--- En la ciudad de Trelew, a los 18 días de junio del año dos mil veintiuno, se reúne la Sala "A" de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia de la Dra. Natalia I. Spoturno y la presencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Marcelo F. Peral y de la Sra. Jueza de Cámara Dra. Florencia Cordón Ferrando, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"M., G. V. y Otra c/ PROVINCIA DEL CHUBUT s/ Daños y Perjuicios" (Expte. N° 351 - Año 2020 CAT)** venidos en apelación y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 732. Acto seguido se resolvió plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?, y SEGUNDA: ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?

--- **A LA PRIMERA CUESTIÓN**, la Dra. Natalia Isabel Spoturno dijo:

--- I. A fs. 677/693 el Juez de primera instancia dictó sentencia haciendo lugar a la demanda entablada por G. V. M. -quien comparece por su propio derecho y en representación de sus hijos menores M. A. A. V. M. y A.es O. V. M.- y E. A., en contra de la Provincia del Chubut. En consecuencia, condenó a abonar a cada uno de los nombrados, y en el término de diez días de consentida o ejecutoriada la sentencia, los importes que se determinarán en la oportunidad prevista por el art. 507 del CPCC conforme pautas dadas en el considerando V. Impuso las costas a la demandada y reguló los honorarios de los profesionales intervinientes.

--- Para resolver así entendió que el suicidio de A. G. V. mientras estaba detenido en estado de ebriedad y alojado en una celda de la comisaría segunda de Trelew fue responsabilidad del estado provincial.

--- Destacó que para que se configure el deber de reparar por parte del Estado, deben constatarse los siguientes elementos atributivos de responsabilidad civil: a) cumplimiento irregular de las funciones asignadas; b) que cause un daño durante su ejercicio por acción u omisión; y c) existencia de un factor de atribución.

--- Respecto del primer elemento afirmó que no merecía mayor análisis que el ya efectuado por la Subjefatura de la Policía de la Provincia del Chubut - División Asuntos Internos Rawson en el Sumario Administrativo N° 09/13, en virtud del cual se sancionó a los agentes policiales intervinientes por el incumplimiento de los recaudos que exigía la aprehensión de V. El sentenciante entendió que esta inobservancia sirve de suficiente sustento jurídico para que se configure la falta de servicio que obliga al Estado a responder por los daños causados en los términos del art. 1112 del Código Civil.

--- Agregó a continuación que dado que el daño producido fue la muerte de V. no correspondía extenderse sobre dicho tópico.

--- Por último, y respecto del nexo causal, refirió que el deceso de V. se produjo por ahorcamiento mediante el uso de una soga improvisada extraída del cotín del colchón

provisto por la prevención. Sostuvo que, si bien la Provincia invocó la culpa de la víctima como eximente de responsabilidad, lo cierto es que no probó que la conducta de V. fuera imprevisible e inevitable, propia del caso fortuito o de la fuerza mayor. Por el contrario, entendió que resultaba clara la incidencia que la falta de servicio del órgano administrativo tuvo en el fatal desenlace. Afirmó que V. no debió ser alojado en una celda; que, además, debió ser revisado por un médico y por último que los agentes policiales encargados de su custodia debieron vigilarlo cosa que, evidentemente, no hicieron. Concluyó entonces en que la irregularidad del servicio existió y que tuvo incidencia causal en el caso. En síntesis, y en punto a la responsabilidad del Estado Provincial sostuvo que "*configurada la falta al deber de seguridad del Estado al ingresar en una celda a una persona en el estado de conciencia en el que se encontraba, sin la correspondiente revisación médica, conteniendo dicho ámbito un elemento que podía resultar riesgoso para el alojado (colchón en las condiciones descriptas), y no probada la eximente del art. 1111 del Código Civil, se encuentran reunidos los presupuestos de la indemnización reclamada en autos (art. 1112, 1113 y concordantes del Código Civil)*".

--- Declarada la responsabilidad analizó los rubros indemnizatorios reclamados y resolvió: (i) Daño patrimonial: condenó a pagar, aplicando una fórmula matemática, a sus hijos la suma de $143.250,36 para A.es y $123.014,90 para su hermano M. También mandó pagar a su esposa por este rubro la suma de $164.984,63; (ii) Daño moral: condenó a pagar la suma de $250.000 para E. A. (abuela de A. G. V.), $250.000 para G. V. M. y $200.000 para cada uno de los hijos.

--- II. Tanto la actora como la demandada apelaron la sentencia mediante escritos digitales 1491135 y 150630 respectivamente. Concedidos los recursos y elevadas las actuaciones a esta Cámara de Apelaciones solamente la parte demandada sostuvo su recurso mediante presentación ID 202350. La actora respondió agravios mediante presentación ID 211134. El recurso de la parte actora fue declarado desierto por no haber expresado agravios mediante sentencia interlocutoria N° 02/2021.

