

Danos Y Perjuicios Accidente Sufrido Por Un Menor Culpa Concurrente Con Los Padres Culpa Del Embistente

JURISPRUDENCIA

Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los

23 días del mes de octubre de dos mil diecisiete, reunidos en Acuerdo los Señores Jueces de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala 2ª, para conocer en el recurso interpuesto en los autos caratulados: "S. A., A. M. Y OTRO C. R., F. Y OTROS S/DAÑOS Y PERJUICIOS", respecto de la sentencia corriente a fs. 545/556, el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver: ¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada? Practicado el sorteo resultó que la votación debía efectuarse en el siguiente orden: Señores Jueces de Cámara Doctores RACIMO. DUPUIS. CALATAYUD. El Señor Juez de Cámara Doctor RACIMO dijo: I. El juez de primera instancia hizo lugar en la sentencia de fs. 545/557 a la demanda por reparación de los daños y perjuicios originados por el accidente ocurrido al menor R. M. C. S. A. quien fue embestido el 22 de diciembre de 2008 por un automóvil Volkswagen Gacel, dominio ..., conducido por el demandado F. A. R. Toda vez que se entendió en el fallo que el hecho había ocurrido por culpa concurrente de los padres se estimó que debía detrarse la mitad de la indemnización por los daños causados al menor. Por ello, la pretensión prosperó a favor del niño por la suma de \$ 132.000 que se desglosa en los rubros correspondientes a incapacidad física sobreviniente (\$ 70.000), daño psicológico (\$ 35.000), tratamiento kinesiológico rehabilitante (\$ 2.000), tratamiento psicológico (\$ 3.000), daño moral (\$ 20.000), y también a favor de su madre A. M. S. A. por gastos médicos y de movilidad de su hijo (\$ 2.000). La demanda había sido promovida por A. M. S. A. y M. E. C. en representación de su hijo menor R. M. C. S. A. y también por derecho propio en tanto ambos reclamaron el resarcimiento del daño moral y material causado por el accidente. A raíz del fallecimiento de M. E. C. asumieron la madre y el Defensor Público de Menores e Incapaces la representación de los herederos menores de aquel que eran el menor accidentado y sus hermanos G. E. C. S. A. y L. V. C. S. A., todos ellos en carácter de herederos. El recurso de apelación fue interpuesto a fs. 562 por A. M. S. A. por la parte actora y a fs. 625 se presentaron G. E. C. S. A. y R. M. C. S. A.. La expresión de agravios fue presentada por S. A. a fs. 631/637 por derecho propio y en representación de L. V. C. S. A. y por R. M. C. S. A.. El recurso de apelación que había sido interpuesto por el Defensor de primera instancia a fs. 571 fue sustentado a fs. 648/650 por la Defensora Pública de Menores e Incapaces de Cámara a fs. 648/650 solo respecto del único menor L. V. C. S. A. II. Corresponde examinar en primer lugar el agravio relacionado con la atribución de culpa de los progenitores y con la liberación parcial del demandado mediante esa justificación que la parte actora entiende inadmisibles en el sub lite. No se encuentra discutido ante esta Alzada el acaecimiento del accidente ni la participación de ambas partes. La actora controvierte que se haya atribuido en la sentencia una proporción de responsabilidad al menor que se estimó en el 50 % por culpa concurrente cuando ello no corresponde, según se asegura, a la realidad de los hechos. Aducen los recurrentes que el niño cruzó correctamente la calle y que del informe pericial técnico surge que el demandado no realizó ninguna maniobra de frenado por lo cual cabe presumir que cuando se dio cuenta el conductor ya había embestido el cuerpo del menor. El juez de grado consideró que hubo culpa de los progenitores de la víctima al permitir que un niño de tan corta edad (9 años al momento del hecho) se encontrara solo en la calle sin la presencia de persona responsable, por lo que evidentemente se encontraba expuesto, de tal manera, a cualquier contingencia desagradable (por ejemplo extravío o secuestro) o como efectivamente ocurrió sufrir un accidente de tránsito. La demandante sostiene que no se ha probado que el