

Daño moral – concubina

Expte. N°: 5879-2005 FERRARI SUSANA MARIEL C/ MARTINEZ RUBEN IGNACIO Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJ. ESTADO(USO AUTOM.C/LES.O MUERTE)(95)

N° Orden: 17

Libro de Sentencia N°: 53

/NIN, a los 14 días del mes de Febrero del año dos mil doce, reunidos en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Junín Doctores RICARDO MANUEL CASTRO DURAN Y JUAN JOSE GUARDIOLA (ausente el Doctor Patricio Gustavo Rosas por encontrarse en uso de licencia), en causa N° 5879-2005 caratulada: "FERRARI SUSANA MARIEL C/ MARTINEZ RUBEN IGNACIO Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJ. ESTADO(USO AUTOM.C/LES.O MUERTE)(95)", a fin de dictar sentencia, en el siguiente orden de votación, Doctores: Guardiola y Castro Durán.-

La Cámara planteó las siguientes cuestiones:

1a.- ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

2a.- ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LA PRIMERA CUESTION, el Señor Juez Doctor Guardiola dijo:

I. En la sentencia única dictada en los autos acumulados "Ferrari Susana M. c/ Martínez Rubén I. y otro s/ Daños y perjuicios", expte n° 5879/2005, "Pascucci Brenda c/ Lima M. y otros s/ daños y perjuicios", expte n° 3234/2005, "Palumbo Ana María c/ Martínez Rubén I. s/ daños y perjuicios", expte n° 55/2006, y "De Santis Valeria c/ Martínez Rubén I. s/ Daños y Perjuicios", expte n° 1368/2007, obrante a fs. 848/879 y aclaratorias de fs. 881, 888 y fs. 891 del primero de ellos, el Sr. Juez de primera instancia hace lugar a las demandas por daños y perjuicios promovidas a raíz de un accidente ocurrido el 12/04/2005 sobre la ruta

65 protagonizado por un automóvil Fiat Duna que volcó luego de tomar contacto con cereal -maíz pisingallo- que se hallaba esparcido sobre la totalidad de la ruta y por un espacio de 300 metros, que fuera derramado previamente por un camión con acoplado que perdió parte de su carga al producirse la apertura de la boquilla provocada por el reventón de un neumático trasero. Como consecuencia del hecho dos ocupantes del Duna fallecieron -Pascucci y Sábato- y otro sufrió lesiones -De Santis-.

El Dr. Cognigni reputó como únicos responsables a los codemandados Martínez y Rasente, conductor y propietario respectivamente del camión, condenándolos y haciendo extensiva la condena a la "Cia. Arg. de Seguros Victoria S.A". Y rechazó la demanda que fuera interpuesta contra Otermin y Lima, conductora y propietaria respectivamente del Fiat Duna, y su aseguradora "San Cristobal Soc. Mutual de Seg. Generales", imponiendo costas a los actores perdedores, con excepción de los autos "Ferrari" en donde no habiendo sido demandados fueron traídos a juicio como terceros a pedido de Martínez y Rasente, por lo que las costas fueron impuestas a éstos últimos.

Para atribuir la responsabilidad, luego de encuadrar el hecho en las previsiones del art. 1113 del Cód. Civil, consideró que el accidente se produce exclusivamente por el riesgo de la cosa que implica la existencia del maíz esparcido sobre la ruta, circunstancia que se produce por el vicio de la cosa (llanta que explotara) y que provocara la apertura de la boquilla de descarga del acoplado. Presupone que la llanta explotó por el mal estado en que se encontraba o en su defecto por ser una llanta recapada, y que no pueden el conductor y dueño de un camión, por ser una obligación de orden primario a su cargo, para su seguridad y la de terceros, dejar de verificar que su transporte se encuentre en óptimas condiciones para transitar, incluyendo el buen estado de la cubiertas.

En cuanto a la conductora del Duna, explica que se enfrentó ciertamente a un hecho imprevisible e inevitable que le impidió efectuar cualquier maniobra efectiva para evitar el derrape y posterior vuelco, por lo

que no cabe achacarle ninguna responsabilidad en la causación del hecho dañoso.

Las indemnizaciones fueron fijadas a favor de los reclamantes, de la siguiente forma: a. A Susana Mariel Ferrari -concubina del fallecido Pascucci-, la suma de \$ 40.000 en concepto de valor vida, la suma de \$ 60.000 en concepto de incapacidad sobreviniente, y la suma de \$ 28.800 en concepto de daño emergente futuro; b. A Brenda Pascucci -hija del fallecido Pascucci-, la suma de \$ 30.000 en concepto de valor vida, y la suma de \$ 90.000 en concepto de daño moral; c. A Ana María Palumbo y Juan Carlos Sabato -padres de la fallecida Sábado- la suma de \$ 7.125,60 en concepto de daño emergente, la suma de \$20.000 a cada uno de estos en concepto de pérdida de chance y la suma de \$ 90.000 en concepto de daño moral; d. A Marcelo Oscar Focareta en representación de su hijo menor de edad Pedro Focareta -hijo de la fallecida Sábado- la suma de \$ 40.000 en concepto valor vida y la suma de \$ 90.000 en concepto de daño moral; e. A Valeria De Santis la suma de \$ 3.360 en concepto de daño emergente futuro, la suma de \$ 40.000 en concepto de incapacidad sobreviniente y la suma de \$ 40.000 en concepto de daño moral. Todos los montos con más la tasa pasiva del Bco. Pcia. de Bs. As. desde la data del accidente 12/4/2005 y hasta el efectivo pago.

Rechazó en cambio el "a-quo" el reclamo de daño moral formulado por Ferrari como concubina de Pascucci, y la declaración de inconstitucionalidad del art. 1078 del Cód. Civil, señalando con cita de precedentes de la SCBA que no tiene legitimación activa.

También debe destacarse en la reseña, que desestimó la defensa ensayada en relación a la incidencia de la falta de uso del cinturón de seguridad en las muertes de Pascucci y Sabato, explicando que no se puede aceptar como una verdad revelada que poseyendo el auto cinturones de seguridad no se los hayan colocado, y que también cabe aceptar como posible el mismo resultado aún llevando puesto el cinturón

dado que ambas personas fallecidas ocupaban las plazas del lado derecho, que fue el que sufrió los mayores golpes y daños.

II. Apelaron todas las partes (fs. 882, 886, 887, 892, 894 y 945), expresando agravios a fs. 1028/1039, 1040/1049, 1051/1057, 1058/1061 y fs.1062/1107, con excepción de Otermin, Lima y la aseguradora San Cristóbal que desistieron de sus recursos a fs. 1050.

Ejercieron todos ellos sus respectivos derechos de réplica (v. escritos de fs. 1120 a 1156). Habiéndose expedido el Sr. Asesor de Menores a fs. 1159 por la representación promiscua que le compete (art. 59 del CCivil) en relación al menor Pedro Focareta, y firme el llamado de autos para sentencia de fs. 1160, las actuaciones se encuentran en condiciones de ser resueltas (art. 263 del CPCC).

II. Las críticas que se formulan, pueden resumirse de la siguiente manera:

a) Actores Palumbo, Sabato y Focareta (fs. 1028/1039).

1. Responsabilidad.

Cuestionan el rechazo de la atribuida a Otermin y Lima, conductora y propietaria del Duna, señalando que el caso fortuito como eximente de responsabilidad no resulta aplicable al caso en que ha mediado intervención activa de una cosa riesgosa, por lo que postulan la aplicación de la responsabilidad solidaria que tiene todos los concausantes del daño ante la víctima cuando ésta resulta tercero transportado.

2. Costas de la demanda rechazada.

En subsidio del anterior, entienden que no corresponde imponerlas a la parte actora sino en el orden causado porque hubo razón valedera para litigar contra Otermin y Lima.

3. Baja cuantificación económica del rubro valor vida otorgado al hijo menor de la víctima, Pedro Focareta.

Destacan los trabajos que desempeñaba María Carla Sábado, y afirman que el sentenciante omitió considerar que era alumna de una carrera universitaria, las necesidades económicas del menor (la edad del

menor, edad y condición económica de los abuelos convivientes), la actualización de los ingresos de la víctima (que los \$ 2000 en el año 2005 hoy representarían \$6000).

4. Baja cuantificación económica del rubro daño moral otorgado al hijo menor.

Considerando la pérdida de la madre a la corta edad del menor (5 años).

5. Baja cuantificación del rubro pérdida de chance otorgado a los padres de la víctima, Ana María Palumbo y Juan Carlos Sábato.

En consideración de que la hija era la gran generadora de recursos de la casa, que son jubilados y docentes, el padre es una persona enferma, y no poseen bienes de fortuna y/o que produzcan rentas.

6. Baja cuantificación del rubro daño moral para los padres.

Alegando que el caso posee características que escapan del corriente, como son la internación de la víctima durante varios días y en estado de sumo riesgo de vida, la composición del hogar único junto a su hija y nieto, la edad de los padres al momento del fallecimiento.

b) Actora De Santis (fs. 1040/1049)

1. Formula idéntico cuestionamiento que los actores de "Palumbo" en cuanto al rechazo de la responsabilidad atribuida a Otermin y Lima, y a la imposición de costas, por lo que remito a dicha reseña - agravios a) 1 y 2-.

2. Lesión o daño psicológico.

Se queja de la omisión de indemnización de dicho daño, ya sea a través del incremento de la incapacidad sobreviniente (a un 24%), o bien, conceptuándolo en forma autónoma como se hizo en la demanda (por su gravedad), aspecto que fue soslayado y minimizado por el "a-quo" al tratarse como daño emergente.

3. Baja cuantificación del rubro daño moral.

Crítica ensayada en base a la extensión del tratamiento psicológico, múltiples lesiones sufridas, la rehabilitación que debió

efectuar para recuperar parte de la movilidad, la operación quirúrgica, el alejamiento definitivo de las actividades físicas, y la lesión estética que importa la cicatriz de la operación.

c) Actora Ferrari (fs. 1051/1057).

1. Baja cuantificación del rubro valor vida otorgado a la concubina.

Afirma que los parámetros que el mismo sentenciante anuncia no guarda proporción con el importe establecido (41 años de edad de Pascucci a la época de su fallecimiento, actividades laborales que realizaba). Además, tilda de arbitraria la deducción de los montos indemnizatorios de la suma percibida de la ART y cita jurisprudencia en apoyo de su postura.

2. Baja cuantificación del rubro incapacidad sobreviniente.

También por la desconexión entre las pautas y la traducción numérica de las mismas (postulando una indemnización no inferior a \$ 80.000)

3. Daño moral de la concubina.

Con apoyo de las citas doctrinarias y jurisprudenciales, haciendo hincapié en la intensidad del daño moral en el caso, se agravia del rechazo de la inconstitucionalidad del art. 1078 del C.C., y postula se fije una suma indemnizatoria idéntica a la que se fija por el fallecimiento del esposo.

d) Actora Pascucci (fs. 1058/1061).

1. Baja cuantificación de los rubros valor vida y daño moral.

Alega que la indemnización otorgada no cumple los requisitos de integralidad que debe tener, principalmente por la inflación existente desde la fecha del hecho, que transforma el monto en irrisorio, sobre todo con la tasa pasiva que manda aplicar el juez.

