

%08Jè!Rèj~YwŠ

"TOMASCO,MARIA HAYDEE Y OTROS C/CABRERA JOSE LUIS Y

OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS"

JUZGADO EN LO CIVIL Y COMERCIAL Nº 2 - AZUL

Nº Reg.

Nº Folio

En la Ciudad de Azul, a los 7 días del mes de Agosto de 2012 reunidos en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelaciones Departamental -Sala I- Doctores Ricardo César Bagú, Esteban Louge Emiliozzi y Lucrecia Inés Comparato, para dictar sentencia en los autos caratulados: **"TOMASCO,MARIA HAYDEE Y OTROS C/CABRERA JOSE LUIS Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS "**, (Causa Nº 1-56476-2012), se procedió a practicar la desinsaculación prescripta por los arts. 168 de la Constitución Provincial, 263 y 266 del C.P.C.C., resultando de ella que debían votar en el siguiente orden: **Doctores LOUGE EMILIOZZI - COMPARATO - BAGU .-**

Estudiados los autos, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

-CUESTIONES-

1ra.- ¿Es justa la sentencia de fs. 473/491?

2da.- ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

-VOTACION-

A LA PRIMERA CUESTION: el señor Juez Doctor **LOUGE**

EMILIOZZI dijo:

I) El presente proceso es iniciado por **María Haydee Tomasco, María Soledad Elcano y Juan Cruz Elcano**, quienes pretenden ser resarcidos de los daños y perjuicios ocasionados por el fallecimiento del **Sr. Pedro Omar Elcano**, quien resultaba ser esposo y padre –respectivamente- de los nombrados, a raíz de un accidente de tránsito ocurrido el día 14 de septiembre de 2006, a las 13:20 horas aproximadamente, en la Ruta provincial n° 65 entre las ciudades de 9 de Julio y Bolívar, a 30 kms. aproximadamente de esta última, cuando la bicicleta en la que circulaba la víctima fue embestida “por alcance” por un equipo de transporte que circulaba en igual sentido, compuesto por un Camión Ford Cargo 1730 dominio EKZ-466 y un Semi Remolque Jaula marca Sola y Brusa 3 Ejes, dominio DYS-854.

La demanda se dirige contra el **Sr. José Luis Cabrera** en su carácter de conductor del equipo de transporte y las personas jurídicas “**Veronesi S.A.**” y “**Frigorífico Equino Entre Ríos S.A.**” en condición de titulares dominiales del camión y del semi-jaula (respectivamente). También se cita en garantía a **Seguros Bernardino Rivadavia Coop. Ltda.**

II) El decisorio en crisis hizo lugar a la demanda promovida por los ya mencionados actores, condenando a los demandados y la citada en garantía a abonar a aquéllos, dentro del plazo de diez días, la suma total de \$ 355.000, comprensiva de \$ 195.000 a favor de la Sra. María

Haydee Tomasco, \$ 80.000 a favor de la Sra. María Soledad Elcano y \$ 80.000 a favor del Sr. Juan Cruz Elcano, con más los intereses equivalentes a los que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en los depósitos a treinta días (tasa pasiva), a computar desde la fecha del evento dañoso (14/09/2006) hasta la del efectivo pago. Impuso las costas a demandados y a la citada en garantía (art. 68 y conchs. del C.P.C.C.) y difirió la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes para la oportunidad prevista por el art. 51 del Decreto Ley 8904/77.

Las conclusiones medulares, de hecho y de derecho, a las que –luego de reseñar los antecedentes de la litis- arribó el “a quo” y lo condujeron a resolver de ese modo son las siguientes:

a) El caso se rige por la doctrina del riesgo creado, legislada por el art. 1113 2do. párrafo "in fine" del Código Civil, que determina que el dueño o guardián demandado, para eximirse de responsabilidad "total o parcialmente", debe probar la culpa de la víctima o de un tercero.

b) De los escritos constitutivos de la litis y de las constancias obrantes en autos y en la I.P.P. n° 24.661 se puede concluir que se encuentra debidamente acreditado que el día 14 de septiembre de 2006 alrededor de las 13:20 hs. el camión conducido por el codemandado José Luis Cabrera embistió con su parte frontal derecha la bicicleta a bordo de la cual se trasladaba la infortunada víctima sobre la ruta provincial n° 65 a aproximadamente 30 kms. de la ciudad de Bolívar.

c) Atento la pauta contenida en el art. 1101 del Código Civil, la condena del acusado en el proceso penal y los efectos que esta sentencia proyecta sobre el proceso civil, autorizan a concluir que se encuentra acreditada la materialidad del hecho y la autoría del co-demandado José Luis Cabrera, quien resulta dependiente de los restantes accionados, sin que exista posibilidad de desconocer en esta sede dichas circunstancias.

d) Los accionados y la citada en garantía no lograron acreditar la mala maniobra que atribuyeron a la víctima, consistente en haber hecho un movimiento hacia la izquierda que lo llevó a incrustarse contra el lado derecho del camión. De ese modo, no probaron que la víctima haya contribuido total o parcialmente en la producción del evento dañoso en base al cual se acciona.

e) Ingresando al análisis de la procedencia –y eventual cuantificación- de los daños reclamados, y comenzando por el “daño material”, debe aplicarse la doctrina de la Casación Bonaerense que tiene expresado que la vida humana no tiene un valor económico en sí, sino en consideración a lo que produce o puede producir. La determinación de la indemnización queda siempre librada al prudente arbitrio judicial, debiendo computarse entre las circunstancias particulares del caso las condiciones personales de la víctima y de quien o quienes reclaman la indemnización.

La pretensión de María Haydee Tomasco, quien con la copia del certificado de matrimonio obrante a fs. 7 acreditó haber

contraído matrimonio con la víctima el día 08.10.76., resulta procedente (arts. 1078, 1079, 1084 y 1085 del Código Civil). Con los testimonios obrantes a fs. 285/289 de este proceso y a fs. 34, 39, 43, 47, 51, 55, 59 y 63 del beneficio de litigar sin gastos, se acreditó que la víctima era el único sostén económico de su cónyuge. Por tales razones, se estima prudente fijar la indemnización en la suma de \$ 90.000, sin que resulte óbice para ello que dicha suma sea mayor a la reclamada en la demanda, pues en esa oportunidad se la condicionó a lo que “en más o en menos resulte de la prueba”.

Respecto al daño material reclamado por la hija de la víctima (María Soledad Elcano), debe tenerse en cuenta que contaba con 28 años al momento del deceso de su progenitor, y que con las declaraciones prestadas en el beneficio de litigar sin gastos se desprende que está casada y que trabaja. Además, no existe ningún elemento probatorio que revele cuáles eran los ingresos de la víctima y que permita concluir que luego de haber solventado los gastos suyos y de su cónyuge podía hacer un aporte a favor de su hija. En consecuencia se impone el rechazo de este rubro.

Finalmente, en lo que hace al reclamo del hijo de la víctima (Juan Cruz Elcano), quien contaba con 23 años al momento del fallecimiento de su padre, también se impone el rechazo de su reclamo de daño material, por cuanto con las declaraciones prestadas en el beneficio de litigar sin gastos también quedó acreditado que en aquél momento ya se

desempeñaba como miembro del Servicio Penitenciario Bonaerense.

f) Los padecimientos y aflicciones a que se vieron sometidos los actores como consecuencia de la muerte de su cónyuge y padre en las trágicas circunstancias descriptas constituyen un daño moral que debe resarcirse, considerándose prudente fijar por tal concepto la suma de \$ 95.000 a favor de la Sra. Tomasco, \$ 80.000 a favor de Juan Cruz Elcano y \$ 75.000 a favor de María Soledad Elcano.

g) El daño psíquico es conceptualmente procedente, ya que –al margen de los dolores o sufrimientos íntimos que caracterizan al daño moral- puede tener incidencia en el cuerpo humano y ser incapacitante.

En el caso de la Sra. Tomasco, la pericia psicológica obrante a fs. 298/304 da cuenta de que padece una neurósis traumática, que se ponen de manifiesto síntomas de ansiedad que se expresan en la dificultad para dormir por la emergencia de sueños traumáticos y repetitivos de la escena del accidente. También que esa ansiedad es reactiva a la muerte del Sr. Elcano. De tal manera, ponderando la totalidad de las circunstancias expuestas por la profesional interviniente, y también el aporte causal de los factores endógenos (historia personal), se estima procedente este rubro por la suma de \$ 10.000.

