------En la ciudad de Esquel, Provincia del Chubut, República Argentina, a los días del mes de febrero del año dos mil diecisiete, se reúne en Acuerdo la Excma. Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, bajo la presidencia del Dr. Jorge Luis Früchtenicht y la asistencia de los Sres. Jueces de Cámara Dres. Claudio Petris y Günther Enrique Flass, a fin de dictar sentencia definitiva en los presentes autos caratulados: ***"G. D., M. A. y Otra c/ S., A. J. y Otra s/ Daños y Perjuicios***" (Expte. N°: 154 – Año: 2016 CANO), venidos en apelación a esta Alzada.----------Practicado a fs. 697 el sorteo establecido por el art. 271 de C.P.C. y C., correspondió el siguiente orden para la votación: Dres. FLASS – PETRIS - FRÜCHTENICHT.----------Acto seguido se procedió a plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Es justa la sentencia apelada de fs. 650/659 y vta.? y

SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.----------

------A la PRIMERA CUESTIÓN, el Dr. FLASS, dijo:----------

-----A fs. 43/69 el Sr. M. A. G. D., con el patrocinio letrado del Dr. Serio A. B., inicia acción de daños en su propio derecho y en representación de las demás víctimas, contra de los Sres. A. V. C. y A. J. S. para que se les indemnice los daños sufridos a consecuencia de una colisión de tránsito. Citan en garantía a L. P. S. S.A.----------A fs. 97/103 contestan los demandados mediante su apoderado el Dr. D. A. T. y se oponen al progreso de la acción. A Fs. 115/119, la Federación P. S., con idéntico apoderado, contesta la citación en garantía.----------

----------A fs. 650/660 se dictó sentencia nº 69/2012 del 3 de agosto de 2016 y, en lo que a este recurso interesa, se dispuso lo siguiente: 1) condena a indemnizar la pérdida de chance a recibir ayuda económica futura por la muerte de la menor M. A. P. A. y calcula el rubro en $63.700. 2) Condena a indemnizar la pérdida de chance a recibir ayuda futura por parte del concubino y lo calcula en $840.054,15; condena la indemnización por pérdida de chance a recibir ayuda futura

por parte del padre del Sr. P. A. P.; condena a indemnizar el daño moral irrogado a la concubina y al actor calculándolo en $1.000.000 y 500.000 respectivamente.----------A fs.662/663 apelaron los demandados y la citada en garantía. A fs. 681/689 vta. expresaron agravios. Sus quejas son las siguientes: **1)** sostiene que no puede haber chance de que una menor fallecida a corta edad fuera a ayudar económicamente a sus padres en el futuro. **2)** dice que la relación concubinaria no estaba probada, sostiene que no hay una chance recibir ayuda económica en una relación concubinaria y aduce que, siendo la víctima una mujer joven, no tendría necesidad de ayuda económica por parte de su concubino. Impugna el cálculo de intereses. **3)** Aduce que no corresponde indemnización por pérdida de chance al padre del occiso y mucho menos correspondería computarlo a partir de la muerte de este, pues aquel tenía solo 46 años. **4)** Dice que no corresponde indemnización de daño moral a la concubina ni al Sr. D. por no estar comprendidos en el art. 1078 del Cod. Civ.----------A fs. 666 apela el actor y concedido el recurso expresó agravios a fs. 690. Su única queja radica en el monto de condena por pérdida de chance a favor de la Sra. A., y por el fallecimiento del Sr. P., Sostiene que al haber fallecido en el mismo accidente la hija de ambos, la chance de la Sra. A., se habría incrementado del 30% al 50% por lo menos de los ingreses de su concubino o que, al menos, debió tenerse en cuenta que la manutención de la hija solo se extendería hasta los dieciséis años.----------
---

------Dicho lo precedente voy a analizar los agravios expresados.--------

------Pérdida de chance por la muerte de la hija menor:---------

----Si bien no acostumbro referirme a institutos jurídicos en abstracto por ser superfluo a la sentencia, el caso que nos ocupa exige aclarar algunos conceptos previos respecto a la indemnización por pérdida de chance, pues hay algunos errores tanto en la argumentación del recurrente como en la jurisprudencia citada.----------

-----La pérdida de chance, o pérdida de oportunidades, como mejor correspondería llamarla en castellano, es siempre un daño actual. Lo que se perdió es una oportunidad futura. Esta oportunidad, siendo futura, siempre será hipotética. Lo que no es hipotético sino real es el hecho de que, al momento del infortunio, la posibilidad existía y después de él desapareció.----------

------Respecto a qué tipo de oportunidades futuras han de considerarse resarcibles y cuáles no, el justo quicio está en lo plausible que bien fue graficado con aquella máxima según la cual "*la pérdida de chance es más que una posibilidad y menos que una certeza*"[1].----------

¿Hay certeza de que una hija menor de edad colaborará con su madre cuando llegue la vejez?. No, no hay certeza de ello, pueden ocurrir infinitos hechos que lo impidan sin embargo ¿Se trata de una mera posibilidad? No, es mucho más que eso. En nuestra sociedad, en la cual la familia como institución está fuertemente enraizada es esperable que los hijos ayuden a los padres.----------

------Concretamente. Cuando alguien pierde un hijo menor, además de quedar con su espíritu lacerado, pierde también la posibilidad, oportunidad o chance, de tener un auxilio en la vejez.----------

------Por evidente, la cuestión no precisa más explicación ni demanda cita doctrinaria o jurisprudencial sin perjuicio de que la hay, y abundante.----------

------Propongo al Pleno el rechazo del agravio bajo análisis. Así lo voto.----------

------ La pérdida de chance por la muerte del concubino:--------

----A este respecto son varias las cuestiones que debemos resolver pues varias son, también, las quejas expresadas.----------

En primer lugar hay que decidir si, conforme a las constancias de autos,

---

[1] López Herrera, Edgardo "Teoría general de la responsabilidad civil" Lexis Nexis. Buenos Aires 2006 pag 138

existía o no concubinato. Coincido con el a quo en que este hecho ha de tenerse por cierto.----------

------El concubinato es una relación íntima que, por su propia naturaleza, queda reservada al ámbito intrafamiliar. De allí la dificultad de acreditarlo mediante prueba directa. Es este uno de los casos en que la prueba de indicios alcanza, y debe alcanzar, una importancia superlativa.----------

-----La Sra. A., y el Sr. P., tenían una hija en común. Al momento del siniestro viajaban juntos. A fs. 3 obra declaración jurada del occiso, Sr. P. A. P. ante el Sr. Juez de Paz, donde aquel reconoce vivir en concubinato con la Sra. D. S. A. y adjunta el testimonio de los Srs. C. y K..----------La prueba aportada supera ampliamente el test de veracidad exigible conforme a la naturaleza del hecho a probar.----------Sostiene el demandado recurrente que la Sra. A. es joven y bien puede trabajar para mantenerse. Esto desvirtuaría, a su criterio, la pérdida de chance que se pretende.----------

----------El actor, por su parte, sostiene que, la Sra. A. tenía una chance a recibir el 50% del sueldo del occiso y no solo el 30% pues en el infortunio también falleció la hija de ambos. Subsidiariamente aduce que la pareja solo mantendría a la menor hasta los dieciséis años y que tal circunstancia debió ser tenida en cuenta.----------

