad para con el resto de la comunidad.

Advierto la negligencia en el cuidado y guarda de quien se sirve de la cosa, así como también del chofer Sr. R., que conocía el riesgo de esa máquina potenciada por la presencia en forma habitual de muchísimas personas en el entorno, si bien en ese momento no, era lo frecuente (fs. 393, fs. 438 y reconocimiento de la parte) de la misma, mientras desarrolla la tarea, estas circunstancias no permiten eximirlos a los demandados de responsabilidad.

El caso cae bajo la órbita de lo preceptuado por el art. 1113 del Código Civil. El mismo establece un sistema de responsabilidad civil basado en el riesgo creado. Sistema que consagra una rígida presunción objetiva de responsabilidad, solo desvirtuable por causales bien definidas de exención. "Responsabilidad por el riesgo creado significa que el daño debe ser asumido por quien ha introducido la fuente de peligro que lo ha causado. El aprovechamiento y utilización etc., de las cosas peligrosas o en mal estado no debe ser soportado por los terceros, sino por quien mantiene con ella algún nexo de hecho o de derecho, por el sujeto que se sirve de la cosa o la tiene a su cuidado, por el que tiene responsabilidad jurídica de ejercer esas facultades (Zavala de González, Matilde "Responsabilidad por riesgo, Bs.As., Hammurabi, 1997, 2da. ed.).

El problema de la responsabilidad civil radica esencialmente en una cuestión de reparación equitativa de daños o contribuciones a la deuda contractual o extra contractual (ver en tal sentido a Trigo Represas, Compagnucci de Casso "Responsabilidad

Civil, 2da. edición Hammurabi, 1986, pág. 27).

No obstante todo lo dicho, de la prueba colectada en la causa, debo señalar que la responsabilidad en el evento no es imputable en forma exclusiva a los demandados. En el momento del hecho la víctima contaba con 57 años de edad, se encontraba en condiciones de actuar en pleno discernimiento y libertad, tenía conciencia del peligro a su integridad física, ya que era habitual su concurrencia al lugar, aunque no lo hacía todos los días. Todos juntaban acompañando y evitando los movimientos de la máquina y se efectúan con celeridad. En el especial momento que costó la vida de U. las personas se habían trasladado por la llegada de otro camión aunado a ello que la víctima no oía bien me resultan factores decisivos para atribuir responsabilidad porcentual al Sr. U. Estas circunstancias me llevan a afirmar que la conducta tuvo un alto componente de imprudencia basada en la omisión de elementales cuidados en la adopción de mínimas medidas de protección para consigo mismo, que no puedo calificar de negligente, ya que la actividad propia de recolectar los residuos en la condiciones que lo hacía implica de por sí una actividad tan especial que esa calificación de "negligente" se diluye, se relativiza por las circunstancias fácticas mencionadas.

Mi afirmación radica en que existe una concurrencia de culpas, no en la medida que dispuso el Aquo, sino a la inversa en un 80% a los demandados atendiendo al riesgo generado por la actividad y la máquina y la profesionalidad especial de los operadores (empresa recolectora y conductor) en la actividad y en un 20% a la víctima.

II.- Determinada la atribución de

responsabilidad corresponde analizar la pretensión resarcitora de los accionantes, sobre la que se quejaron ambas partes.

a) En reiterados fallos de la Corte Suprema de la Nación en atención a la circunstancia como la presente en que no hubo acreditación de la cuantía de los ingresos del fallecido, consistiendo las únicas referencia las testimoniales en que les vendían a determinadas personas el producto de lo obtenido en el basural (ver fs. 383, fs. 392) sostuvo lo que detallo seguidamente.

No es correcto afirmar que la vida humana tiene per se un valor pecuniario, porque no está en el comercio, ni puede cotizarse en dinero, es un derecho a la personalidad, el más inminente de todos, que se caracteriza por ser innato, inalienable, absoluto y extrapatrimonial. Empero, no obstante, la importancia que tiene para el hombre su vida, no constituye un bien en sentido que usa esa denominación el art. 2311 del CC, como objeto material o inmaterial susceptible de valor. En conclusión la vida humana no tiene un valor económico per se, pero sí puede tenerlo en consideración a lo que produce o puede producir, de suerte que es menester apreciar estas circunstancias a los fines indemnizatorios que se persigan (CS 6-4-93 DJ1993-2-758, en idéntico sentido, CS 11-6-93 DJ 1994-1-520, 19-10-95 DJ1996-2-262, id. DJ 1994-1-520, entre otros).

Bien lograda fue la síntesis jurisprudencial antecedente, ya que describe conceptos definitorios y reiterados por nuestros tribunales desde hace muchísimos años; es decir debe valorarse a los fines de la determinación del rubro indemnizatorio no

el valor en sí mismo de la vida humana sino en consideración a lo que podía o producía, las sumas que dejaron de percibir los familiares o deudos.

En la especie la apreciación si bien no se ve frustrada, arroja una mayor complejidad. Para evaluar consideraré, como dijera con anterioridad, por la ausencia de referencias concretas y precisas a la envergadura de los ingresos, estimaré, de acuerdo al trabajo realizado y el medio ambiente en que se desarrollaban los vínculos familiares del fallecido.

En tal orden de ideas me remito a los informes socio-ambientales obrantes en la causa (fs. 449).

En los mismos surge que la actora Sra. L. estaba separada del Sr. U. y vivía en el mismo lote en otra habitación (no se corresponde con lo dicho en el escrito de demanda), que los 2 hijos menores coactores, de una prole de 9 que había tenido el matrimonio, se encontraban conviviendo con el fallecido según informe socioambiental de fs. 449/50vta.

Se constató que U. era una persona que había tenido problemas con el alcohol, lo que generó el quiebre familiar, por otra parte que no concurría a recolectar elementos vendibles en el basural todos los días según testimonios de fs. 383.

Es veraz el planteo de los codemandados recurrentes en punto que no se acreditó en autos los reales ingresos del Sr. U.

"La falta de prueba sobre los ingresos de la víctima no lleva por sí sola a la reducción indemnizatoria, toda vez que la ley no ha atendido a la compensación de las ganancias frustradas para el fallecido, sino que ha querido otorgar una reparación

proporcionada a la pérdida sufrida, extendiéndola a lo que fuere necesario para la subsistencia de la viuda e hijos del muerto” ("G., C. y ots. c/ D. R. L. y ots. s/ daños y perjuicios" - Para. Cra. Civ. - Circunscripción: 1 - Mza - 2000/02/02 Corte en Pleno - Citar: elDial - MC27D2) “Para el cálculo indemnizatorio cabe computar la probable vía útil del damnificado, y la edad de la víctima al momento de ocurrir el deceso. A tal fin, es también razonable tomar como base el último salario percibido por la víctima (que no tenía, ni acreditó ninguno) y o el salario mínimo, vital y móvil a efectos de fijar el ingreso que éste percibía, a falta de pautas concretas sobre sus ganancias por la venta de los elementos encontrados. A su vez, deberán deducirse de tales sumas un 20% que es lo que se considera una proporción ajustada a derecho para destinarla a lo que, presumiblemente, la víctima destinaría para sus propias necesidades (ver elDial - AR1C5).

En la especie, la viuda cuenta con la pensión y el ingreso de la asistencia social, actualmente vive en la casa que ocupaba el fallecido U., con los hijos menores (fs. 449vta.). Tema vinculado con la pretensión resarcitoria sobre el que profundizaré más adelante.

En mérito a las imprecisiones de las declaraciones testimoniales sobre los posibles ingresos que brindaron a fs. 383 y fs. 392 tanto de los montos que aproximadamente se abonaban por carga, como que U. no concurría todos los días al basural, la falta de una prueba que arroje mayores datos, considero adecuado aplicar la pauta del salario mínimo vital y móvil que al momento del hecho era de $275 (según publicación del

Ministerio de Empleo y Seguridad Social informe enero-2004), por lo cual tomaré en consideración el monto con una reducción del 20% para los gastos de su propia manutención lo que arroja la suma de $220, este importe será mi base de cálculo, siendo en consecuencia un elemento más de valoración.

Con respecto al período de vida útil, en poco ayudan las estadísticas nacionales que pudieran obtenerse, atento a las características de la labor que desarrolla al aire libre, ajeno a cualquier norma de salubridad, seguridad e higiene, no puede aventurar un promedio de actividad muy prolongado como lo que estableció el Aquo.

En oportunidad del accidente U. tenía ** años, lo que he de considerar, como también lo que emerge de fs. 509, sin dejar de valorar que su salud pudo haberse afectado por el consumo de alcohol (ver informe de la asistencia social), pero también las edades promedio para acceder a la jubilación. Como que no realizaba actividad que conlleve un retiro o jubilación especial, considero por ello la vida útil del fallecido en 65 años, lo que constituye uno de los parámetros o pautas al momento de establecer el monto indemnizatorio, aunque, como dijera, no se utilice una fórmula matemática.

Por ello y sin que implique un cálculo matemático, y siendo los datos precedentes indiciarios, estimo que una indemnización por daño material de $20.000 que se verá reducida de acuerdo al grado de atribución de responsabilidad establecido del 20%, el monto de condena es de $16.000, con más los intereses a partir del hecho.

Resta por decidir la distribución entre

los accionantes del monto de reparación como la determinación del monto por daño moral. En punto a la distribuciones de la indemnización entre el cónyuge supérstite y los hijos, estimo el daño sufrido por cada cual, tal y como fuera peticionado al incoar demanda. En lo concerniente a la cónyuge supérstite, la actora L., como dijera en párrafos precedentes, merituaré con detenimiento la citación. En este orden de ideas impera el principio de individualización del daño -según el profesor Alberto Bueres-, que exige atender en concreto al grado en que el hecho repercute en la situación de cada uno de los damnificados. Estando fuera de discusión que los hijos se ven amparados por la presunción legal del daño –además de estar firme a este momento-.