--- La demandada expresó tres agravios contra la sentencia apelada: 1. En primer lugar se agravia porque el sentenciante, al determinar el monto de la indemnización, computó un período de 44 años (entre los 28 y los 72 años) cuando V., al momento del deceso, contaba con 29 años de edad, y no con 28 como con error se consigna en la sentencia apelada. También se agravia porque el juez tomó la edad de 72 años como límite temporal para el cálculo. Dice que la tabla de mortalidad utilizada no puede tener rígida aplicación en todos los casos y, menos aún, en este caso puesto que A. V. presentaba adicción al alcohol. Dice que, según parámetros de la OMS, la esperanza de vida en caso de consumo excesivo de alcohol ronda los 50 años de edad en los hombres. Solicita se revoque la sentencia y se

tomen los parámetros indicados. 2. En su segundo agravio cuestiona que se haya otorgado una indemnización en concepto de daño moral a la abuela de A. G. V. Entiende que esta decisión contradice el texto legal (art. 1078 CC). Afirma que solamente son herederos forzosos en los términos de la norma G. M. y sus hijos. Solicita se revoque la sentencia en cuanto otorga legitimación activa y por tanto indemnización a E. A. por la muerte de su nieto. 3. En su tercer agravio hace referencia a la insuficiencia probatoria acerca de la cuantía y extensión del daño moral en el caso de E. A. Refiere que solamente se basó en dos testimonios que, a su juicio, resultan insuficientes para tenerlo por acreditado y menos en la cuantía otorgada.

--- III. Daño patrimonial:

--- Como surge de la reseña efectuada anteriormente, la demandada solamente cuestiona la edad considerada por el sentenciante al aplicar la fórmula matemática escogida.

--- En cuanto a la primera observación, esto es que debió computarse la edad de 29 años que era la que tenía V. al momento de su fallecimiento, entiendo que asiste razón a la apelante. En efecto, tal como surge del certificado de defunción obrante en autos, V. contaba con 29 años cuando falleció y, consecuentemente, es esa la edad a considerar.

--- Por el contrario, la segunda observación respecto de la edad que debe computarse como expectativa de vida no puede ser tratada en esta instancia. Obsta a su tratamiento lo dispuesto por el art. 280 CPCC. Es que, ninguna de las alegaciones que hoy formula fue oportunamente introducida en la litis. De esta manera resulta evidente que la parte trae ante esta Alzada una nueva argumentación basada en que el fallecido A. V. era adicto al alcohol agregando que, consecuentemente, su esperanza de vida hubiera alcanzado como mucho los 50 años de edad. Resulta evidente que ese no fue un capítulo propuesto a la decisión del juez de primera instancia, por lo que la prohibición impuesta por el art. 280 del CPCC veda toda consideración e impide su tratamiento en esta instancia.

--- Por los fundamentos dados considero que la sentencia apelada debe ser revocada parcialmente, debiéndose computar la edad de 29 años como inicio del período para el cálculo de la indemnización por Daño Patrimonial manteniéndose en cambio la edad de 72 años como expectativa de vida en virtud de lo manifestado anteriormente.

--- De este modo, y a fin de determinar el monto de condena en concepto de daño patrimonial corresponde reemplazar por valores los conocidos símbolos algebraicos de la fórmula para el cálculo de la indemnización del siguiente modo:

(i) para M. A. A. V. M.: C = $21.450. [1- 1/(1+0,06) 19].1/0,06 = $239.341,60 / 2 = **$119.670,80**;

(ii) para A.es O. V. M., como señaló el sentenciante los períodos computables serán 20, pero durante 19, el monto que le corresponderá resulta igual al de su hermano ($119.670,80) al que se le adicionará el monto resultante del siguiente cálculo para el año restante: C = $21.450. [1- 1/(1+0,06) 1].1/0,06 = $20.235,85, reconociéndole en definitiva la suma total de **$139.906,65**;

(iii) para G. V. M. se debe aplicar la siguiente fórmula: C = $10.725. [1- 1/(1+0,06) 43].1/0,06 = **$164.158,70**.

--- Consecuentemente, en virtud de lo antes expuesto propongo al acuerdo reducir el monto de condena del rubro daño patrimonial en las sumas señaladas.

--- IV. Daño moral:

--- Tal como surge de la reseña de los agravios efectuada anteriormente, la demandada solamente cuestiona este rubro respecto de la Sra. E. A., abuela del fallecido. Consecuentemente arriba firme a esta estancia tanto la procedencia como el monto otorgado por este concepto a G. V. M., M. A. A. V. M. y A.es O. V. M.

--- IV. 1. Legitimación activa de E. A. para reclamar el daño moral:

--- La demandada se agravia porque se reconoció indemnización por daño moral a la Sra. E. A., abuela del fallecido A. V. Funda su agravio en el art. 1078 del Código de Vélez y cita precedentes jurisprudenciales que limitan la legitimación del reclamo solamente a los herederos forzosos de la víctima.