niño hubiera incurrido en alguna irregularidad en el cruce de la calle con lo cual no corresponde atribuirle responsabilidad a los progenitores sino exclusivamente al titular o guardián de la cosa riesgosa. Es criterio de la Sala que al ser de aplicación el párrafo segundo, in fine, del art. 1113 del Cód. Civil -punto acerca del cual no existe discrepancia alguna- estaba a cargo del demandado la prueba de que existió culpa de la víctima. Ello es así, por cuanto la presunción que emana de dicha norma legal, si bien juris tantum, debe ser destruida por prueba aportada, no por la víctima, sino por aquél sobre quien recae, es decir, el dueño de la cosa riesgosa, y que acredite fehacientemente alguna de las causales eximentes que contempla la citada disposición legal, dado que, incluso un estado de duda, es insuficiente a los fines indicados (conf. Kemelmajer de Carlucci en Belluscio, Código Civil y leyes complementarias comentado, anotado y concordado, t.5 pág. 393 ap. f y fallos citados en notas 33 a 35; C. N. Civil esta Sala, votos del Dr. Calatayud en causas 119.083 del 13-11-92 y 120.417 del 2-12-92 y 504.766 del 9-6-08, entre muchas otras). La interpretación del art. 1113 que exige la presencia de culpa de la víctima para liberar al responsable y la dificultad interpretativa que se origina cuando el actor es un menor que no puede haber incurrido en esa conducta por su carácter de inimputable dio lugar a un intenso debate en la doctrina y en la jurisprudencia (ver, entre otros, Saux, Edgardo Ignacio, "El menor y los accidentes de tránsito" en Revista de Derecho de Daños 2002- 2, pág. 231). En tal sentido esta Sala ha sostenido (ver voto del Dr. Calatayud c. 531.928 del 11-8-09) que cualquiera sea la calificación que se le atribuya al

comportamiento del niño lo que debe investigarse es si se ha producido un hecho de la víctima que ha gravitado en el evento dañoso por su grado de incidencia participativa que ha resultado realmente importante en el caso (ver Kiper, Claudio M., Derecho de daños, Buenos Aires, La Ley, 2008, vol. 2, pág. 173 y Pizarro, Ramón Daniel, Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa contractual y extracontractual, Buenos Aires, La Ley 2007, vol. 1, pág. 249). Estimo que -como señaló en alguna oportunidad el Dr. Mayo- el hecho del menor debe ser examinado desde la relación causal, con prescindencia de la conducta de los progenitores y enfatizando el análisis en el comportamiento de la víctima como factor concausal de la producción de su propio daño (ver CNCiv., Sala H, ?Dutra, Adriana Vera c. Cabral, Andrés Manuel s/ daños y perjuicios? del 4-4-12, pub. en RCyS 2012- VIII, 128; íd., id., voto del Dr. Kiper en autos ?El Cóndor E.T. S.A. c. Municipalidad de Buenos Aires? del 29-11-96, LL1998-F, 494 con cita de Sagarna, F.A., "La culpa de la víctima-peatón como factor eximente en la responsabilidad civil por el riesgo creado", LA LEY, 1994-E, 376 y también Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, Sala I, voto de la Dra. Kemelmajer de Carlucci en autos ?R., H. H. y otra c. Valencia, Gustavo J. y otros? del 29-4-02, publ. LL 2002-E, 64). Resultará posible así en ocasiones determinar que esa intervención ha sido relevante por cruzar por un lugar no autorizado o por su aparición sorpresiva (CNCiv., Sala F, ?Pizarro Limachi, Virgilio y otra c. Turi Wang S.R.L. y otros? del 8-8-03 pub. en RCyS 2005, 650) y en otras, en cambio, determinar que no se ha probado por parte del demandado un comportamiento de entidad tal que se haya constituido como factor causal, total o parcial, del daño (ver voto de la Dra. Kemelmajer de Carlucci con una defensa similar a la esbozada en el sub lite en Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, ?Rojas, Víctor M. y otro c. Alaniz, Mirta? del 23-12-08, pub. en La Ley Online AR/JUR/20827/2008 y CNCiv., Sala F, ?Morales, Carlos A. y otro c. Horrach, Carlos A.? del 26-3-04, pub. en RCyS 2004, 1043). La CSJN ha señalado en un caso semejante que, más allá del juicio de valor que pueda merecer la conducta de los progenitores a la luz de los deberes