En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de agosto del año dos mil quince, 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 la Sra. jueza de Cámara Dra. Graciela Mercedes García Blanco y del Sr. juez de Cámara Dr. Ricardo Rubén Enrique Hayes, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"L. L., J. G. y otros c/ M. DE C. R. y otra s/ SUMARIO (Daños y Perjuicios)", expte. nro. 148/15**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial nro. 1 (expte. nro. 278/07), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 1220), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Graciela Mercedes García Blanco, Dra. Nélida Susana Melero y Dr. Ricardo Rubén Enrique Hayes.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 1148/1165vta.? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión, la Dra. García Blanco dijo:

Viene a mi conocimiento el presente pleito por apelación incoada por la parte demandada y actora, del letrado de la accionante Dr. A. F. por la regulación de sus honorarios profesionales contra la sentencia definitiva nro. 86/2014 (fs. 1148/1165vta., fs. 1183, fs. 1184, fs. 1185).

La sentencia venida en crisis dispuso rechazar la demanda incoada por la parte actora contra la

Asociación Vecinal C. N. en todas sus partes e imponiendo las costas a la parte actora perdidosa; y reguló los honorarios correspondientes a la demanda incoada contra la codemandada Asociación Vecinal del Barrio C. N., de los abogs. apoderados de la parte demandada N. R. M. L. y E. O., conjuntamente y en proporción de ley, en el 18%, y de la letrada patrocinante de la parte actora Andrea Silvana PARDO en el 1,8%, y del abog. apoderado de la parte actora A. D. F., en el 3,5%; todos ellos del monto de condena, siempre que los mismos sobrepasen el mínimo legal previsto por el art. 7 de la Ley XIII N° 4, o en su defecto se aplicará este último.

Hizo lugar parcialmente a la demanda incoada contra la M. de C. R., y la condenó a resarcir a los Sres. J. G. L. L., M. CH., V. B. L. E. A. L., M. G. L., L. S. L. Y M. J. L., la suma de SETECIENTOS VEINTE MIL PESOS ($720.000) en el plazo de 10 días de que la presente resolución se encuentre firme o consentida, con más los intereses correspondientes a la tasa activa del Banco Nación para las operaciones de descuentos, a contar desde el día 11 de marzo de 2005, e impuso las costas en virtud del resultado arribado en un 40% a la parte actora y en un 60% a la parte demandada. Reguló los honorarios correspondientes a la demanda incoada contra la codemandada Municipalidad de Comodoro Rivadavia, de la letrada patrocinante de la parte actora A. S. P. en el 4 y del abog. apoderado de la parte actora A. D. F., en el 6%; de los abogados

apoderados de la parte demandada M. X. P., P.H. CH., P. A. E., L. E. L., F. A. R., D. O. M., y O. R. H., M. P. Y N. L. en conjunto y proporción de ley en el 15%, todos ellos del monto de condena, siempre que los mismos sobrepasen el mínimo legal previsto por el art. 7 de la Ley XIII N° 4, o en su defecto se aplicará este último.

1. A fs. 1202/1205 se agregó el memorial de agravios de la parte demandada M. de C. R.

La sentencia en crisis los agravia porque en virtud de una serie de errores en la interpretación y aplicación del derecho vigente, otorgó rubros indemnizatorios a sujetos que por imperio de ley carecían de legitimación activa para reclamarlos (daño moral peticionado por hermanos de la víctima), sin motivación y sin que en el caso se acreditaran sus presupuestos de admisibilidad (daño psicológico) o basados en una fundamentación aparente y en parte a sujetos que no acreditaron legitimación para percibirla (daño por pérdida de chance).

Varios aspectos de la sentencia en crisis no cumplen con la carga de fundar exigencia procesal, incurriendo en vicios de arbitrariedad desde que lo decidido no resulta una consecuencia lógica y razonada de los hechos de la causa y el derecho invocado.

Primer agravio:

Hace mención al art. 1078 del Cód. Civil que dispone en su segundo párrafo: "La acción por indemnización del daño moral solo compete al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos, ni la parte actora solicitó, ni el Sr. JUEZ resolvió, la inconstitucionalidad de esta

norma, por lo que los hermanos de la víctima, al no detentar la condición de herederos forzosos carecen de legitimación activa para reclamar una indemnización por daño moral derivada de la muerte.

En el caso de autos, la demanda ha sido promovida por dos adultos, J. G. L. L. y M. A. CH. -padres de la víctima-, actuando por derecho propio y en representación de sus hijos menores de edad. V. B. L., E. A. L., M. G. L., L. S. L. y M. J. L. -hermanos de la víctima-, y los siete -sin distinción- reclamaron conjuntamente una indemnización del $500.000 en concepto de daño moral.

El juez de grado otorgó una indemnización en concepto de daño moral por la muerte del hijo y hermano de los actores ordenando pagar los $500.000, sin fundamentar el motivo por el cual se apartó de la limitación impuesta por el citado art. 1078. Solo dos de los siete coactores gozaban de legitimación activa para reclamar este rubro, solo corresponde a derecho que prospere este rubro en 2/7 partes del monto reclamado y a favor de los coactores Sr. J. G.L. L. y M. A. CH., sin perjuicio del oportuno descuento del porcentaje que esta parte quedó eximida a pagar por la culpa concurrente.

Continúa el apelante con su agravio calificándolo de segundo error.

Yerra el Sr. juez al condenar a la M.a pagar a los coactores a la par del daño moral, otro rubro que identifica como daño psicológico pero dentro del mismo capítulo del daño moral, sin aclarar el motivo de esta distinción, con una total ausencia en la motivación concreta sobre las circunstancias particulares por las cuales considera que los coactores sufrieron esta especie de daño (psicológico), entiende el recurrente que corresponde a derecho rechazar el rubro

indemnizatorio categorizado como daño psicológico, y para el remoto,

hipotético e improbable caso en el que prosperara el mismo, siendo una especie del moral debería aplicársele las mismas limitaciones del art. 1078 del Cód. Civil en cuanto a la legitimación.

MARÍA FERNANDA ZANATTA
Secretaria de Cámara

Tercer error:

Respecto a la pérdida de chance, el Sr. juez comete el mismo error que con relación al daño moral, no diferencia entre los coactores pese a que la naturaleza y presupuestos para el derecho alimentario entre ascendientes y descendientes es totalmente distinto al previsto para colaterales, sobre todo si en el marco de la hipótesis donde opera la chance, era totalmente improbable que la víctima llegara a brindar aporte alimentario a "cuatro hermanos" que eran menores que él a la par de brindárselos a los "dos padres", sobre todo teniendo en cuenta la condición humilde de la familia. Sin perjuicio de que la victima pudiera formar una nueva familia a la que debería sostener y tener cargas respecto de la misma.

Reconoce el inconmensurable dolor que provoca la pérdida de un hijo, los padres tienen otros cinco hijos que en el marco de la hipótesis dentro del cual opera el análisis de la pérdida de chance, tienen la misma carga y posibilidades de brindarles ayuda alimentaria en caso de necesidad, disminuyendo así la chance de una privación alimentaria "real" en caso de necesidad en una edad avanzada por la mera pérdida de uno de sus seis hijos. Considera la eventualidad favorable (supuesto de necesidad alimentaria de los siete coactores y de capacidad alimentaria del hijo fallecido para asistir a los siete con el sobrante de los gastos personales y su propio grupo familiar) incierta o al menos muy remota,

como para que proceda en los términos solicitados y otorgados por el Sr. JUEZ. Ante lo expuesto solicita se rechace este rubro, o en su defecto de los delimite a los padres de la víctima.

2. A fs. 1206/1208 expresa agravios la parte actora.

Agravio: se causa a sus representados, pues el tribunal inferior ha rechazado la responsabilidad de la Asociación Vecinal del B° C. N., la Comisión Deportiva estaba integrada por un miembro de la vecinal, y la función o rol era el de controlar las actividades que en dicho recinto se desarrollaban, esto no es una apreciación subjetiva de la actora, sino se atiene a las cláusulas contractuales citadas.

Ha sostenido el tribunal inferior que no existe prueba alguna de los hechos que determine la existencia de la comisión mixta, pues ahí es donde radica incluso la negligencia por la cual se demandó a la A. V., es decir, solidariamente se crea una comisión con un representante de la M. para efectuar el debido contralor de las disciplinas a practicarse, y en ese sentido la misma no cumplió su función en debida forma, por ello tanto M. C., entrenador de esta disciplina obraba y trabajaba sin título habilitante por ejemplo entre tantas irregularidades, confirmar por este tribunal de alzada la apreciación del juez de grado, resulta justificar lo absurdo, el andar por el costado del derecho, evadiendo lo justo, de allí nace la negligencia, incluso la imprudencia, el box es un deporte de alto riesgo. Las cláusulas contractuales son para las partes y deben respetarse como a la ley misma y de buena fe, pero incluso para terceros su aplicación debe ser entendida y aplicada en beneficio y de manera correcta, en este caso la familia actora L. L., ese

deber de controlar recaía en la comisión mixta, fijada por cláusula contractual, y además del resultado nefasto alcanzado, era aplicada o cumplida sin seriedad.