--- La cuestión de la legitimación activa de E. A. para reclamar daño moral por el fallecimiento de su nieto no fue oportunamente introducida en la litis. Sin perjuicio de ello, y dado que el juez de primera instancia trató de oficio la legitimación activa dando de este modo pie al agravio de la parte demandada, es que me referiré a dicho punto.

--- Esta cuestión ya fue resuelta por esta Sala en las SDC N° 2/2016 y N° 12/16 entre otras. En aquellas sentencias se optó por la corriente de interpretación amplia seguida en este caso por el juez de la instancia anterior. Para hacerlo se tuvo especialmente en cuenta la jurisprudencia imperante, en especial la de la CSJN (caso “Badín”, JA, 1998-I-224), así como también la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. En efecto, y como se sostuvo en los precedentes citados, el art. 1741 del CCyC debe tomarse como pauta de interpretación de la norma anterior.

--- Por otra parte, y en cuanto a la jurisprudencia en nuestra Provincia, la Sala B de esta Cámara de Apelaciones también participa de la interpretación amplia (ver, entre otros, SDC 9/2011 en que se admitió la legitimación activa de los abuelos paternos para reclamar daño moral por el fallecimiento de su nieto); inclinándose también por la tesis interpretativa amplia la Cámara de Apelaciones de Puerto Madryn (SDC 40/2018), la Sala A de la Cámara

de Apelaciones de Comodoro Rivadavia (SDC 26/2016), la Sala B del mismo cuerpo (SDC 9/2013) y la Cámara de Apelaciones de Esquel (SDC 4/2017).

--- Participo, como sostuve en la SDC 12/2016, de la corriente de interpretación amplia por lo que entiendo que la Sra. E. A. se encuentra plenamente legitimada en la presente para reclamar el daño moral por la muerte de su nieto.

--- IV. 2. Insuficiencia probatoria acerca de la cuantía y extensión del Daño Moral:

--- Sentado lo anterior y admitida la legitimación activa de E. A., corresponde analizar el segundo agravio expresado por la demandada al respecto. La demandada sostiene que el *a quo* otorgó a favor de la Sra. E. A. una elevada suma por daño moral, argumentando que solo se valió de las declaraciones de dos testigos, lo que a su entender resulta insuficiente para tenerlo por acreditado y menos aún el monto reconocido. Agrega que no se produjo prueba pericial psicológica que pueda dar cuenta, con fundamento científico, de la magnitud del daño moral como para poder fijar un monto indemnizatorio con algún sustento lógico.

--- En el marco del agravio, y analizadas detenidamente las constancias de la causa, encuentro suficientemente acreditado el daño extrapatrimonial reclamado por E. A. En efecto, y en punto a su prueba, encuentro relevante la declaración de M. J. M. (fs. 570) que afirmó haber conocido a A. V. "*en la casa de la abuela cuando se vino a vivir que era muy chiquito*" agregando a continuación que A. tenía más o menos un año de edad (respuesta a la pregunta 2°). Luego refirió que su abuela lo estaba criando porque su mamá se lo había dejado (respuesta a la pregunta 3°) y por último preguntada sobre cómo impactó la muerte de A. V. en la Sra. E. A. dijo "*muy mal, muy triste obvio, ella lo había criado, muy triste era su nieto*" (respuesta a la pregunta 4°). También considero relevante la declaración testimonial de E. G. A. (fs. 573) que sostuvo, de manera coincidente con lo declarado por M., que E. A., abuela de A. G. V., fue quien lo crió "*desde que yo tengo noción, tenía a su madre igual pero siempre lo crió su abuela E. A.*" (respuesta a la pregunta 3°). Este testigo, en la respuesta a la pregunta anterior, afirmó conocer a A. V. desde los 4/5 años, que fueron criados juntos, vecinos y compañeros de toda la vida. Luego, preguntado respecto de la relación entre A. G. V. y su abuela refirió "*siempre buena, ella lo ayudó en todo lo que pudo, lo mandó al colegio, lo apoyó en todo su abuela*" (respuesta a la pregunta 4°). Finalmente, encuentro también relevante la declaración testimonial de N. A. V. (fs. 574) que afirmó que A. V. fue criado por su abuela porque su mamá lo dejó con ella (respuesta a la pregunta 3°) y agregó luego, "*muy mal, le arrebataron al nieto"* (respuesta a la pregunta 4°).

--- En mi opinión, coincidente con lo resuelto en la instancia anterior, el daño extrapatrimonial sufrido por E. A. se encuentra suficientemente probado. Por ello,

corresponde determinar si el monto fijado es adecuado para resarcir el daño extrapatrimonial sufrido Por E. A. o si, por el contrario, aquél resulta excesivo como señala la apelante.