-----Ambos recurrentes confunden la verdadera naturaleza de la indemnización por pérdida de oportunidades.----------

-----La sentencia no indemniza a la Sra. A. porque haya quedado incapacitada para trabajar o sumida en una fatal indigencia. Nadie duda que es joven y que podrá trabajar en el futuro, solo que esta consideración es inconducente a los efectos de determinar una pérdida de oportunidades. Ni quita ni agrega. Ni aumenta ni disminuye la frustración de la chance.----------

-----Lo único que debemos indagar es si el occiso solventaba la manutención de la actora y si lo hacía con visos de permanencia.--------

-----Nada acredita que la actora haya tenido un trabajo o una fuente de ingresos propias, al menos el recurrente no lo menciona, ni identifica adecuadamente la prueba de ello. No debemos indagar mas allá.--------

------En la actualidad, en Argentina, no hay un modelo de familia pétreo. Cada pareja estructura su convivencia como mejor le parezca. En algunos casos ambos trabajarán y colaborarán económicamente al sostenimiento de la familia. En otros solo uno de ellos aportará el dinero necesario y el otro se abocará a las tareas de la casa y al cuidado de los hijos. Repito, bien puede ser lo uno o lo otro.----------Se probó el concubinato, se probó que el occiso solventaba los gastos familiares, no hay constancias de que la Sra. A. haya colaborado económicamente en el sostenimiento del hogar. La conclusión es simple: la Sra. A. se mantenía con una parte de los ingresos de su concubino y tenía la chance u oportunidad de seguir haciéndolo en el futuro.---------

----------En cuanto a la impugnación de la actora, que considera exiguo el porcentaje y pretende un 50% o más, reitero lo dicho anteriormente: equivoca la naturaleza del rubro a indemnizar.----------

------En el mismo accidente fallecieron el Sr. P. y su hija. Es allí donde se produce el daño para la actora. Entre todos los perjuicios sufridos está la pérdida de oportunidades o chance a una manutención futura. Repito: lo que se perdió no es una suma futura cierta, sino la oportunidad cierta de recibirla. El objeto de la pérdida, por decirlo de algún modo, no es el dinero sino la chance de percibirlo.----------Cabe preguntarse ¿Qué chance tenía la actora al momento del infortunio? La misma que venía percibiendo. ¿Cuánto venía percibiendo? Al parecer, el 30% de los ingresos ¿Cuál fue la chance perdida? Ese 30% y no más. ¿Podría haberse incrementado en el futuro? Claro que sí, pero también podría haber disminuido o directamente extinguirse. El futuro siempre es incierto. Lo único cierto es la chance y ella debe ser valorada al momento del ilícito, pues es en ese mismo instante que la oportunidad

desaparece. Ni antes ni después. Al momento del infortunio tenía una chance del 30%. Es eso lo que perdió.----------
---------- ------Propongo al Pleno que se rechacen ambos agravios y se confirme la sentencia de la anterior instancia en lo que a este rubro corresponde. Así lo voto.----------
---

------ Perdida de chance del Sr. J. C. P.:----------Se queja el demandado por la condena a indemnizar la pérdida de chance del padre biológico del occiso. La sentencia establece que debe calcularse la chance en un 10% de los ingresos del occiso desde la muerte del hijo y hasta la edad promedio de vida. Al resultado debe restársele un 30%.---
----------El recurrente sostiene varias cosas: considera que el cómputo de la chance recién debe hacerse desde la senectud del padre y hasta su presunto fallecimiento; aduce que según el cálculo del a quo la indemnización equivale al 110% de los ingresos pues y se la condenó a pagar chances a la concubina. Esto último carece de asidero, el Sr. Juez de la anterior instancia consideró que los gastos del occiso equivalían al 10 % de sus ingresos de ello quedaba un 30% para mantener a la hija y un 30% para mantener a la concubina. Resta un 20% con el cual habría podido mantener al padre.-
----------Donde sí tiene razón el recurrente es respecto al lapso durante el cual el padre del occiso tenía expectativas a recibir ayuda y que solo puede computarse a partir de senectud de aquel, pues lo habitual es que cuando los padres están en la plenitud de la vida no necesiten la ayuda de los hijos.----------
----------En consecuencia, el cálculo de la anterior instancia debe modificarse. La chance perdida por el Sr. J. C. P. es a recibir una ayuda de su hijo desde la edad habitual de jubilación (65 años) hasta la edad promedio de vida (74 años). A ello habrá que reducirle el 30% por haber quedado plasmada así la pretensión. En concreto la chance será a una ayuda durante 9 años y no durante 26 años

como dispone la sentencia.----------
----------**Daño moral de la concubina y del Sr. G. D.:**--------
Sostiene el recurrente que no corresponde indemnizar daño moral a la concubina ni al Sr. D. por no estar incluidos en el art. 1741 del CC.------
---

------Se plantea aquí la discusión respecto a la aplicación temporal del nuevo Código Civil y Comercial cuando el infortunio ocurrió con anterioridad a su vigencia.----------
-----El art. 7 de Código Civil y Comercial textualmente dice: "A partir de su entrada en vigencia las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes". Resulta esencial determinar si la relación jurídica por la cual se debe pagar indemnización de daño moral es "existente" o no.----------
-----Lo cierto es que al momento del infortunio estaba vigente el art. 1078 del CC según el cual solo se consideraban damnificados indirectos con legitimación para reclamar daño moral, por fallecimiento, los herederos forzosos del occiso.----------
-----El infortunio ocurrió el 13 de febrero de 2008. Por aquella época regía el viejo Código Civil. La conclusión es contundente. Nunca surgió la deuda de indemnizar daño moral, pues ni la Sra. A. ni el Sr. D. estaban activamente legitimados para reclamarlo. Al momento de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial no había una situación jurídica existente respecto a la indemnización del daño moral, pues tal crédito no existía.-
----------A este respecto se ha dicho: *"El art. 1078 del Código Civil, al limitar a los herederos forzosos la legitimación para incoar la acción pertinente en caso de fallecimiento de la víctima … no deja margen a una interpretación que extienda a otra persona la posibilidad de obtener una indemnización por tal concepto"* (Cam Nac. Civ. sala H, 15-12-95 "Padolfi, José Leonardo y otros c/Cortes, Margarita del Carmen s/Daños y perjuicios". Rev. De Derecho de Daños nº 6 daño moral. Rubinzal Culzoni Santa Fe 1999, pág.