La solución indemnizatoria será diferente en cuanto a la diferencia de edad de cada uno de ellos por ser más extenso el período en que el menor habría dependido económicamente de su progenitor.

Así pues, en tanto que con relación a los hijos incapaces en el caso ambos puede presumirse que dependían completamente del progenitor para subsistir (ver Alberto Bueres "Código Civil Comentado...", Tomo III, pág. 274/75, ed. Hammurabi-99).

Establezco la indemnización por daño material por el fallecimiento del Sr. U. en dieciséis mil pesos ($16.000), que se distribuirá de la siguiente manera, a saber: corresponden a E. U., la suma de nueve mil pesos ($9000) y a V. U. la de siete mil pesos ($7.000).

b) Con relación al daño moral, me introduciré en el tema recordando un viejo fallo del

Superior Tribunal de la Provincia: "...tratándose de la viuda separada, no juega la presunción legal de daño del artículo 1085 del Código Civil. En palabras del maestro Spota, es ello una aplicación de la regla moral; la presunción existe en una familia regularmente constituida; el cese de la convivencia entre cónyuges extingue la unidad de lazos afectivos, por lo que mal cabría presumir una lesión en las afecciones legítimas. En consecuencia, el cónyuge separado-inocente, legitimado para accionar, debe probar el daño" (Superior Tribunal de Justicia 07-08-2000 – J. c/ Pcia. del Chubut -Citar: elDial - AS1319).

Por lo cual precisaré en primer término la situación de la actora L., tanto en lo referido al daño material como moral. Adelantando que con relación a los hijos no existe duda alguna en cuanto al perjuicio material y moral sufrido por la perdida del padre.

No existió cuestionamiento respecto de la legitimidad de las partes para accionar, esta remisión jurisprudencial obedece a la particular situación de autos, en la cual el Aquo no distribuyó entre los accionantes los montos de reparación, consecuencia de la ausencia de fundamentación de la sentencia a la que hice referencia al inicio del presente voto.

Pero existen cuestionamientos efectuados por la Aseguradora en el memorial de agravios sobre la procedencia del resarcimiento, me introduzco en el tema.

Se demostró que los cónyuges estaban separados, que la accionante vivía en el mismo solar en otra vivienda, mientras que sus hijos accionantes lo

hacían con el padre. Que la familia había estado signada por el alcohol y la violencia, lo cual motivó el alejamiento de los hijos mayores (según informe socio ambiental ya mencionado), que una vez producido el deceso de U. la actora Sra. L. se mudó a la casa habitación del cónyuge fallecido.

La potestad judicial de dimensionar se enerva si está debidamente comprobado el crédito, por daños y perjuicios, y solo quedó indeterminado el monto. Si la indeterminación es sobre estos extremos, por insuficiencia de prueba sobre lo primero no procederá la fijación del importe. El art. 165 del ritual faculta al juez a la fijación directa del crédito o de los daños reclamados, siempre que su existencia esté legalmente comprobada, aunque no resulte justificado su monto. Pero cuando los daños no están probados en su existencia precisa, no cabe suplir la prueba de su entidad por esta vía procesal (ver Fassi Yánez, "Cód. Proc....", Comentario art. 165, pág. 827, ed. Astrea-88).

Sabido es que el concepto de daño moral es un perjuicio de índole espiritual.

El daño moral es la afección o perjuicio espiritual, resarcir aunque sea de un modo pecuniario (a falta de otro medio mejor) no es materializar los intereses morales sino por el contrario, espiritualizar el derecho. La reparación no es imposible aunque sí deficiente o imperfecta, en razón de la diversidad entre el objeto espiritual a indemnizar y el instrumento pecuniario con que se cuenta. No obstante la ley puede hacer operar la función de satisfacción que tiene el dinero, como medio de acceso a bienes o servicios materiales o espirituales. Así pues, a

diferencia del daño patrimonial, en que la indemnización ingresa en lugar del perjuicio, lográndose una equivalencia económica, en el caso del daño moral la indemnización se coloca, para decirlo gráficamente, a su lado, procurando compensar de algún modo a la víctima. La reparación debe establecerse con prudencia teniendo en cuenta el imperativo axiológico de reparar todo daño inmerecido (ver Bueres, Alberto "Código Civil...", t.3ª, pág. 172/3, ed. Hammurabi).

En ese ámbito de la discrecionalidad de juez para determinar la cuantía de la indemnización, el autor citado dijo "según la concepción que hace residir el daño moral en la lesión de bienes o intereses extrapatrimoniales, no sería menester otra prueba que la de la actividad lesiva misma. En cambio acorde con el punto de vista para el cual el daño moral consiste en las consecuencias espirituales del menoscabo, aquel debe ser probado, aunque su demostración descansa en presunciones hominis o iuris tantum, a partir de determinadas situaciones objetivas que permitan inferir la existencia y magnitud del atentado a las legítimas afecciones" (ob. cit., pág. 182/3).

Recurrentemente la jurisprudencia otorgó indemnización superior en monto por daño moral al cónyuge supérstite que a los hijos en la comprensión que este había perdido a su compañero o compañera de la vida, la pérdida de un interlocutor permanente, con quien se decide la vida de los hijos.

Lejos está en este caso de verse configurada esa situación, más aún, de admitirse algún daño o afectación espiritual y material, en lo que respecta a la actora L., por lo cual recepto parcialmente el agravio de la Aseguradora y excluyo de

la misma a la madre.

Mantengo el resarcimiento indemnizatorio respecto de los hijos al momento del deceso, menores de edad convivientes con el progenitor fallecido, esta situación comprende el daño material y moral de la accionante.

Los informes efectuados dan cuenta de la situación poco venturosa y feliz del matrimonio, la violencia que signó esa familia producida por la adicción al alcohol de padre y la desunión de los progenitores no colocan a la accionante en poseedora de alguna presunción en dirección al dolor espiritual que implicó la pérdida de su cónyuge –del que estaba separada- aun habitando en el mismo solar (fs. 449vta.); y menciono las presunciones ya que no hubo ninguna acreditación en autos.

"Normalmente el cese de la convivencia entre los cónyuges extingue la unidad de los lazos afectivos, por lo que mal cabría presumir desde esa situación una lesión a las afecciones legítimas en razón del fallecimiento de uno de ellos en un accidente. Por el contrario, la quiebra de la convivencia y la conformación de una nueva unión con otra persona desde una época anterior al hecho que causó la muerte del marido, más allá, de si configura alguna causal de exclusión de su vocación sucesoria en este caso concreto (arts. 3286, 3574, 3573 del Cód. Civil en la versión de la ley 17711), comporta una circunstancia objetiva que por principio excluye la posibilidad del dolor moral. Por lo que si la requirente no acreditó que aún bajos tales condiciones padeció una lesión espiritual indemnizable, por más que se la considerare inocente de la separación de hecho

comprobada, su petición es inatendible” ("A. J. J. y otros c/ H., J. E. y otros s/ Daños y perjuicios" - CC0000 - TL 9711 RSD-19-126 S - 27-11-1990 CSBA Citar: elDial - W8D9A). Retomando el tema de la proporcionalidad en que debe establecerse la indemnización por daño material, como la procedencia resarcitoria considero que la Sra. L. no ha demostrado perjuicio alguno, ya que no se comprobó que aportara alimentariamente para con ella, solo en hecho de vivir en el mismo solar no induce a pensar que existiera en las particulares situaciones de esa familia una ayuda económica.

La indemnización que prevén los arts. 1084 y 1085 del Código Civil, sobre la base de la presunción que la muerte del cónyuge ocasiona a quien compartiera tal calidad, queda enervada cuando la actora separada de hecho, no percibía ninguna ayuda económica de la víctima y, por ende, al no sufrir ningún desmedro patrimonial, queda descartado que pueda ampararse en la presunción que sientan los arts. del Código Civil precedentemente citados (citar: elDial - W166C4).

En sentido contrario entendió la jurisprudencia que procede la indemnización a favor de la cónyuge separada de hecho por la muerte del esposo si se ha acreditado el apoyo económico que el mismo le prestaba, con independencia de su situación de convivencia (ver elDial - W13B9E). Lejos estuvo de acreditarse esta situación en el presente caso, por lo cual los montos indemnizatorios por daño material y moral serán distribuidos entre los actores, V. C. U. y E. D. U. hijos convivientes con U. al momento del deceso, y rechazo la demanda de la Sra. M. I. L.

Estos motivos y como dijera ut supra, me llevan a excluirla del rubro daño moral por la muerte de U. En síntesis, deberá rechazarse la demanda incoada por la Sra. L. por sí (por su propio derecho).

c) En cuanto al daño moral que produjo la muerte en los hijos menores de edad, y de acuerdo al informe que da cuenta que eran cariñosos, estimo adecuado una indemnización de $25.000 por cada hijo accionante que se reducirá conforme el porcentual dispuesto.

III.- Por último, corresponde expedirse respecto del momento de fijación de los montos de condena e intereses cuestionados por la parte actora.

Esta Alzada en ambas salas sostuvo en forma constante y reiterada que el cálculo y estimación de la reparación por daño debe efectuarse al momento del evento dañoso y no de la sentencia, en la especie además careció de toda fundamentación la determinación del Aquo, no indicó cómo arribó a la suma condenada al tiempo del fallo.

