



255500370003869659



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Nro de Orden:

Libro: S-191

Juzgado de origen: Civ y Com N° 4

Expte: SI-114692

Juicio: COLQUE ALBERTO JAVIER C/ ESPINDOLA HORACIO GABRIEL Y OT. S/
DAÑOS Y PERJ.POR USO AUTOMOT.(C/LES.O MUERTE)(SIN RESP.EST.)

En la ciudad de Mercedes, Provincia de Buenos Aires, a los 13 días del mes de Marzo de 2014, se reúnen en Acuerdo Ordinario los señores Jueces de la Sala I de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial Mercedes de la Pcia. de Buenos Aires, Dres. ROBERTO ANGEL BAGATTIN Y EMILIO ARMANDO IBARLUCIA, con la presencia de la Secretaria actuante, para dictar sentencia en el **Expte. N° SI-114692** , en los autos: **“COLQUE ALBERTO JAVIER C/ ESPINDOLA HORACIO GABRIEL Y OT. S/ DAÑOS Y PERJ.POR USO AUTOMOT.(C/LES.O MUERTE)(SIN RESP.EST.)”**.-

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

PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia de **fs.451/457**, en cuanto es materia de apelación y agravios?

SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

Practicado el sorteo de ley dio el siguiente resultado para la votación: Dres. Roberto Ángel Bagattin y Emilio Armando Ibarlucía.

Luego de sucesivos trámites, del llamamiento



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

de “autos para sentencia”, tras el sorteo, quedó este expediente en condiciones de ser votado.

VOTACIÓN:

A LA PRIMERA CUESTIÓN

PLANTEADA, el Sr. Juez Dr. Roberto Angel BAGATTIN dijo:

I.- En la sentencia dictada en autos se **RESOLVIÓ**: 1º.- Desestimar la excepción de falta de legitimación activa interpuesta por el demandado contra el reclamo del coaccionante Alberto Javier Colque, con costas.- 2º.- Hacer lugar a la demanda por daños y perjuicios promovida por **ALBERTO JAVIER COLQUE y ALBERTO HERNAN COLQUE** contra **HORACIO GABRIEL ESPINDOLA** y en consecuencia, condenar al demandado y a la aseguradora citada en garantía **“LIDERAR COMPAÑIA ASEGURADORA S.A.”** a pagarle a los actores la suma de pesos cuatrocientos cincuenta mil novecientos (\$ 450.900.-), con más intereses desde la fecha del hecho y hasta el efectivo pago a la tasa que abona el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones de depósito a treinta días, con costas a cargo de los demandados vencidos.

Los actores interpusieron recurso de apelación a **fs.468**, concedido libremente a **fs.469**, expresaron agravios a **fs.481/486**, los cuales no fueron objeto de réplica alguna (Conf. **fs.487**).

La aseguradora citada en garantía interpuso recurso de apelación a **fs.466**, concedido libremente a **fs.467**, expresó agravios a **fs.475/480**, los cuales fueron contestados a **fs.489/491**.

II.- SOBRE LA TACHA DE
ARBITRARIEDAD



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

La aseguradora citada en garantía solicita que revoque el fallo en crisis por considerarlo arbitrario por entender que ha sido condenada sin fundamentación alguna en función de que ampara de una forma subjetivista a la parte actora (Conf. fs.446 vta. punto A).

El análisis de la sentencia dictada a fs. 451/457 me permite sostener que el Sr. Juez de grado fundó la decisión de atribuirle al demandado la responsabilidad prevista en el art. 1113, 2º párrafo “in fine” del Código Civil en virtud de los efectos que dimanar de la sentencia penal condenatoria dictada en la causa penal n° 177.359, que corre agregada por cuerda a estas actuaciones y de los demás elementos probatorios arrojados a autos –absolución de posiciones del demandado, declaración del testigo Juan Ramón Cantero e informe pericial mecánico- y además porque el demandado no cumplió con la carga de probar la eximente de responsabilidad invocada en el escrito de contestación de demanda.

A su vez, el monto de la indemnización que condenó al demandado y a la aseguradora citada en garantía a abonarles a los actores, sin emitir opinión aún sobre la justicia de los rubros otorgados, también se encuentra fundado en los medios de pruebas producidos en autos. En el supuesto del rubro “valor vida” lo sustentó en la prueba testimonial, en los casos de los rubros “daño psicológico” y “tratamientos psicológicos futuros” en el pertinente informe pericial, y en el reclamo del rubro “gastos de sepelio” en el hecho notorio de que los cementerios municipales exigen el pago de tasas para la inhumación de cadáveres y en lo dispuesto por los arts. 1068, 1079, 2308 del Código Civil y art. 165 del CPCC).

En definitiva: la sentencia en crisis tiene



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

fundamento suficiente en las circunstancias de hecho, la prueba producida y en las disposiciones del derecho común, lo cual permite afirmar que satisface plena y sustancialmente las garantías constitucionales de que se encuentre “fundada en ley” y que respete los derechos de la “defensa en juicio”, dado que es una derivación razonada del derecho vigente de acuerdo a las circunstancias del caso y no el producto subjetivo de la voluntad del juzgador y por ende no se la puede tachar de arbitraria (doct. arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional).

Por todo ello, propongo rechazar el planteo de “sentencia arbitraria” deducido por la aseguradora citada en garantía (doct. arts. 260, 261, 266 “in fine” del CPCC).