En el caso de María Soledad Elcano, su cuadro es similar al de su progenitora pues en ambas existe una afección psíquica, aunque con intensidades diferentes. Por ello, se estima procedente el rubro

por la suma de \$ 5000.

En relación a Juan Cruz Elcano, se impone el rechazo de este rubro pues no se presentó a las entrevistas psicológicas y por ende es imposible evaluar si sufrió algún daño.

III) El decisorio reseñado en el apartado anterior fue objeto de dos embates recursivos, ya que a fs. 505 apelaron los actores, mientras que a fs. 507 hicieron lo propio todos los co-demandados y la citada en garantía.

Recibidos los autos en esta instancia, los actores expresaron agravios a fs. 521/524, sin obtener respuesta, mientras que los demandados y la citada en garantía expusieron sus críticas a fs. 526/532, obteniendo respuesta a fs. 534/536.

Los agravios vertidos por los co-actores – sucintamente expuestos- versan sobre los siguientes aspectos:

a) Consideran equivocado el rechazo del daño material reclamado por los hijos de la víctima. Expresan que ese daño material debe ser presumido (doctr. arts. 1084 y 1085 del Código Civil), y que en la demanda se explicó que la hija de la víctima se hallaba en proceso de autonomización del núcleo paterno y era ayudada económica y moralmente por su padre, y que el hijo de la víctima convivía con su padre, quien sostenía el hogar. También argumentan que en el daño material se hallan comprendidos un sinnúmero de aportes (consejos, apoyo, afianzamiento, etc...) y la chance de ser asistidos económicamente en algún

momento.

b) También consideran exiguos los distintos daños que el “a quo” encontró acreditados.

En relación al daño patrimonial, puntualmente expresan que no se ha valorado que la víctima era alimentante de su esposa e hijos y que generaba ingresos a través de su bicicletería.

Hacen notar que la suma total por la que prospera la demanda (\$ 355.000) resulta exigua por ser la equivalente a 45 metros cuadrados de construcción en el centro de una ciudad como Azul u Olavarría, y que no se ha valorado que una de las condenadas (la citada en garantía) es una sociedad comercial específicamente dedicada al rubro del seguro.

Por su parte, las críticas de los co-demandados y su aseguradora pueden sintetizarse así:

a) Cuestionan la atribución de la totalidad de la responsabilidad al conductor del equipo de transporte, solicitando que se le adjudique íntegramente a la víctima, o al menos se la distribuya. En esa faena, enfatizan en que la víctima circulaba en una bicicleta, las que en virtud de lo normado por el art. 56 de la ley 11.430 no pueden circular por autopistas y semiautopistas, a las que pueden asimilarse las rutas. Afirman que con tal proceder la víctima asumió un riesgo evidente e innecesario que interfirió en la libre circulación de las unidades que sí están habilitadas a transitar por una ruta. Señalan que ello es corroborado por el dictamen

pericial del Ing. Piazza en sede penal, quien indicó como una de las causas del accidente que la víctima circulaba por un lugar prohibido (ruta). Agregan que también debe tenerse en cuenta que la víctima circulaba a aproximadamente 60 km. del borde de la ruta, según lo refleja la pericia accidentológica del Ing. Sabalza. Destacan que Cabrera conducía el camión a una velocidad permitida, y que es evidente que Elcano, al momento que iba a ser sobrepasado, se volcó hacia el centro de la ruta.

b) Consideran excesiva la suma de \$ 90.000 concedida a la Sra. Tomasco en concepto de daño material, por no existir ningún elemento probatorio que acredite los ingresos del Sr. Elcano al momento de su deceso. Citan un precedente de esta Sala en el cual se hizo referencia a los distintos elementos que deben tenerse en cuenta a la hora de la cuantificación de este rubro.

c) Reputan también elevada la suma de \$ 250.000 en concepto de daño moral para todos los actores, máxime teniendo en cuenta que los hijos no dependían económicamente de su padre. También destacan la ausencia de pruebas que permita apreciar cómo era la relación afectiva de la víctima con cada uno de los actores.

d) En relación al daño psíquico, achacan a la sentencia no haber tenido en cuenta que en la pericia psicológica se hizo referencia a síntomas preexistentes en la Sra. Tomasco. También refieren en relación a la cónyuge superviviente que no se ha valorado que en la misma pericia se informa que no se han evidenciado secuelas que afecten el

funcionamiento global actual, y que ha podido, a través de recursos defensivos, reponerse y llevar a cabo actividades relacionadas con áreas importantes de su vida, como la laboral y la social. Luego agrega que tales consideraciones son también aplicables a la Sra. Elcano.

IV) A fs. 537 se llamó autos para sentencia y a fs. 539 se practicó el sorteo de ley, por lo que las actuaciones se encuentran en estado de resolver.

V) Efectuada la reseña que antecede, cabe abocarse en primer lugar al tratamiento de los agravios vertidos por los co-accionados contra la **atribución exclusiva de la responsabilidad** al Sr. José Luis Cabrera, conductor del equipo de transporte involucrado en el lamentable accidente que da origen a esta litis.

a) El Sr. Juez de grado comenzó el desarrollo de este aspecto del decisorio afirmando que el caso se rige –en lo que al factor de atribución se refiere- por el art. 1113, 2do. párrafo, del Código Civil, y mencionó las pautas que rigen la aplicación de dicha norma, con abundantes citas de doctrina y jurisprudencia.

Una lectura atenta de los agravios revela que los recurrentes nada objetan a tales desarrollos. Puede afirmarse entonces –acudiendo a la terminología del art. 266 del C.P.C.C.- que las críticas se centran exclusivamente en cuestiones de hecho y no de derecho.

En virtud de lo expuesto, en honor a la brevedad me abstendré de efectuar una introducción dogmática al tema, siendo que

además comparto plenamente lo expuesto por el anterior magistrado al respecto.

b) Otra circunstancia que debe tenerse en cuenta a la hora de entender en la cuestión atinente a la atribución de responsabilidad es que en la causa penal que se formó con motivo de este hecho recayó **sentencia condenatoria**, en ambas instancias, contra el conductor del equipo de transporte Sr. José Luis Cabrera, por el delito de homicidio culposo agravado por la conducción imprudente y antirreglamentaria de un vehículo automotor (fs. 426/437 y 454/456 de la causa penal 145/2009 caratulada “Carrera, José Luis – Homicidio culposo – Víctima: Elcano, Pedro”).

Sabido es que el art. 1102 del Código Civil dispone que un pronunciamiento penal de ese tenor impide revisar la existencia del hecho principal y la culpabilidad del accionado, pero ello no obsta a examinar la eventual concurrencia de culpas o lo que el art. 1111 del Código Civil califica de culpa de la víctima; es decir, es dable analizar en sede civil la culpa o el dolo concurrente de la víctima o de un tercero (esta Sala, causas n° 51.426, “Balbuena” del 30.06.08.; n° 53.758, “Rebollo” del 03.02.10., con sus citas; Sala II, causa n° 49.905, “Brooks” del 30.11.06., con sus citas y remisiones; Saux Edgardo, comentario al art. 1102 en “Código Civil...” dirig. por Bueres-Highton, T. III-A, pág. 319).

Conforme se ha explicado, ello es así porque el Derecho Penal no admite la mal llamada “compensación de culpas”, aún si

media negligencia, impericia o imprudencia de la víctima el juez penal condenará si se le acredita la culpa del imputado. En cambio en sede civil la culpa de la víctima es una circunstancia de trascendental importancia para disminuir el monto indemnizatorio (Cám. Apel. Civ. y Com. de San Isidro, 29.10.96., causa 70.161, cit. por Graciela Medina “Accidentes de Tránsito. Provincia de Buenos Aires”, en Revista de Derecho de Daños. Accidentes de Tránsito – I, pág. 339).

c) Puestos entonces a analizar la conducta de la víctima, es necesario referirse a la **circulación de bicicletas en rutas**.

