En la ciudad de Puerto Madryn, a los días del mes de julio del año dos mil veinte, se reúne la Excma. Cámara de Apelaciones con la Presidencia de la Sra. Jueza de Cámara María Inés de VILLAFAÑE y la asistencia de Sr. Juez de Cámara Dr. Julián Emil JALIL y de manera remota el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique FIORDELISI para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"E. H. E. E. c/ D. S. B. y otro s/ DAÑOS y PERJUICIOS" (Expte. 105 - Año 2019)** venidos del Juzgado Civil y Comercial (Expte N° 108/10), en apelación. Los magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA CUESTIÓN:** ¿Es justa la sentencia apelada?; **SEGUNDA CUESTIÓN:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en el orden sorteado a fs. 353.

A LA PRIMERA CUESTIÓN, el Sr. Juez de Cámara Dr. Julián Emil JALIL dijo:

1.- Antecedentes del caso. A fs. 299/310 la Sra. Jueza de grado dictó sentencia definitiva la que fue apelada por las actoras M. B. R. EL H. y E. E. EL H. a fs. 311, por la citada en garantía a fs. 313, y por la demandada S. B. D. a fs. 315. Los recursos fueron concedidos libremente a fs. 312 (providencia rectificada a fs. 317 2° párrafo), a fs. 314 y 317 (1° párrafo) respectivamente.

A fs. 330/334 obra el memorial presentado por la citada en garantía. A fs. 336/338 obra la expresión de agravios presentada por las actoras M. B. R. EL H. y E. E. EL H..

El recurso de apelación articulado por la demandada fue declarado desierto a fs. 342/343.

2.- La sentencia. En lo que interesa, la Señora Jueza de grado dispuso: a) Hacer lugar parcialmente a la demanda entablada por las co-actora Señora E. E. EL H. contra S. B. D. y L. P. S. SA, condenándolas al pago de $3000 en

concepto de pago de gastos de sepelio, con más intereses calculados conforme la tasa activa del Banco del Chubut para sus operaciones de descuento desde el accidente hasta su efectivo pago;

b) Hacer lugar parcialmente a la demanda interpuesta por la co-actora M. B. R. E. H., contra S. B. D. y L. P. S. SA, condenándolas al pago de $95.000, en concepto de daño material y daño moral con más intereses calculados conforme la tasa activa del Banco del Chubut para sus operaciones de descuento desde el accidente hasta su efectivo pago.

c) Admitir la excepción de falta de legitimación pasiva interpuesta por el Señor D. B..

d) Imponer las costas a S. B. D. y LA P. S. SA en su condición de vencidas.

e) Regular honorarios profesionales.

3.- Los agravios de la citada en garantía. Básicamente LA P. S. SA, se agravia con fundamento en dos ejes
conceptuales.

3.1.- Causales de exoneración de responsabilidad. El primero relativo a la desestimación del planteo del 1113 2° párrafo *in fine* del Código Civil articulado oportunamente, por el cual se postuló que la víctima cruzó "a la carrera la avenida Gales cuando el semáforo habilitaba la circulación de los vehículos y se la prohibía a él".

Plantea la citada en garantía que la sentencia de grado yerra al no tener en cuenta los testimonios de los Señores G. C., C. y O.. Advierte que no se desarrollaron en el marco de un proceso en el que la contraria pueda controlar su producción.

Pone de relieve que el legajo de actuación en cuestión, tramitó bajo la vigilancia del Juez Penal competente y constituye un instrumento público, y

que además los declarantes, -agentes de la policía de la provincia-, son funcionarios públicos que presenciaron el hecho, sus circunstancias previas y posteriores.

En lo atinente al contenido de las declaraciones desestimadas, sostiene textualmente: "…estas declaraciones fueron contestes en el sentido que la víctima, señor N. B. R. M. cruzó la avenida Gales, a la altura de la encrucijada de ésta con la calle Colón de la ciudad de Puerto Madryn, en sentido Norte - Sur, a la carrera, en diagonal, y con el semáforo existente en el lugar, en ROJO (estaba habilitado el paso de los vehículos que circulaban por la avenida Gales) Asimismo, reconocen expresamente que el vehículo MAZDA patente DDS-X. circulaba a reducida velocidad y respetando la onda verde marcada por la señal lumínica existente en todo el trazado de dicha avenida. Señala que de todo surge claramente que el Señor N. R. M., cruzó mal la avenida gales, ya que lo hizo cuando el semáforo se encontraba en ROJO; no lo realizó por la senda peatonal como lo marca la ley 24.449 de la Reglamentación de Tránsito, sino en diagonal y además, intentó la transposición de la avenida, a la carrera…"

3. **2.- Montos de condena excesivos.** El segundo agravio se orienta a cuestionar los montos de condena. Señala que la propia Jueza reconoce que de autos no surgen parámetros, por no haber acompañado prueba al respecto la parte actora, ni elementos que permitan mensurar el supuesto daño sufrido por las reclamantes.

Postula que no se demostró que la víctima efectuara los referidos trabajos de albañilería rentados sea en relación de dependencia o en los términos de la Ley 22.250.

4.- Los agravios expresados por la parte actora. La pieza en la que se sustenta el recurso cuenta con tres agravios perfectamente diferenciables.

4. 1.- Rechazo de los rubros daño material y moral reclamados por la señora E. E. E. H.. Pone de relieve que la vida de la actora ha cambiado radicalmente desde la muerte de la víctima, no solo en el aspecto económico, sino en lo familiar, social, recreativo, ya que "tuvo que afrontar sola la crianza de la niña".

Cuestiona que se la excluye por el hecho de su condición de concubina.

4.2.- La cuantificación de los rubros daño material y daño moral concedidos a la señorita M. B. R. H.. Sostiene que, a pesar de no haber aportado prueba relativa a los ingresos de la víctima, el cálculo propuesto en la demanda se efectuó sobre el salario mínimo vital y móvil (ello sin perjuicio de que percibía sumas mayores).

Considera que las sumas fueron disminuidas "de modo caprichoso" por la sentencia.

Respecto del daño moral, postula que el mismo fue exiguo, que la niña contaba con solo catorce años de edad y que se vio privada tempranamente de su imagen paterna. Afirma que sumado a ello las devaluaciones, el monto concedido es, en su concepto, irrisorio.

4.3.- Acogida de la defensa de falta de legitimación pasiva. Se agravia de que la sentencia haya hecho lugar a la excepción opuesta por el Señor B., en su calidad de titular de un rodado vendido respecto del cual se ha efectuado la denuncia de venta correspondiente.

Afirma que la Señora que manejaba al momento del accidente es ama de casa y madre del Señor B..

Además, que el mismo se comportaba como dueño en los hechos pues el rodado luego del accidente le fue entregado en carácter de depositario, estando el seguro a su nombre y que, a todo evento, compartía domicilio con su madre.

5.- Metodología empleada para el tratamiento de las cuestiones. Es jurisprudencia arraigada de la CSJN que a los jueces no están obligados a tratar todos y cada uno de los argumentos de las partes, sino sólo aquellos que estimen pertinentes para la solución del caso, ni tampoco a ponderar todos los elementos y pruebas aportados al juicio, bastando sólo aquellos que consideren conducentes para fundar sus conclusiones. (Conf. CSJN, Fallos, t. 294, p. 466, t. 295, ps. 135, 356 y 362; t. 276, ps. 132 y 311; t. 280, p. 320 y t. 302, p. 1564 -Rep. LA LEY, t. XXXVIII, J-Z, p. 1182, sum. 20; p. 1183, sum. 21; p. 1182, sum. 20; Rev. LA LEY, t. 139, p. 764, fallo 24.057-S; t. 139, p. 617; t. 144, p. 611, fallo 27.641-S; Rep. LA LEY, t. XLII, J-Z, p. 2370, sum. 45-, entre otros; CNCiv., sala B, E. D., t. 59, p. 250 -Rep. LA LEY, t. XXXV, J-Z, p. 1670, sum. 141-; ídem, sala C, E. D., t. 59, p. 154 -Rev. LA LEY, t. 156, p. 850, fallo 31.874-S-; ídem, sala D, L. 272.208, del 2/9/82; ídem, sala E, E. D., t. 80, p. 272; ídem, sala F, L. 208.621, del 21/6/83. Asimismo: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, J., F. M., 16/02/1984, LA LEY 1984-C, 414, AR/JUR/192/1984. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, Vieyra, Witcomb, Jorge R. c. Caisso, María M, 27/08/1982, AR/JUR/1829/1982; y jurisprudencia local: CACR, en autos: "V, J y otro c/ T. C. M. SA (M) s/ Sumarísimo", Expte. Nro. 556/15, entre otros).

Teniendo en cuenta el art. 7 de la Carta de Derechos de los Ciudadanos de la Provincia del Chubut ante la Justicia (Ley V - Nº 108), el presente acto jurisdiccional se redactará de la forma más clara y comprensible para sus

destinatarios, intentando emplear una sintaxis y estructura sencilla, sin perjuicio del rigor técnico que sea necesario.

En base a lo expuesto, separaré las cuestiones por títulos y me centraré en el tratamiento de los agravios cuyo embate resienta el fundamento de la sentencia de grado.

6.- Suficiencia de los agravios. El escrito de expresión de agravios debe contener una crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considera equivocadas. Para que cumpla con su finalidad, el memorial debe constituir una exposición jurídica que contenga un análisis serio, razonado y crítico de la sentencia apelada, en orden a demostrar que es errónea, injusta o contraria a derecho, debiendo ser precisados punto por punto, los errores, las omisiones y demás deficiencias que se le atribuyen al fallo.

Las afirmaciones genéricas y las impugnaciones de orden general no reúnen los requisitos mínimos indispensables para mantener el recurso. No constituye, así, una verdadera expresión de agravios el escrito que sólo contiene afirmaciones dogmáticas sin una verdadera crítica. (FASSI, Santiago. Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado, Anotado y Concordado. 3ª. ed., Tomo 2. Ed. Astrea. Buenso Aires. Pág. 473/474. PALACIO, Lino E. Derecho Procesal Civil. Tomo V. Ed. Lexis Nexis. Buenos Aires. Pág. 267; FENOCHIETTO, Eduardo - ARAZI, Roland. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y Concordado*. Tomo 1. Ed. Astrea. Pág. 836/837. FALCÓN, Enrique - COLERIO, Juan. *Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial*. Tomo VIII. Ed. Astra. Buenos Aires. Pág. 239/240.

Como explica FENOCHIETTO, la "crítica concreta" se refiere a la precisión de la impugnación, señalándose el agravio, y la "critica razonada" alude a

los fundamentos, bases y sustanciaciones del recurso. Queda claro así, que debe tratarse de un razonamiento coherente que demuestre, a la vez, el desacierto lógico contenido en la sentencia que se impugna. (FENOCHIETTO, C. Eduardo, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado, Anotado y Concordado*. Tomo 2. Ed. Astrea. Pág. 98), pues, como aduna GOZAÍNI, la argumentación no puede transitar los carriles del mero inconformismo. (GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado y Anotado*. Tomo II. Ed. La Ley. Buenos Aires. Pág. 74).

La exposición de agravios exige precisión técnica tal, que pueda tenerse por situada la disputa en el plano de la argumentación lógica, normativa o axiológica y no en el mero terreno de la retórica.

Asimismo, la expresión de agravios debe contener una crítica de lo resuelto que se articule en lógica continuidad con lo previamente objetado en la contestación de la demanda.

Es éste un imperativo insoslayable, toda vez que de lo contrario la apelante estaría introduciendo subrepticiamente cuestiones que no han sido sometidas al parecer del magistrado en la instancia de grado, privando a la contraria, de la posibilidad de ordenar toda la estrategia procesal que vive en el trámite (desde la prueba al alegato) en punto a que la jurisdicción desestime la defensa explicitada por la accionada.

Esta Alzada debe decidir la suerte de una sentencia que ha sido atacada mediante la articulación de recursos interpuestos por ambas partes.

Ambas piezas adolecen de déficits estructurales ya que en muy buena medida suponen mera disconformidad con el fallo, haciendo epicentro de su crítica en el acto de valoración que la jurisdicción judicial lleva a cabo respecto de la prueba, o en facultades judiciales para justipreciar los montos

indemnizatorios referidos al daño material, lo cual colocaría a ambos recursos en una zona lindante con el piso de la deserción.

Sin perjuicio de lo expuesto, atento que participo de un criterio amplio a la hora de valorar los planteos articulados como fundamento de la vía recursiva, -ello en salvaguarda del derecho de defensa de los justiciables-, he de abordar los argumentos esgrimidos por las partes apelantes, efectuado las consideraciones del caso en cada uno de los puntos tratados.

7.- Cuestión preliminar. Principio de irretroactividad de la ley. Normativa aplicable. Tratándose de una cuestión que debe resolverse mediante la legislación civil y estando en vigencia el Código Civil y Comercial (Ley 26.994) al momento de suscripción del presente acto jurisdiccional, corresponde precisar que si bien la normativa de ese cuerpo establece la regla de aplicación inmediata del nuevo ordenamiento, a su vez instala, -al igual que lo hacía el art. 3 del Código derogado-, un límite a su aplicación retroactiva.