inherentes al entonces vigente régimen de la patria potestad, lo que debe considerarse es que no se desprenda que el menor hubiera incurrido en irregularidad alguna. Así el solo hecho de que el menor circule en estas condiciones no constituye la concausa adecuada del resultado dañoso y por ende no justifica la imputación formulada a los representantes legales por el daño sufrido por el niño (?Malvino, María de las Glorias v. Pereyra Collazo, Oscar Hugo? del 30-4-96). No cambia la solución en lo sustancial cuando se considera, como algunos sostienen, que cabe atribuir parte de la responsabilidad a los padres presumida por su defecto en la vigilancia de sus hijos (CNCiv., Sala A, ?J., W. R. y otros c. Díaz, Juan Carlos y otros s/ daños y perjuicios? del 14-11-12 pub. en RCyS 2013-IV, 155 e íd., Sala G, ?Monzón, Héctor Omar y otros c. Transportes Metropolitanos S.A. y otros? del 3-10-08 pub. en La Ley Online AR/JUR/9881/2008). Esa condena supone, en realidad, que el hecho del niño es el que ha desencadenado el daño por su específico comportamiento que se constituyen como factor causal respecto al daño que sufrió por la intervención de una cosa riesgosa. No es así que los padres inequívocamente respondan, en el caso que se admita esta teoría de la culpa in vigilando, porque el niño sufrió el daño. Solo responden cuando su conducta negligente en la custodia del niño es lo que provocó en concreto -por su culpa (art. 512 del Código Civil)- que el accidente se produjera de esa forma. La conducta de los padres al haber permitido que el niño se colocara en esa situación de peligro es la que los hace responsables, total o parcialmente, del daño sufrido por el menor. Si el niño cruzó la calle como cualquier peatón y fue embestido por el automóvil sin que el demandado haya justificado ese carácter sorpresivo del hecho de la víctima no cabe eximir a este de responsabilidad por un defecto en la custodia por parte de los progenitores que se revela como irrelevante en la causación concreta del accidente. Por ello, una negligencia in vigilando abstracta de los padres carece de toda relevancia si no contribuyó a la ocurrencia total o parcial del daño (CNCiv., Sala D, ?Vargas, Myriam Viviana y otro c. Olha, Héctor Rubén y otro? del 3-7-03, pub. en La Ley Online AR/JUR/7691/2003). El relato de la demanda ubica el contacto con el automóvil cuando R. M. cruzaba la calle Directorio en su intersección con Conesa de la localidad de Haedo, provincia de Buenos Aires, y estando próximo a alcanzar el extremo opuesto de la calle. Se dijo que el niño iba junto con su hermano y un grupo de cuatro compañeros de colegio, acompañados por un adulto que vigilaba su paso, a jugar a la pelota al predio de la Universidad Tecnológica Nacional. Se precisó que no existe semáforo en el lugar del hecho y que en todos los casos la prioridad de paso le corresponde al peatón. La parte demandada dio una versión distinta de los hechos. Señaló que el conductor del Volkswagen Gol se encontraba circulando prudentemente y a velocidad reglamentaria cuando en la mencionada intersección el menor, que se encontraba solo, ?salió entre medio de los rodados que se encontraban estacionados sobre Directorio mano derecha, alcanzando la calzada corriendo y sin mirar, el que de una manera totalmente desaprensiva se encontraba cruzando la calle por mitad de cuadra...produciendo así el impacto con la parte delantera derecha de la unidad, el que resultó irresistible para el demandado? (ver fs. 158 vta.). No existen realmente testigos presenciales del hecho. La parte actora ofreció la declaración de dos personas aunque posteriormente desistió de su citación a fs. 380, La causa que tramitó ante la U. F. I n° 3 del Departamento Judicial de Morón tampoco ayuda al respecto. Obra en ese expediente un croquis realizado por el personal policial que ubica el lugar del hecho en la intersección de Conesa y Directorio (ver fs. 3 vta. de esa causa) y una declaración del padre (M. E. C.) quien informó haber tomado conocimiento por su suegro de que su hijo había tenido un accidente (ver fs. 11).