--- En cuanto a su valuación debe recordarse lo señalado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el sentido que: "*El dolor humano es apreciable y la tarea del juez es realizar la justicia humana; no se trata de una especulación ilícita con los sentimientos sino de darle a la víctima la posibilidad de procurarse satisfacciones equivalentes a lo que ha perdido. 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. En este orden de ideas el dinero es un medio de obtener satisfacción, goces y distracciones para restablecer 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, 12/04/2011, "Baeza, Silvia O. c. Provincia de Buenos Aires y otros s/ Daños y Perjuicios"; Fallos: 334:376).

--- Por otra parte, cabe recordar que una vez que se ha acreditado que existe el daño -como ocurre en esta causa- , "*la sentencia fijará el importe del crédito o de los perjuicios reclamados, siempre que su existencia esté legalmente comprobada, aunque no resultare justificado su monto*" (art. 167, 3er. párrafo CPCC). Es por ello que en el caso del daño moral solamente se requiere la prueba de su existencia -surgiendo en algunos casos *in re ipsa* como resolvió el juez de grado- no resultando necesario que el monto resulte justificado. La norma procesal habilita a la persona llamada a decidir a fijar su importe teniendo en consideración las circunstancias del caso.

--- En virtud de lo expuesto, y como ocurre siempre que debe estimarse el resarcimiento por daño moral, determinada su existencia aparece el problema de su cuantificación. Matilde Zavala de González en un conocido artículo de doctrina estableció algunas pautas para determinarlo. Sostuvo, entre otras, que el resarcimiento debe ser "justo, aunque no integral" puesto que la reparación "integral" del daño moral es un mito o ilusión: tanto desde la perspectiva del daño mismo, porque es imposible restituir la situación al estado anterior a la lesión, como desde la perspectiva de la indemnización, ya que el monto que se fije no puede representar ni traducir el perjuicio. Sostuvo también que la indemnización debe ser "suficiente y posible" agregando que desde el punto de la víctima la indemnización debe

ser suficiente, esto es “compensatoria”, para que cumpla con su función satisfactiva, por lo que son desechables las condenas al pago de sumas simbólicas. Atendiendo al responsable, el monto fijado debe ser posible, descartando excesos que no condicen con nuestra realidad económica, además de que generan un enriquecimiento sin causa (ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilda, “Cuánto por daño moral”, publicado en LA LEY 1998-E, 1057. Cita Online: AR/DOC/19634/2001).

--- En mi opinión, los hechos que dieron lugar a la presente causa, así como también sus consecuencias generaron en la Sra. E. A. un daño extrapatrimonial que debe resarcirse. Y en modo alguno puede desestimarse el rubro por resultar difícil su cuantificación. El daño moral, tal como señaló la Corte en el precedente antes citado “*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”.* Es justamente por esta razón que no es posible valorarlo con “fundamento científico” sino que se debe estimar teniendo en consideración las circunstancias obrantes en la causa.

--- En síntesis, en virtud de lo expuesto, considero la suma fijada en el grado por este rubro resulta razonable por lo que propiciaré su confirmación.

--- V. Conclusión:

--- Por los fundamentos dados considero que la sentencia apelada debe ser revocada parcialmente, debiéndose computar la edad de 29 años como inicio del período para el cálculo de la indemnización por Daño Patrimonial. Consecuentemente, y ajustada la fórmula a este nuevo valor conforme cálculos efectuados en el considerando respectivo, las indemnizaciones correspondientes a cada reclamante en concepto de daño patrimonial son las siguientes: (i) M. A. A. V. M.: $119.670,80; (ii) A.es O. V. M.: $139.906,65; (iii) G. V. M.: $164.158,70. Por el contrario, y en virtud de los fundamentos dados, propongo al acuerdo confirmar en todas sus partes la decisión tomada en el grado respecto del daño moral de E. A.

--- En virtud de lo expuesto, la decisión tomada deberá reflejarse en la oportunidad prevista por el art. 507 del CPCC.

--- La decisión que se toma implica solamente reducir el monto de uno de los rubros que prosperó en demanda, no alterándose la calidad de vencedores y vencidos determinados en la sentencia de grado, por lo que no corresponde readecuar costas y honorarios (art. 282 CPCC). Así lo propongo al acuerdo.

--- En atención al resultado del recurso, las costas de esta instancia deberán imponerse en un 90% a la demandada y en el 10% restante por su orden (art. 72 del CPCC). Ello por cuanto solo prospera en forma parcial la apelación de la Provincia del Chubut y porque, además, la modificación se debió a un error cometido por el sentenciante y reconocido expresamente por la actora al contestar agravios. Por ello y dado que nuestro sistema ritual no autoriza a imponerlas al magistrado que incurrió en error, supuesto no previsto por el legislador procesal provincial (confr. C.S.N., E. D. 97-350; Palacio, opus cit., III393, nota 86; Morello, "Las costas al juez", E. D. 143-289; esta Sala c. 229/10 S.D.L. 27/10, c. 72/11 S.D.C.A. 1/12), propongo que se imponga el 10% en el orden causado.