Tal como se apunta en otro de los fallos citados en la recopilación de jurisprudencia recién mencionada, el criterio jurisprudencial predominante en la actualidad **admite la culpa de la víctima como causa concurrente en el evento dañoso** cuando se trata de **bicicletas** que transitan por avenidas en las que está prohibido hacerlo, o por **rutas** en las que también se encuentran impedidas de circular, salvo por la banquina (Cám. Apel. Civ. y Com. de San Isidro, Sala I, diciembre de 1996, causa 67.899, cit. por Graciela Medina “Accidentes...”, cit.; esta Sala, causa n° 46.480, “Lazarte” del 21.04.04., voto del Dr. Céspedes).

No debe perderse de vista que las bicicletas tienen una notable peligrosidad pasiva -problemas de equilibrio, fragilidad y exposición del cuerpo-, pues quien la monta debe conservar el equilibrio, tiene su cuerpo expuesto a las potencialidades dañosas de los otros vehículos que tienen una estructura más dura, lo que se ve agravado por la

falta de medios defensivos del cuerpo humano (Parellada, Carlos A., “Colisiones entre automotor y ciclista...”, en Revista de Derecho de Daños. Accidentes de Tránsito – II, pág. 116; cit. por esta Sala, causa n° 46.480, cit.). A ello debe sumarse que su velocidad de marcha es muy inferior a la de los automotores, sobre todo en rutas o autopistas, a lo que se añade que por su menor masa y la ausencia de elementos lumínicos potentes son más difícil de visualizar, por lo cual el riesgo de una colisión “por alcance” aumenta considerablemente. Por todos estos motivos, aún en ausencia de una norma que prohibiera a las bicicletas circular por las rutas, no sería difícil concluir que tal conducta resultaría configurativa de culpa en los términos de los arts. 1111 y 1113 del Código Civil.

Ahora bien, al margen de tales especulaciones, lo cierto es que –a diferencia de lo que propugnan los actores al contestar los agravios- la ley 11.430 vigente al momento del hecho **prohibía la circulación de bicicletas en rutas**. En algunos fallos se ha arribado a tal conclusión por entender que el art. 56 inc. 2do. de la mentada ley dispone que por las autopistas y semiautopistas no pueden circular bicicletas, y que dichas vías comparten en lo esencial las características del género “ruta” (Cám. Civ. y Com. de Mar del Plata, Sala Segunda, “Vargas” del 03.07.03., primer voto Dra. Zampini, fallo completo disponible en la base JUBA). En otros fallos, entre los cuales se cuentan dos precedentes de las dos Salas de esta Cámara, se entendió que la prohibición viene impuesta por el art. 67 de la ley 11.400, el cual disponía que las cabalgaduras y los vehículos a

tracción a sangre o menores –dentro de los cuales debían considerarse incluidas las bicicletas- solo podían circular por vías públicas urbanas, sobre la derecha de la calzada junto a la acera, y que “en ningún caso” podrán circular sobre las calzadas de carreteras, autopistas, semiautopistas, o rutas en zonas rurales, suburbanas o urbanas (esta Sala, causa n° 46.480, cit.; Sala II, causa n° 45.264, “Momeño” del 05.04.05., voto del Dr. Peralta Reyes).

En el precedente de esta Sala recién citado el estimado ex colega Dr. Céspedes afirmaba compartir el fallo también citado de la Cámara de Mar del Plata, en el sentido que: “La actora ha concausado parcialmente su propio daño porque circulaba con su bicicleta en un lugar que no está habilitado. Ello no se trata solo de una mera infracción a los reglamentos, sino de una actitud desaprensiva al asumir un riesgo evidente e innecesario que se constituyó en un elemento extraño que interfirió en la libre circulación de las unidades habilitadas a trasladarse por el lugar.”

d) A fin de aplicar los principios expuestos al caso de autos, existen algunos elementos que ciertamente coadyuvan a atribuir cierto grado de responsabilidad al infortunado ciclista. No sólo transitaba por una ruta, en el que como vimos está prohibido hacerlo, sino que además lo hacía en una zona netamente rural (conf. fotografía de fs. 44 y 45 de la causa penal) y muy alejada de los centros urbanos (conf. mapa de fs. 390 de estas actuaciones) lo cual torna a la presencia de la bicicleta en la ruta más sorpresiva aún. Otro elemento gravitante es que el ciclista no solo circulaba

sobre la calzada de la ruta sino que además lo hacía a una distancia no prudencial del borde de la ruta, que en las pericias se ha establecido entre 40 y 60 cm.(conf. fs. 391 de estas actuaciones; fs. 126vta. y 375vta. de la causa penal). Estos elementos llevaron a los peritos intervinientes en la causa penal a afirmar que el accidente se debió en parte al factor humano, en el caso del ciclista por circular por una ruta y a una distancia no prudencial de la banquina (pericia de Luis C Gioia, Tte. 1ro. Técnico Superior en Accidentología Vial, esp. fs. 126vta./127; pericia del Ing. Hugo Piazza, esp. fs. 376).

Como contrapartida, también debe tenerse en cuenta que el accidente se produjo un 14 de septiembre, entre las 12:30 y 13:00 hs., en un día soleado en el que la visibilidad era muy buena y no había obstáculos (conf. fs. 394vta. de estas actuaciones y sus remisiones) por lo cual no puede reprocharse al infortunado ciclista haber circulado en condiciones que dificultaran *aún más* su visibilidad, como sería por ejemplo hacerlo de noche, circunstancia que suele ser tenida en cuenta para atribuir mayor responsabilidad al ciclista que circula por una ruta (pueden verse, en tal sentido, los dos precedentes de esta Cámara antes citados). En tales condiciones, es indudable que también cabe asignar responsabilidad al conductor del camión, tal como lo indicaron los mismos expertos en los lugares antedichos.

Esto último quedó evidenciado en la sentencia condenatoria que –en ambas instancias- recayó en la causa penal. Basta

transcribir un párrafo de la sentencia de alzada, en el que se dijo lo siguiente: *“Señala adecuadamente el a-quo, que el encartado conducía por un tramo recto de ruta, con visibilidad normal, en un día de sol sin fenómenos atmosféricos que ocasionaran alguna dificultad en la marcha, ni obstáculos en la calzada, y que en tales circunstancias, al transitar por detrás de la bicicleta, tuvo amplias posibilidades de visualizar su marcha desde lejos y tomar todos los recaudos necesarios para evitar el peligro de contacto en el adelantamiento. Por ejemplo podría haber disminuido su velocidad y pasar a distancia prudente de la bicicleta. No obstante tales posibilidades ciertas, el acusado embistió con el vértice derecho del paragolpe delantero la rueda derecha de la bicicleta, desencadenando el hecho que culminó con el fallecimiento de Pedro Omar Elcano.”*

Como corolario de lo dicho hasta aquí, propondré al acuerdo admitir parcialmente el agravio de los co-accionados que estoy considerando, asignando cierto porcentaje de responsabilidad a la víctima.

Más allá de las consabidas dificultades que conlleva el afrontar tal tarea, estimo que el grado de responsabilidad de la víctima no puede equipararse a la del conductor del equipo de transporte, conclusión que extraigo de las consideraciones que anteceden en las que ha quedado evidenciado que la maniobra emprendida por el último fue altamente imprudente, al punto que fue condenado penalmente en ambas instancias.

En razón de todo lo expuesto hasta aquí,

propondré al acuerdo admitir parcialmente el agravio **adjudicando un 70% de responsabilidad al chofer del equipo de transporte y un 30% de responsabilidad a la víctima** (arts. 1109, 1113 y conc. del Código Civil).

VI) Resta analizar ahora los agravios vertidos por ambas partes contra la **procedencia de los rubros resarcitorios reclamados y sus montos**.

a) Siguiendo el orden de la sentencia apelada, cabe considerar en primer término el **daño material**, y dentro de tal género el comúnmente denominado “valor vida” o “valor de la vida humana”. Conforme hemos visto en la reseña inicial, convergen en este punto los agravios de ambas partes. En el caso de los actores, por haberse negado la indemnización correspondiente a este rubro a los dos hijos de la víctima y por considerar exiguo el monto de \$ 90.000 concedido a la cónyuge. En el caso de los demandados y la citada en garantía, por haberse acordado tal indemnización sin elemento probatorio alguno que justifique los ingresos de la víctima y sin valorar todos los extremos que resultan relevantes a esos fines.