2. Costas de la demanda rechazada.

Solicita que las mismas sean impuestas a los responsables del hecho dañoso, o en su defecto, por su orden, en atención a que a la época de promoción de la demanda existían razones valederas para litigar.

e) Demandados condenados Martínez, Rasente y Seguros Victoria S.A. (fs. 1062/1107).

1. Responsabilidad.

Sostienen que debe limitarse por concurrencia causal por el eximente de un tercero por el que no se debe responder. Tachan de absurda la sentencia en la valoración de la prueba y afirman que no puede exonerarse la responsabilidad de la conductora y la propietaria del Fiat Duna en base a un hecho imprevisible e inevitable -existencia del caso fortuito o fuerza mayor-, cuando de los elementos obrantes en la causa surge que la presencia del maíz diseminado en la ruta no fue un hecho imprevisible para la conductora. Alegan que cualquier vicio del automotor Fiat Duna y/o el accionar imprudente, imperito, negligente y antirreglamentario de la conductora Otermin crearon el riesgo y resultaron la causa adecuada, eficiente y excluyente para la producción del hecho dañoso. Concluyendo que la atribución de responsabilidad a los terceros no debe ser inferior al 60% del total.

2. Falta de uso del cinturón de seguridad.

La crítica se basa en que ha quedado debidamente acreditado, con las confesiones de Otermín y Lima, y la pericia mecánica, que el automóvil contaba con cinturón de seguridad. Además, sigue diciendo, existen indicios que permiten presumir que las víctimas fatales no llevaban colocado el cinturón (vgr, testimonio de De Santis, pericia médica de Reboredo, protocolo de autopsia). Por lo que concluye que la falta de colocación del cinturón de seguridad por parte de las víctimas Pascucci y Sábato ha resultado causa directa y eficiente para la producción del daño, configurándose un eximente de responsabilidad parcial.

3. Indemnizaciones fijadas en autos "Ferrari".

Valor vida: postulan la falta de legitimación activa por no haberse probado la repercusión patrimonial negativa que le produjera el deceso del concubino. También se agravia de la extensión del resarcimiento, en comparación con el salario mensual que percibía como docente la víctima.

Incapacidad sobreviniente: no encuentran acreditado el daño psíquico en base a la pericia realizada sin fundamentación suficiente y con basamento en una única entrevista.

Daño psicológico a modo de daño emergente: critican que el sentenciante se aparte del plazo y la frecuencia de duración del tratamiento dictaminados pericialmente.

4. Indemnizaciones fijadas en autos "Pascucci".

Valor vida: es materia de ataque la extensión del resarcimiento, que entienden desmesurado, luego de realizar una sumatoria de todas las indemnizaciones y compararlas con los ingresos del salario docente de la víctima.

Daño moral: califican de ilógica y desmesurada la suma fijada y solicitan su reducción.

5. Indemnizaciones fijadas en autos "Palumbo".

Daño emergente a favor de Sábato y Palumbo: señalan que se ha inadvertido que la bóveda fue construida para tres catres, por lo que excede la necesidad para el descanso de la víctima. Agregan que los adquirentes de la parcela son personas distintas y ajenas al proceso, por lo que el gasto es inadmisibile.

Valor vida para el hijo menor Pedro Focareta: consideran improbable en la realidad la diversa y frenética actividad presuntamente desarrollada por la víctima, que resulta inverosímil.

Daño moral del hijo menor y de los padres: califican de ilógica y desmesurada la suma fijada y solicitan su reducción

Perdida de chance futura reclamada por los padres: aducen que la testimonial citada por el sentenciante carece de fuerza probatoria porque el supuesto conocimiento de la actividad económica de Sabato no

era de conocimiento de personal directo de los declarantes, y que existen reconocimiento expresos de la contraria que avalan su postura recursiva (ayuda económica para la manutención de la víctima y del menor por parte de los padres).

6. Indemnizaciones fijadas en autos "De Santis"

Incapacidad sobreviniente: la crítica se apuntala en las impugnaciones realizadas a las pericias médica y psicológica, y se solicita la reducción del rubro a la suma de \$5.000.

Daño psicológico como daño emergente futuro: entienden que no se encuentra probado que la leve afección de la actora pueda repercutir en el rendimiento intelectual laboral.

Daño moral: destacan que sólo experimentó lesiones leves a causa del siniestro y en la esfera psíquica una notable mejoría evolutiva, que prácticamente no le dejan secuelas negativas.

III. 1. Acometiendo ya la labor decisoria, y comenzando como es lógico por el tema de la responsabilidad, he de anticipar que pese al esfuerzo argumentativo desplegado para lograr una concurrencia causal con el accionar de la conductora del Fiat Duna Sra. Otermin que la corresponsabilice conjuntamente con la propietaria del vehículo, comparto plenamente la valoración efectuada por el sentenciante de grado en cuanto a que el único y excluyente factor desencadenante del suceso fue puesto por los responsables del camión del que cayó el cereal, cuyo esparcimiento sobre la calzada ostenta plenamente las notas tipificantes del caso fortuito (art. 514 CCivil) fracturario de cualquier nexo de causación del obrar del zaguero en relación a su derrape y vuelco.

No es sobreabundante resaltar que el cereal desparramado a raíz de una falla en el camión que lo transportaba (explosión del neumático trasero), pese a su condición de inerte, intervino activamente tornando resbaladizo el piso de la ruta (de suyo estable y firme) provocando la

pérdida de control y el desplazamiento del Fiat (arts.901, 906, 1066, 1109, 1113 y concs. Cód.Civ.; S.C.B.A. doc. Ac.89529, 14/12/2005 "V.M.C. y ot. c/Lousan"; C.S., 19/11/91 "O'Mill", J.A., 1992-II-153 y 13/10/94 "González" J.A., 1995-I-290; Cámara de Apel. Civil y Comercial de Azul Sala II "Borda, Oscar A. y otra c. Cheves, Hernán y otros" 22/03/2007 publicado en LLBA 2007 (octubre), 1014 en un accidente de similares características). Elocuente es el informe pericial del Ing. Guerriero (fs. 447 expte. 3234/2005): El maíz pisingallo sobre el asfalto disminuye la adherencia del rodado "a valores semejantes a desplazarse sobre hielo o explicándolo mejor, algo similar a pequeñas bolillas", con un coeficiente de rozamiento de 0,1 o menos cuando el valor normal es 0,7 "es decir que al darse estas circunstancias, se pierde el control del vehículo, dado que el mismo por esa pérdida de adherencia, también pierde la posibilidad de frenar, acelerar, y/o fundamentalmente mantener su trayectoria original"

Se intenta desvirtuar la imprevisibilidad e inevitabilidad que caracterizan las condiciones de la ruta para el normal desplazamiento del vehículo, aduciendo una elevada o inadecuada velocidad al advertirse la situación de anormalidad o impericia conductiva para sortear indemnemente la misma.

Sabido es que el régimen de eximición de responsabilidad objetiva por riesgo o vicio de la cosa, conforme al art. 1113 párrafo 2do. ap. 2do. CCivil exige la acreditación de la culpa o mejor dicho el hecho de la víctima o del tercero. Evidentemente ello refiere al rol activo que le cupiera en la causación del siniestro, sobre cuya acreditación una orientación jurisprudencial aquiescente considera que la apreciación de la prueba sobre esta eximente debe ser severa, requiriéndose la certeza de que el daño no obedece a la causa aparente que se imputa a dicho sujeto (Matilde Zavala de González "Resarcimiento de daños", 3, Ed. Hammurabi, p. 213). En tal aspecto no puede considerarse que hubiese incidido como concausa

y eximente parcial una velocidad inicial ni siquiera determinada concretamente al momento en que se produjo el reventón del neumático, con la consiguiente rotura del sistema de descarga del acoplado y pérdida del maíz, con la sólo estimación pericial del Ing. Degli Esposti de fs. 528 expte. 58769/2005 de que transitaba en el orden de los 67 km/h al comienzo del derrape. Aún cuando la anterior fuese mayor no surge que haya superado la reglamentaria para las circunstancias normales de tránsito en ruta o que con la autoiluminación del orden de los 50 metros hubiese contado con el intervalo de tiempo-espacio suficiente para disminuirla y asegurar un ingreso sobre la superficie afectada con la velocidad apropiada para llegar al punto de desvío a los 10 o 20 km/h (ver respuesta 2 fs. 450) que le hubiesen permitido recorrer los restantes 100 metros indemnemente. El que haya circulado una distancia de aproximadamente 200 metros sobre la carga volcada antes de desviarse al préstamo de la mano contraria de ninguna manera impide considerar a las condiciones del piso de marcha como una circunstancia que se le aparece a cualquier conductor como sorpresiva. El iter siniestral no comenzó allí sino que marca sólo el comienzo de su última etapa (derrape, ingreso atravesado - de cola- a banquina y vuelco). El que se haya logrado mantener durante el espacio anterior en la ruta no revela ni imprudencia por la velocidad que llevaba ni impericia por una maniobra desajustada a la conducta de manejo razonablemente esperable al no lograr superar los 100 metros restantes de cereal esparcido (hasta donde estaba detenido el camión). La pérdida de dominio del automóvil, según el curso normal u ordinario de los sucesos que signa el examen objetivo retrospectivo del nexos causal, no obedeció a un exceso (por velocidad) ni defecto (al suponerse que no implementó la maniobra técnicamente más acertada - desaceleración sin frenado evitando cualquier brusquedad de cambio de trayectoria) sino a la situación extraordinaria a que se enfrentó, generada por cierto por el camión. Fue el factor de entorno eventual de la vía, minimizante de la fuerza de adherencia, exógeno al sujeto, el determinante

de la pérdida de control del Fiat y no un elemento voluntariamente - en forma inmediata o mediata- colocado por la conductora de aquel (v. Tabasso, Fundamentos del tránsito, 1 p. 174 y ss) . La pericia o idoneidad conductiva en cuanto a capacidad de previsión y reacción o respuesta exigible y que se presume existente al contarse con la licencia o habilitación respectiva no puede ser erigida en un factor abstracto limitante de la responsabilidad claramente encontrada, por elucubraciones sobre el maniobrar técnicamente más acertado como diferente al llevado a cabo que en sus detalles se desconoce, y que sólo conjeturalmente hubiere tenido un desenlace distinto. El cartabón de comparación o cotejo de la culpa -sea en abstracto o en concreto- no puede desentenderse de las circunstancias de tiempo y lugar, del cómo obraría el sujeto medio, común, normal según la categoría que se juzgue (arts. 512 y 902 CCivil). Y ante una situación de extraordinaria anormalidad como la que nos ocupa, salvo que se trate de un conductor profesional y muy experimentado o que medie algún factor casual- no causal- que desviase favorablemente su curso, la ocurrencia de siniestro aparece como inevitable.

Viene a confirmar esta valoración, el criterio sostenido por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario Sala 2º 17/10/2006 Acuerdo nº 490 autos "PRÍNCIPE Noelia y ot. c/ LAGUNA Rubén y ot. s/DAÑOS Y PERJUICIOS" Expte. Nº 442/2005 ante un suceso con defensas de índole muy similares, desestimatorio de cualquier eximición parcial de responsabilidad.

