

## Danos Y Perjuicios Indemnizacion Por Fallecimiento Dano Moral Legitimacion Activa De La Hermana Del Causante

### JURISPRUDENCIA

Legitimación activa de la hermana del causante

Daños y perjuicios. Indemnización por fallecimiento. Daño moral. Se confirma la sentencia que hizo lugar parcialmente a la demanda de daños y perjuicios, y declaró de oficio la inconstitucionalidad del artículo 1078 del Código Civil, en cuanto limita la legitimación activa de la hermana del actor respecto del reclamo por daño moral. En la ciudad de San Justo, Provincia de Buenos Aires, a los tres días del mes de noviembre de dos mil quince, reunidos en la Sala de Acuerdos del Tribunal, los señores jueces de la Excelentísima Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Segunda, del Departamento Judicial La Matanza; doctores, Carlos Alberto Vitale, Sebastián Emilio Iglesias Berrondo y Luis Armando Rodríguez para dictar sentencia en los autos caratulados?CHOQUE CAIHUARA Gregorio y Otros c/ LEDESMA Leandro Javier y Otro S/ DAÑOS Y PERJUICIOS?, habiéndose practicado el sorteo pertinente - artículos 168 de la Constitución y 263 del Código Procesal Civil y Comercial, ambos de la Provincia de Buenos Aires -resultó que debía observarse este orden: doctor Iglesias Berrondo, doctor Rodríguez y doctor Vitale, resolviéndose plantear y votar las siguientes, dejándose presente que el doctor Iglesias Berrondo, ausente por razones de salud, no formó parte del presente Acuerdo (arg.art 47 Ley 5827):

1. CUESTIONES Primera cuestión: ¿Es justa la resolución apelada? Segunda cuestión: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? VOTACION A la primera cuestión el doctor Vitale, dijo:

I.- Antecedentes. a) Vienen los autos a conocimiento de esta Sala II en virtud del recurso de apelación interpuesto a fojas 544 por el letrado apoderado de la parte actora y a fojas 544 por el letrado apoderado de la parte demandada y de la Citada en Garantía, contra la sentencia definitiva. Ambos recursos fueron concedidos libremente a fojas 545.- El señor Juez de la Instancia a cargo del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial n° 5 Departamental, dictó sentencia haciendo lugar parcialmente a la demanda instaurada por el señor Gregorio Choque Caihuara, Margarita Tapia Crispín y Jéssica Samanta Choque Tapia contra Leandro Javier Ledesma, Federación Patronal Seguros SA, Débora Elizabeth García y Ricardo Daniel López. Rechazó la excepción de falta de legitimación pasiva, con costas, interpuesta por el demandado Ricardo Daniel López . y declaró de oficio la inconstitucionalidad del art 1078 del Código Civil, en cuanto limita la legitimación activa de la hermana del actor, respeto del reclamo por daño moral. Por ende, condena a los demandados Ledesma y Débora Elizabeth García y a la aseguradora citada en garantía dentro de los límites del seguro, a pagar la siguientes sumas de dinero:: a Gregorio Choque Caihuara \$ 682.000; a Margarita Crispin , \$ 710.000 y a Jéssica Samanta Choque Tapia, \$ 130.000. Todo ello con más los intereses que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a plazo fijo a treinta días, tasa promedio. (arts. 622 y 623 del Código Civil), Impuso las costas a los demandados vencidos y difirió la regulación de honorarios para el momento pertinente. b) No está demás aclarar, por otra parte que, si bien la sentencia desestimó la excepción de falta de legitimación pasiva respecto del señor Ricardo Daniel López rechazó la demanda a su respecto, con costas, cuestión ésta omitida en el pronunciamiento y que aclararemos renglones abajo. c) Contra tal forma de decidir se alzaron las partes a fs 543/544, interponiendo los recursos que luego fueran concedidos libremente a fs 545 y que resultaran fundados con la expresiones de agravios de fs- 566/569 por la parte actora a fs 563/565 por la parte demandada y citada en garantía.. Los agravios fueron motivo de réplica por las partes en los escritos de fojas 572 y 577..

II. Las quejas.

a. El recurso de la parte actora. (fs 566) El recurrente se queja porque la sentencia ha fijado los intereses a la tasa pasiva que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a plazo fijo a treinta días, tasa promedio. Con sobrada jurisprudencia en apoyo de su pretensión, peticona se modifique la tasa del interés, solicitando la aplicación de la tasa activa u otra ?más adecuada a la realidad económica actual?. (ver fs. 566 vta y 569 p.III).

b. Agravios de la demandada y la citada en garantía.(fs 563) La demandada cuestiona por errónea la resolución del juez a quo, en agravios que podemos resumir a los siguientes conceptos: a) irrazonabilidad y desproporcionalidad en la fijación del valor vida y la pérdida de chance., por exceder los principios de la reparación integral: b) improcedencia del reconocimiento del daño psicológico como rubro autónomo e incongruencia con las conclusiones periciales; c) improcedencia del reconocimiento de legitimación de Jéssica Choque Tapia, contradiciendo al art 1078 del Código Civil.