Están evidenciados claramente, los deberes del convenio impuestos a la comisión que no han sido cumplidos, si se hubieran ejercido y asumido como deber y obligación lo pactado, D. L. estaría entre nosotros.

MARÍA FERNANDA ZANATTA
Secretaria de Cámara

Agravio: le causa a la actora, el reproche en cuanto a contribuir con este desenlace el magistrado lo hace recaer en la persona del hijo de los actores, es decir en D. L., al detectarse con la autopsia practicada que tenía una secuela de vieja data en el cráneo, una fractura en el hueso parietal izquierdo.

Además de qué manera siendo un niño (lesión craneana data de antes de los 8 años) D. L. podía saber que en su humanidad interior física, en el cráneo podría llevar consigo una lesión, es algo desconocido que no se puede detectar si no es por tomografía computada, de esa lesión ni siquiera tenían conocimiento los padres, quien sabe dónde y cómo la sufrió, los padres se enteraron con el resultado de la autopsia de la fractura´, no de otra manera. Continua diciendo la parte actora recurrente, "entonces por qué castigar y reprochar a un joven fallecido, a los padres del occiso negarles un derecho a ser indemnizados por menor cuantía conforme a los montos de la demanda principal ($1.200.000) Un Millón Doscientos Mil Pesos, por qué como residualmente se advierte esta concausa opera a favor del demandado cuando resulta ilógico, irracional la valoración de la prueba producida la cual es incuestionable, y que debe admitirse a favor de la actora en todas sus partes mas no en un 30%, la sana crítica está en juego, contrario a lo establecido por

el art. 165 párr. 1, lo único probado en este agravio es que D. L. murió a razón del golpe, y no que asumió un riesgo por su salud a través de una lesión de antes de sus 8 años, por otro lado este artículo ampara la pretensión de los actores, por cuanto lo único probado es que dentro de todas las irregularidades asiste razón a mis poderdantes, la municipalidad ninguna prueba ni la vecinal han aportado para una ser eximida y la otra ser beneficiada con una reducción sustancial y notable en el fallo final ahora criticado, lo único real es que Daniel Lagos murió por imprudencia de ambas demandadas".

3. Ambas partes contestan los agravios de la contraria.

A fs. 1210/1212 contesta los agravios la M. de C R. Haciendo referencia a que la lesión craneana de D. L. fue un factor decisivo, fundado en exámenes médicos. Reconoce el apelante que los padres desconocían la existencia de la lesión y su detección escapa al examen físico de rutina sobre la actitud física para practicar deportes. Agrega que el análisis de la culpa que hace el recurrente escapa al ámbito de la causalidad, el juez *a quo* se limitó a cumplir lo establecido en el art. 906 de CC no a castigar como manifiesta el recurrente.

A fs. 1213/1215 Contesta los agravios de la demandada, la parte actora.

Con relación a los herederos forzosos que establece el Código Civil, dice que el juez aplicó un criterio contemporáneo y progresivo. Cita doctrina. Hace hincapié en lo dicho por el juez *a quo*.

Erróneamente critican el daño moral y psicológico pues el juez *a quo* no lo tomó como un plus adicional, sino que hace consideración que debería componerse conjuntamente.

Con respecto a la pérdida de chance, dice que la condición humilde de la familia da mayor derecho a ser resarcido. Las pruebas colectadas dan muestra que tenía la posibilidad de ingresar en una empresa petrolera.

MARÍA FERNANDA ZANATTA
Secretaria de Cámara

Análisis:

Vino cuestionado esta alzada la legitimación de los hermanos de la víctima para el resarcimiento de los rubros indemnizatorios, daño moral, psicológico y perdida de chance, por parte de la demandada, y por parte de la actora, el rechazo de la responsabilidad de la A. V. del B. C. N.y la corresponsabilidad en el evento dañoso de la víctima fatal.

1. En cuanto a la corresponsabilidad en el daño, el sentenciante de grado evaluó en las presentes actuaciones que dos son los supuestos que constituyen una concausa del fatal suceso, por un lado la asunción voluntaria de riesgos (causa concomitante) en la práctica de un deporte riesgoso de elevado contacto físico y por el otro la patología y el estado de salud previo (causa previa) que contribuyeron al fatal desenlace.

Con relación al primero de ellos, la asunción voluntaria de riesgo, dijo el juez, luego de mencionar distintas doctrinas sobre el tema, que el ámbito deportivo resulta uno de esos supuestos donde se ha admitido su aplicabilidad. En estos casos, se trata de una aceptación tácita de los riesgos derivada de la autonomía de voluntad de la persona y su libre determinación, la cual conduce a considerar su incidencia causal en el desenlace.

Aparece ausente en el memorial argumentos que brinden una crítica a este razonamiento del juez *a quo*, se ha evaluado la actividad realizada el momento y

oportunidad en que se produjo el hecho dañoso y que la actividad era volitiva del joven L., es decir que la asunción tácita requiere ser contemplada como concausa del daño en proporción al nivel de previsibilidad exigido en cuanto a la posibilidad de que el mismo se produzca.

En la sentencia de grado se consideró el informe de fs. 39 y vta. del médico forense Iser J.W.en los autos caratulados: "LDA s/ Muerte dudosa", expte. N° 2597/2005" y declaración testimonial del mismo galeno en sede civil obrante a fs. 932 de estos actuados e informe de fs. 117. Ello llevó a determinar que la secuela física que detentaba el joven ha participado causalmente en el triste desenlace, es decir, la existencia de la mencionada dolencia física, asintomática, resultó concausa adecuada del resultado producido. La existencia de un aporte causal al resultado dañoso, que tuvo incidencia en el desarrollo final de la lesión producida y que fuera causa inmediata y final del óbito, por lo que su incidencia se contempló proporcionalmente en la sentencia.

La existencia del perjuicio se observa examinando la sentencia y determinando las partes o cuestiones del acto que lesionan o son desfavorables a los intereses jurídicos de los litigantes. El agravio o conjunto de agravios según la complejidad del decisorio, será la medida de la apelación (según Fenochietto, E., "Cód. Proc…", t.2, págs. 4/5, ed. Astrea-2001). Para cumplir con el recaudo de suficiencia del recurso no basta aseverar una determinada solución jurídica, sino que es menester exponer claramente las normas que se consideran violadas, las razones en que se basa dicha afirmación, todo con referencia a las circunstancias específicas y particulares del caso y a los términos del fallo que lo

resuelve. Siguiendo este orden de ideas, el recurrente manifiesta discrepancias subjetivas con lo decidido, no hay aporte que contradiga las pruebas evaluadas, específicamente la testimonial del galeno, y el informe de la autopsia. En ningún momento el juez *a quo* atribuyó negligencia como dice el apelante, los argumentos fácticos y jurídicos no son atacados.

MARÍA FERNANDA ZANATTA

Secretaria de Cámara

El apelante no brinda argumento alguno sobre la valoración efectuada por el juez *a quo*, ni tampoco expone cuál sería la solución diversa, el carácter "concreto" que debe contener la crítica, que impone la norma jurídica (art. 268 CPr) para la admisibilidad del recurso; se refiere a lo preciso, indicando, determinando –debe decirse cuál es el agravio-, lo razonado indicando los fundamentos, las bases, las sustentaciones –debe exponerse por que se configura el agravio-. Lo que no se da en el memorial, lo que me lleva a concluir que en el punto el escrito de arribo a esta alzada solamente porta una disconformidad subjetiva con lo decidido.

Como se ha dicho reiteradamente por la doctrina y la jurisprudencia, "la ausencia en la presentación recursiva, de una crítica puntual al aspecto de la sentencia en análisis, que rebata todos los fundamentos de la misma, determina la inadmisibilidad, por insuficiencia técnica, del agravio en tratamiento" (CSJT sent. 723 del 14/10/96). Citar: elDial.com - BB5079.

Por tal motivo, considero que el agravio debo declararlo desierto.

Igual suerte corre la queja sobre el deslinde de responsabilidad de la Comisión Vecinal del Barrio C. N..