2. En lo que hace a la falta de uso de cinturón de seguridad, es dable señalar que dicha omisión constituye una infracción a las normas de tránsito (art. 64 inc. 1 de la ley 11430) que no repercute en la producción del hecho, por cuanto el mismo se va a producir de todos modos, sino que eventualmente podrá incidir sobre el agravamiento de las lesiones sufridas por la víctima o pérdida de chance de salvación, debiendo computarse a la hora de establecer el monto indemnizatorio de los daños en sí mismos (

Areán Juicio por accidentes de tránsito To. 2 p. 96; CC0002 AZ 51466 RSD-51-8 S 29-4-2008, JUBA B3101382; CC0003 SM 60970 RSD-3-9 S 6-2-2009, JUBA B3650046)

Formulada esta aclaración sobre la falta de incidencia en el tópico de responsabilidad coincidente con lo expresado por el Dr. Cognigni a fs. 864, en vista a la trascendencia o eco que puede tener esa circunstancia en todos los rubros resarcitorios habida cuenta el deceso de los damnificados Pascucci y Sabato, estimo metodológicamente apropiado abordar aquí la cuestión.

Sin perjuicio de no advertir ninguna contradicción en el razonamiento del sentenciante desarrollado a fs. 865, no comparto sus dudas respecto a la existencia y falta de colocación de dichos elementos de seguridad. Tanto por el modelo de la unidad (1999) a la luz de lo informado por el Ing. Guerriero como de las confesionales de las demandadas Otermin y Lima, es forzoso admitir que contaba con tales dispositivos de sujeción y la eyección de tales pasajeros hace presumir - no existiendo alegación o constancia de su rotura- que no los llevaban colocados (art. 384 y 163 inc. 5 CPCC).

Ahora bien, el fundamento del sentenciante no se queda allí sino que agrega que al encontrarse esas personas del lado que quedó volcado el auto - el derecho- que sufrió los mayores golpes y daños, es presumible que "aún cuando no hubieran sido despedidas del vehículo el resultado final se hubiera igualmente producido". Este argumento de importante gravitación es soslayado recursivamente.

Para determinar entonces las chances perdidas de un mejor resultado, son visualizables en el plano inductivo como operativos dos factores de incidencia opuesta, pero que tienen en mi opinión diferente grado de probabilidad y relevancia. Es que sin desconocer que el uso de

cinturón no tiene eficacia para impedir en todos los casos que los daños igualmente se produzcan o que incluso puedan acarrearlos según el tipo de accidente, y que en el de marras por la localización de los daños y la ubicación de los damnificados era probable también el desenlace fatal, no menos cierto resulta que las probabilidades de deceso fueron incrementadas por la expulsión y caída al no tenerlos colocados. Particularmente en el caso de Pascucci cabe tener en cuenta lo informado por el perito médico Reboredo a fs. 776 expte. 5879 en el sentido que las gravísimas lesiones que determinaron su deceso "Se producen tanto en el momento del impacto, dentro del habitáculo del automóvil, como en su trayecto hasta quedar inmóvil a varios metros del rodado".

En ese contexto estimo debe asignarse relevancia genética en la producción de los fallecimientos y consiguientes daños, valorando la misma en un 20% del total de los perjuicios a indemnizar.

IV. Prosiguiendo con lo indemnizatorio, paso a tratar los agravios referidos a los rubros y montos en los distintos expedientes acumulados.

1) Autos Ferrari: a) Teniendo en cuenta que la indemnización fijada a favor de la reclamante por fallecimiento de su concubino en \$ 40.000 en concepto de "valor vida", lo ha sido una vez descontado el importe de \$ 37.714 percibidos de Provincia ART, a los fines de analizar la magnitud estimada del perjuicio, corresponde ocuparse en primer lugar si tal cómputo, cuestionado por la interesada, resulta procedente.

En relación a ello, adelanto que no estimo de recibo la crítica actuarial.

"De conformidad con lo dispuesto por el art. 39 de la ley 24.557, la víctima que sufrió un accidente de trabajo, se encuentra habilitada a reclamar la reparación de los daños y perjuicios de acuerdo a las normas

del derecho común, de la que se deducirá el valor de las prestaciones que haya percibido o deba percibir de la aseguradora de riesgo del trabajo o del empleador autoasegurado. Debe en consecuencia descontarse del monto indemnizatorio reconocido en sede civil en concepto de incapacidad, el que resulte de las prestaciones recibidas o a recibir de la ART por ese mismo concepto".-CC0100 SN 8560 RSD-93-8 S 19-6-2008 JUBA B858223

"La procedencia del descuento de las indemnizaciones percibidas de la ART que dispuso el magistrado, extremo del que se agravia el actor, resulta incuestionable. Las quejas soslayan que el descuento debe hacerse por expresa disposición legal. Así, según lo establecido en el art. 39 de la ley 24.557, aunque todo damnificado está legitimado para reclamar las indemnizaciones que correspondiesen contra el tercero responsable de los daños de acuerdo a las normas del Código Civil, de la indemnización que se obtenga "se deducirá el valor de la prestaciones que haya percibido o deba recibir de la ART o del empleador autoasegurado", lo que sella sin más su suerte." (CN Civil, sala I Di Candia, Juan Carlos c. Rosso Ballester, Horacio Antonio Ramón y otros s/daños y perjuicios 02/08/2011 La Ley Online AR/JUR/65109/2011; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala M Saldívar, Federico Reynaldo c. Metrovías S.A. 08/09/2010 La Ley Online AR/JUR/61667/2010; CNCiv, Sala H, LA LEY, 2005C, 452; C. Apel. Civ. Com. San Isidro, Sala I, "González, Marcelo c/ Municipalidad de Vicente López s/daños y perjuicios). Por ello es que frente a otro reclamo en sede civil como es el caso de autos, la deducción de cualquier monto resarcitorio obtenido por determinado concepto es incuestionable, porque de otro modo se produciría una doble indemnización para enjugar un único daño y un enriquecimiento sin causa consecuente, lo que no es admisible. Por otra parte la acumulación de ambas indemnizaciones, la de derecho común y la especial, por la misma causa que es el hecho del

accidente, queda excluida por la necesidad de atender a la reparación de un daño neto, purificado por la "compensatio lucri cum damno" (conf. Llambías, Jorge Joaquín, "La acción de derecho común originada en un accidente de trabajo", LA LEY, 1979- C, 852)

Es que "...si la víctima reclama el correspondiente resarcimiento contra el responsable del hecho lesivo, estaremos en presencia de obligaciones concurrentes que pesan sobre la aseguradora de riesgos de trabajo en favor del tercero empleado y sobre el responsable del cuasidelito. La regla es que la satisfacción del crédito por alguno de los responsables determina que la víctima quede desinteresada en la medida de esa cancelación, conservando su acción en todo lo demás, que queda como saldo dañoso pues de lo contrario se configuraría un enriquecimiento sin causa y es por ello que corresponde deducir de la indemnización a los reclamantes por los beneficios recibidos en ese concepto, para evitar la superposición indemnizatoria incompatible con los principios que informan la reparación de daños" (Alejandra D. Abrevaya "El daño y su cuantificación" Abeledo Perrot p. 289/290; ver mi voto en Expte. N°: 50012 LOVERA LUIS OSCAR C/ FERRUA MARTA ISABEL Y OTRO/A S/ DAÑOS Y PERJ.POR USO AUTOMOT.(C/LES.O MUERTE) N° Orden: 109 Libro de Sentencia N°: 52; 28/6/2011). Tales consideraciones formuladas respecto a indemnizaciones por incapacidad sobreviniente son plenamente aplicables a las procedentes por fallecimiento del empleado asegurado.

En nada enerva la precedente conclusión el fallo invocado de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe in re Peralta, Marta Elena c. Scianca, Lucina Vanesa y Otros 30/11/2009 Publicado en: LLLitoral 2010 (abril), 310 toda vez que allí se anuló la sentencia de la Cámara en cuanto rechazó la acción de daños y perjuicios deducida por la concubina de quien falleció al ser embestido por una motocicleta, con fundamento en que el monto del beneficio previsional recibido por ella como consecuencia del deceso sustituía adecuadamente el aporte

indemnizatorio reclamado, pues incurrió en arbitrariedad al crear una excepción al derecho de reparación integral no avalado por norma o principio jurídico alguno. Es que, con esa tesitura se compensaba "el daño sufrido con un beneficio que obedece a otra causa, del que no puede sacar provecho alguno el autor del hecho ilícito generador del perjuicio indemnizable a la luz del derecho de daños. Explican la doctrina y jurisprudencia las razones por las cuales no resulta correcto deducir la pensión o jubilación en el cómputo del daño a resarcir, por no resultar compensables entre sí. Así se señala que no basta comparar simplistamente la situación patrimonial del damnificado antes y después del suceso perjudicial; importa en esencia que los eventuales beneficios ulteriores a éste tengan en él su origen causal; en caso negativo se trataría de ventajas ajenas a la operatividad del hecho lesivo mismo, que no pueden ser invocadas por el obligado para mitigar el alcance de su responsabilidad. Debe tenerse presente que el beneficio previsional reconoce su origen en aportes efectuados durante un determinado número de años y en razones de seguridad social; siendo el suceso lesivo sólo la 'ocasión' en que se cumple la condición a que se encuentra supeditada la pensión o jubilación. Los beneficios previsionales son ventajas ya previamente compensadas con la contrapartida de los aportes, sin que proceda una nueva compensación con el deber resarcitorio, dado que de ninguna manera se han efectuado en interés del responsable. En suma, el beneficio previsional reconoce otra causa fuente distinta a la del deber de indemnizar, de ahí que el responsable civilmente del daño no pueda alegar en casos como el presente compensación alguna en provecho propio (cfr. Zavala de González, Matilde, "Resarcimiento de daños" Tomo 2b, Ed. Hammurabi, pág. 493; Mosset Iturraspe, Jorge, "El Valor de la Vida Humana", tercera edición actualizada, Ed. Rubinzal Culzoni, pág. 255, con cita de André Tunc "La responsabilité civile" Paris, 1981, pág. 22; LL 26-631; LL 138-641; ED 132-348; ED 117-477; JA, 1987-I-520; etc.) Y esto es muy distinto como no puede desconocer la recurrente al pago efectuado

por una aseguradora de riesgo de trabajo, en el que sí se tratan de obligaciones concurrentes nacidas de un único hecho.

Despejado ello y visualizando como monto en definitiva otorgado la sumatoria de ambos importes, entiendo no obstante por lo que paso a explicar que su mensuración ha sido escasa.