Solución. De todo comienzo, no resulta ocioso señalar que esta Cámara actúa como Tribunal revisor de una sentencia relativa a un accidente de tránsito ocurrido el día 21/07/2010 con sentencia del 10 de febrero de 2015, por lo que, más allá de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación desde el día 1° de agosto del corriente, corresponde que nuestro pronunciamiento se elabore en base a los parámetros de la normativa de los ahora derogados Código de Comercio y Código Civil; ello pues la ley que corresponde aplicar es la vigente al momento que la relación jurídica nació, o sea la del momento mismo del accidente sobre el que discurriré, teniendo presente además lo dispuesto por el art. 7 del NCCC en cuanto señala que ? a partir de

su entrada en vigencia, las leyes de aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo. (arts 3 del Código Civil derogado y art. 7 del Nuevo Código Civil y Comercial). I. El valor vida - Pérdida de chance. (Primer agravio Ddda). Como se ha señalado, la parte demandada y citada en garantía se han agraviado por la reparación otorgada por el señor juez a quo. No por su procedencia sino en extensión del resarcimiento; en definitiva se agravia por el quantum indemnizatorio dispuesto por el sentenciante. Debo destacar que la queja de fojas 563 vta, si bien entendible en cuanto traducen los aspectos que la parte considera cuestionables, no alcanzan a rebatir con certeza las argumentación que expone la sentencia. El recurrente realiza consideraciones muy generales sobre la edad del fallecido, la existencia de una hermana y el contexto económico y laboral familiar, para concluir que de los datos objetivos no se puede determinar cual es el criterio utilizado por el juzgador para determinar el resarcimiento, que califica de irrazonable. Entiendo que ello no es así dado la suficiencia con que el señor juez de grado ha considerado estos aspectos. Bajo el tópico en cuestión se compensa la expectativa de los actores por lo que cabía esperar de la actitud de un hijo hacia sus padres. Pero no se han de aplicar criterios exclusivamente económicos para determinar el resarcimiento, concepción materialista que debe ceder ante la comprensión integral de los valores materiales y espirituales unidos inescindiblemente a cuya reparación debe tender la justicia, toda vez que no se trata de medir en términos monetarios la exclusiva capacidad económica de colaboración por parte de la víctima (conforme artículos 1077, 1083, 1085, su doctrina del Código Civil; CC0102 LP, 233.637, sent. del 2-XII-1999; CC0102 LP, 235.776, sent. del 5-IX-2000; similar sentido, CC0001 QL, 2.756, sent. del 21-X-1999; CC0001 QL, 4.287, sent. del 29-XI-2001 ). En este sentido es dable recordar que la vida humana no tiene por sí un valor pecuniario porque no está en el comercio ni puede cotizarse en dinero. No obstante, también ha resuelto el Superior Tribunal provincial que en el caso de muerte de un hijo menor lo que debe resarcirse es el daño futuro cierto que corresponde a la esperanza, con contenido económico, que constituye para una familia modesta la vida de un hijo muerto a consecuencia de un hecho ilícito; ese resarcimiento cabe, sino a título de lucro cesante, por lo menos como la pérdida de una "chance" u oportunidad de que en el futuro, de vivir el menor, se hubiera concretado la posibilidad de una ayuda o sostén económico para sus padres. Y esa pérdida de chance o posibilidad es un daño futuro pero que bien puede calificarse de cierto y no eventual (conforme CC0101 LP, 206.273, sentencia del 13-II-1992; CC0102 LP, 222.602, sentencia del 21-III-1996, SCBA, Ac. 51.706, sentencia del 27-IX-1994 en AyS 1994 III, 776; SCBA, Ac. 52.947, sentencia del 7-III-1995 en AyS 1995 I, 208). En este sentido se ha decidido la indemnización por pérdida de "chance", que es lo que se indemniza en caso de muerte del hijo y como valor vida, no emana de una operación aritmética sino del prudente arbitrio judicial y de acuerdo a las circunstancias del caso (conf. CC0203 LP, 93.775, sent. del 10-VIII-2000; . CC0002 SM, 47.999, sent. del 29-VIII-2000, sentido similar; CC0203 LP, 93.775, sent. del 10-VIII-2000;. CC0102 MP, 113.297, sent. del 16-XI-2000 en JA 2001 IV, 611). Se ha resuelto que: "El daño material por la pérdida de un hijo no es una chance en abstracto, vaga, hipotética