

Nro de Orden:

Libro: S-197

Juzgado de origen: Juzg Civ y Com N° 5

Expte: SI-116050

Juicio: **CORSICO CLAUDIA Y OTS. C/ ROSSI GRACIANO DARIO Y OT. S/ ··DAÑOS Y PERJUICIOS**

En la ciudad de Mercedes, Provincia de Buenos Aires, a los 20 días del mes de Abril de 2017, se reúnen en Acuerdo Ordinario los señores Jueces de la Sala I de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial Mercedes de la Pcia. de Buenos Aires, Dres. **EMILIO ARMANDO IBARLUCIA Y LAURA INES ORLANDO**, con la presencia de la Secretaria actuante, para dictar sentencia en el Expte. N° **SI-116050** , en los autos: **“CORSICO CLAUDIA Y OTS. C/ ROSSI GRACIANO DARIO Y OT. S/ ··DAÑOS Y PERJUICIOS”.-**

La Cámara resolvió votar las siguientes cuestiones esenciales de acuerdo con los arts. 168 de la Constitución Provincial y 266 del C.P.C.-

1ª.) ¿Es justa la sentencia apelada?

2ª.) ¿Que pronunciamiento corresponde dictar?

Practicado el sorteo de ley dio el siguiente resultado para la votación: Dres. Emilio A. Ibarlucía y Laura I. Orlando.-

VOTACION

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA, el señor juez Dr. Emilio A. Ibarlucía dijo:

I.- La sentencia de fs. 394/406 es apelada por la parte actora, que expresa agravios a fs. 430/31 y por la demandada Transportes Atlántida S.A.C., que lo hace a fs. 432/38, siendo estos últimos contestados a fs. 440/42.

II.- 1.- Claudia Lorena Córscico, por si y en representación de sus hijos menores Lucas Ezequiel y Franco Mazzini, y Fernanda Beatriz Muratore, por si y en representación de sus hijos menores Ricardo Emmanuel y Bianca Jazmín Mazzini, y Fernanda Giselle Mazzini por derecho propio, demandaron a Darío Rossi y Transportes Atlántida S.A. por indemnización de los daños y perjuicios sufridos por el fallecimiento de Ricardo Oscar Mazzini en el accidente de tránsito ocurrido el día 23/07/05.

Dijeron que el día señalado a eso de las 7.45 hs. Ricardo Oscar Mazzini circulaba como pasajero del remís Renault 21 conducido por el demandado Rossi por la ruta provincial n° 39 en dirección Este-Oeste, cuando al llegar al km. 2.5, a raíz de que sobre la cinta asfáltica, ocupando el carril de circulación, se detuvo un colectivo de la empresa codemandada, Rossi, no pudiendo detener el vehículo, se vio obligado a girar bruscamente a la izquierda invadiendo el carril de contramano, momento en el cual embistió a la camioneta Ford F 100, conducida por Hugo Lucero, que circulaba en sentido contrario. A raíz del hecho Mazzini sufrió importantes lesiones que derivaron en su muerte el 28/07/05 y se instruyó una causa penal.

Expresaron que, si bien en esta causa tuvieron como imputados a los conductores del Renault 21 y de la camioneta, era evidente que no era ajeno a la producción del hecho el conductor del colectivo que, al detenerse antirreglamentariamente sobre la cinta asfáltica, originó la maniobra desesperada de Rossi. Señalaron que, según los testimonios de la causa penal, el colectivo se detuvo sobre la cinta asfáltica, creando una situación de peligro en violación del art. 56 inc. 3° y 59 inc. 7° de la ley 11.430, lo que se agravaba si se tenía en cuenta que en el lugar de detención existía un playón asfaltado sobre la banquina.

Reclamaron indemnización por “valor vida”, daño moral y daño psicológico.

2.- Contestó la acción Transportes Atlántida S.A.C. negando la versión de los hechos expuestos. Adujo que el accidente se produjo exclusivamente por la invasión del Renault 21 al carril de circulación de la camioneta Ford, y que no hubo intervención ni contacto físico, ni maniobra intempestiva de su parte, que hubiera sido agente causal del accidente. Dijo que no había relación de causalidad alguna entre el daño denunciado y el colectivo.