Dando por sentado que "cuando dos personas viven juntas de modo estable, como marido y mujer, aún cuando no hayan contraído matrimonio, además de integrar una comunidad espiritual comporten los problemas materiales de la vida [por lo que] la muerte de uno de los integrantes de la pareja acarrea normalmente repercusiones económicas disvaliosas al sobreviviente, en razón de la privación de la asistencia que el muerto brindaba por vía de aportes dinerarios, o bien a través de algún otro género de esfuerzo mancomunado para el desenvolvimiento de la existencia....inclusive sin trascender hasta el extremo de dependencia económica prácticamente absoluta, normalmente el homicidio priva al supérstite del otro pilar con el que se hacía frente a los problemas y requerimientos materiales de la vida..." (Zavala de Gonzalez, Resarcimiento de daños, 2b, p. 396/7)

Sobre ese andarivel y con una plataforma fáctico probatoria en la que sobresalen como elementos de juicio las edades del fallecido Pacucci (41 años) y la actora (42 años) al momento del accidente, con la consiguiente expectativa de vida y de utilidad laboral; nivel cultural y ocupaciones de ambos (profesor de ciencias sociales aquel en escuelas de enseñanza secundaria y media en Arenales y Arribeños y ella docente en un taller de protegidos y un jardín maternal -ver fs. 344, 351, 357 y 359/360), con un ingreso superior de la víctima por trabajos complementarios de clases particulares (declaración testimonial de Coppetti fs. 283/4 resp. 3a) y en una estación de servicio (testimonios de Coppetti, Andreani fs. 281/2, Santos fs. 285/6 y Vaninetti fs. 288/9; y de Martínez y Frias a fs. 306/309 autos Pascucci), con un nivel de ingresos a la fecha del suceso del orden de los \$ 2000 y que tenía una hija

adolescente (17 años) también reclamante, considero apropiado elevar la suma otorgada a \$ 65.000 - efectuado ya el débito de lo abonado por ART- a la que se debe descontar el 20% determinado por incidencia de falta de cinturón, lo que arroja un total de \$ 52.000 (arts. 1079, 1068 y 1069 CCivil; SCBA Ac 54867 del 15/12/1998).

b) En lo atinente al daño moral pretendido, el Dr. Cognigni siguiendo la doctrina legal de la SCBA por entonces vigente desestimó tanto el planteo de inconstitucional del art. 1078 CCiv como la legitimación activa de la Sra. Susana Mariel Ferrari para formular tal reclamo por el fallecimiento de su concubino Daniel Oscar Pascucci (ver fs. 868 y vta.).

Con cita de Congresos, Jornadas y fallos provinciales se controvierte recursivamente dicha decisión.

Para su decisión, he de comenzar recordando lo que expresé en exptes. 42868 LS 49 n° 313 sent. del 18/11/2008 y 41372 LS 50 n° 132 sent. del 2/6/2009:

"... la solución resultante de la prédica de un sector mayoritario de la doctrina, las conclusiones de Congresos y Jornadas vgr. Jornadas sobre temas de responsabilidad civil por muerte o lesión de personas Rosario 1979; Segundas Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil 1984; II Congreso Internacional de Daños Bs. As. 1991; XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Tucumán 1993 y los Proyectos de reforma del Código Civil elaborados por la Comisión Decreto 468/92, la Comisión de Legislación General Comisión Federal de 1993, y el del año 1998, en cuanto a la necesidad de ampliar la legitimación activa en materia de daño moral respecto de pretenses damnificados indirectos, ensanchando la categoría cerrada de la norma en vigencia, encontró en el ámbito provincial con el fallo de la SCBA del 16/5/2007 recaído en causa C. 85.129 "C. , L. A. y otra contra Hospital Zonal de Agudos General Manuel Belgrano y otros. Daños y perjuicios" (ver Derecho de Familia 2008-I-41 y ss), aunque referido al caso de lesiones y no muerte de la víctima del hecho dañoso, un fuerte respaldo, sobre todo por los fundamentos de los destacados votos de los Dres. Roncoroni y de Lazzari, en su lucha por revertir exclusiones

injustificadas (piénsese por ejemplo en el caso de integrantes de uniones de hecho o hermanos, impedidos de accionar en caso de fallecimiento cuando puede hacerlo un bisabuelo o la de los padres cuando su hijo queda cuadripléjico, en cuyo caso el detrimento espiritual de aquellos puede ser mayor con esa sobrevivencia que con la misma muerte).

Sin embargo, tal como se encargó de puntualizar el primero de los sufragantes, para descalificar constitucionalmente la norma - único camino para no aplicarla- resulta necesario además de la existencia en la singularidad del caso de circunstancias excepcionales, como se verificaron en el resuelto (" el criterio que propugno en este acuerdo en modo alguno habrá de constituirse en un portalón que facilite la cascada de reclamos indemnizatorios de damnificados indirectos") que patentizan incontestablemente la irrazonabilidad del precepto en su concreta aplicación, "la certeza adquirida sobre el daño cuya reparación se pretende y la relación causal adecuada con el hecho, también incuestionable".

Es que si bien como norma de clausura el art. 1078 del CCivil puede considerarse disvalioso, no por ello deja de ser una expresión de oportunidad, mérito y conveniencia por la que optó el legislador (por ende él es el órgano encargado de modificarla), cuyo test de constitucionalidad no en todos los casos, sin medida ni coto, arroja como resultado una evidente irrazonabilidad ni vulnera abiertamente postulados de raigambre superior. Tal como dijo la Corte Suprema nacional -y cita expresamente el Dr. Roncoroni- la declaración de inconstitucionalidad "es un acto de suma gravedad, al que sólo debe recurrirse cuando una estricta necesidad lo requiera, en situaciones en las que la repugnancia con la cláusula constitucional sea manifiesta e indubitable y la incompatibilidad inconciliable".

Tratándose de un precepto cuya letra y espíritu claramente se inclina por la solución restrictiva, limitativa de quienes tienen derecho a reclamar daños de esta naturaleza, criterio éste que cabe aclarar todavía suscita adhesiones de parte de la doctrina nacional y extranjera y en el derecho comparado (ver Mosset Iturraspe Responsabilidad por daños To. V p. 247 y ss), corresponde proceder con suma prudencia en el análisis de razonabilidad o tolerancia constitucional, máxime cuando no existe unánime consenso si dicha titularidad puede

sujetarse, condicionarse a determinados parámetros o admitirse legitimación sin cartabones de personas excluidas. Repárese que de lege ferenda, en los proyectos de reforma no ha existido siquiera uniformidad en la propuesta de tratamiento. Así mientras en el Proyecto de Código Unico de 1987 ninguna modificación se previó, la Comisión decreto 468/92 agrega al elenco legal la de las personas que convivan con la víctima fallecida al tiempo del hecho, en tanto la Comisión Federal hace caso omiso de esa circunstancia e incluye únicamente a los hermanos y el Proyecto de 1998 (art. 1689) da una formula mucho más amplia, sobre uno de cuyos aspectos volveré. Tal diversidad de propuestas, a cuyo abanico podrían sumarse la de Trigo Represas-Lopez Mesa (Tratado IV p. 481) quienes solo admiten la potencialidad reclamante de quien está unido al occiso por un vínculo jurídico pero no por uno de hecho; la de 'los vínculos de parentesco con un entendimiento flexible, abarcando a quienes desempeñen roles familiares aunque no lo sean, como propugna Zavala de Gonzalez (ob. cit. p. 83 y 87), y la derogación lisa y llana del segundo párrafo del artículo como lo hace Vazquez Ferreyra (JA 1991-II-826), revela las dificultades que presenta visualizar lo que reglamentariamente es mínimamente justo y razonable.

En ese contexto, estimo útil para desentrañar el alcance de lo que es la doctrina de nuestro Superior y precisar, en la medida de lo posible mientras no se produzca la reforma, las pautas y condiciones para el apartamiento de la norma con el fin de no sustituir con "conceptos" propios los del derecho objetivo en tanto no se afecte una "concepción" constitucional (Dworkin Ronald " Los derechos en serio" p. 213), recurrir como guía a la regla del Proyecto de 1998, expresada de la siguiente forma: "Los tribunales tienen atribuciones para asignar legitimación a otros sujetos, en los casos especiales en los que el hecho tiene un grado de repercusión que excede del ordinario, habida cuenta de su vinculación con el damnificado y las demás circunstancias". Creo sinceramente que ese fue el entendimiento de la cuestión en el voto que hizo mayoría y lo que tuvo en mente su emisor en función de las particularidades del caso decidido."

El camino emprendido en ese fallo de nuestro Superior ha sido marcado con un nuevo hito, de enorme trascendencia por la situación objetiva que aborda y la seguridad jurídica que depara en el ámbito

provincial, al resolverse en causa C100.285 del 14 de septiembre de 2011 la inconstitucionalidad del mencionado artículo como excluyente de la legitimación activa para reclamar daño moral por fallecimiento del concubino/a.

Tengo para mi, al margen de la injusticia que en ciertos casos la exclusión determinaba, que esa era una de las cuestiones que más dificultades interpretativas suscitaba desde la visión del ordenamiento civil como un todo hasta de las normas supralegales en juego, como para decidir si se trataba de una irrazonable reglamentación del derecho a resarcimiento de daños de esta naturaleza (arts. 28 CN y 30 Convención Americana de Derechos Humanos). A las poderosas razones fundantes-punto 3- del voto del Dr. Hitters, con las consideraciones adicionales de los Dres. Pettigiani y Soria, podrían contraponérseles serios argumentos, aunque los mismos no fuesen compartibles, referidos a que no se trata de una diferenciación descalificable ni discriminatoria de otras clases de familia, circunscribir este daño jurídico a la afectación de precipuos valores de base exclusivamente matrimonial; distinción que ha inspirado una variada y subsistente gama de regulaciones, tanto del derecho nacional como comparado, que operan como valladar a reclamos de la pareja conviviente o en unión de hecho (vgr. derechos sucesorios, derecho real de habitación del cónyuge, beneficiario del bien de familia, etc). Y, ante el conflicto de valores o apreciaciones sostenibles, abstenerse judicialmente de tan severa decisión (al margen, insisto, del criterio personal al que se adscriba) entendiendo que debía ser el órgano legislativo el competente para zanjar en definitiva el asunto. Prueba de ello ha sido no solo la anterior doctrina legal de la misma Suprema Corte, sino que a la fecha sólo dos Superiores tribunales provinciales (STJ Chaco 23/10/2007 LLLitoral 2008-168 y STJ Rio Negro 28/11/2007 LLPatagonia 2009abril, 745) y algunas Cámaras de Apelaciones, quienes se habían atrevido a este paso que implica un cambio copernicano.

Lo cierto es que ante la descalificación constitucional o más precisamente Convencional de la norma limitativa al respecto efectuada por la SCBA, los inferiores no tenemos ya margen de duda para su no aplicación, operando aquella declaración incluso de oficio (Procede la declaración de oficio de inconstitucionalidad de una norma cuando su contenido ha sido concluyentemente descalificado por la Corte Federal o cuando lo ha sido por esta Suprema Corte o cuando exigiendo el previo cuestionamiento expreso se pusiere en riesgo la efectividad de la tutela judicial SCBA, C 86429 S 22-8-2007 y C 92262 S 10-6-2009, Juez SORIA)

.

A la luz de ello, configurado in re ipsa el perjuicio y sin dejar de considerar en cuanto a su cuantificación la repercusión en este plano de las conclusiones periciales de la Psicóloga Chiesa (fs. 611/613) como la naturaleza distinta y características propias del vínculo de hecho, propongo se recepte este tramo del recurso admitiendo el reclamo por el importe de \$ 80.000, cantidad a la que debe descontarse el 20% determinado en el punto III.2 , quedando en consecuencia el monto de la condena fijado en \$ 64.000.

c) Estando circumscripta la incapacidad sobreviniente de la actora al daño psicológico, por el que se reconoció el tratamiento respectivo bajo el concepto daño emergente futuro, corresponde el tratamiento conjunto de los cuestionamientos que se les formulan.