277. Idem pág. 308. Idem pág. 380. Idem pág. 381.----------
----------Por lo expuesto propongo al Pleno se haga lugar al agravio y se modifique la sentencia de primera instancia rechazando la indemnización de daño moral por la muerte del Sr. P. A. P., reclamado por la Sra. D. S. A. y el Sr. M. A. G. D..----------
----------Resta referirme a las costas de la presente instancia y en atención a que solo procedieron algunos de los agravios de la demandada, siendo rechazados otros, las costas deben imponerse por su orden.----------**A IDENTICA CUESTIÓN, el Dr. PETRIS, dijo:**----------Habiendo el vocal que me precede en el orden de votación detallado con suficiencia los antecedentes de la causa y de las apelaciones que abren esta jurisdicción no me detendré en demasía a ello y pasaré a abordar el contenido de las críticas desde mi lugar al salir desinsaculado a votar en segundo lugar conforme surge del decreto judicial de fs. 697, bajo las previsiones de los arts. 168 y 169 de la Constitución de la Provincia del Chubut.----------
-----Por una cuestión de método de elaboración de sentencia y resultado que se obtenga he de tratar en primer lugar las quejas de los demandados y citada en garantía y luego los de la actora.----------
-----Se quejan en concreto los accionados porque el Juez "a quo" admitió el reclamo por la pérdida de chance de ayuda futura por la muerte de la hija menor de la actora, se detiene en los argumentos de la sentencia y dicen que el juez yerra porque mal podría tenerse por cierto que una menor de 2 años colaborase en el futuro con la actora porque no hay elemento que haga presumir eso (fs. 682).----------Se equivocan los recurrentes.----------
Cuando una persona, a raíz de un evento dañoso, sufre la pérdida o frustración de una expectativa o probabilidad de ganancias futuras, se dice que ha experimentado una pérdida de chance. Ello ocurre cuando como en el caso existe la oportunidad con visos de razonabilidad o fundabilidad de lograr una ventaja patrimonial o evitar una pérdida de

esa naturaleza. Así se la ha definido como la oportunidad verosímil de lograr una ventaja o de impedir una pérdida. La actora pidió pérdida de chance por la muerte de la menor M. A. P. A. que contaba con 2 años de edad al momento del acto ilícito (ver fs. 51/53).-------Cuando fallece un niño de corta edad lo que debe resarcirse es el daño futuro, cierto y probable que corresponde a la esperanza con contenido económico que constituye para su madre en este supuesto la vida de un hijo que muere a consecuencia de un hecho ilícito; resarcimiento que cabe sino a título de lucro cesante, por lo menos como pérdida de una chance u oportunidad de que en el futuro, de vivir la hija, se hubiera concretado la posibilidad de una ayuda o sostén económico para la progenitora, daño futuro cierto y no eventual, indemnizable.----------
----------Es que si lo que se trata de resarcir es la "chance" que por su sola naturaleza es una posibilidad, no puede negarse la indemnización con el argumento que se intenta de que es imposible asegurar que de la muerte de la menor vaya a resultar perjuicio, puesto que ello importa exigir una certidumbre extraña al concepto mismo de "chance" de cuya reparación se trata (conf.: CSJN, 5/8/96, ED 120-651).----------El agravio se rechaza. Así lo VOTO.----------El segundo agravio referido al acogimiento en la sentencia puesta en crisis de la perdida de la chance por la muerte del concubino no ha de seguir mejor suerte.----------
----------Se queja a fs. 685 punto b, dice que la actora nunca dijo ser beneficiaria de porcentaje alguno de los haberes de P., no estaba formalizado el concubinato, y se hizo lugar a un reclamo donde el perjuicio dice no logró grado de probabilidad (fs. 685 vta.), reconocen la existencia de una hija de ambos de 2 años y se quejan de la cuantificación del rubro porque dicen que estamos frente a un reclamo de chance y no de una privación que deba presumirse que efectivamente existe desde el momento mismo del deceso (fs. 686).-----
-----Concuerdo por ser ajustado a derecho con la respuesta del Dr.

Günther Flass en este aspecto. La unión de hecho o convivencial (antes concubinato) se demostró acabadamente con el instrumento público de fs. 194 que no fue redargüido de falso, estuvieron presentes testigos y hace plena fe, que P. A. P. vivía en aparente estado de matrimonio con la reclamante hoy D. S. A. desde hacía 4 años. De esa unión hubo una hija nacida el 13/10/2005 (fs. 8). Pruebas más que suficientes para que no hay duda de la relación de hecho habida al tiempo del accidente que nos concita y que culminara con la vida del causante, caracterizada por la vida en común.----------Es decir se acreditó que la relación concubinaria era sólida, estable, que permite suponer con un buen grado de certeza su proyección futura con el correspondiente beneficio económico que ello habría reportado a la reclamante.----------Los derechos derivados de esa unión se han ido afirmando en paulatinas superaciones de posturas hasta llegar a la actualidad al reconocimiento (art. 509 del Código Civil).----------No demostraron las quejosas hoy, durante el proceso, que la reclamante solventara los gastos del hogar o participara al sostenimiento. Por ello es que deben tenerse presente en este caso que nos ocupa el grado de verosimilitud de la chance perdida y pedida, lo que supone evaluar la capacidad del causante para obtener ingresos, la porción de ellas que razonablemente hubiese afectado al sostén de su hija y concubina.----------Y no arrimaron ningún elemento ni las demandadas ni la actora que cuestionara a su turno el porcentaje del 30% que permitan alejarse del razonamiento del juez de origen, demostrando el error sentencial.----------La meta de la actividad recursiva consiste precisamente en demostrar el desacierto sentencial que se recurre y los motivos que se tienen para considerarle errónea que en el particular nunca logró.----------La expresión de agravios, como acto procesal que es, no alcanza con el *"quantum discursivo"*, sino que la *"qualitae"* hace a la esencia de la crítica razonada, por lo tanto, no basta con disentir con el

pronunciamiento, pues disentir no es criticar de modo tal que el recurso debe bastarse a sí mismo. En consecuencia, tanto los disensos subjetivos como la exposición retórica de la posibilidad de haberse interpretado las pretensiones o sus defensas de modo distinto al llegado por el *"a quo"*, si bien constituyen características propias del debate dialéctico, no lo son de la impugnación judicial que se pretende.----------

------Discutir el criterio de valoración judicial, o pretender introducir lo que no dice la sentencia o debiera haber dicho, sin apoyar o dar base a un enfoque distinto, no es expresar agravios.----------

-----No dejan de presentar otra postura, pero conforme lo llevo dicho, no evidencia ni refleja más que eso, que dista de ser una queja en sentido técnico legal, sino una mera disconformidad (doctrina art. 268 del C.P.C. y C.).----------

-El juez de primera instancia ponderó con suficiencia que el Sr. P. percibía un salario mensual de $4.223,52, apoyándose en la pericia contable no observada, por lo que teniendo en cuenta que la chance no ostenta el mismo grado de certidumbre que el de un efectivo lucro cesante, el alcance de la indemnización entronca bastante con el prudente arbitrio judicial. No caben aquí razonamientos estrictamente matemáticos o actuariales, ya que lo que se resarce es la pérdida de una posibilidad u oportunidad futura que el curso de los acontecimientos, al troncharla, hace imposible saber si la esperanza se habría tornado en realidad.----------

-----Tampoco escapa a mi criterio que esa esperanza, y ahora dando respuesta al mismo tiempo a la queja de la actora que pretende el 50% de los ingresos y no al 30% que otorgó el Juez "a quo", no fue acreditada como para modificar la valía de la chance. Ya he dicho antes de ahora que cuando se pretende en la Alzada, mediante la apelación, modificar la condena debe el recurrente demostrar en la Cámara el cálculo válido según su posición y como parte integrante del agravio. --------No lo hizo. ----------Debe

tenerse en miras el grado de verosimilitud de la chance perdida, evaluando la capacidad del occiso para obtener ganancias y la porción de ellas que razonablemente hubiese afectado al sostén de su hija y concubina.----------