--- Por último, propongo, en atención a la calidad y resultado de los trabajos profesionales cumplidos en esta instancia, que los honorarios de la Dra. M. C. P. y el Dr. E. R. H. se regulen, en conjunto, en el 6,48% y los del Dr. D. F. R., en el 3,85%, en todos los casos calculados sobre el monto del proceso (arts. 5, 6, 7, 8, 9, 13, 18 y 46 de la ley XIII Nº4).

--- Por los fundamentos expuestos, me pronuncio en la primera cuestión PARCIALMENTE POR LA NEGATIVA.

--- **A LA PRIMERA CUESTIÓN**, la Dra. Florencia Cordón Ferrando expresó:

--- I. Atendiendo a la claridad de la reseña efectuada por la Magistrada preopinante, tanto de la sentencia de origen como de los agravios deducidos por la Provincia demandada (ID 202350), me remito a la misma en honor a la brevedad, adentrándome directamente al tratamiento de los agravios.

--- Para ello me referiré, en primer lugar, al daño patrimonial que viene cuestionado, luego atenderé al agravio relativo a la legitimación activa de la abuela para reclamar por daño moral y, por último, al agravio referido a la insuficiencia probatoria acerca de la cuantía y extensión del daño moral reconocido a esta última.

--- II. a) Daño patrimonial por el fallecimiento de A. G. V.:

--- La demandada formula dos quejas. En primer lugar, manifiesta que hubo un error en la edad de la víctima tomada por el Juez de grado al aplicar la fórmula matemática escogida para el cálculo del "daño patrimonial-valor vida", ya que el Sr. V. tenía 29 años de edad al momento del hecho y no 28 como se consignó.

--- Acuerdo con la doctora Spoturno en que corresponde hacer lugar a esta porción del agravio, toda vez que del certificado de defunción agregado a los presentes surge con claridad que A. G. V. falleció a la edad de 29 años.

--- En ese mismo agravio, la demandada sostiene que no debe tomarse la edad de 72 años como límite temporal del cálculo, alegando que V. presentaba una adicción al alcohol, por lo que su esperanza de vida, según la OMS, no supera los 50 años de edad en los hombres.

--- Tal como lo advirtió la Magistrada preopinante, se halla vedado a esta alzada dar tratamiento a esta porción del agravio, en virtud del respeto de la congruencia procesal, por tratarse de un capítulo no propuesto a la decisión del juez de primera instancia (conf. arts. 274 y 280 del ritual).

--- Los artículos 274 y 280 del CPCC consagran el principio de congruencia o correspondencia en relación a la segunda instancia, limitando en este caso en forma doble el poder decisorio del Tribunal de alzada, tanto en relación a las cuestiones no sometidas al juez de primera instancia como a cuestiones ajenas vertidas en los agravios contra la sentencia y sus contestaciones. Podríamos decir, junto a Morello, que la directriz es más amplia y definitiva en primera instancia y se angosta en la alzada (Augusto M. Morello. "La eficacia del proceso"; cap. 32: "El principio de congruencia en primera y segunda instancias". Ed. Hammurabi, 2da. ed. ampliada. Buenos Aires, 2001, pág. 367).

--- Toda vez que la demandada en su contestación no formuló ningún planteo respecto a la esperanza de vida del Sr. V. en función de sus condiciones personales, pese a que en la demanda se peticionó expresamente se considere 72 años como edad probable de vida en nuestra provincia de una persona de sexo masculino (ver h. 84 vta.), el cuestionamiento en esta instancia resulta extemporáneo.

--- Por lo expuesto, acompaño la propuesta de la Dra. Spoturno de modificar el período considerado para el cálculo de la indemnización por daño patrimonial tomando como inicio la edad de 29 años, sin modificar la edad estimada como expectativa de vida.

--- En consecuencia, corresponde reducir el monto reconocido a favor de cada uno de los actores, los que, de acuerdo al cálculo efectuado en el voto anterior, quedan determinados de la siguiente forma: a) para M. A. A. V. M.: $119.670,80; b) para A.es O. V. M.: $139.906,65; y c) para G. V. M.: $164.158,70.

--- II b) Legitimación activa de la abuela para reclamar daño moral:

--- Sostiene la demandada que la Sra. E. A., abuela del Sr. A. V., carece de legitimación para reclamar la indemnización por daño moral, en virtud de lo dispuesto por el art. 1078 del Cód. Civ., vigente a la fecha en que ocurrió el evento dañoso, que restringe la legitimación a los herederos forzosos.