Se evaluó que el daño no se produjo por la cosa objeto del contrato de locación del inmueble ni por el

obrar del dependiente de esa asociación, y que el contrato celebrado lo era para que la administración tuviera injerencia en la actividad deportiva que se realizaba.

El locatario -en el caso, el municipio- actuó por su cuenta, de modo que todo su accionar debe ser atribuido a su propia responsabilidad sin obligar directamente al locador. El accionar bajo "su propio riesgo" indica claramente que asume en forma directa y personal las consecuencias, favorables o no, de su actividad sin entrar en discusión sobre la importancia de la loable actividad social, cultural de la demandada, ni tampoco el grado de responsabilidad compartido con la víctima. El recurrente no aporta elemento que haga variar el decisorio, el alquiler del local, y la comisión integrada para la administración como bien surge del contrato, no hace alusión a compartir la actividad desplegada por el municipio local, más aún cuando la comisión no tuvo integración y ello fue corroborado en la causa con los testimonios brindados. Más aún, de la lectura íntegra del contrato de fs. 236 se advierte que la comisión vecinal poca injerencia se reservaba, que da en alquiler para que el municipio realice actividades deportivas, recreativas y culturales, siendo la locataria quien se hacia cargo de la limpieza y servicio, e incluso de las instalaciones el equipamiento que aportara (cláusulas primera y sexta). Por último el argumento que deviene incontrovertido: el evento dañoso no se produjo por la cosa objeto del contrato.

Por ello, declaro aplicable a la queja lo dispuesto en el art. 269 del ritual, declarando desierto el recurso de la parte actora.

2. Estrechamente vinculado con la responsabilidad está cuestionado el monto indemnizatorio por la pérdida de chance por la demandada apelante.

Dice el municipio apelante que el juez *a quo* no diferencia entre los coactores, pese a que la naturaleza y presupuestos para el derecho alimentario entre ascendientes y descendientes es totalmente distinto al previsto para colaterales, sobre todo si en el marco de la hipótesis es donde opera la chance.

Ello sin perjuicio de que la víctima pudiera formar una nueva familia a la que debería sostener y

tener cargas respecto de la misma. Agregando que los padres tienen otros cinco hijos que en el marco de la hipótesis dentro del cual opera el análisis de la pérdida de chance, tienen la misma carga y posibilidades de brindarles ayuda alimentaria en caso de necesidad, disminuyendo así la chance de una privación alimentaria "real" en caso de necesidad en una edad avanzada por la mera pérdida de uno de sus seis hijos. Considera la eventualidad favorable (supuesto de necesidad alimentaria de los siete coactores y de capacidad alimentaria del hijo fallecido para asistir a los siete son el sobrante de los gastos personales y su propio grupo familiar incierta o al menos muy remota, como para que proceda en los términos solicitados y otorgados por el Sr. juez de grado. Ante lo expuesto solicita se rechace este rubro, o en su defecto de los delimite a los padres de la víctima.

Por su parte el representante de la parte actora dice que el juez *a quo* debió otorgar la integral indemnización reclamada y lo vincula con la proporcionalidad y las facultades discrecionales del

art. 165 del CPr que debió considerar la condición humilde de la familia.

Luego de definir conceptualmente el rubro, el juez *a quo* consideró procedente la viabilidad del ítem, en la medida que configure un daño cierto y actual, consistente en la frustración de la legítima esperanza de ayuda en el futuro, que encuentra sustento en los arts. 277, 367 y 372 del Cód. Civil. Agrego que era conteste la jurisprudencia en considerar que es procedente suponer que la muerte de un hijo causa a sus progenitores la pérdida de una "chance" de ayuda económica, en especial durante la enfermedad y la vejez, que lo que está en juego es la probabilidad de contar con la colaboración, mas no la certeza, y que aquella probabilidad puede deducirse de las características personales del joven D. L., las que se encontraron acreditadas con la documental obrante a fs. 04/32, y la testimonial de la Sra. M. R.S. (fs. 898), que hacen previsible las cualidades que se presume adquiriría el hijo al ir creciendo y su compromiso familiar, como asimismo la situación de los padres cuya realidad le permitió al juez *a quo* inferir que necesitarán de la contribución del descendiente (ver informe de fs. 1060/1061 y prueba pericial socioeconómica producida en los autos “L., J. G. c/ Municipalidad de Comodoro Rivadavia y otra s/ beneficio de Litigar sin gastos”). Hizo esas premisas extensibles y aplicables a los hermanos del joven en razón del deber alimentario existente. Hizo lugar a su resarcimiento, mas no a la cuantificación propuesta, porque tratándose de un beneficio de concreción futura y variable su apreciación se debe efectuar con un criterio restrictivo, ya que se repara la pérdida de una oportunidad. No encontró parámetros objetivos que acrediten que la víctima

desarrollaba las actividades que alegó la parte actora en la fórmula matemática de fs. 45 consideró que el importe al que arriba resulta impreciso, vago e infundado, y tuvo en cuenta que al mismo debe deducirse el monto necesario para la propia subsistencia del individuo, puesto que sería inocuo considerar que la totalidad de este sería destinada a la asistencia de sus progenitores, y conforme las características esenciales de la personalidad de Daniel LAGOS, según las pruebas que detalló y la realidad socioeconómica de la familia

acreditada a través del informe del ETI obrante a fs. 1060/1061, y sustentado en el prudente arbitrio judicial, las reglas de la sana crítica, la ponderación de todas las variables de incidencia y los parámetros rectores fijados por los principios derivados de la prudencia y equidad, acotados por la realidad que le tocó evaluar la pérdida de la chance la cuantificó en la suma de $500.000, monto que se deducirá el proporcional acorde a lo que había resuelto, el 30%.

"La expresión "pérdida de chance" comprende todos aquellos casos en los cuales el sujeto afectado podría haber realizado un provecho, obtenido una ganancia o beneficio o evitar una pérdida, resultados que fueron impedidos por el hecho antijurídico de un tercero, generando de tal modo la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría producido o no, creando una expectativa, una probabilidad de ventaja patrimonial" (*cf*. LÓPEZ MESA, Marcelo, en TRIGO REPRESAS - LÓPEZ MESA, "Tratado de la responsabilidad civil", edit. La Ley, Buenos Aires, 2004, T I, p. 465; MAYO, Jorge, La pérdida de la "chance" como daño resarcible, en LL 1989-B-105; CAZEAUX, Pedro N., "Daño actual, daño futuro,

daño eventual o hipotético. Pérdida de chance, en "Temas de responsabilidad civil.
En honor del Dr. Augusto M. Morello", cit, p. 23, N° 10). La evaluación de chance indemnizables requiere una evaluación de probabilidades y en ello coincido con el juez *a quo* en su sentencia.

No obstante, afirmo que asiste razón a la parte apelante respecto que el juez *a quo* no individualizó el resarcimiento respecto de los progenitores y el correspondiente a los hermanos que solo mencionó como un deber alimentario respecto de estos últimos.

En este orden de ideas, considero que debo diferenciar las situaciones con respecto a los padres y con relación a los hermanos.

Analizaré en primer término la procedencia respecto de los padres; la luz de las constancias de autos que fueron tenidas en cuenta por el magistrado de grado y que en esta etapa de revisión observo, que de fs. 4 a 7 obran los certificados de escolaridad de los hermanos, fs. 8, 10, 11, 12, son constancias que D.participaba de actividades socioculturales de (comparsa Comodoro F.), y deportivas, era miembro junto con sus hermanos del grupo s. nro. 356, y también obran certificados de estudio y de aptitudes personales y humanas óptimas, valoradas cualidades humanas, morales y espirituales, a fs. 32 en el año 2003 (15 años) hay un proyecto de estudios y aspiraciones personales del fallecido. En cuanto al testigo de 898 y 899 refoliado, informa de la excelente persona que era D. L. y lo unido con el grupo familiar. A fs. 1061 en el informe del ETI en la entrevista social se dijo que D. lo acompañaba al padre en los trabajos que realizaba (manifestado por el entrevistado) pero dan cuenta que el sostén familiar es el padre, en el expte. nro. 117/07 “L. L., J. y otra c/

municipalidad de Comodoro Rivadavia s/ beneficio de litigar sin gastos", fs. 118/20 el informe socio ambiental deja en claro que el padre es trabajador independiente, cañista y carpintero de ingresos inestables, los hermanos estudiantes, informa de lo mucho que afectó emocionalmente la pérdida del hijo y hermano.

Detalladas las pruebas debo decir que la pérdida de chance no se satisface con la sola posibilidad de la concretización de una ventaja o beneficio futuro. Ella requiere, pues, una probabilidad que supera la mera posibilidad, pero no se extiende hasta la contigüidad con la certeza.