III.- INDEMNIZACIONES

Atento la propuesta que formulo en el considerando precedente, de ser compartida, corresponde tratar los agravios relativos a cada uno de los rubros indemnizatorios protestados, lo que paso a hacer a continuación:

3.1.- DAÑO MATERIAL POR LA MUERTE DE LA VICTIMA

3.1.1.- El señor juez de grado hizo lugar al rubro indemnizatorio reclamado bajo la denominación habitual de “valor vida”, por las siguientes razones: **a)** con relación a la pretensión del concubino, Alberto Javier Colque, por aplicación de la doctrina legal elaborada por la Excma. Suprema Corte de Justicia Provincial a partir de la interpretación del art. 1079 del Código Civil que admite la procedencia del reclamo del concubino en este rubro supeditada a la demostración de que media un daño cierto, el que entendió probado en autos; y **b)** con relación al reclamo del hijo de la víctima, Alberto Hernán Colque, por



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

encontrarse acreditado su vínculo filial con la víctima, circunstancia que interpretó que abría sin más consideración su procedencia. Fijó las pertinentes indemnizaciones en la suma de pesos setenta y cinco mil (\$ 75.000.-) para el concubino y la de pesos ciento cincuenta mil (\$ 150.000.-) para el hijo de la víctima (Conf. fs.451/457).

3.1.2.- La aseguradora citada en garantía solicita que se modifique la sentencia en crisis en el sentido de reducir el monto del rubro indemnizatorio en tratamiento por considerarlo “arbitrario y excesivo” porque los actores no probaron que a la fecha del hecho eran asistidos económicamente por la causante y en consecuencia, que se hubiesen visto privados de una ayuda económica por su fallecimiento (Conf. fs.475/480).

Los actores solicitan que se modifique la sentencia en crisis en el sentido de elevar los montos fijados para la indemnización del rubro en tratamiento por considerarlos exiguos (Conf. fs.481/486).

3.1.3.- Lo que se trata de indemnizar en este rubro es la pérdida de la contribución económica que la fallecida hacía para el sostén de su concubino y de su hijo y la pérdida de la “chance” de una ayuda futura, porque la vida humana no tiene un valor económico en sí misma. Para ello lo que debe evaluarse son los concretos elementos de juicio obrantes en el expediente para llegar a su cuantificación (Doct. arts. 1079, 1084 del Código Civil;

Debo señalar que las normas contenidas en los artículos 1084 y 1085 del Código Civil, aplicables en el presente caso para el hijo de la víctima, establecen una presunción “*iuris tantum*”, ante la muerte de una persona por un hecho ilícito, de la existencia de un daño



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

a favor de la viuda y los herederos necesarios, por la cual, estos no se encuentran en la necesidad de probar la existencia del mismo. Esto es, la ley presume que la subsistencia de ellos habrá de resentirse por la desaparición de la víctima, salvo prueba en contrario, es decir, que era verosímilmente el sostén del hogar. Respecto del concubino, es pacífica la doctrina y jurisprudencia en cuanto a que procede la reparación por este rubro por aplicación del art. 1079 del Código Civil si se demuestra que la víctima de alguna manera contribuía a su sostén o ayuda económica (Excma. SCBA en las causas: Ac. 54.867, sentencia del 15 de diciembre de 1998; Ac. 43.068, sentencia del 12 de noviembre de 1991; C 100.285, sentencia del 14 de septiembre de 2011, entre otras; fallo plenario de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en autos: “F.M.C. y otro c/El Puente SAT”, de fecha 4 de abril de 1995; LL 1995-C.642).

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

Para así proceder, el reclamante debe denunciar en la demanda la mayor cantidad de datos posibles, ofrecer y producir la prueba respectiva (art. 375 del CPCC), cosa que lamentablemente no ocurre con precisión en el caso de autos (ver capítulo V de la demanda, fs.91 vta./93).

Sin embargo, de los distintos elementos



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

existentes en autos se desprende que a la fecha del hecho: **a)** el concubino y el hijo de la causante tenían 38 y 12 años respectivamente (Conf. fotocopia de DNI de fs.3 y partida de nacimiento de fs.279 respectivamente); **b)** la víctima tenía 36 años (fs. 248); **c)** la Sra. Gladys Susana Peralta trabajaba como empleada en la heladería de Karina Daniela Garces y como empleada doméstica por horas en la casa de Alejandro Carlos Hugo Lorenzetti (Conf. a las declaraciones testimoniales de Catalino Olmedo (fs.292), Karina Daniela Garcés (fs.293) y Alejandro Carlos Hugo Lorenzetti (fs. 294); **d)** la Sra. Peralta contribuía económicamente al sostén del hogar, al pago de los gastos de un colegio para su hijo y en el pago de las cuotas por el saldo de precio de la vivienda que había adquirido según fotocopia certificada de la escritura pública agregada a fs.248/251 y las referidas declaraciones testimoniales; **e)** la Sra. Peralta convivía con su pareja, el coactor Alberto Javier Colque, y su hijo menor de edad, Alberto Hernán Colque, de acuerdo a la mencionadas declaraciones; **f)** el Sr. Alberto Javier Colque trabajaba en una empresa distribuidora de cerveza (Conf. declaraciones testimoniales de Catalino Olmedo (fs.22), Pablo Ismael Pacheco (fs.23) y Diego Martín Belli (fs.24) prestadas en el expediente de beneficio de litigar sin gastos agregado por cuerda a estas actuaciones); **g)** el Sr. Alberto Javier Colque y su compañera Gladys Susana Peralta convivían de hecho como un matrimonio desde por lo menos hacía 13 años; **j)** si bien no aparece acreditado el monto de las remuneraciones que percibía la víctima, atento las tareas que realizaba se la puede estimar en el equivalente a la de un salario mínimo vital y móvil (doct. arts. 384, 391, 456 del CPCC).