o aleatoria. Es un daño futuro, cierto, derivado de la esperanza con contenido económico que constituye para una familia la vida de un hijo" (conf. CC0001 MO, 28.801, sent. del 10-IX-1992; sentido similar: CC0101 MP, 71.343, sentencia. del 28-II-1989; CC0102 MP, 72.157, sentencia. del 15-VI-1989; CC0102 MP, 103.762, sentencia del 20-V-1999; CC0101 MP, 118.456, sentencia del 3-XII-2002; conforme CC0100 SN, 900.404, sentencia del 17-IX-1990;. CC0203 LP, B. 86.257, sent. del 17-VII-1997; CC0203 LP, 88.624, sent. del 8-VII-1999 CC0002 LZ, 16.528, sent. del 22-VIII-1996) Es que, la vida de los hijos representa para los padres, desde los sentimientos un valor incomparable, y desde la perspectiva económica la probabilidad cierta de un apoyo material, por lo que la pérdida de un hijo significa la frustración de una legítima esperanza de asistencia y sostén (doctrina de los artículos. 1067, 1068, 1069, 1075, 1079, 1084, 1085 y ccdtes. del Código. Civil y 375 del CPCC, sentido similar: CC0002 SM, 45.609, sent. del 25-IV-2000 conf. CC0002 LZ, 16.452, sent. del 30-IX-1997). Respecto del tópico en estudio también ha decidido nuestro Superior Tribunal Provincial: "La muerte de un hijo puede originar en sus padres un perjuicio económico pues aún en el caso de no aportar al sostenimiento del hogar, éstos tienen el derecho a tener puestas sus esperanzas en que, llegados a la vejez, puedan recibir el apoyo económico de sus hijos. Aunque eventual, el perjuicio es indudable, pero en todos los casos, lo que debe repararse no es la muerte en sí misma, sino las consecuencias económicas que la muerte tiene o puede tener para quien demanda la indemnización (conf. SCBA, Ac. 67.843, sent. del 5-X-1999)". En casos similares como el que hoy nos toca decidir se ha resuelto que "Tratándose de la muerte del hijo soltero sin descendientes, la misma implica para el legitimado activo la privación de contar con una probabilidad cierta de ayuda, al perder toda futura protección, razón por la cual no se necesita acreditar el daño que la muerte del hijo ocasiona, desde que es innegable que la ley admite la existencia de un perjuicio cierto que está dentro del orden natural de la vida, tal como se desprende de los artículos 1079 y 266 del Código Civil, según lo difunde la doctrina legal de la Suprema Corte (DJBA., Tº 130 p g. 233). 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 reclamen la indemnización. Así, ha de tenerse presente la edad del occiso, su actividad, sus ingresos, las perspectivas de progreso, las sumas que presumiblemente destinaba a sostener a los padres, como también las circunstancias personales de estos últimos, tales como la edad, los medios de vida, la eventual existencia de otras personas obligadas a prestar alimentos, etc. (artículos. 1083, 1085, 2º apartado Código Civil; 163 inc. 6º, 165, 384, del Código Procesal) (conforme CC0201 LP, B. 69.883, sentencia del 28-II-1991; (doctrina de los artículos 1083 y 1084 Código Civil. CC0201 LP, B. 76.765, sent. del 12-IV-1994, CC0102 LP, 235.873, sent. del 14-XI-2000) ) Y en este sentido no encuentro razones que justifiquen apartarse de lo decidido en la instancia, que en un metódico desarrollo ha agotado sobre las constancias objetivas de la causa los distintos aspectos que hacen a la cuestión que se sometió al debate. Desde otro enfoque y con sustento en la entidad del agravio, no alcanza que los agravios traduzcan la opinión del recurrente si el debate no demuestra cual ha sido el error del sentenciante. Por estos fundamentos, tengo convicción que los agravios deben desestimarse, confirmándose en consecuencia la sentencia de fojas 487/573 en este aspecto puntual.. II. El daño psicológico. La demandada se agravio por la admisión del reconocimiento del daño psicológico como rubro autónomo, que considero incongruente con las conclusiones periciales. En una primera aproximación a estas cuestiones, debemos señalar que el tratamiento autónomo del daño psicológico será agravio en la medida que su otorgamiento conlleve a considerar una duplicación del resarcimiento y por ende, a un enriquecimiento injusto, compensado dos veces el mismo concepto. No es el caso de autos pues el señor juez a quo ha tenido especial referencia a esta cuestión a fojas 417 vta, lo que nos exime de mayores comentarios. La experticia psicológica de fojas 395 