En ese menester, considero que la determinación pericial de la Psicóloga Chiesa en cuanto a la existencia de un cuadro de depresión severa y/o involutiva, con incidencia negativa en aspectos laborales y sociales de la actora y un porcentaje estimado de incapacidad del 10 al 25% según baremo y próximo al tope (aclaración fs. 656vta.), por sus fundamentos científico- profesionales que expone en el informe de fs. 611/3 y explicaciones brindadas a fs. 656/7 y 662/665vta., no alcanza a ser desvirtuada por el supuesto déficit que se le achaca de no haberse realizado una batería de test que en forma profana se postulan

defensivamente como pertinentes. La entrevista psicodiagnóstica constituye una técnica de la especialidad para la que los profesionales están suficientemente preparados. No todo diagnóstico en cualquier área de la salud requiere en forma ineludible de estudios o exámenes complementarios. En el caso incluso aparecían como contraproducentes: "Teniendo en cuenta el evidente estado de afectación anímica, presentado por la actora al momento de la evaluación, no se consideró oportuno, la administración de tests psicodiagnósticos que pudieran provocar un efecto iatrogénico en la examinada" (fs. 613 punto 10). Las conclusiones a las que arriba la experta en las esferas intelectual, emocional y volitiva, lejos están de aparecer como desprovistas de fundamento y de un análisis previo, de cuyo rigor y validez científica no encuentro razones para sospechar (art. 474 del CPCC).

Por otra parte la circunstancia de que tal afectación no haya obligado a una licencia por enfermedad en el desempeño de sus tareas docentes, si bien tiene relevancia para apreciar su entidad y el grado de incidencia que en concreto tuvo en esa faceta de su vida, no es motivo suficiente para desconocer su existencia y las repercusiones en ese y otros planos, desde lo estrictamente patrimonial.

Dicho esto, cabe puntualizar que el juzgador además de \$60.000 fijados por la minusvalía otorgó por daño emergente futuro el costo de tratamiento psicológico por un plazo y frecuencia diferente y en alguna medida superior al aconsejado pericialmente (la experta prescribió tratamiento psicológico por un año con frecuencia de una sesión semanal y continuación de tratamiento psiquiátrico de duración a determinar y el A-quo computó tres años con dos sesiones semanales).

Útil resulta entonces traer a colación algunos de los conceptos que tuve oportunidad de vertir en Expte. N° 41078 LS 47 n° 80 sent. del 4 /4/2006 "Con el claro propósito de hacer operativo el principio de evitar la injustificada duplicidad resarcitoria, se han dado diversos tipos de respuestas al reclamo simultáneo de estos dos rubros, suscitándose la

cuestión en gran medida en las situaciones de daño y tratamiento psicológico aunque los argumentos son los mismos para las lesiones físicas. Así, por un lado se ha sostenido que juzgándose una incapacidad definitiva, los gastos de un hipotético tratamiento que en el futuro rehabilitaría deben compensarse con lo percibido en exceso por una incapacidad que, en ese deseable supuesto, habría dejado de tener la magnitud y estabilidad considerada (CNFed. Civ y Com. Sala 2ª JA 1978-III- 159; "Cuando en concepto de indemnización por incapacidad sobreviniente se ha tenido en cuenta la totalidad de las incapacidades físico-estéticas y psicológicas descriptas por los respectivos peritos, atendiendo a los porcentuales por ellos estimados, no corresponde acceder a la pretensión de la actora de que se le reconozca, además, el monto correspondiente al costo de la cirugía plástica y del tratamiento psicológico aconsejado por expertos, pues, si se admitiera tal reclamo, se superpondría o duplicarían en esa medida incapacitaciones derivadas del hecho ilícito, no correspondiendo reconocer, además, el costo de los tratamientos que producirán presumiblemente, al menos, la disminución de esas secuelas incapacitantes" C. Nac. Civ., sala C, 16/04/1998. JA 2001-IV-síntesis; ver también JUBA B350435 CC0203 LP, B 68865, RSD-71-90, S, 24-4-1990). En el otro extremo, si las secuelas son reversibles, limitando la indemnización al importe del tratamiento (C. Civ., y Com. San Martín, sala 1ª, 5/2/2004, "Reinoso, Roberto v. Cataldo, Rafael y otros", JA 2004-III, fasc. 11, p. 88; v Higthon, Elena, "Accidentes de tránsito. Daño resarcible como lucro cesante y daño emergente en caso de lesiones a las personas, desde la óptica de los jueces", en Revista de Derecho de Daños, n. 2, "Accidentes de tránsito II", p. 54; C. Nac. Civ., sala 1ª, 23/6/2000, "F. M. N. v. V. G. D. y otros", LL 2001-B-722; dictámen de Procuración y voto en minoría del doctor Pettigiani de la SCBA Ac 69.476 9/5/2000).

Con una visión diferente, en la que me enrolo, se ha dicho que no existe tal incompatibilidad, despejándose el peligro de incurrir en demasía indemnizatoria si se formulan las disquisiciones del caso. Considero que la postura que limita el resarcimiento a la incapacidad determinada es reprochable en tanto no se condice con la exigibilidad de una conducta por parte de la víctima de evitación y no agravamiento del daño, prefiriendo atenerse a lo siempre conjetural de una incapacidad

futura permanente por la dificultad de debitar la incidencia favorable de una erogación determinable con mayor precisión. La antagónica postura es asimismo pasible de crítica, además de por no computar que aunque el resultado del tratamiento haga desaparecer toda secuela opera para el futuro pero no borra la incapacidad existente hasta entonces, también imputable al responsable del ilícito (del voto del Dr. Laborde que hizo mayoría en el Ac. SCBA n° 69476 citado), parte de la premisa errónea de considerar que en materia de salud pueda existir una certidumbre casi matemática de remisión o rehabilitación absoluta, inviable de acuerdo a la naturaleza humana y científica por más exactitud del diagnóstico y pronóstico y de equiparar lo reparado o restaurado con lo sano o no afectado."

Agregaba que tanto en los casos de tratamientos paliativos como curativos "solo resulta esperable una disminución de la minusvalía proyectada. De lo que se trata es en última instancia de una chance o probabilidad más o menos cierta de mejoría, que se adquiere por el tratamiento médico previsto y que debe ser valorada en sentido contrario a las pérdidas de oportunidades que por el concepto se indemnizan."

Bajos tales premisas y teniendo en cuenta que a) "probablemente, un tratamiento psicológico coadyuve a disminuir parcialmente el estado patológico, no pudiendo establecerse con exactitud, el porcentaje en que dicha terapia, reducirá la incapacidad estimada en la actora. Debería ser evaluado en el transcurso de los tratamientos" (aclaración de la perito Chiesa a fs. 657 in fine); b) la sintomatología observada corresponde al nivel grave y estaba presente a más de cinco años del accidente y deceso de su pareja; c) el estado de depresión y angustia ha llegado a la ideación suicida; d) los costos de la terapia han sufrido un incremento desde el momento del informe al de este pronunciamiento; e) la necesidad de un tratamiento psiquiátrico complementario y continuado de duración y costo indeterminados; f) el derecho de elección de la asistencia terapéutica de la víctima a procurar la

mejor posible y de su confianza con el límite de la razonabilidad que impide sobrepasar determinada medida objetiva, de manera infundadamente gravosa para el responsable (Morello JA 1968-V-723; Zavala de González, ob cit. To. 2a p. 95/97); g) la incapacidad relevante no es sólo la laborativa sino que debe ser considerada en forma amplia, proyectada a las restantes actividades o facetas existenciales de contenido patrimonial aunque sea en forma indirecta o potencial; h) la conservación del empleo y más específicamente el que la víctima continúe trabajando "no trasunta ninguna seguridad y ni siquiera una fuerte probabilidad de que se mantendrá dicha situación productiva por el resto de la vida útil del afectado", debiendo atenderse a las posibilidades o potencialidades genéricas y futuras y no solo a lo actual y a un trabajo determinado; aunque la circunstancia de que no genere un lucro cesante actual, sino simplemente la frustración de una chance "debe determinar una indemnización más reducida que en la hipótesis opuesta" (Zavala de González , idem, p. 318 y ss) e i) no constituyendo el daño psíquico, más allá de su autonomía conceptual, un tercer género indemnizatorio, las repercusiones negativas de índole extrapatrimonial fueron atendidas atendidas como daño moral al levantarse la barrera en cuanto a la legitimación activa para su reclamo.

Por todo ello, estimo apropiado 1) reducir la indemnización por incapacidad sobreviniente a \$ 50.000, suma que descontado el 20% (punto III.2. b.) queda en definitiva fijada en \$ 40.000 y 2) reducir el monto por daño emergente futuro- costo de terapia- a la suma de \$ 7.500, en función de lo prescripto por la psicóloga en cuanto duración y frecuencia del tratamiento psicológico; difiriendo para la etapa de ejecución de sentencia (doctr. arts. 165, 500, 509 CPCC) en la que el psiquiatra tratante informe sobre la necesidad, duración estimada y costo

de este aspecto también necesario para la atención de la damnificada, la fijación de la suma por éste subconcepto (arts. 1068, 1069, 1086 CCivil).

2) Autos Pascucci: a) Versando las críticas sobre la cuantificación de los dos conceptos resarcitorios, las objeciones - obviamente en sentido contrario- de las partes hace procedente algunas aclaraciones:

* Con gran acierto, Orgaz ("El daño resarcible" n° 61) explicaba que el criterio implícitamente adoptado por los tribunales de fijar el monto de la indemnización a la fecha en que se produjo el daño "no suscitaba objeciones prácticas y se aceptaba sin inconvenientes en todos los casos en que el daño producido había sido instantáneo -esto es no progresivo- y la diferencia de tiempo entre aquel día y el del pago de la indemnización no influía apreciablemente sobre el monto a pagar por el responsable". Empero en supuestos de variaciones intrínsecas (agravación es el más frecuente) o extrínsecas -el fenómeno de la inflación- , el sentenciante debe computar tales circunstancias "Esta solución no ofrecía ningún inconveniente legal para su consagración por los jueces: la ley, en efecto, no contiene ninguna norma que obligue a adoptar un día determinado para servir de base a la indemnización. Esta es una cuestión dependiente de la apreciación judicial, de acuerdo con las circunstancias, y al variar estas la antigua regla podía - y aún debía- ser apartada y sustituida por otra que asegurara la indemnización plena". En el mismo sentido Trigo Represas-Lopez Mesa Tratado de la Responsabilidad To. IV p. 854 y notas 185 y 186.

Siempre debe fijarse la suma indemnizatoria con el criterio y en la cantidad necesaria para restituir el patrimonio del afectado a la situación anterior, sin plus ni enriquecimientos indebidos para ninguna de las dos partes (Conf. precedentes de este Tribunal con mi voto en Exptes. N° 36892 "Berardino, Alberto c/ Martínez, Jacinto s/ Daños y Perjuicios").

L.S. N° 43 n° 329 del 19-9-02 ; N° 39293 "Forti Juan c/ Solmi Amadeo José s/ Daños y Perjuicios LS 45 n° 387 del 31-8-04).