En cuanto a los intereses, recuerdo que en materia de daños derivados de un hecho ilícito impera el principio de reparación integral y los intereses en todo caso deben liquidarse desde la fecha del acaecimiento del mismo. La indemnización debida debe ser acompañada por el pago de intereses, que tienen como función esencial "asegurar al acreedor la reparación integral a que tienen derecho evitándole el mayor perjuicio que pudiera significarle la demora en obtenerla" (ver sentencias definitivas Sala B, 77/98, 71/00, 48/2005, 23/2006, 18/2007, 52/2007, 011/2008, Sala A, nros. 06/08, 01/07, 85/05, entre otras que se encuentran en los archivos del tribunal, SJT Sent. Def.

nro. 2/2002, y 28/99).

En consecuencia, y concordando con los conceptos citados criterios, los intereses se deben liquidar desde la fecha del accidente que le costó la vida a U., el 8 de octubre del 2001, fecha en que se dispuso el capital de condena.

IV.- Por imposición del art. 279 del ritual al haberse modificado la sentencia de grado la Alzada está obligada a revisar tanto la imposición de las costas en la instancia de grado como la regulación de los honorarios de los profesionales actuantes. En este orden de ideas afirmo conforme doctrina y jurisprudencia que no pueden imponerse las costas del pleito con un sentido aritmético, sino jurídico, ello implica contemplar tanto el principio objetivo de la derrota como así también las situaciones en las cuales la actora no ha visto satisfecha por completo sus pretensiones contenidas en la demanda. La medida del éxito o el fracaso de cada litigante es la pauta para la distribución prudente y equitativa de las costas (Fenochietto-Arazi "CPCCN", t.I, pág. 280).

La parte actora reclamó una suma que superó holgadamente la condenada tanto en primera instancia como en esta Alzada, rechazado el rubro daño psíquico, así como también confirmado en esta oportunidad.- Estos motivos y como indicara precedentemente, no corresponde hacer un análisis meramente matemático de la cuestión, sin dejar de advertir que le fueron desestimados rubros y reducidas algunas pretensiones; y que siendo el principio objetivo de la derrota el seguido por esta Sala, el mismo ha sido atemperado en circunstancias especiales cuya casuística, si bien reducida, es

merituada por las peculiares de la situación y en la convicción de que el mismo no es absoluto.

Existió una razón fundada para litigar, el actor accionó sobre la base de una convicción razonable acerca del derecho invocado en el litigio. No se trató de una mera creencia subjetiva del litigante en orden a la racionabilidad de su pretensión, sino la existencia de circunstancias objetivas que han demostrado la concurrencia de un justificativo suficiente. Al contemplar el código de procedimiento distintas excepciones algunas impuestas por la ley y otras libradas al arbitrio judicial, tal como lo dispone el art. 68 en su párr. 2do., norma que importa una sensible atenuación al principio general al acordar a los jueces un marco de arbitrio, que debe ser ponderado en cada caso particular y siempre que resulte justificado el apartamiento.

En el caso el derecho del reclamante no ha quedado desprovisto del respaldo jurisdiccional en su esencia en cuanto al reconocimiento del daño generado por la intervención quirúrgica, integridad sino parcialmente por los rubros pretendidos, lo que conlleva a colocar a la parte accionada en vencida, (DJ rep. págs. 423 y 424, 109, 105, 80, 84), bajo tales parámetros confirmo la imposición de costas dispuesta por el Aquo a la parte demandada.

Las costas de la Alzada las impongo por el orden causado, conforme los principios, conceptos y normativa expuestos precedentemente.

Los honorarios de los profesionales actuantes en ambas instancias, que deberán ser readecuados conforme lo dispuesto en la ley arancelaria, arts. 6 y 7, los difiero para el momento

del acuerdo en que se tendrá en cuenta los dispuesto en dicha norma jurídica arts. 6, 7, 9, 36, 39, 47, 50, 51, 60 y 14 de la ley 2200 mod. 4335.

A la segunda cuestión la Dra. García Blanco dijo:

Por todo lo expuesto propongo:

1.- Receptar parcialmente los agravios de las partes modificando parcialmente la sentencia venida en crisis en el fallo 1ro., en los siguientes términos: Desestimar la demanda de la Sra. L., M. I. Hacer lugar parcialmente a la demanda y declarar la culpa concurrente de ambas partes en un 20% a P. G. U. y en un 80% a los demandados H. N. R. y C. SRL. Condenar a los demandados la indemnización por daño material por el fallecimiento del Sr. U. en $16.000, que se distribuirá de la siguiente manera, a saber: corresponde a E. U. $9.000 y V. U. $7.000. Por daño moral $20.000 a cada uno de los hijos nombrados precedentemente. Sobre dichos importes se efectuó el porcentaje de descuento establecido.

Los montos de condena se incrementarán con los intereses conforme lo fijado según considerando respectivo, al momento del hecho dañoso (el 8 de octubre de 2001) y según la tasa establecida en la sentencia de grado según considerando respectivo.

2.- Costas de la Alzada por el orden causado según considerando respectivo.

3.- Diferir la regulación de los honorarios de los profesionales actuantes en ambas instancias al momento del Acuerdo.

A la primera cuestión la Dra. Melero dijo:

I. Considerando a tenor de la exigencia

del art. 169 de la Constitución de la Provincia del Chubut es innecesaria la repetición de los argumentos formulados por las partes en cada uno de los votos de esta Alzada, por lo cual, a fin de evitar reiteraciones estériles que afectan los principios de celeridad y concentración procesal y resultando de quien abre el recurso la síntesis suficiente del caso traído a decisión, a ella me remito.

I.A) A fs. 637/639vta., fs. 644/650 y fs. 651/658vta obran glosados los agravios expuestos por T. S. S.A., por la parte demandada y la parte actora, respectivamente. Asimismo, a fs. 660/663 y 664/666 se hallan agregados las contestaciones de agravios efectuadas por la parte actora de las apelaciones efectuadas por la parte demandada y por T. S. S.A., respectivamente, habiendo contestado ésta última el traslado de los agravios de la parte actora a fs. 669/670.

I.A) Advirtiendo que los agravios planteados por todas las partes fundan su crítica tanto en la distribución de responsabilidad determinada por el a-quo como la cuantificación que de los conceptos hizo el sentenciante, he de tratar los mismos en forma conjunta.

I.B) Entrando en el estudio del presente caso, amerito que no existen discrepancias entre las partes ni en cuanto a la fecha, hora y lugar del accidente así como tampoco las hay acerca de sus consecuencias. Esto es que el día 08/10/01, siendo aproximadamente las 09:20 h en ocasión en que el Sr. P. G. U. se hallaba en el Basural Municipal ubicado en el Barrio Industrial a orillas del camino alternativo en su actividad habitual de recoger desperdicios de

cartón, alambres y trapos, fue aplastado cuando estaba haciendo maniobras de retroceso por una máquina topadora-cargadora propiedad de la Empresa C. S.R.L. y que era conducida por el dependiente chofer de ésta Sr. H. N. R.

Considero que la máquina cargadora marca Caterpillar 816 nro. interno 0607 consiste en una cosa generadora de riesgo, resulta directamente aplicable al caso, el art. 1113, párrafo 2°, 2da. parte, del CC (redacción posterior a la ley 17711/968) que determina que: " si el daño hubiese sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sólo se eximirá -el dueño o guardián- total o parcialmente de responsabilidad, acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no deba responder".

En aras de un mejor análisis de la presente cuestión, estimo necesario precisar que:

a) En la responsabilidad civil no es la gravedad de la culpa, sino la eficiencia causal que el hecho haya tenido en el resultado lo decisivo para determinar la imputación del daño al demandado, a la víctima o a ambos.

b) Tratándose de un supuesto de responsabilidad objetiva (art. 1113 del Cód. Civil) no se trata de juzgar culpas sino autorías y, desde este punto de vista, si el verdadero origen del perjuicio lo constituye el propio comportamiento de la víctima, sea la conducta culposa o no, incluso aunque sea involuntaria, no por ello dejará de ser la causa del daño si ha intervenido adecuadamente para su producción.

c) En los daños derivados del riesgo de la cosa compete al dueño o guardián la prueba de la

causa extraña al vicio de la cosa, porque presumida la relación causal no pesa sobre el damnificado la prueba de un estricto vínculo causal entre el riesgo o vicio de la cosa y del daño siendo suficiente que demuestre un nexo de causalidad aparente, la intervención de la cosa riesgosa o viciosa en el suceso a partir de lo cual se traslada al dueño o guardián demandado la carga de probar que en realidad el daño provino de un factor distinto al riesgo o vicio.

No puede soslayarse que dadas las características de las tareas que efectuaba (la víctima) el Sr. U., el lugar en el que estaba ubicado en el momento del hecho -basural- y la proximidad de la máquina cargadora-topadora, resultan factores concurrentes y que provocaron la muerte por aplastamiento del causante.

Ha de reiterarse que en la responsabilidad civil, no es la gravedad de la culpa sino la eficiencia causal que el hecho haya tenido en el resultado, lo decisivo para determinar la imputación del daño al demandado o a la víctima.

Por ello, y no estando cuestionado que la muerte de la víctima se produjo al ser aplastado por la cosa dañosa, cabe precisar que el accidente de marras no puede ser atribuido a C. S.R.L, como propietaria de la cosa riesgosa, ya que si la víctima no se hubiera colocado en la situación de riesgo descripta, conociendo la actividad que desplegaba la máquina topadora, el hecho dañoso no hubiera ocurrido.

Esta composición del nexo causal ha sido una creación de la jurisprudencia, por cuanto específicamente no hay norma legal sobre el particular.

La jurisprudencia construyó el criterio con base en la aplicación del artículo 1109 del Código Civil, en combinación con el artículo 1111 del mismo Código. No se trata de juzgar culpas sino autorías, y desde este punto de vista si el verdadero origen del perjuicio lo constituye el propio comportamiento de la víctima, sea la conducta culposa o no, incluso aunque sea involuntaria, no por ello va a dejar de ser la causa del daño, si ha intervenido adecuadamente en su producción.