Acceptando que la causante pagaba los gastos



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

de la educación de su hijo y las cuotas del saldo de precio por la compra de la vivienda, la contribución al sostén el hogar no debía superar el 50% de sus ingresos, teniendo en cuenta que la persona fallecida siempre destina una parte de los mismos para sí misma.

De acuerdo a la edad de la víctima y de su pareja al momento del hecho (36 y 38 respectivamente), el tiempo restante para obtener el beneficio jubilatorio ronda alrededor de los 25 años.

No debe perderse de vista que toda suma indemnizatoria que se fije por este concepto debe tener en cuenta que al final del período considerado (tiempo probable de vida del fallecido y del reclamante), junto con los intereses que la misma pueda devengar, se tiene que haber consumido (conforme a la fórmula “Vuotto” que se utiliza en la Justicia Laboral), sin que ello implique recurrir a fórmulas matemáticas rígidas.

Por todo ello, propongo que se confirme el monto de la indemnización por la pérdida de chance por adecuarse a los elementos de prueba reseñados y a los importes otorgados por este Tribunal en casos similares (arts. 1067, 1068, 1079, 1083, 1084, 1085 y concordantes del Código Civil; art. 165 del CPCC).

3.2.- DAÑO MORAL

3.2.1.- El Sr. Juez sentenciante admitió sólo la pretensión de una indemnización por daño moral por la muerte de Gladys Susana Peralta para el hijo, Alberto Hernán Colque, por considerar que la muerte de su madre es el vivo ejemplo del cual resulta incuestionable el daño moral, dada la irreparable pérdida comprobada y fijó el monto de la indemnización den la suma de PESOS CINCUENTA MIL (\$50.000,00).



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

En cambio rechaza la pretensión del reclamo formulado por el concubino, Sr. Alberto Javier Colque, por entender que no está legitimado para reclamar daño moral por la muerte de su compañera porque interpretar que el art. 1078 del Código Civil solo se la concede a los herederos forzosos de la víctima, circunstancia que considera que no da con relación a aquél.

3.2.2.- Daño moral por la muerte de la madre

El Sr. Alberto Hernán Colque solicita que se modifique la sentencia en crisis en el sentido de elevar el monto de la indemnización fijado por daño moral a la suma de pesos cien mil (\$ 100.000.-), por la hondura del dolor espiritual que le provoca la muerte de su madre, teniendo en cuenta las edades de la víctima y la suya y las particularidades propias del caso.

La aseguradora citada en garantía solicita que se modifique la sentencia en crisis en el sentido de reducir el monto asignado en concepto de daño moral para el Sr. Alberto Hernán Colque porque si bien no se puede precisar cuánto sufrió el damnificado a raíz del suceso, solo se lo puede valorar a la luz de las circunstancias particulares acreditadas en la causa, de las que entiende que no están demostradas y por no existir ninguna circunstancia extraordinaria que autorizara al “a quo” a otorgar la suma fijada.

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



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

materiales, por la distinta naturaleza jurídica de los daños que tiende a resarcir (doct. art. 1078 del Código Civil).

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

Conforme a todo ello, sopesando las características del hecho dañoso, al estrecho vínculo biológico, espiritual y afectivo entre la víctima y su hijo, el profundo sufrimiento que el fallecimiento de aquella debió producir y producirá a éste, a la profundidad de los sentimientos afectados, a la intensidad del dolor y el sufrimiento inconsolable que le ha producido estimo que la suma fijada en la sentencia para el rubro de autos no es suficiente para reparar el “daño moral” sufrido por el hijo de la víctima (arts. 1069, 1078 del Código Civil, arts. 165, 260, 261, 266 “in fine” del CPCC).

Por todo ello, propongo modificar el fallo en crisis en relación al rubro “daño moral” acogido en favor del coactor



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Alberto Hernán Colque, en el sentido de elevar el monto indemnizatorio a la suma reclamada en la expresión de agravios de PESOS CIEN MIL (\$ 100.000,00) (Conf. fs.483 vta), en razón de que es posible apartarse del monto estimado en la demanda por haber sujetado la pretensión “a lo que en más o en menos resulte de las probanzas de autos o lo que V.S. determine conforme su elevado criterio” (Conf. fs.89), como asimismo porque siempre los jueces fijan los montos indemnizatorios a valores más cercanos al momento en que dictan sentencia (doct. art. 1078 del Código Civil; arts.165, 260, 261, 266 “in fine” del CPCC).

3.2.2.- Daño moral por muerte de la concubina

El co actor Alberto Javier Colque solicita que se revoque la sentencia en crisis en cuanto desestima la pretensión de que se le otorgue una indemnización por daño moral por la muerte de su compañera por entender que el Sr. Juez de grado la rechaza mediante una interpretación literal y restrictiva del art. 1078 del Código Civil, la que sostiene que ha sido puesta en crisis por diversos precedentes jurisprudenciales por atentar contra la protección integral de la familia, la garantía constitucional de igualdad y el principio general del derecho “*alterum non laedere*” y en consecuencia solicita que se haga lugar al reclamo y se fije el monto resarcitorio en pesos cincuenta mil (\$ 50.000.-) (Conf. fs. 483 vta.).