Dice Zannoni ("El daño en la responsabilidad civil" n° 809): "ambos supuestos -incapacidad y muerte- tienen en común que constituyen fuente de daños futuros (en relación a la sentencia y no, valga reiterarlo, en relación al hecho dañoso) y que, consecuentemente. Se estiman por el juez en un momento (el de la sentencia) anterior a su producción efectiva. En estos casos, el juez realiza lo que se ha dado en llamar una función 'profética', pues su sentencia, su juicio, sintetiza una serie de datos fácticos del pasado para proyectarlos al futuro. Es importante advertir que en estos rubros es donde se hace imprescindible el deslinde conceptual entre la estimación de los daños y su tasación: la aestimatio y la taxatio que recordábamos citando a Ascarelli..... el juez estima el daño futuro -en estos casos lucro cesante futuro- en base a la medida de un interés actual en el patrimonio damnificado. Por eso, lo que se hace en vista o de cara al futuro es la estimación de la medida del daño, pero su tasación o liquidación se hace tomando en cuenta el valor actual de esa medida" agregando que "su monto - es decir la taxatio del daño- no está sujeto a rigurosos cálculos matemáticos y queda deferido al prudente arbitrio judicial" , sin que esto implique quitar relevancia a determinados parámetros objetivos en punto a la estimación de la capacidad productiva de la víctima según su edad, capacitación, nivel socio-económico por actividad e ingresos además de los requerimientos/potencialidades según circunstancias personales de los damnificados indirectos. Y en tal sentido será un elementos más orientativo del cálculo la variación de ingresos acaecida por el tipo de actividad desarrollada desde la fecha del suceso al momento en que debe liquidarse en moneda el perjuicio;" sin que pueda verse en ello una

violación del principio nominalista. No existe hasta entonces deuda dineraria, respecto de la cual pueda predicarse conceptualmente su actualización" (CC0001 LM 549 RSD-7- S 15-4-2004 JUBA B3350566; CC0002 SM 35161 RSD-21-94 S 17-2-1994 JUBA B2000547; CC0203 LP, B 68151 RSD-227-89 S 7-11-1989 JUBA B350360). Es que el órgano jurisdiccional cuenta con las potestades que le confiere el art. 165 del ordenamiento procesal para proceder a determinar la cuantía del daño, pudiendo valerse a tal efecto de las referidas máximas de la experiencia universal. Aquello que entra dentro de la cultura de todas las personas, que está en la realidad de las cosas, y que es conocido suficientemente por el pueblo, no puede ser ignorado por el juez. Es lo que ocurre tratándose de la variación de sueldos, remuneraciones o ingresos que ha experimentado el mercado laboral o actividad económica de nuestro país desde el año 2005 a la fecha, pues si se prescindiera de ese conocimiento se estaría dictando una sentencia a espaldas de lo que todo el mundo sabe, con grave desprestigio para la función jurisdiccional (arts. 163 inc. 6, 164, 384 del Cód. Proc. arts. 1068, 1083 CCivil) Cfme. CC0201 LP, B 73163 RSD-118-92 S 12-5-1992 JUBA B251130)

* Las reglas sustantivo- procesales de los arts. 1084 y 1085 CCivil , a las que alude el sentenciante y cuyo juego fue desarrollado en mi voto en el precedente Cura c. Funes que cita, conllevan un daño presunto *iuris tantum* regido por el parámetro objetivo de los requerimientos existenciales de los accionantes, que puede ser ampliado por estos si demuestran que la víctima estaba en condiciones y aportaba recursos que superaban esa necesidad y por los obligados si acreditan que la contribución era inexistente o insuficiente para satisfacer la subsistencia de los pretensores, sujeto todo ello a las pautas de la condición socio-económica del fallecida , para adecuar aquel daño presunto al daño real.

No debe olvidarse tampoco que de acuerdo a la doctrina legal de la Suprema Corte en los casos Lojo Vilela (Ac. 36.983), Barce de Carretoni (Ac. 35428) Guala (AC. 45499) Vivas (C87938) etc. esta presunción legal de daño alcanza a los hijos mayores "mientras no se demuestre lo contrario", por lo que no cabe computarlo únicamente hasta que se alcance la edad de 21 años u hoy 18 años. Claro está que en la traducción dineraria de la valoración de pérdida de chance de ayuda económica debe computarse la proyección a futuro de las capacidades productivas y probables necesidades del damnificado indirecto y del fallecido.

* Que habiendo percibido Brenda Pascucci de Province ART la suma de \$ 14285,50 son predicables en el caso iguales consideraciones a las formuladas en el punto IV.1.a

* La distribución de la indemnización entre el cónyuge o pareja de la víctima y sus hijos, debe atenerse al daño sufrido por cada uno de ellos, debiendo tenerse en cuenta que la dependencia económica es solo relativa en lo que a la pareja concierne y diferente en lo que a los hijos se refiere cuando logran desarrollar su capacidad productiva (para cuya apreciación las condiciones personales - edades, estado familiar, estudios y trabajo- de los implicados, explicitadas en el pronunciamiento, además de las necesidades propias y capacidad económica del fallecido -ya que las mismas determinan el excedente que podría aportar-, son los extremos decisorios para un juicio basado en la sana crítica).

* El daño moral, en caso de muerte, tratándose la damnificada de la hija, su existencia se tiene por acreditada por el solo hecho de la acción antijurídica y la titularidad de la accionante. Es una prueba re ipsa (Orgaz, "El daño resarcible" p. 238). Estamos al igual que en el rubro anterior de un daño legalmente presumido (art. 1078 del C. Civil).

El deceso de un padre produce la afectación profunda de los más íntimos sentimientos, que no reconoce límite de edad para su configuración aunque sí en su extensión, en el progenitor o la

sobreviviente. La ligazón afectiva, normalmente entrañable, entre padres e hijos, no se rompe o anula a pesar de llegar estos a su madurez y autonomía vital, aunque el mismo se magnifica cuanto más joven sea el descendiente, no sólo por un mero factor cronológico, sino porque a la mutilación del ser depositario del afecto filial se agrega la pérdida de alguien destinado a ser guía, educador y sostén en el desenvolvimiento personal en ciernes (Zavala de González, obra mencionada To. 2b p. 218/220, JUBA B1700478 CC0001 SI 70497 RSD-344- S 12-11-1996).

Cabe asimismo tener presente que los parámetros con que se mide la magnitud del perjuicio daño patrimonial por la pérdida de la vida no sirven para mensurar el daño que se inflige espiritual y moralmente a quienes exhiben legitimación para reclamar su resarcimiento (Zannoni Eduardo, "El daño en la responsabilidad civil" p. 155). Como acertadamente se reconoce, se trata de un daño autónomo e independiente del patrimonial que no tiene porqué guardar relación o proporción alguna con éste, en tanto no se supedita a la productividad de la víctima (Zavala de González, ob. cit. To. 2A p. 518 y jurisprud. allí citada; Azpeitia-Lozada-Moldes " El daño a las personas" Ed. Abaco p. 123/4).

En función de lo expuesto, propongo elevar la indemnización por el denominado valor vida a la suma de \$ 70.000 - ya descontado lo abonado por la ART-, y el daño moral a \$ 100.000; importes estos que con la detracción del 20% (punto III.2. b.), quedan establecidos como montos de condena en \$ 56.000 y \$ 80.000 respectivamente

b) Resta tratar el agravio relativo a la condena en costas impuesta a la actora respecto de la acción dirigida y rechazada contra Marcela Otermin, Elsa Lima y la aseguradora San Cristobal Soc. Mutual de Seguros Generales; criterio adoptado tanto en este expte nro. 3234/2005 como en los nros. 55/2006 y 1368/2007 y sobre lo cual hay impugnación en todos ellos, por lo que se resuelve en forma conjunta.

Conocidas son las distintas posturas jurisprudenciales para el caso de rechazo de demanda contra uno de los litisconsortes, que van

desde la aplicación inflexible del principio objetivo de la "socombenza" haciéndolas recaer en el actor, a la imposición en lo que hace también a la pretensión rechazada por el responsable que debe indemnizar con fundamento en la teoría del resarcimiento o en la distribución por el orden causado ante el hecho de imposibilidad de individualizarlo a priori que opera como un supuesto de excepción admitido por la segunda parte del art. 68 de nuestro código ritual (para una reseña de las mismas remito a Loutayf Ranea " Condena en costas en el proceso civil" n° 190 p. 410 y ss)

Este tribunal tradicionalmente ha adscripto a la segunda de las tesis (ver entre otros mi voto en Expte. N° 41114 LS 47 n° 286 sent. del 29/8/2006), al considerar que el no reconocimiento espontáneo de la responsabilidad que le correspondía al que resultó condenado y consiguiente asunción de su obligación resarcitaria ha justificado el reclamo judicial como fuera intentado y debe hacerse cargo de las consecuencias - también las accesorias- derivadas de su proceder y porque sustancialmente en particular en el caso de accidentes de tránsito con acciones enmarcadas en un régimen objetivo de responsabilidad, ha resultado vencido en el conflicto suscitado con aquel o aquellos litisconsortes que fueron liberados, en cuanto a la causación del suceso o fracturación total del nexo por el obrar de un tercero ajeno.

Más allá de mantener personalmente esa opinión, no puedo desconocer la doctrina legal de nuestro superior, que emerge de la causa causa C. 92.544, "Polizza, Leonilda Rosa c/ Empresa de Transporte Línea 7. Daños y perjuicios" sent. del 6 de mayo de 2009, en la cual el Dr. Hitters se ocupó de esta problemática adoptando la postura final, esto es la de las costas por su orden.

La importancia de sus argumentos hace conveniente la transcripción parcial de su voto: *"... tratándose de un litisconsorcio facultativo, en el que el sentido de la decisión puede ser diversa para cada uno de sus integrantes (como sucede en el sub lite), cuando la sentencia es favorable a alguno de ellos y contraria a otro u otros, la condena al pago de*

los gastos causídicos deben ser analizada de modo independiente de acuerdo con el resultado del litigio para cada sujeto (art. 68, C.P.C.C.; Palacio, Lino E., Derecho Procesal Civil, t. III, p. 389).

3) Por aplicación de tales premisas, en los supuestos de pluralidad subjetiva pasiva (caso de autos), el acogimiento de la acción respecto de uno de sus componentes no obsta a la adjudicación de las costas al actor por la desestimación de la demanda respecto de los restantes accionados.

Es que en definitiva, generándose en estos casos una acumulación subjetiva de pretensiones por razones de conexidad, la suerte de cada una puede diferir, no sólo en cuanto al fondo del asunto, sino también en lo que respecta a la aludida condenación "accesoria".

4) Ciertamente es que en determinadas circunstancias se ha permitido la eximición de las costas al accionante que no pudo precisar con anticipación la suerte de su reclamo por la particular mecánica de los acontecimientos. Así, se ha señalado que si el legitimado activo al demandar lo hizo contra las cabezas visibles de un acto ilícito, ya que no estaba en condiciones de individualizar a priori al responsable de aquél o de establecer la medida de tal responsabilidad, las circunstancias de que la acción haya prosperado contra uno solo de los codemandados, no coloca al primero en situación de vencido y por ende no corresponde imponerle la erogación de los gastos del pleito (conf. Ac. 34.408, sent. del 11 XII1986; Ac. 49.270, sent. del 4V1993; Ac. 52.049, sent. del 17X1995; Ac. 52.609, sent. del 12IX1995; Ac. 58.853, sent. del 20 V1997; en similar sentido, v C.S.J.N., causa C.50.XXXV, "Cherra, Patricia c/ Jouan, Luis Alberto y otros", sent. del 4V2000, Fallos 323:1006).