1. Sabido es que conforme la doctrina reiterada en numerosos pronunciamientos, *“la vida humana no tiene valor económico per se, sino en consideración a lo que produce o puede producir, ya que en el caso de supresión de la vida el daño está representado por el perjuicio que sufren los otros patrimonios que eran destinatarios de todos o de parte de los bienes económicos que producía el extinto. Por ende, la existencia y*

cuantificación del denominado valor de la vida humana debe computar las repercusiones o consecuencias patrimoniales que produce la pérdida de una vida respecto de otros y por ende debe atender a las circunstancias de cada caso. Esta es la actual doctrina de la Corte Federal a partir de un leading case de 1993, "Fernández" (C.S., 11.06.93, "Fernández, Alba c/ Ballejo, Julio A. y ot.", L.L., 1993-E-470 y más recientemente en Fallos 331:2271, "Ponce, Abel Astilve y otros c/ E.F.A. s/ Daños y Perjuicios", del 21.10.08., cit. por Diegues, Jorge A. en "Indemnización por vida humana", L.L., ejemplar del 16.06.11.; S.C.B.A. Ac.35.428, 04.05.91, "Barce de Carretoni, Zunilda c/ Maciel, Mario A.. Daños y Perjuicios", D.J.J., 142-115; esta Sala causas n° 40.094, "Rodríguez" del 31.06.99; n° 45.268, "Saladino", del 25.04.03.; n° 48.286 y 48.286 bis, "Reich" y "Contreras" – acumuladas- del 17.06.05.; n° 55.193, "Sucesores de Abdala", del 25.08.11., entre otras).

Siguiendo los antecedentes de la Suprema Corte Bonaerense tiene dicho el Tribunal que "El art. 1079 sienta el principio general referido a todos los delitos, mandando a resarcir a los damnificados directos e indirectos, que acrediten haber padecido un daño resarcible en virtud del ilícito cometido por el responsable. En cambio los arts. 1084 y 1085 son preceptos de carácter particular que, por referirse a una situación límite como lo es la muerte de una persona, establecen una indemnización especial sobre la base de un daño que -por la índole del hecho generador y las consecuencias que normalmente causa la muerte de una persona

integrante de la familia- la ley presume existente mientras no se demuestre lo contrario. Para determinar los beneficios de la indemnización a que se refiere la segunda parte del art. 1084 del Cód. Civ. corresponde estar a lo establecido en el art. 1085 del mismo cuerpo por ser ésta la norma indicada específicamente al regular la legitimación para reclamarla. Vale decir que tienen derecho a ampararse en la presunción de daño ocasionado por el deceso, el cónyuge sobreviviente y los herederos necesarios de la víctima” (S.C.B.A. Ac. 51243 "De Carlo Marcela c/ Expreso Lomas", D.J.J. t. 145- p g. 5175; esta Sala causas n° 40.094, 45.268, ya citadas; N° 48.559 y 48.560, “Marinangeli” y “Dulom” –acumuladas-, del 30.11.05., entre otras).

Conforme lo entienden la doctrina y la jurisprudencia, en el cómputo deben ponderarse, además de la edad de la víctima al momento del deceso, la actividad que desarrollaba, la remuneración mensual que obtenía y el resto de la vida útil, y otros aspectos que inciden económicamente en su determinación, tales como: lo que la víctima destinaba a la satisfacción de sus propias necesidades y las que corresponden al damnificado (Zavala de González, ob. cit., tomo II-B, pág. 473; esta Sala causa N° 42.088 "Rodríguez c/ Elisetche" del 29.03.01., entre otras).

Para Mosset Iturraspe, si la pretensión es colocar a la familia del muerto en la misma o similar situación económica en que se encontraba durante su vida, con base en sus ingresos, *"...es justo que de esos ingresos se descuente la suma o monto dinerario que el fallecido*

gastaba en su persona, alimentación, ropa, salidas, salud, etc.”, el cual puede estimarse en un 10 o en un 15% de los ingresos totales” (Conf. autor cit., ob. cit., tomo II, pág. 19; esta Sala causa n° 44516 “Lohidoy...”, del 23.10.02.; 45.268, cit., entre otras).

En esa misma senda, la Corte Nacional ha dicho que *“para fijar la indemnización por valor vida no han de aplicarse fórmulas matemáticas sino considerar y relacionar las distintas variables relevantes de cada caso en particular, tanto en relación con la víctima –capacidad productiva, cultura, edad, estado físico e intelectual, profesión, ingresos, laboriosidad, posición económica y social, expectativa de vida-, como con los damnificados, tales como el grado de parentesco, asistencia recibida, cultura, educación, condición económica y social, entre otras”* (“Ferrari de Grand, Teresa H. M. y otros c/ Provincia de Entre Ríos y otros”, D.J, 2007-I-236, cit. por Diegues, Jorge A. en “Indemnización por vida humana”, L.L., ejemplar del 16.06.11.).

Aplicando estos parámetros al caso que nos ocupa, ha de tenerse en cuenta que el Sr. Pedro Omar Elcano tenía 57 años al momento de su deceso (conf. acta de defunción de fs. 10) y vivía de los ingresos obtenidos en su bicicletería (conf. declaraciones testimoniales de fs. 286, 287 y 288, respuestas a la tercera pregunta).

Tal como lo hizo notar el Sr. Juez de grado (fs. 486), no existe ningún elemento probatorio que revele cuáles eran los ingresos de la infortunada víctima. Sin embargo, bien se ha dicho, con

elogiable sentido común, que no es indispensable prueba directa sobre tal extremo, pudiendo inferirse a partir de sus bienes y actividades productivas que realizaba, tal como ocurre cuando se trata de determinar los ingresos del alimentante en los procesos de alimentos (Zavala de González, Matilde “Tratado de daños a las personas. Perjuicios económicos por muerte”, Astrea, 2008, T. II, pág. 261, con cita de Conde, “La reparación plena e integral, en caso de homicidio, para los damnificados indicados en el art. 1085 (segundo párrafo) del Código Civil”, J.A., 1998-III-617; esta Sala, causa n° 55.358, “Strosio”, del 01.12.11.).

En este caso, no es sencillo inferir con cierto grado de certeza a cuánto ascendían los ingresos de la víctima, ya que las máximas de la experiencia, que integran la sana crítica (doctr. art. 384 del C.P.C.C.), indican que un negocio dedicado a la reparación y ventas de bicicletas puede reportar ingresos muy distintos según cuáles sean las características del comercio y el volumen de su clientela. Sin embargo, la ausencia de prueba sobre este extremo es un indicio que lleva a presumir que se trataba de un comercio modesto, ya que si se hubiera tratado de un comercio que reportara importantes ingresos habría sido posible probarlo, por ejemplo, a través de una pericial contable (doctr. art. 163 inc. 5to. del C.P.C.C.).

Por lo expuesto, estimo prudente y equitativo admitir parcialmente los agravios de la actora, fijando la suma de **\$ 120.000** (pesos ciento veinte mil) en concepto de daño material (valor vida) a favor de

la cónyuge de la víctima, Sra. María Haydee Tomasco, suma que – naturalmente- deberá ser reducida en función del porcentaje de responsabilidad atribuido a la víctima. Para ello, tomo especialmente en cuenta los principios jurídicos que campean en este rubro a los que ya he hecho referencia, las circunstancias de hecho presentes en el caso y las actuales variables económicas.

2. Un tratamiento aparte merece la cuestión atinente a la **legitimación de los hijos mayores** para reclamar indemnización por este concepto.