El art. 1078 del Código Civil sienta como regla que *la acción por indemnización de daño moral sólo compete al damnificado directo*, esto es, a la víctima inmediata del hecho ilícito y *“si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos”*. En definitiva: la norma contenida en esa



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

disposición legal limita la legitimación activa para reclamar la reparación del daño moral a los damnificados directos y en el caso de muerte de la víctima a los damnificados indirectos, pero sólo a los ascendientes, descendientes y cónyuge. De ahí que el concubino no se encuentra legitimado para reclamar daño moral por la muerte de su compañera por no tener la calidad de heredero forzoso.

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

Se han dictado fallos que pretendieron atenuar sus efectos mediante una interpretación “amplia” del art. 1078 o “armonizadora” con el ordenamiento jurídico, pero al no ofrecer mayores dudas la citada norma la única forma de sortear su aplicación es por vía de la declaración de inconstitucionalidad, por el principio de unidad del orden jurídico, cuyo vértice es la Constitución Nacional. Es que los jueces deben abocarse en virtud del “*iura novit curia*” a tratar de oficio la validez constitucional de las normas jurídicas. Rigiendo el principio de presunción de constitucionalidad de las leyes y normas estatales la declaración de su invalidez es – como no se cansa de decir la Corte Nacional – la última *ratio legis* del orden jurídico (Esta Sala en la causa n° 108.783 caratulada: “Fisco Nacional (AFIP – DGI) c/Terrasa Hnos. SRL s/incidente de revisión”, sentencia dictada el 17 de junio de 2004).

El Sr. Alberto Javier Colque si bien no ataca expresamente de inconstitucional la normativa del art. 1078 del Código Civil, la impugna por injusta por considerar que atenta contra la protección integral de la familia, la garantía constitucional de igualdad y el principio general del derecho “*alterum non laedere*” en la expresión



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

de agravios (Conf. fs.482 vta./483 vta.), la que no mereció reparo alguno de la parte demandada ni de la citada en garantía.

Esa circunstancia habilita el control de constitucionalidad de “oficio” de esa norma porque no es incompatible con el principio dispositivo que rige en la materia de este juicio. En suma: al haberse introducido la cuestión de alguna manera por el actor, el principio de congruencia no aparece violado, lo cual hace que este Tribunal se encuentre habilitado para efectuar el control de constitucionalidad de oficio (**iuria novit curia**) (arts. 31 y 28 de la Constitución Nacional y 57 de la local –SCJBA en la causa L. 67.598, "Blanco", sent. del 2-XI-2002- C.S.J.N. en las causas: "Mill de Pereyra, Rita Aurora y otros c/ Provincia de Corrientes", sent. del 27-IX-2001, "La Ley", 5-XII-2001; "Banco Comercial de Finanzas (en liquidación Banco Central de la República Argentina) s/quiebra" (B.1160.XXXVI) sent. del 19-VIII-2004, "La Ley" 2005-F-453; esta Sala en el Expte. N°114.796 caratulado: “O.M.V. y G.J. s/divorcio”, sentencia dictada el 4 de febrero de 2014).

Es de recordar que de acuerdo con la doctrina legal de la Excma. Suprema Corte de Justicia Provincial hasta el fallo dictado en la causa C 100.285 de fecha 14 de septiembre de 2011 caratulada: “Ruboni, Amalia H. c/Kelly, Santiago s/daños y perjuicios”, el concubino o la concubina carecía de legitimación para reclamar el daño moral por la muerte de su pareja en un hecho ilícito, porque se entendía que el art. 1078 del Código Civil sólo habilitaba a los herederos forzosos de la víctima (conf. Ac. 52.191 y Ac. 53.092, ambas sents. del 5-VII-1996; Ac. 48.914, sent. del 17-II-1998; Ac. 54.867, sent. del 15-XII-1998; L. 87.342, sent. del 20-VI-2007).



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

En ese fallo la Excma. Suprema Corte de Justicia admitió la procedencia del rubro “daño moral por la muerte del concubino” con el voto del Dr. Hitters mediante un “control de constitucionalidad y de convencionalidad” de oficio del art. 1078 del Código Civil que hizo mayoría dado que a él adhirieron los Dres. Kogan, Pettigiani y Soria, produciendo un cambio de ciento ochenta grados en la doctrina legal sustentada hasta esa fecha, sobre el punto, que negaba la habilitación para reclamar el daño moral por la muerte de la concubina. Sin embargo, posteriormente volvió a rechazar la legitimación de la concubina a reclamar daño moral por la muerte de su pareja en la causa C 91.762, en la sentencia dictada el 15 de noviembre de 2011 en los autos: “Pérez, Estela c/Rodríguez, Pablo s/daños y perjuicios”.

El más alto Tribunal de la Nación se ha pronunciado por el rechazo de la pretensión por daño moral deducida por la pareja de la víctima, fundado en la circunstancia de que "tal indemnización, en caso de muerte, es privativa de los herederos forzosos, según lo establece claramente el art. 1078, último párrafo, del Código Civil" (Fallos 326:4768, "Folgan", sent. del 2-XII-2003). Sin embargo, quedó pendiente en dicha ocasión la definición relativa a la constitucionalidad de dicha norma, ya que se aclaró en el pronunciamiento citado que la validez del precepto en cuestión no había sido cuestionada.