En el caso, D., al momento del deceso contaba con apenas 17 años de vida, le restaba completar los estudios a los que aspiraba, y más allá de que acompañara a su padre en

MARÍA FERNANDA ZANATTA
Secretaria de Cámara

algunas de sus tareas, el joven era activo en su vida social y deportiva, lo cual no solo implica un gasto que eran los padres quienes lo afrontaban, sino también que restaba concluir su formación académica.

En la especie y en síntesis, se trata de valorar los efectos económicos que el fallecimiento de Daniel ocasionaría a sus padres.

En este orden de ideas, no se puede prescindir de la idea de toda la ayuda que los hijos pueden prestar a sus padres en la vejez, cuando estos no se pueden valer por sí mismos: desde el simple gesto de hacerles compañía, hasta su cuidado cuando están enfermos. Por lo cual se debe seguir un criterio fluido que permita valorar todas las circunstancias del caso, como las relativas a su ocupación habitual, edad, sexo, condición social; no solo de la víctima, sino también la de

aquellos que reclaman la reparación. No se debe perder de vista que las perspectivas de una ayuda económica futura se deben considerar con prudencia cuando se trata de la muerte de hijos solteros, y muy jóvenes, pues en el orden natural y normal de las cosas no se debe descartar la posterior formación de una nueva familia a la cual los hijos vuelcan sus esfuerzos y su ayuda económica. De acuerdo a estos criterios, las constancias de autos, al hijo le restaba todavía completar su formación educacional (tal sus propias expectativas ya señaladas) ya que al momento del óbito tenía 17 años, lo que implica que los padres, en el caso el padre que era quien sostenía económicamente el hogar, le pendían rogaciones de manutención del hijo, hasta la inclusión en el ámbito laboral de D., tampoco puedo descartar la posibilidad que formara en el futuro su propia familia, reduciendo la factibilidad de apoyo en dinero a sus progenitores. Esas pautas objetivas empecen en la determinación razonable -con la razonabilidad que exige la procedencia del rubro- de la existencia futura de ciertos beneficios que generaría la víctima y cuya frustración justifica la obligación de indemnizar, si bien considero viable el resarcimiento, el monto debe readecuarse. A todo lo que dije agrego que el STJ manifestó: “Si el menor fallecido no es el único hijo, sino que también hay otros hermanos suyos que perviven, esta circunstancia no pueden ser pasada por alto para la apreciación del monto del resarcimiento, pues la carga de asistir a los progenitores en el futuro por igual sobre todos ellos” (elDial.com - BC9CA - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE CHUBUT).

Continuando con este tema, el resarcimiento por pérdida de chance, las constancias ya puntualizadas del incidente de beneficio de litigar sin gastos, los

informes señalados y las propias afirmaciones de los reclamantes dan cuenta de un grupo familiar de humilde condición. No puedo suponer, y no me permite proyectar entonces, que la muerte de ese hijo ha provocado una pérdida de oportunidad de ayuda de la envergadura de la asignada en la sentencia, máxime que el matrimonio tiene otros descendientes.

Siguiendo estos lineamientos, la cifra condenada por el juez *a quo* debe

MARÍA FERNANDA ZANATTA
Secretaria de Cámara

readecuarse, lo que efectuaré luego de expedirme respecto del derecho de los hermanos.

Con relación a la situación de los hermanos, el profesor Bueres al comentar los arts. 1084 y 1085 del CC dijo: "En ocasiones, ese vínculo es legal (familiares del extinto); en otras, es de hecho (alimentarios no parientes u otros supuestos resarcitorios en los que el accionante no contaba con un derecho subjetivo a exigir aquello de lo que el homicidio -en el caso la muerte- le ha privado). A veces, la sola prueba de un cierto vínculo legal autoriza a presumir el daño (hipótesis regulada por los arts. 1084 y 1085); en las restantes deben aportarse circunstancias adicionales (por ejemplo, el hermano tendrá que acreditar las contribuciones que recibía o estaba en condiciones de recibir del muerto) (Bueres, A., "Código Civil…", t.3-A, pág. 256, ed. Hammurabi).

En la especie observo que no emerge de autos aporte alguno del fallecido al sustento de sus hermanos.

Más aún, en el caso que aquí juzgo y según las constancias detalladas, ¿qué nivel de probabilidad tenían los hermanos de que quien ha fallecido tan joven los ayudara en su adultez? ¿Qué podía darles a sus hermanos desde el punto de vista económico? Interpreto a la luz de las probanzas de la causa que no existía

probabilidad de que los hermanos fueron ayudados por el occiso y que concederles un resarcimiento bajo el ropaje de pérdida de chance implicaría conceder un resarcimiento de equidad, sin norma que lo establezca, lo que manifiestamente no procede. Reitero lo que vengo desarrollando, que son las dificultades en la determinación de la existencia de tales beneficios de obtención probable adquieren particular dimensión en el caso de la muerte de un joven que por su corta edad, que no desarrolla actividad generadora de ingreso económico alguno. Pienso, sin más, en el trágico caso que me ocupa, motivado en la muerte causada a un menor de corta edad. En el momento con que acaeció el luctuoso suceso torna conjetural, ya que advierto menos próxima la probabilidad requerida, la afirmación de que, en el futuro, aquel habría colaborado económicamente para la manutención de sus padres, y con mayor razón de los hermanos.

Por lo tanto el agravio de la demandada es sustancial y debe admitirse respecto de la denegatoria de indemnización por pérdida de chance a los hermanos, lo que propongo es la modificación de la sentencia, aun como ocurrió que no fue delimitado ni cuantificado respecto de ellos el resarcimiento en cuestión.

Por lo tanto, hago lugar al agravio de la demandada y modifico el fallo en el punto resarcimiento por pérdida de chance, excluyo a los hermanos en este rubro resarcitorio y reduzco el importe condenado en la instancia de grado a $100.000, correspondiendo exclusivamente a los Sres. J. G.L. L.y M. A. Ch..

Lo dicho no contradice lo dispuesto por los arts. 1738 y 1739 del Código Civil cuya vigencia alcanzará a presente caso. Toda vez que la pérdida de chance requiere que la pérdida sea razonable y guarde una

adecuada relación de causalidad (art. 1739 CC), y la requerida comprobación según art. 1744 CC). Carece de virtualidad jurídica expedirse respecto de los agravios de la actora sobre el mismo punto atento a lo decidido.

3. Daño moral, la demandada objeta la sentencia por arbitraria en violación a lo dispuesto en el art. 169 del ritual por los motivos, a saber: El primero, es que el juez *a quo* eludió lo dispuesto en el art. 1078 del Código Civil e incluyó a los hermanos, como segunda queja que el juez *a quo* no discriminó el monto de la condena, por lo que pide la exclusión y la condena sea el 2/7 partes del monto reclamado; y que incluyó en la valoración de este resarcimiento al daño psicológico.

De la lectura del libelo de inicio, a fs. 39vta. los actores dicen que están legitimados conforme lo dispuesto en los art. 1078 2do. párr. y 1110 del Código Civil, si bien a fs. 44 hablan exclusivamente del dolor de la muerte del hijo, no advierto en ese capítulo de la demanda que se mencionen los hermanos, aun teniendo en cuenta que los padres actuaban en representación.

MARÍA FERNANDA ZANATTA
Secretaria de Cámara

Al contestar la demanda, el municipio local, hoy apelante, a fs. 181vta. solicita el rechazo por aplicación del art. 1078 del CC porque la acción solo compete al "damnificado directo".

Enmarcada la litis, el juez *a quo* expresamente dio respuesta a la manifestación del escrito de responde sobre lo dispuesto en la norma, que el 2do. párrafo del art. 1078 CC establece en forma expresa que la acción solo competerá al damnificado. Diciendo que la aseveración carece de todo sustento normativo habida cuenta que ese mismo precepto continúa señalando oración seguida-, que si del hecho hubiera resultado la muerte de la víctima (tal el caso de autos), únicamente tendrán acción los herederos forzosos.

Hizo reflexiones previas al daño psicológico como incluido en el moral y otorgó la indemnización en los términos que transcribo: “Considero, entonces, que corresponde otorgar una indemnización en concepto de daño moral por la muerte del hijo y hermano de los actores, pues es innegable que tal pérdida supone para los padres y sus hermanos un estado de profundo dolor y angustia, e incluso temor, que necesariamente altera la paz y tranquilidad de su espíritu, teniendo repercusiones psíquicas”.