Impugró la procedencia y cuantía de los rubros resarcitorios reclamados.

3.- Graciano Darío Rossi contestó la demanda, y dijo que efectivamente el hecho se había producido como lo señalaba el actor: un colectivo de Atlántida detuvo su marcha en el km. 2.5 de la ruta 39, ocupando la totalidad del carril de circulación, obligándolo a intentar detener el vehículo, lo que fue imposible por lo imprevisto de la detención, y derivó en el choque frontal con la camioneta. Por tal razón negó responsabilidad en el hecho.

4.- Abiertos los autos a prueba y producida la misma, se dictó sentencia.

En relación a la responsabilidad, luego de señalar que era indudable la del conductor del Renault 21 por aplicación del art. 1113 del C.C., dijo que había exención parcial de la misma en tanto estaba acreditado que el colectivo estaba efectivamente sobre la cinta asfáltica de la ruta 39, altura km. 2.5, desplazándose a mínima velocidad dado que retomó su avance luego del descenso de un pasajero frente a la fábrica allí situada, en franca violación de las previsiones del art. 82 inc. 1° de la ley 11.430 vigente al momento del hecho. Valorando el cuadro total del hecho, atribuyó a Rossi el 80 por ciento de responsabilidad y a la empresa de transporte el 20 por ciento, debiendo los demandados soportar el pago de la indemnización en esa proporción.

Fijó los montos resarcitorios, con más intereses a la tasa pasiva digital publicada en www.scba.com.ar desde la fecha del hecho hasta la sentencia de Cámara y desde esta fecha hasta el efectivo pago a la tasa activa para las restantes operaciones suministrada por la S.C.B.A.

III.- 1.- La parte actora se agravia de que la sentencia no condene a ambos demandados al pago de la indemnización en forma solidaria con sustento en los arts. 1081 y 1109 del C.C., citando jurisprudencia al respecto.

2.- La demandada Transportes Atlántida S.A.C. se agravia de la condena impuesta. Sostiene que ninguna responsabilidad tuvo en el hecho, toda vez que no se probó que el colectivo se hubiera detenido sobre la cinta asfáltica.

Se agravia también de los montos fijados por daño patrimonial, daño moral y de la tasa de interés establecida.

IV.- 1.- Responsabilidad.

Por razones de orden lógico abordaré primero los agravios de la demandada en relación a la responsabilidad.

Es claro que, en la medida que el vehículo en el que iba el actor ni siquiera tocó al colectivo, no puede presumirse la relación de causalidad entre la muerte del sr. Mazzini y la existencia o circulación de este último sobre la ruta. El choque se produjo sobre el carril en que circulaba la camioneta sin rozar al colectivo (que siguió su marcha). La prueba acerca de esa relación causal estaba en cabeza de la actora (art. 375 C.P.C.).

Ciertamente si, como dijo la actora en la demanda y el demandado Rossi en su defensa, el colectivo se detuvo imprevistamente sobre la cinta asfáltica obstruyendo su carril de circulación (por el que arribó el remís), le cabría una cuota de responsabilidad (art. 82 inc. 2 ley 11,430, t.o. decr. 690/03, vigente al momento del hecho). Según el juez en el momento de la colisión, el colectivo no estaba totalmente parado, sino desplazándose sobre la cinta asfáltica

a mínima velocidad dado que estaba retomando la marcha luego del descenso de un pasajero, lo que hace a la empresa parcialmente responsable por aplicación del art. 82 inc. 1 de la misma ley.

Llega a esta conclusión sobre la base de los testimonios de Claudio Grecco y de Alejandro Ortiz.