Los agravios de los accionados por A. V. C., A. J. S. y Federación P. de S. S.A. y de la actora se rechazan, concuerdo con la votación del Dr. Günther Enrique Flass. Así lo VOTO TAMBIÉN.----------

----------Se agravian los demandados por la condena al rubro pérdida de chance a favor del progenitor del causante Sr. P. P. y que aquél le cediera a la actora (fs. 686 vta.) y vuelve al análisis de la chance como probabilidad y se pregunta el grado de la misma en favor del padre, se detiene en la cesión gratuita y dice que quien la alegue debe probarla y que en autos no se hizo.----------

----------Luego extiende la indemnización desde el momento del siniestro y hasta la edad de 74 años a favor del progenitor de 47 años de edad (fs. 687 vta.). Tacha de arbitraria la sentencia en este tópico, que no hay norma alguna que tenga por acreditados que los padres tienen derecho a percibir ayuda de sus hijos en su mayor edad y eso no se presume.---------Ya se le explicó en qué consistía la chance, sus alcances, etc. al tratar las quejas anteriores, y una vez más pasa por alto las conclusiones del juez de origen al tratar el ítem oportunamente pedido, argumentando el sentenciante que los progenitores tienen derecho a reclamar por pérdida de chance de ayuda económica ante la muerte de un hijo, computó el daño desde la muerte del Sr. P. hasta que cumpliera el cedente 74 años, es decir otorgó un lapso de 26 años.----------Cuando se reclama la chance perdida por la muerte de un hijo mayor, que pueda el día de mañana mantener a sus padres o al menos lo socorra económicamente, lo que está presente es en el resarcimiento en cuestión, es la pérdida, esta chance al mantenimiento futuro.----------Tampoco es óbice la cesión a favor de la actora, ni la circunstancia que pudiera llegar a tener bienes el progenitor y no necesitara depender de su hijo si no se demostró que exista alguna causa de indignidad o que

se haya tratado de un vínculo nocivo entre padre e hijo fallecido.----------

-----Coincido una vez más con el vocal que me precediera en la votación, el período de ayuda económica no puede extenderse desde la muerte hasta que cumpliera 74 años el cedente, sino desde la edad ordinaria para poder acceder a una jubilación y hasta que cumpliera 74 años como promedio hipotético de vida (desde los 65 hasta los 74).----------El rubro o ítem debe mantenerse con la reducción señalada, es decir $5.490,55 anuales (422,35 x 13) por 9 años (desde los 65 hasta los 74) total del mismo $49.414,95. Así lo VOTO YO.----------Distinta solución voy a adoptar en torno al último agravio, esto es el daño moral de la concubina y del Sr. D..----------Es cierto lo que sostiene el colega anterior, no hay dudas que a la data de ocurrencia de la muerte y por ende del daño, regía el Código de Vélez, pero aún así he resuelto la viabilidad del ítem cuando era juez de primera instancia en autos “Saldivia, Isabel c/ Reguiló, M. Enrique y otros s/ Daños y Perjuicios” (Expte. N°: 21 – Año: 2000), destacando que deberá tenerse muy en cuenta la evolución que han tenido la doctrina y la jurisprudencia en cuanto a la situación de la concubina, que no por conocida debe apartarse de este análisis y que merece ser recordada. En un principio, la concubina fue rechazada como legitimada activa para reclamar por la muerte de su compañero. Se tenía en cuenta para ello el carácter no legal de su unión y la férrea tradición nacional en materia de indisolubilidad del matrimonio y defensa del mismo ante uniones efectuadas a su margen. Pero los hechos avanzaron más rápido que el Derecho, paso a paso, se fue abriendo camino el criterio de que, en realidad, la concubina, como compañera de años, muchas veces madre de los hijos de ambos, tenía derecho a la reparación que la falta de su concubino lo provocaba. El daño por ausencia del mismo era incuestionable, ya que si vivían bajo el mismo techo y el occiso – o ambos- aportaban para su subsistencia, no podía menos que apreciarse

que la muerte había dejado en la concubina una carencia económica que podía y debía apreciarse.----------Así se comenzó a reconocer el derecho a pensión a la misma (ley 23.570 de 1988), alimentos y luego el resarcimiento patrimonial en caso de muerte de su concubino. Así, por ejemplo, puede citarse: "La concubina se encuentra legitimada para reclamar los daños y perjuicios por la muerte de su compañero, estando esa legitimación reglada dentro de los términos del art. 1079 del Código Civil, el cual debe ser interpretado en función de la amplitud que emerge tanto de sus propios términos ("...no sólo..." y "...sino respecto de toda persona..."), como de la situación existencial que define; el hecho de que las partes no hayan estado vinculadas por un matrimonio de carácter civil no puede dejar sin respuesta un pedido de resarcimiento, habiéndose acreditado que la concubina de la víctima era sostenida económicamente por ésta" (SCJBA, 12.11.91, "A., F. E. C/V., I. A.", LL 1992-B-173, con nota de Gabriel A. Stiglitz). "La concubina se encuentra legitimada para accionar por los daños y perjuicios por la muerte de su compañero, estando esa legitimación reglada dentro de los términos del artículo 1079 del Código Civil" (Cam. Civ. Y Com. de Junín, 20.8.96, "M. G. R. y
Otra c/ Transp. El Resero", LL Buenos Aires 1996-1149).----------
------Sin embargo quedó en el camino el daño moral en caso de muerte. La razón fue la barrera que establece el art. 1078 del Código Civil, que habla del daño moral únicamente a los herederos forzosos.----------
-----A pesar de ello ya muchas voces se alzaron en contra de tal criterio, en el entendimiento de que la norma no puede ignorar que si existe convivencia con características del matrimonio, formando una familia, el dolor y la alteración de espíritu al perder al compañero no pueden dejar de producirse. Por supuesto que, además de esa razón existe una argumentación jurídica, que es la colisión entre lo expresado por el art. 1078 y lo normado por los arts. 1077 y 1079 del Código Civil. Si todo daño debe repararse, incluso a los damnificados indirectos, ¿por qué excluir a

la concubina?.----------En tal sentido en las jornadas Responsabilidad civil en caso de muerte o lesión de personas (Rosario, junio de 1979) se elaboraron dos despachos, uno de los cuales expresaba: "Debe modificarse el artículo 1078 del Código Civil en cuanto otorga solamente a los herederos forzosos la acción para obtener el resarcimiento del daño moral corresponderá también de acuerdo a lo establecido en el artículo 1079 del Código Civil a los parientes que acrediten haber sufrido una lesión en sus intereses legítimos, aunque del hecho ilícito no haya derivado la muerte de la víctima (Brebbia, Corbella y Barbero)". Y al respecto Andorno dice: "Circunscribir la reparación del daño moral únicamente al supuesto en que hubiere resultado la muerte de la víctima, a favor de los herederos forzosos, como lo hace el art. 1078 luego de la redacción sustitutiva dispuesta por la ley 17.771 parece un criterio demasiado restrictivo que no se compadece con la verdadera naturaleza de dicha categoría de daño" (Andorno, Luis, Responsabilidad Civil, cit. Por Venini, J. C., Responsabilidad por daños, Juris, 1994, p. 174).----------