y siguientes concluye que en relación causal con el accidente, los actores Gregorio Choque, Margarita Tapia y Jéscica Choque Tapia, presentan una neurosis depresiva de grado II, lo que genera una incapacidad del 8%, , 10% y 5%, respectivamente para cada uno de ellos.. Las explicaciones solicitadas a fojas 413 por el recurrente fueron dirigidas de determinar la necesidad e influencias del tratamiento psicológico y a la consideración si con él se remiten los cuadros señalados. Las explicaciones son respondidas a fojas 416/417 con suficiente claridad como para afirmar, en un examen prolijo de la prueba reunida que las incapacidades encontradas pueden considerarse consolidadas, pues son constatadas por la experta a tres años de ocurrido el suceso, y que los tratamientos indicados son a efectos de mejorar el estado actual, evitar un progresivo retraimiento y la posibilidad de somatizaciones en los peritados. Obvio es señalar por otra parte, que la existencia de un tratamiento no implica de ninguna manera asegurar un resultado, que va de la mano de un sinfín de factores. (ver fs 416 vta). Desde otro enfoque, daño psicológico y tratamiento psicológico no son conceptos excluyentes. Ergo y sin margen de acción para dudar de un informe pericial, no se encuentra mérito ni fundamentos suficientes que permitan apartarnos del dictamen. Es que es principio recibido en la jurisprudencia: ¿que si la peritación está fundada en principios técnicos inobjetables, ante la ausencia de prueba que lo desvirtúe e imposibilidad de oponer argumentos científicos de mayor valor, la sana crítica conduce a aceptar sus conclusiones. Pues, no resultan suficientes para convencer al juzgador que lo dicho por el experto es incorrecto, las meras objeciones, ni la simple discrepancia de las partes, pues aunque las normas procesales no acuerdan al dictamen carácter de prueba legal, y el magistrado puede formar su propia conclusión al respecto, debe apoyarse en otros elementos de juicio que permitan concluir el fehacientemente; es menester aducir razones de entidad suficiente o razones muy fundadas para apartarse de un dictamen de sólidas bases, que no colisione con principios lógicos o máximas de experiencia?, (CNCiv, Sala G, 1999/11/19, in re ? G.R. otro C/ F.J.J.y otro, LL, Revista R y S, tomo 2000-680).. De aquí que la jurisprudencia, que compartimos, haya señalado que ?No genera doble indemnización reconocida por el daño psicológico y el tratamiento terapéutico posterior porque en materia de hechos ilícitos corresponde la reparación integral del perjuicio sufrido por la víctima y, dentro de tal orden de ideas, los desembolsos necesarios para la rehabilitación terapéutica de los actores resultan consecuencias del hecho dañoso y son imputables al responsable del mismo a tenor de lo dispuesto por el artículo 901 y siguientes del Código Civil. Acreditada la necesidad del tratamiento psicológico, carece de significación el resultado que pudiera arrojar el mismo porque éste obviamente opera para el futuro pero no borra la incapacidad existente hasta entonces, también imputable al responsable del ilícito.?(SCBA AC 69476, S, 9-5-2001, Cordero, Ramón Reinaldo y otra c/ Clifer s/ Daños y perjuicios; PUBLICACIONES: DJBA 161, 1;sumario JUBA B25713). En este entendimiento, no existe mérito que conduzca al rechazo del decisorio atacado. Los agravios deben desestimarse.. III. La legitimación activa de Jéscica Choque Tapia para reclamar el daño moral por la muerte del hermano. Hemos señalado que el demandado criticó la sentencia que, contradiciendo al art 1078 del Código Civil, declaró de oficio su inconstitucionalidad y reconoció la legitimación de Jéscica Choque Tapia, para reclamar el daño moral. La jurisprudencia fue variando a lo largo de estos años, aunque muy lentamente. Así, ¿De acuerdo con el art. 1078 del Código Civil, para ejercer la pretensión se exige la condición de heredero forzoso (cf. art. 3952 del C.C.), de la cual no participa un hermano o hermana? (JUBA B3903874). También afirmó que ?Los damnificados indirectos para reclamar el daño moral por ilícitos extracontractuales como herederos forzosos al que los habilita la ley están alcanzados por una suerte de presunción de daño, en la que legitimación y prueba están muy emparentadas. La admisión indiscriminada de los hermanos u otros legitimados