Respecto del primero, en el acta de fs.1/2 de la I.P.P. los instructores dieron cuenta de que les dijo que había tomado el colectivo en Capilla del Señor a las 7.30 hs. y al descender escuchó un fuerte golpe causado por dos vehículos al chocar, que no recordaba exactamente dónde había parado el micro, si sobre la ruta o en la entrada de la fábrica. Al declarar luego a fs. 11 de la I.P.P. dijo era empleado de la fábrica ex Cusenier, que tomó el colectivo y al llegar a la misma se dirigió a la puerta del micro para descender y una vez detenido, “no sabe precisar si sobre la ruta o la entrada o bocacalle de la fábrica”, se bajó y comenzó a caminar, notando que el micro había empezado a circular nuevamente; después sintió un ruido, se dio vuelta y vio una camioneta chocada. Declaró también en estos autos (fs. 172/73), diciendo que apenas se bajó escuchó el ruido que produjo el golpe y el colectivo se retiró del lugar. Manifestó que el lugar del choque fue frente a la fábrica, que no vio ninguna maniobra rara del colectivo y que el accidente ocurrió apenas se bajó del micro. A preguntas ampliatorias contestó que el colectivo se había detenido frente a la fábrica, mitad sobre la ruta y mitad sobre la entrada de la fábrica, y que existía frente a ésta un playón de ingreso que permitía a los colectivos ingresar para detenerse fuera de la cinta asfáltica.

Por su parte, Ortiz declaró que viajaba en el colectivo, el que frenó sobre la ruta frente a la empresa Cusenier, donde bajó una persona, “a los pocos segundos que chocan arranca el colectivo”, y ahí le pidió al chofer que parara (porque deseaba hacerlo dada su condición de bombero), lo que el colectivo hizo un kilómetro más adelante. Contestando a la cuarta pregunta dijo que transcurrieron segundos entre la maniobra del colectivo y el accidente, y que

el micro frenó y tapó la mitad del carril a pesar de tener lugar para bajar y no quedar sobre la ruta.

No encuentro contradicción entre estos testimonios (art. 456 C.P.C.). Más allá de que en el momento de la colisión, el colectivo estuviera totalmente parado o moviéndose para retomar la marcha, lo importante es que se detuvo sobre la cinta asfáltica, ocupando parte del carril por el que circulaba, de modo que se convirtió en un obstáculo para el automóvil que circulaba por detrás (conf. pericial mecánica, fs. 362). No cabe ninguna duda que la mayor responsabilidad en el suceso la tuvo el conductor del Renault 21, que no estaba atento a las circunstancias imprevistas del tránsito y que, a mi juicio, seguramente por la velocidad en que circulaba no pudo frenar a tiempo. Pero le cabe a la empresa de transporte una cuota de responsabilidad por haberse detenido en la ruta obstruyendo el tránsito en infracción al art. 82 incs. 1 y 2 de la ley 11.430 (art. 1113 C.C.). El juez ha distribuido la responsabilidad en un 80 y 20 por ciento, sin agravio por parte de la actora, por lo que debe confirmarse.

En cuanto a la responsabilidad solidaria reclamada por la actora apelante no puede prosperar por los motivos que a continuación explico.

Al integrar la Sala 2 de esta Cámara en la causa n° 22.549, “Diperna, Juan c. Lisanti, Judit” (sentencia del 31/05/05), me pronuncié por la corriente jurisprudencial y doctrinaria que sostenía que la solidaridad que el art. 1109 2do. párr. preveía para la responsabilidad por hechos ilícitos no implicaba la derogación de la eximición parcial por el hecho de un tercero contemplada en el art. 1113 2do. párr.

Esta tesis era sostenida en la doctrina por Llambías (Tratado, Obligaciones, Ed. Perrot, Bs. As., 1982, T. IV-A, p. 621) y por Ramón Daniel Pizarro en su comentario al art. 1113 vertido en el Código anotado dirigido por Alberto Bueres y Elena Highton (T. 3 A. Hammurabi, p. 584 yss.) y un sector de la jurisprudencia (C.C.C. de La Plata, Sala 3, “Calderón c. Reyes”, s.

24/02/94; L.L. 1994-D, 57; C.C.C. II de La Plata, Sala 2, RSD-223-2, s. 10/09/02, “Mones c. Aimetta”; C.C.C. 1, Sala 1, Mar del Plata, “Ancho c. Santandreu”, 26/10/00; , JUBA).