En este marco, la novel codificación rige para los hechos posteriores o aquellos que se encuentren en curso de ejecución. Las consecuencias de hechos pasados constitutivos de relaciones o situaciones jurídicas, como el que se analiza en este caso, quedan sujetos a la ley anterior (Ley 340), pues se trata de una situación jurídica consumada. (Ver: mis trabajos: JALIL, Julián Emil. "La aplicación del nuevo Código Civil y Comercial en la función resarcitoria de la responsabilidad civil. Desentrañando los enigmas de la implementación del art. 7 del Código Civil y Comercial", Ed. La Ley, RCyS 2015-XI, 22 AR/DOC/3240/2015. Y Asimismo: JALIL, Julián Emil, "La aplicación del art. 7 del Código Civil y Comercial y su impacto en el sistema de responsabilidad civil", Ed. La Ley, RCCyC, 2015 (octubre), 151, AR/DOC/3019/2015).

No obstante, corresponde precisar que el Código Civil y Comercial sirve de pauta doctrinal, toda vez que ha sido redactado por la doctrina más calificada de nuestro país.

8.- El tratamiento de los agravios de la citada en garantía. Seguiré el orden expuesto en el punto 3 de este voto. Con base en ello primero trataré lo relativo a las causales de exoneración de responsabilidad y luego la crítica a los montos de condena excesivos.

8.1.- Las causales de exoneración de responsabilidad. La citada en garantía plantea que conforme la prueba rendida en el sumario penal instruido con motivo del siniestro, surge de manera contundente que existen causales de exoneración que tornan factible la subsunción de los hechos en la norma inserta en el artículo 1113 párrafo 2° *in fine* del CC.

En primer lugar, el Juez cuenta con amplias facultades para atribuir mérito a los elementos de prueba sobre los cuales se apoya su juicio.

La señora Jueza de grado tuvo presente que los testimonios de los funcionarios policiales no fueron prestados en sede civil, lo que permite la inmediación entre quien decide y los dicentes, además de permitir la correcta fiscalización, en el caso que nos ocupa, por parte de la actora.

Ello es perfectamente legítimo y se encuentra dentro de las facultades que el ordenamiento adjetivo le confiere, con mayor razón aún, si se tiene presente que la pericia mecánica le permite fundar sus conclusiones. Siendo ésta última, una prueba que sí, pudo ser efectivamente auditada por la citada en garantía.

Lo apuntado bastaría para desestimar el agravio. Sin embargo, tengo otra razón por demás vigorosa para decidir en el sentido en el que lo haré.

Del cotejo del expediente penal caratulado "D. S. B. P.S.A Homicidio Culposo Pto Madryn, (caso 8.420)" que tengo ante mí vista, no surge, tal como lo indica el quejoso, que el hecho de la víctima este palmariamente acreditado, en la medida que podría llegar a resultar lo suficientemente relevante como para desacreditar la pericia accidentológica.

En efecto, el testimonio del Señor G. C., indica que la víctima cruzaba por la senda peatonal y que no recuerda si iba trotando o a paso acelerado, sino que se cruzó rápido y que la señora iba por la senda rápida o sea por el carril izquierdo de su mano.

Por su parte, la Señora C. señala que la víctima cruzó mal la calle por estar el semáforo en verde. Empero, no acredita que el cruce no fuese por la senda peatonal, sino que refiere el déficit a la luz habilitante de paso dispuesta por el semáforo.

Solo el testimonio del Señor O. refiere que la víctima no habría cruzado por la senda peatonal, sino en diagonal, pero lo hace de manera vacilante, pues estaba a unos sesenta metros.

Los testimonios solo dan cuenta de que el semáforo autorizaba a pasar a la demandada, sin perjuicio de lo cual no son unánimes ni ayudan a generar convicción judicial respecto del supuesto déficit de la manera de cruzar de la víctima, lo cual no alcanza para tener por acreditada la causal de exoneración máxime si se tiene presente que el conductor de un vehículo en situación de tránsito, debe tener siempre el control del mismo, de modo tal que ante los muy diversos avatares del manejo, se impone exigirle que sea capaz de evitar las colisiones con otros vehículos o con transeúntes.

En el caso de marras, la demandada circulaba a una velocidad que aumentó el riesgo del automóvil (art. 1113 del CC) y consecuentemente influyó sobre el control del vehículo en las circunstancias fácticas en las que se produjo el accidente. Ello derivó en el resultado que motiva el presente proceso

judicial.

Por lo demás, la pericia accidentológica sí es contundente y proporciona elementos de convicción a la *iudex a quo*, los cuales no han sido conmovidos por la citada en garantía.

Por todo lo expuesto, el agravio será desestimado.

8.2.- Crítica a los montos de condena excesivos. La queja se funda en que no se ha probado relación de dependencia ni tampoco se han aportado comprobantes que acrediten el pago de sumas por locación de servicios de manera autónoma por parte de la víctima.

Sin perjuicio de ello, se tuvo por acreditado sumariamente que la víctima llevaba a cabo trabajos de albañilería.

Establecido que la víctima contaba con un oficio, que se ganaba la vida mediante el ejercicio del mismo y que tenía a su cargo la manutención de la menor reclamante, la Señora Jueza de la primera instancia correctamente estableció el piso del cálculo que fue fijado en el Salario Mínimo Vital y Móvil al momento del accidente.

Ello resulta un parámetro válido y por demás adecuado, máxime si se tiene en cuenta que el oficio de la víctima, en una economía herida mortalmente por la informalidad a la que es sometida la franja más humilde de la sociedad a la hora de documentar la prestación de servicios, no permite contar con sustrato material que dé cuenta de la magnitud de los ingresos efectivamente percibidos como contraprestación del trabajo.

La apelante plantea su disconformidad con la cuantificación del daño material, sin lograr conmover el criterio al que acude la judicante de grado para establecer el monto indemnizatorio.

Por lo apuntado, el agravio será desestimado.

9.- Conclusión respecto del recurso de apelación de la parte citada en garantía. Con fundamento en lo antes razonado, el recurso de la citada en

garantía será rechazado y la sentencia confirmada en lo que ha sido materia de los agravios.

10.- El tratamiento de los agravios de la parte actora. Seguiré el orden expuesto en el punto 4 de este voto. Con base en ello primero trataré el rechazo de los rubros daño material y moral reclamados por E. E. E. H., luego la cuantificación de los rubros daño material y daño moral concedidos a M. B. R. H., y por último la acogida de la defensa de falta de legitimación pasiva.

10. 1.- Los rubros daño material y moral reclamados por la señora Edad E. EL H..

10.1.1.- El daño material. Los arts. 1084 y 1085 del Cód. Civil, determinan que la indemnización comprende lo necesario para la "subsistencia de la viuda e hijos del muerto" pero alcanzaba sólo "al cónyuge sobreviviente y a los herederos forzosos". Empero ello no quita que por vía del art. 1079 Cód. Civil se admita el resarcimiento del daño patrimonial de otros legitimados, como en el caso en autos de la conviviente, que a diferencia de los anteriores tiene que acreditar la existencia del daño. (ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde. *Tratado de los daños a las personas. Perjuicios económicos por muerte*. Tomo 2, ps. 26, 159 y concs.).

Vale señalar que el régimen actual del Código Civil y Comercial también incluye a la conviviente dentro del daño presumido (art. 1745 Cód. Civ. y Com. de la Nación), lo que, -como argumento interpretativo-, debe ser tenido en cuenta para decidir y aplicar el régimen derogado.

La muerte de uno de los integrantes de la pareja acarrea, normalmente, repercusiones económicas disvaliosas para el sobreviviente, en razón de la

privación de asistencia que el muerto brindaba, por vía de aporte dinerarios, o de algún otro género de esfuerzo mancomunado para el desenvolvimiento de la existencia, tanto más necesario cuando hay hijos comunes a los que sostener y educar. (cf. ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, "*Tratado de daños a las personas. Perjuicios económicos por muerte*", T° 2, p. 158).

Considero que la protección del interés jurídicamente relevante del conviviente, aunque no constituya un derecho subjetivo en el sentido de tener expreso reconocimiento legal (ello en el régimen del Código derogado), habilita para reclamar el resarcimiento por daño patrimonial por la muerte de su pareja, ya anticipado anteriormente.

El art. 1079 Cód. Civil protege no sólo los derechos subjetivos sino también todo interés jurídico no contrario a derecho, criterio ratificado por el Cód. Civ. y Comercial que concibe al daño, para lo que aquí interesa, como la lesión a un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico que tenga por objeto la persona y que produzca consecuencias patrimoniales o no patrimoniales (arts. 1737, 1738 y 1741 y concs. Cód. Civ. y Com. de la Nación).

En la relación convivencial no existe ninguna ilicitud que excluya la protección del interés de la pareja supérstite, lo que ahora está totalmente superado porque, como se dijo, el nuevo art. 1745 inc. b del CCCN incluye en la presunción de daño a la conviviente ampliando los anteriores arts. 1084 y 1085 Cód. Civil.

Hecha estas salvedades, debo precisar que la sentencia resuelve que las *presunciones* que la norma establece en el artículo 1084 del Cód Civil, no son aplicables a la concubina, por lo que ésta debe *probar el daño sufrido*. Desde esta arista, se puede advertir que el fundamento medular del rechazo del rubro radica en la falta de acreditación del daño y no en la legitimación para reclamarlo.

El artículo 1084 dispone que si el delito fuere de homicidio, el delincuente tiene la obligación de pagar todos los gastos hechos en la asistencia del muerto y en su funeral; además lo que fuere necesario para la subsistencia de la viuda e hijos del muerto, quedando a la prudencia de los jueces, fijar el monto de la indemnización y el modo de satisfacerla".

En tanto que el artículo 1085 del CC estipula que "el derecho de exigir la indemnización de la primera parte del artículo anterior, compete a cualquiera que hubiere hecho los gastos de que allí se trata. La indemnización de la segunda parte del artículo, sólo podrá ser exigida por el cónyuge sobreviviente, y por los herederos necesarios del muerto, si no fueren culpados del delito como autores o cómplices, o si no lo impidieron pudiendo hacerlo".

La Señora Jueza de grado, en uso de sus facultades para justipreciar la indemnización respecto del cónyuge sobreviviente, se ocupa del mismo rubro respecto de la concubina, a quien no le tiene por acreditado el daño, sin perjuicio de no vedar la legitimación.

El art. 1079 del CC, invocado por el apelante, establece que la obligación de reparar el daño causado por un delito existe, no sólo respecto de aquel a quien el delito ha damnificado directamente, sino respecto de toda persona, que por él hubiese sufrido, aunque sea de una manera indirecta.

Dicho precepto se refiere a la posibilidad con la que cuenta el Juez de otorgar legitimización en el reclamo a la concubina, -principalmente en el plano del daño extrapatrimonial-, cuestión que, tal como mencioné con anterioridad, la Sra. Jueza de grado con buen tino hizo. Es decir, consideró a través de una interpretación de los arts. 1084, 1085 y 1079 que la señora Edad E. EL H. gozaba de derecho para reclamar en carácter de concubina por el daño material producido por la muerte de Sr. R..

Lo que la Sra. Magistrada de grado sostuvo con relación a éste rubro es que en el caso del concubinato no resulta aplicable la presunción establecida en el art. 1084 del CC de manera que quien pretende reclamar invocando ese carácter debe probar efectivamente el perjuicio que alega. En este caso, la prueba recae en los aportes que el fallecido efectuaba beneficiando a la actora y que por la muerte de su concubino, ésta última ha dejado de percibir.

En este orden consideró que "…en su carácter de concubina de R., correspondía a la Sra. E. H. acreditar fehacientemente el daño patrimonial ocasionado por la muerte de aquel, y a esos fines, la prueba incorporada resulta inexistente. En estas actuaciones no se produjo prueba que diera cuenta de los aportes y su extensión de parte del Sr. R. para el sostenimiento de las necesidades de la Sra E. H. y del grupo familiar, sus ingresos, nivel de vida o cualquier otro dato que permita demostrar la existencia del perjuicio que invocara en su demanda…" Y agregó, que "…tampoco surge de las constancias del Expte. N° 204/09 en el que tramitara el beneficio de litigar sin gastos, pues los testigos C. (fs. 42), REYES (fs. 43) Y R. (fs. 44) hacen referencia a la actividad desarrollada por la actora al tiempo de su declaración y la carencia de bienes , pero en nada mencionan cual era el aporte que en vida efectuaba el Sr. R. para cubrir o colaborar en las necesidades de madre e hija y que la muerte truncó…"

Desde ésta arista, surge claramente que la *a quo* rechazó el rubro en razón de la *falta de prueba*, y mas allá de la invocación de determinados derechos constitucionales y fallos judiciales, el apelante no ha rebatido esta posición, solo se ha limitado a referenciar el articulado sin especificar un fundamento jurídico en torno a la argumentación proporcionada por la Sra. Jueza de grado.

En definitiva, no ha probado cuál es el perjuicio efectivamente irrogado por la muerte de la víctima a la concubina, limitándose a llevar a cabo un

ejercicio que invita a conjeturar la magnitud de daños materiales padecidos. En razón de lo expuesto el agravio será rechazado.

10.1.2.- El daño extrapatrimonial. En cuanto al *daño moral* la judicante de grado refiere en que la simple mención de derechos y principios constitucionales conculcados no alcanza para considerar planteada la inconstitucionalidad del art. 1078 del CC si no se acredita, precisa y fundamenta su cercenamiento.