Después consta a fs. 18 la declaración de A. M. S. A. quien afirmó que su hijo cruzaba a pocos metros de la esquina cuando fue embestido por el Volkswagen Senda y que lo sabe porque se lo comentó su hijo más chico de 9 años (L. V.) aclarando que había otras personas adultas que vieron lo ocurrido. No se han aportado otros elementos de interés en esa causa. El perito ingeniero industrial R. J. P. presentó en este expediente civil un informe con algunas consideraciones en torno al accidente. Preciso que el peatón damnificado se encontraba finalizando el cruce de la bocacalle cercano al cordón de la vereda izquierda de la calle Directorio a 2 metros del mismo y que la posición del peatón post-impacto no es posible que sea determinada ni estimada con fundamento técnico-científico ante la falta de otros datos (ver fs. 347). De todo lo expuesto queda solamente como admitido que el hecho ocurrió cuando el niño cruzaba -no se sabe si acompañado como dijeron sus padres o solo como afirmó el demandado- la calle Directorio en momentos en que fue embestido por el automóvil Volkswagen Gacel. Tal déficit probatorio impide llegar a ciertas conclusiones tales como que el hecho ocurrió con el niño corriendo o apareciendo sorpresivamente entre dos autos. Solamente se encuentra acreditado, entonces, el contacto entre la cosa riesgosa y el niño. Y por ser ello así y aunque hubiera cruzado solo la calle, no advierto que por esa circunstancia deba ser eximido de responsabilidad el conductor del automóvil. La imprevisibilidad de su aparición aludida en la contestación de la demanda o eventualmente la imposibilidad de que un niño de tal edad pudiera ser advertido cuando cruzaba la calle son hipótesis que no han sido confirmadas en este expediente ante el incumplimiento de la carga probatoria que le correspondía al demandado. Se trata de defensas similares a las que habitualmente se oponen frente a conductas de mayores de edad que cruzan la calle. El criterio debe ser, pues, el mismo de modo que corresponde en cada caso determinar si esa conducta -o si se quiere el hecho- obró como factor que impidiera imputarle causalmente el daño al conductor o titular del automóvil. Por las razones expuestas, propongo que se admitan los agravios de la actora y se revoque parcialmente el pronunciamiento recurrido imponiéndose íntegramente la responsabilidad al demandado como conductor del automóvil que causó los daños a R. M. C..

III.- La actora cuestiona que el juez de grado haya condenado a la citada en garantía Liderar Cía. Gral. de Seguros S. A. a abonar la condena en la medida y con los alcances del seguro contratado admitiendo la existencia de una cláusula de limitación de responsabilidad con lo cual se ha generado un grave perjuicio a su parte. De la lectura del escrito de contestación de la demanda resulta que la citada en garantía opuso en aquella oportunidad la limitación de cobertura de la póliza contratada que asciende a la suma máxima por persona de \$ 125.000 (ver fs. 222 vta.). En un fallo reciente (ver expte. 78.014 del 27-6-17) mi distinguido colega el Dr. Dupuis ha señalado que en el plenario ?Obarrio? de esta Cámara, cuya doctrina dejó de ser obligatoria en virtud de lo dispuesto por la ley n°26.853, en la disidencia efectuada -entre otros- por el Dr. Calatayud y por mí, señalamos lo siguiente: ?La autonomía de la voluntad se encuentra limitada por las disposiciones de orden público que fijan el marco normativo del contrato de seguro, por lo que mal podría sostenerse la inoponibilidad a la víctima, cuando lo realmente cuestionado no es el contrato de seguro, celebrado dentro del mencionado marco, sino la normativa impuesta por el Estado que obliga a las partes a celebrarlo en las referidas condiciones. De este modo, no se trata aquí de un supuesto de inoponibilidad del contrato, sino en el mejor de los casos, de una declaración genérica de invalidez de normativa emanada de la Superintendencia de Seguros de la Nación, que lo hace en virtud de facultades delegadas por la ley, por cuanto, conforme al régimen del seguro, quien puede reclamar el resarcimiento es el tercero víctima del siniestro. Ello excedería holgadamente la facultad de los jueces de interpretar la ley, puesto que lo que se hace -bien o mal- es derogarla por quienes carecemos de ese poder constitucional?. Desde otra perspectiva, y en lo que atañe a la mencionada inoponibilidad, también se dijo que olvidan quienes la sostienen que los jueces no pueden, frente a un caso concreto y