Esta Sala adoptó este criterio en la causa n° 111.619, “Acevedo, Rosana c. Fernández, Lucas” de esta Sala (sent. del 27/12/07), al igual que la Sala 1 de la C.C.C. II de La Plata en la sentencia dictada en la causa n° 105.255/01, “Arias, Laura c. Ayala, Francisco” y acumulado “Pérez, Olga c. Ayala, Francisco” (sent. del 4/05/06, JUBA).

Sostuvo la Dra. Patricia Ferrer (con adhesión del Dr. Enrique Bissio) que el art. 1109, referido al reintegro del coautor de un hecho dañoso culposo, consagraba un efecto general que resultaba excluido cuando el art. 1113 contemplaba la posibilidad de eximir al dueño o guardián de responsabilidad en forma total o parcial. El art. 1113 se refería a la relación existente entre el damnificado y el dueño o guardián de la cosa riesgosa o viciosa. “En modo alguno puede entenderse – sostuvo – que dicha norma sólo contempla el derecho de repetición entre quienes se consideran responsables del daño en forma parcial y que resulta aplicable en la relación frente al damnificado la solidaridad contemplada en el artículo 1109 del Código Civil. Esta interpretación importaría la derogación de la posibilidad de invocar en forma efectiva la eximente contemplada en el antedicho artículo 1113 del Código Civil.... Claramente el citado artículo se refiere a la determinación de la existencia de una causa interruptiva imputable a un tercero por quien el dueño o guardián no deban responder. Si no existe obligación de responder por el hecho de un tercero mal puede sostenerse que la obligación sea solidaria con derecho de repetición. En suma, eximir de responsabilidad y no tener la obligación de responder por el hecho del tercero significa lisa y llanamente que no existe obligación o que la obligación de indemnidad es parcial”.

Esta posición de la Sala 1 de la C.C.C. II de La Plata fue asumida por el Procurador General de la S.C.B.A. al dictaminar – con fecha

18/09/08 – en la causa C. 101.875, “W., H. H. c. Gejo, Ariel”, con reproducción de las palabras arriba transcriptas.

La Suprema Corte en pleno, sin disidencias, compartió este criterio (con referencia expresa al fallo de la Cámara de La Plata y al dictamen de la Procuración). Dijo el Dr. Pettigiani, quien votó en primer término, que no resultaba de aplicación la solidaridad cuando el supuesto de atribución era objetivo dado que los arts. 1081 y 1109 se referían a la responsabilidad subjetiva.

Por su parte expresó el Dr. Soria: “Por loable que fueren sus propósitos, una interpretación contraria, que expandiera a estos supuestos la solidaridad, privaría de pleno valor normativo a las eximentes referidas (se refiere al art. 1113 2do. párr. “in fine”), al excluirlas de su ámbito específico de oponibilidad (en relación al pretensor). No encuentro adecuado invocar el art. 1109 del Código Civil. Su aplicabilidad directa queda descartada con la sola lectura del precepto, relativo a los supuestos en que concurre “culpa o negligencia (por la que se ocasiona) un daño a otro...”. La extensión analógica del precepto tampoco es pertinente, pues exigiría una carencia normativa (... art. 16 C.C.) que no presenta el texto del art. 1113”.

Y agregó el Dr. Soria: “Finalmente, la genérica mención de los arts. 901 y 904 del Código de Vélez luce insuficiente para apuntalar la idea de atribuir responsabilidad solidaria en casos como el aquí debatido, teniendo en cuenta, además, que la solidaridad reviste carácter excepcional y requiere una expresa consagración por la ley o por voluntad de las partes (art. 701 del C.C.). ... En la especie, según se ha visto, la responsabilidad asignada al demandado lo fue por el riesgo creado y se ha establecido que el siniestro fue provocado en parte – un 50 % - por el obrar de un tercero ajeno al accionado. En este contexto, en tanto no se está frente al coautor de un cuasidelito civil (art. 1109 C.C.), opera la eximente parcial expresamente contemplada en el art. 1113 del mencionado código”.