-Así no aparece como justo ni tampoco como ajustado a derecho obviar la colisión normativa, ni la incongruencia que representa resarcir a una persona por todo simple interés lesionado (Mosset Iturraspe, Responsabilidad por daños, t.I, Parte general, Ediar, 1971, p. 143) pero negar la indemnización por daño moral a quien demuestra que ha convivido como si fuera una esposa y formado una familia con la víctima.----------

---Si el criterio legislativo imperante en nuestro Derecho positivo es el de resarcimiento integral a todo el que ha sufrido un daño injusto, ese plexo normativo debe interpretarse integralmente para ofrecer una respuesta adecuada al caso de la pretensión por daño moral de la concubina.----------

-----Al exteriorizarse sobre la extensión del resarcimiento, en cuanto a los damnificados, Mosset Iturraspe expresa: "Todo perjuicio económico

sufrido por un tercero, cualquier perturbación de una determinada situación patrimonial, cualquier desaparición de una legítima expectativa, en suma, toda lesión de un interés que pueda considerarse derivado, en virtud de un nexo causal adecuado, del hecho doloso o culposo de la muerte de una persona, haría surgir en el perjudicado un derecho al resarcimiento" (Mosset Iturraspe J., Responsabilidad por daños, Ediar, ts. I, Parte general, ps. 143 y ss. y II, Actos ilícitos, p. 171).-

---

Por otra parte, Zavala de González expone su criterio de que "ninguna razón de política jurídica debiera impedir la compensación de un daño real e injustamente padecido" y explica que el daño moral tiene una esencia "subjetiva" y no objetiva. Por lo cual, basar el criterio de resarcimiento en un elemento objetivo y de existencia legal, como el parentesco, no es justo, ya que se privilegia el valor seguridad por sobre el valor justicia (Zavala de González, M., Resarcimiento de daños, t. 2b, daños a las personas. Pérdida de la vida humana, Hammurabi, 1993, p. 394).----------

------Porque si se analiza el plexo normativo en su conjunto debemos concluir que el artículo 1078 del Código Civil incluye –después de la sanción de la ley 17711- una prescripción como regla jurídica, por la cual "en principio" sólo los herederos forzosos pueden reclamar el daño moral, a cuyo efecto se presume para ellos ese perjuicio y, en consecuencia, la carga normativa que lo desvirtúe recae en la contraparte. Y queda como "excepción" el otorgamiento que permiten otras normas del Código como los artículos 1079 y 1080, siendo menester para ello que quien reclama demuestre la convivencia o la relación o los efectos de la muerte de la víctima, para poder acceder al beneficio (cfr. Venini, J. C., Responsabilidad por daños, Juris, 1994, p. 174).----------

-----Con espíritu abierto y comenzando a transitar una senda de interpretación más amplia, nuestra Corte Suprema de Justicia de la

Nación se ha expedido por la concesión de la indemnización por daño moral a la madre del causante, aun habiendo esposa e hijos que desplazan a la primera de la vocación hereditaria, diciendo: "Si bien es cierto que el artículo 1078 admite el reclamo del daño moral sufrido como consecuencia del fallecimiento de una persona sólo con respecto a los "herederos forzosos", corresponde asignar a tal mención una interpretación amplia, de modo que alcance a todos aquellos que son legitimados con vocación eventual, aunque –de hecho- pudieran quedar desplazados de la sucesión por la concurrencia de otros herederos de mejor grado" (CSJN, 7-8-97, "B., R y otros c/ Buenos Aires, Prov. De s/ Daños y Perjuicios", ED 2-10-98, N° 9599).----------

-----También el Proyecto de Código unificado Civil y Comercial no establece límite en cuanto a la calidad de damnificado, habiéndose entonces inclinado el legislador por una tesis amplia y por la aplicación jurisdiccional en cuanto al beneficio, de acuerdo a la prueba y a la calidad de damnificado directo o indirecto (hoy Ley).----------

-----Atinado y justo resultó un fallo del juez de primera instancia de Morón Héctor Iribarne, que acogió el reclamo de una concubina, basándose en la prueba de la unión y en la existencia de un "daño de hecho". Dicho fallo fue confirmado por la Cámara, con los siguientes conceptos: "Es insostenible que cualquier persona pueda reclamar –prueba mediante- por el perjuicio cierto que le causa la muerte de quien la sostenía y no le sea permitido ello a la concubina por el solo hecho de sostener una unión que, si bien la ley no contempla, ni menos ampara, tampoco prohíbe expresamente; ergo, el concubinato no goza de protección legal como el matrimonio, pero ninguna norma de nuestro ordenamiento jurídico condena concretamente este tipo de unión al extremo de impedir un reclamo del daño sufrido" (Cám. Civ. Y Com. de Morón, sala 1ra. 12.4.84, "Gómez, Ramona G. y Otros c/ Cardozo, Luis A.").----------

-----Igualmente merece citarse el comentario de Zannoni sobre el

particular, cuando concluye el análisis del tema reconociendo ya que la concubina se ha abierto camino como damnificada en los casos de muerte: “También se ha reconocido el daño moral, aunque al respecto, se advierte un criterio restrictivo y hasta adverso en la jurisprudencia más reciente” (Zannoni, Derecho Civil, Derecho de familia, t. 2, Astrea, 1989, p. 264).----------

------Entonces debemos tener en cuenta los criterios de reparación integral y de demostración de un vínculo de hecho a los fines de otorgar el beneficio, como la carencia de prohibición expresa normativa del otorgamiento pretendido.----------

-----Comparto el razonamiento del juez de origen al fundar el rubro que se apela.----------

-Es que la existencia del concubinato se encuentra probada en autos, no se invocó ni acreditó que mediare algún impedimento en esa unión, que fuera esporádica o accidental. Hubo una hija fruto de esa unión. Es decir se trataba de una unión o relación estable, permanente, singular hasta el momento del evento dañoso.----------Como consecuencia de ello voy a propiciar el rechazo de la queja y mantener la condena por daño moral a favor de la concubina así como su monto teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus consecuencias teniendo en cuenta que el daño moral es la lesión en los sentimientos que determina dolor o sufrimientos físicos, inquietud espiritual o agravio a las afecciones legítimas y en general, toda clase de padecimientos insusceptibles de apreciación pecuniaria. Su traducción en dinero se debe a que no es más que el medio para enjugar de un modo imperfecto pero entendido subjetivamente como eficaz por el reclamante, un detrimento que de otro modo quedaría sin resarcir. De lo que se trata es de reconocer una compensación pecuniaria que haga asequibles algunas satisfacciones equivalentes al dolor moral sufrido. En su justiprecio, ha de recurrirse a las circunstancias sociales, económicas y familiares de la víctima y de los reclamantes, porque la indemnización no puede llegar a enriquecer en contra del principio de la razón natural