Sabido es que la petición, o sea lo que se reclama ante la justicia, puede resultar tanto de lo expuesto en el escrito de demanda, como en el petitorio final, ya que la Ley procesal no determina un orden estrictamente formal, interesándole que se conozca con exactitud lo que la actora pretende. Cuando se recurre al órgano jurisdiccional a los fines de que se dirima un litigio y se reconozca así el derecho que se invocase, es necesario hacerlo conforme a las reglas primarias que las disposiciones del Código Procesal señalan (arts. 333 y sgtes.), no solo para posibilitar el arribo a una decisión adecuada, sino para asegurar al mismo tiempo el debido proceso que garantice básicamente el derecho de defensa, pero es suficiente la exposición del objeto de la demanda en forma sintética, y clara, también puede surgir del relato de los hechos.

He de admitir que el sentenciante de grado, más allá de las citas doctrinarias de los actores que solo hacen referencia al sufrimiento de los padres, atendió que en el relato mencionan el dolor de los hermanos (fs. 44), de la familia, y el demandado al oponerse solo se refirió a la falta de legitimación respecto del no damnificado directo, no obstante la poca claridad expositiva de los accionantes, se acreditó el daño

moral, el sufrimiento de todo el grupo familiar en el que se incluían los hermanos menores de la víctima fatal, fue receptado el reclamo en la sentencia sin mayores precisiones respecto del rol de herederos, sino la extensión del daño no patrimonial sufrido.

El municipio recurrente hace especial hincapié en su memorial en que el juez *a quo* sin declaración de inconstitucionalidad del art. 1078 del CC resolvió *contra legem* tornándose arbitrario el fallo, y además por cuanto en la condena incluyó a los hermanos y la estableció en la suma de $700.000, agregando en forma global sin discriminar.

Al contestar la expresión de agravios de la demandada, los actores, señalan que el suceso ha repercutido en los afectos de los hermanos menores que convivían con el fallecido D. y efectúa citas doctrinarias **MARÍA FERNANDA ZANATTA** sobre la

Secretaria de Cámara procedencia del resarcimiento y la inclusión de los damnificados del occiso que no son herederos forzosos.

Es veraz que no fue pedida por los actores, la inconstitucionalidad de la norma con el fin de incluir a los hermanos, y que planteada por la demandada la falta de legitimación, en la sentencia con extensas citas de la doctrina mayoritaria del país, se descalificó al damnificado directo, pero se hizo expresa mención de la existencia del daño que comprendió a todos los interesados.

En este orden de ideas observo que ha sido controvertida la cuestión en esta alzada. Fue cuestionada la legitimidad, revisadas las actuaciones, no puede negarse la existencia de daño espiritual de los hermanos y padres, y además la limitación del art. 1078 ha sido superada en virtud de la existencia de tratados internacionales que protegen la familia y postulan la

reparación del daño. Más aún próxima entrada en vigencia del Código Civil, ha excluido la limitación basada en el carácter hereditario como presupuesto para acceder al resarcimiento del que estamos hablando.

La legitimación que se le reconoce para reclamar el daño sufrido se explica desde el punto de vista axiológico, actualmente, el integrante o integrantes de la familia -como en el caso- convivientes deben estar legitimados activos para reclamar el daño moral en caso de fallecimiento de su hijo y hermano en resguardo constitucional de las diversas formas familiares, el principio de igualdad y el principio de reparación plena o integral. Y debo decir que a la luz del caso y analizando detenidamente la norma señalada como inconstitucional, encuentro que ella es inconstitucional en este caso en que se demostró el sufrimiento de los hermanos que convivían con el fallecido y que fuera detallado en el curso del proceso.

Así lo ha determinado reiteradamente la jurisprudencia, e incluso la declaración de oficio por parte de la mayoría de los tribunales del país que han considerado las situaciones de hecho en cada caso. "La restricción impuesta por el art. 1078 del Código Civil, en cuanto niega legitimación activa a la actora para accionar por daño moral por muerte de su hermano, resulta inconstitucional, teniendo en cuenta las particularidades y notas distintivas que presenta el caso. Entre ellas, la circunstancia de haber sido convivientes e integrantes de un hogar familiar sólo conformado" (citar: elDial.com - MC5A30).

No puedo dejar de valorar que en este momento de expedirme, que soy el primer voto, y la sentencia a la que se arribe con el acuerdo de los señores camaristas que integran el cuerpo posiblemente sea con la vigencia

del Código Civil sancionado por Ley 26994. El artículo 7 de dicho cuerpo expresa que las leyes se aplican a las relaciones y situaciones jurídicas existentes, que el presente caso no se encuentra comprendido. "Esta regla está dirigida al juez y le indica qué ley debe aplicar al resolver el caso"… las relaciones jurídicas "que están en proceso de constitución son alcanzadas por la nueva ley" (ver Lorenzetti "Cód.Civ. y Com. Comentado", T.I, pág.47, ed. Rubinzal Culzoni-2014). Lo que no se da en la especie, toda vez que el hecho acaeció en vigencia del Código Civil del Dr. Vélez Sarsfield, ya que fue ese el momento de la constitución de la relación jurídica inhibiéndome de aplicar lo dispuesto en el art. 1741 del CC. Pero no dejo por ello de señalar que en el nuevo régimen esta declaración de inconstitucionalidad del art. 1078 devendría inconducente por cuanto, puesto que los hermanos quedarían incluidos en el resarcimiento, superando la contienda.

El segundo cuestionamiento respecto del mismo ítem, daño moral y el daño psicológico, sin perjuicio de lo que ya adelanté, agrego que reiteradamente este cuerpo que integro en mayoría ha mantenido el criterio, conforme sostuvo la doctrina y la jurisprudencia en forma mayoritaria que este daño (psíquico) no

constituye una categoría autónoma dentro de daños materiales y morales, así puede decirse que "El daño psíquico no es concepto autónomo. Cabe diferenciar el bien jurídico que puede verse afectado, de sus consecuencias. Así, la integralidad psíquica forma parte de un derecho de la personalidad y es de carácter extrapatrimonial, pero si el desmedro sufrido produce efectos patrimoniales, como la incapacidad para la realización de tareas productivas o el costo del

tratamiento necesario para la recuperación, genera daños patrimoniales indirectos. Por el contrario, si no los origina, se trata de un daño extrapatrimonial que debe ser evaluado para la fijación del daño moral" (Carlos A. Ghersi, "Daño moral y psicológico", pág. 215/216, ed. Astra-2002). Criterio seguido por el sentenciante de grado y que no otorgó autonomía, pero lo consideró al momento de decidir el *quantum* del daño moral y no existen fundamentos de suficiente contundencia en el memorial de agravios para rever lo decidido, solo expresa el recurrente una disconformidad subjetiva con lo decidido. No fue incluido como patrimonial, pero la suficiencia del reclamo con la constancia del informe del ETI al que hice referencia corrobora el sufrimiento espiritual y el impacto de la muerte en el seno familiar.

Por último, destaco que conforme las pruebas que fueron detalladas al tratar la pérdida de chance, dan claras muestras del sufrimiento padecido por los hermanos de la víctima.

En cuanto al reclamo formulado por daño moral por los progenitores, dada su naturaleza, la intensidad de los padecimiento íntimos que sin duda causó y causará en los padres la muerte de su hijo en plena juventud, considero no necesita mayor acreditación que justifican razonablemente la existencia del mismo en cabeza de los dos pretensores.

La lesión espiritual en sí misma no es susceptible de prueba directa, sino que solo puede inferirse de las circunstancias objetivas que rodean al caso, entre las que juzgó que se encontraban: la edad de la víctima al momento del accidente, indudablemente un vacío profundo para los padres que no requiere más prueba para ser demostrado y acreditada la existencia del daño moral.

Los montos condenados no fueron cuestionados en sí mismos, sino atribución a los hermanos y la incorporación del daño psicológico que interpreta se lo valoró en la sentencia como resarcimiento independiente.

Rechazado el agravio en cuanto a los legitimados y la integración del daño moral, me llevan a confirmar el decisorio y toda vez que no fue cuestionado el monto resarcitorio mantengo el *quantum* dispuesto por el juez *a quo*. En punto a la proporcionalidad, el juez *a quo* no efectuó distinción y considero que esta alzada, conforme lo decidido y llamada a resolver (*tantum apellatum quantum devolutum*), dispongo que la cifra de $700.000 previas las deducciones dispuestas en la sentencia que confirmé, lo que arroja la suma de $420.000 deberá distribuirse en un 50% a los progenitores divida en partes iguales, y el restante 50% a los hermanos, resumiendo el importe de condena efectuada la reducción del 40% corresponden $210.000 a los Sres. J. G.L. L. y M. A. Ch. ($105.000 para cada padre), y $42.000 a V. B. L., E. A. L., M. G. L., L. S. L., M. J. L., a cada uno.