Me complace que la posición asumida por la Suprema Corte de la Provincia coincide con la interpretación que sostuve en los fallos “Diperna” y “Acevedo” arriba citados, y en un trabajo de doctrina titulado “¿Eximición parcial de responsabilidad o solidaridad?” publicado en el Suplemento de Derecho de Daños de el.Dial.express de fecha 29/09/10 (elDial.com-DC 1465), donde desarrollé “in extenso” el tema.

Sostuve lo que a continuación, en síntesis, explico.

Muchas veces se condena solidariamente a los partícipes de un hecho ilícito aunque se le atribuya porcentajes parciales de responsabilidad a cada uno (o se condena por el todo a uno solo aún cuando se adjudica a un tercero no demandado una parte de la responsabilidad) con llamativo olvido del texto expreso del art. 1113. Este artículo se refiere a los reclamos efectuados por el damnificado; por lo tanto la eximición parcial que contempla es frente a él y sólo frente a él. Tal exoneración parcial no se satisface con la posibilidad de la acción de regreso contra el otro tildado de corresponsable. Directamente queda destruida. La posibilidad del recupero parcial es una eventualidad posterior, que nada tiene que ver con la eximición parcial frente al damnificado.

Con anterioridad a la reforma de 1968, el Código Civil preveía la solidaridad sólo por los daños causados por los delitos entre sus autores, consejeros y cómplices (art. 1081), disposición que era lógica dado que era inconcebible que quienes se habían puesto de acuerdo para realizar un acto dañoso (o sea, dolosamente, art. 1072), pudieran responder frente a la víctima por una parte proporcional de la misma manera que el código no le reconocía la posibilidad a quien hubiera pagado de repetir contra los demás coautores o partícipes del hecho (art. 1082). En cambio, nada dijo en tal sentido en relación a los hechos ilícitos que no eran delitos (cuasidelitos), lo que dio lugar a posturas doctrinarias opuestas. En 1965 la Cámara Nacional en lo Civil se pronunció en el plenario “Brezca de Levy c. Gas del Estado” (L.L. 120-774 y J.A. 1966-I-131), por mayoría, por la solidaridad.

Pero es de destacar que el debate giró en torno a la responsabilidad por culpa (art. 1109). Efectivamente, el primer voto del Dr. Abel Fleitas sostuvo que los coautores de un hecho ilícito no respondían por el mero nexo causal entre el hecho y el daño, sino en virtud de una imputabilidad moral que tenía consagración en el art. 904 del C.C.; o sea por el sistema general de la responsabilidad subjetiva.

Al introducirse en 1968 la responsabilidad objetiva en el art. 1113 se previó la posibilidad de la exoneración parcial por culpa de un tercero, lo cual no puede entenderse como un mero descuido, dado que si hubiese querido introducir la solidaridad en todos los supuestos (responsabilidad subjetiva y objetiva), la eximición parcial se hubiera contemplado sólo en los casos de culpa de la víctima. Los antecedentes que llevaron a la reforma del art. 1109 (en especial, el plenario “Brezca de Levy”) más bien conducen a pensar que no quiso preverse la solidaridad para los supuestos de responsabilidad objetiva. A la misma conclusión se arriba cuando se leen los trabajos que publicó Borda (principal autor de la reforma) sobre la ley 17.711: al tratar el tema de la solidaridad se refirió sólo al art. 1109 y ninguna alusión hizo a ella al comentar el art. 1113 (“La reforma del Código Civil. Responsabilidad extracontractual”, E.D. 30-815 y 30-809, y Tratado, Obligaciones, T. II, 1971, ps.234 y 338).

Zabala de González sostuvo que debía aplicarse por analogía la solidaridad del art. 1109 a la prevista en el art. 1113, dejando la eximición parcial sólo para los casos de culpa de la víctima (“Responsabilidad por riesgo”, Hammurabi, Bs. As., 1997, 2da. ed., p. 285). Respondió Ramón Daniel Pizarro - en opinión que comparto plenamente - que ello era contrario al texto legal expreso del art. 1113 y que a la analogía sólo podía recurrirse en supuestos de vacío normativo (art. 16), lo que no existía en el caso. Además, la solidaridad es de aplicación restrictiva (doct. arts. 699 y 701 C.C.).