sin declarar la inconstitucionalidad de la norma, excusarse de aplicarla aduciendo que no es oponible al tercero particular alcanzado por ella. Las excepciones a los preceptos generales de la ley, son de resorte exclusivo del legislador -y no de los jueces-, sin que puedan extenderse a casos que no estén expresamente contemplados en ella (ver C.S.J.N., "Fallos" 2:26 y 317:1505, entre muchos otros). Los jueces no pueden constituirse en legisladores, admitiendo excepciones que no están en la ley. Esto implica que, sin mediar declaración de inconstitucionalidad, los jueces están obligados a aplicar la ley a los casos que se les presentan (ver C.S.J.N., "Fallos" 33:162). Dicha doctrina resulta aplicable al caso, puesto que la aseguradora se limitó a celebrar el contrato conforme a las pautas que establecía a esa época el organismo oficial y la aquí actora en ningún momento introdujo planteo de inconstitucionalidad alguno, por cuanto -como señalé- recién en la Alzada cuestiona formalmente más que la normativa misma, su desactualización en virtud del tiempo transcurrido. Por otra parte, el máximo Tribunal en la causa ?Buffoni Osvaldo Omar c. Castro Ramiro Martín s/ daños y perjuicios? del 08/04/2014, publicado en La Ley 2014-C-144, al revocar lo decidido en segunda instancia, entre otros argumentos, sostuvo que si bien el acceso a una reparación integral de los daños sufridos por las víctimas de accidentes de tránsito constituye un principio constitucional que debe ser tutelado, ello no implica desconocer que el contrato de seguro rige la relación jurídica entre los otorgantes (arts.1137 y 1197 del Código Civil) y los damnificados revisten la condición de terceros frente a aquellos porque no participaron de su realización, por lo que si desean invocarlo deben circunscribirse a sus términos (arts.1195 y 1199 del Código Civil, voto del juez Lorenzetti en las causas ?Cuello? y Fallos:330:3483). Y expresamente

valoró que si bien el artículo 68 de la ley 24.449 impone la obligación de asegurar todo automotor frente a terceros -transportados o no- deja a salvo la estipulación de las condiciones del contrato a lo que fije la Superintendencia de Seguros de la Nación, autoridad en materia aseguradora, por lo que consideró que se había omitido en ese caso valorar que la póliza fue aprobada por el citado organismo. A ello agregó que la oponibilidad de las cláusulas contractuales ha sido el criterio adoptado por el tribunal en los supuestos de contratos de seguro de transporte público automotor (Fallos 329:3054 y 3488; 331:3179, y causas 0.166. XLIII. ?Obarrio María Pía c. Microómnibus Norte S.A. y otros? y G327.XLIII. ?Gauna, Agustín y su acumulado c. La Economía Comercial S.A. de Seguros Generales y otro?, sentencias del 04/03/2008). Este criterio es compartido por la Sala en numerosos precedentes, a partir de mi voto en la causa n°498.853 del 26 de mayo de 2008. Por fin, que demostrados los presupuestos fácticos y la existencia de la exclusión de cobertura (en el caso, limitación), no había razón legal para limitar los derechos de la aseguradora. Y en la misma línea se pronunció la Sala ?G? de esta Cámara, con voto del Dr. Carranza Casares, aunque referido a la resolución 22.058 de la Superintendencia de Seguros de la Nación, que no fue atacada por el interesado y que establecía a esa época un monto mínimo de cobertura que dicho Tribunal consideró insuficiente. Y pese a reconocer que a su juicio no contribuía a dar pleno cumplimiento a la finalidad social perseguida por el seguro obligatorio ni a la reparación integral de los daños injustamente padecidos, se limitó a poner en conocimiento de las autoridades pertinentes esa circunstancia (conf. L. 606.187 del 27 de marzo de 2013). Tal solución que comparto, al igual que los precedentes citados, que están de acuerdo con el criterio reiteradamente sostenido por la Sala, sumado al fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que se inclina por el mismo criterio antes expresado (conf. C.S.J.N. en ?Flores Lorena R. c/ Giménez Marcelino O. s/ daños y perjuicios del 6/6/2017 CSJ 678/2013). Habida cuenta del criterio expuesto por el Dr. Dupuis en el mencionado precedente es que propongo que se desestimen los agravios de la actora y se confirme lo decidido en relación a la limitación de la cobertura. IV- La Defensora Pública de Menores e Incapaces solicita en su carácter de representante del menor L. V. C. S. A. quien es heredero de su padre M. E. C. que se declare la inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil para con ello admitirse la demanda que había promovido aquel progenitor por el daño moral causado por el accidente de su hijo. Sobre el tema del pedido de declaración de inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil formulado por la parte actora y la referencia al actual art. 1741 del Código Civil y Comercial de la Nación efectuado por la Defensora Pública de Menores e Incapaces entiendo también oportuno remitirme a las sólidas consideraciones efectuadas al respecto por el Dr. Dupuis en el precedente de esta Sala recaído en la causa 76.836/2011 del 24-2-16. Señaló allí mi distinguido colega que esta Sala invariablemente ha sostenido que si bien es cierto que aun cuando de lege ferenda se ha propiciado la extensión de la legitimación a favor de familiares directos de la víctima, uno de los dictámenes en las Jornadas sobre Temas de Responsabilidad Civil por Muerte o Lesión de Personas (Rosario 1979), firmado por los Dres. Brebbia, Corbella y Barbero sostuvo que ?la acción por indemnización del daño moral corresponderá también, de acuerdo con lo establecido en el art. 1079 del Cód. Civil, a los parientes que acrediten haber sufrido una lesión en sus intereses legítimos, aunque del hecho ilícito no haya derivado la muerte de la víctima?, también lo es que otro sector, en cambio, firmado por los Dres. Mosset Iturraspe, Kemelmajer de Carlucci y Molinas expresaba: ?no es conveniente la modificación de la segunda parte del art. 1078 del Cód. Civil?, doctrina ésta a la que adhirió la Sala (ver. causas 73.354 del 20-2- 91, 97.579 del 12-12-91 y 515.424 del 25-11-08, entre otras). Es cierto que a partir de un fallo de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires (?C, L.A. y otra c/ Hospital Zonal de Agudos General Manuel Belgrano y otros s/ daños y perjuicios?, del 16-5-07, J.A. 2007-III, 222), que fuera aplaudido por alguno sectores de la doctrina (ver Echevesti, Carlos, Una sentencia inscrita en quadrata monumentale, en J.A. 2007-III, 233; Ritto, Graciela, Declaración de inconstitucionalidad del artículo 1078 del Código Civil y legitimación activa de los hermanos para el daño moral, D.J. del 5-8-09, 2143; Agoglia, M.M., Ampliación de la legitimación activa de los damnificados indirectos por daño moral, en L.L. 2007-F, 72), se ha abierto una brecha jurisprudencial dado que diversos precedentes han declarado la inconstitucionalidad de la norma en cuestión. Así, se han pronunciado tribunales nacionales, tales como la Sala ?L? (autos: ?L., S. y otros c/ Hospital Británico y otro s/ daños y perjuicios?, L.L. Online AR/JUR/59045/2009), aun cuando otros lo hicieron en sentido opuesto, como la Sala ?A? (conf. voto del Dr. Li Rosi en expte. 15.754/2011 del 2/2/2016 y esa Sala en autos: ?Pugliese, Fernando Hugo y otros c/ Serodino, Alejandro Néstor s/ daños y perjuicios?, del 5-7-02, E.D. 199-483). Los que han compartido la posición amplia exponen como argumentos a favor de ella -entre otros- que la norma cuestionada viola el principio de igualdad al tratar a las personas de diferente forma frente a situaciones similares, por cuanto el art. 1079 reconoce legitimación para reclamar daños patrimoniales a cualquier persona que lo sufriera aunque sea de manera indirecta, en tanto el art. 1078 lo limita a la víctima (ver Zavala de González, Daños a las personas -Integridad sicofísica, t. 2a, pág. 565, n° 165, letra c). Esta argumentación ha sido bien rebatida por Emilio A. Ibarlucía (Los cuestionamientos constitucionales al artículo 1078 del Código Civil, RCyS, 2011-VIII, 10), cuando afirma que el principio referido se vulnera si frente a una misma situación las personas son tratadas de manera diferente sin causa que lo justifique, pero no cuando todos reciben el mismo trato. ?Es decir -afirmó-, si se les niega reparación por daño moral a las personas en tanto hermanos