Pero dicha doctrina, si bien como dije permite excluir al demandante de los gastos del proceso, no impone colocar las mismas en cabeza del litisconsorte perdedor, ya que en verdad éste no resulta vencido en la pretensión que contra el codemandado victorioso inició el primero.

5) De lo expresado puede concluirse que:

a) en supuestos de litisconsorcio pasivo facultativo, no corresponde por regla imponer al litigante condenado (sobre el fondo), las costas procesales por el rechazo de la acción contra los restantes codemandados, ya que se trata de pretensiones respecto de las que el primero no resulta vencido en los términos del art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial.

b) sin embargo, ello no implica que la adjudicación automática de los gastos causídicos corresponda en tales hipótesis al actor, ya que de acuerdo con la doctrina de esta Corte reseñada supra (ap. "4"), corresponde eximir de tal suerte a quien insta al proceso cuando no estaba en condiciones de individualizar a priori al responsable del evento o de establecer la medida de tal responsabilidad.

c) por lo que la única posibilidad de resolver el tópico de marras en hipótesis como las aludidas, es aplicar respecto del accionante y con relación las costas por las pretensiones rechazadas contra los codemandados victoriosos, la eximición prevista en el art. 68, 2º parte, del ordenamiento adjetivo, sin más.

6) No se me escapa que esta interpretación conlleva a que el copartícipe del polo pasivo del proceso que triunfó frente al actor deba cargar con los gastos de su defensa, pero esta situación es la que se presenta en todos los casos en que se exceptúa al vencido de dichas obligaciones "accesorias".

7) En suma, la impugnación encuentra asidero respecto de la improcedencia de imponer las costas del proceso a quien no resulta vencido en las pretensiones articuladas contra los litisconsortes pasivos victoriosos (art. 68, C.P.C.C.), por lo que dicha parcela del decisorio debe ser revisada.

Sin embargo, ello no conlleva en el caso a colocar dichas erogaciones a cargo del accionante perdidoso, que de acuerdo al criterio aludido supra (ap. "5.b") debe ser eximido de las mismas (art. 68, 2º parte, ord. cit.)."

Es por ello que con el alcance indicado deben prosperar las impugnaciones, distribuyendo las costas de la instancia anterior en lo referido a las acciones dirigidas contra los responsables del Fiat Duna y su aseguradora por su orden (art. 68 segunda parte CPCC).

3) Autos Palumbo: a) Para decidir sobre las impugnaciones a las indemnizaciones otorgadas por "valor vida" o pérdida de chance derivada del fallecimiento de María Carla Sabato a favor de su hijo menor Pedro Focareta y sus padres Juan Carlos Sabato y Ana María Palumbo, corresponde reseñar las circunstancias personales que han de conformar la base decisoria, en el marco ya referido de los arts. 1084 y 1085 del Código Civil.

La víctima tenía 26 años de edad, el hijo 5 años y los padres (con quienes convivían fs. 452 primera posición) 71 años él y 54 años ella, al momento del accidente (certificados de fs. 17, 20 y 21).

La tenencia de Pedro Focareta estaba a cargo de la madre y percibía del padre del menor \$ 180 por alimentos al año 2001 (ver fs. 354 y 355).

La víctima cursaba estudios de Analista de computación en la Facultad de Informática de la UNLP, con 11 materias aprobadas sobre un total de 20, según lo informado por la Universidad a fs. 407 y se desempeñaba como docente en la Escuela de Educación Media de Arribeños (v. oficio fs. 385, con un ingreso mensual reconocido de \$ 84 fs. 452 4a. posición art. 409CPCC) y sin relación de dependencia en el Jardín Maternal Rosarito, dando clases de Informática y Computación, con un ingreso de \$ 50 mensual (fs. 383); como promotora de seguros para Federación Agraria Argentina Filial Arenales (fs. 374), percibiendo un 35% del premio por vehículo asegurado (fs. 387) y productora /cobradora de capitalización en Ahorro Confort, percibiendo una comisión mensual promedio de \$ 500 (informe de fs. 376/7).

De los dichos de los testigos Ratto(fs. 345) Ducase (fs. 347) y Cavachevich(fs. 349) - resp. 4, 5 , 10, 12- también resulta que realizaba trabajos en computación, obteniendo un ingreso del orden de los \$ 300; que el padre es jubilado y la madre docente y en correlato con las absoluciones de posiciones de fs. 452/457 que se ayudaban recíprocamente (arts. 384 y 456).

Aún con la irónica alusión a una "frenética actividad" que formula a fs. 1098vta. el Dr. Rosellini como apoderado de Martinez, Rasente y la aseguradora, innegable resulta que la occisa era una joven con grandes potencialidades demostradas a través de una actitud laboral emprendedora.

Debe igualmente computarse que conformaba una unidad patrimonial familiar con sus padres reclamantes, quienes por sus edades y nivel de ingresos/ocupación, en el presente o un futuro cercano - y a medida del desarrollo profesional /económico de aquella- habrían de contar con su apoyo o ayuda, en mayor medida al que mutuamente venían prestándose.

Imposible resulta soslayar las necesidades inherentes y progresivas a la crianza del pequeño, para la cual contaba muy poco con el auxilio del otro progenitor.

Para finalizar estas breves consideraciones que se adunan a las realizadas en el fallo en revisión, se hace extensivo al presente lo expuesto en el punto IV.1.a) en lo que hace a lo pagado al menor por la ART bajo forma de renta vitalicia de \$ 42.117.

Con esta plataforma, estimo muy bajos los montos indemnizatorios establecidos, proponiendo se eleve la indemnización fijada por el rubro para el menor a \$ 90.000 (ya deducido la suma de ART) y para los padres a \$ 36.000 para cada uno. Efectuada la detracción del 20% (punto III.2. b.), quedan determinadas las sumas de condena en \$ 72.000 para Pedro Focareta; \$ 28.800 para Juan Carlos Sabato y \$ 28.800 para Ana Maria Palumbo (arts. 1068,1079, 1084,1085 CCivil, 165,384 CPCC).

b) En lo atinente al daño moral liminarmente es de precisar que si la situación lesiva no determina un fallecimiento instantáneo, la víctima sufre un innegable daño moral reclamable en carácter de damnificada directa (art. 1078 CCivil) y la acción por ese daño pasa a los herederos sólo si hubiese sido antes promovida por su titular (art. 1099 CCivil; Zavala de

Gonzalez idem 2b p.99; Kemelmajer de Carlucci en Código Civil de Belluscio-Zannoni To. 5 p. 293) ; lo que resulta independiente claro está del derecho de los mismos iure propio y como damnificados indirectos por las secuelas espirituales disvaliosas que les ocasiona la desaparición del ser querido (art. 1078 in fine).

Lo dicho excluye como concepto resarcitorio los daños de índole espiritual experimentados por los padecimientos que soportara Maria Carla durante los 44 días de internación desde el accidente hasta su deceso.

Ahora bien, en lo que hace a las afectaciones propias de esa naturaleza del hijo y los padres, sin perjuicio de señalar que la distinta etiología del dolor en función de los vínculos no determina per se una diferencia en cuanto a su extensión y resarcibilidad, el principio de individualidad o personalidad del daño exige contemplar las diferentes situaciones para dar más a quien más pierde.

Y en este sentido, sin mengüa de reconocer que el daño moral de los padres, en confrontación con la pérdida de vida de otros seres es el más serio o de máxima aflicción, en tanto es evidente que la muerte de un hijo implica un quebrantamiento inimaginable respecto del cual no hay palabras que sugieran siquiera la medida de ese dolor (La muerte abrupta y anticipada a la ley de la naturaleza que indicaba que estaba destinada a sobrevivirlos, conlleva la mutilación de un valor incomparable desde el ángulo de los sentimientos de quienes la trajeron al mundo y de forma general y normal la hicieron centro de sus más hondos afectos, depósito de sus afanes y desvelos y proyección espiritual más allá de su propia existencia), agigantado en el caso por la misma edad de la víctima y la estrecha cercanía -convivencia- para afrontar los desafíos de vivir; deviene inconmensurable el que padece el hijo menor, al verse privado a los cinco años de la madre, única progenitor con la que convivía sirviéndole de sostén, apoyo y guía en el proceso formativo que recién comenzaba de su

personalidad; con los enormes cambios y adaptación que la situación provocada genera .

Considero así que las sumas deben otorgadas deben ser elevadas a \$ 110.000 para el hijo Pedro Focareta y a \$ 100.000 individualmente para la madre y el padre. Dichas sumas, descontado el 20% (punto III.2. b.) quedan fijadas en \$ 88.000 y \$ 80.000 respectivamente.

c) Respecto del daño emergente admitido en favor de los padres, vinculado a la adquisición de parcela en el cementerio municipal y gastos de construcción de una bóveda familiar, por importes de \$ 325,60 y \$ 4.800 respectivamente, la primera reflexión que cabe formular es que los gastos de sepelio, al ser consecuencia natural y ordinaria del fallecimiento (arts. 901 y 1084 CCivil) , deben ser indemnizados aunque no exista prueba concreta acerca de la suma dineraria insumida al efecto (arts. 163 inc. 5to., 2da. parte, 164, 384, Código Procesal; JUBA B251319 CC0201 LP, B 75332 RSD-79-94 S 28-4-1994) lo que no excluye que la cuantía de la indemnización al vincularse con la proyección económica del daño debe ser probada por el reclamante aunque no medie objeción del demandado (Zavala de Gonzalez To. 3 p. 204) ; estando legitimados para accionar por ello sus padres - en el caso los parientes responsables más cercanos-, ya que aunque hubiesen sido afrontados por un tercero, éste tendría derecho de reembolso, lo que representa el pasivo en su patrimonio (CC0102 MP 70094 RSD-160-89 S 8-6-1989 JUBA B1400259). Empero los mismos deben ser los necesarios, los adecuados a la condición y fortuna de la persona y los usos del lugar (arts . 2307 y 3880 inc. 1; CC0201 LP 95598 RSD-248-1 S 5-10-2001, JUBA B254281) y el exceso debe ser soportado por quien lo realizó (CC0000 TL 8043 S 9-9-1986, JUBA B2200063).

Así las cosas y tomando en cuenta que el título de propiedad de las parcelas adquiridas figura a nombre de dos personas presuntamente familiares pero no los padres (ver fs. 69 y 72) y se trata de una bóveda familiar, con una capacidad superior a la necesaria para su entierro (ver fs. 378/9), corresponde adecuar su resarcimiento prudencialmente a la

suma de \$ 2500, que descontado el 20% (punto III.2. b.) queda fijada en \$ 2000.