Dijo este autor en palabras incontrovertibles: “Las eximentes admitidas por la ley son oponibles al propio damnificado. Una eximente que no reúne dicha aptitud tiene de tal solamente su nombre. Por ese

motivo, no se puede obligar al dueño o guardián a afrontar el pago total de la indemnización en el caso que nos ocupa, para recién después por vía de una acción de regreso procurar el reembolso de la parte pertinente del tercero. Esta última interpretación, insistimos, priva a la eximente de todo valor, al sacarla de su ámbito específico: su oponibilidad frente al pretensor” (Comentario al art. 1113 en Bueres-Highton, ob. cit.).

Como ya hemos señalado, además de la Cámara de La Plata y de esta Sala, se trata de la tesis asumida por la casación provincial en el fallo arriba citado.

Ha dicho la Corte Suprema Nacional que cuando dos interpretaciones de la ley son posibles, el intérprete debe descartar aquella que conduzca a resultados disvaliosos, contrarios al valor justicia, que es el norte que debe guiar las decisiones judiciales: “... la admisión de soluciones disvaliosas no resulta compatible con el fin común tanto de la tarea legislativa como de la judicial... Ello así porque no debe prescindirse de las consecuencias que naturalmente derivan de un fallo, toda vez que constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la interpretación y su congruencia con el sistema en que está engarzada” (Fallos: 302:1284; “Saguir y Dib”). Es lo que se denomina la interpretación previsor o consecuencialista, que la Corte ha seguido en innumerable cantidad de casos (Fallos: 303-I-917; 315:158; 312:156; 318:817; 319:2594; 328:3899; 328:690; 259:5913; 330:2361, entre otros), invocada también por la S.C.B.A. (C. 118.968 del 15/07/15; C. 117.292 del 1/04/15; A. 69.572 del 30/03/16), y también por esta Sala (causa n° 111.378 del 12/07/07, 116.302 del 14/03/17, 116. 324 del 14/03/17 y 116.322 del 14/03/17, entre otras).

Por último, señalo que no es del caso analizar cómo resuelve el nuevo Código Civil y Comercial el tema dado que hacerlo implicaría un tratamiento en abstracto, ya que, claramente no es aplicable al hecho de autos ocurrido varios años antes de la entrada en vigencia del mismo (art. 7, 2do. párr. C.C.C.).

2.- Indemnización.

2.1.- Daño patrimonial.

Bajo este rótulo la parte actora pidió indemnización por la pérdida del sostén económico - o de la posibilidad de recibir ayuda económica en el futuro – que el fallecido Ricardo Oscar Mazzini brindaba a su conviviente Claudia Lorena Córscico y a sus hijos, lo que fue acogido en la sentencia (con fundamento en los arts. 1084, 1085 y 1079 C.C. y jurisprudencia citada) y es motivo de agravio por la demandada (El reclamo formulado en la demanda por Fernanda Beatriz Muratore fue desestimado sin agravio en esta instancia).

El juez fijó el monto total en la suma de \$ 670.000, distribuyéndolo en distintos montos según se tratara de la conviviente o de los hijos, teniendo en cuenta la edad de cada uno y las incapacidades padecidas por algunos de ellos. La apelante no efectúa una crítica concreta y razonada del fallo. Se limita a hacer una manifestación genérica sobre lo que debe indemnizarse en estos casos (lo que no contradice los fundamentos del juez), sin confrontarlas con las circunstancias concretas de autos. Debe, en consecuencia, declararse desierto el recurso en este aspecto (arts. 260 y 261 C.P.C.).

2.2.- Daño moral.

Se agravia la apelante de que se haya reconocido indemnización por este concepto a Claudia Loreno Córscico en la medida que carece de legitimación según el art. 1078 del C.C. vigente a la fecha del hecho, norma que no ha sido tachada de inconstitucional por la actora.