se les niega a todos en esa condición. La cuestión no estriba en un problema de igualdad (ya que todos reciben el mismo trato) sino en si existen notas diferenciales del daño moral en relación al daño patrimonial, que justifique que el legislador contemple su resarcimiento en un caso y en el otro no? (ver, en similar sentido, Benavente, María I., Daño moral y damnificados indirectos. ¿La limitación del art. 1078 C.Civ. es inconstitucional?, en J.A. 2005-IV, 288, en esp. cap. IV). Se trató pues de casos extremos, excepcionales. Es que, como es sabido, desde antaño la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sentado como principio que la declaración de inconstitucionalidad de la ley que se pretende, es un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado como ultima ratio del orden jurídico y como una atribución que sólo debe utilizarse cuando la repugnancia con las cláusulas constitucionales sea manifiesta y la incompatibilidad inconciliable (conf. fallo publicado en L.L. 1981-A, 94, entre muchos otros) y requiere inexcusablemente la demostración del agravio en el caso concreto (ver Fallos 150:602, 258:255 y 308:1666). Esto es, el uso indiscriminado de esa facultad excepcional por parte de los jueces, podría llevar a éstos a convertirse en legisladores. La norma del art. 1078 en lo que ha sido cuestionada es perfectamente clara y limitativa: sólo tiene legitimación para reclamar daño moral el damnificado directo y ello, en principio, no repugna el orden constitucional, en tanto para abrir el abanico de legitimados indirectos se requiere -como lo decidieron los casos analizados- de un estudio profundo y pormenorizado de las circunstancias particulares de cada caso que determinen la invalidez, para ese supuesto específico, del valladar que contiene (ver CNCiv. Sala 'F?', voto del Dr. Posse Saguier en causa 502.333 del 24-8-09, en autos 'Contreras Mamani Gregorio y otros c/ Muñoz Cristian Edgardo y otros s/ daños y perjuicios?'). Es que el legislador de 1968 ha considerado prudente no multiplicar el número de legitimados seguramente para evitar que a raíz del evento dañoso se produjera una 'catarata' de reclamos de damnificados, susceptibles de llevar hasta límites excesivos y ruinosos al responsable (ver Zavala de González, op. y loc. cit., pág. 551 n° 165, letra a) y esta Sala, voto del Dr. Dupuis en c.624.579 del 5/12/2013, voto del Dr. Calatayud en c.578.651 y 579.031 del 20/10/2011 y voto del Dr. Racimo en c. 628.442 del 6/3/2014). Y con respecto al planteo sobre la posible aplicación del nuevo Código Civil y Comercial -seguía señalando el Dr. Dupuis- que comenzó a regir desde el 1° de agosto del 2015, que en su art. 1741 amplía la legitimación activa para reclamar indemnización de las consecuencias no patrimoniales, incluyendo la figura de quienes convivían con la víctima recibiendo trato familiar ostensible, es mi criterio que la norma en cuestión no resulta aplicable en la especie pues no se encontraba vigente al momento de producirse el hecho ilícito, que es el momento en el cual nace la obligación de reparar el daño ocasionado. Al respecto, se ha dicho que la doctrina y la jurisprudencia coinciden en que la responsabilidad civil se rige por la ley vigente al momento del hecho antijurídico dañoso. Cabe entonces recordar que con motivo de la modificación del art. 1078 del Código Civil por la ley 17.711, la Cámara Civil en pleno decidió que 'No corresponde aplicar la nueva norma del artículo 1078 del CC cuando el hecho dañoso fue anterior a la puesta en vigencia de la ley 17.711'. La razón es que el daño no es una consecuencia del ilícito, sino un elemento constitutivo. Roubier, quien estudiara en profundidad el tema, ha expresado que cuando se trata de hechos materiales que se producen en un momento de la duración, es la ley que estaba vigente al día en que esos hechos son producidos que determinará si ellos han, o no, creado una obligación. Esto es así generalmente para los hechos ilícitos (delitos y cuasidelitos), y es por esta razón que se dice que la ley que fija las condiciones de la responsabilidad civil es la ley del día del acto ilícito. Importaría poco a este respecto que la causa de la responsabilidad radicara en un hecho propiamente dicho (acto de violencia), o en una omisión reprochable (negligencia, imprudencia). No importaría tampoco que la responsabilidad del daño causado fuese impuesta al autor directo del daño, o por vía de presunción legal a otras personas responsabilizadas por el hecho del otro. En todos estos casos, es la ley del día en que el daño ha sido causado la que fijará las condiciones de la responsabilidad civil, es decir que dirá si una obligación ha nacido, o no, con respecto a la víctima del daño, y a cargo de quién esta obligación existe. Es igualmente esta ley la que fijará la extensión del derecho a la reparación, es decir los límites de la acreencia. El quantum de la indemnización debida a la víctima será entonces determinado según la ley del lugar del acto delictuoso, y se respetarán las disposiciones de esta ley, cuando por ejemplo ella alcanzara al autor del delito civil en una verdadera