--- El sentenciante, con fundamento en doctrina sentada por la CSJN, interpretó que los abuelos de las personas fallecidas también se encuentran legitimados para reclamar la indemnización, toda vez que la expresión "herederos forzosos" del art. 1078 del C. Civil se refiere a todos aquellos que son legitimarios con vocación eventual, aunque de hecho pudieran quedar desplazados de la sucesión, por la concurrencia de otros herederos de mejor grado.

--- Lo primero que debo advertir es que la recurrente no opuso oportunamente la excepción de falta de legitimación activa de la abuela para reclamar, motivo por el cual la consintió, lo que invalida la queja en esta instancia, por extemporánea.

--- Ahora bien, ello no es óbice para que se examine de oficio, en tanto la legitimación tanto activa como pasiva- no es una cuestión que pueda quedar en manos de las partes ni diferida exclusivamente a las alegaciones que ellas puedan o no hacer, sino que es el juez quien tiene el deber insoslayable de velar, antes de pronunciarse sobre el fondo del reclamo, que se encuentre debidamente determinada y presente en la litis (del voto del Dr. Vivas en SDCA N° 16/2018, STJ).

--- Así, se ha dicho: "Aun cuando no haya sido controvertida la legitimación de las partes, o sea, que no se haya hecho valer la defensa prevista en el inc. 3 del art. 347 del Cod. Procesal, ello no es óbice para que el órgano jurisdiccional examine la concurrencia de los requisitos intrínsecos de la pretensión sustancial deducida" (CNCiv., Sala A, 26/3/02, elDial-AE18EE).-

--- En dicha dirección debo decir que concuerdo con la interpretación amplia de "heredero forzoso" expresada por el sentenciante, ya que es la que ha prevalecido en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del caso "Frida de Gómez Orue c. Pcia. de Buenos Aires", del 9/12/1993 (Fallos, 316:1462) y posteriormente en "Badín Rubén y ots. c. Pcia. de Buenos Aires", del 7/8/97 y también triunfó en el plenario de la Cámara Civil Nacional, del 28/2/1994, "Ruiz Nicanor c. Russo Pascual" (La Ley, 1994-E, 484, JA, 1994-II-678 y ED, 157-594).

--- Es también la postura adoptada por la Suprema Corte Bonaerense, a partir de la causa "Ojeda, Mirta Yolanda c. Pcia. de Buenos Aires (Servicio Penitenciario) s/daños y perjuicios", del 1/4/2004 (ID SAIJ: FA04010107) y ha sido seguida mayormente por las Cámaras de Apelaciones de nuestra Provincia, conforme lo reseñó la doctora Spoturno.

--- La postura amplia se basa en que quienes titularizan la acción no son exclusivamente los herederos de grado preferente de acuerdo al orden sucesorio, es decir, que herederos forzosos son no sólo quienes tenían concreta legitimación en el momento de la muerte de la víctima, según las normas del derecho sucesorio, sino también los legitimarios potenciales, como puede ser el caso de los padres por la muerte de sus hijos, casados y con descendencia o, como ocurre en autos, el caso de la abuela. Ello es así ya que no se está en presencia de una cuestión de herencia sino de una reparación de perjuicios**.**

--- Conforme se indicó en voto impersonal del Plenario de la CNCiv. antes citado: *"El art. 1078, al hablar lacónicamente de herederos forzosos, utiliza una forma para individualizar genéricamente a un grupo de legitimados, pero guardó silencio acerca de una posible preferencia de acuerdo al orden sucesorio"*.

--- Por último, con la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial se ha puesto fin a toda discusión, en tanto el actual art. 1741 eliminó la referencia al "heredero forzoso" y legitima a título personal para reclamar el daño extrapatrimonial a los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con la víctima recibiendo trato familiar ostensible. Si bien es cierto que dicha norma no resulta aplicable al caso atento la fecha del evento dañoso, su poder axial interpretativo de las disposiciones del anterior código resulta indudable, en tanto se trata de la voluntad del legislador actual.

--- Consecuentemente cabe concluir que la abuela se encuentra legitimada activamente para reclamar por el daño moral por la muerte de su nieto como acertadamente lo resolvió el juez de la anterior instancia.

--- II c) Cuantía y extensión del daño moral reconocido a E. A.

--- La Provincia cuestiona en su tercer agravio la valoración probatoria para tener por acreditada la cuantía y extensión del daño moral otorgado a favor de la Sra. E. A., alegando que el sentenciante fundó la magnitud de los daños en dos declaraciones testimoniales irrelevantes (las de hojas 570/vta. y 574 vta.). Agrega que no se ha producido prueba pericial psicológica que pueda dar cuenta, con rigor científico, de la magnitud del daño moral. Considera absurdo que con dicha prueba se arribe a la friolera suma de $ 250.000.