Es cierto que en la demanda no se cuestionó la constitucionalidad del art. 1078 y tampoco ha sido tratado el tema en la sentencia apelada, pero ello no impide que sea abordada en esta instancia dado que, desde el momento que la indemnización por daño moral fue pedida por la sra. Córscico no habría violación del principio de congruencia. Ello así porque tanto la Corte

Suprema Nacional como la Suprema Corte Provincial admiten el tratamiento de oficio de la inconstitucionalidad (C.S.J.N., Fallos: 328:3219, “Mill de Pereyra”; Fallos: 327:3117, “Banco Comercial de Finanzas”, S.C.B.A. L. 80.156, “Martínez”, 31/03/04; L. 78.351, 1/04/04; L. 74.311, 29/12/04; L. 80.598, 12/10/05; L. 79.387, 17/05/96; L. 84.131, 8/06/05; C. 85.129 del 16/05/07; C. 100.285 del 14/09/11 entre otros), criterio que ha sido seguido por esta Sala (causa n° 108.783, “Administración Federal de Ingresos Públicos c/ Terrasa Hnos. S.R.L.”, 17/06/04, pub. en L.L. Bs. As., Año 11, n° 6, julio de 2004; n° 110.363, 12/09/06, “Freggiaro c. Aeroclub Luján”); n° 110.669 del 12/06/07, “Acevedo c. Hosp. De la Vega”, entre otras), siempre y cuando no se afecte el principio de congruencia (C.S.J.N., Fallos: 329:5903, “Gómez c. Argencard S.A.” del 27/12/06; y causa S.178.XLI, “Strangio c. Cattorini Hnos. S.A. del 12/05/09).

Precisamente, en el tema que nos ocupa (legitimación para reclamar resarcimiento por daño moral por parte de la concubina o conviviente del fallecido), el alto tribunal provincial lo consideró en un caso donde no había habido un expreso pedido de inconstitucionalidad del art. 1078 (C. 100.285, “Ruboni c. Kelly”, 14/09/11).

En esta causa, la Suprema Corte llegó a la conclusión de que la norma era inconstitucional por violar el derecho a la reparación integral (doctr. C.S.J.N, Fallos: 327:3753 y 331:1488), a la protección integral de la familia (art. 14 bis C.N., 36.1 Const. Prov. de Bs. As.; 17.1 y 17.2 C.A.D.H.), a la igualdad ante la ley (art. 16 C.N.: art. 11 Const. Prov.; arts. 1.1 y 24 C.A.D.H.). Sostuvo al respecto el Dr. Hitters que las uniones de hecho formaban parte de las alternativas de vida que podían optar las personas en uso de la autonomía de la voluntad familiar, sin que fuera aceptable cualquier forma de sanción de esa opción. Se trataba – dijo – de respetar el proyecto de vida autorreferencial, el derecho a la intimidad, la igualdad, la no discriminación y la solidaridad familiar, toda vez que así como existía el derecho constitucional a contraer matrimonio, existía también un derecho constitucional a vivir una forma de vida diversa,

motiva por el cual la Convención Americana tutelaba autónomamente el derecho a fundar una familia (arts. 17.1 y 17.2). Añadió que, si bien era posible que el legislador estableciera limitaciones a la legitimación para reclamar resarcimiento del daño moral, en el supuesto de la exclusión de la conviviente con estabilidad (en el caso existían hijos en común) se tornaba irrazonable (art. 28 C.N.). Los ministros coincidieron, además, en que este tipo de exclusión implicaba una desigualdad descalificable en cuanto al acceso a la jurisdicción (art. 18 C.N.; art. 15 Const. Prov.: arts. 8 y 25 C.A.D.H.).

Esta doctrina ha sido seguida por esta Sala en la causa n°114.692, “Colque c. Espíndola”, del 14/03/14.

La legitimación de la conviviente (siempre que se acredite un vínculo estable) fue la doctrina que se impuso en la mayoría de los tribunales del país, previa declaración de inconstitucionalidad del art. 1078 (C.C.yC. M.P., “Camargo c. Lima”, sent. del 26/12/07; Sup. Trib. del Chaco, “C., S. R. c. Moreno”, sent. del 23/10/07, entre otros), y ha sido receptada finalmente por el nuevo Código Civil y Comercial en su art. 1741 (“quienes convivían con aquel recibiendo trato familiar ostensible”).