Siguiendo los antecedentes de la Excma. Suprema Corte Bonaerense tiene dicho el Tribunal que *"El art. 1079 sienta el principio general referido a todos los delitos, mandando a resarcir a los damnificados directos e indirectos, que acrediten haber padecido un daño resarcible en virtud del ilícito cometido por el responsable. En cambio los arts. 1084 y 1085 son preceptos de carácter particular que, por referirse a una situación límite como lo es la muerte de una persona, establecen una indemnización especial sobre la base de un daño que -por la índole del hecho generador y las consecuencias que normalmente causa la muerte de una persona integrante de la familia- la ley presume existente mientras no se demuestre lo contrario. Para determinar los beneficios de la indemnización a que se refiere la segunda parte del art. 1084 del Cód. Civ. corresponde estar a lo establecido en el art. 1085 del mismo cuerpo por ser ésta la norma indicada específicamente al regular la legitimación para reclamarla. Vale*

decir que tienen derecho a ampararse en la presunción de daño ocasionado por el deceso, el cónyuge sobreviviente y los herederos necesarios de la víctima. El hijo mayor de la víctima está legitimado para reclamar el resarcimiento por el fallecimiento de aquella, pero la procedencia del reclamo depende de la subsistencia de la presunción de daño (arts. 1084 y 1085 C.C.) (S.C.B.A. Ac. 51243 "De Carlo Marcela c/ Expreso Lomas", D.J.J. t. 145-pág. 5175; esta Sala causas n° 40.094, 45.268, ya citadas; N° 48.559 y 48.560, "Marinangeli" y "Dulom" –acumuladas-, del 30.11.05.; n° 55.193 "Sucesores de Abdala" del 25.08.11., entre otras; esta Cámara Sala II, causa N° 54.052, "Pistasoli", del 10.08.10., entre otras).

Y ello porque a partir de la mayoría de edad o la emancipación la ley reputa que el hijo tiene aptitud y se encuentra en condiciones de proveer a su propio mantenimiento sin perjuicio de admitir que el daño que aquél pruebe, por ejemplo, acreditando que era mantenido por su progenitor (Conf. Zavala de González, "Resarcimiento de Daños", tomo 2b, "Daños a las personas", 1999, págs. 206 y sigts. cit. Bueres Highton, Cód. Civil", tomo 2A, pág. 269; CNCiv., Sala E, "Gallardo", del 14.11.06., L.L. 2007-E, 8 y CNCiv., Sala K, "Sirni", del 02.09.06., L.L., 2006-F, 791, citadas por Diegues, Jorge A. en "Indemnización por vida humana", L.L., ejemplar del 16.06.11.).

En el caso particular de autos, los dos hijos del fallecido eran mayores de edad al momento del hecho que da origen a este proceso (14.09.2006), ya que María Soledad nació el 02.10.78. (conf. fs. 8),

por lo que contaba con 28 años, y Juan Cruz el 08.09.82. (conf. fs. 9), de modo que tenía 23 años.

En relación a María Soledad, el primer obstáculo que se aprecia para la procedencia de este rubro es que la demanda no contiene una explicación precisa de los motivos por los cuales dependía económicamente de su padre, o al menos era ayudada por éste (doctr. art. 330 inc. 4to. del C.P.C.C.). Simplemente se menciona que “se hallaba en un proceso de autonomización del núcleo paterno” (fs. 31, arriba) y que era ayudada económica y moralmente por su extinto padre.

Al abordar este tópico, el Sr. Juez de grado desestimó el reclamo tras evaluar que la actora en cuestión se encuentra casada y subsiste en virtud de los ingresos de su marido y de los que genera por su trabajo en forma independiente. También remarcó que no existe ningún elemento probatorio que revele cuáles eran los ingresos de la víctima y que permita concluir que luego de haber solventado los gastos de su propio grupo familiar se encontraba en condiciones de efectuar un aporte dinerario a favor de su hija.

En relación a los múltiples argumentos empleados en la expresión de agravios, he de decir, en primer lugar, que el “a quo” no desinterpreta la doctrina de los arts. 1084 y 1085 del Código Civil en relación a los hijos mayores, sino que por el contrario los aplica correctamente y de acuerdo a la doctrina legal sentada por el Superior Tribunal en el precedente antes citado (Ac. 51243 “De Carlo Marcela c/ Expreso Lomas”, del

10.08.1993).

Tampoco encuentro que de la propia prueba que cita el “a quo” surja que la mentada hija era ayudada económicamente por su padre. Ello no surge en modo alguno de las declaraciones testimoniales obrantes a fs. 59 y 63 del beneficio de litigar sin gastos, ni de la pericia psicológica obrante a fs. 298/304 de estas actuaciones, ni de la declaración del Sr. Sánchez obrante a fs. 286 de estos actuados. Más aún, este último testigo menciona que después del fallecimiento del Sr. Elcano su hijo y su viuda debieron comenzar a trabajar, sin hacer mención alguna –en ese sentido- a su hija María Soledad, y afirmando –por el contrario- que ayuda económicamente a su progenitora.

Por otro lado, la recurrente ni siquiera intenta rebatir el argumento de que no se han probado cuáles eran los ingresos aproximados del progenitor para así evaluar si estaba en condiciones de colaborar económicamente con su hija.

En definitiva, puede afirmarse que este reclamo de daño material incoado por la hija mayor de la víctima no ha sido acompañado de la claridad y contundencia que se requería en materia de alegación y prueba, por tratarse de un rubro cuya procedencia –tratándose de hijos mayores- no se presume (arts. 1084 y 1085 del Código Civil, arts. 330 inc. 4to, 375 y conc. del C.P.C.C.; esta Sala, causa n° 55.193 “Sucesores de Abdala” del 25.08.11., entre otras; Sala II, causa n° 54.052, “Pistasoli”, del 10.08.10., entre otras; Zavala de González, “Perjuicios

económicos por muerte”, Astrea, T. I, pág. 264, “Necesidad de alegación procesal y prueba del perjuicio”).

En otro orden, si bien comparto que la muerte de un progenitor genera un daño que viene dado por la pérdida de consejos, apoyo, afianzamiento, etc..., ello, en principio, ha de ser valorado en el ámbito del daño moral –conforme tendremos oportunidad de ver- y no del daño material. Entiendo que esa es la doctrina que se extrae del precedente de la Excma. Corte provincial antes citado (Ac. 51243 "De Carlo Marcela c/ Expreso Lomas", del 10.08.1993), en el que el Tribunal Superior valoró – para desestimar la procedencia del rubro en análisis- que la víctima era ayudada por su progenitora pero que ésta no dependía económicamente de aquélla. También Zavala de González se enrola en esta postura (“Perjuicios económicos por muerte”, Astrea, T. I, pág. 271, “Delimitación entre servicios materiales y beneficios puramente espirituales”).

Finalmente, he de decir que este rubro tampoco puede prosperar bajo la forma de la “pérdida de chance”. Ello así, pues la pérdida de chance debe ser indemnizada solo cuando alcanza cierto grado de probabilidad, lo que arroja un pronóstico de certeza sobre su posible efectivización, circunstancia que en modo alguno se advierte en el sub caso (López Mesa y Trigo Represas, “Tratado de la Responsabilidad Civil. Cuantificación del Daño”, págs. 84, 85 y 86; esta Cámara, Sala II, causas n° 49.625, “Orsetti” del 05.09.06. y n° 54.052, “Pistasoli”, del 10.08.10.). En la misma orientación señala Zavala de González que si el grado de

probabilidad es remoto, únicamente media una conjetura que no puede fundar chance ninguna. Y advierte, con su habitual profundidad de pensamiento, que en esta materia se aprecia una seria diferencia con respecto a la muerte de hijos, pues los padres sí gozan de una chance genérica de ayuda al llegar a la ancianidad o ante otras problemáticas contingencias futuras (ob. cit., pág. 277, "Privación de chances materiales").

Por todo lo expuesto, he de propiciar la confirmación del decisorio en crisis en tanto desestima el daño material reclamado por la hija del Sr. Elcano.

En relación al reclamo que por el mismo rubro incoara el hijo de la víctima, Sr. Juan Cruz Elcano, ha de recordarse que el argumento medular que llevó al "a quo" a desestimarlos fue que a través de las declaraciones testimoniales recibidas en el beneficio de litigar sin gastos quedó demostrado que el reclamante ya se desempeñaba en el Servicio Penitenciario Bonaerense a la fecha del deceso de su progenitor, y que no existe elemento alguno que indique que necesitaría del aporte de su padre para subsistir.

Tal conclusión fáctica no es puntualmente atacada en los agravios, donde simplemente se dice que el análisis de la prueba es discutible y que la autonomía económica de los hijos no se encuentra acreditada. Tales expresiones, a mi modo de ver, no abastecen la carga establecida en el art. 260 del C.P.C.C.