Como se advierte, tanto de las prestadas por J. H. G. O. (fs. 392vta. contestación a la 14ta. pregunta) como de la pericial accidentológica (fs. 558/561) y de la foto agregada por el perito a fs. 559, emerge claramente que dadas las dimensiones de la máquina dañosa era imposible que el accionante no advirtiera la proximidad y peligrosidad de la máquina en el lugar donde desarrollaba su trabajo.

Ha de recordarse que la condición es el antecedente de un resultado. Cuando ésta es indispensable para que el daño se produzca, se la denomina "conditio sine qua non". El derecho responsabiliza al sujeto que coloca una condición del daño cuando esta es adecuada o idónea para ocasionarlo. Ya que si bien no toda condición es causa, la causa es siempre condición del daño.

Por consiguiente, se verifica en autos una concurrencia de causas, pues la conducta de la víctima resulta idónea para liberar parcialmente de responsabilidad a la demandada.

En cuanto a la responsabilidad de la parte demandada, se ha acreditado que el lugar donde ocurrió el infortunio, la máquina productora del daño

no contaba con la correspondiente alarma sonora para la marcha en retroceso (conf. absolución de posiciones del chofer codemandado Sr. R. contestación a la sexta posición – fs. 366 y testimonio prestado por el Sr. J. H. G. O. -fs. 393 contestación a las 2da. a 5ta. repregunta y razón de sus dichos), careciendo, asimismo, de las advertencias necesarias que indicaran la peligrosidad del lugar, ni había medida alguna de seguridad (conf. declaración testimonial prestada por el Sr. G. B. (fs. 16, 38/vta. del expediente penal caratulado "R., H. N. s/ H. C.", nro. 2556/2001, y fs. 383/385 de la presente causa, declaración testimonial prestada por el sereno de la codemandada C. S.R.L. Sr. F. R. –fs. 2–, expte. penal y fs. 390/391vta., inspección ocular a fs. 438/vta. y fotos agregadas a fs. 443/446 de estos autos). Se observa entonces por parte de C. SRL, una falta total de mantenimiento y supervisión, garantía que como empresa prestadora de servicio público estaba obligada a prestar (conforme al documentación agregada por la codemandada C. SRL – Contrato de Concesión de Explotación Servicio Público de Higiene Urbana– pto. 4.2.6., ap. 3ero. -fs. 285/286– e informativa prestada por la Municipalidad de Comodoro Rivadavia a fs. 471/474 y el subsecretario de dicho municipio a fs. 592).

Está suficientemente demostrado a través de las declaraciones testimoniales precedentemente analizadas el vicio y riesgo de la cosa generadora del daño y ello hace plenamente operable y aplicable al caso la responsabilidad de la empresa demandada en su condición de dueño o guardián de la cosa viciosa o riesgosa, en lo términos del artículo mencionado.

En lo atinente a la responsabilidad del

Sr. U., valoro que éste -tal como lo puntualicé en párrafo anterior del presente voto- no podía desconocer la existencia de la proximidad y peligrosidad de la maquina topadora, razón por la cual estimo como justo establecer la responsabilidad en forma concurrente y distribuirla en un 80% a la parte demandada C. S.R.L. como dueño y guardián de la máquina productora del daño y al Sr. P. N. R. –chofer dependiente de ésta- y al Sr. U. en un 20%. En efecto, su comportamiento fue idóneo para generar la consecuencia lesiva. La relación de causalidad se estableció por ambos, es decir, por el dueño y guardián de la cosa riesgosa, el dependiente del mismo y la víctima que contribuyó con eficacia a la realización del evento dañoso, ya que si no se hubiera colocado detrás de la máquina, el hecho dañoso no hubiese ocurrido, habiendo intervenido activamente en su producción.

En definitiva, los elementos fácticos que han sido probados y reconocidos demuestran palmariamente la responsabilidad en la proporción determinada precedentemente de ambas partes, quienes en la emergencia determinaron la causa eficiente del daño.

Son razones todas ellas por las cuales corresponde no hacer lugar a los agravios expuestos por T. S. S.A. a fs. 637/638, por la parte demandada a fs. 644/648vta., haciendo lugar parcialmente a los agravios planteados por la parte actora a fs. 651/655vta. y, en consecuencia, revocar parcialmente la sentencia de fs. 609/612 y determinar la responsabilidad en forma concurrente y distribuirla en un 80% a la parte demandada C. S.R.L. como dueño y guardián de la máquina productora del daño, al Sr. P. N. R. –chofer

dependiente de ésta-, hacer extensiva la condena a la aseguradora T. S. S.A. quien responderá dentro de los límites del seguro y determinar la responsabilidad del Sr. U. en un 20%.

I.C) Las partes recurren el monto estimado por el a-quo en concepto de daños material y moral a fs. 638/vta., 648vta/649vta. y 656/657vta. por T. S. S.A., por la parte demandada y la parte actora, respectivamente.

I.C-1) En cuanto al concepto de daño material ha establecido la Corte Suprema de Justicia en un reciente fallo: "A., P. M. c/ O. A. de R. del T. S.A. y P. P. y C.": elDial - AA4697 - Recurso de hecho A 436. Xl, ha determinado que: "el criterio de evaluación, por lo reduccionista, resulta opuesto frontalmente al régimen jurídico que pretende aplicar, dada la comprensión plena del ser humano que informa a éste. Al respecto de la doctrina constitucional, esta Corte tiene dicho que el valor de la vida humana no resulta apreciable tan sólo sobre la base de criterios exclusivamente materiales, ya que no se trata de medir en términos monetarios la exclusiva capacidad económica de las víctimas, lo que vendría a instaurar una suerte de justicia compensatoria de las indemnizaciones según el capital de aquéllas o según la capacidad de producir bienes económicos con el trabajo, puesto que las manifestaciones del espíritu también integran el valor vital de los hombres (Aquino, votos de los jueces Petracchi y Zaffaroni, Maqueda y Belluscio, y Highton de Nolasco, Fallos: 327:3753, 3765/3766, 3787/3788 y 3797/3798, y sus citas; y Díaz, voto de la jueza Argibay, Fallos 329:473, 479/480, y sus citas)".

En igual sentido se ha expedido nuestro

Superior Tribunal de Justicia cuando expresó que: ”... el óbito del ser querido no puede ser un capítulo que sólo se mida por la renta que pueda dar. La regla que deviene de la doctrina de la Corte Nacional, determina "... el valor de la vida humana no resulta apreciable tan sólo sobre la base de criterios exclusivamente materiales, ni se trata de medir en términos monetarios, la exclusiva capacidad económica de la víctima, pues ello importaría instaurar una suerte de justicia compensatoria de las indemnizaciones según el capital de aquéllas o según su capacidad de producir bienes económicos con el trabajo, puesto que las manifestaciones del espíritu, también integran el valor vital de los hombres". Ello ha conducido a descartar, al interpretar el art. 1084 CC, los términos estrictamente matemáticos, aunque sin desechar totalmente los posibles ingresos de la víctima, entendiendo que la idea de "subsistencia" debe asemejarse a todo lo que ella ha podido representar para las personas a las que se refiere, es decir, a todo lo que la Ley supone que la víctima hubiera podido suministrar como sostén y efectiva ayuda, en una comprensión integral de valores materiales y espirituales” (STJCh, 14-09-1994, Sentencia Definitiva, Ministros: Dres. Fernando S.L. Royer - Agustín Torrejón - Raúl Martín, en autos caratulados: “P., E. M. y otros c/ Sistema Provincial de Salud -SIPROSALUD- y otro y-o quien resulte Responsable s/ Daños y Perjuicios”.

Tengo en cuenta, asimismo, que la cantidad indemnizatoria corresponde al capital necesario para constituir una renta periódica que compense la pérdida sufrida, valorando que la suma fijada será percibida de una sola vez por la parte

accionante.

Amerito, a mayor abundamiento, que a los efectos de la cuantificación del valor vida, lo que se mide en signos económicos no es la vida que ha cesado, que no tiene valor económico en si misma, sino las consecuencias que sobre otros patrimonios acarrea la brusca interrupción de una actividad creadora o productora de bienes, y su valoración consiste en la medición de la cuantía del perjuicio que sufren aquellos que eran destinatarios de todos o parte de los bienes económicos que el extinto producía, desde el instante en que esa fuente de ingresos se extingue. por ello, para su estimación no se aplican fórmulas matemáticas, sino que se deberá considerar y relacionar las diversas variables relevantes de cada caso en particular, tanto en relación con la víctima, que conforme a lo que emerge, tanto de las declaraciones testimoniales precedentemente individualizadas, como a los informes prestados por: a) el Equipo Técnico Interdisciplinario nro. 27/05 (fs. 449/450vta.), b) A.F.I.P. (fs. 509), que la fecha de su muerte vivía además de recoger cosas del basural contaba con otro trabajo, teniendo cincuenta y siete (57) años de edad, de condición social y económica humilde, razón por la cual se ha de tomar como parámetro el salario mínimo vital y móvil la suma de pesos un mil doscientos cuarenta ($1.240), en un todo de acuerdo a lo prescripto por la resolución nro. 3/2008 ap. b) (B.O. 31/07/08), teniendo en cuenta que se fija a valores vigentes de la presente decisión, estimando un promedio de vida de 170 meses, deduciendo un treinta y cinco por ciento (35) lo que el occiso utilizaría para su propio bienestar socio-económico, teniendo en cuenta que

convivía con su esposa –aunque en lugares divididos pero en el mismo terreno-, y padre convivientes de dos (2) hijos menores al momento del infortunio, y advirtiendo que la suma solicitada a fs. 28vta. por la parte accionante es justa y razonable, son todas razones por las cuales corresponde acoger los agravios expuestos por la parte actora, rechazando los correspondientes a la Cía. Aseguradora y la demandada, y, en consecuencia, revocando la sentencia, y correspondiendo aplicar la reducción de la culpa determinada al causante (20%), ha de condenarse a los demandados H. N. R. y C. SRL, solidariamente y a T. S. S.A. –dentro de los límites del seguro conforme el considerando nro. 11ero. del fallo de primera instancia-, a abonar en concepto de daño material a la Sra. M. I. L. la suma de pesos sesenta y cuatro mil ($64.000), a V. C. U. la suma de pesos quince mil doscientos($15.200) y a E. D. U. la suma de pesos veinticuatro mil ($24.000).