activos no es tolerable, precisamente, por esa suerte de equiparación entre legitimado y daño. En efecto, en circunstancias excepcionales en las que se pruebe de modo cierto, claro e indubitado la existencia del daño extrapatrimonial, podrá operar, luego, la remoción del obstáculo legal limitante - la legitimación- que constituye obviamente un presupuesto previo. En definitiva, sólo una vez que en concreto se pruebe la existencia del daño moral del hermano podría- en proceso de razonamiento judicial argumentativo inverso - invalidarse la exclusión legitimatoria que prevé el art. 1078 del Código Civil? (sumario JUBA. B1600286). En otro fallo, sostuvo que ?A la luz de las particularísimas circunstancias del caso, en función del estrecho lazo fraternal exhibido entre los peticionantes y el occiso fruto de la convivencia en el seno familiar que aumenta las relaciones entre pares, así como, el desequilibrio existencial de cada uno de ellos ante la sorpresiva ausencia del hermano que perdura en el relato familiar, en tanto todas ellas han sido acreditadas en la causa y exhiben certeza de la existencia del daño cuya reparación se reclama, la legitimación acordada a los hermanos en concepto de daño moral, tal como fuera concebida por la alzada en virtud de la declaración de inconstitucionalidad del artículo 1078 del Código Civil, evidencia una solución justa. (JUBA B31835). En el año 2007 (causa C 85.129 ?C. L.A. y otra c/ Hospital Zonal de Agudos Gral Manuel Belgrano y Otros s/ daños y perjuicios), la SCBA, por mayoría, con voto del Dr Roncoroni, admitió, confirmando el fallo en recurso, la reparación del daño moral de que sufrían los ascendientes (los padres), cuando el hijo continuaba vivo ( y sería, legalmente, el único que tendría derecho a reclamarlo para si) pero en estado vegetativo; para ello declaró la inconstitucionalidad del art. 1078 del CC. Señalaba el Dr Roncoroni en lo medular: ? Distintos elementos de prueba explican como se desarrollaron las circunstancias que determinaron el hecho dañoso.?. Resumiendo los hechos, destaca que el menor de cuatro años es trasladado por sus padres al Hosp. Belgrano para su asistencia por un traumatismo nasal, donde los profesionales diagnosticaron fractura con hundimiento de tabique nasal derecho, reparable mediante una pequeña intervención quirúrgica. En el acto operatorio y conformen está acreditado, ocurre el accidente quirúrgico descrito como ?bradicardia por inhalación excesiva de vapores anestésicos? que le produjo al menor lesiones cerebrales, quedando cuadripléjico. La hipoxia se produce por una falla en el dispositivo vaporizador. que suministraba la anestesia y que entregó, por una descalibración, dosis superiores del producto anestésico. Del dictamen pericial pediátrico se acredita que el menor presenta una incapacidad del 100%, que puede considerarse irreversible, no progresiva y absoluta por destrucción de los tejidos nobles. Es una incapacidad para toda la vida, un problema médico, social, educacional y económico. El menor requerirá para toda la vida ayuda de terceros: alimentación, higiene, movilización, vestimenta, traslado. La perito neuróloga describe la magnitud del daño, entre ellos: imposibilidad de realizar movimientos voluntarios con gran rigidez y resistencia a la movilización pasiva; parálisis deglutoria, hipoacusia, hidrocefalia, opistótonos de tronco, falta de motividad vegetativa, no se comunica de ninguna manera, hay desconexión total con el medio, etc. Las lesiones corroboradas por estudios es debido a la destrucción del tejido cerebral irreversible. Continúa el doctor Roncoroni, diciendo: ?no comparto en este punto el dictamen del señor Subprocurador General y que la queja carece de fundamento. Al así juzgarlo no puedo dejar de extrovertir la conmoción que embarga mi conciencia como ser humano y como juez de cara a la tragedia que se ha instalado en la vida de los progenitores del menor.. Situación que a mi modo de ver más lacerante y dramática que aquella que pudiera derivarse de la muerte de un hijo. ?Es que tener que afrontar diariamente la realidad que ha sido descrita por los expertos que dictaminaron en este proceso demanda, que quienes la debe afrontar, una cuota de sacrificio y heroísmo fuera de lo común. Son ellos que deben soportar recurrentemente el acicateo espiritual que les impone la presencia de ese querido cuerpo inerte, ese mismo que otrora, las horas previas a la intervención quirúrgica durante la cual se desencadenó el infortunio, condensaba en sí toda la vitalidad posible de un sano infante de cuatro años. Dominando este escenario en donde se enseorea el inmenso dolor espiritual de los padres, se encuentra el art. 1078 del Código Civil, norma que en su último párrafo adoptó un sistema cerrado de legitimados activos habilitados para reclamar la reparación del daño moral. Acorde Con dicho precepto, solamente el damnificado directo tiene la acción para reclamar la indemnización de dicho daño. Si la víctima sobrevive a las lesiones sufridas, por más real, intenso y profundo que fuere el sufrimiento espiritual sufrido por otras personas, como en este caso los padres, carecen de legitimación por ser los damnificados indirectos. Dicho en otros términos, si S.A hubiera fallecido por la sobredosis de anestesia, sus progenitores hubieran podido reclamar la reparación del agravio moral que la pérdida del hijo produjo. En la singular situación no solo queda patente la paradoja que fuera tematizada primero y a título de ejemplo por Mazud y Tunc, que luego nos recordaran Bueres y Highton..., sino también, y advierto que no con menor énfasis, la pregunta sobre la constitucionalidad de un precepto militante como el que contiene el art. 1078 del Código Civil, cuya iniquidad resulta ostensible. Ninguna de las excepciones al cerrojo que impone la norma jurídica permite superar el escollo que advertimos... Así las cosas adhiriéndome la la solución propuesta por Bueres y Highton, que el único camino transitable para realizar la justicia en el caso concreto, es el del ejercicio de oficio del control difuso de constitucionalidad, que obviamente se impone al mediar denuncia de violación de la norma cuya validez vamos a poner entre signos de interrogación (conf Bueres y Highton, op.ci.pag 181; en CC ed. Hammurabi Tomo III.A; ,art. 279 del CPCC). ?Comienzo por señalar que en la faena jurisdiccional se llevan a cabo, esencialmente, dos valoraciones. El