4. Habiendo sido modificada la sentencia, por aplicación del art. 282 del código ritual, dispongo mantener las costas de primera instancia conforme fueron impuestas por el juez *a quo* en la sentencia venida en crisis, y los

honorarios de los profesionales

MARÍA FERNANDA ZANATTASecretaria de Cámara

actuantes se adecuaran difiriendo la decisión al momento del acuerdo, oportunidad en que se valuará conforme lo dispuesto en la ley arancelaria (arts. 2, 5, 6, 8, 9, 38, 46 y 49 y concs. de la Ley XIII N° 4 y 5.

4. Carece de virtualidad jurídica expedirse sobre la queja del letrado de la parte actora.

Las costas de la alzada, conforme fueron resueltas las cuestiones, la desestimación de los agravios de la parte actora y la recepción parcial de las quejas de la demandada conforme lo dispuesto en el art. 72 y la facultad contenida en el art. 69, segundo párrafo, se imponen en un 60% a la actora y en un 40% a la demandada apelante.

Difiero al momento del acuerdo la regulación de los honorarios de los letrados actuantes en ambas instancias.

A la segunda cuestión, la Dra. García Blanco dijo:

Propongo:

1) Declarar desierto el recurso de la parte actora. Receptar parcialmente el recurso de apelación de la parte demandada. En consecuencia, modificar el fallo venido en crisis, declarando la inconstitucionalidad del art. 1078 del CC. Modificar el monto de condena y la exclusión en el rubro indemnizatorio “pérdida de chance” a los hermanos del fallecido. Procede la condena por $100.000 con la deducción del 40% establecida, por concepto pérdida de chance a J. G. L. L. y M. A. Ch. Se confirma el monto dispuesto por daño moral con la deducción fijada, ordenándose la distribución del mismo en un 50% a los progenitores y el restante 50% a los hermanos, según considerando respectivo.

2) Declarar carente de virtualidad jurídica expedirse sobre el recurso del letrado de la parte actora por la regulación de sus honorarios.

3) Costas de la alzada en forma proporcional en un 60% a la parte actora y en un 40% a la demandada, según considerando respectivo.

4) Diferir la regulación de los honorarios profesionales de ambas instancias al momento del

acuerdo, teniendo en cuenta lo dispuesto en art. 2 y ss. de la ley arancelaria.

A la primera cuestión, la Dra. Melero dijo:

I. Considerando que 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. 1202/1205vta. y a fs. 1206/1208, expresan agravios la codemandada Municipalidad de Comodoro Rivadavia y la parte actora, respectivamente, contra la sentencia nro. 086 del día 10/12/04 (fs. 1148/1165vta.), corrido los traslados correspondientes a fs. 1209 a las partes codemandada y actora así como a la Sra. Asesora Civil de Familia e Incapaces a fs. 1216, tanto la codemandada como la coactora contestaron los traslados (fs. 1210/1212 y 1213/1215, respectivamente) , mientras que la Sra. Asesora Civil de Familia e Incapaces contestó la vista dada a fs. 1217/vta. Asimismo, a fs. 1184, el Dr. A. D. F. abogado de la parte coactora se agravia por la regulación de los honorarios profesionales a su favor por bajos.

IB-1) Los agravios planteados por la codemandada apelante Municipalidad de Comodoro Rivadavia se refieren a que los hermanos del occiso carecen de legitimación activa por no ser herederos forzosos a fin de reclamar la indemnización por daño moral (fs. 1203/1204).

Entrando en la temática planteada por la apelante codemanda, he de adelantar que si bien no fue

MARÍA FERNANDA ZANATTA
Secretaria de Cámara

peticionada la inconstitucionalidad del art. 1078 CC por la parte, es pacífica tanto la doctrina como la jurisprudencia que el juez puede declararla de oficio, circunstancia que por los argumentos que expondré se dará en los presentes autos.

Es del caso que la inconstitucionalidad de una determinada norma no puede ser declarada en abstracto, sino que debe estar referida a un agravio constitucional surgido de una situación particular. Al respecto se ha dicho: "(…) los tribunales judiciales no pueden efectuar declaraciones de inconstitucionalidad de las leyes en abstracto, es decir, fuera de una causa concreta en la cual deba o pueda efectuarse la aplicación de las normas supuestamente en pugna con la Constitución." (…) Cabe destacar que en el presente y para el caso de quedar acreditado el daño sufrido por el colateral, tendríamos una pugna entre la limitación a la legitimación activa para reclamar daño moral previsto en el art. 1078 CC y el principio constitucional "alterum non laedere" que fluye del art. 19 CN. No desconozco la existencia de doctrina y jurisprudencia que pregona una interpretación literal o exegética de la norma sosteniendo su constitucionalidad. No obstante lo cual una interpretación teleológica de la limitación establecida en el art. 1078 CC informa que, entre los fines de la misma destaca el evitar la "avalancha" de reclamaciones que podrían surgir ante un eventual hecho dañoso que conlleve la muerte del damnificado directo. De esta forma el legislador ha establecido un *numerus clausus* de quienes pueden reclamar con independencia de quienes han sufrido un menoscabo en su patrimonio espiritual. Esta restricción implica una discriminación que no resulta razonable, toda vez que, el daño existe o no independientemente de que una persona esté o no

legitimada para accionar. Además la reparación integral y plena de dicho "daño" resulta amparado por nuestro sistema constitucional en su art. 19 CN. Lo dicho echa por tierra cualquier atisbo de constitucionalidad que se le pretenda otorgar a la mentada norma. Insisto que la limitación impuesta por la norma deviene manifiestamente injusta, ya que conlleva a que determinadas personas que han sufrido un menoscabo en el ámbito espiritual (daño moral) por no reunir la calidad de "herederos forzosos" vean truncada *ab initio* la posibilidad de exigir a los estrados que le acuerden una indemnización reparadora. Estimo que comporta una respuesta adecuada a nuestro sistema constitucional que la norma establezca *in genere* qué daños son resarcibles, y luego sea el juez, en base a las probanzas **MARÍA FERNANDA ZANATTA** arrimadas, quien

Secretaria de Cámara

estime la existencia del daño y a quién ha afectado (legitimación activa) en el caso concreto.

Efectivamente, según lo normado en el art. 19 de nuestra Const. Nacional, las acciones de los hombres que perjudiquen a un tercero están sometidas a la autoridad de los magistrados. En su virtud, los hechos que dañan injustamente son reprobados por el Derecho y deben generar consecuencias jurídicas. Entre esas consecuencias, se impone el principio de reparación plena. Dicha plenitud de la reparación opera en un doble sentido: 1) Resarcimiento de todos los perjuicios causados a las víctimas (arg. art. 1083, Cód. Civil); en su virtud, devienen inconstitucionales limitaciones o tarifaciones que coartan el alcance de su crédito resarcitorio, si no predominan motivos razonablemente convincentes. 2) Además, y en verdad prioritaria, se impone una reparación a favor de todas las víctimas que invoquen un detrimento certero, inmerecido y producido

adecuadamente por el hecho lesivo imputable al demandado. De allí que fluye la nítida inconstitucionalidad de cualquier norma que disponga no resarcir ningún perjuicio espiritual experimentado por quienes son víctimas inequívocas. Clarificando más aún la cuestión es que sostengo que no es viable subordinar la idea de daño a la idea previa de una titularidad de su posible reclamación. No es esa titularidad la que define el daño. El daño es anterior y superior a ella.

Asimismo, se ha dicho: "Cabe recordar pues resulta particularmente relevante para resolver de esta manera, que según la Corte Suprema de la Nación del mismo art. 19 de la Constitución Nacional se desprende el principio general (de naturaleza "cardinal" para los romanos) que prohíbe a los hombres perjudicar los *derechos de un tercero, alterum non laedere o neminem laedere*. La violación de este principio naturalmente depara como consecuencia una reparación, que debe ser plena e integral, vale decir, justa, no sería acabada la indemnización si el daño quedara subsistente en todo o en parte (…) "Es oportuno recordar que también la C.S.J.N. a través del trascendente fallo dictado *in re* "Aquino, Isacio v. Cargo Servicios Industriales S.A." del 29/9/2004 (que declaró la inconstitucionalidad del art. 39, inc. 1, de la Ley N° 24557) proclamó enfáticamente el carácter constitucional del derecho a la reparación integral y el rango igualmente constitucional del principio *alterum non laedere* que prohíbe a las personas dañar los derechos de un tercero a la justicia social y a la dignidad humana (Fallos 327:3753). Así, a través del citado art. 19 de la CN, la Corte perfila y complementa racionalmente las bases del derecho a no ser dañado y a obtener una justa y plena reparación que no sería acabada si el daño quedara subsistente en

todo o en parte. Por lo expuesto, y para el caso de acaecer en autos la mentada pugna, ha de primar el derecho a la reparación integral que dimana del principio “alterum non laedere” consagrado en el art. 19 CN.