I.C-2) En lo referente a la indemnización por daño moral, considero, siguiendo al Dr. Teodoro Gelber en su obra "El art. 1113 del Código Civil en los Accidentes y Enfermedades del Trabajo", Edit. Hammurabi, págs. 100 y 101, que no corresponde fijar el resarcimiento por daño moral en un porcentaje de la indemnización por los perjuicios materiales, sino en una suma prudencialmente establecida en consideración a las particulares circunstancias de cada caso que han quedado debidamente explicitadas por lo informado por perito psicológico a fs. 555/556 –el que no fuera impugnado por las partes-, razón por la cual corresponde fijar como razonable y prudencial y en uso de las atribuciones conferidas por el artículo 165 del

CPCCh por este concepto a M. I. L. la suma de pesos diez mil ($10.000), a V. C. U. la suma de pesos quince mil ($15.000) y a E. D. U. la suma de pesos veinte mil ($20.000).

I.C-3) Respecto al agravio planteado por la parte actora sobre el curso de los intereses (fs. 657vta./658), coincido con lo establecido por la Suprema Corte de Buenos Aires en que los mismos en los hechos ilícitos, se deben a partir de la producción de los mismos, sin que obste a ello la falta de interpelación ni la iliquidez de la deuda (SCBA, en "DJBA, t.117, p.133). Lo cual explica por qué los intereses -aún variando su tasa- se devengan desde el hecho ilícito, sin solución de continuidad y hasta su efectivo pago (art. 1069 C.C. (SCBA, S 28/04/92, "B., E. D. y otros c/ A., S. R. y otro s/ Daños y Perjuicios"). En este orden de ideas ha dicho que "El interés de una suma de dinero reviste la condición de un accesorio que se debe -en las obligaciones con fuente en hechos delictuosos o cuasidelictuosos-, desde que se produjo el daño" (SCBA, Ac.65943, S 13/07/97, "C., M. c/ E. E. E. s/ D. y P."); (SCBA, S 05/05/88, "R., H. R. y otros c/ G., J. O. y otro s/ D. y Perjuicios"), razones todas ellas por las cuales arribo a la conclusión que corresponde hacer lugar a los agravios planteados por la parte apelante actora y revocar la sentencia en este sentido.

I.D) Respecto a los agravios planteados por T. S. S.A. en cuanto a la distribución de costas (fs. 638vta./639, siendo que se ha revocado la sentencia de primera instancia en cuanto a la porcentualidad de responsabilidad que le correspondía a cada parte por el infortunio acaecido, carece de

virtualidad jurídica expedirse sobre dicho cuestionamiento.

En definitiva, corresponde rechazar la totalidad de los agravios planteados por codemandadas y asegurado, haciendo lugar parcialmente a los expuestos por la parte actora y en consecuencia revocar la sentencia conforme lo decidido en el presente voto.

I.E) Teniendo en cuenta lo decidido en este voto, es de aplicación lo dispuesto por el art. 279 del CPCCCh, razón por la cual y en virtud del principio objetivo de la derrota (art. 68 del CPCCh), las costas de primera instancia se mantienen impuestas a la parte demandada vencida y las de esta instancia se imponen a la parte demandada y a la aseguradora vencida (art. 68 del CPCCCh). La regulación de los honorarios profesionales tanto de primera como de segunda instancia son diferidos para el momento del acuerdo donde deberán fijarse teniendo en cuenta la temática planteada, labor profesional desarrollada y el éxito obtenido (arts. 6, 7, 9, 14, 47 y ccdtes. Dto. Ley Pcial 2200 y su modificatoria Ley Pcial 4335).

A la segunda cuestión la Dra. Melero dijo:

Propongo como fórmula postulatoria, en caso de coincidir, para el momento del acuerdo:

1) Rechazar la totalidad de los agravios planteados por las apelante demandada y aseguradora, haciendo lugar parcialmente a los expuestos por la parte actora y, en consecuencia, revocar la sentencia haciendo lugar a la demanda, declarando culpa concurrente en la siguiente proporción: ochenta por ciento (80%) para los demandados H. N. R. y C. S.R.L. y un veinte por ciento (20%) para P. G. U., condenado a

los demandados H. N. R. y C. SRL, solidariamente y a T. S. S.A. –dentro de los límites del seguro conforme el considerando nro. 11ero. del fallo de primera instancia-, a abonar en concepto de daño material a la Sra. M. I. L. la suma de pesos setenta y cuatro mil ($74.000), a V. C. U. la suma de pesos treinta mil doscientos ($30.200) y a E. D. U. la suma de pesos cuarenta y cuatro mil ($44.000), en concepto de daño material y moral con más la tasa de interés fijada en primera instancia pero revocando el fallo en cuanto al curso de los mismos los que correrán desde la fecha del infortunio (08/10/01) y hasta su efectivo pago.

2) Las costas de primera y segunda instancia son impuestas a la parte demandada y aseguradora vencida (art. 68 y 279 del CPCCCh). Se difiere La regulación de los honorarios profesionales tanto de primera como de segunda instancia para el momento del acuerdo (arts. 6, 7, 9, 14, 47 y ccdtes. Dto. Ley Pcial. 2200 y su modificatoria Ley Pcial. 4335).

A la primera cuestión la Sra. Juez de Cámara Marta Susana Reynoso de Roberts dijo:

Que llegan las presentes actuaciones a la alzada en apelación de la sentencia de fs. 609/612, que hace lugar a la demanda, declara la culpa concurrente de las partes, 80% para P. G, U. y 20% para los demandados, H. N. R. y C. SRL, a estos últimos solidariamente a abonar en el término de diez días de firme o consentida la presente a los actores la suma de cincuenta y siete mil doscientos pesos, en concepto de daño material y daño moral, con más los intereses fijados en el considerando respectivo, desde las fechas fijadas hasta su efectivo pago. Hace extensiva la

condena a la aseguradora T. S. S.A. quien responderá hasta el límite de su cobertura. Las costas las impone a los demandados y regula los honorarios.

El representante de la compañía aseguradora T. S. S.A. expresa agravios a fs 637/639vta. Se dirigen contra la decisión del sentenciante quien adjudica responsabilidad en forma concurrente de la víctima y al Sr. R. y en la consecuente condena a su representado.

Sostiene que las afirmaciones del juez que transcribe, son contradictorias y se apartan de las constancias del expediente.

Agrega que acierta el juez cuando dice que U. actuó de manera imprudente y contravino todas las disposiciones municipales, pero contrariamente afirma que la culpa de la víctima no excluye la del conductor, afirmando que R. tuvo una actitud imprudente, no surgiendo de ningún elemento probatorio, tal afirmación.

Indica que la topadora no supera los 10 kilómetros de velocidad y que U. conocía el trabajo de la misma.

Alega que idéntica consideración debe hacerse respecto de C.

En el segundo agravio estima que los rubros reclamados y concedidos son improcedentes, ya que omite cualquier referencia a elementos probatorios para cuantificar el daño material, ya que no se probaron los ingresos del Sr. U., menos que fuese sostén de familia, ni otros elementos que brinden pautas objetivas, resultando la suma acordada por daño material superior a la solicitada.

Idénticas consideraciones, dice,

corresponde efectuar respecto del daño moral, ya que no probaron ningún padecimiento físico ni psíquico, ni afectación a la vida familiar, social, etc., que fundamente la procedencia.

Solicita la distribución de las costas, por haber sido impuestas al demandado y se basa en los términos en que prosperó la demanda; como consecuencia debieron distribuirse en forma proporcional a la responsabilidad atribuida. Cita jurisprudencia.

A fs. 644/650 se agrega la expresión de agravios de los demandados.

Se refiere a las consideraciones que efectuó el sentenciante para atribuir responsabilidad al actor y demandados y señala que las circunstancias de tiempo y lugar están suficientemente probadas, refiriéndose a que el basural no es vía pública y por ende no es de aplicación la ley de tránsito, que el lugar es de acceso prohibido a los changarines o trabajadores informales, que el occiso conocía el lugar, la máquina y el trabajo que realizaba, que la máquina sólo opera hacia adelante y hacia atrás en una superficie reducida, no más de 8 metros, que las ruedas de la máquina cumplen la función de romper las bolsas que contienen los residuos, etc.

Hace referencia a las conclusiones del experto, a la inspección ocular, a los testimonios, lo que el juez no valoró, como tampoco que tales hechos suceden dentro del basural, predio cuyo ingreso está prohibido, resultando imposible evitarlo.

Asegura que el conductor del vehículo no violó el deber del art. 902 CC.

Se probó, que la máquina tiene una chicharra que indica el retroceso, y si U. era sordo,

mayores han de ser las consecuencias de sus propios actos.

Indica que en el lugar no hay posibilidad de producir daños a terceros, con la sola excepción de que estos ingresen ilegítimamente al lugar, y que si no hubiera ingresado voluntariamente donde no le estaba permitido, nada habría sucedido.

Concurren, entiende, todos los presupuestos de aplicación del art. 1111 CC.

El daño material es motivo de queja, al haber otorgado la sentencia más de lo peticionado, y al no existir pruebas que lo justifiquen.