juez debe valorar los hechos que vienen confirmados se constituyen como las circunstancias particulares del caso y , además, debe valorar las normas jurídicas que resultan aplicables en función de tales hechos. Si en el presente caso coincidimos en que la norma aplicable es el art. 1078 del Código Civil, él define claramente que los progenitores no se encuentran legitimados para reclamar, como damnificados indirectos, la reparación del daño moral. Otra posibilidad sería que dicha norma se valorara como no aplicable al caso, supuesto en el que el error in indicando es evidente, configurándose violación de la ley por omisión de aplicación al caso concreto. Tal la queja del recurrente. Lo que a mi juicio no es posible hacer, es valorarla como aplicable y no aplicarla, quedando en foco en tal caso la vivencia de contradicción que embargaría la conciencia del juez. La única forma posible de hacer desaparecer semejante compromiso, es examinar la validez formal y material de la norma jurídica en cuestión, habida cuenta que la infracción en cualesquiera de dichos planos habilita, por ejercicio del control difuso que tienen los jueces, la declaración de inconstitucionalidad.?

?Tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que debe ser descalificada por arbitraria la sentencia que, reconociendo que una norma integra el orden jurídico positivo, no la aplica al caso concreto sin debate y resolución sobre su inconstitucionalidad. Es decir, que la sentencia, no resultaría una derivación razonada del derecho vigente....- Debo aclarar además, que ya he manifestado mi adhesión a la tesis según la cual los jueces, en ejercicio del control difuso de constitucionalidad, no sólo pueden sino que deben declarar de oficio la invalidez de una norma pues la Constitución no rige cuando alguien lo pide, sino siempre (art. 31 Const:Nac). Por cierto, eso no significa que los jueces reemplacen a los legisladores... la declaración de inconstitucionalidad de la norma ( o más exactamente, la inconstitucionalidad de su aplicación al caso), no se proclama en abstracto, sino en una causa abierta...? Así, señaló la Corte Federal que la declaración de inconstitucionalidad ?es un acto de suma gravedad, al que sólo debe recurrirse cuando una estricta necesidad lo requiera, o en situaciones en las que la repugnancia con la cláusula constitucional se manifiesta e indubitable y la incompatibilidad inconciliable... la declaración de inconstitucionalidad sólo será procedente cuando no exista la posibilidad de una solución adecuada del juicio por otras razones constitucionales comprendidas en la causa (?Mil de Pereyra c/ Prov. de Corrientes? Fallos 324:3219).. la singularidad del presente caso ha sido vivenciada por mí como ariete efectivo para encarar un nuevo examen de la cuestión relacionada con la limitante impuesta por el art. 1078 del CC. Dicha norma, al constituirse en un escollo insalvable para la realización de la justicia en el caso concreto, impone a la jurisdicción someterla al test de constitucionalidad?. ?Dos normas, ambas del Código Civil, resuelven son distinto criterio la situación de los damnificados indirectos. El art. 1078, consagrando, en la esfera del daño moral, que los únicos que pueden reclamar si resarcimiento son lo damnificados directos. El art. 1079, esta vez en el ámbito del daño patrimonial, tematizando la legitimación de los damnificados indirectos. Bien señalan Bueres y Highton... que esta disparidad de tratamiento implica una desigualdad ante la ley y que por ello no debería superar con éxito el control de inconstitucionalidad (art. 16 CN). Se trata en efecto de un caso de incompatibilidad material entre la norma superior (art 16 CN), al establecer la primera una diferenciación para la categoría de damnificados indirectos que no es razonable, pues si el daño es moral carecen ellos de la legitimación que sí se les concede cuando el daño es patrimonial (arts. 1078 y 1079 CC). La ley, tal como lo ha expresado la Corte Suprema debe ser igual para los iguales en igualdad de circunstancias (conf CSJN Fallos 16.118 y otros)...? ?El principal argumento utilizado para defender la norma en cuestión no tiene entidad de cara al reclamo axiológico que el conflicto mismo exige y que, en este caso, resulta de una patencia incontestable, Por otra parte, el criterio que propugno es este acuerdo en modo alguno habrá de constituirse en un portalón que facilite la cascada de reclamos indemnizatorios de damnificados indirectos. Las circunstancias del caso son lo suficientemente elocuentes para destacarlo por su singularidad, en particular, por el dolor real y profundo infligido a los progenitores como consecuencia del daño irreparable ocasionado a ocasionado ilícitamente a su hijo... La certeza adquirida sobre el daño cuya reparación se pretende y la relación causal adecuada con el hecho, también incuestionable, me afirman en el convencimiento de que la norma del art. 1078 del CC debe ser descalificada y que de mantenerse la solución plasmada en la sentencia del a quo, en tanto concede la reparación del agravio moral sufrido por los padres... el art. 1078 es inconstitucional al confrontar materialmente con el 16 de la Constitución Nacional, según la motivaciones explicitadas en ese voto, concluyo que no se verifican en el fallo la violaciones denunciadas. Por lo tanto, se confirma la decisión...? En nuestro caso, la sentencia declaró de oficio la inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil al tratar la legitimación de la hermana del causante, srta Jéscica Samanta Choque Tapia, (fs 527/534 vta) con sobrados e importantes argumentos (similares al fallo antecedente), a los que adhiero, que confluyen en el trato jurídico igualitario, el principio de la reparación plena, la necesidad de brindar tutela resarcitoria a todas las afecciones legítimas conculcadas y el sostenimiento de una principio esencial: ?alterum non laedare?.(art. 19 de la Constitución Nacional). Contra los argumentos expresados por el sentenciante el recurrente no ha esbozado ataque alguno. Simplemente manifestó su opinión en contrario al afirmar que el fallo incurre en una ?injustificada extensión interpretativa del art. 1078,... .sin cumplir con las exigencias rituales al no fundar seriamente tan jugada decisión? (ver fs 564 vta). Hemos sostenido que con la doctrina que "el daño moral es una lesión en los sentimientos, por el sufrimiento o dolor que padece la persona, que no es susceptible de apreciación pecuniaria" (LLambías Tratado de Derecho Civil - Obligaciones, Ed.

Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, Tomo I., pág. 329, párrafo N° 256) y que "Para probar el daño moral en su existencia y entidad no es necesario aportar prueba directa, lo cual es imposible, sino que el juez deberá apreciar las circunstancias del hecho lesivo y las calidades morales de la víctima para establecer objetiva y presuntivamente el agravio moral en la órbita reservada de la intimidad del sujeto pasivo (...) Nadie puede indagar el espíritu de otro tan profundamente como para poder afirmar con certeza la existencia y la intensidad del dolor, la verdad de un padecimiento, la realidad de la angustia o de la decepción" (Bustamente Alsina Teoría General de la Responsabilidad Civil, 8° edición, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, pág. 244; el mismo autor en su comentario al fallo de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, 29-9-92, in re "Fernández, Ana M. y otros c/Domecq, S. A. y otros", Cuestiones de responsabilidad civil que suscita el acto ilícito homicidio, LL, 1993-A:347). Señalaba nuestro Superior Tribunal Provincial, que la indemnización por daño moral comprende las molestias en la seguridad personal de la víctima o en el goce de sus bienes que, en el supuesto de lesiones, se configura por el conjunto de padecimientos físicos y espirituales derivados del hecho, y que tiene por objeto reparar el quebranto que supone la privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor precioso en la vida del hombre, y que son la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los más sagrados afectos? (SCBA Ac 54767 S 2/7/95; SCBA 52258 S 2/8/94). Si bien en la reparación del daño moral no domina la idea de una pena para el responsable, sino la de compensar de alguna manera el daño causado, no se advierten razones que conduzcan a desentendernos de tan fundado pronunciamiento. El nuevo Código Civil y Comercial sigue la tendencia que iban reflejando nuestros tribunales y lo destaca en la redacción del art. 1741, al referirse al "trato familiar", que se traduce en la exteriorización de un vínculo afectivo. Señala Bueres (Cod.CC anotado pag 175 Ed Hammurabi). "Esta ampliación de la legitimación es bien recibida, ya que plasma en la ley la jurisprudencia que acogiendo la visión constitucional del acceso a la reparación y a la protección de la familia, venía haciéndose paso al respecto...". Así las cosas y porque comparto la decisión del señor juez a quo, por otra parte con consonancia con la doctrina casatoria que impuso nuestro Superior Tribunal Provincia en el fallo antes referido, acorde con las nuevas tendencias, sellan la suerte del agravio, el que debe desestimarse. Así lo he de proponer al Acuerdo. IV. Los intereses aplicables al capital de condena. La parte actora ha cuestionado la tasa de interés pasiva aplicable al capital de condena, solicitando se aplique la tasa activa u otra "más adecuada a la realidad económica actual" con el objeto de compensar los defasajes económicos y la inflación. En reciente fallo (CAP CC Sala I SM 16/4/2015 autos Gutiérrez Marta c/ Ortiz Roberto Marcelo y Otros s/cobro de pesos?, sobre fundamentos de "CALZ Sala I autos Aguilera Azucena Petrona c/ El Puente SAT y Otro s/daños y perjuicios" causa 71.489 RSD 20/2015) se señalaba que "la tasa pasiva que obra en el sistema provisto por la SCJBA en su sitio web, no se condice con los porcentuales, que suelen abonar a sus clientes las restantes entidades bancarias del país, o hasta incluso los que paga el mismo Banco de la Provincia de Buenos Aires por su plazo digital a treinta días, renovable automáticamente. Puede observarse que durante el año 2014 la tasa pasiva para la constitución de un plazo fijo a 30 días en pesos se mantuvo en el orden del 11% anual, mientras que la constituida en forma digital alcanzó en el mes de marzo de 2015 al 23,32%. Conforme de aprecia, que el primero de los guarismos no respetan la tasa de interés mínima establecida por el Banco Central de la Republica Argentina, aplicable a las imposiciones de este tipo para las personal físicas a partir del 7/10/2014, la que asciende al 22,89 nominal anual (BCRA Comunicación "A" 5640/14). En idéntico sentido se expidió la Sala II de Morón ( in re Páez Hugo Luis y otro c/ DUVI SA s/ daños y perjuicios Causa 51607 RSD 111/2015, señalando que la aplicación de la tasa pasiva, en sintonía con reiterados precedentes de la SCBA se venía aplicando (causas Ac 43858 "causa Zgonc c/ Asoc. Villa Gesell"; Ac C 101774 "Ponce"; L 94446 "Ginossi"; L 80710 "Morinigo", entre muchas otras?, desechando expresamente de este modo a aplicación de la tasa activa y argumentando en algunos casos, que la misma incluye componentes que en nada se compadecen con los intereses que debe afrontar el incumplidor moroso. Juzgó atendible el planteo subsidiario tendiente a la aplicación de la tasa pasiva digital (BIP)., señalando que por aplicación de distintos precedentes (causas "Zóccaro c/ Provincia ART?", "Tarelli c/ Ministerio de Seguridad"; "Mármol c/Dirección de Cultura?)), teniendo en consideración las circunstancias económicas actuales esta tasa en la que mejor de acomoda a la reparación efectiva del daño moratorio En suma, propicia "se aplique al capital de condena los intereses a la tasa informada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires para sus plazos digitales , a 30 días y para los periodos en que no exista dicha tasa, a la indicada en el fallo apelado?. En el fallo "Zóccaro Tomás Alberto c/ Provincia ART SA y otro s/daños ", L 118615, del 11 de marzo de 2015, antecedente de lo expuesto, se destacaba que en la instancia de grado (T.Trab., n° 1 del DJLP), se dispuso aplicar a los intereses a la tasa que paga el Banco de la Provincia de BsAs en las operaciones de depósito a través del sistema Banca Internet Provincia a 30 días, vigentes en los distintos periodos de aplicación, declarando - al efecto - la inconstitucionalidad de la ley 13.399, que modificó el art. 48 de la ley 11.653.. Provincia SRT SA se agravió por la aplicación de la tasa digital, señalando que su aplicación transgredía la doctrina legal de la Corte en esta materia. En este tema, señala el Máximo Tribunal que, en ese orden, la función revisora de este Tribunal queda circunscripta a constatar si lo resultado en autos contradice la doctrina legal vigente, hipótesis que se configura cuanto esta Suprema Corte ha determinado la interpretación de las norma que rigen la relación sustancial debatida en una