(doctrina art. 499 del Código de Vélez).----------En esta especie de daño no se exige prueba específica y surge por el solo hecho de la acción antijurídica. Es carga del obligado probar su inexistencia (art. 1058 del Código de Vélez).----------El daño moral es aquél que afecta principalmente los derechos y atributos de la personalidad, de carácter extrapatrimonial y, su reparación tiene por objeto indemnizar el quebranto que supone la privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor fundamental en la vida del hombre y que son: la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los más sagrados afectos. No requiere prueba específica en cuanto ha de tenérselo por demostrado por el solo hecho de la acción antijurídica (art. 1078 del Código Civil y su doctrina; S.C.B.A., 13-6-89, “Miguez, Rubén y Otros c/ Comarca S.A. y otro”, L. 40.790- El Derecho T° 136, pág. 526).----------
----------La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha impuesto la doctrina que establece que el daño moral tiene carácter resarcitorio, el que surge de textos legales expresos (arts. 522 y 1078 del Código Civil), no teniendo que guardar relación con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio a éste; (Santa Coloma, Luis F. Y otros c/ Empresa Ferrocarriles Argentinos”, Agosto 5 de 1986, ED. T° 120, pág. 648; “Forni, Francisco y otros c/ Ferrocarriles Argentinos s/ Indemnización de Daños y Perjuicios”, F-439. XXI, Setiembre 7 de 1989).----------Como bien dice Von Ihering, “Ouvers Choisies”, París, 1893, T. II, págs. 154, 155 y 159, el que sufre un perjuicio debe serle reparado no solamente por las perdidas pecuniarias sino también por las restricciones llevadas a s bienestar, a sus conveniencias, por los disgustos, las agitaciones del espíritu que le han sido causadas. La persona, según este autos, puede ser lesionada por lo que es y por lo que tiene. En lo que es: su cuerpo, su libertad, su honor y en lo que ella tiene en sus relaciones con el mundo exterior.----------
----------No puede dejarse de considerar que la reparación del agravio moral corresponde no sólo por lo dispuesto por los arts. 522

y 1078 del Código Civil, sino por lo establecido ahora por la Constitución Nacional al jerarquizar los tratados como el Pacto de San José de Costa Rica (art. 75 inc. 22).----------Es obvio que desde una especial y respetable concepción de la ética puede mirarse a la reparación del daño moral como un apartamiento de las rigurosas exigencias que tal ética formula a quienes deseen seguirla. Pero no cabe que los jueces se guíen, al determinar el derecho, por patrones de moralidad que excedan los habitualmente admitidos por el sentimiento medio, pues como lo señala Cardozo, “los jueces deben dar vigor con sus sentencias a la moralidad corriente de hombres y mujeres de conciencia recia” (“The nature of the justicial process”; U.S., Yale University Press, 1937, p. 106). En efecto, la decisión judicial no ha de reemplazar las opciones éticas personales cuya autonomía también reconoce el art. 19 de la Constitución Nacional.----------Respecto a la cuantificación de este rubro se ha interpretado que no tiene por qué haber vinculación porcentual con los daños materiales, y tampoco puede considerarse que sea un aspecto complementario y accesorio (conf.: ED. 61-520), habiéndose agregado en forma conteste que no existiendo ninguna relación forzosa entre el perjuicio material y moral, la reparación de este daño debe determinarse ponderando esencialmente la índole del sufrimiento entre otras cuestiones (conf.: Rep. LL, 1983-A-I, pág. 642). La CANE también ha entendido que no cabe someter a proporcionalidad de resarcimiento de agravio moral por ostentar un carácter autónomo (conf.: S.D. 2, 194/94). Dentro de las diez reglas enunciadas por Mosset Iturraspe sobre el quantum (conf.: art. Cit. “Diez reglas sobre el cuantificación del daño moral”, LL del 3/2/94, encuentro relevancia en el sub-juditio la gravedad del daño (regla 6) y la armonización de las reparaciones en casos semejantes (regla 8).----------Así lo VOTO YO.----------Igual suerte ha de seguir la crítica respecto a la condena de daño moral a favor del Sr. D., es que

arriba firme a la Cámara por ausencia de impugnación específica que A. G. D. tiene un importante vínculo afectivo con P., a quien cuidó desde su infancia, mantenía trato paterno filial hasta el fallecimiento repentino y consideraba a su hija (M.) como su nieta (fs. 658 punto II), así como que D., inició un vínculo convivencial con la madre de P. cuando este tenía pocos meses de vida y convivió con el nombrado incluso después de la muerte de su madre y hasta que formó pareja con A. (fs. 658 apartado quinto).----------Cuando los lazos de hecho son naturales, serios y estrechos, y se demuestra fácticamente, como en el caso, que evidencian la proximidad espiritual, el daño aparece manifiesto ante la estabilidad de la vinculación afectiva y el compromiso vital entre la persona que reclama y la persona muerta y no hay óbice en la actualidad en que esa persona tiene que tener una respuesta al pedido de resarcimiento conforme al principio fundamental de todo derecho, de que debe resarcirse el daño causado y que el Código de Vélez también reconoció de modo
prioritario (arts. 1109, 1077, 1079 del Código Civil).----------
-----No es necesario a mi criterio declarar la inconstitucionalidad del art. 1078 del Código de Vélez, dado que la norma se convirtió en anacrónica, porque no es justificado que una persona que ve lesionado in re ipsa su interés frente al daño por la muerte de un ser querido con el que lo une lazos afectivos, algunas veces más fuertes que los de sangre, se vea privado de un resarcimiento debiendo soportar ese
daño.----------
------Hay normas superiores que deben primar en su conjunto, sirviendo también para argumentar el análisis el razonamiento llevado a cabo al tratar el anterior agravio.----------
-----La queja se rechaza. Así lo VOTO.----------
----Costas de Alzada por su orden, es decir que cada apelante solventará las suyas propias, en atención al resultado de los recursos habidos y lo dispuesto por los arts. 69 y 72 del C.P.C. y C.).----------

------A la MISMA CUESTIÓN, el Dr. FRUCHTENICHT, dijo:----

------Surgiendo de los votos precedentes la existencia de disidencia en orden a la procedencia o improcedencia del daño moral para con el o la conviviente, corresponde emitir este dictamen a fin de resolverla.----------Conforme lo entiende calificada doctrina, la visión actual del derecho de daños comprende la responsabilidad como crédito. Es decir que existe una valoración del interés del sujeto acreedor. El concepto de víctima asume así un rol de relevancia. Al derecho ya no le interesa castigar sino reparar y entonces, resulta preciso atender a la reparación del daño "*injustamente sufrido*", antes que al "*injustamente causado*" (en tal sentido: v. LORENZETTI, Ricardo Luis; "*La responsabilidad civil*"; LLP 2002-11; 1302; LA LEY 2003-A, 973).----------Aclarado ello, corresponde –entiendo – hacer una referencia al concepto de daño moral.----------Lo que define al daño moral resarcible no es el dolor o los padecimientos. Ellos serán resarcibles a condición de que se provoquen por la lesión a una facultad de actuar que impide o frustra la satisfacción o goce de intereses no patrimoniales reconocidos por el ordenamiento jurídico a la víctima del evento dañoso. Y estos intereses pueden estar vinculados tanto a derechos patrimoniales cuanto a derechos extrapatrimoniales (v. ZANONNI, Eduardo A. "*El daño en la responsabilidad Civil*", Ed. Astrea, 2005, 3º edición actualizada y ampliada, pág. 1).----------Siguiendo las enseñanzas de Bustamante Alsina (op. "*Teoría General de la Responsabilidad Civil*"; Ed. Abeledo Perrot; 3ra. ed.; Nro. 557 p. 205) podemos definir al daño moral como aquella lesión en los sentimientos que determina dolor o sufrimientos físicos, inquietud espiritual o agravio a las afecciones legítimas y en general a toda clase de padecimientos insusceptibles de apreciación pecuniaria. Tal daño se configura cuando se lesionan los sentimientos de la persona y aquél se traduce en padecimientos físicos o se ha perturbado la tranquilidad de