Considera que la expectativa de vida útil, no puede llegar a los 77 ni a los 65 años ante la vida que llevaba, el tiempo expuesto a la intemperie, la falta de ropa térmica, la falta de seguridad, el contacto con comida en descomposición y otras cosas dañinas a las que se exponen. Hace notar que los petroleros se jubilan a los 55 años.

Resalta que los ingresos eran eventuales, lo que no significa negar la inexistencia de daño material, pero de ahí a fallar como si se tratara de una persona de estabilidad laboral o empresarial es algo muy distinto.

La prueba de pago debe acreditarse con comprobantes, por lo tanto no puede darse por válido lo que supuestamente le pagaban por vender desechos.

A fs. 651/663 se agravia el actor por la atribución de responsabilidad que se acuerda, porque se desatendió de la prueba rendida y de los argumentos jurídicos expuestos en la demanda. La propia empresa C. reconoció el incumplimiento de su obligación contractual y de las Ordenanzas regulatorias, en cuanto

al cerramiento del predio.

Se refiere a la falta de culpa de U. y a la violación por parte del Juez del principio de atribución de responsabilidad del damnificado, cuando se invoca la responsabilidad objetiva fundamentalmente por riesgo creado.

Relata que quedó acreditado que a U., C. le posibilitó, ingresar diariamente al basural para recoger desperdicios que enumera, de allí que resulta incuestionable que no se le puede atribuir responsabilidad al fallecido por tal circunstancia, más no existía cartel que se lo prohibiera. Prueba que se obtiene de un dependiente de C., F. R. y lo determina el otro testigo.

Enumera las razones por las que C. SRL debe responder y no sólo por su condición de empleador titular de la cosa dañosa, y en una proporción del veinte por ciento (20%); sino por el riesgo creado y por los incumplimientos de sus obligaciones contractuales.

Se refiere a la culpa del chofer R., la que nace del infortunio al operar imprudentemente una máquina vial que carecía de alarma sonora para la marcha en retroceso y realizar una maniobra imprudente ante la existencia de personas cerca de la misma, realizando un retroceso de ocho metros, de forma ligera.

El segundo agravio se dirige al quantum indemnizatorio por considerarlo insuficiente y al curso de los intereses.

Indica que el resarcimiento fue solicitado en forma individual para cada uno de los damnificados en orden al daño material y las

previsiones del art. 1084 CC.

Se refiere a la inflación existente y que los intereses deben correr desde la fecha de la muerte del padre y esposo de los actores.

Plantea caso federal.

Las Sras. jueces prevotantes coincidieron en la responsabilidad que le cupo a las partes, así como la fecha desde la que deben aplicarse los intereses, declarando la culpa concurrente en una proporción del 80% al demandado y 20% al actor y los intereses desde el evento dañoso.

Y no emitiré consideración alguna al respecto, pues cualquiera sea la decisión a la que arribe, las votantes han obtenido mayoría, tal como lo requiere el artículo 271 del CPCCCh.

Y haciendo uso de las facultades que me otorga el mismo artículo, me expediré sólo sobre aquellas controversias que suscitaron las partes, y sobre las que mis colegas no acordaron, que son los montos indemnizatorios, la situación de la Sra. L., y costas.

Es motivo de agravio por las partes el monto indemnizatorio acordado por el a-quo.

Así la compañía aseguradora y los codemandados entienden que no existen pruebas en cuanto a los extremos invocados por el sentenciante para fundar los mismos, no pudiendo determinar el monto de los ingresos de U., que fuera sostén de familia o que fuera una persona con estabilidad laboral.

Por su parte, la actora considera insuficiente los montos dados.

Se probó en autos la muerte del Sr. U., cayendo la responsabilidad en un 80% en los demandados,

y tal grado de responsabilidad que otorgaran mis colegas, entiendo tiene como fundamento la actitud de la empresa de no tomar las precauciones para evitar no sólo que el accidente no se produjera, sino, y especialmente, los recaudos para que U. no estuviera en el predio del basural. Tal obligación por parte de C. fue omitida y es a partir de allí que debe responder.

Observo que la actora acciona por sí y sus hijos V. y E. a fin que se condene a los demandados al pago de un monto indemnizatorio por el daño sufrido por la muerte de su cónyuge y padre de sus hijos.

Y en punto al rubro daño material, alude que, acreditado el vínculo, el plexo normativo compuesto por los artículos 1084/1085 del Código Civil, habilita a los accionantes. Y agrega que la indemnización solicitada tiene por objeto resarcir el perjuicio de orden patrimonial que deriva del daño a la persona del marido y padre de los accionantes, relacionado con la privación del sustento que brindaba el causante a su cónyuge e hijos, así como la privación de su persona en los demás ámbitos de la vida familiar que deben ser también cuantificados. Sostuvo que el Sr. U., era el único sostén de su núcleo familiar y con su trabajo personal concurría al sostenimiento de las necesidades y que la muerte aumentó las necesidades del grupo familiar, que debió ser socorrido precariamente por los hijos mayores. Que todo ello se acreditará en la etapa de prueba. Así como el monto que percibía anualmente $10.000.

En relación al daño moral, manifestó que se caracteriza por referir a los padecimientos o molestias que hieren las afecciones íntimas de quienes lo sufren, estando legitimados en su calidad de esposa

e hijos (art. 1078 CC), debiendo considerarse la importancia del bien lesionado, la pérdida del padre de dos adolescentes y del compañero de la Sra. L., con quien convivió 32 años.

Al contestar demanda se negó que el Sr. U. solventara los gastos para la manutención de su grupo familiar, que fuera un fuerte sostén de su familia, que la actora y su familia, con posterioridad a la muerte haya aumentado sus necesidades básicas o que antes del accidente tuvieran éstas satisfechas, y que estén obligados a resarcir a la actora daño material o moral (fs. 39vta. y 40) (fs. 115vta. y 116) (164vta., 165) y al referirse propiamente a los montos solicitados, fs. 46, 126 y 167, manifiesta que "se niega que el Sr. U., solventara las necesidades de su grupo familiar", debió previamente haber conceptualizado que se entiende por solventar necesidades. No se acreditó, ni se ofreció hacerlo, la existencia del daño material pretendido.

Para el daño moral caben iguales consideraciones adujeron. Con relación a los rubros reclamados, y la prueba producida, me expediré en cuanto resulten conducentes.

Los testigos sólo manifestaron que el Sr. U. iba de vez en cuando al basural (fs. 383vta.), que el cartón que juntaba lo vendía para comer y que el sostén de la familia era U. (fs. 387 y vta.), que iba cada tres días al basural, desconociendo quién era el sostén económico de la familia U. (fs. 392/393).

A fs. 449 se agregó el informe social, entregado en fecha 20 de abril de 2005, en el se detallan los datos más significativos de la Sra. M. I. L. y de sus hijos, V. C. U. de 18 años y E. D. U. de 15

años, que entre la Sra. L. y el Sr. U. conformaron una unión que se completó con el nacimiento de 9 hijos. En la vida del grupo se sucedieron los diversos momentos evolutivos con un componente que acompañó a la familia, tal como la afección al alcohol del entonces jefe de familia Sr. U. Ello tiñó y otorgó características especiales tanto a las relaciones conyugales como a las paternas filiales, resultando un reflejo de la conflictiva la separación de la pareja parental, que compartía el mismo solar, pero no el mismo techo, según surge del claro relato de la madre. Detalla que el lugar donde se domicilian es propio, que al fondo del solar se levantan dos construcciones más precarias, en una de ellas habitaba la Sra. L., en tanto el Sr. U. lo hacía en la vivienda principal, vivienda que ahora ocupa la actora y sus dos hijos.

Respecto a las consecuencias familiares y sociales que se hayan producido debido al fallecimiento del Sr. U., sería diferente la percepción de la Sra. L., respecto de sus hijos, ya que la primera fue víctima de violencia familiar, para los niños menores otro sería el sentir, aunque la figura paterna no fuera lo suficientemente protectora. Agrega que respecto a las necesidades alimentarias de los menores no debieran ser inferior al monto mensual de la canasta familiar.

A fs. 555/557 se agrega la pericia psicológica, donde se informa que no se considera que se reúnan elementos de trastorno psicológico actualmente, ausencia de síntomas calificables, los observados corresponden a los períodos habituales de duelo y son notorios en V., quien tenía un vínculo afectivo estrecho con su padre. El grupo evaluado

manifiesta un estado de vulnerabilidad social previo al accidente, estado que abarcaba al padre, necesidades básicas insatisfechas, lo que actualmente se mantiene.

Y me he permitido hacer referencia puntualmente a la demanda contestación y pruebas producidas, más allá que reiteradamente he sostenido que el juez es soberano en la elección de las pruebas, pero siempre que la sana crítica se sintetice en el examen lógico de los distintos medios, la naturaleza de la causa y las máximas de experiencia.

Y de la sentencia de fs. 609/612, no se desprende que el sentenciante haya tenido presente que la actora, prometió probar la suma que percibía el causante y que era el sostén económico del grupo familiar y así como las negativas y manifestaciones de los demandados, respecto a ello y la oposición al resarcimiento de la actora.

Los rubros indemnizatorios fueron apelados por todas las partes, y específicamente el demandado señala que la actora no ha demostrado que el Sr. U. haya sido sostén de su familia y el actor sostiene que es evidente que la sentencia no aparece fundado en ninguno de los parámetros expuestos en el memorial de demanda. La descalificación de los fundamentos en que se apoya la sentencia confieren al tribunal de alzada plena jurisdicción para decidir sobre todos los capítulos que integran la relación procesal, por lo que examinaré las defensas planteadas por la demandada, no consideradas en el pronunciamiento.