determinada controversia y el fallo recurrido la transgrede precisamente, en un caso similar (conf. doctrina causas L 103596, ?Lamas?, sent. Del 22.v.2013; L 113833, ?García? sent. Del 8.V.2013.. entre muchas más) ..... Conforme se desprende de lo reseñado, en el pronunciamiento atacado el juzgado de origen dispuso la aplicación de la tasa que para el Banco de la Provincia de Buenos Aires en las operaciones de depósito a treinta días a través del sistema Banca Internet Provincia, esto es, la tasa pasiva en la indicada variante denominada digital. Desde esta perspectiva, no se verifica configurado el presupuesto de excepción para habilitar la instancia extraordinaria, desde que el interesado no demuestra vulnerada la doctrina legal de esta Corte - que cita - elaborada en torno de la tasa de interés, pues precisamente en ella se ampara el fallo de origen... Sin perjuicio de ello, en atención a la crítica que porta el recurso, se advierte - en rigor - que el impugnante se disconforma con la decisión en su expresión cuantitativa, agravándose de la aplicación del aludido índice, sin - por lo demás - proponer cuál sería - a su criterio - el que considera correcto. De todos modos, aún en esta última hipótesis, no demostrado - como se dijo - el quebranto de la doctrina legal invocada en la queja, el planteo traído conduce a una discusión irrelevante en el plano jurídico, pues subyace en él una cuestión insustancial limitada a una ecuación estrictamente económica derivada de la aplicación de una alícuota determinada en el marco de las variantes que puede ofrecer el tipo de interés pasiva, lo que más allá de su magnitud pecuniaria, carece de trascendencia para merecer la atención de esta Suprema Corte, en virtud de la elevada misión que le cabe (art. 31 bis 5827 y modif.; conf doctrina causas C 103088, ?Campi?, sent del 13.VIII.2014; C 109560, ?Spinetta SA?, sent del 4.IX.2013: C107383 ?Barigozzi?, sent del 22.VIII.2012)..? Si bien el recurrente peticiona la aplicación de la tasa activa, interpreto que la tasa BIP señalada en estos antecedentes, bien puede reparar, aunque en una medida inferior a lo pedido, la compensación que el actor expresa en sus agravios. Quien puede lo más, puede lo menos, como sostiene un viejo adagio, Por lo tanto y sobre estos argumentos, interpreto que en el caso, puede modificarse la tasa pasiva indicada en la sentencia por la tasa pasiva que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones de depósito a plazo fijo a treinta días tipo tradicional formalizados por medio de su sistema ?Banca Internet Provincia? (BIP), en todos los periodos de aplicación, que es la que mejor se ajusta se ajusta a las circunstancias económicas de hoy en día. Su aplicación resulta razonable como alternativa válida frente al daño moratorio. Por lo tanto y modificando el criterio sostenido por esta Alzada en sus fallos (in re ?Becerra c/ Cardozo s/daños? Expte 3742/2 RSD 42/2015 del 14.7.2015; ?Defilippe c/ Transporte Santa Fe SA y ot s/ daños? Expte 3753/2 RSD 38/2015 del 14.36.2015; entre otros), ajustándonos a las pautas dadas por la Suprema Corte en los fallos mencionados que han convalidado la aplicación de este tipo de tasa pasiva, entiendo debe modificarse el decisorio atacado, disponiendo que al capital de condena se apliquen los intereses a la tasa informada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires para sus plazos fijos digitales a treinta días y para los periodos en que no exista dicha tasa, a la indicada en el fallo apelado. Por los fundamentos expuestos, voto a la primera cuestión por la afirmativa. A la misma cuestión y por compartir los fundamentos expuestos, el doctor Rodríguez, vota también por la afirmativa. A la segunda cuestión el doctor Vitale, dijo: atento como fue votada la cuestión anterior corresponde admitir parcialmente los agravios de la parte actora contra la sentencia de fojas 487/537 vta, desestimado la queja de la parte demandada y citada en garantía. Por lo tanto, corresponde confirmar la sentencia en lo sustancial y modificar el decisorio atacado, disponiendo que al capital de condena se apliquen los intereses a la tasa informada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires para sus plazos fijos digitales a treinta días y para los periodos en que no exista dicha tasa, a la indicada en el fallo apelado. Las costas en la instancia de imponen a la parte demandada en su condición de vencida (art. 68 CPCC), difiriéndose la regulación de los honorarios para el momento procesal pertinente (art. 51 Dc Ley 8904/77). Asimismo y surgiendo de las actuaciones que seguramente por involuntaria omisión, el fallo no refleja el rechazo de la demanda contra el señor Ricardo Daniel López (ver fs 505 vta 2do. Párrafo), corresponde en este acto dejar constancia de lo decidido al momento de sellar el presente Acuerdo. Así lo voto. A la misma cuestión y por compartir los fundamentos expuestos, el doctor Rodríguez, vota también por la afirmativa. Con lo que terminó el presente Acuerdo, dictándose la siguiente SENTENCIA AUTOS Y VISTOS: atento el resultado que arroja la votación que instruye el Acuerdo que antecede, este Tribunal resuelve: 1) admitir parcialmente los agravios de la parte actora contra la sentencia dictada en autos, desestimado la queja de la parte demandada y citada en garantía; 2) confirmar la sentencia en lo sustancial; 3) modificar el decisorio atacado, disponiendo que al capital de condena se apliquen los intereses a la tasa informada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires para sus plazos fijos digitales a treinta días y para los periodos en que no exista dicha tasa, a la indicada en el fallo apelado; 4) tener presente la desestimación de la demanda respecto del señor Ricardo Daniel López; 5) imponer las costas en la instancia a la parte demandada en su condición de vencida (art. 68 CPCC), difiriéndose la regulación de los honorarios para el momento procesal pertinente (art. 51 Dc Ley 8904/77); 6) Regístrese. Notifíquese (art. 135 inc 12 CPCC). Oportunamente devuélvase a la instancia de origen.

006833E