No puedo soslayar que la notoria injusticia de la norma en análisis en casos como el *sub lite* ha sido reconocida implícitamente por el propio legislador, pues el art. 1741 del Código Civil y Comercial de la Nación (de aplicación doctrinal al caso) confiere legitimación activa, -entre otros-, a quienes convivían con la víctima directa y recibían ostensible trato familiar, no solo en el caso de muerte del damnificado como consecuencia del hecho sino también cuando estele causa gran discapacidad.

Tal como señalé oportunamente si bien esta norma no resulta aplicable al caso, vale claramente como criterio interpretativo, porque la declaración de inconstitucionalidad del art. 1078 del CC aparece ahora, además, como un modo de evitar consagrar una injusticia adicional negando a quienes sufrieron daños con anterioridad a la sanción del Código una reparación que podrían haber obtenido al amparo de la nueva normativa.

Bajo este orden argumental, no coincido con el rechazo de la indemnización por daño moral reclamada por la conviviente de la víctima directa. En efecto, estoy convencido de que el art. 1078 del Código Civil, en tanto veda el reclamo de reparación del daño moral por parte de los damnificados indirectos, con excepción de los casos en los cuales del hecho resultare la muerte de la víctima, es claramente *inconstitucional.*

Aclaro que no existe ningún inconveniente para *declarar de oficio la inconstitucionalidad* del precepto en cuestión, aunque, -como refiere la Sra. Jueza de grado-, el requerimiento de inconstitucionalidad sea genérico o sin explicitar la norma constitucional conculcada.

Al respecto, debo indicar que correspondería a la *a quo* aplicar el derecho, con independencia de las alegaciones de las partes, y va de suyo que esta tarea debe comenzar por la aplicación de la Constitución Nacional, que se encuentra en la cúspide del ordenamiento jurídico. (Ver: CNac. Civil, Sala A, en autos "V. M. E c/ E. E. E. SRL y otro s/ Daños y perjuicios", Expte. 99679/12, sent. de febrero de 2020).

Así lo ha señalado la CSJN al precisar que los tribunales nacionales no están impedidos de ejercer, de oficio, el control de constitucionalidad, en la medida que los órganos judiciales de los países que ratificaron la Convención Americana de Derechos Humanos están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan a ese tratado, resultando un contrasentido aceptar que la Constitución Nacional, por un lado, confirió rango constitucional a esa norma, incorporó sus disposiciones al derecho interno y así, habilitó la aplicación de la regla interpretativa formulada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que obliga a los tribunales a ese control, y por el otro, impide que aquellos ejerzan ese examen con el fin de salvaguardar su supremacía frente a normas locales de menor rango. (Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos: "Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c. Ejército Argentino s/daños y perjuicios", 27/11/2012, Publicado en: LA LEY 30/11/2012, 5, LA LEY 2012-F, 559, LA LEY 11/12/2012, 7, LA LEY 19/12/2012, 2 con notas de María Angélica GELLI, N. P. SAGÜÉS, Andrés Gil DOMÍNGUEZ y Jorge Reinaldo VANOSSI, LA LEY 2013-B , 54 con nota de Juan Pablo FALCÓN, DJ 13/03/2013, 17 con nota de Andrea F. MAC

DONALD, RCyS 2013-IV, 132 con notas de C. A. GHERSI y Marisa Gabriela LÓPEZ BRAVO, Sup. Const. 2013 (abril), 29 con nota de Luis Fernando VELASCO, LA LEY 2013-B, 426 con nota de Luis Fernando VELASC, JA 2013-II, 133, JA 24/04/2013, 18, DJ 05/06/2013, 9 con nota de Eduardo R. OLIVERO).

Por su parte, vale agregar que la Corte Interamericana ha referido al control de convencionalidad, en el caso "Almonacid Arellano y otros vs. Chile" del año 2006. En dicho precedente señaló que cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus Jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

En otro precedente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y ejecutivo, cuyos miembros deben velar por que los efectos de las disposiciones de dichos tratados no se vean mermados por la aplicación de normas o interpretaciones contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un "control de convencionalidad" entre las normas internas

y los tratados de derechos humanos de los cuales es Parte el Estado. (CIDH, en el caso: "Mendoza y otros vs. Argentina", sentencia del 14 de mayo de 2013).

Por su parte, ese mismo Cuerpo Internacional consideró que, en los términos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tienen derecho a la reparación del daño extrapatrimonial todas las personas vinculadas a la víctima directa por un parentesco cercano, incluyendo a los padres, hermanos y abuelos (CIDH, en el caso: "Bulacio c/ Argentina, sentencia de fecha 18/9/2003. Ver asimismo, voto del Mag. PICASSO en CNac. Civil, Sala A, en autos "V. M. E c/ E. E. E. SRL y otro s/ Daños y perjuicios", Expte. 99679/12, sent. de febrero de 2020).

Por último vale recordar que la CSJN ha precisado que el derecho de las víctimas de daños no justificados a obtener una reparación integral tiene *status* constitucional, con asiento en el art. 19 de nuestra Carta Magna (CSJN, Fallos, 321:487, y 327:3753).

En razón de lo expuesto corresponde *declarar la inconstitucionalidad de oficio* del art. 1078 del Cód. Civil, y otorgarle legitimación a la Sra. E. E. El H. en su carácter de conviviente.

Con relación a la *cuantificación* de dicho rubro, debo precisar que la cuantificación del daño moral representa uno de los aspectos más controvertidos en materia indemizatoria, y resulta necesario precisar que con el Código aplicable al caso (Ley 340) no existe parámetro alguno para cuantificar ese menoscabo extrapatrimonial. (Ver: JALIL, Julián Emil. *Indemnizaciones derivadas de daños y perjuicios*. Hammurabi. 2020. JALIL, Julián Emil. *Derecho de Daños Aplicado*. Ed. Grupo Ibañez. Bogotá. 2013. Como asimismo: JALIL, Julián Emil. *Tratado de la Responsabilidad Civil*. Ed. El Zahir. Buenos Aires. 2012. JALIL, Julián Emil. *Supuestos Especiales de Responsabilidad Civil Contractual*. Tomo II. Ed. Tahiel. Buenos Aires. 2012.

IBSN N° 978-987-28588-3-4. JALIL, Julián Emil. *Responsabilidad Civil del Médico*. Buenos Aires. 2012. IBSN N° 978-987-28717-3-4).

No obstante ello, el Código Civil y Comercial, *-de aplicación solo doctrinal al caso-*, sirve de guía en este aspecto. Dice ese cuerpo normativo que la indemnización debe fijarse ponderando las *satisfacciones sustitutivas* y *compensatorias* que pueden procurar las sumas reconocidas. (Ver art. 1741 del CCyC).

Lo que hay que medir en números no es el daño sino las satisfacciones que puede lograr cada indemnización. Resulta necesario, -entonces-, encontrar esa comparación que sirva de guía en la difícil tarea de darle contenido aritmético a la lesión extrapatrimonial.

Advierto que en el mes de mayo de 2010 la demandante Sra. E. E. El H. pidió por daño moral la suma de $ 57.560,96 y es sabido que, en principio, nadie mejor que la víctima puede cifrar esta clase de perjuicios, en atención a su carácter subjetivo y personal.

Ahora bien, tengo en consideración también que por tratarse de una deuda de valor es procedente fijar el importe del perjuicio extrapatrimonial evaluando su cuantía al momento de la sentencia, aunque por los motivos atinentes al carácter subjetivo del rubro, que ya he señalado, debe procurar mantener una razonable proporción con lo solicitado al momento de interponerse la demanda. (Ver voto del Mag. PICASSO en CNac. Civil, Sala A, en autos "V. M. E c/ E. E. E. SRL y otro s/ Daños y perjuicios", Expte. 99679/12, sent. de febrero de 2020).

Corresponde agregar que los Jueces se hallan facultados para fijar el *quantum* indemnizatorio tanto a la fecha del hecho como al momento de *dictar sentencia* y aún diferirlo a las resultas del procedimiento que se considere pertinente. (Ver mi criterio en CAPM, en autos: "M. L. N. c/ C. N. A. S. y otro

s/ Daños y perjuicios", Expte. 97 Año 2019, sent. de fecha 04/02/20, Reg. N° 2/20, publicada en EUREKA).

En el presente caso corresponde considerar la angustia, el dolor y la situación de duelo que resultan presumibles a partir de la súbita pérdida del compañero de vida de la demandante, más sus condiciones personales. Así las cosas, por aplicación del criterio doctrinal ya exteriorizado, consideraré para cuantificar el importe de este ítem el valor actual aproximado de un viaje a Europa por 30 días con todo pago, que estimo en la suma de **$ 1.500.000**.

Dicha suma no solo representa un importe que intenta compensar sustitutivamente la muerte del concubino sino que guarda relación proporcional a la suma reclamada en el mes de mayo de 2010, momento en el cual la parte actora interpuesto la demanda.

10. 2.- Cuantificación de los rubros daño material y daño moral concedidos a M. B. R. H..

10.2.1.- El daño material. La queja no logra conmover el criterio de cuantificación para el daño material reclamado por la Señorita M. B. R. H., toda vez que la Sra. Jueza de grado ha fundamentado el importe a través de una fórmula matemática financiera expresamente prevista.

En este sentido, ha explicitado con argumentos sólidos la manera en la que cuantificó el daño material, partiendo de la base del salario Mínimo Vital y Móvil, con motivo de no contar con relación de dependencia acreditada ni con comprobantes contables por pago de locación de servicio.

De esta forma, la sentencia tuvo en cuenta y lo hizo explícito, que la menor al momento del siniestro contaba con 14 años y que la base del cálculo serían los $1.176 del Salario Mínimo Vital y Móvil menos un 20% destinado a la

propia manutención de la víctima a fin de poder seguir generando los ingresos.

La sentencia puso de relieve que la actora no acreditó tampoco que sus estudios fuesen a extenderse más allá de los 18 años razón por la cual el cálculo se efectuó sobre los 48 meses que van desde los 14 a los 18 años, sobre un importe aproximado de $941, lo conforme las facultades que emergen del artículo 167 del CPCC, la suma de $ 45.000 a la que la Señora Jueza arriba resulta atinada en virtud del los parámetros utilizados y sus fundamentos.

Al respecto, debo señalar que no existe en la crítica enervada un solo argumento que permita desvirtuar la cuantificación, limitándose, la parte, a hacer consideraciones generales acerca de su injusticia, sin precisar cuales han sido los elementos aportados que permitan tener por acreditada la actividad que refiere realizaba el occiso.

10.2.2.- El daño extrapatrimonial. Sin perjuicio del lacónico e impreciso embate practicado por el quejoso sobre esta cuestión, debo señalar que resulta atendible que la cuantificación efectuada por la *a quo* en relación al daño extramatrimonial, estimada en la suma de $50.000, resulta, a todas luces, exigua.

Surge de las presentes actuaciones que lo que se encuentra en discusión no es la viabilidad del daño extrapatrimonial de M. B. R. H. sino su cuantificación, razón por la cual me centraré en ella.

A través del método de cuantificación que he tomado de la doctrina que emana del art. 1741 del CCCN, -insisto de aplicación doctrinal al caso-, como bien advierte GONZÁLEZ ZAVALA, se presupone "individualizar los medios de goce a conceder" e "identificar los bienes con los cuales se va a suministrar el consuelo". Se trata de explicitar el valor de ciertos bienes y

de ciertos servicios en contextos cambiantes. (Ver: GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo M. "Satisfacciones sustitutivas, y, compensatorias", RCCyC 2016 (noviembre), 38, AR/DOC/3436/2016. Ver asimismo: SAPPIA, María Candelaria, MÁRQUEZ, José Fernando, "La reparación integral del daño. Su consolidación en la Constitución, la doctrina, la jurisprudencia y en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012", RCyS, 2013-9 121. ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Resarcimiento de daños. Cuánto por daño moral*. T. 5 A, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 61).

Es decir, se intenta brindar un parámetro *objetivo* que el judicante pueda ponderar al momento de cuantificar el daño extrapatrimonial sufrido, y como justamente el sufrimiento o padecimiento sentimental del actor se vincula con el monto. (Ver: JALIL, Julián Emil. *Cuantificación de Daños. Región Patagonia*. Ed. La Ley. Buenos Aires. 2017. Págs. 50 y sgtes).

En base a este marco, y conforme al padecimiento sufrido, fijaré como parámetro objetivo el *valor* de un viaje ida y vuelta a Europa de 45 días para M. B. R. H., considerando estadía, esparcimiento, y excursiones, lo que le permitirá a la actora obtener el goce del bien equivalente al padecimiento sufrido, ello en proporción con la cuantificación estimada en la demanda. (Ver mi criterio en CAPM, en autos: "M. L. N. c/ C. N. A. S. y otro s/ Daños y perjuicios", Expte. 97 Año 2019, sent. de fecha 04/02/20, Reg. N° 2/20, publicada en EUREKA).

Tal como dije con anterioridad los Jueces se hallan facultados para fijar el *quantum* indemnizatorio tanto a la fecha del hecho como al momento de dictar sentencia, por lo que optaré por ésta última hipótesis e instituiré un valor *actual,* el cual determino en la suma de **$ 1.800.000,** monto que se ajusta al referenciado parámetro *comparativo* e incluso no distas cuantitativamente, conforme valores actuales, a lo requerido por la actora al momento de interponer la acción.

10.3.- La defensa de falta de legitimación pasiva del Señor B.. La sentencia se basó para acoger la falta de legitimación pasiva del Señor B., en el artículo 27 de la ley 22.977.