En el caso de autos, el vínculo afectivo que sostenían los hermanos del menor D. A. L. con la misma ha quedado acreditado (conforme el informe del Equipo Técnico nro. 1162 (fs. ref. 1060/1061, que fuera también tomada en cuenta por el juez *a quo* conforme emerge de lo evaluado en el considerando 10.2, párr. 9no. y 11ero. fs. 1161), por lo que una aplicación literal del precepto normativo (art. 1078) citado no se ajusta a la directiva de que los perjuicios injustos deben ser indemnizados que haya apoyatura en el art. 19 del CN que consagra el principio "alterum non laedere", lo que conlleva a una solución normativamente adecuada, pero no justa, y además, tal como mencionara, inconstitucional. Tengo por acreditado un grado suficiente de buena y estrecha relación entre el menor fallecido y los hermanos reclamantes, que justifica y hace presumir la afectación en el ámbito del sentir de los hermanos recurrentes.

En base las argumentaciones vertidas, teniendo en cuenta especialmente que en autos ha quedado acreditado el vínculo que hace inferir la existencia del daño en el ámbito del sentir de los hermanos (existencia del daño) es que se patentiza el conflicto entre el principio “alterum non laedere” que lleva ínsito el de reparación integral del daño y considerando que la norma en cuestión que limita la legitimación activa para el caso de muerte del dañado a los herederos forzosos no reconoce su razón de ser más que en una simple razón de política

MARÍA FERNANDA ZANATTA
Secretaria de Cámara

legislativa, es que corresponde expedirme por la declaración de inconstitucionalidad del artículo 1078 del Código Civil en el caso de marras.

Por ello y los entendimientos expuestos se rechaza los agravios planteados por la codemandada Municipalidad de Comodoro Rivadavia (1203/1204), declarando la inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil en el presente caso.

I.B-2) En cuanto a los agravios planteados por la codemandada Municipalidad de Comodoro Rivadavia por entender que el juez *a quo* la condena a pagar a los coactores a la par del daño moral el rubro daño psicológico que incluye dentro del daño moral sin aclarar el motivo de la distinción (fs. 1204/vta.), después de una exhaustiva lectura de las consideraciones efectuadas por el juez *a quo* en los considerandos 10mo., 1ero. y 2do., encuentro suficiente y claramente expuestos los fundamentos que brinda del porqué considera el daño psicológico dentro del daño moral, no siendo la mera disconformidad o la alegación de falta de fundamentación expresada por la codemandada de entidad suficiente para revertir las disquisiciones que el sentenciante efectuó en su sentencia, razón por la cual corresponde rechazar los agravios planteados a fs. 1204/vta.

Concretando y en virtud de lo decidido sobre la declaración de inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil y el rechazo del agravio sobre daño psíquico y en uso a las atribuciones conferidas por el art. 167 de la Ley XIII, nro.5, Anexo A –DJ-, establezco el daño moral para los padres -Sr. J. G. L. L.y Sra. M. A. Ch.- la suma de pesos ciento veintidós mil quinientos (122.500) para cada uno y la suma de pesos cuarenta y nueve mil ($49.000) para cada uno de los hermanos, los

mayores de edad (fs. 1110,1112 y 1118) Srta. V. B. L.; Sr. E. A. L. y Sr. M. G.L. y las menores de edad, L.S. L. y M. J. L., a lo que deberá adicionarse los intereses conforme lo dispuesto por el juez *a quo* en la instancia de grado.

I.B-3) Apela la codemandada Municipalidad de Comodoro Rivadavia sobre que el juez no diferencia entre los padres y hermanos cuando determina la indemnización por pérdida de chance (fs. 1204vta./1205vta.).

Comparto plenamente el criterio jurisprudencial que expresa: ”La pérdida de una posibilidad de ganancia constituye en sí mismo un daño objetivo resarcible, que debe ser ponderado prudencialmente por el juez con arreglo a las circunstancias del caso. Ello es así porque tratándose de una pérdida de chance, los salarios y el tiempo de vida útil de la víctima solo sirven como pautas orientadoras o parámetros de referencia que el tribunal debe apreciar junto a otras circunstancias de hecho” ("Castillo de Pagano, Amparo Liliana por sí y por su hija menor Daniela Belén Pagano en j: Castillo de Pagano Amparo L. por si y por su hija Daniela Belén c/ María hermanos SRL s/ Cobro Pesos - Casación" - Fallo: 84199265 - Suprema Corte de Justicia- Circunscripción: 1 - Sala: 2 - Mendoza - 1984/11/06: Corte en Pleno, Expedientes: 41465 - Ubicación: S186-094: elDial.com - MZ21DB).

En cuanto a la pérdida de chance de los padres, considero que la probabilidad de asistencia futura a los progenitores se debilita en la medida que razonablemente tiene el límite temporal de las propias necesidades del hijo, que presumiblemente habría de formar su propia familia o cuando existen hermanos que también deberían contribuir al sostenimiento de los padres.

Es decir que los padres no se habrían beneficiado con todos los lucros del hijo, pues una parte se

hubiera destinado a las propias necesidades materiales y espirituales del causante. No puede presumirse una convivencia indefinida. Por esto, los gastos del premuerto hubieran aumentado ante la probable constitución de una familia propia, con lo cual se hubiera reducido aún más, el porcentaje de contribución al hogar de origen.

A mayor razonamiento, en el presente caso no se está analizando la situación de un hijo único, sino de un descendiente premuerto con cinco (05) hermanos más. Por tanto, que la pérdida de la chance de un futuro auxilio en la vejez, no fue absoluta, sino parcial, porque la obligación alimentaria de los progenitores recae sobre todos los descendientes según la regla de la igualdad, y no sobre uno solo.

Por otro lado y en cuanto a la pérdida de chance respecto de los hermanos, coincido con el criterio jurisprudencial que determina: “Si bien se cierto que la jurisprudencia ha sostenido que "cuando se trata de la indemnización derivada de la muerte de un hermano, su monto debe ser establecido sobre la base de una pérdida de chance actual consistente en la supresión de una probable ayuda económica futura (CNCiv., Sala B, Septiembre 7-981; LL 1982-B, 172, con nota de Jorge Mosset Iturraspe); no lo es menos que aquella indemnización se otorga siempre que se dé el presupuesto del art. 1079 del Código Civil. Es que como los hermanos de la víctima no son herederos forzosos, carecen del beneficio del daño presuntivo (arts. 1084 y 1085 ibíd.), y por lo tanto deben probar que la muerte del actor les ocasionó un perjuicio concreto y actual, como si

hubieran vivido a su costa” (STJ de Tucumán, CNCiv., Sala F, Junio 25/82, LL 1983-B-568). Sentencia N° 148 - "Gallardo Alberto Yolando y Otros c/ Domingo Eduardo Mónaco s/ Daños y Perjuicios (sala I A)" - Civil y Comercial Común - Sala 1 - 17/06/1994: elDial.com - BB1953), circunstancias estas que no han sido ni invocadas ni menos probadas en el presente proceso, razón por la cual no corresponde que se haga lugar a dicho concepto en cuanto a los mismos.

En virtud de las consideraciones y criterios expuestos, corresponde estimar en concepto. G. L. y Sra. M. A. Ch. la suma de pesos cien mil ($100.000), con más los intereses fijados en la instancia de origen, rechazando la procedencia de dicho concepto para los hermanos, los mayores de edad (fs. 1110, 1112 y 1118) Srta. V. B. L., Sr. E. A. L. y Sr. M.G. L. y las menores de edad, L. S. L. y M. J Lagos (art. 167 de la Ley XIII, nro. 5, Anexo A –DJ-).

I.C-1) En lo referente tanto a los agravios planteados por la parte coactora, los fundamenta en cuanto el juez rechazó la solidaridad de la Asociación Vecinal del Barrio C. N., Comisión Deportiva (fs. 1206vta./1208), como a los fundados a fs. 1207vta./ 1208) respecto a contribuir en el desenlace fatal por haber ameritado el juez la lesión craneana del menor que databa de la edad que tenía de ocho años y que era desconocida por todos.