Debo dejar aclarado, antes de ingresar al tratamiento del tema, que oportunamente adherí a este último criterio en la sentencia dictada el 7 de noviembre de 2006 en el Expte. N° 24.275 caratulado: “Ruboni, Amalia H. c/Kelly, Santiago y otros s/daños y perjuicios” de la Sala II de este Tribunal. Un nuevo análisis de la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

cuestión a partir de una interpretación dinámica, humanitaria y realista de la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de rango constitucional me lleva a someter de oficio el citado precepto a un control de constitucionalidad y de convencionalidad, de modo de verificar si resulta “razonable” la restricción de la legitimación de los partícipes en uniones sentimentales de hecho, como la que motiva el reclamo en tratamiento, tomando como punto de partida los derechos de acceso a la justicia (arts. 18, Constitución Nacional; 15 de la Constitución Provincial; 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos); al respeto de la integridad física y moral (arts. 17 de la Constitución Nacional; 31 de la Constitución Provincial; 5 y 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), al resarcimiento integral (conf. principio “*alterum non laedere*”, de raigambre constitucional: art. 19, Constitución Nacional; v. C.S.J.N., Fallos, 327:3753; 331:1488), a la protección de la familia (arts. 14 bis, de la Constitución Nacional; 36.1 de la Constitución Provincial; 17.1 y 17.2, Convención Americana sobre Derechos Humanos) y a la igualdad ante la ley (arts. 16, Constitución Nacional; 11 de la Constitución Provincial; 1.1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 2 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

En este punto, siguiendo el voto del Dr. Hitters en la sentencia en la causa C.100.285 caratulada: “Ruboni, Amalia H. c/Kelly, Santiago s/daños y perjuicios” citada, nos encontramos ante lo que se ha dado en llamar “**control de constitucionalidad y de convencionalidad**” porque en el **sub lite** ambos tipos de inspección pueden ser aunados, ya que en definitiva corresponde verificar si -en el caso particular- la limitación prevista en el art. 1078 del



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

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

El sistema jurídico vigente impone la necesaria reparación de los perjuicios causados por la afección a valores espirituales, cumpliendo de tal forma con el deber de satisfacción integral mediante el instituto denominado "daño moral" (doct. art. 19 de la Constitución Nacional; arts. 1078, 1083 del Código Civil; SCJBA en las causas Ac. 54.767, sent. del 11-VII-1995; Ac. 55.774, sent. del 14-V-1996; Ac. 81.092, sent. del 18-XII-2002; Ac. 79.922, sent. del 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. del 20-IX-1994; mi voto en causa B. 57.993, sent. del 27-IX-2006; del citado voto del Dr. Hitters en la causa C.100.285).



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Indudablemente queda enclavado en este concepto el hondo sentimiento de angustia que generó en su compañero la muerte súbita e imprevista de la Sra. Gladys Susana Peralta en un hecho ilícito (art. 1078 del Código Civil).

En suma: la cuestión impone responder al interrogante ¿Es tolerable la limitación impuesta por el art. 1078 del Código Civil a la pretensión del concubino, en el caso concreto, ante esa afectación a la luz de la Constitución Nacional y del derecho internacional receptado en el art. 75 inc. 22 de la Carta Magna?

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

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

Ello no impide que el legislador disponga



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

cualquier forma de limitación de la cadena de damnificados fácticos por un hecho, en la medida en que las lesiones sufridas se manifiesten como restricciones de actividades lícitas del perjudicado (del citado voto del Dr. Hitters en la causa C. 100.285).

Cierta doctrina y jurisprudencia sostiene que esa limitación a la legitimación prevista en el art. 1078 del Código Civil constituye una exteriorización de la voluntad del legislador en el sentido de contener la litigiosidad excesiva que -en su parecer- se volcaría de otro modo a los estrados judiciales por parte de la extensa cadena de personas que en diversa escala sufren por la muerte de otra.

La restricción por grado de parentesco (herederos forzosos) dispuesta por el art. 1078 “in fine” del Código Civil ha sido impuesta “a priori” y en “abstracto” por el legislador, dado que sólo habilita a un conjunto de sujetos a reclamar por la reparación que sufren por el dolor por la pérdida de un ser querido (sus ascendientes, descendientes y el cónyuge) y no lo hace en la medida de la entidad del padecimiento espiritual producido en relación a cada caso, como el de quienes se encuentran en idéntica posición pero unido a la víctima sólo por vínculos sentimentales y no legales como los que poseen aquellas. Por eso la aludida restricción en determinadas circunstancias, como la expuesta se torna arbitraria.

El análisis y valoración de los conceptos expresados precedentemente me animan a sostener que la limitación impuesta por el art. 1078 “in fine” del Código Civil al concubino (o en su caso de la concubina) para reclamar el daño moral por la muerte de su pareja por un hecho ilícito no es razonable (arts. 28 de la Constitución Nacional; 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; del



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

citado voto del Dr. Hitters en la causa C.100.285).

Con ello no se trata de amparar susceptibilidades excesivas, ni de tolerar una judicialización masiva de los menoscabos espirituales indirectamente padecidos por sujetos distintos a la víctima, sino reconocer y tutelar, por razones objetivas, la legítima aflicción que produce la pérdida súbita de la persona unida al accionante por vínculos sentimentales continuos y estables (estado conyugal aparente o de hecho), como el que resultara truncado por el trágico episodio que motiva estas actuaciones. La víctima se encontraba unida de hecho con el Sr. Alberto Javier Colque desde hacía trece años al momento del hecho y formaba una pareja de aparente matrimonio en forma estable, con un hijo de 12 años al momento del hecho.