La actora, en la pieza en tratamiento pone de relieve que la Señora D. es la madre del Señor B. y que el mismo se comportaría

como dueño, lo cual daría cuenta de una situación de hecho revestida de los caracteres ficticios de un acto o de una serie de actos jurídicos llevados a término para ocultar la verdadera entidad de lo real.

Sin perjuicio del empeño del apelante en este sentido, lo cierto es que la parte no ha postulado siquiera la existencia de una simulación en los términos de los artículos 955 y subsiguientes del CC, mucho menos acreditado en el expediente los extremos legales requeridos para su procedencia.

La más relevante de las presunciones *hominis*, cual lo es la *causa simulandi* no se verifica en autos, ya que tal como lo indica la sentencia, la denuncia de venta se efectuó antes del siniestro, sin que ello haya sido desvirtuado en la queja.

El parentesco entre el Señor B. y la Señora D., no constituye elemento hábil para determinar la legitimación pasiva del primero en estos actuados.

Por lo expuesto, el agravio será desestimado.

11.- Conclusión respecto de los agravios de la parte actora. Corresponde en consecuencia hacer lugar parcialmente al recurso incoado por la actora, estableciendo la admisión del rubro daño moral para Edad E. EL H. por la suma de **$ 1.500.000** y elevando la cuantificación del daño moral de M. B. R. H. a la suma de **$ 1.800.000.**

12.- Mora e intereses. Las sumas de condena deben ser abonadas dentro de los 10 días de la suscripción del presente acto jurisdiccional, a partir de ese

momento se impondrán los intereses correspondientes a la tasa activa del Banco Provincia para las operaciones de descuentos de documentos, hasta su efectivo pago.

13.- La readecuación de costas. Sin perjuicio de tratarse de una resolución revocatoria de la sentencia de primera instancia, lo resuelto no altera lo dispuesto de manera medular en la sentencia de grado, por lo que no corresponde modificar ésta última en lo que concierne la regulación de honorarios profesionales y a la imposición de costas.

14.- La imposición de costas en la alzada. La imposición de costas al vencido forma parte del principio objetivo de la derrota, siendo que este sólo puede dejarse de lado en caso de que se demuestren circunstancias objetivas especiales que justifiquen lo contrario (Ver, entre otros: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala F, Dunas y Mar S.A. c. Tejerina José y otro, 10/06/2010, Exclusivo Doctrina Judicial Online, AR/JUR/38811/ 2010. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala E, "Frigorífico La Colorada S.A. s/conc. prev. s/ inc. de verific. por: AFIP DGI", 24/ 06/2010, AR/JUR/39782/2010; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B, "Club ciudad de Buenos Aires asociación civil", 12/ 04/ 2010, La Ley Online, AR/JUR/21510/2010; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, "Novoa, Nelly Alejandra y otro c. O.S.F.A. (Obra Social de la Fuerza Aérea) y otros", 19/04/2010, La Ley Online, AR/JUR/15518/2010), ello por cuanto, quien resulta vencido debe cargar con los gastos que debió realizar su contraria para obtener el reconocimiento de su derecho.

Bajo este criterio, y teniendo en cuenta el resultado al que se ha arribado luego de ser desestimados ambos recursos corresponde: A) Por el recurso

interpuesto por la citada en garantía: corresponde la imposición de costas a la recurrente vencida (Conf. art. 69 del CPCC). B) Por el recurso interpuesto por la parte actora, en razón de haber prosperado parcialmente el recurso, corresponde la imposición de costas por su orden. (Conf. art. 72 del CPCC).

15.- La regulación de honorarios a los profesionales intervinientes en la Alzada. A los fines de la regulación de honorarios por los trabajos realizados en esta instancia se tendrá en cuenta la labor desarrollada, naturaleza del proceso, éxito obtenido en esta alzada y demás pautas orientadoras de la ley de aranceles para abogados. Al ser el presente un proceso susceptible de apreciación pecuniaria, dicha regulación se efectuará en porcentual (cfr. art. 46 Ley XIII N° 4).

Teniendo en cuenta el destino de los agravios planteados y las demás pautas orientadoras de la ley de aranceles para abogados, corresponde fijar los honorarios de la siguiente manera: A) Por el recurso interpuesto por la citada en garantía, a la Abogada de la parte actora G. T. C. en el 30% y al Abogado de la citada en garantía C. R. Z., en el 25% de la cantidad fijada en la Instancia anterior con más el IVA si correspondiere, siempre que el monto resultante supere el mínimo previsto en la Ley de Honorarios Profesionales, o en su defecto se aplicará éste último. (Conf. arts. 5, 6, 7 y 13 de la Ley Arancelaria); B) Por el recurso

interpuesto por la parte actora, a la Abogada G. T. C. en el 28 % de la cantidad fijada en la Instancia anterior con más el IVA si correspondiere, siempre que el monto resultante supere el mínimo previsto en la Ley de Honorarios Profesionales, o en su defecto se aplicará éste último. (Conf. arts. 5, 6, 7 y 13 de la Ley Arancelaria).

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Julián Emil JALIL vota **PARCIALMENTE por la AFIRMATIVA.**

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

1 – Antecedentes – Sentencia y Agravios

El Dr. Julián Emil Jalil ha desarrollado en su voto precedente los antecedentes del presente proceso, los postulados y fundamentos de la sentencia en crisis y las quejas esgrimida por los recurrentes como sustento del recurso que se les concediera. Por lo tanto, encontrándose cumplimentados los recaudos de ley, corresponde me aboque directamente al tratamiento de los agravios que exponen cada uno de los apelantes.

2 – Tratamiento de los agravios de la citada en garantía

2.1 – Eximente de responsabilidad de la conductora del automóvil Se agravia la recurrente porque la sentencia ha considerado única responsable del accidente motivo de este proceso a la conductora del automotor que embistiera a la víctima. Según su postura, existió en el caso "culpa de la víctima" y ello exime de responsabilidad a la referida conductora.

Lo central de la queja se basa en que la a quo no ha otorgado validez a las declaraciones testimoniales obrantes en la Causa Penal instruida con motivo del hecho dañoso y -según dice- surge de ellas la plena responsabilidad del peatón embestido.

Advierto que las actuaciones de la Causa Penal no ha sido la única prueba producida en autos y de allí que es evidente que la recurrente plantea su disconformidad con lo que constituye la valoración de la prueba realizada por la a quo en su decisión final.

Debo decir, que -conforme lo ha dicho reiteradamente esta Alzada- la

valoración de las pruebas es una cuestión que está reservada a los jueces del proceso.

Ahora bien, de la valoración que ha hecho la Magistrada a quo sobre las pruebas de autos, no advierto que surja algún procedimiento absurdo o arbitrario que merezca reproche por parte de esta Alzada, al menos ello no ha sido demostrado por la quejosa en sus agravios. Su planteo muestra sí un claro y manifiesto disconformismo y discrepancia con lo resuelto en la instancia inferior pero en modo alguno consigue brindar elementos válidos que permitan a esta Alzada revocarlo conforme es su pretensión.

Ha dicho este Cuerpo de manera reiterada que los jueces de mérito pueden preferir alguna de las pruebas producidas a otras y omitir toda referencia a las que estimen inconducentes; que basta expresarse en su valoración de los datos fácticos a aquellos dirimentes para la solución del caso y que no deben seguir al pie de la letra las argumentaciones de las partes, siendo suficiente que se pronuncien sobre las cuestiones fundamentales (doct. art. 384 CPCC; conf. SCBA, Ac. 22330, 13/10/76; Ac. 33589, 02/11/84; Ac. 33693, 25/09/84; Ac. 41085, 07/07/89; Ac. 82248, 23/04/03, entre otros). Si bien el juez tiene el deber de apreciar la prueba, ello no implica la obligación de referirse en detalle a cada uno de los elementos aportados, sino de seleccionarlos a fin de fundar el fallo en los más eficientes, tal como viene de la acción de los artículos 165 y 390 de la ley procesal.

Es que no existe imposición de merituar todas y cada una de las pruebas arrimadas pues se halla dentro de las facultades legalmente regladas -como ya lo referí- la de preferir uno sobre otros sin siquiera hacer mención de estos últimos, cuando no resulten relevantes para la dilucidación de la cuestión litigiosa.

Respecto de la crítica en tratamiento, es del caso atribuir inoperancia al intento de probar un hecho a través de la personal interpretación de las pruebas, bajo la pretensión de que el sentenciante, que decide de acuerdo a

los datos que considere dirimentes, deba explicar en cada caso, porqué prescinde de la valoración de unas u otras, cosa que importaría sin lugar a duda una declinación del principio del artículo 390 y concs. del Cód. Procesal.

He de coincidir con lo expuesto por mi colega, el Dr. Jalil, en su voto precedente al decir que del expediente penal no surge, tal como lo indica la recurrente, que el hecho de la víctima esté palmariamente acreditado, en la medida que podría llegar a resultar lo suficientemente relevante como para desacreditar la pericia accidentológica.

De las constancias de las actuaciones penales, tengo en cuenta que en el oficio librado con fecha 19/05/2008 se dice que los testigos O., G. y C., *"concordaron en sus dichos al manifestar…"* y allí se dejó constancia que la víctima iba cruzando por la senda peatonal de la Av. Gales y fue entonces cuando el mismo resultó atropellado por el vehículo color gris conducido por una mujer. Posteriormente, analizando las declaraciones prestadas por estas mismas personas ante la Fiscal General, se advierten algunos detalles que no avalan la postura de la recurrente. En efecto, G. C. dijo que la víctima cruzaba por la senda peatonal, que no recordaba si iba trotando o a paso acelerado, pero que cruzó rápido y que la señora iba por la vía rápida, por el carril izquierdo de su mano. Agregó que la señora cruzó con el semáforo en verde. C. declaró que observó que un vehículo al cruzar la calle Colón atropella a una persona, que la persona cruzó mal la calle, al estar el semáforo en verde. Nada dijo con respecto a que la víctima cruzara fuera de la senda peatonal y, por último, O. dijo que vio a una persona que va cruzando de derecha a izquierda y que no sabe bien se cruzaba por la senda peatonal.

Agregó que *"…no se bien si cruzaba por la senda peatonal, para mí cruzaba en diagonal, no cruzó por la senda peatonal, no se si cruzó en diagonal de ochava a ochava o si fue antes de la senda, pero no cruzó correctamente…"*. Dijo que estaba

a unos sesenta metros de la víctima. Es evidente que mucha claridad no tienen estos dichos en lo que al lugar del cruce de la calle se refiere. Más adelante dijo que la señora circulaba con la onda verde de los semáforos.

Como bien apunta el Dr. Jalil en su voto, los testimonios dan cuenta que el semáforo estaba con luz verde para la demandada, pero no tienen unanimidad en lo que hace al modo de cruzar de la víctima y ello no alcanza –por lo tanto— para tener por acreditada la denominada "culpa de la víctima". Por otra parte, tengo en cuenta que se ha producido en autos la prueba Pericial Accidentológica con sus explicaciones del caso, lo cual no ha merecido cuestionamiento alguno por las partes, siendo ella muy clara. Viene al caso destacar que se ha generalizado una tesis proteccionista, la cual predica que debe aplicarse un criterio riguroso en la valoración del comportamiento del automovilista por lo que la más mínima infracción a las normas de tránsito, o su menor descuido o inconducta, hace nacer su responsabilidad. Existe lo que se denomina "el principio de confianza". Esta regla consiste en una pauta de conducta que conlleva a confiar en el comportamiento adecuado y diligente de los demás y a que solo por excepción deba prevenirse una actuación incorrecta. Empero esta premisa en determinadas circunstancias cede frente a la prevención según la cual todo automovilista no sólo debe conducir dirigidamente -esto es siguiendo las reglas y las señales de la circulación- sino también defensivamente, es decir contando con el posible proceder antirreglamentario de los demás (conf. BRIZ, J., *"La responsabilidad civil"*, Ed. Montecorvo S.A., Madrid, 1991, T. 2, pág. 555; MOSSET ITURRASPE, J., *"Las eximentes en los accidentes de automotores"* en *"Responsabilidad civil en materia de accidentes de automotores"* (obra colectiva), Ed. Rubinzal-Culzoni, Sta. Fe, 1985, pág. 172 y *"Responsabilidad por daños"*, T. II-B, pág. 42; GALDOS, J.M., *"Los peatones y el*

cruce fuera de la senda de seguridad", *"Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales"*, T. III, pág. 1329).

Del criterio precedente ha derivado la creación pretoriana de la figura del "peatón distraído" (o desatento o desaprensivo) como riesgo propio de la circulación automotriz.