He de principiar mi voto teniendo presente que ha dicho nuestro más alto tribunal de justicia provincial: “La expresión de agravios es el acto procesal mediante el cual el recurrente fundamenta la apelación refutando total o parcialmente las conclusiones establecidas en la sentencia... Por sus alcances, importa una demanda

tendiente a obtener la apertura de una instancia, pues sin ese memorial, el tribunal se encuentra imposibilitado de entrar a verificar la justicia o injusticia de la sentencia apelada, y como su objeto lo constituye el ataque a la decisión del Juez, la doctrina la denomina "demanda de impugnación… La insuficiencia de la expresión de agravios: incompleta o deficiente, trae aparejada la sanción, declarándose desierto el recurso" (STJCh, causa: 000A 000015, 07-061995, Sentencia Definitiva, ministros: Dres. Agustín Torrejón - Raúl Martín - Fernando S.L. Royer, "Ramírez, Darío Alejandro c/ Provincia del Chubut s/ Accidente de Trabajo", S. 70 - "Banco Río de La Plata S.A. c/ Alfredo Guillermo Comba y Susana Yolanda Irusta. – Demanda Ejecutiva" – Cámara 2ª Civil y Comercial de Río Cuarto – Córdoba - 20/07/2005).

Cabe precisar que toca a las propias e ínsitas facultades del tribunal de apelación, la de revisar, aún de oficio y en cualquier momento -por aquello de que la jurisdicción de grado hace al orden público, perteneciendo por tanto al sistema de la Ley y no a la voluntad de las partes-, el juicio de admisibilidad o procedencia formal del recurso incoado.

Considero que, después de un exhaustivo análisis de los términos de los escritos de apelación levantados por la apelante coactora (fs. 1206/1208), los mismos resultan ambiguos y faltos de sistematización, haciendo abstracción la recurrente, en pos de una crítica concreta, razonada y circunstanciada, demostrativa de un desacierto (para lo cual no basta una mera falta de coincidencia), de fundamentaciones trascendentes y puntualmente vertidas por el sentenciante (fs. 1154/vta.

y fs. 1158/1159) para desestimar tales defensas planteados en esta alzada.

Nada de lo invocado por esta tiene idoneidad suficiente como para levantarse seriamente como crítica hacia los argumentos expuestos por el inferior en pos de la solución acordada a la controversia, que merezca consideración en su mérito y substancia, no pasando de trasuntar, de consiguiente, un mero disconformismo y discrepancia con lo resuelto, que lógicamente no se condice con las exigencias de forma en la materia.

Ello así porque es entendimiento de la suscripta que expresar agravios significa cuestionar, rebatir y desvirtuar prolija, concreta y razonadamente, con argumentos serios y lógicos, las motivaciones desgranadas por el juzgador para la solución de la controversia, tendiente a demostrar la sinrazón y equivocación de las mismas.

He de aclarar que por más que este tribunal tenga en la materia un amplio criterio de apreciación, insisto, aparece marcada en el escrito de apelación presentada por la recurrente la omisión de los presupuestos mínimos indispensables para ser considerado como una expresión de agravios.

Ha sostenido la doctrina en el sentido en que se viene exponiendo en el presente voto: “El memorial es el que da la competencia de la Cámara, y el deber del apelante es el de fundar el recurso, esto es, que el memorial debe reunir los mismos requisitos exigidos a la expresión de agravios, de manera que el recurrente tiene la carga de formular una crítica concreta y razonada de la resolución impugnada (*cf*. Palacio Alvarado Velloso, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", T. VI, pág. 154).

Ha establecido la Corte Suprema de la Nación que

la ausencia de tratamiento de los fundamentos de la sentencia apelada produce la deserción del recurso de apelación, pues debe declararse desierto el recurso si el memorial no constituye una crítica concreta y razonada y se limita a formular consideraciones generales, dogmáticas y abstractas, no referentes a los aspectos específicos de la sentencia pretendidamente cuestionada (CSJ Nac., "Francisco Cacik e Hijos c/ Dirección Nacional de Vialidad", 27/09/88), son todas razones por las cuales la complexión e implicancia de lo expuesto, han quedado entonces incólumes y consentidas las substanciales motivaciones expuestas en la sentencia, adviniendo por ende firme la misma; por lo cual, y sin mayores abundamientos, aplicando lo prescripto por el art. 269 de la Ley XIII, nro. 5, Anexo A, -Digesto Jurídico- declaro desierto el recurso interpuesto por la coactora a fs. y confirmo la sentencia de fs. 1148/1165vta. en dicho sentido.

I.D) Atento a que en virtud de lo decidido en el presente voto se hace de aplicación lo prescripto por el art. 282, Ley XIII, nro. 5, Anexo A -DJ, carece de virtualidad jurídica expedirse sobre los agravios planteados por el Dr. A. D. F., abogado de la parte coactora, por la regulación de los honorarios profesionales a su favor por bajos.

I.E) Teniendo en cuenta lo decidido en el presente voto, se mantiene la imposición de costas de primera instancia y se imponen las costas de esta instancia en un sesenta (60) por ciento a la coactora y en un cuarenta (40) por ciento a la codemandada Municipalidad de Comodoro Rivadavia (art. 282 y 69, 2do. párr. Ley XIII, nro. 5, Anexo A -DJ-). Se difiere la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes tanto de

primera como de segunda instancia para el momento del acuerdo, donde serán regulados los mismos teniendo en cuenta la temática planteada, la labor desarrollada y el éxito obtenido, conforme lo prescripto por los arts. 13 y ccdtes. de la Ley XIII, nro. 4 - Régimen Arancelario para el Servicio Profesional de Abogados y Procuradores – Digesto Jurídico -.

A la segunda cuestión, la Dra. Melero dijo:

Por coincidir con la fórmula postulatoria final de la colega preopinante Dra. Graciela Mercedes García Blanco, por los argumentos dados por la suscripta y entender que esta parte del voto no está comprendida dentro de las premisas prescriptas por el art. 169 de la Constitución Provincial, a la misma adhiero en la parte en que he tenido que decidir.

En este estado, y de conformidad con lo establecido en los arts. 274 y 275 del CPCCCh (Ley XIII-5-DJ, Anexo A), se deja constancia que la decisión se adopta por mayoría, por lo que el Dr. Hayes no emite su voto.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar la siguiente **SENTENCIA**:

1) Declarar desierto el recurso de la parte actora.

2) Receptar parcialmente el recurso de apelación de la parte demandada.

3) Modificar el fallo de fs. 1148/1165vta. venido en crisis, declarando la inconstitucionalidad del art. 1078 del CC.

4) Modificar el monto de condena de la sentencia referida y excluir en el rubro indemnizatorio "pérdida de chance" a los hermanos del fallecido; en consecuencia, condenar a la M. de C.R. a pagar por dicho concepto la suma de cien mil pesos ($100.000), con la deducción dispuesta en 1era. instancia, a favor de J.

G. L. L. y M. A.Ch. Asimismo, confirmar el monto final dispuesto por daño moral, ordenándose su distribución en un cincuenta por ciento (50%) a los progenitores y el restante cincuenta por ciento (50%) a los hermanos, según considerandos respectivos.

5) Declarar carente de virtualidad jurídica expedirse sobre el recurso del letrado de la parte actora por la regulación de sus honorarios.

6) Costas de primera instancia en un sesenta por ciento (60%) a la demandada vencida y en un cuarenta por ciento (40%) a la parte actora.

7) Costas de la alzada en forma proporcional en un sesenta por ciento (60%) a la parte actora y en un cuarenta por ciento (40%) a la demandada, según considerando respectivo.

8) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en primera instancia a los Dres. N. R. M. L. y E. O., conjuntamente, en el dieciocho por ciento (18%), a los Dres. A.S. P. y A. D. F., conjuntamente, en el veinte por ciento (20%) y a los Dres. M. X.P., P. H. Ch., P. A. E., L. E. L., F. A. R., D. O. M., O. R. H., M. P. y N. L., conjuntamente, en el quince por ciento (15%), porcentajes a calcular sobre el monto total de condena del presente juicio, con más el IVA si correspondiera.

9) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en la alzada al Dr. A. D. F. en el veinticinco por ciento (25%) y a los Dres. M.F.M., I. A.V.y O. R. H., conjuntamente, en el veinticinco por ciento (25%), porcentajes a calcular sobre lo respectivamente regulado a cada parte por su labor en la instancia de grado, con más el IVA si correspondiera.

10) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

GRACIELA MERCEDES GARCÍA BLANCO
Jueza de Cámara

NÉLIDA SUSANA MELERO
Presidenta

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2015
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "CyC"

MARÍA FERNANDA ZANATTA
Secretaria de Cámara