4) Autos De Santis: El pormenorizado relato que se hace en el fallo a fs. 876/8 de los elementos probatorios (historia clínica, pericia psicológica y médica) de los que resultan las lesiones sufridas y secuelas dejadas, a los que cabe agregar los recibos de sueldo agregados a fs. 244/247 y 319/320 y los ingresos por actividades complementarias que realiza Valeria De Santis, según surge de las declaraciones testimoniales de Velasco, Valente y Ochoa (v. fs. 236/241; art. 456 CPCC), permite tener una visión suficientemente aproximada de la realidad de los daños que experimenta, resultando sólo un elemento indicador el porcentaje de incapacidad que según baremos las experticias han asignado, sin perjuicio de su correlato con lo establecido por la Comisión Médica Central de la Superintendencia de Administración de Fondos de Jubilaciones y Pensiones (ver fs. 258/265).

Debe además señalarse que la naturaleza -psíquica- de la lesión y secuela no determina un daño resarcible autónomo sino que corresponde sea apreciado en las consecuencias en los ámbitos patrimonial y extrapatrimonial que provoca (no existió así ningún error en el criterio del Dr. Cognigni de atenerse exclusivamente al costo de tratamiento psicológico como daño emergente futuro al ocuparse de este concepto reclamado en forma independiente; siendo aquí extensivas las consideraciones que hice en el punto IV.1.c); que para la fijación del quantum indemnizatorio no corresponde atenerse a cálculos matemáticos que suplan la prudente estimación judicial y que deben ser atendidos tanto la incapacidad total que se provocó como la transitoria y las alteraciones o agravamiento del daño.

En este sentido que el traumatismo de muñeca derecha y tobillo izquierdo no haya provocado inicialmente limitaciones funcionales no impide que derive posteriormente en secuelas por las correspondió tratamiento y genere incapacidad (ver historia de la enfermedad que hace

el perito traumatólogo Gómez a fs. 363 y explicación de fs. 393 puntos 1 y 3) y que incluso derive en la lesión de otras partes (en la cabeza del 2º MTT derecho, osteodondrosis "que podría haber sido producida por la sobrecarga del pie derecho ocasionada por la redistribución del peso corporal debido al esguince grave de tobillo izquierdo" (ver respuesta fs. 364 punto a). Ello al margen de la reacción vivencial neurótica postraumática con manifestación depresiva grado III.

En relación a esto último, sin que en modo alguno pueda entenderse como un desconocimiento de la afectación en cuanto disminución de aptitudes para el trabajo y la vida de relación que el trauma psíquico deparó (ver respuestas 3, 8 y 14 pericia de fs. 322/324) debe también aquilatarse su estructura neurótica de base (ver respuesta 6); que más allá su labilidad emocional, sentimiento de culpa-responsabilidad y temor a nuevas pérdidas quiso y volvió a trabajar "es decir puede sostenerlo" (ver respuesta 12) y que el tratamiento recomendado probablemente alguna incidencia favorable tendrá (respuesta 5). No considero en cambio que el que logre trabar nuevos vínculos afectivos, en la actualidad o a futuro, pueda implicar como se sostiene a fs. 1105 vta. un signo per se de mejoría si se desconocen los pormenores de la relación.

Por otra parte debe sopesarse la persistencia de las secuelas luego del tiempo transcurrido desde el accidente y la edad (27 años; fs. 17) al momento del accidente con la consiguiente proyección a futuro.

Así las cosas, estimo que las sumas fijadas deben ser elevadas a \$ 45.000 (efectuado ya el descuento de los \$ 12818,71 abonados por la ART) por incapacidad sobreviniente y a \$ 50.000 por daño moral, manteniendo la suma fijada por tratamiento psicológico (arts. 1068,1069,1086 y 1078 CCivil).

V. Las costas de Alzada, en función del éxito obtenido deben ser soportadas de la siguiente forma: Autos Ferrari: En un 90% a los demandados condenados y su aseguradora y en un 10% a la actora. Las

generadas por la actuación de la Dra. Repetti (representante de Otermín, Lima y San Cristóbal Soc. Mutual de Seguros) a cargo de los condenados y su aseguradora; Autos Pascucci - incluidas las generadas por la intervención de la Dra. Repetti- a los demandados condenados; Autos Palumbo y De Santis: A cargo de los demandados condenados, con excepción de las generadas por la actuación de la Dra. Repetti que serán soportadas en un 50% por los actores y el restante 50% por los Sres. Martinez, Rasente y su aseguradora (arts. 68 y 71 del CPCC).

TAL ES MI VOTO

El señor Juez Doctor Castro Durán, aduciendo análogas razones dió su voto en igual sentido sentido.-

A LA SEGUNDA CUESTION el Señor Juez Doctor Guardiola, dijo:

Atento el resultado arribado al tratar la cuestión anterior, preceptos legales citados y en cuanto ha sido materia de recurso –artículos 168 de la Constitución Provincial y 272 del CPCC, corresponde:

1) MANTENER la responsabilidad exclusiva fijada en cabeza de los demandados Martinez y Rasente como únicos obligados conjuntamente con su su aseguradora citada en garantía a indemnizar.

2) MODIFICAR las costas de primera instancia impuestas en exptes nro. 3234/2005; 55/2006 y 1368/2007 respecto de la acción rechazada contra Marcela Otermin, Elsa Lima y la aseguradora San Cristobal Soc. Mutual de Seguros Generales, las que deberán ser soportadas por orden.

3) ASIGNAR un 20% como factor de relevancia genética en la producción del fallecimiento de Pascucci y Sábado la falta de uso de cinturón de seguridad, fijando las sumas a indemnizar en exptes 5879/2005 (autos Ferrari); 3234/2005 (autos Pascucci) y 55/2006 (autos Palumbo) con el descuento de dicho porcentaje.

4) MODIFICAR la cuantificación de los daños de la siguiente forma: 1) AUTOS FERRARI: por rubro valor vida \$ 52.000; por incapacidad sobreviniente \$40.000 y por daño emergente futuro - tratamiento psicológico- \$ 7.500 , difiriendo para la etapa de ejecución de sentencia , en la que el especialista tratante informe sobre la necesidad, duración estimada y costo la fijación de la suma necesaria para tratamiento psiquiátrico. 2) AUTOS PASCUCCI: por valor vida \$ 56.000 y por daño moral \$ 80.000. 3) AUTOS PALUMBO: para Pedro Focareta \$ 72.000 por valor vida y \$ 88.000 por daño moral; para Juan Carlos Sabato \$ 28.800 por valor vida y \$ 80.000 por daño moral y para Ana María Palumbo \$ 28.800 por valor vida y \$ 80.000 por daño moral ; reduciendo el daño emergente para estos últimos por gastos funerarios (adquisición de parcela y construcción de bóveda) a \$ 2.000 y 4) AUTOS DE SANTIS: \$ 45.000 por incapacidad sobreviniente y \$ 50.000 por daño moral.-

5) ADMITIR el daño moral reclamado por Susana Mariel Ferrari por la suma de \$ 64.000.

6) Imponer las costas de Alzada como sigue: Autos Ferrari: En un 90% a los demandados condenados y su aseguradora y en un 10% a la actora. Las generadas por la actuación de la Dra. Repetti (representante de Otermín, Lima y San Cristobal Soc. Mutual de Seguros) a cargo de los condenados y su aseguradora; Autos Pascucci - incluidas las generadas por la intervención de la Dra. Repetti- a los demandados condenados; Autos Palumbo y De Santis: A cargo de los demandados condenados, con excepción de las generadas por la actuación de la Dra. Repetti que serán soportadas en un 50% por los actores y el restante 50% por los Sres. Martinez, Rasente y su aseguradora (arts. 68 y 71 del CPCC). Difiérese la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad (arts. 23 y 51 de la ley 8904).

ASI VOTO.

El señor Juez Doctor Castro Durán, aduciendo análogas razones dió su voto en igual sentido.-

Con lo que se dio por finalizado el presente acuerdo que firman los Señores Jueces por ante mí: FDO. DRES. JUAN JOSÉ GUARDIOLA Y RICARDO MANUEL CASTRO DURÁN, ANTE MÍ, DDRA. MARÍA V. ZUZA, Secretaria).-

//NIN, 14 de Febrero de 2012.-

AUTOS Y VISTOS:

Por los fundamentos consignados en el acuerdo que antecede, preceptos legales citados y en cuanto ha sido materia de recurso –artículos 168 de la Constitución Provincial y 272 del CPCC, SE RESUELVE:

1) MANTENER la responsabilidad exclusiva fijada en cabeza de los demandados Martínez y Rasente como únicos obligados conjuntamente con su aseguradora citada en garantía a indemnizar.

2) MODIFICAR las costas de primera instancia impuestas en exptes nro. 3234/2005; 55/2006 y 1368/2007 respecto de la acción rechazada contra Marcela Otermin, Elsa Lima y la aseguradora San Cristobal Soc. Mutual de Seguros Generales, las que deberán ser soportadas por orden.

3) ASIGNAR un 20% como factor de relevancia genética en la producción del fallecimiento de Pascucci y Sábato la falta de uso de cinturón de seguridad, fijando las sumas a indemnizar en exptes 5879/2005 (autos Ferrari); 3234/2005 (autos Pascucci) y 55/2006 (autos Palumbo) con el descuento de dicho porcentaje.

4) MODIFICAR la cuantificación de los daños de la siguiente forma: 1) AUTOS FERRARI: por rubro valor vida \$ 52.000; por incapacidad sobreviviente \$40.000 y por daño emergente futuro - tratamiento psicológico- \$ 7.500 , difiriendo para la etapa de ejecución de sentencia ,

en la que el especialista tratante informe sobre la necesidad, duración estimada y costo la fijación de la suma necesaria para tratamiento psiquiátrico. 2) AUTOS PASCUCCI: por valor vida \$ 56.000 y por daño moral \$ 80.000. 3) AUTOS PALUMBO: para Pedro Focareta \$ 72.000 por valor vida y \$ 88.000 por daño moral; para Juan Carlos Sabato \$ 28.800 por valor vida y \$ 80.000 por daño moral y para Ana María Palumbo \$ 28.800 por valor vida y \$ 80.000 por daño moral ; reduciendo el daño emergente para estos últimos por gastos funerarios (adquisición de parcela y construcción de bóveda) a \$ 2.000 y 4) AUTOS DE SANTIS: \$ 45.000 por incapacidad sobreviniente y \$ 50.000 por daño moral.-

5) ADMITIR el daño moral reclamado por Susana Mariel Ferrari por la suma de \$ 64.000.

6) Imponer las costas de Alzada como sigue: Autos Ferrari: En un 90% a los demandados condenados y su aseguradora y en un 10% a la actora. Las generadas por la actuación de la Dra. Repetti (representante de Otermín, Lima y San Cristobal Soc. Mutual de Seguros) a cargo de los condenados y su aseguradora; Autos Pascucci - incluidas las generadas por la intervención de la Dra. Repetti- a los demandados condenados; Autos Palumbo y De Santis: A cargo de los demandados condenados, con excepción de las generadas por la actuación de la Dra. Repetti que serán soportadas en un 50% por los actores y el restante 50% por los Sres. Martinez, Rasente y su aseguradora (arts. 68 y 71 del CPCC). Difiérese la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad (arts. 23 y 51 de la ley 8904).

Regístrese, notifíquese y oportunamente remítanse al Juzgado de origen.- FDO. DRES. JUAN JOSÉ GUARDIOLA Y RICARDO MANUEL CASTRO DURÁN, ANTE MÍ, DDRA. MARÍA V. ZUZA, Secretaria).-