La aparición de un peatón distraído -se ha dicho reiteradamente desde hace muchos años- es un riesgo común inherente al tránsito por lo que el conductor de un vehículo debe preverlo sea para conservar en todo momento el dominio de su máquina de modo de poder detenerse en forma instantánea o para realizar una maniobra para evitar el choque (conf. CNCiv., Sala C, 28/10/71, JA, 13-1972, 438; Sala F, 11/10/73, ED, 52-304 N° 70/71; Sala D, 12/08/74, JA, 26-161; Sala F, 10/05/74, Ed, 57-210, La Ley, 1975A, 871; Sala C, 11/09/69, La Ley, 137-527; Sala B, 18/06/75, JA, 1976-I, 265; Sala A, 23/05/67, La Ley, 127-712; Sala F, 21/06/76, cit. en *"Accidentes de Automotores"*, *Cuadernos de Jurisprudencia Temática*, T. 1-B, pág. 115, Ed. Lex, La Plata; GALDOS, J.M., ob. cit.), o para extremar el cuidado y la precaución al volante de su rodado (conf. CNCiv., Sala C, 18/07/67, ED, 21231; Sala C, 23/05/67, ED, 21-369; Sala C, 28/10/71, ED, 40-468; La Ley, 148674; Sala C, 17/06/71, ED, 41-378 y La Ley, 145-33; Sala F, 09/03/76, JA, 1976III, 443). Por ende, quien es guardián de una cosa peligrosa está obligado a mantenerse atento a las evoluciones de la circulación de las personas y cosas, debiendo obrar con la mayor diligencia y prudencia para evitar el accidente (conf. CNCiv., Sala C, 18/07/67, La Ley, 128-109; Cám.1ª.CC Mar del Plata, Sala 2ª, 14/10/75, JA, 1976-IV-434; CNCiv., Sala C, 26/07/78, JA, 1979-III-640; Sala C, 06/10/70, JA, 9-41; Sala C, 13/10/70, JA, 9-175; Sala D, 18/08/78, JA, 1980-I, 58; Sala M, 09/08/91, La Ley, 1992-B, 199 y DJ, 1992-1, 879; C2a.CC, La Plata, Sala II, 02/04/90, ED, 140-796; GALDOS, J.M., ob. cit.).

En parecido orden de ideas se puntualiza que el peatón desaprensivo es un hecho que al menos se presenta ocasionalmente, siendo factible que ello ocurra tanto en zonas de intensa congestión peatonal y automovilística como, aun, cuando resulte poco frecuente su aparición en la zona donde se produjo el accidente (conf. Cám.CC.San Isidro, Sala II, 23/02/88, DJ, 1989I,182; Cám.CC.Azul, 22/05/86, Causa 27.834, voto Dra. Onetti de Dours (inédito); Cám2a. Civ.Com. Tucumán, *"Silva c/ Acosta"*, JA, 19080-I, 446; CNCiv., Sala A, 07/08/75, JA, 1976-I, 115; Cám.CC Azul, 18/02/87, C. 28.504, *"Blasco c/ Elordi"*; en GALDOS, J.M., ob. cit.).

Estos principios -presurosamente sintetizados- son de aplicación incluso ante la existencia de obstáculos (vehículos estacionados sobre ambas aceras) que limitaban la visibilidad y posibilidad de maniobra del automovilista (conf. CNCiv., Sala F, 17/12/68, ED, 30-469), si no se acredita que la víctima cruzó imprevistamente (conf. CNCiv., Sala C, 22/10/70, ED, 37-357; Cám.CC Azul, 20/04/89, C. 30.478, voto Dr. Céspedes; C. 30.098, 21/10/88, voto Dr. Ojea (inéditos) y aun para el caso de atravesar la calzada con semáforo en rojo (conf. CNCiv., Sala I, 28/02/89, La Ley, 1989-E, 84, N° 29; en GALDOS, J.M., ob. cit.).

Es así que la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires ha dicho que *"quien tiene a su cargo la conducción de un vehículo asume sobre sí la posibilidad cierta de la ocurrencia de sucesos que, en el curso ordinario del tránsito, pueden presentarse de una manera más o menos imprevista"* (conf. SCBA, Ac. 34.081, 23/07/85, DJBA, 130-81, AyS, 1985-II, 204; JA, 1986-II, 456; Ac. 34.056, 05/08/86, AyS, 1986-II, 300; Ac. 36.391, 23/09/86, AyS, 1986-III, 277; Ac. 35.683, 16/12/86, AyS, 1986-IV, 409 y DJJ, 133-97; Ac. 38.271, 26/11/87, DJJ, 135-122; Ac. 37.661, 22/12/87, AyS, 1987-V, 398 y DJBA, 134-18; Ac. 39.694, 20/09/88, AyS, 1988-III, 443; Ac. 39.105, 28/02/89, AyS, 1989-I, 781; en GALDOS, J.M., ob. cit.). Agregando también que *"La aparición del peatón distraído o desaprensivo, es un*

hecho que se presenta al menos ocasionalmente, debiendo estar el conductor lo suficientemente alerta como para sortear esa emergencia, salvo –por supuesto— casos excepcionales" (conf. SCBA, Ac. 34.056, 05/08/86, AyS, 1986-II-300; Ac. 35.683, 16/12/86, AyS, 1986-IV-409, DJJ, 133-97; Ac. 37.661, 22/12/87, AyS, 1987-V-398, DJJ, 134-118; Ac. 47.215, 14/07/92, AyS, 1992-II-606; Ac. 57505, 10/07/96, *"Martínez c/ Sandoval"*; Ac. 75.X., 04/04/2001, *"Jara c/ Lubarsky"*; Ac. 76.764, 18/12/2002, *"Corso c/ Forneris"*; GALDOS, J.M., *"Otra vez sobre la prioridad de paso (y los peatones) en la Suprema Corte de Buenos Aires"*, LLBA 2004, 1, La Ley Online AR/DOC/560/2004).

Otras pautas jurisprudenciales han sentado que el automovilista, porque maneja una cosa peligrosa, debe adoptar todas las precauciones imprescindibles para cubrir las dificultades no sólo de la conducción, sino también las que intempestivamente surgen de la evolución del tránsito; de ahí la necesidad -a menos de incurrir en culpa grave- de que sea siempre dueño de la velocidad de su coche y esté en condiciones de detener inmediatamente su marcha. Es excesiva la velocidad que no permite al conductor controlar su vehículo ante la presencia de un obstáculo, aunque éste resulte imprevisible; o la que impide detener el vehículo en el momento oportuno. Es por ello que en los accidentes en los que son víctimas los peatones las infracciones de tránsito del automovilista adquieren mayor gravitación (conf. fallos en GALDOS, J.M., ob. cit., *"Los peatones y el cruce…"*).

En concordancia con lo que vengo detallando es que se ha decidido que *"tratándose de accidentes entre un automotor y un peatón la comprobación de la más leve culpa o negligencia basta para que surja la responsabilidad del agente"* (conf. CNCiv., Sala M, 17/02/89, La Ley, 1990-C, 509). Y de allí que se haya dicho mayoritariamente que la presencia humana encarnada en un peatón desprotegido exige juzgar con severidad a quien conduce automotores y que los automovilistas deben tener en todo momento el contralor de su vehículo

para poder detenerlo al presentarse una de las tantas contingencias frecuentes del tránsito -el peatón- y para evitar daños a terceros (conf. MOSSET ITURRASPE, J., *"Responsabilidad del conductor en los accidentes de tránsito (Cruce indebido de la calzada)"*, JA, 27-1975, 50; TRIGO REPRESAS – COMPAGNUCCI DE CASO, *"Responsabilidad civil por accidentes de automotores"*, Ed. Hammurabi, Bs.As., 1987, T. 2B, pág. 423; PIZARRO, R.D., *"Responsabilidad civil por el riesgo o vicio de la cosa"*, Ed. Universidad, Bs.As. 1983, pág. 545).

Para ir cerrando el punto, viene al caso dejar constancia que en la jurisprudencia de la Corte Federal se arriba a conclusiones análogas al tratar los casos de cruce antirreglamentario de la calzada y así se afirma que la culpa de la víctima debe ser la única causa del daño, irresistible e imprevisible (conf. CSJN, 12/12/89, ED, 137-239; ídem, Fallos 308:1598 y La Ley, 1987-A, 333; CSJN, 09/10/90, voto de la minoría que abordó el tema, ED, 142-137; CSJN, 21/04/92, voto de minoría que analizó la cuestión). Agregándose que la conducta del peatón para interrumpir totalmente el nexo causal debe aparecer como la única causa del daño y presentar las características de imprevisibilidad e inevitabilidad propias del caso fortuito o fuerza mayor (conf. CSJN, con reenvío a Fallos 310:2103 y 316:912; GALDOS, J.M. , ob. cit. *"Otra vez sobre la prioridad…"*)

Una adecuada armonización de los principios que regulan esta materia la constituye la opinión que postula -en tesis que comparte Galdós- que *"se puede afirmar que la responsabilidad por el atropello desaparece siempre que el peatón se haya parado ante el vehículo de modo imprevisto y a distancia tan próxima al mismo que no permita a un conductor que transite a velocidad reglamentaria evitar el accidente, y siempre que éste no incurra en ninguna otra infracción"* (conf. BENUCCI, E., *"La responsabilidad civil"*, Ed. Bosch, Barcelona, 1958, pág. 207; en GALDOS, J.M., ob. cit., *"Los peatones y el cruce…"*).

Teniendo en cuenta lo hasta aquí expuesto, a lo que se suman las claras y terminantes conclusiones de la Pericia Accidentológica practicada en autos consentida por las partes y no rebatidas en los fundamentos del recurso, el rechazo de la queja deviene inevitable. Así lo propongo al Acuerdo.

2.2 – <u>El quantum de la condena por daño "material" y "moral" a favor de M. B. R. El H.</u>

Se agravia la recurrente por los montos fijados por la a quo para indemnizar el daño "material" y "moral" de la hija de la víctima, en razón de considerar que deben ambos ser rechazados por falta de acreditación y por haber existido una causal de eximente de responsabilidad de la conductora del móvil embistente (culpa de la víctima). Esta última cuestión fue tratada en el punto anterior.

Adelanto que este punto de la queja es una clara disconformidad y/o discrepancia de lo decidido por la a quo y lejos está de constituir un agravio atendible. En ningún momento se ensaya una demostración del error de la sentenciante al decidir del modo en que lo ha hecho y cuáles son las razones sólidas por las cuales la cuestión debió ser decidida de otro modo.

Esgrime la apelante un pensamiento o postura paralela a la de la sentenciante y ello no es suficiente para demostrar su yerro y la necesidad de esta Alzada de revocar la decisión en el punto en cuestión.

Ocurre que la recurrente en su recurso mezcla críticas a lo resuelto en el fallo que impugna, trayendo argumentos simplistas y subjetivos. Surge nítidamente que la presentación confunde el concepto de ***"agravio"*** y ***"argumento"***, a lo cual me he referido en reiterados votos anteriores.

La SCJBA, con el carácter de doctrina legal, ha sostenido que debe diferenciarse el concepto de *"agravio"* del de *"argumento"*.

La jurisprudencia, siguiendo esa doctrina legal, tiene dicho que debe ser considerado *"agravio"* toda crítica dirigida a las denominadas *"cuestiones esenciales"*, que son las que hacen a la estructura de la litis y su esquema jurídico. Que sin su consideración no sería posible resolver el caso planteado. Va de suyo que su tratamiento es obligatorio para la Alzada. En cambio, debe entenderse por *"argumento"* toda mención efectuada por la parte apelante destinada a sostener su posición, pero que no se refiere a las ya citadas *"cuestiones esenciales"*. Los *"argumentos"* no son de tratamiento obligatorio en segunda instancia (conf. SCBA, Ac. 32.953, 12/06/84; Ac. 42.311, 31/10/89; Ac. 43.836, 20/11/91; Ac. 43.658, 17/03/92; Ac. 50.762, 07/03/95; Ac. 54.992, 19/10/96; Ac. 67.337, 01/07/97; CALZ, Sala I, Reg. Sent. Def. 92-93, 116-94, 272-93, 48-96, 126-93, 32-90, 35-96, 159-96, 45-00, entre otros; CALZ, Sala I, 11/03/2008, in re: *"Zárate Aníbal José c/ Lovelle Daniel Osvaldo y Otros s/ Daños y Perjuicios"*-N° 62.948- y *"La Construcción S.A. c/ Lovelle Daniel Osvaldo y Otros s/ Cobro de Pesos"* -N° 62.948 bis-).

Estando en presencia de simples argumentaciones de la recurrente, es procedente el rechazo de su queja.

3 – <u>Tratamiento de los agravios de la parte actora</u>

3.1 – <u>El rechazo del reclamo por "daño material</u>"

Con respecto al reclamo realizado por la concubina (conviviente) de la víctima para reparar el daño "material" causado por la pérdida de su compañero, la sentencia recurrida ha dicho que es quien pretende reclamar quien debe probar efectivamente el perjuicio que alega. O sea que, según la a quo, a la reclamante le correspondía acreditar fehacientemente el daño patrimonial ocasionado por la muerte de la víctima y concluyó que dicha

prueba resulta inexistente. No se produjo tal prueba y de allí el rechazo de la pretensión.

En el agravio se hace un planteo sobre las razones por las cuales debió admitirse su reclamo, pero nada se ha explicado, demostrado y/o fundamentado con relación al motivo por el cual no se ha admitido su pretensión, esto es, la falta de prueba específica que conduzca a otorgar la indemnización pretendida. Adelanto que esto sella la suerte del recurso.

Los arts. 1084 y 1085 del Código Civil derogado y según la interpretación doctrinaria y jurisprudencial prevaleciente, comprendían lo necesario para la "subsistencia de la viuda e hijos del muerto" (lo que se ha denominado gastos alimentarios, es decir lo que el causante destinaba para la asistencia material y económica de sus familiares más directos) pero alcanzaba sólo "al cónyuge sobreviviente y a los herederos forzosos". Empero ello no quita que por vía del art. 1079 Cód. Civil se admita el resarcimiento del daño patrimonial de otros legitimados, como en el caso de autos de la conviviente, que a diferencia de los anteriores **tiene que acreditar la existencia del daño** (conf. ZAVALA de GONZALEZ, M., *"Tratado de los daños a las personas. Perjuicios económicos por muerte"*, T. 2, págs. 26, 159 y concs.).