En tal hipótesis, desconocer legitimación a la pareja de la víctima para reclamar una reparación por “daño moral” por su fallecimiento en un hecho ilícito, resultaría una discriminación inaceptable (arts. 16 de la Constitución Nacional; 11 de la Constitución Provincial; 1.1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 2 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) porque importa una alteración indebida del derecho de acceder a la justicia para obtener de ella remedios eficaces (reparación integral) contra la afectación de prerrogativas legítimamente ejercidas en el campo de autonomía individual (arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional; 15 de la Constitución Provincial; 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; del citado voto del Dr. Hitters en la causa C.100.285).

Por todo ello, propongo declarar la inconstitucionalidad de la norma contenida en el art. 1078 del Código



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Civil en este caso, en cuanto no habilita al concubino de la Sra. Gladys Susana Peralta a reclamar un resarcimiento por “daño moral” por su muerte en el hecho ilícito motivo de autos, y en consecuencia revocar la sentencia en crisis en cuanto rechaza el “daño moral” reclamado por el coactor Alberto Javier Colque y acogerlo (doct. arts. 260, 261, 266 “in fine” del CPCC).

De ser compartida esa propuesta, corresponde cuantificar la indemnización por “daño moral”, que siguiendo las reglas propuestas por el maestro Jorge Mosset Iturraspe para hacerlo (Mosset Iturraspe, Jorge “Diez reglas para la cuantificación del daño moral”, LL 1994-A.728), que el monto de la misma no debe ser una suma simbólica, tampoco debe producir un enriquecimiento injusto, debe atender a la gravedad del daño, debe ser una suma que le permita a la víctima compensar el dolor sufrido con un placer a disfrutar y debe tener la razonabilidad de ser pagable por el ofensor dentro del contexto económico del país. Por ello estimo razonable fijar el monto del resarcimiento por “daño moral” a favor del Sr. Alberto Javier Colque en la suma reclamada en la expresión de agravios de pesos cincuenta mil (\$ 50.000.-) (Conf. fs. 483 vta.; doct. arts. 165, 260, 261, 266 “in fine” del CPCC).

3.3.- DAÑO PSICOLOGICO

3.3.1.- El Sr. Juez de grado admitió el rubro “daño psicológico” reclamado por Alberto Javier y Alberto Hernán Colque, por entender que la pericia psicológica de fs. 229/231 y su ampliación de fs.263 demostró que el deceso de la Sra. Gladys Susana Peralta les dejó secuelas psicológicas que los incapacitan en forma parcial y permanente en un 75% y 80% respectivamente, es decir porque



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

les causó un daño cierto que debe ser reparado, fijando en los términos normados por el art. 165 del CPCC el monto indemnizatorio en la suma de pesos ochenta mil (\$.80.000) para cada uno de ellos.

3.3.2.- La aseguradora citada en garantía solicita que se revoque la sentencia en crisis en cuanto otorga a cada uno de los actores una indemnización por “daño psicológico” por considerarlo improcedente y subsidiariamente, en el supuesto de ser admitido, se lo reduzca por considerar excesiva el monto concedido. (Conf. fs.475/480).

Los actores solicitan que se modifique la sentencia en crisis en el sentido de elevar el monto indemnizatorio a la suma de \$ 100.000.- para cada uno por considerar exiguos los fijados en aquella (Conf. fs.481/486).

3.3.3.- Si bien en principio el llamado **“daño psicológico”** carece de autonomía no por ello desaparece del mundo resarcitorio, puesto que es susceptible de configurarse: **1)** ya como un daño patrimonial indirecto, al afectar la aptitud productora de bienes y los demás aspectos materiales de la personalidad del individuo; y **2)** ya como un daño no patrimonial directo, al internarse en el territorio del “daño moral”.

Sin embargo en el presente caso, a pesar de haber sido reclamado como un daño autónomo, lo cierto es que los actores lo han requerido como “un daño patrimonial indirecto”, ya que lo refieren a que la muerte de la víctima les ha causado trastornos mentales y/o psicológicos que les ha provocado una minoración patrimonial, una incapacidad sobreviniente del hecho ilícito (Conf. punto IV apartado 3 de fs.91). Asimismo, la citada en garantía no se agravia del tratamiento del



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

rubro como daño autónomo. El agravio en cuanto a que es improcedente por tratarse el Sr. Alberto Javier Colque de un damnificado indirecto no reúne los requisitos del art. 269 del CPCC. Es de señalar que, en tanto daño patrimonial indirecto caben las mismas consideraciones hechas en el apartado 3.1. de este considerando en cuanto a la aplicación del art. 1079 del Código Civil.

3.3.4.- La Dra. Azucena Margarita Domínguez, médica especialista en medicina legal, familiar, clínica médica y psiquiatría y psicología médica, designada perito de oficio en autos, llega a la conclusión de que a consecuencia del deceso traumático de la Sra. Gladys Susana Peralta, el Sr. Alberto Javier Colque presenta una depresión reactiva severa con trastornos de ansiedad generalizada y etilismo, y el Sr. Alberto Hernán Colque presenta un trastorno de personalidad border, neurosis de angustia severa, de ansiedad generalizada y abuso de sustancias, que los incapacitan en forma parcial y permanente en un 75% y 80 % respectivamente, tanto en la vida de relación como en el trabajo, estudios, etc. (Conf. informe de fs.229/231 y explicaciones de fs.263).

