000768/2009

--- Trelew, de abril del año dos mil diez.----------

--- **VISTO:** El recurso de apelación interpuesto a fs. 190, contra la sentencia definitiva glosada a fs. 187/189, concedido a fs. 191, y fundado a fs. 199/204.----------

--- **Y CONSIDERANDO**: ----------

--- I.- A fs.187/189 la jueza de grado declara que por fallecimiento de C. E. M., le sucede en el carácter de única y universal heredera su abuela M. A. G.. Asimismo declara vacante la herencia de don G. E. M. P., ordenando la notificación al Ministerio de Educación a fin de que designe curador de los bienes del causante citado en último término. Motiva su decisión en la insuficiencia de las pruebas aportadas que imposibilitan establecer la premoriencia del Sr. G. E. M. P. respecto de su hijo C. E. M., ocurridas ambas en un desastre común.----------

----------II.- A fs. 199/204, la apelante expresa agravios manifestando que el supuesto de conmoriencia resulta ser una “ficción jurídica” resultando difícil o imposible producir una prueba directa de los hechos y que es inverosímil que la muerte de dos personas ocurra al mismo tiempo. Puntualiza que en su presentación de fs. 178/180, había señalado la falta de contenido del dictamen del Cuerpo Médico Forense, a la vez que resalta las conclusiones a las que arribara el informe presentado por su parte elaborado por el Dr. M.. Afirma que el Cuerpo Médico Forense nunca realizó un análisis de la cuestión, menos aún analizó el contenido del informe efectuado por el perito a pedido de parte, ni fue objeto de impugnación. Se agravia, asimismo, porque la sentenciante ha omitido considerar elementos fácticos que llevarían a la lógica conclusión de la premoriencia del Sr. M. P., tales como: que la habitación del menor era la más alejada de los focos productores de monóxido de carbono, que dicha habitación tenía una ventana abierta, que el menor se encontraba dormido al momento de su fallecimiento, la diferencia de edad de ambos causantes y la obesidad y antecedentes cardíacos que padecía el Sr. E. G. M. P.. Sostiene que es necesario receptar los hechos señalados, no ya a título de presunción “iuris tantum, sino como presunciones “hominis” toda vez que resultan de hechos probados y valorados científicamente.---------

--- III.- En su redacción el art. 109 del C. Civil prevé que para el caso del fallecimiento de dos o más personas en un desastre común, de modo que no se pueda saber cuál de ellas falleció primero, se presume que todas fallecieron al mismo tiempo, sin que se pueda alegar transmisión alguna de derechos entre ellas.----------

--- En orden a la naturaleza jurídica de la presunción a la que refiere el artículo, en sentido técnico, no se trata de una presunción de carácter relativo o iuris tantum como sostiene un sector de la doctrina. Ello así, en razón de que el codificador no ha tenido en miras dar a las partes un elemento de más fácil comprobación, del que se infiera la simultaneidad de muertes, hasta que se pruebe lo contrario. Sino que, en el caso se trata de un principio, una regla ineludible que se aplica cuanto toda prueba ha fracasado. Es decir, de demostrar una de las partes el orden de los fallecimientos, tal