la persona humana.----------
-----Se erige como una modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de la capacidad de sentir que se traduce en un modo de estar de la persona diferente de aquel en que se hallaba antes del hecho –como consecuencia de éste– y que le resulta anímicamente perjudicial. Supone privación o disminución de aquellos bienes que tienen valor principal en la vida del hombre y que son la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los más sagrados afectos.----------
-----Otros autores, sin abandonar el concepto básico de daño moral como perjuicio espiritual, entienden que un detrimento de esta índole puede también constatarse en la aptitud para actuar las potencias y atributos del ser humano, sea en la vida aislada sea en la relación con los demás. La sociabilidad es también una dimensión de la espiritualidad de la persona humana (cfr. ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde; "*Resarcimiento de daños. Daños a las Personas. Integridad espiritual y social*"; Tomo 2 C; Ed. Hamurabi; 1994; p. 63 y ssgts).----------El daño moral implica entonces un defecto existencial en relación a la situación subjetiva de la víctima precedente al hecho dañoso (cfr. BUERES, A. y HIGHTON, Elena; "*Código Civil y Normas Complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial.*"; Tomo 3 A; arts. 1066 á 1116; Obligaciones; Ed. Hamurabi; Buenos Aires; 1999).--------ZAVALA de GONZÁLEZ, al referir la redacción del art. 1078 del Código Civil de Vélez, sostuvo que "*Los excluidos pueden sufrir reales, inmerecidos y graves daños morales, por lesión a intereses dignos y trascendentes (padres del herido, hermanos del muerto...). Pero la ley abandona aquí la directiva de que los perjuicios deben indemnizarse, confiriendo primacía al imperativo de desechar una "catarata de damnificados*", que pudiera causar la ruina del responsable. Sin embargo, esa razón de política legislativa resulta a todas luces desechable en función de la atribución de atenuar equitativamente la indemnización, valorando la

situación patrimonial del deudor (art. 1069, segundo párrafo, del Código Civil de Vélez) (cfr. aut. cit.; "*Daño Moral de padres por lesiones de sus hijos. Otros damnificados indirectos.*", DJ 2007-II, 678; LA LEY 2007-E, 334- Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo III, 229). Además, tal argumento no resulta operativo cuando no accionan "múltiples" e "irrestrictos" damnificados indirectos, sino "alguno" o "algunos" y, además, "estrechamente allegados". Así como la autora citada –a la que adhiero - se enroló, como otros, dentro de los defensores de la modificación del entonces artículo 1078, no desconozco que existen voces que por entonces se han alzado en contra de su redefinición.----------Y tal adhesión de mi parte a la postura citada, obedece a las siguientes razones: ----------En primer lugar, porque tengo para mí que la limitación alojada en el art. 1078 del Código Civil hoy derogado resultaba violatoria del derecho a la reparación integral del daño injustamente sufrido, integralidad de reparación que reviste eminente carácter constitucional. La doctrina que emana de la mayoría de la CSJN en la causa "*Aquino, Isacio c/ Cargo de servicios Industriales S.A.*" proclamó el carácter 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 (v. *Fallos*: 327:3753, sentencia del 21.09.2004). La reparación no sería plena si el daño quedara subsistente en todo o en parte, se sostuvo entonces.----------Dicha limitación vulnera así mismo el derecho de igualdad ante la ley (art. 16 Constitución Nacional) receptado también por el art. 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante: CADH), ratificada por Ley Nro. 23.054 e incorporado al art. 75 inc. 22 en la reforma de 1994, otorgándosele jerarquía constitucional a aquélla, ya que discrimina injustamente a quienes sufren de manera indirecta en su espíritu frente a la legitimación amplia de los damnificados indirectos en sus intereses patrimoniales.----------

También conculca la protección a la integridad de las personas y su derecho a ser resarcidos del daño que encuentra respaldo normativo en tratados que integran nuestro sistema constitucional (CADH, en función del art. 75 inc. 22 Const. Nac.) los que devienen vulnerados por la redacción del art. 1078 del Código Civil hoy derogado.----------

--De acuerdo a las previsiones constitucionales, las leyes reglamentarias del ejercicio de los derechos no pueden alterarlos (arts. 14 y 28 Const. Nacional), cuestión que deja de respetarse si las restricciones que ellas les imponen aparecen irrazonables, infundadas o arbitrarias y carentes de valor axiológico, teniendo en cuenta para ello las circunstancias del caso. Podemos válidamente concluir entonces que el moderno derecho de daños se sustenta sobre bases constitucionales.----------

-----De idéntica manera, estimo que el límite al resarcimiento a personas que han sufrido un daño, genera un enriquecimiento sin causa en la persona del víctima., al liberarlo de la obligación de indemnizar, tornando injusta aquella limitación.----------

Planteada así la cuestión, observo que de la redacción del art. 1078 del Código Civil de Vélez (texto según Ley 17.711) puede colegirse que los convivientes carecerían de legitimación para reclamar el daño moral derivado del menoscabo sufrido por la muerte de sus compañeros. Esta previsión legal integra una concepción de familia que adoptó originariamente el Código Civil derogado y que fue sostenida en lo esencial por las reformas introducidas por la Ley 17.711 en el año de 1968, desconociéndose al conviviente su derecho al resarcimiento moral por estimarse entonces al concubinato como una situación disvaliosa o inmoral (BENAVENTE, María I.; "*Daño moral y damnificados indirectos ¿la limitación del art. 1078 Cód. Civil, es inconstitucional?*"; J.A. 2005 IV- 288; Lexis n° 0003/012225).----------Mas, los nuevos paradigmas en las formas familiares; el reconocimiento social de las uniones de hecho; la aceptada necesidad de su regulación legislativa –ya