Y noto que asiste razón al demandado en punto a que no se probó en autos que el actor fuera quien solventara los gastos de la Sra. L., ya que nada

aportó para acreditarlo, más allá de lo dicho por el testigo A. G. sobre el tema, lo que no resulta suficiente, ante la separación de hecho de la que da cuenta el informe de fs. 449/450vta.

Y sin desconocer las distintas posiciones al respecto sobre este tema, entre otros Z. de González en "Resarcimiento de daños", 2b "Daños a las personas", Capítulo IX, la actora no acreditó que recibiera alimentos del Sr. U., ni ningún otro elemento que permita considerar que su pretensión se encontraba incluida en la presunción legal.

Entiendo que acreditada en autos la separación de hecho, es la actora quien estaba constreñida a acreditar las contribuciones que recibía, que el derecho alimentario se mantenía y cuál era su alcance. Situación que la actora prometió probar y no lo hizo.

La separación implica la desmembración familiar, el no cobijo de todos en el mismo techo, situación que hace que no pueda, en tales condiciones, ampararse en la presunción legal del daño: deberá demostrarse entonces que pese a la separación continuaba recibiendo ayuda de su esposo", JA 1984-IV-763.

"Si esa separación implicaba una inobservancia de las obligaciones que el matrimonio origina, no se produce perjuicio alguno, por cuanto la muerte no determina la creación de valores económicos" Díaz de Guijarro, "La separación de hecho y la indemnización de daños y perjuicio por accidentes sufridos por alguno de los cónyuges" JA, 48-121.

Y agregaba si los cónyuges se encontraban separados de hecho a la muerte de uno de

ellos, es fácil concluir que la muerte del cónyuge no le produjo al sobreviviente perjuicio alguno, ya que la muerte no produce la creación de valores económicos. Los términos de la ley: "lo que fuera necesario para la subsistencia", no significa el reconocimiento de un derecho por sí solo con prescindencia absoluta del perjuicio efectivamente ocasionado. Entender lo contrario -que la muerte origina forzosamente la indemnización-, implicaría una causa de beneficio, contraria a los más elementales principios del régimen de resarcimiento de daños.

Ante lo dicho y con sustento en doctrina y jurisprudencia que comparto, el reclamo con fundamento en los arts. 1084 y 1085 de la Sra. L. no pueden prosperar.

Es la propia actora quien solicitó y produjo esta prueba, y que me permite arribar a esta conclusión, por ser el material probatorio incorporado decisivo para resolver.

No dejo de observar que a la muerte del Sr. U. la Sra. L. ha obtenido una pensión, y que su situación habitacional ha mejorado.

En punto al daño material indemnizable por la muerte del padre, debe prosperar.

La vida humana es un bien que posee idéntico valor para todas las personas. No tiene tasación económica en sí misma porque no está en el comercio y, por lo tanto, no tiene valor de uso o de cambio. Por ello vale cuando, puesta en relación con otras personas o con las cosas, produce bienes y estos son apreciables económicamente. Es que toda persona tiene posibilidades de producir beneficios, bienes o utilidades y ese potencial de lo orgánico, fuerza

física, psíquica y espiritual, está a disposición de la persona para dar de sí obras o para obtener por sí provechos, logros, creaciones manuales, intelectuales y hasta afectivas ("L., MI c/ A. A. S.A. y otros s/ daños y perjuicios" - C.N.Civ., Sala M-3-9-2007, El Dial AA4366).

Continúa diciendo el fallo citado, lo que elípticamente se llama valoración de la vida humana no es otra cosa que la cuantificación del perjuicio que sufren aquellos que eran los destinatarios de todo o de parte de los bienes económicos que el extinto producía, desde el instante que esta fuente de ingresos se extinguió (conf. B. A., J., "Los riesgos recíprocos en la producción del daño", en L.L. de 7/11/982, nota al fallo nº 89.876).

En fin, la vida humana, en el sentido indicado, tiene un valor económico y la muerte por sí, representa un daño que debe resarcirse.

El llamado valor vida, está representado por el rédito que ella produce y la medición del daño sufrido por los reclamantes, en función de la asistencia económica que el causante les prestaba al ocurrir su muerte (conf. CNCiv., sala D, E.D. 140-380, entre otros).

Por último, no puede omitirse señalar que cuando la reparación consiste en una prestación única y actual que podrá ser invertida debe tenerse en cuenta la renta que dicho capital, aún manteniendo intangible su valor, producirá durante el lapso de vida que se considera restaba al damnificado, teniendo presente lo resuelto por el Excmo. Superior Tribunal de Justicia de la Provincia, en autos "C., M. A. c/ Empresa R. C. S.A.", expediente Nº 13309-C-1991, que la

indemnización se paga de una sola vez".

Así, al fijar el resarcimiento debe ponderarse el rédito que producirá el capital resultante del monto de la condena durante el lapso de vida probable, hasta su agotamiento en el tiempo de sobrevida que se estime (conf. Corte Suprema, "Pérez Freddy Fernando c/ Ferrocarriles Argentinos s/ sumario", del 25/8/95; ídem. esta Sala, expedientes N° 117.931 y 141.819).

Considero que la pérdida del padre de ** años al momento del accidente, constituye para sus hijos la frustración de legítimas expectativas de ayuda, apoyo y sostén, que deben ser resarcidas bajo este concepto.

También tendré presente el tiempo que a cada uno de los hijos le restaban para obtener la mayoría de edad, y observo que se solicitó indemnización que, con relación a los menores, se distribuya conforme a la edad de ellos y en forma separada, otorgando el Sr. Juez dio una suma global.

Comparto la llamada tesis negativa sobre este tema que entiende que más que de "distribuir" la indemnización, se trata de "atribuir circunstancialmente" a los respectivos pretensores el resarcimiento congruente con el daño de cada cual, pues, agrega Zavala de Gonzáles en "Resarcimiento de Daños", 2 - b, "Daños a las personas" (Pérdida de la vida Humana), pág. 44, hay connotaciones dañosas personales y discriminables, razones por las que atribuiré los montos indemnizatorios siguiendo tal doctrina.

Es indudable que quien es más pequeño, en comparación con quien se encuentra próximo a la

mayoría de edad, experimenta un daño patrimonial mayor y al decir de la Corte Suprema de la Nación "corresponde dar más a quien pierde más", Mosset Iturraspe, "Valor de la Vida Humana", pág. 104 (citado por Zavala de Gonzalez, en obra citada, pág. 45). En igual sentido, STJ en autos “Alvarado Soto”, SD 25/99.

Valiéndome también de algunas de las pautas señaladas, de las pruebas cabe presumir el efectivo apoyo económico y el perjuicio que la muerte del causante provocó; pero dichos elementos sólo serán indicativos y aproximativos, ya que las particularidades del caso y los datos macroeconómicos imponen la aplicación de montos de corrección.

Todos estos parámetros no se constituirán en valladar ni disparador de la indemnización, pues no aplicaré una fórmula matemática pura.

Como decía, se probó que el actor, tenía ** años, dos hijos menores y estaba separado de hecho, que la madre de sus niños vivía en el mismo predio donde habitaba el Sr. U.

Asimismo, no puedo dejar de sopesar las condiciones económicas, aptitud para el trabajo, nivel de vida, ingresos, condiciones sociales y culturales, etc., que vinculan el problema con la capacidad de producción.

Es cierto que ante la actividad que desarrollaba y la calidad de vida no me permite determinar fehacientemente la expectativa real de ésta, pero ello no resultará impedimento para establecer el monto indemnizatorio, que adelanto no coincidirá con las pretensiones de las partes apelantes.

Y si bien no resulta fácil determinar

una base salarial, no es menos cierto que, aunque no diariamente, el Sr. U. concurría al basural a fin de procurar los medios para su subsistencia, acreditándose en autos que lo que se pagaba por lo recogido no superaba los $15. El salario mínimo imperante en el momento del deceso, será otro parámetro que valoraré, para establecer como base de cálculo, de allí que la suma que determinara la Dra. García Blanco me resulta justa.

Estimaré también la cantidad de dinero que el difunto emplearía para sus gastos particulares, lo que debe restarse del monto percibido. "En la estimación del daño patrimonial que la muerte de una persona ocasiona a sus familiares, deben computarse los ingresos que podían esperar sus beneficiarios si la víctima hubiera sobrevivido, considerando sus posibilidades de vida, las ganancias que podía obtener de su trabajo y deducidas las sumas que la víctima habría consumido", Fallo citado por González de Zavala en obra citada, pág. 473. Disminución que, desde ya, la fijo en un 20% del sueldo a ponderar.

Partiendo de dicho monto, $220 mensuales, la edad del causante, el período de vida útil, difícil de ponderar ante el medio y modo de vida, las particularidades de los actores, el nivel económico de nuestra sociedad, estándar de vida de los hijos, la edad de los mismos, entiendo justo establecer como indemnización por este rubro la suma $20.000 y sustrayendo del monto el 20%, ante la responsabilidad determinada, la suma de $16.000 por daño material para sus hijos menores me parece justa. Y atento lo dicho y que E. al momento del accidente tenía 11 años, fijaré como monto indemnizatorio por daño material la suma de

$9000 y para V. la suma de $7000 quien contaba con 14 años.

Cuando el magistrado efectúa una distribución del resarcimiento por daño material entre los afectados no es numéricamente igual, ya que distintas razones pueden incidir para que el sentenciante, en el caso particular, estime que uno de los damnificados ha experimentado un daño mayor, lo que a veces está en la naturaleza de las cosas (art. 456 CPCC) (conf. CC0102 LP207884, extraído de Juba Pcia. de Buenos Aires).

Daño moral:

Tal rubro peticionado por la Sra. L., adelanto no será acordado, ya que entiendo junto a mi colega que el cese de la convivencia entre los cónyuges extingue la unidad de los lazos afectivos, de allí que no pueda presumirse que estos subsistieran, ante la violencia familiar y la ingesta de alcohol al decir de la Sra. L. (fs. 450) sin perjuicio de pretender relativizar la situación a fs. 556.