--- En la sentencia apelada se dijo que el daño moral en este tipo de casos es de los denominados "in re ipsa", es decir, se trata de un daño presumido, incluso -en lo que aquí importa- para el caso de la abuela, para quien se sostuvo que "es claramente elocuente que la pérdida trágica y repentina de su nieto importó un hondo pesar" (ver sent., h. 690).

--- Con relación a la extensión del daño, el juez analizó las pautas aplicables en relación a todos los beneficiarios en forma conjunta. Para ello recurrió a la prudencia judicial y tuvo en cuenta en forma particular los testimonios de hs. 570/vta. y 574 vta. y las constancias obrantes en el beneficio de litigar sin gastos que corre por cuerda. Asimismo, invocó las diez reglas enunciadas por Mosset Iturraspe, considerando de relevancia en este caso la "gravedad del daño" (regla 6); las peculiaridades de la víctima (regla 7); la armonización de las reparaciones en casos semejantes (regla 8) y la posibilidad de pago dentro del contexto económico del país y el general "standard" de vida (regla 10).

--- Frente a ello, el agravio de la recurrente aparece como un mero disenso, por cuanto estando reconocida la existencia del daño –como ocurre en el caso- es deber del juez la determinación de su importe (conf. art. 167 CPCC, último párrafo).

--- Esta Sala ha dicho en reiteradas oportunidades que tenidos por acreditados tanto los daños como la necesidad de su reparación, la estimación respectiva, a falta de prueba directa y fehaciente, debe efectuarse por el juez echando mano de la facultad judicial que se

desprende del art. 167 del CPCC, es decir, fijando el importe aunque no resulte justificado su monto (conf. esta Sala, SDC N° 02/2016, SDC N° 02/2017; CACR, Sala B, SDC N° 30/2015; Zavala de González, Matilde, "Resarcimiento de daños", Editorial Hammurabi, 1996, T. 1, par. 6, acápite c.2., y par. 7, inciso a, págs. 33 y 36; Falcón, Enrique M., "Código Procesal ...", Abeledo Perrot, 1984, T. II, par. 165.9.4, pág. 160; Zannoni, "El daño en la responsabilidad civil", 2da. ed., pág. 241; S.C.B.A., D.J.B.A. 116-399, 118-309, 122-349, 123-408; Fenochietto, E., "Cód. Proc…", t.1, pág. 617, ed. Astrea-99. Belluscio "Cód.Civ…", ed. Astrea, pág. 705).

--- En la misma dirección se ha sostenido que si el crédito de que se trate está comprobado, el juez puede y debe, aunque no medie prueba directa, establecer su cuantía (conf. Elena I Higthon y Beatriz A. Areán (Dir.), en "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Concordado con los códigos provinciales. Análisis doctrinal y jurisprudencial, T. 3, ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2005, T. 3 pág. 503 y sus citas).

--- Es que, de lo contrario, se estaría vulnerando el principio de reparación plena (conf. art. 1740 del CCCN), el cual se erige como un arbitrio interpretativo de jerarquía constitucional al que se acude para fundamentar la determinación del daño, por un lado, y su cuantificación por el otro; con limites en la razonabilidad y la discrecionalidad (conf. STJCH N°01/SROE/2013; CAPM, SDC N° 17/2017; CAPM, SDC N° 13/2015; SCBA, L.43458, S.15/5/90 AyS.1990- II-119 y L.33545, S.31/8/84. AyS.1984-I, 612).

--- Ello sentado, cabe señalar que la apelante circunscribe su queja a la falta de fundamentación y orfandad probatoria respecto al monto reconocido por daño moral a la abuela, pero no lo impugna por alto ni pide su reducción y menos aún da algún argumento o parámetro para considerarlo inadecuado.

--- Por lo expuesto no cabe, a mi juicio, sustituir la estimación formulada por el Magistrado de Primera Instancia por otra que esta Alzada puede considerar más o menos adecuada, ya que no sólo no lo habilita el agravio, sino también porque el cometido de los jueces de segunda instancia reside en enmendar los errores demostradamente cometidos en la sentencia en revisión y no sustituir el parecer vertido en ella (CNCom., Sala D, 28/11/95, Lexis, n° 11/25244).

--- Sin perjuicio de que lo dicho basta para rechazar el agravio, debo añadir que hallo prudente y razonable el monto reconocido en concepto de daño moral a favor de la abuela ($250.000).

--- No cabe ninguna duda alguna que el fallecimiento abrupto e intempestivo del señor A. G. V. significó desde la órbita personal de cada uno de los actores, incluida la Sra. E. A., uno de los más profundos e impactantes sufrimientos emocionales y espirituales que puede padecer una persona, no existiendo en verdad suma alguna que pueda compensarlo.

--- En la especie, el Magistrado de grado ponderó todas esas particularidades y de las diez reglas para la cuantificación del daño moral que enseña Mosset Iturraspe, señaló cuales consideraba relevantes para este caso, con razonable y suficiente sustento.