La muerte de uno de los integrantes de la pareja acarrea, normalmente, repercusiones económicas disvaliosas para el sobreviviente, en razón de la privación de asistencia que el muerto brindaba, por vía de aportes dinerarios, o de algún otro género de esfuerzo mancomunado para el desenvolvimiento de la existencia, tanto más necesario cuando hay hijos comunes a los que sostener y educar (conf. ZAVALA de GONZALEZ, M.,, ob. cit., T. 2, pág. 158).

La inveterada doctrina legal de la Casación Bonaerense señala que en caso de daño patrimonial por la muerte del concubino media un daño cierto que se presenta ***"todas las veces que se acredita la ayuda que recibía de la***

víctima con carácter estable y no accidental y en virtud de una razón de orden lícito y moral" (conf. SCBA, Ac. 54.867, 15/12/98, *"Butalla"*; Ac. 82.356, 01/04/2004, *"Ojeda"*; Cám.Civ.Com. Azul, Sala II, 27/03/2019, LLOnline AR/JUR/3132/2019).

En el caso del concubino no rige la presunción *iuris tantum* de la existencia de daño proveniente de la muerte de una persona. De acuerdo al principio general del art. 1079 del Cód. Civil, todo perjudicado por ese suceso tiene derecho a obtener la reparación del daño sufrido, pero quienes no se encuentran en la situación prevista por el art. 1085 de dicho código, **tienen la carga de acreditar la procedencia de ese reclamo** (conf. CSJN, *"Bustamante, E. y otra c/ Buenos Aires, provincia de"*, sentencia del 10/12/96; Cám.Civ.Com.Azul, Sala II, 27/03/19, cit.).

Respecto del concubino, es pacífica la doctrina y jurisprudencia en cuanto a que procede la reparación por el daño material por la muerte de la víctima por aplicación del art. 1079 del Cód. Civil **si se demuestra que la víctima de alguna manera contribuía a su sostén o ayuda económica** (conf. SCBA, Ac. 54.867, 15/12/98; Ac. 43.068, 12/11/91; C. 100.285, 14/09/2011, entre otras; Fallo Plenario CNCivil en autos: *"F.M.C. y otro c/ El Puente SAT"*, 04/04/95, La Ley, 1995-C-642; CNCiv., Sala I, 07/05/2015, LLOnline AR/JUR/19467/2015).

En tal sentido, debe tenerse en cuenta: 1°) si está acreditado que el fallecido contribuía al sostén económico del concubino; 2°) en caso afirmativo, cuáles eran los ingresos de la persona fallecida; 3°) si el/la actor/a tenía ingresos propios y si los sigue teniendo; 4°) qué porción de los ingresos de la víctima se destinarían a los actores; 5°) la edad de los actores y de la persona fallecida al momento del hecho y 6°) si otras personas eran destinatarias de parte de los ingresos de la persona fallecida. Para así proceder, el/la reclamante debe denunciar en la demanda la mayor cantidad de datos posibles, ofrecer y

producir la prueba respectiva, cosa que lamentablemente no ocurre con precisión en el caso de autos (conf. CNCiv., Sala I, 07/05/2015, cit.).

En razón de la ausencia de prueba conducente producida durante el proceso y no existiendo una fundamentación recursiva que demuestre el error de la sentencia al decidir en este punto de la forma en que lo ha hecho,

he de coincidir con el voto precedente en que el agravio no puede prosperar.

3.2 – <u>Rechazo de la indemnización por daño "moral"</u>

La recurrente reclamó una indemnización por el daño "moral" que le produjo la pérdida de su compañero y planteó la inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil. La a quo en su decisión final se manifestó partidaria de la postura que entiende la improcedencia de la alegada inconstitucionalidad si la impugnación es formulada de modo genérico y quien la plantea no demostró fundadamente de qué manera la norma contraría la Constitución Nacional, causándole un perjuicio que también debe ser fehacientemente demostrado. En base a esta doctrina, rechazó la pretensión y ello agravia a la reclamante.

El art. 1078 del Código Civil sienta como regla que la acción por indemnización de daño moral sólo compete al damnificado directo, esto es, a la víctima inmediata del hecho ilícito y *"si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos"*. En definitiva: la norma contenida en esa disposición legal limita la legitimación activa para reclamar la reparación del daño moral a los damnificados directos y en el caso de muerte de la víctima a los damnificados indirectos, pero sólo a los ascendientes, descendientes y cónyuge. De ahí que el/la concubino/a no se encuentra legitimado/a para reclamar daño moral por la muerte de su compañera/o por no tener la calidad de heredero forzoso. La

restricción de la citada norma ha sufrido muchos cuestionamientos en la doctrina desde su incorporación al Código Civil por la Ley 17.711.

Se han dictado fallos que pretendieron atenuar sus efectos mediante una interpretación "amplia" del art. 1078 o "armonizadora" con el ordenamiento jurídico, pero al no ofrecer mayores dudas la citada norma la única forma de sortear su aplicación es por vía de la declaración de inconstitucionalidad, por el principio de unidad del orden jurídico, cuyo vértice es la Constitución Nacional. Es que los jueces deben abocarse en virtud del *iura novit curia* a tratar de oficio la validez constitucional de las normas jurídicas. Rigiendo el principio de constitucionalidad de las leyes y normas estatales la declaración de su invalidez es -como no se cansa de decir la Corte Nacional- la última *ratio legis* del orden jurídico (conf. Cám.Civ.Com.Mercedes, Sala I, 17/06/2004, C. N° 108.783; ídem, ídem, 13/03/2014, LLOnline AR/JUR/33097/2014).

Al demandar, la recurrente planteó específicamente la inconstitucionalidad de esta norma, hizo referencia a la contradicción con el art. 1079 del mismo código, a la violación de la protección integral de la familia y citó la jurisprudencia que ha declarado la inconstitucionalidad de esta normativa. He dicho ya aquí que la a quo no admitió la tacha de inconstitucionalidad planteada por la actora (concubina del fallecido).

Esa circunstancia habilita el control de constitucionalidad "de oficio" de esa norma porque no es incompatible con el principio dispositivo que rige en la materia de este juicio. En suma: si bien la cuestión fue planteada expresamente por la actora en su demanda pero no es reiterada en sus agravios, el principio de congruencia no aparece violado, lo cual hace que este Tribunal se encuentre habilitado para efectuar el control de constitucionalidad de oficio (*iura novit curia*) (arts. 31 y 28 de la Constitución Nacional) (conf. SCJBA, Causa L. 67.598, *"Blanco"*, sent. del 02/11/2002;

CSJN, causas: *"Mill de Pererya, R.A. y otros c/ Provincia de Corrientes"*, sent. del 27/09/2001, La Ley, 05/12/2001; *"Banco Comercial de Finanzas (en liquidación Banco Central de la República Argentina) s/ Quiebra"* (B.1160.XXXVI) sent. del 19/08/2004, La Ley, 2005-F-453;

Cám.Civ.Com.Mercedes, Sala I, 04/02/2014; ídem, ídem, 13/03/2014, cit.).

Al votar en la causa mencionada en último, el Dr. Bagattin expresó que un nuevo análisis de la cuestión a partir de una interpretación dinámica, humanitaria y realista de la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de rango constitucional me lleva a someter de oficio el citado precepto a un control de constitucionalidad y convencionalidad, de modo de verificar si resulta "razonable" la restricción de la legitimación de los partícipes en uniones sentimentales de hecho, como la que motiva el reclamo en tratamiento, tomando como punto de partida los derechos de acceso a la justicia (arts. 18, C. Nacional; 31 de la Constitución Provincial; 5 y 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos); al resarcimiento integral (conf. principio *alterum non laedere*, de raigambre constitucional: art. 19, constitución Nacional; ver CSJN, Fallos 327:3753; 331:1488), a la protección de la familia (arts. 14 bis de la Constitución Nacional; 36.1 de la Constitución Provincial; 17.1 y 17.2, Convención Americana sobre Derechos Humanos) y a la igualdad ante la ley (arts. 16, Constitución Nacional; 11 de la Constitución Provincial; 1.1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 2 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

En este punto, siguiendo el voto del Dr. Hitters en la sentencia de la SCBA en la causa C. 100.285 caratulada: *"Ruboni, Amalia H. c/ Kelly, Santiago s/ Daños y Perj."*, nos encontramos ante lo que se ha dado en llamar "control de constitucionalidad y convencionalidad" porque en el sub lite ambos tipos de inspección pueden ser aunados, ya que en definitiva corresponde verificar

si -en el caso particular- la limitación prevista en el art. 1078 del Cód. Civil (en cuanto limita la legitimación para reclamar el resarcimiento del daño moral a los "herederos forzosos" de la víctima fallecida, privando así a la concubina o al concubino de toda posibilidad de reparación de dicha dolencia), resulta una reglamentación "razonable" del derecho a acceder a la justica y ser resarcido integralmente frente a la comisión de hechos ilícitos o si, por el contrario, importa discriminar categorías de sujetos sin justificativo válido y altera en modo irrazonable la sustancia de las libertades comprometidas en la Carta Magna y en los Tratados de jerarquía constitucional de acuerdo a lo dispuesto por el art. 75 inc. 22 (arts. 28 de la Constitución Nacional y 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

El sistema jurídico vigente impone la necesaria reparación de los perjuicios causados por la afección a valores espirituales, cumpliendo de tal forma con el deber de satisfacción integral mediante el instituto denominado "daño moral" (doct. Art. 19 de la Constitución Nacional; arts. 1078, 1083 del Cód. Civil; SCJBA en las causas Ac. 54.767, sent. del 11/07/95; Ac. 55.774, sent. del 14/05/96; Ac. 81.092, sent. del 18/12/2002; Ac. 79.992, sent. del 29/10/2003, etc.). Por lo que toda alteración lesiva del espíritu queda incluida en esa categoría, y no sólo la subsumible en el dolor, ya que puede consistir en profundas preocupaciones, estados de aguda irritación, etc., que exceden lo que por dolor se entiende, afectando el equilibrio anímico de la persona, sobre el cual los demás no pueden avanzar; de manera que toda alteración disvaliosa del bienestar psicofísico de una persona por una acción atribuible a otra, configura un daño moral (conf. SCJBA, Ac. 53.110, sent. del 20/09/94; Cám.Civ.Com.Mercedes, Sala II, 27/09/2006, Causa B. 57.993; voto del Dr. Hitters en causa C. 100.285, cit.).

Indudablemente queda enclavado en este concepto el hondo sentimiento de angustia que generó en su compañera la muerte súbita e imprevista del Sr. N. B. R. M., en un hecho ilícito (art. 1078 del Cód. Civil). En suma: la cuestión impone responder al interrogante ¿Es tolerable la limitación impuesta por el art. 1078 del Código Civil a la pretensión de la concubina, en el caso concreto, ante esa afectación a la luz de la Constitución Nacional y del derecho internacional receptado en el art. 75 inc. 22 de la Carta Magna?

Ha dicho la SCJBA que las "uniones de hecho" forman parte de las alternativas que pueden escoger las personas en uso de la autonomía de la voluntad familiar, al momento de diseñar su proyecto de vida, dado que esa opción no se encuentra prohibida. La misma está amparada por los derechos a la intimidad, a la igualdad y a la no discriminación consagrados por la Constitución Nacional. Así como existe un derecho de raigambre constitucional a contraer matrimonio, existe también un derecho constitucional a vivir en una forma familiar diversa (arts. 14 bis y 19 de la Constitución Nacional; 17.1, 17.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Por ello, en función de lo normado en el art. 19 de la Carta Magna se debe verificar la validez de la limitación del derecho a ser indemnizado frente a la fractura intempestiva de dicho vínculo a consecuencia de un evento dañoso; o sea, si la limitación de la concubina (o en su caso del concubino) para reclamar el daño moral por la muerte de su pareja es o no razonable (arts. 28 de la Constitución Nacional; 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) (conf. SCJBA, C. 100.285 cit.).

La restricción por grado de parentesco (herederos forzosos) dispuesta por el art. 1078 *in fine* del Cód. Civil ha sido impuesta a priori y en "abstracto" por el legislador, dado que sólo habilita a un conjunto de sujetos a reclamar por la reparación que sufren por el dolor por la pérdida de un ser querido (sus

ascendientes, descendientes y el cónyuge) y no lo hace en la medida de la entidad del padecimiento espiritual producido en relación a cada caso, como el de quienes se encuentran en idéntica posición pero unido a la víctima sólo por vínculos sentimentales y no legales como los que poseen aquellas. Por eso la aludida restricción en determinadas circunstancias, como la expuesta se torna **arbitraria.**

El análisis y la valoración de los conceptos expresados precedentemente me animan a sostener que la limitación impuesta por el art. 1078 *in fine* del Código Civil a la concubina (o en su caso al concubino) para reclamar el daño moral por la muerte de su pareja por un hecho ilícito **no es razonable** (arts. 28 de la Constitución Nacional; 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) (conf. voto del Dr. Hitters en la causa C. 100.285 y voto del Dr. Bagattin en sentencia de la Cám.Civ.Com.Merecedes, Sala I, 13/03/2014 in re *"C., A.J. c/ E., H.G. y otros s/ Daños y Perj. por uso automot. (c/ les. o muerte) (sin resp. est.)"*, cit.).