Que tales secuelas representan un daño patrimonial indirecto, derivado del hecho ilícito motivo de autos, que corresponde indemnizar (doct. arts. 901, 906, 1068, 1083, 1086 y concordantes del Código Civil; doct. arts. 384, 474 del CPCC).

Sopesando la índole, magnitud e importancia de las referidas secuelas psíquicas, las edades de los actores al momento del hecho (38 y 12 años respectivamente), - elemento que acredita la expectativa de vida útil-, y los montos reconocidos por este Tribunal en casos similares, estimo que no son suficientes los montos de las



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

indemnizaciones del rubro fijados en la sentencia en crisis para reparar la aludida incapacidad psicológica sufrida por cada uno de los actores (doct. arts. 901, 1068, 1069, 1079, 1083, 1085 “in fine” y concordantes del Código Civil; arts. 165 “in fine”, 384 del CPCC).

3.3.5.- Por todo ello, propongo confirmar la sentencia en crisis en cuanto concede a los actores un resarcimiento por “daño psicológico” como incapacidad psicológica sobreviniente y el monto otorgado al actor Alberto Javier Colque y modificar el monto concedido al coactor Alberto Hernán Colque en el sentido de elevarlo a la suma reclamada en la expresión de agravios de pesos cien mil (\$ 100.000) (Conf. fs.485 vta.) en razón de que es posible apartarse del monto estimado en la demanda por haber sujetado los actores la pretensión “a lo que en más o en menos resulte de las probanzas de autos o lo que V.S. determine conforme su elevado criterio” (Conf. fs.89), como asimismo porque siempre los jueces fijan los montos indemnizatorios a valores del costo de vida más cercanos al momento en que dictan sentencia (arts. 165, 260, 261, 266 “in fine” y concordantes del CPCC.).

3.4.-TRATAMIENTOS PSICOLOGICOS

3.4.1.- El Sr. Juez de la instancia de origen admitió el rubro reclamado con el nombre de “tratamientos psicológicos futuros” por considerar que el pertinente dictamen pericial lo aconsejaba en razón de las patologías que presentaban los actores y fijó el monto de la indemnización en la suma solicitada de pesos siete mil doscientos (\$ 7.200.-) para cada uno de ellos.

3.4.2.- La aseguradora citada en garantía solicita el rechazo del rubro y subsidiariamente para el caso de



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

considerarse pertinente la reducción del monto del mismo a sus justos límites.

Los actores solicitan que se modifique la sentencia en crisis en el sentido de elevar el monto de la indemnización a la suma de \$.10.000.- en consideración al tratamiento indicado por la perito y al público y notorio alza del costo de vida.

Además, la procedencia del mismo, en la forma que ha sido tratado en la sentencia en crisis no ha sido cuestionada por la citada en garantía (doct. arts. 260, 261, 266 “in fine” del CPCC).

3.4.3.- Las conclusiones de la Sra. Perito son categóricas en cuanto a que las patologías que padecen los actores, como consecuencia del hecho motivo de autos, requieren para su curación un tratamiento psicológico y psiquiátrico no menor de 3 años como mínimo en sesiones de 2 veces semanales en el área psicológica y de una regularidad quincenal en el área psiquiátrica, la cual importa la acreditación de un daño indemnizable, razón más que suficiente para el rechazo del agravio de la aseguradora citada en garantía (doct. arts. 901, 1068. 1083 y concordantes del Código Civil).

En cuanto a la cuantificación del daño, atento los tiempos y los costos de los tratamiento estimados por la Sra. Perito considero insuficiente el monto fijado para la indemnización del rubro.

3.4.4.- Por ello, propongo modificar la sentencia en crisis en el sentido de elevar el monto de la indemnización a la suma reclamada en la expresión de agravios de fs.481/486 de pesos diez mil (\$ 10.000.-) para cada uno de los actores en razón de que es posible apartarse del monto estimado en la demanda por haber sujetado los actores la pretensión “a lo que en más o en menos resulte de las



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

probanzas de autos o lo que V.S. determine conforme su elevado criterio” (Conf. fs.89), como asimismo porque siempre los jueces fijan los montos indemnizatorios a valores del costo de vida al momento en que dictan sentencia (doct. arts. 901, 1068, 1083 y concordantes del Código Civil; arts. 165 “in fine”, 260, 261, 266 “in fine” del CPCC).

3.5.-GASTOS DE SEPELIO

3.5.1.- El Sr. Juez de grado fijó la indemnización por el rubro “gastos de sepelio” en la suma de pesos mil quinientos (\$ 1.500.-) por considerar que el responsable del homicidio debe pagar los gastos de entierro a los causahabientes de la víctima.

3.5.2.- La aseguradora citada en garantía solicita se reduzca el monto de la indemnización fijada para el rubro a sus justos límites.

3.5.3.- La ley establece que el responsable de un homicidio tiene entre otras obligaciones, la de sufragar los gastos del funeral de la víctima (doct. art. 1084 del Código Civil).

3.5.4.- La Cochería Del Pueblo informó que se le abonó la suma de \$ 1.500.- por el servicio fúnebre de Gladys Susana Peralta, incluyendo en ella el pago de los derechos de inhumación de que informa el Municipio de Moreno (Conf. fs.212 y fs. 201/202), lo que constituye prueba suficiente para acreditar la referida erogación (doct. arts. 1067, 1068, 1069 del Código Civil; arts. 384, 391 del CPCC).