pena privada, o cuando ella distinguiera según la culpabilidad más o menos grande del autor para fijar la extensión de la reparación, e incluso a pesar de que una ley posterior, en vigor al día del proceso, hubiera modificado las disposiciones de la ley precedentes sobre diversos puntos. Si una ley nueva pudiera, en efecto, modificar en tal caso la acción de la ley anterior sobre los hechos que han pasado bajo el imperio de ella (facta praeterita), ella sería retroactiva. Ahora bien, la no retroactividad de la ley constituye una regla absoluta para el juez, a la cual solo es posible admitir su derogación cuando se está en presencia de una ley interpretativa, como fuera el caso, por ejemplo, de la ley del 7 de noviembre de 1922 modificando el artículo 1384 del Código Civil (conf. Paul Roubier Les conflits de lois dans le temps, Théorie dite de la non-retroactivité des lois, París, Sirey, 1933, t. 2, n°76, págs.4 y sgtes.). Por ser la legitimación una cuestión referida a la constitución del derecho, se ha sentenciado que 'si a la fecha del fallecimiento del trabajador no existía ninguna legislación que otorgara a la concubina el beneficio de una indemnización por fallecimiento del trabajador, no es posible aplicar una reforma legislativa posterior de modo retroactivo imponiendo al empleador una obligación que implica una afectación de los derechos

amparados por garantías constitucionales (conf. Kemelmajer de Carlucci, Aída "La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes?", págs. 100/102, con cita de la SCJBA, 13-9-77, L.L. 1979-B-45). Y concluía el Dr. Dupuis que también el Dr. Li Rosi, citando al Dr. Galdós (conf. Galdós, Jorge Mario, "La Responsabilidad civil y el derecho transitorio?", publicado en L.L. del 16/11/2015, 3, cita on line: AR/DOC/3711/2015), quien aludió a la cuestión de la legitimación por daño moral al referirse al fallo plenario del año 1971 (Cám. Civ. en Pleno, 21.12.71, "Rey, José c/Bodegas y Viñedos Arizu SA", LL 146-273, con nota de Nieto Blanc; y en JA 13-1972-352 con nota de Moisset de Espanés cit.), remarcando que en ese entonces se resolvió que los "nuevos" supuestos de daño moral que habilitó la reforma de 1968 (que extendió el daño moral a todos los hechos ilícitos, no solo a los delitos de derecho criminal cómo lo preveía el Código Civil de Vélez Sarsfield) no debía ser aplicable a los hechos ocurridos antes de su entrada en vigencia. Allí se decidió que como el hecho ilícito se produjo de manera inmediata, "corresponde atribuir a la ley antigua la regulación de los presupuestos de existencia de esa obligación, así como su contenido, inclusive la extensión del daño y su evaluación" (conf. C.N.Civil, Sala A, voto anteriormente citado del Dr. Li Rosi en expte. 15.754/2011). Por estos motivos concuerdo, en definitiva, con el criterio sostenido al respecto por el juez de primera instancia y es por ello que propongo que se desestimen los agravios planteados al respecto. Por las razones expuestas propicio que se revoque parcialmente la sentencia recurrida disponiéndose que el demandado resulta totalmente responsable de los daños causados haciéndose extensiva la condena en la medida del seguro a la citada en garantía y que se la confirme en lo demás que decide imponiéndose las costas de alzada a los vencidos (art. 68 del Código Procesal). Los Señores Jueces de Cámara Doctores Dupuis y Calatayud por análogas razones a las expuestas por el Dr. Racimo, votaron en el mismo sentido. Con lo que terminó el acto.

FERNANDO M. RACIMO MARIO P. CALATAYUD JUAN CARLOS G. DUPUIS Este Acuerdo obra en las páginas Nº ... a Nº ... del Libro de Acuerdos de la Sala "E" de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Buenos Aires, ...octubre de 2017.- Y VISTOS: En virtud de lo que resulta de la votación de que instruye el acuerdo que antecede, se revoca parcialmente la sentencia recurrida atribuyéndose totalmente la responsabilidad de los daños causados al demandado haciéndose extensiva la condena en la medida del seguro a la citada en garantía y se la confirma en lo demás que decide. Costas de alzada a los vencidos. Se difiere la adecuación de los honorarios de los profesionales intervinientes y la fijación de los correspondientes a esta instancia para cuando obre liquidación aprobada. Notifíquese y devuélvase. Fecha de firma: 23/10/2017 Firmado por: MARIO PEDRO CALATAYUD, JUEZ DE CAMARA Firmado por: JUAN CARLOS GUILLERMO DUPUIS, JUEZ DE CAMARA Firmado por: FERNANDO MARTIN RACIMO, JUEZ DE CAMARA

022501E