demostración no es la prueba en contrario que destruye una presunción, sino la que elimina la condición que la ley requiere para el funcionamiento de su regla imperativa. En consecuencia por ser una regla de derecho material destinada a surtir efectos generales, sus proyecciones escapan de los límites de la prueba, aún cuando sus efectos coincidan en ocasiones, con los lineamientos que señalan los principios que rigen el “onus probandi” (Conf. Néstor L. Portas, “Conmoriencia” LL 64-868, criterio compartido por Alberto J. Bueres – Elena I. Highton, “Cód. Civil...”, Editorial Hammurabi, Tomo 1, pág. 554, Belluscio-Zannoni, “Cód. Civil... “, Ed. Astrea-1978, Tomo 1, pág. 464, ap. 3).---------- --- Por ello, el único modo de evitar la aplicación de esta norma legal es la demostración a través de pruebas concretas y fehacientes de los hechos que acrediten la premoriencia del Sr. M. P., respecto del fallecimiento de su hijo.---------- IV.- Destaca la recurrente la opinión vertida por los Dres Belluscio y Zannoni en su Código Civil, en cuanto señalan como posible objeción al sistema adoptado en el art. 109 citado, que es inverosímil que la muerte de dos personas ocurra al mismo tiempo, pero omite considerar que los citados autores se enrolan en la postura indicada en el párrafo precedente. Asimismo no tiene en cuenta que los mismos autores, citando a Castán Tobeñas han dado respuesta a esta afirmación indicando que la solución adoptada es consecuencia natural y necesaria de los principios generales en materia de prueba, a tenor de los cuales hay que rechazar la premoriencia cuando no es objeto de prueba; que ningún interés social requiere que haya una transmisión de derechos entre personas que fallecieron en un mismo acontecimiento; y que resulta más razonable la aplicación de esta norma legal cuando es imposible demostrar un hecho que origina el nacimiento de derecho, pues fija un principio igualitario frente a presunciones arbitrarias de sobrevivencia, tales como establece el Código Francés. (Conf. Castán Tobeñas J., “Derecho civil español común y foral”, págs. 52-53. Siguen este sistema los Códigos, alemán, sueco, austríaco, chileno y portugués, cit. en obra y autores citados, Ed. Astrea, 1978, pág. 463, ap. 1).---------- V.- La apelante, disiente con la valoración realizada por la Sra. Jueza “a quo” del informe del Cuerpo Médico Forense, señalando entre otras objeciones que en el mismo no se ha tenido en cuenta el informe de parte realizado por el Dr. M..---------- En tal sentido, cabe recordar que el peritaje es una actividad procesal desarrollada en virtud de encargo judicial, por personas distintas de las partes del proceso, especialmente calificadas por sus conocimientos técnicos, artísticos o científicos, mediante la cual se suministran al juez argumentos o razones para la formación de su convencimiento respecto de ciertos hechos cuya percepción o entendimiento escapa a las aptitudes del común de las gentes. De ello se deduce que dicha labor cumple una doble función, comprobar hechos que exijan conocimientos técnicos, artísticos o científicos que se hallan fuera de la cultura del juez, y aportar reglas técnicas o científicas de la experiencia especializada de los peritos para formar el convencimiento de aquél sobre tales hechos, e ilustrarlo

para que pueda realizar una valoración más exacta del caso. Por ello el art. 468, Anexo “A”, Ley XIII, Nro. 5 (antes art. 464 del CPCC) requiere para el caso que la profesión esté reglamentada que el perito tenga título habilitante en la ciencia, arte, industria o actividad técnica especializada a que pertenezcan las cuestiones acerca de las cuales debe expedirse.---------- En este orden de ideas, el dictamen del Dr. B., resulta relevante atendiendo a la especialidad de médico forense que detenta, en la cual la corrección y el valor de las operaciones médicos legales no dependen solamente de los métodos puestos en práctica sino que también se suman cualidades intelectuales y morales tales como objetividad, sentido de la realidad, reflexión, sentido común, juicio, prudencia, imparcialidad y espíritu jurídico, inherentes a su especialidad y que no resultan coincidentes con otras especialidades porque se desarrollan en planos diferentes (Conf. C. Simonin “Medicina Legal Judicial” Editorial JIMS-Barcelona 1973-págs. 34/35).---------- Por otra parte, el informe acompañado por la apelante, (fs. 27/38) que cabe resaltar no fue producido por un médico en la materia designado por la jueza de grado en el ámbito de una prueba pericial, sino que fue realizado por un médico especialista en anestesiología, reviste el carácter de un informe producido a pedido de parte con características propias al que emite un consultor técnico, defensor o auxiliar de parte, quien lo propone para que lo asesore en los ámbitos de la técnica ajenos al específico saber jurídico. Ello así siguiendo la opinión de Carnelutti que sostiene que el consultor técnico es una figura análoga a la del abogado, y opera en el proceso a manera de este último, por lo cual debe comprendérsele en el amplio concepto de defensor consultor. Es decir, asiste a la parte, y a diferencia del perito que es designado por el juez, el consultor técnico es designado por la parte (Conf. De Santo “La Prueba Judicial”, Ed. Universidad-1992, págs. 515/516).---------- En tal contexto, la quejosa pretende otorgar a este informe la validez de pericia, alegando que no ha sido impugnada en clara contradicción con el código de rito, lo cual es inaudible pues el dictamen que puede ser objeto de pedido de explicaciones o impugnación es el producido por el Dr. B., -realizado por indicación de la “a quo”- de conformidad con las previsiones del art. 477 Anexo “A”, Ley XIII, Nro. 5 (antes art. 473 del C.P.C.C.), a la vez que el informe del Dr. M. encuadra en la norma del art. 476, segundo párrafo del citado código que otorga a los consultores técnicos la posibilidad de que presenten por separado sus respectivos informes, efectuando las observaciones que consideren pertinentes.---------- Se agravia además el recurrente por la falta de consideración de la juez de grado de los hechos físicos que describe en los puntos a),b), c), d) y e) de fs. 202vta/203. Pero no ha de soslayarse que la determinación de la hora de la muerte de una persona se establece en base a métodos científicos complejos, tales como el expuesto por los Dres. L., E., S. y G. mediante el análisis del humor vítreo (Conf. Alfredo Achával, “Manual de Medicina Legal”, Ed. Lexis Nexis - Abeledo Perrot-2005, Tomo I, pág. 413, ap. III), o el método bioquímico del Dr. K. S., entre otros (Conf. C. Simonin “Medicina