3.5.5.- Por ello, propongo confirmar la sentencia en crisis en relación al rubro “gastos de sepelio” (doct. arts. 260, 261, 266 “in fine del CPCC).

IV.- COSTAS DE ALZADA

De acuerdo a la propuesta que formulo en los



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

considerandos precedentes, de ser compartida, los actores triunfan en los rubros “daño moral”, “daño psicológico” y “tratamiento psicológico futuro” y no consiguen incrementar los montos por los rubros “pérdida de chance” y “gastos de sepelio”. La aseguradora citada en garantía resulta perdidosa en relación a los todos rubros cuestionados. En suma: la parte actora conserva la calidad de vencedora, porque sus pretensiones han tenido acogida, aunque fuere en menor medida a sus pretensiones y fueron resistidas por la parte contraria (doct. arts. 68 primer parte del CPCC; Excma. SCJBA. en la causa Ac. 40.713 en A. y S., 1989-II-379; Ac.45.427 sentencia del 10 de marzo de 1992).

Por ello, propongo que las costas de Alzada se le impondan a la aseguradora citada en garantía (art. 68, 1º párrafo del CPCC.).

Con el preciso alcance que se desprende de lo expresado en los considerados precedentes, a esta primera cuestión **VOTO POR LA AFIRMATIVA.**

A LA MISMA PRIMERA CUESTIÓN: El Sr. Juez Emilio Armando Ibarlucía, aduciendo análogas razones, dio su voto también por la **AFIRMATIVA.**

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, el Sr. Juez Dr. Roberto Angel BAGATTIN dijo:

En mérito al resultado de la votación que antecede, el pronunciamiento que corresponde dictar es:

1º.- Declarar la inconstitucionalidad de la norma contenida en el art. 1078 “in fine” del Código Civil en este caso, en cuanto no habilita concubino de la Sra. Gladys Susana Peralta a reclamar un resarcimiento por “daño moral” por su muerte en el hecho



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

ilícito motivo de autos

2°.- Revocar la sentencia de **fs.451/457** en cuanto rechaza el reclamo de “daño moral” formulado por el coactor Alberto Javier Colque y acoger el mismo por los padecimientos espirituales originados en la pérdida de su pareja, Gladys Susana Peralta y fijar el monto de la indemnización en la suma de pesos cincuenta mil (\$ 50.000.-).

3°.- Modificar la sentencia de **fs.451/457** en los siguientes aspectos: **a)** en sentido de elevar el monto de la indemnización por “daño moral” para el coactor Alberto Hernán Colque a la suma de PESOS CIEN MIL (\$ 100.000,00); **b)** en el sentido de elevar la indemnización por “daño psicológico” a la suma de pesos CIEN MIL (\$ 100.000) para coactor Alberto Hernán Colque y **c)** en el sentido de elevar el monto de la indemnización por tratamientos psicológicos futuros a la suma de PESOS DIEZ MIL (\$ 10.000,00) para cada uno de los actores.

4°.- Confirmar la sentencia de **fs.451/457** en todo lo demás que decide y fue materia de recurso de apelación y agravios.

5°.- Imponer las costas de Alzada a la citada en garantía.

ASÍ LO VOTO.-

A LA MISMA SEGUNDA CUESTIÓN: El Sr. juez Emilio Armando Ibarlucía, aduciendo análogas razones, dio su voto también en el mismo sentido.

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



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

SENTENCIA:

Y VISTOS:

Considerando que en el acuerdo que precede y en virtud de las citas legales, jurisprudenciales y doctrinales ha quedado establecido, que la sentencia de **fs.451/457** se ajusta a derecho porque se la **CONFIRMA** en lo sustancial y sólo se la modifica respecto de los montos indemnizatorios otorgados.

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

1º.- Declarar la inconstitucionalidad de la norma contenida en el art. 1078 del Código Civil en este caso, en cuanto no habilita concubino de la Sra. Gladys Susana Peralta a reclamar un resarcimiento por “daño moral” por su muerte en el hecho ilícito motivo de autos

2º.- Revocar la sentencia de **fs.451/457** en cuanto rechaza el reclamo de “daño moral” formulado por el coactor Alberto Javier Colque y acoger al mismo por los padecimientos espirituales originados en la pérdida de su pareja, Gladys Susana Peralta y fijar el monto de la indemnización en la suma de pesos cincuenta mil (\$ 50.000.-).

3º.- Modificar la sentencia de **fs.451/457** en los siguientes aspectos: **a)** en sentido de elevar el monto de la indemnización por “daño moral” para el coactor Alberto Hernán Colque a la suma de PESOS CIEN MIL (\$ 100.000,00); **b)** en el sentido de elevar la indemnización por “daño psicológico” a la suma de pesos CIEN MIL (\$ 100.000) para coactor Alberto Hernán Colque y **c)** en el sentido de elevar el monto de la indemnización por tratamientos psicológicos



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

futuros a la suma de PESOS DIEZ MIL (\$ 10.000,00) para cada uno de los actores.

4°.- **Confirmar** la sentencia de **fs.451/457** en todo lo demás que decide y fue materia de recurso de apelación y agravios.

5°.- **Imponer** las costas de Alzada a la citada en garantía.

REGÍSTRESE.- NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE.

Firmado: Dr. Emilio A. Ibarlucía – Dr. Roberto A. Bagattin.

Ante mí, Dra. Gabriela A. Rossello – Secretaria.-