En efecto, cabe recordar que *"la expresión de*

*agravios constituye para el apelante una verdadera carga procesal trascendente. Que la crítica concreta está referida a lo preciso, indicado, determinado. Lo razonado, indica los fundamentos, las bases, las sustentaciones. Deben precisarse punto por punto los pretendidos errores, omisiones y demás deficiencias que se le atribuyen al fallo, especificando con toda exactitud los fundamentos de las objeciones. Es decir, deben refutarse las conclusiones de hecho y de derecho que vertebren la decisión del "a quo", a través de la exposición de las circunstancias jurídicas por las cuales se tacha de erróneo el pronunciamiento, no reuniendo las objeciones genéricas y las impugnaciones de orden general, los requisitos mínimos indispensables para mantener la apelación" (Morello, Augusto Mario - Sosa Gualberto Lucas - Berizonce, Roberto O. "Códigos Procesales...", tomo III, pág. 351; esta Sala, causas n° 33.534 "Patronelli" del 29.10.92; n° 34.602, "Santomauro" del 23.02.94; n° 49.772, "Bussetti", del 20.09.06.; n° 53.074, "Tutelar Fiduciaria" del 31.03.09.; n° 54.904, "Basualdo" del 17.05.11., entre otras). Con especial referencia a la **prueba**, se ha dicho que "...el recurrente deberá puntualizar qué medio pertinente y atendible fue desechado; cuál de los invocados resulta inexistente, impertinente o inatendible; o las probanzas cuyas fuentes hayan sido desinterpretadas, suministrando los argumentos de prueba que patenticen el error y su relevancia para la suerte final de la pretensión u oposición." (Azpelicueta, Juan José - Tessone, Alberto "La Alzada. Poderes y Deberes", pág. 25, ésta Sala causa n° 52489 del 19-2-2009, "Heim, German Luis y otro c/ Zito Cono y otro s/ Daños y perjuicios",*

entre muchas otras).

En el mismo sentido claramente Carlos Camps en su obra "Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires-annotado, comentado, concordado", expone: *"La parte frente a un fallo adverso tiene la posibilidad de exigir su revisión. Esta revisión se basa en que la sentencia es considerada injusta por contener transgresiones normativas que pueden ser de variado rango (procesal, de fondo o constitucional). Muchas veces esa violación legal se manifiesta por el quiebre de las reglas de valoración de la prueba, más allá de que en esos casos el defecto del sentenciante se muestre predominantemente referido al mundo fáctico. La carga impuesta por el art. 260, 1ª parte, CPCC requiere especial esmero cuando se cuestiona la valoración de las pruebas colectadas en el proceso, porque en ese cometido los jueces deben formar su convicción de conformidad con las reglas de la sana crítica. Es, pues, indispensable desplegar un claro discurso impugnativo, capaz de individualizar los posibles yerros del juez en orden a la selección e interpretación de las probanzas escogidas, y de patentizar, en su caso, como ha soslayado o infringido dichas reglas del raciocinio. Pues bien, toda esta anomalía debe ser expuesta clara y detalladamente al juzgador de segunda instancia. Deben ser juicios concretos respecto de los pasajes de la sentencia considerados defectuosos, no meras elucubraciones teóricas o desconectadas de lo concretamente ocurrido en el fallo. Y tales asertos tienen que ser razonados. Así como se exige un adecuado razonamiento al*

juez para exponer sus ideas y que se pueda percibir el camino lógico seguido desde la ponderación fáctica hasta la solución de fallo pasando por la subsunción normativa, así también el litigante si quiere conmovier una norma individual dictada por un órgano del Estado deberá argumentar de manera adecuada, con solidez y objetividad. Ha dicho nuestra Corte que el desarrollo de los agravios a la luz del art. 260, CPCC, supone, como carga procesal, una exposición jurídica en la que mediante el análisis razonado y crítico del fallo impugnado se evidencie su injusticia. Requiere así una articulación seria, fundada, concreta y objetiva de los errores de la sentencia, punto por punto y una demostración de los motivos para considerar que ella es errónea, injusta o contraria a derecho” (ob. Cit. pág. 475; esta Sala, causas 55995, “Lovecchio” del 10.05.12., voto Dra. Comparato; n° 55504, “Trovato”, del 29.05.12., voto Dr. Bagú; n° 56.192, “Cenoz”, del 28.06.12.).

Los restantes agravios relativos al rechazo de este reclamo resultan comunes a los esgrimidos por la hija de la víctima, por lo que por los motivos antes expuestos entiendo que tampoco pueden tener cabida.

Como corolario de ello, he de propiciar al acuerdo la confirmación de la desestimación de este reclamo.

b) Prosiguiendo con el tratamiento de los rubros en el mismo orden en que lo hiciera el “a quo”, cabe considerar ahora el **daño moral** reclamado por los tres actores, aspecto sobre el cual también convergen los agravios de ambas partes, ya que los accionantes consideran

reducida la suma otorgada, mientras que los co-demandados y la citada en garantía la consideran elevada.

A las dificultades que desde siempre ha suscitado la conceptualización del daño moral acaecido a consecuencia de cualquier hecho dañoso, se añaden en este caso las propias de procurar describir cómo influye el fallecimiento de una persona en los sentimientos de su cónyuge e hijos.

El daño moral que prescribe el art. 1078 del Código Civil ha sido objeto de diversas definiciones, habiendo la doctrina y jurisprudencia coincidido en que constituye *"una lesión en los sentimientos que determina dolor o sufrimientos físicos, inquietud espiritual, o agravio a las afecciones legítimas y en general toda clase de padecimientos insusceptibles de apreciación pecuniaria"* (Conf. Bustamante Alsina, "Teoría General de la Responsabilidad Civil", pág. 205). Este concepto jurídico que Borda califica como "valor de afección" (autor cit. "Tratado de las Obligaciones", Tº I, p g. 155), para la Casación Bonaerense tiene por objeto indemnizar -según lo reiterado en numerosos fallos- *"el quebranto que supone la privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor fundamental en la vida del hombre, que son la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los más caros afectos"* (Conf. Ac. 40082 del 9.5.89, "Orellano de Miranda c/ Empresa de Transporte s/ Daños y Perjuicios", A. y S. 1989-II-15; L. 40790 del 13.6.89, "Miguez c/ Comarca s/ Daño Moral", A. y S. 1989-II-391; cit. por esta Sala en

causas acumuladas nº 48.286, “Reich” y nº 48.286bis, “Contreras”, del 17.06.05., voto de la Dra. Fortunato de Serradell; nº 51.424, “Arrieta” del 31.03.08.; nº 55.193, “Sucesores de Abdala”, del 25.08.11., entre muchas otras). También es interesante observar cuál es el concepto de daño moral proporcionado por el cimero tribunal de la provincia en un reciente precedente que versó sobre el daño moral de la concubina por la muerte de su compañero y que –como bien lo ha dicho su comentarista- está llamado a convertirse en un leading case en la materia (C. 100.285, “R., A. H. c/ Kelly, Santiago y otros s/ Daños y Perjuicios”, S del 14.09.11., con nota de Fernando A. Sagarna, “Daño moral a la concubina en la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires”, en La Ley del 17.10.11.). Puede leerse en el voto del Dr. Hitters que *“...esta variante resarcitoria tiene por objeto compensar el quebranto que supone la privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor precioso en la vida del ser humano como son la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los más sagrados afectos (conf. causas Ac. 54.767, sent. de 11-VII-1995; Ac. 55.774, sent. de 14-V-1996; Ac. 81.092, sent. de 18-XII-2002; Ac. 79.922, sent. de 29-X-2003, etc.). Por lo que toda alteración lesiva del espíritu queda incluida en esta categoría, y no sólo la subsumible en el dolor, ya que puede consistir en profundas preocupaciones, estados de aguda irritación, etc., que exceden lo que por dolor se entiende, afectando el equilibrio anímico de la persona, sobre el cual los demás no pueden avanzar; de manera que toda alteración disvaliosa del bienestar psicofísico de una persona por una acción*

atribuible a otra, configura un daño moral (conf. Ac. 53.110, sent. de 20-IX-1994; mi voto en causa B. 57.993, sent. de 27-IX-2006). Indudablemente queda enclavado en este concepto el hondo sentimiento de angustia que genera la muerte súbita e imprevista de un ser querido...” (el destacado me pertenece). Finalmente, sabido es que este daño no requiere prueba específica alguna en cuanto ha de tenérselo por demostrado por el solo hecho de la acción antijurídica y la titularidad del accionante (S.C.B.A., D.J.J., tomo 172-342; esta Cámara, Sala II, causa n° 54.052, “Pistasoli” del 10.08.2010).