Legal Judicial” Editorial JIMS-Barcelona 1973- pág. 737). Estas técnicas expuestas por especialistas en la materia resultan confirmatorias del dictamen del Dr. B., enderezado a no contradecir los certificados de defunción emitidos por el Dr. Z., por ausencia de fundamento pericial sustentable. En efecto, al perito no le alcanza con suministrar una noticia, emitir una impresión clínica o simples afirmaciones sentenciosas, sino que debe justificar su opinión, sostenerla, apoyarla en consideraciones científicas, en una argumentación solidamente estructurada y racionalmente deducida, porque los jueces esperan de ese dictamen la demostración del hecho.----------

---------- Es que no se puede pedir al juez que posea una ciencia igual o superior a la del científico, que sería lo ideal para hacer su propia valoración de caso; entonces solo cabe controlar adecuadamente el grado de aceptabilidad -conforme al del conocimiento común- de los nuevos métodos científicos o bien la racionalidad del procedimiento y conclusiones seguidas y que aporta el científico.(Conf. Augusto M. Morello, “La Prueba tendencias modernas”, 2da. Edición ampliada, Librería Editora Plantese, pág. 157)---------- A mayor abundamiento, resulta adecuada la valoración de la prueba efectuada en la instancia anterior, en tanto los jueces no están obligados a ponderar exhaustivamente todas las pruebas, sino la que es pertinente y decisiva, la que pesa e influye realmente en el resultado de la litis (Corte Suprema, Fallos 306:1752, 308:733), en el caso la pericia del Dr. B., integrante del Cuerpo Médico Forense, dada la importancia y trascendencia de la determinación del momento exacto de la muerte de los causantes, en cuanto es el hito de terminación de los derechos como personas de existencia visible y punto de partida de la aplicación de las disposiciones legales previstas para después de la muerte.----------

---------- En consecuencia, de lo expuesto se concluye que la apelante no ha cumplido con la carga de la prueba impuesta por el art. 381 segundo párrafo, Anexo “A”, Ley XIII, Nro. V, (antes art. 377, segundo párrafo CPCC), en cuanto dispone que cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción.---------

---------- Por ello, no habiendo prosperado los agravios de la apelante habrá de confirmarse el decisorio apelado. En consecuencia, por aplicación del criterio objetivo de la derrota, las costas se imponen a la recurrente, regulándose los honorarios del Dr. D. L. T., de conformidad con las pautas establecidas por el art. 13 de la Ley XIII, Nro. 4, antes art. 14 (Ley 2200).----------

---------- En su mérito, la Sala "B" de la Cámara de Apelaciones con asiento en la ciudad de Trelew, **RESUELVE:**----------

---

--- I. Confirmar el decisorio de fs. 187/189.----------

--- II. Imponer las costas a la apelante vencida, regulándose los honorarios del Dr. D. L. T., apoderado, en mérito a la trascendencia de la labor cumplida, la calidad de la misma

y al resultado obtenido, en el 25% de los que a su favor se hubiere regulado en la instancia anterior. (Art. 13, Ley XIII, Nro. 4, antes art. 14 Ley 2200).-------

--- Regístrese, notifíquese y devuélvase.----------

--- REGISTRADA BAJO EL Nº 09 DE 2010 - SIE.- CONSTE.----------

VILMA NOEMÍ BIRRI
SECRETARIA