Y ante ello y que el daño moral debe surgir de una acabada demostración del monoscabo y no una mera alegación legal, en casos como el presente, desestimo lo peticionado.

Este título constituye una modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de la capacidad de entender, querer o sentir del ser humano, que se traduce en un modo de estar de la persona diferente de aquél en el que se hallaba antes del hecho (CNCiv., Sala H, "J. J. A. c/ C. J. A.", del 26-02-00).

Por ello, no existe ninguna pauta lógico-jurídica que obligue porcentualmente a relacionar las indemnizaciones correspondientes al daño

material con el moral, pues hay circunstancias que en ciertos casos hacen que este último pueda ser de gran magnitud, en tanto que aquél ni siquiera llega a existir (conf. esta Sala, "G. de P. N. c/ A. A. y otro s/ sumario", del 16-05-91 y "G. L. M. c/ A. O. O. s/ daños y perjuicios", expte. N 297.697).

Así, al tratarse de un daño provocado a bienes extrapatrimoniales, resulta independiente del daño patrimonial, con el cual no tiene por qué guardar relación alguna (conf. C.S. "F. F. c/ F.-c. Argentinos s/ daños y perjuicios", F. 312:1597). Ello implica que la cantidad a establecerse por el agravio moral no será, forzosa y matemáticamente, un porcentaje de lo que se conceda por otros conceptos (en similar sentido, CNCiv., Sala A, "C. de H., H. c/ C. O. s/ daños y perjuicios", del 22-12-92; CNCiv., Sala G, "B. de C., O. c/ F. A. s/ sumario", del 04-12-90, entre otros).

Pues si bien es cierto que no cualquier tipo de angustia importan un daño real indemnizable, creo que en el caso median razones suficientes como para tenerlo por configurado.

La muerte del padre no es un quebranto afectivo cualquiera, sino uno que responde a un interés espiritual preexistente, objetivamente reconocible y jurídicamente valioso, consistente más en la alteración familiar que genera repercusiones espirituales, difíciles de dimensionar cuando se ha perdido en un instante, del modo en que se produce y sin que nada lo previera.

Como lo expusiera el Dr. Martín al votar en la S.D. 2/96, nuestro derecho no consiente una "traducción" exacta en dinero, ni importa "negociar" con el dolor o las afecciones legítimas del ser humano,

sino que constituye una satisfacción o compensación "en derecho" y "ante la equidad" (Mazeaud-Tunc, Responsabilidad Civil - T.I, pág.441 - BREBBIA - El daño moral pág. 80). Su expresión cuantitativa, excluida la posibilidad de equivalencia, queda librada a la prudencia judicial, en orden a ciertas pautas dadas por la índole del hecho generador y sus circunstancias, la personalidad de quienes lo reclaman, su situación en particular, su receptividad, y demás peculiaridades que cada caso presente, de tal modo que la compensación no constituya un motivo de enriquecimiento sin causa, una fuente de lucro, como tampoco una mera expresión simbólica inadecuada a la entidad del agravio. Determinar la cuantía del perjuicio con racionalidad y justicia es una ardua y dificultosa tarea del juzgador, que sólo cuenta como parámetro objetivo orientador, con los criterios generales de "reparación integral", dados los arts. 1077, 1078, 1083, 1089 CC, la "prudencia" del art. 1084, la "equidad" del art. 1069. Ellos habrán de conjugar con los elementos que el caso concreto le proporcione para merituar y valorar la magnitud del daño, y son ellos -estos factores- los que fundamentalmente guiarán la determinación del quantum, como lo indica la profusa jurisprudencia existente. En este orden, la influencia de los precedentes es harto relativa. Véase, si no, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que fija en autos "Fernández... c/ Ballejo..." del 11/5/93, una indemnización por daño moral por causa de la muerte de un padre de familia en $75.000 (LL1993-E-470), y la Sala J de la Cám. Nac. Civil, por sentencia del 14/5/93, estipula, para un caso de muerte de hijo -en el supuesto, mayor de edad-

$23.800 (LL 1993-E-279), y la Sala E de la misma Cámara, pondera por la muerte de una hija menor -12 años- $40.000 (JA 1995-II-481)... y los ejemplos son numerosos".

"Las circunstancias del caso tienen una gran significación para la determinación objetiva del daño moral experimentado por el damnificado, y al mismo tiempo para facilitar la concreción de una solución de equidad (Ramón D. PIZARRO - Valoración del Daño Moral- LL 1986-E-828).

Por todo ello, en virtud del profundo dolor sufrido por los reclamantes, estimo que la suma concedida en la anterior instancia para reparar este concepto en favor de sus hijos resulta insuficiente por lo que propongo que la misma sea incrementada a la suma de $25.000, para cada uno de ellos.

De dicho monto deberá sustraerse el 20% de acuerdo al porcentual de responsabilidad acordado.

He de recrear lo dicho por el STJ en SD 45/94 y 25/99 "creo adecuado indicar que el arbitrio tiene en la cuestión un amplio margen. No existen normas fijas, ni proporciones apriorísticas, la valuación del perjuicio queda sujeta a las circunstancias particulares del caso. Máxime cuando se trata del valor vida, que tantas disquisiciones doctrinarias y jurisprudenciales viene causando, no sólo en su concepción sino en su modo de reparación".

La tasa de interés y el momento desde cuándo deben correr los intereses que fuera motivo de agravio por la parte actora, ha sido admitida por mis colegas, razón por la que no me expediré. Por mandato legal costas y honorarios deben adecuarse.

Las costas de primera instancia las

Sras. Juezas prevotantes acordaron imponerlas a los demandados vencidos.

Las de esta instancia sin perjuicio de lo decidido entiendo deben ser soportadas por los demandados, pues si bien no se admitió lo requerido por el actor el porcentual de responsabilidad fue modificado a favor del actor, los montos indemizatorios respecto a los menores fue admitido y lo decidido respecto a la Sra. L. resulta materia opinable. A lo que se agrega que fue el proceder de los demandados lo que permitió que el actor estuviese en ese lugar y ello no les fue impedimento para negar hechos relevantes que permitieron que esta causa se extendiera durante tantos años.

A fin de regular los honorarios de ambas instancias tendré presente la labor profesional, el resultado obtenido, la posibilidad que las pretensiones prosperen y demás pautas de los artículos 6, 7, 9, 14 y 62 de la ley de aranceles.

A la segunda cuestión la Sra. Juez de Cámara Marta Susana Reynoso de Roberts dijo que coincide respecto sobre a lo decidido sobre la Sra. L. y los montos indemnizatorios con la Dra. García Blanco y con relación a las costas de esta instancia con la Dra. Melero. Tener presente el caso federal.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar, con las disidencias señaladas, la siguiente

SENTENCIA:

1) Receptar parcialmente los agravios de las partes, modificando el punto 1ro. de la sentencia de fs. 609/612 venida en crisis, en los siguientes términos: desestimar la demanda de la Sra. M. I. L.;

hacer lugar parcialmente a la demanda y declarar la culpa concurrente de ambas partes en un VEINTE POR CIENTO (20%) a P. G. U. y en un OCHENTA POR CIENTO (80%) a los demandados H. N. R. y C. SRL. Condenar a los demandados y a T. S. SA -quien responderá dentro de los límites del seguro-, a abonar la indemnización por daño material por el fallecimiento del Sr. U. en DIECISÉIS MIL PESOS ($16.000), que se distribuirá de la siguiente manera, a saber: corresponden a E. U. NUEVE MIL PESOS ($9.000) y a V. U., SIETE MIL PESOS ($7.000). Por daño moral: VEINTE MIL PESOS ($20.000) a cada uno de los hijos nombrados precedentemente. Sobre dichos importes se efectuó el porcentaje de descuento establecido. Los montos de condena se incrementarán con los intereses conforme lo fijado según considerandos respectivos, al momento del hecho dañoso (el 8 de octubre de 2001) y según la tasa establecida en la sentencia de grado según considerandos respectivos.

2) Costas de ambas instancias a la demandada vencida.

3) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en primera instancia a los Dres. E. J. M., J. M. P. y V. D. R., conjuntamente, en la suma de PESOS TREINTA MIL ($30.000), a los Dres. I. A. M., N. L. y E. A., conjuntamente, en la suma de PESOS DIECISIETE MIL QUINIENTOS ($17.500), a los Dres. J. M., G. H. U. y J. L. E., conjuntamente, en la suma de PESOS DIECISIETE MIL QUINIENTOS ($17.500), a la perito psicóloga S. M. en la suma de PESOS MIL QUINIENTOS CUARENTA ($1.540) y al perito mecánico E. J. K. en la suma de PESOS MIL QUINIENTOS CUARENTA ($1.540).

4) Regular los honorarios profesionales

por los trabajos realizados en la alzada a los Dres. E. J. M. y J. M. P., conjuntamente, en la suma de PESOS NUEVE MIL ($9.000), al Dr. G. H. U. en la suma de PESOS CUATRO MIL TRESCIENTOS SETENTA Y CINCO ($4.375) y a los Dres. E. M. A., I. A. M. y N. L., conjuntamente, en la suma de PESOS CUATRO MIL TRESCIENTOS SETENTA Y CINCO ($4.375).

5) Tener presente la reserva del caso federal de fs. 658.

6) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

NÉLIDA SUSANA MELERO - Presidente
GRACIELA MERCEDES GARCÍA BLANCO - Juez de Cámara
MARTA SUSANA REYNOSO DE ROBERTS - Juez de Cámara

REGISTRADA BAJO EL nro. 41 DEL AÑO 2008
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS “CyC”