En autos no está discutido que la sra. Córscico convivía con el fallecido Mazzini, con quien tenía dos hijos menores. Por consiguiente, se impone declarar inconstitucional el art. 1078 del C.C. en cuanto no contempla a la conviviente con cierta estabilidad entre los legitimados para reclamar indemnización por daño moral.

El monto resarcitorio fijado por este concepto no ha sido motivo de agravio.

2.3.- Tasa de interés.

Se agravia la demandada de la tasa de interés fijada por el juez en la sentencia, solicitando que sea la tasa pasiva promedio mensual

del Banco de la Provincia de Buenos Aires, invocando el fallo C 101.774, “Ponce”(del 21/10/09), de la S.C.B.A.

El alto tribunal de la provincia precisó su doctrina acerca de la tasa de interés en la causa C. 119.163 del 15/06/16, “Cabrera, Pablo D. c. Ferrari, Adrián s. Daños y perjuicios” (sent. del 15/06/16) en cuanto a que debe ser la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta días, vigente al inicio de cada uno de los períodos comprendidos, y por aquellos días que no alcancen a cubrir el lapso señalado el cálculo debe ser diario con igual tasa, desde la fecha del hecho dañoso hasta el efectivo pago (arts. 622 y 623 del C.C., y art. 768 inc. c) del C.C.C.).

El alto tribunal no distingue en “Cabrera c. Ferrari” en cuanto al período corrido hasta la sentencia de Cámara y el posterior hasta el efectivo pago, criterio que ha sido seguido por esta Sala (causas n° causas n° 115.964 del 13/10/16, 115.892 del 06/10/16, 115.851 del 25/08/16, 115.853 del 08/09/16, 115.886 del 13/09/16).En consecuencia, corresponde acceder parcialmente a lo peticionado dejando establecido que la tasa pasiva establecida en la sentencia correrá hasta el efectivo pago.

V.- Costas.

Si mi voto es compartido, teniendo en cuenta el éxito de los respectivos recursos, las costas de alzada propongo que sean soportadas en un setenta por ciento por la demandada apelante y en un treinta por ciento por la actora (art. 71 C.P.C.).

VOTO POR LA AFIRMATIVA.

La señora jueza Dra. Laura I. Orlando, por iguales fundamentos y consideraciones a los expuestos por el señor juez preopinante, emite su voto en el mismo sentido.

A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA, el señor juez Dr. Emilio A. Ibarlucía dijo:

De acuerdo a la forma en que ha quedado votada la cuestión anterior, el pronunciamiento que corresponde dictar es:

1°.- Declarar la inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil.

2°.- Confirmar la sentencia apelada, con la sola modificación de que la tasa de interés pasiva fijada en la sentencia correrá hasta el efectivo pago.

3°.- Imponer las costas de segunda instancia en un setenta por ciento por la demandada apelante y en un treinta por ciento por la actora.

ASI LO VOTO.-

La señora jueza Dra. Laura I. Orlando, por iguales fundamentos y consideraciones a los expuestos por el señor juez preopinante, emite su voto en el mismo sentido.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dictándose la siguiente:

S E N T E N C I A

Y VISTOS:

CONSIDERANDO:

Que en el Acuerdo que precede y en virtud de las citas legales, jurisprudenciales y doctrinales, ha quedado resuelto que la sentencia apelada debe ser modificada.-

POR ELLO y demás fundamentos consignados en el acuerdo que precede, **SE RESUELVE:**

1°.- **DECLARAR** la inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil.

2°.- CONFIRMAR la sentencia apelada, con la sola modificación de que la tasa de interés pasiva fijada en la sentencia correrá hasta el efectivo pago.

3°.- IMPONER las costas de segunda instancia en un setenta por ciento por la demandada apelante y en un treinta por ciento por la actora. **NOT. Y DEV.-**

Firmado: Dr. Emilio A. Ibarlucía – Dra. Laura I. Orlando

Ante mí, Dra. Gabriela A. Rossello - Secretaria