concretada – al igual que de otras formas familiares,; las familias ensambladas; las uniparentales; las integradas por progenitores del mismo sexo – han modificado la concepción familiar basada en el matrimonio tradicional como también la consideración originaria de éste.----------Los tratados internacionales incorporados a nuestra Constitución nacional reformada por virtud de su art. 75 inc. 22 hacen referencia a la protección de la familia por parte del Estado y de la propia sociedad, pero la ausencia de una definición legal habilita a concluir que el concepto de familia queda abierto a cada legislación y momento determinado. En su consecuencia, el matrimonio no debería ser la única y exclusiva forma de unión protegida por la ley, pues del empalme de los tratados internacionales y el art. 14 bis de la Constitución Nacional, no puede sostenerse válidamente que la familia se halle representada en exclusiva por la institución matrimonial.----------Con base en tal criterio propio de los tiempos que corren, se ha resuelto que "*Se encuentran legitimados los concubinarios para reclamar la indemnización del daño patrimonial ocasionado por la muerte de uno de ellos como consecuencia de un hecho ilícito, en tanto no medie impedimento de ligamen*" (cfr. CNCiv., en pleno; sentencia de fecha 04.04.1995 in re "*F., M.C. y otro c. El Puente S.A.T.*", LA LEY, 1995-C, 642). Asimismo se ha reconocido el derecho de la concubina a reclamar el resarcimiento por daño moral al sostenerse que: "*Acreditado que la concubina del causante mantuvo una convivencia estable y pública con éste, es procedente otorgarle una indemnización por el daño moral padecido por la muerte de su pareja, pues es inaplicable el art. 1078 del Cód. Civil que limita la legitimación para reclamar a los herederos forzosos del fallecido, por cuanto la mentada norma conculca los preceptos constitucionales establecidos en el art. 14 bis y 16 de la Constitución Nacional y el art. 35 de la Constitución de la Provincia del Chaco de protección de la familia*". (ST Chaco, Sala I en lo Civil,

Comercial y Laboral, sent. de fecha 23.10.2007, publ. en LL Litoral, 2008-168 - DJ, 2008-II, 1156, con nota de SOLARI, Nestor E.) Otro precedente que estimo oportuno mencionar decidió que: "*Cabe hacer lugar a la demanda por daños y perjuicios incoada por la concubina de quien falleció en un accidente de tránsito, pues si bien el art. 1078 del Cód. Civil limita la acción únicamente a los herederos forzosos, en el caso el rechazo indemnizatorio se parece más a la sanción de la convivencia sin matrimonio que una adecuada respuesta en orden al derecho de daños*". (C2ª Civ. y Com. De Mar del Plata, Sala II, sent de fecha 23.11.2004, LLBA, 2005-134, con nota de TANZI, S. Y. y HUMPHREYS, E. - DJ, 2005-1, 189, con nota de TANZI, S. Y. Y HUMPHREYS, E. - LLBA, 2005-1049, con nota de RITTO, G. B. - JA, 2005-IV, 284).----------

En atención a lo hasta aquí dicho, estimo razonable que en el contexto actual y al momento del evento dañoso del supuesto de estos autos, tanto legal como sociológicamente, resulta inválido negar un resarcimiento por daño moral a quien ha sido conviviente del causante por haber elegido un proyecto de vida distinto al matrimonio. Tal situación, no habilita a pensar que no haya padecido afecciones y sufrimientos por la muerte de su compañero o compañera con la misma intensidad y valor que si hubiesen estado casados. El derecho de daños no puede permanecer ajeno a este verdadero dato de la realidad.----------

---

------Resulta entonces que aceptado el resarcimiento tal y como lo postulo, el damnificado, para acceder a aquél, deberá acreditar la situación convivencial, esto es, la preexistencia de un vínculo que presente las notas típicas de la convivencia (o concubinato en la terminología del Código ya derogado), ello es: cohabitación, notoriedad, singularidad y permanencia. Tal extremo se encuentra reconocido por el *a quo* en su decisorio y la cuestión ha arribado firme a esta Alzada por ausencia de impugnación.----------A todo

evento y ante la puesta en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación el pasado día 01.08.2015, he de poner de relieve que el criterio vertido en los párrafos que preceden fue recepcionado en su art. 1741, incorporándose la figura del damnificado directo, sin distingos en orden al vínculo jurídico que sustenta la unión en estado de familia.----------
----------Por lo expuesto, es que voy a coincidir en su voto con el Dr. Petris, declarando la procedencia del daño moral para la persona de la conviviente del fallecido y cuyo monto arriba firme a esta Alzada por ausencia de impugnación, entendiendo abstracto y anacrónico declarar la inconstitucionalidad del mencionado art. 1078 del Código Civil anterior. Propongo al Acuerdo desestimar la queja y confirmar la sentencia apelada en orden al agravio que trato. Así lo voto.----------

------**A la SEGUNDA CUESTIÓN, el Dr. FLASS, dijo**:----------

------Conforme a lo manifestado al votar a la primera cuestión, propongo al Pleno: **1) CONFIRMAR** parcialmente la sentencia apelada, **revocándola** en cuanto al rubro indemnización por daño moral del de la Sra. D. S. A. y del Sr. M. A. G. D. por la muerte del Sr. P. P., el que debe ser rechazado y **modificándola** en cuanto a la indemnización por pérdida de chance del Sr. J. C. P. que debe reducirse al equivalente de 9 años de ayuda económica. **2) IMPONER** las costas de la presente instancia por su orden. **3) REGULAR** los honorarios profesionales del Dr. D. A. T. en 10 JUS y los del Dr. S. B. en 8 Jus, ambos con más el IVA pertinente, por la labor desarrollada en esta Alzada (art. 13 del Arancel).----------

------**A la MISMA CUESTIÓN, el Dr. PETRIS, dijo**:----------

-----En atención a lo expresado al votar a la primera cuestión, propongo al Pleno: **I.- CONFIRMAR** parcialmente la sentencia apelada, **modificándola** en cuanto a la indemnización por pérdida de chance del Sr. J. C. P. que debe reducirse al equivalente de 9 años de ayuda económica, por la suma de $49.414,95. **2) IMPONER** las costas de la

presente instancia por su orden. **3) REGULAR** los honorarios profesionales del Dr. D. A. T. en 10 JUS y los del Dr. S. B. en 8 Jus, ambos con más el IVA pertinente, por la labor desarrollada en esta Alzada (art. 13 del Arancel).----------

------A IDENTICA CUESTIÓN, el Dr. FRÜCHTENICHT, dijo:---

-----Por lo expuesto, es que voy a proponer al Pleno confirmar la sentencia apelada en orden al agravio que trato.----------

------Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictarse la siguiente:----------

----------S E N T E N C I A----------

----Y **VISTO:** Por los fundamentos del Acuerdo precedente, la Excma. Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, ***resuelve:***---

------I.- CONFIRMAR parcialmente la sentencia apelada, **modificándola** en cuanto a la indemnización por pérdida de chance del Sr. J. C. P. que debe reducirse al equivalente de 9 años de ayuda económica, por la suma de $49.414,95.----------**II.- IMPONER** las costas de la presente instancia por su orden. (arts. 69 y 72 del CPCC.).----------**III.- REGULAR** los honorarios profesionales del Dr. D. A. T. en 10 JUS y los del Dr. S. B. en 8 Jus, ambos con más el IVA pertinente, por la labor desarrollada en esta Alzada (art. 13 del Arancel).----------

---

------IV.-REGÍSTRESE, notifíquese y devuélvase.----------

JORGE L. FRÜCHTENICHT

CLAUDIO A. PETRIS **GÜNTHER E. FLASS**
(Disidencia parcial)

REGISTRADA BAJO EL N° CANO DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS DEL AÑO 2017. CONSTE.