En el caso de autos, la infortunada víctima contaba con 57 años al momento de su deceso (conf. acta de defunción de fs. 10), y sus dos hijos, como hemos visto, con 28 y 23 años. La pericia psicológica obrante en autos (fs. 298/304) da cuenta de cómo afectó a las Sras. María Haydee Tomasco y María Soledad Elcano la muerte de su cónyuge y padre.

En virtud de estas consideraciones, acudiendo al arbitrio del art. 165 del C.P.C.C., considero razonable fijar por este monto la suma de \$ 95.000 para la cónyuge y \$ 65.000 para cada uno de los hijos (art. 1078 del Código Civil), a las que deberá aplicarse el porcentual de responsabilidad que se atribuye a la víctima.

Para arribar a tales montos he meritado anteriores pronunciamientos de este Tribunal a través de sus dos Salas (esta Sala, causas acumuladas n° 48.286, “Reich” y n° 48.286bis,

“Contreras”, del 17.06.05.; causas acumuladas nº 48.559, “Marinangeli” y 48.560, “Dulom”, del 30.11.05.; nº 51.424, “Arrieta”, del 31.03.08; nº 55.193, “Sucesores de Abdala”, del 25.08.11.; nº 55.358, “Strossio” del 01.12.11.; Sala II, causas acumuladas nº 48.042 “De la Canal...” y nº 48.043 “Navarro” del 28.11.06.; causa nº 50.092, “Escuza” del 15.12.06.; causa nº 54.052, “Pistasoli”, del 10.08.2010), aunque, conforme antes lo expliqué, he procurado adecuar los mismos a las actuales variables económicas en virtud del tiempo transcurrido desde su dictado (esta Sala, causa nº 51.028, “Sarachu”, del 20.09.07.). También he tenido muy especialmente en cuenta la información que se extrae de la pericia psicológica obrante a fs. 298/304, la que da cuenta que el sentimiento de angustia generado a la Sra. Tomasco por el fallecimiento de su cónyuge ha resultado ciertamente muy hondo, lo que afirmo sin soslayar que en la misma pericia se da cuenta de que la Sra. Tomasco ya sufría afecciones psicológicas previas.

f) Resta, para finalizar, abordar lo atinente al **daño “psíquico” o “psicológico”**, sobre el cual confluyen –una vez más– las críticas de ambas partes. En el caso de los actores, consideran reducido el monto otorgado por tal concepto a la esposa e hija de la víctima; en el caso de los demandados y su citada en garantía, entienden que el rubro directamente no puede prosperar. En cambio ha quedado firme, por falta de agravios puntuales, el rechazo de este rubro respecto al hijo de la víctima, Sr. Juan Cruz Elcano (doctr. art. 266 del C.P.C.C.).

Tal como lo ponen de resalto los accionados en

su expresión de agravios, este Tribunal tuvo oportunidad de pronunciarse en recientes precedentes acerca de la procedencia del daño psíquico o psicológico en supuestos como el presente, en los cuales se reclaman los daños derivados del fallecimiento de una persona (causa n° 55.239 “Serrano” del 27.09.11., voto de la estimada colega Dra. Lucrecia Comparato; causa n° 55.358 “Strosio” del 01.12.11., primer voto del suscripto). La conclusión a la cual arribamos en ambos precedentes –a cuya íntegra lectura remito en honor a la brevedad- es que, en principio, y a *diferencia* de lo que sucede cuando se reclama por daños a la propia integridad psicofísica (art. 1086 del Código Civil), en los casos en que la víctima fallece (arts. 1084 y 1085 del mismo Código) los legitimados solo pueden reclamar la indemnización del daño material (compuesto por el aporte económico que la víctima hacía a sus familiares y otros eventuales daños materiales, como los gastos de sepelio o el tratamiento psicológico ya realizado o al menos recomendado) y moral. Sin embargo, también se puntualizó que si el reclamante logra acreditar que el fallecimiento del ser querido le produjo un menoscabo psíquico con incidencia en su propia capacidad para actuar o en su potencialidad laboral, con incidencia directa en el plano material, cabría la procedencia del “daño psicológico”, aunque subsumido en la partida del daño material por no constituir el daño psicológico un tercer género. Por otro lado, también se aclaró que ninguna duda cabe de que el costo del tratamiento psicológico -ya realizado o recomendado- sí es procedente e integra la partida del daño material.

Aplicando estos principios al caso de autos, puede apreciarse que en la demanda se afirma que tanto la Sra. María Haydee Tomasco como su hija María Soledad Elcano padecen un daño psíquico como consecuencia del fallecimiento del Sr. Elcano, y que ambas deberán recibir auxilio terapéutico. Coherente con ello, en ambos casos se solicita una determinada suma de dinero -\$ 25.000 y \$ 30.000 respectivamente- “en concepto de daño y tratamiento” (fs. 35vta., primero y último párrafo). Ello permite afirmar que en el escrito de demanda y bajo el rótulo de “daño psíquico” se abarcan los dos conceptos a los que antes he hecho referencia, es decir, tanto el tratamiento psicológico propiamente dicho, como el daño derivado del menoscabo a la posibilidad de actuar. Y esta conclusión se robustece al observar que las actoras solicitan que en caso de entenderse que el daño psíquico no constituye un tercer género, se lo adicione al daño emergente (**“incapacidad de índole laborativa y tratamiento psicoterapéutico”**; fs. 35vta. y 36, primer párrafo en ambos casos) o al daño moral.

En cuanto al tratamiento que a estos rubros dispensó el Sr. Juez de Primera Instancia, es claro que en la introducción al tema (fs. 488vta., punto III.c.) se refirió a ambos aspectos, afirmando por un lado que el daño psíquico puede tener incidencia en el cuerpo humano y ser incapacitante y por ende debe indemnizarse a la víctima en tanto se traduzca en un perjuicio económico, y, por otro, que la víctima tiene derecho a ser indemnizada de todos los gastos de curación y convalecencia, lo que

naturalmente comprende tratamientos psicológicos. A continuación, al analizar el reclamo incoado por cada una de las actoras, el “a quo” se valió del dictamen pericial de fs. 298/304 y de allí extrajo –en relación a ambas actoras- que efectivamente habían padecido una afección psíquica como consecuencia del fallecimiento del Sr. Elcano y que en los dos casos tales afecciones podían ser abordadas mediante un tratamiento psicológico. Y como corolario de ello en ambos casos se admitió la procedencia del rubro por una suma global –de \$ 10.000 en el primer caso y \$ 5.000 en el segundo- sin aclararse expresamente si ese monto era tan solo para cubrir el tratamiento psicológico o también tenía por objeto indemnizar la incapacidad laborativa, aunque cabe interpretarlo en ese último sentido en razón de los desarrollos contenidos en la misma sentencia.

Sentadas estas bases, es indisputable la procedencia del reclamo relativo al tratamiento psicológico, siendo que la experta afirmó que las afecciones psíquicas padecidas por los actores pueden ser tratadas psicoterapéuticamente sugiriéndose interconsulta con un psiquiatra para su evaluación y eventual indicación de tratamiento psicofarmacológico (respuesta al punto “e” a fs. 303). Si bien en dicha pericia no se informó –por los motivos que allí se explican- sobre el costo aproximado del tratamiento, entiendo al igual que el “a quo” que el mismo puede estimarse prudencialmente (doctr. art. 165 último párrafo del C.P.C.C.). Así las cosas, acudiendo a modo de pauta meramente interpretativa a los valores que se habían informado en la causa “Strosio”, en

el que se aconsejó un tratamiento de un año y medio a dos años con frecuencia semanal a un costo estimado de \$ 50 por semana, estimo prudencialmente que el rubro habrá de prosperar a razón de \$ 5000 para cada una de las reclamantes.