Con ello no se trata de amparar susceptibilidades excesivas, ni de tolerar una judicialización masiva de los menoscabos espirituales indirectamente padecidos por sujetos distintos a la víctima, sino reconocer y tutelar, por razones objetivas, la legítima aflicción que produce la pérdida súbita de la persona unida a la accionante por vínculos sentimentales continuos y estables (estado conyugal aparente o de hecho), como el que resultara truncado por el trágico episodio que motiva estas actuaciones. La víctima se encontraba unida de hecho con la Sra. Edad E. El H. desde hacía casi veinte años al momento del hecho y formaba una pareja de aparente matrimonio en forma estable, con una hija que al momento del accidente se encontraba ingresando a la adolescencia (14 años de edad).

En tal hipótesis, desconocer legitimación a la pareja de la víctima para reclamar una reparación por "daño moral" por su fallecimiento en un hecho

ilícito, resultaría una discriminación inaceptable (arts. 16 de la Constitución Nacional; 18, 19, 22 y concs. de la Constitución Provincial; 1.1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 2 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) porque importa una alteración indebida del derecho de acceder a la justicia para obtener de ella remedios eficaces (reparación integral) contra la afectación de prerrogativas legítimamente ejercidas en el campo de la autonomía individual (arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional; 19 y concs. de la Constitución Provincial; 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) (conf. voto del Dr. Hitters en la causa C. 100.285, cit.).

Por todo ello, propongo declarar la **inconstitucionalidad** de la norma contenida en **el art. 1078 del Código Civil** en este caso, en cuanto no habilita a la concubina del Sr. N. B. R. M. a reclamar un resarcimiento por "daño moral" por su muerte en el hecho ilícito motivo de autos, y en consecuencia revocar la sentencia en crisis en cuanto rechaza el "daño moral" reclamado por la coactora E. E. El H. y admitirlo. De ser compartida esta propuesta, corresponde cuantificar la indemnización por "daño moral". En lo que hace al derecho aplicable y si bien ello surge de la sentencia en crisis, es necesario dejar sentado que, en atención al tiempo en que ocurriera el hecho dañoso y la fecha en que se trabó la litis, corresponde aplicar las disposiciones del Código Civil de Vélez Sarsfield (conf. voto de la Dra. MEDINA en la sentencia de la CNCiv. y Com. Fed., Sala III, del 17/12/2019, en autos *"L., S.N. c/ M., J. y Otro s/ Daños y Perjuicios"*).

En la tarea de la cuantificación indemnizatoria tengo en cuenta las reglas propuestas por el maestro Jorge Mosset Iturraspe, las que refieren que el monto de la misma no debe ser una suma simbólica, tampoco debe

producir un enriquecimiento injusto, debe atender a la gravedad del daño, debe ser una suma que permita a la víctima compensar el dolor sufrido con un placer a disfrutar y debe tener la razonabilidad de ser pagable por el ofensor dentro del contexto económico del país (conf. MOSSET ITURRASPE, J., *"Diez reglas para la cuantificación del daño moral"*, La Ley, 1994-A-728)

Teniendo en cuenta estos principios es que no he de acompañar a mi distinguido colega Dr. Julián E. Jalil en el procedimiento empleado en su voto precedente para la cuantificación de este daño. Su procedimiento tiene en cuenta lo que el nuevo CCyCN determina en el art. 1741 con respecto a que el monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas. Si bien se deja constancia en el voto que la aplicación es sólo *doctrinal* al caso, yo –respetuosamente-- he de seguir el procedimiento que acabo de haber referencia precedentemente bajo el amparo del Código Civil Velezano que rige el caso.

No soslayo que en razón del carácter subjetivo del rubro, la cuantificación debe procurar mantener una razonable proporción con lo solicitado al momento de interponerse la demanda (conf. CNCiv., Sala A, 21/10/2019, LLOnline AR/JUR/42085/2019). Por este rubro la coactora reclamó la suma de $ 57.560,96.- Por ello y compartiendo también lo dicho precedentemente en su voto por el Dr. Jalil en el mismo sentido, al afirmar que *"…nadie mejor que la víctima puede cifrar esta clase de perjuicios, en atención a su carácter subjetivo y personal…"*, estimo razonable fijar el monto del resarcimiento por "daño moral" a favor de la Sra. Edad E. El H. en la suma de **$ 57.600.- (Cincuenta y Siete Mil Seiscientos Pesos)** que es prácticamente la misma suma reclamada en la demanda (conf. fs. 55). A este monto indemnizatorio se le deberán adicionar los correspondientes Intereses desde la fecha del hecho dañoso (13

de Mayo de 2008) hasta su efectivo pago, a la tasa activa fijada por la a quo en su sentencia (doct. Arts. 167, 268, 269, 274 del CPCC).

3.3 – <u>El monto indemnizatorio por "daño material" a favor de M. B. R. El H.</u>

La madre de la menor reclamó la indemnización por el "daño material" que le causó a su hija el fallecimiento abrupto de su padre. Ante la ausencia de pruebas relevantes para la cuantificación del rubro, la a quo consideró prudente fijar como indemnización por "daño material" la suma de $ 45.000.-, con más los intereses correspondientes.

Tal como lo expresara al votar ante planteos similares, lo que la recurrente debe hacer en esta instancia es demostrarle al Tribunal el error cometido por la Sra. Jueza a quo al fijar el monto indemnizatorio, porqué se equivocó, porqué el monto es insuficiente, cuál hubiese sido el monto justo o adecuado y porqué debió ser ése el importe sentenciado y no el fijado por la magistrada del inferior. Es evidente que todos estos parámetros no surgen de la pieza en tratamiento.

Estamos sí ante una clara disconformidad con el importe sentenciado pero el agravio no es todo lo concreto y preciso que se requiere para constituirse en una cabal demostración del error cometido por la sentenciante al fijar la indemnización por el "daño material" causado a la hija de la víctima.

Debe repararse que la segunda instancia no es autónoma, ni es reconducción. Es, como norma, dependiente de lo actuado en la instancia inicial, y es revisión de su sentencia, síntesis o conclusión, a cuyo efecto requiere el elemento nuevo: la sólida y eficiente crítica que de la misma resulten. De allí que, si -tal como aquí ocurre- las argumentaciones pecan de debilidad, carece el tribunal de alzada de la materia indispensable para confrontar los argumentos de la a quo con los que, de contrario, aduce la parte que se considere afectada y ello, precisamente, constituye la función propia del segundo grado jurisdiccional.

La a quo tuvo en cuenta -a los efectos de fijar la indemnización- la edad de la víctima al momento del accidente, el importe del salario mínimo, vital y móvil vigente en esa época (Mayo de 2008) dado la ausencia de prueba sobre los ingresos reales de la víctima, dedujo los gastos necesarios para producir los ingresos y estimó que su padre realizaría su aporte económico hasta la mayoría de edad de la reclamante, en razón de no existir otros elementos de prueba para justificar un período mayor.

Surge de los dichos de la queja que los mismos exhiben una postura o un criterio, lo cual constituye materia claramente opinable, pero en modo alguno se está ante una conclusión terminante e irrebatible jurídicamente. La misma contiene apreciaciones personales, valoraciones sociales y económicas subjetivas y manifestaciones de orden sentimental, pero ellas no alcanzan para hacer caer los fundamentos en los que se basa la decisión recurrida y de allí que sean insuficientes por sí solas para sustentar exitosamente el agravio.

Los fundamentos hasta aquí expuestos me conducen a proponer el rechazo del agravio en este punto.

3.4 – <u>El monto indemnizatorio del "daño moral" a favor de M. B.</u>

<u>R. El H.</u>

Agravia por insuficiente a la recurrente el monto fijado por la a quo ($ 50.000.-) para indemnizar el "daño moral" sufrido por la hija con motivo del fallecimiento de su padre en el accidente motivo de este proceso.

La indemnización tendiente a resarcir el "daño moral" propende a reparar el quebranto de valores de índole espiritual y de corte superior, como son el dolor, las aflicciones y toda perturbación del espíritu, de ahí su naturaleza extrapatrimonial. Por ello, la cuantía de su reparación no guarda relación

con los perjuicios materiales, por la distinta naturaleza jurídica de los daños que tiende a resarcir (doct. Art. 1078 del Cód. Civil).

Por la naturaleza resarcitoria del daño moral, el monto de la indemnización queda librado más que ningún otro rubro al prudente arbitrio judicial y su cuantificación es una de las tareas más difíciles que los jueces debemos ejercer, dado que se refiere a los padecimientos, afecciones y perturbaciones del espíritu de diversa índole que un ser humano puede sufrir con motivo de una desgracia en su vida, las que obviamente, pueden variar notablemente en cada caso. La forma y las pautas para su cuantificación han sido objeto de intensos debates entre los juristas, discusión que hasta el día de hoy no ha sido saldada (arts. 1078 del Cód. Civil y art. 165 *in fine* del CPCC; del voto del Dr. Emilio A. Ibarlucía en el Expte. N° 24.275 en la sentencia del 26/04/2012 en los autos: *"Ruboni, A.H. c/ Kelly. S. y Otros s/ Daños y Perjuicios"* integrando circunstancialmente la Sala II de la Cám. Civ. Com. de Mercedes; Cám.Civ.Com.Mercedes, Sala I, 13/03/2014, cit.).

Conforme a todo ello, sopesando las características del hecho dañoso, el estrecho vínculo biológico, espiritual y afectivo entre la víctima y su hija, el profundo sufrimiento que el fallecimiento del padre debió producir y producirá a la misma, la profundidad de los sentimientos afectados, la intensidad del dolor y el sufrimiento inconsolable que le ha producido, estimo que la suma fijada en la sentencia para el rubro de autos no es suficiente para reparar el "daño moral" sufrido por la hija de la víctima (arts. 1069, 1078 del Cód. Civil; arts. 167, 268, 269, 274 del CPCC).

Más allá de que ninguna suma podría suplir la presencia del padre, entiendo que el importe fijado en la decisión recurrida se muestra insuficiente para atender a este aspecto de la indemnización. En esas condiciones, teniendo en cuenta el monto reclamado en la demanda a la

fecha de su estimación y que en la fundamentación recursiva se plantea como agravio que en la sentencia en crisis *"…se haya disminuido ostensiblemente el monto reclamado en concepto de daño moral…"* (conf. fs. 337), he de seguir el mismo camino y procedimiento que he explicado al cuantificar precedentemente el monto indemnizatorio por el "daño moral" causado a la concubina de la víctima, apartándome así del utilizado por mi colega Dr. Julián Jalil, quien hace una aplicación doctrinal al caso del art. 1741 del CCyCN, conforme lo hiciera anteriormente.

En razón de lo expuesto, propongo modificar el fallo en crisis en relación al rubro "daño moral" admitido en favor de la coactora M. B. R. El H. en el sentido de elevar el monto indemnizatorio a la suma de **$ 76.750.- (Setenta y Seis Mil Setecientos Cincuenta Pesos)**, que es prácticamente la misma suma reclamada en la demanda (conf. fs. 54). A este importe se le deberán adicionar los correspondientes Intereses a la tasa fijada por la a quo en su decisión de origen, calculados desde el día del accidente motivo de autos (13 de Mayo de 2008) hasta su efectivo pago (doct. Art. 1078 del Cód. Civil; arts. 167, 268, 269, 274 del CPCC).

3.5 – <u>Admisión de la excepción de falta de legitimación pasiva del Sr. D. B.</u>

El Sr. D. B. planteó su falta de legitimación para ser demandado en razón de no ser titular registral del vehículo que embistiera a la víctima, acompañando la "denuncia de venta" de dicho automotor de fecha 02/10/2066 a favor de la Sra. S. B. D..

De conformidad con la documentación acompañada y a lo dispuesto por el art. 27 de la Ley 22.977, la a quo admitió la excepción de "falta de legitimación pasiva" y rechazó la demanda planteada contra el excepcionante.

De los términos de los fundamentos del recurso interpuesto no surge un ataque serio y fundado a lo razonado y decidido por la a quo en este punto sino que son simples conjeturas que no logran torcer el rumbo de lo decidido en el tema bajo análisis.

En razón de lo expuesto, la queja no es atendible.

4 – Conclusión

En razón de lo hasta aquí expuesto y fundamentado, cabe concluir que corresponde:

a) **revocar parcialmente** la sentencia recurrida en cuanto no admitió declarar la inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil Velezano, rechazó indemnizar el "daño moral" de E. E. El H. y fijó la indemnización del "daño moral" de M. B. R. El H. en una suma insuficiente;

b) **declarar la inconstitucionalidad del Art. 1078 del Código Civil Velezano**; **c- admitir** la indemnización por "daño moral" a favor de E. E. El H. fijándola en la suma de **$ 57.600.-** con más los intereses desde el día del evento dañoso hasta su efectivo pago;

d) elevar el monto indemnizatorio del "daño moral" de M. B. R. El H., fijándolo en la suma de **$ 76.750.-** con más los intereses desde el día del evento dañoso hasta su efectivo pago, y

e) confirmar la sentencia recurrida en todo lo demás que ha sido materia de agravios. Así lo voto.

5 – Adecuación de costas y honorarios

El alcance de la revocación parcial propuesta de la sentencia en crisis no amerita realizar la adecuación que establece el art. 282 del CPCC respecto de la imposición de costas y regulación de honorarios.