--- El monto establecido, además, se adecúa al quantum fijado por esta Sala en precedentes en los cuales se ha debido fijar el daño extrapatrimonial por muerte de la víctima, ponderando que aquí se reclama por el fallecimiento del Sr. A., su edad y el vínculo de la reclamante (vgr. SDC Nros. 34/2017 y SD 22/2019).

--- Por lo expuesto, coincido con mi colega prevotante en que el monto de daño moral determinado por el sentenciante a favor de la abuela, en ejercicio de la facultad judicial consagrada en el art. 167 CPCC, resulta fundado y razonable, mereciendo ser confirmado.

--- III. Conclusión: Por todo lo expuesto, acuerdo con la Dra. Spoturno en que corresponde revocar parcialmente la sentencia de grado únicamente en lo que hace al cómputo de la edad para el cálculo de la indemnización por Daño Patrimonial, estableciéndose los siguientes montos: (i) $119.670, 80 para M. A. A. V. M.; (ii) 139.906,65 para A.es O. V. M.; y (iii) $164.158,70 para G. V. M., confirmándose en todo lo demás que fuera motivo de apelación.

--- Asimismo, coincido en que no resulta necesario readecuar la imposición de costas de la anterior instancia (art. 282 del CPCC) por cuanto la presente sólo modifica uno de los rubros reconocidos en la sentencia de grado. También concuerdo en que los honorarios fijados para dicha instancia no deben modificarse (arts. 5, 6, 8, 13, 18 y 46 de la ley XIII- N° 4).

--- Acuerdo en que corresponde imponer las costas de esta alzada en un 90% a la accionada y el 10% restante sean impuestas por su orden, por cuanto la sentencia es revocada parcialmente y sólo como consecuencia de un error incurrido por el Magistrado de grado (art. 72 del CPCC).

--- Finalmente, concuerdo con la propuesta regulatoria formulada para los letrados intervinientes por las labores de la alzada (arts. 5, 6, 7, 8, 9, 13, 18 y 46 de la Ley XII N° 4).

--- Me expido aquí entonces PARCIALMENTE POR LA NEGATIVA.

--- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, la Dra. Spoturno expresó:

--- Visto el acuerdo alcanzado corresponde:

--- A) REVOCAR PARCIALMENTE-- la sentencia de primera instancia, condenando a pagar a cada uno de los actores por daño patrimonial las siguientes sumas: (i) M. A. A. V. M.: $119.670,80; (ii) A.es O. V. M.: $139.906,65 y (iii) G. V. M.: $164.158,70.

--- B) CONFIRMAR la sentencia apelada en todo lo demás que fuera materia de agravio.

--- C) IMPONER las costas de alzada en un 90% a la demandada y en el 10% restante por su orden.

--- D) REGULAR los honorarios de la Dra. M. C. P. y el Dr. E. R. H., en conjunto, en el 6,48% y los del Dr. D. F. R., en el 3,85%, en todos los casos calculados sobre el monto del proceso.

--- Tal mi voto.

--- **A LA SEGUNDA CUESTION,** la Dra. Florencia Cordón Ferrando expuso:

--- Visto el acuerdo alcanzado al tratar las cuestiones precedentes, el pronunciamiento que corresponde dictar es el propiciado por la Dra. Natalia I. Spoturno, en tanto refleja fielmente el Acuerdo alcanzado. Tal mi voto.

--- Con lo que se dio por terminado el Acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal, por haberse logrado la mayoría (Art. 274 C.P.C.C.).

--- Trelew, 18 de junio de 2021.

--- En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede, la Sala "A" de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Trelew; pronuncia la siguiente:

S E N T E N C I A:

--- REVOCAR PARCIALMENTE-- la sentencia de primera instancia, condenando a pagar a cada uno de los actores por daño patrimonial las siguientes sumas: (i) M. A. A. V. M.: $119.670,80; (ii) A.es O. V. M.: $139.906,65 y (iii) G. V. M.: $164.158,70.

--- CONFIRMAR la sentencia apelada en todo lo demás que fuera materia de agravio.

--- IMPONER las costas de alzada en un 90% a la demandada y en el 10% restante por su orden.

--- REGULAR los honorarios de la Dra. M. C. P. y el Dr. E. R. H., en conjunto, en el 6,48% y los del Dr. D. F. R., en el 3,85%, en todos los casos calculados sobre el monto del proceso.

--- Regístrese, notifíquese y devuélvase.

FLORENCIA CORDÓN FERRANDO

JUEZA DE CÁMARA

NATALIA I. SPOTURNO

PRESIDENTE

--- REGISTRADA BAJO EL N° ____16____ DE 2021 - SDC - CONSTE.

GUILLERMO N. WALTER

SECRETARIO DE CÁMARA