En lo que respecta a la restante faceta del daño psíquico, el primer obstáculo que observo es que la demanda no contiene una alegación clara respecto a cómo afectó la muerte del Sr. Elcano la propia capacidad de actuar de su esposa e hija, con incidencia directa en el plano material. Las descripciones contenidas en el escrito de demanda sí dan cuenta de un estado de profunda angustia y alteración del bienestar psicofísico, pero estos cuadros –conforme hemos visto a la luz de la jurisprudencia de la Excma. Suprema Corte Provincial- integran el daño moral, y de hecho así lo he tenido en cuenta al considerar dicho rubro.

En lo que respecta a la prueba, y aún soslayando por un momento la necesidad de que el hecho probado haya sido previamente alegado (doctr. arts. 330 inc. 4to, 354 inc. 2do., 375 y conc. del C.P.C.C.), tampoco encuentro claramente acreditado que se verifique el extremo que torne procedente este rubro, es decir, una merma en la capacidad de actuar con directa incidencia en el plano material. En efecto, si bien la perito llegó a afirmar que la Sra. Tomasco “padece un trastorno distímico que afecta su desempeño global actual” (fs. 303), no se precisa –por no haber sido preguntado- cuáles son los efectos concretos de tal afectación.

Entiendo que todo ello –alegación y prueba- devenía ineludible por tratarse de un rubro que solo prospera excepcionalmente, sin perjuicio de reiterar que he tenido especialmente en cuenta la pericia psicológica para justipreciar el daño moral padecido por la Sra. Tomasco.

Como corolario de todo lo dicho en este apartado, he de propiciar admitir parcialmente los agravios de los demandados y la citada en garantía, fijando la suma de \$ 5000 para cada una de las reclamantes –esposa e hija- en concepto de costo estimado del tratamiento psicológico.

g) Si lo expuesto es compartido, deberán prosperar parcialmente los agravios vertidos por ambas partes en relación a los montos resarcitorios reconocidos en primera instancia, en los siguientes términos:

La cónyuge supérstite (Sra. María Haydee Tomasco) deberá percibir la suma de \$ 120.000 en concepto de daño material, \$ 95.000 en concepto de daño moral y \$ 5000 en concepto de tratamiento psicológico (que en rigor también pertenece a la partida del daño material). Ello totaliza la suma de \$ 220.000 que se reduce a **\$ 154.000** aplicándole el porcentaje de responsabilidad determinado en el considerando anterior.

La Sra. María Soledad Elcano deberá percibir la suma de \$ 65.000 en concepto de daño moral y \$ 5.000 en concepto de

tratamiento psicológico. Ello totaliza la suma de \$ 70.000, que se reduce a \$ **49.000** aplicándole el porcentaje de responsabilidad determinado en el considerando anterior.

El Sr. Juan Cruz Elcano deberá percibir la suma de \$ 65.000 en concepto de daño moral que se reduce a \$ **45.500** aplicándole el porcentaje de responsabilidad determinado en el considerando anterior.

A estos montos se les aplicará el régimen de intereses dispuesto en la instancia de origen (punto 2do. de la parte resolutive, a fs. 490vta.) por no haber sido motivo de agravios.

Así lo voto.

Los Señores Jueces Doctores **Comparato y Bagú** adhirieron por los mismos fundamentos **al voto precedente.-**

A LA SEGUNDA CUESTION, el Señor Juez **Doctor ESTEBAN LOUGE EMILIOZZI**, dijo:

Atento a lo acordado al tratar las cuestiones anteriores, propongo al acuerdo:

1) Admitir parcialmente los agravios vertidos por los codemandados y la citada en garantía en relación a la atribución de responsabilidad, asignándosela en un 70% al conductor del camión y en un 30% a la víctima fatal, y admitir –también parcialmente- los agravios vertidos por ambas partes respecto a algunos de los montos indemnizatorios reconocidos en primera instancia, los que de acuerdo al detalle que

antecede totalizarán la suma de \$ 154.000 para la cónyuge, \$ 49.000 para la hija Sra. María Soledad Elcano y \$ 45.500 para el hijo Juan Cruz Elcano. Es dable dejar aclarado que a estos montos ya se les aplicó el porcentaje de responsabilidad antes indicado, y que se les aplicará el régimen de intereses dispuesto en la instancia de origen (punto 2do. de la parte resolutive, a fs. 490vta.) por no haber sido motivo de agravios.

2) En lo que respecta a las costas, y comenzando por las de primera instancia, entiendo que no obstante la admisión parcial de los agravios de las accionadas y su citada en garantía y lo dispuesto por el art. 274 del C.P.C.C. deben mantenerse impuestas a las demandadas y la aseguradora que resultan vencidas, ya que la circunstancia de que la demanda no prospere en su totalidad en razón de la atribución de responsabilidad concurrente no quita al demandado la calidad de vencido a los efectos de las costas (S.C.B.A., por mayoría, C. 90.630, “Farías” del 27.02.2008; esta Sala, causas n° 53.758, “Rebollo” del 03.02.10.; n° 55.358 “Strosio” del 01.12.11., entre otras). En lo demás, si bien algunos de los montos indemnizatorios han sido modificados, se mantiene la coexistencia de algunos rubros que prosperan con otros que no, y si bien esto sí podría haber dado lugar a una distribución de las costas de primera instancia, lo cierto es que no medió un agravio puntual sobre este tópico (art. 266 del C.P.C.C.; puede verse in extenso esta Sala causa n° 56.328, “Kirsch” del 03.07.12).

En relación a las costas de Alzada, sabido es que

rigen otros parámetros, ya que ha de estarse al resultado del recurso (S.C.B.A., C. 89.530, “Díaz...”, del 25.02.09., entre muchas otras; esta Sala, causa n° 53.223, “Orella...”, del 21.10.09., entre muchas otras). Por lo tanto, atendiendo prudencialmente al resultado obtenido en esta instancia por cada uno de los recurrentes, propongo su distribución en un 30% a los co-actores y en un 70% a los co-demandados y la citada en garantía (art. 71 del C.P.C.C.).

La regulación de los honorarios correspondientes a esta instancia debe diferirse para la oportunidad del art. 31 de la ley 8904.

Así lo voto.-

Los Señores Jueces Doctores **Comparato y Bagú** **adhirieron** por los mismos fundamentos **al voto precedente.-**

Con lo que terminó el acuerdo dictándose la siguiente

S E N T E N C I A

POR LO EXPUESTO, demás fundamentos del acuerdo y lo prescripto por los arts. 266 y 267 del C.P.C.C., **se Resuelve: 1)** Admitir parcialmente los agravios vertidos por los codemandados y la citada en garantía en relación a la atribución de responsabilidad, asignándosela en un 70% al conductor del camión y en un 30% a la víctima fatal, y admitir – también parcialmente- los agravios vertidos por ambas partes respecto a algunos de los montos indemnizatorios reconocidos en primera instancia, los que de acuerdo al detalle que antecede totalizarán la suma de \$ 154.000

para la cónyuge, \$ 49.000 para la hija Sra. María Soledad Elcano y \$ 45.500 para el hijo Juan Cruz Elcano. Es dable dejar aclarado que a estos montos ya se les aplicó el porcentaje de responsabilidad antes indicado, y que se les aplicará el régimen de intereses dispuesto en la instancia de origen (punto 2do. de la parte resolutive, a fs. 490vta.) por no haber sido motivo de agravios. **2)** Con costas de primera instancia a los co-demandados vencidos y la aseguradora, y de Alzada en un 30% a los co-actores y en un 70% a los co-demandados y la aseguradora (arts. 68, 71, 274 y conc. del C.P.C.C.), difiriendo la regulación de los honorarios correspondientes a esta instancia para la oportunidad del art. 31 de la ley 8904). Notifíquese y devuélvase.-

Ricardo César Bagú
Juez
-Sala 1-
-Cám.Civ.Azul-

Esteban Louge Emiliozzi
Juez
-Sala 1-
-Cám.Civ.Azul-

///gurn las firmas.-

Si///
Lucrecia Inés Comparato
Juez
-Sala 1-
-Cám.Civ.Azul-

Ante mí

Yamila Carrasco
Secretaria
-Sala 1-
-Cám.Civ.Azul-