6 – <u>Costas de la Alzada</u>

Resulta procedente imponer las costas de la Alzada de la siguiente forma:

A-) <u>Por el recurso interpuesto por la citada en garantía</u>: se le imponen a la recurrente en su condición de vencida en el recurso que le fuera concedido (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de su letrado apoderado, Dr. C. R. Z., en el 25% de los que les correspondan por su labor en la primera instancia y los de la Dra. G. T. C., apoderada y patrocinante de las actoras, en el 30% de los que les correspondan por su labor en la instancia originaria, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y más el IVA de así corresponder (arts. 5, 13, 38, 46 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

B-) <u>Por el recurso interpuesto por la parte actora</u>: teniendo en cuenta el resultado que ha tenido el recurso, se imponen por su orden (art. 72 CPCC), regulándose los honorarios de la letrada apoderada y patrocinante de las recurrentes, Dra. G. T. C., en el 28 % de los que les correspondan por su labor en la instancia de origen, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y más el IVA de así

corresponder (arts. 5, 13, 38,46 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.). **A LA PRIMERA CUESTION**, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi vota **PARCIALMENTE** por la **AFIRMATIVA**.

<u>A LA DISIDENCIA PLANTEADA,</u> la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe dijo:

1. Me toca dirimir la disidencia existente entre los vocales que me preceden en la votación a fin de formar la mayoría requerida para el Acuerdo (art. 274 del C.P.C.C. y arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17) respecto a la cuantificación del daño moral reclamado por la Sra. E. E. El H. y la hija del causante M. B. R. El H..

2. Llega firme a esta instancia que no resulta aplicable al caso el Código Civil y Comercial de la Nación, conforme ley 26.994, en tanto el hecho por el cual se reclama se ha producido con anterioridad al dictado de las mismas, debiendo entonces ser analizado a la luz de las normas del Código Civil, salvo si existieren consecuencias no consumadas al momento de entrada en vigencia de la nueva ley (conf. Art. 7 C.C y C.).

3. Hay acuerdo en mis colegas de Cámara de expedirse por la declaración de inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil y reconociendo a la Sra. El H. el derecho a reclamar el resarcimiento de daño moral por la muerte del Sr. N. R. M..

La disidencia entre los Sres. Jueces está dada por la cuantificación y en el punto, adelanto que acompañaré el voto del Dr. Heraldo E. Fiordelisi.

4. Puede definirse al daño moral como: *"una minoración en la subjetividad de la persona, derivada de la lesión a un interés no patrimonial. O, con mayor precisión, una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial"* (Pizarro, Ramón D., Daño moral. Prevención. Reparación. Punición. El daño moral en las diversas ramas del derecho, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 31).

En lo que atañe a su prueba cabe señalar que, a tenor del principio que sienta el art. 381 del Código Procesal, se encuentra en cabeza del demandante la acreditación de su existencia y magnitud, aunque, en atención a las características de esta especial clase de perjuicios, sea muy difícil producir prueba directa en ese sentido, lo que otorga gran valor a las

presunciones (Bustamante Alsina, Jorge, "Equitativa valuación del daño no mensurable", LL, 1990-A-655).

En el caso, el fallecimiento del Sr. N. R. M. ha provocado en su concubina y su hija un daño moral fácilmente presumible.

En cuanto a su cuantificación debe recordarse lo señalado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el sentido de que: *"Aun cuando el dinero sea un factor muy inadecuado de reparación, puede procurar algunas satisfacciones de orden moral, susceptibles, en cierto grado, de reemplazar en el patrimonio moral el valor que del mismo ha desaparecido. Se trata de compensar, en la medida posible, un daño consumado (…). El dinero es un medio de obtener satisfacción, goces y distracciones para reestablecer el equilibrio en los bienes extrapatrimoniales.*
El dinero no cumple una función valorativa exacta, el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata solamente de dar algunos medios de satisfacción, lo cual no es igual a la equivalencia. Empero, la dificultad en calcular los dolores no impide apreciarlos en su intensidad y grado, por lo que cabe sostener que es posible justipreciar la satisfacción que procede para resarcir dentro de lo humanamente posible, las angustias, inquietudes, miedos, padecimientos y tristeza propios de la situación vivida" (CSJN, 12/4/2011, "Baeza, S. Ofelia c/ Provincia de Buenos Aires y otros", RCyS, noviembre de 2011, p. 261, con nota de Jorge Mario Galdós).

En otras palabras, el daño moral puede "medirse" en la suma de dinero equivalente para utilizarla y afectarla a actividades, quehaceres o tareas que proporcionen gozo, satisfacciones, distracciones y esparcimiento que mitiguen el padecimiento extrapatrimonial sufrido por la víctima (cfme. Galdós, Jorge M., "Breve apostilla sobre el daño moral (como "precio del consuelo") y la Corte Nacional", RCyS, noviembre de 2011, p. 259).

La misma idea resulta del art. 1741 in fine del Código Civil y Comercial, a cuyo tenor*: "El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las*

satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas" y ese es el criterio -bien que señalando la aplicación doctrinal al caso- que justifica en su voto el Dr. Julián E Jalil.

Como ya he señalado, llegó firme a esta instancia que rigen para este proceso las normas del CC y que tanto en doctrina como en jurisprudencia se han intentado distintos parámetros para la cuantificación del daño moral.

En el caso, no puedo soslayar que ha sido la parte actora quien estimó para este rubro la suma de $ 57.560,96 para la Sra. E. El H. y $ 76.747,94 para M. R. E. H. la de $ 76.747,94 y que, en principio, nadie mejor que las víctimas pueden cifrar esta clase de perjuicios, en atención a su carácter subjetivo y personal. Por ese motivo, aun cuando el reclamo se haya sujetado -como en el caso- a lo que en definitiva resultare de la prueba a producirse en autos, no cuento con prueba producida en autos que amerite una cuantificación distinta a la que propone el Dr. Heraldo E. Fiordelisi, que, redondeando las sumas, admite en definitiva aquéllas consideradas por las actoras al tiempo de demandar.

Por lo brevemente expuesto, admitiré la indemnización por daño moral a favor de E. E. El H. en la suma de $ 57.600 (Pesos Cincuenta y siete mil seiscientos) y para M. B. R. El H. en la suma de $ 76.750 (Pesos setenta y seis mil setecientos cincuenta). Las sumas así dispuestas devengaran intereses desde la fecha del evento dañoso (13 de mayo de 2008) y hasta su efectivo pago conforme la tasa dispuesta en la sentencia de grado para los demás rubros de condena.

Así voto a la disidencia planteada.

A LA SEGUNDA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Julián Emil JALIL, dijo:

En base a los argumentos expuestos considero que pronunciamiento que corresponde dictar es el siguiente:

1. **REVOCAR PARCIALMENTE** la sentencia de grado de fs. 299 a 309 y vta.
2. **DECLARAR** la inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil.
3. **ESTABLECER** la admisión del rubro daño moral para E. E. EL H. por la suma de **$ 1.500.000** y elevar la cuantificación del daño moral de M. B. R. H. a la suma de **$1.800.000**, las cuales deben ser abonadas por la Sra. S. B. D. y L. P. S. S.A dentro de los diez días de la suscripción del presente acto jurisdiccional.
4. **DETERMINAR** que al vencimiento del plazo señalado en el acápite precedente, se impongan los intereses correspondientes a la tasa activa del Banco Provincia para las operaciones de descuentos de documentos, y hasta su efectivo pago.
5. **IMPONER LAS COSTAS** conforme el siguiente criterio: A) Por el recurso interpuesto por la citada en garantía: corresponde la imposición de costas a la recurrente vencida (Conf. art. 69 del CPCC). B) Por el recurso interpuesto por la parte actora, corresponde la imposición de costas por su orden. (Conf. art. 72 del CPCC).
6. **REGULAR** los honorarios profesionales de la siguiente manera: A) Por el recurso interpuesto por la citada en garantía, a la abogada de la parte actora G. T. C. en el 30% y al Abogado de la citada en garantía C. R. Z., en el 25% de la cantidad fijada en la Instancia anterior con más el IVA si correspondiere, siempre que el monto resultante supere el mínimo previsto en la Ley de Honorarios Profesionales, o en su defecto se aplicará éste último. (Conf. arts. 5, 6, 7 y 13 de la Ley Arancelaria); B) Por el recurso interpuesto por la parte actora, a la Abogada G. T. C. en el 28% de la cantidad fijada en la Instancia anterior con más el IVA si correspondiere, siempre que el monto resultante supere el mínimo previsto en la Ley de Honorarios Profesionales,

o en su defecto se aplicará éste último. (Conf. arts. 5, 6, 7 y 13 de la Ley Arancelaria).

7. **REGISTRESE**, **notifíquese y devuélvase.**

A LA SEGUNDA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

De ser compartidos los fundamentos precedentemente expuestos, el pronunciamiento que corresponde dictar sería el siguiente:

1) **REVOCAR PARCIALMENTE** la sentencia recurrida en cuanto no admitió declarar la inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil Velezano, rechazó indemnizar el "daño moral" de Edad E. El H. y fijó la indemnización del "daño moral" de M. B. R. El H. en una suma insuficiente.
2) **DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD** del Art. 1078 del Código

Civil Velezano.

3) **ADMITIR** la indemnización por "daño moral" a favor de Edad E. El H. fijándola en la suma de **$ 57.600.-** con más los intereses fijados en la primera instancia calculados desde el día del evento dañoso hasta su

efectivo pago.

4) **ELEVAR** el monto indemnizatorio del "daño moral" de M. B. R. El H., fijándolo en la suma de **$ 76.750.-** con más los intereses fijados en la primera instancia calculados desde el día del evento dañoso hasta su efectivo pago.
5) **CONFIRMAR** la sentencia recurrida en todo lo demás que ha sido materia de agravios.

6): NO REALIZAR la adecuación de costas y honorarios de la primera instancia (art. 282 CPCC).

7) IMPONER LAS COSTAS DE LA ALZADA de la siguiente forma: **A) <u>Por el recurso interpuesto por la citada en garantía</u>:** se le imponen a la recurrente en su condición de vencida en el recurso que le fuera concedido (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de su letrado apoderado, Dr. C. R. Z., en el 25% de los que les correspondan por su labor en la primera instancia y los de la Dra. G. T. C., apoderada y patrocinante de las actoras, en el 30% de los que les correspondan por su labor en la instancia originaria, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y más el IVA de así corresponder (arts. 5, 13, 38, 46 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

B) <u>Por el recurso interpuesto por la parte actora</u>: teniendo en cuenta el resultado que ha tenido el recurso, se imponen por su orden (art. 72 CPCC), regulándose los honorarios de la letrada apoderada y patrocinante de las recurrentes, Dra. G. T. C., en el 28 % de los que les correspondan por su labor en la instancia de origen, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y más el IVA de así

corresponder (arts. 5, 13, 38,46 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

8) REGISTRESE, NOTIFIQUESE y oportunamente, **DEVUELVASE**.

Así lo voto.

<u>A LA SEGUNDA CUESTIÓN,</u> La Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe, dijo:

Conforme el sentido de mi voto, el pronunciamiento que corresponde dictar es el que propone el Dr. Heraldo E. Fiordelisi.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de julio de 2020

En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Puerto Madryn por mayoría pronuncia la siguiente:

S E N T E N C I A

1) **REVOCAR PARCIALMENTE** la sentencia recurrida en cuanto no admitió declarar la inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil Velezano, rechazó indemnizar el "daño moral" de Edad E. El H. y fijó la indemnización del "daño moral" de M. B. R. El H. en una suma insuficiente.
2) **DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD** del Art. 1078 del Código

Civil Velezano.

3) **ADMITIR** la indemnización por "daño moral" a favor de Edad E. El H. fijándola en la suma de **$ 57.600.-** con más los intereses fijados en la primera instancia calculados desde el día del evento dañoso hasta su

efectivo pago.

4) **ELEVAR** el monto indemnizatorio del "daño moral" de M. B. R. El H., fijándolo en la suma de **$ 76.750.-** con más los intereses fijados en la primera instancia calculados desde el día del evento dañoso hasta su efectivo pago.
5) **CONFIRMAR** la sentencia recurrida en todo lo demás que ha sido materia de agravios.

6): NO REALIZAR la adecuación de costas y honorarios de la primera instancia (art. 282 CPCC).

7) IMPONER LAS COSTAS DE LA ALZADA de la siguiente forma: **A) <u>Por el recurso interpuesto por la citada en garantía</u>:** se le imponen a la recurrente en su condición de vencida en el recurso que le fuera concedido (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de su letrado apoderado, Dr. C. R. Z., en el 25% de los que les correspondan por su labor en la primera

instancia y los de la Dra. G. T. C., apoderada y patrocinante de las actoras, en el 30% de los que les correspondan por su labor en la instancia originaria, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y más el IVA de así corresponder (arts. 5, 13, 38, 46 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

B) <u>Por el recurso interpuesto por la parte actora</u>: teniendo en cuenta el resultado que ha tenido el recurso, se imponen por su orden (art. 72 CPCC), regulándose los honorarios de la letrada apoderada y patrocinante de las recurrentes, Dra. G. T. C., en el 28 % de los que les correspondan por su labor en la instancia de origen, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y más el IVA de así

corresponder (arts. 5, 13, 38,46 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

8) REGISTRESE, NOTIFIQUESE y oportunamente, **DEVUELVASE**.

REGISTRADA BAJO EL N° /20. SDC.