

Muerte De Menor De Edad Deber De Vigilancia Responsabilidad De Los Padres Culpa Concurrente

DOMINGO, 10 DE ENERO DE 2021

JURISPRUDENCIA

Muerte de menor de edad. Deber de vigilancia. Responsabilidad de los padres. Culpa concurrente En el marco de un juicio por daños y perjuicios, se admite parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la citada en garantía y establece que se ha interrumpido el nexo causal en un 80%, prosperando las demandas interpuestas por el 20% restante; se modifica el rubro "daño material valor vida", se declara la inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil. En la ciudad de Dolores, a los cinco días del mes de julio del año dos mil dieciséis, reunida la Excm. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de este Departamento Judicial, en Acuerdo Ordinario, con el objeto de dictar sentencia en causas N° 94.868 y 94.860, caratuladas: "LENCINA, ALICIA BEATRIZ C/ TEJERA, NAZARENO; FONTANA JOSE Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS" y "BLANCO, GUILLERMO DAMIAN C/ TEJERA, NAZARENO H., FONTANA JOSE L., PESQUERA SAN SALVADOR S.R.L., FED. PAT. SEG. S.A. Y/O QUIEN RESULTE RESP. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS", habiendo resultado del pertinente sorteo (arts. 263 del CPCC; 168 de la Constitución Provincial), que las Señoras Juezas debían votar según el siguiente orden: Doctoras Silvana Regina Canale y María R. Dabadie. El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes: CUESTIONES 1a. ¿Es justa la sentencia apelada? 2a. ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? VOTACIÓN A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA LA SEÑORA JUEZA DOCTORA CANALE DIJO: I. Contra la sentencia única dictada en estos obrados -fs. 603/626- y en el expediente n° 60.631 -fs. 318/341 y aclaratoria de fs. 360-, interponen las partes recursos de apelación. En la presente lo hace la citada en garantía Federación Patronal Seguros a fs. 638 -concedido libremente a fs. 639- y el co-demandado Fontana a fs. 640 -declarado desierto por este Tribunal a fs. 688-. Expresados los correspondientes agravios -fs. 681/685-, recibieron las correspondientes réplicas a fs. 689/690 y vta. -co-actora-; fs. 692/697 -co-actora-; fs. 699 y vta. -co-demandada- y fs. 701/706 -tercera citada-, dictándose el llamado de autos para sentenciar a fs. 710, que se encuentra consentido. En la restante, lo hace igualmente el co-demandado Fontana a fs. 351 -declarado desierto a fs. 382-; la referida citada en garantía a fs. 353 -concedido libremente a fs. 354-; a fs. 356 -concedido a fs. 357- lo hace la actora y a fs. 359 -concedido a fs. 362- la Sra. Asesora de Incapaces. Expresados los agravios y respondidos, firme el llamado de fs. 428, han quedado los autos en condiciones de ser resueltos en esta instancia. En el mencionado decisorio, el iudex a quo, hizo lugar a las acciones incoadas, condenando a los demandados comunes en ambas causas -Sr. Tejera Nazareno y Fontana José-, haciendo extensiva la condena a la compañía aseguradora Federación Patronal Seguros S.A. -en la medida del contrato de seguro-; así tuvo por acreditada la plena responsabilidad del demandado Tejera, como conductor del vehículo que participara en el accidente y del co-demandado Fontana, en su carácter de empleador de aquél; asimismo, rechaza la demanda -haciéndose lugar a la excepción de falta de legitimación opuesta- contra Pesquera San Salvador SRL., titular registral del vehículo, al tener por acreditado que al momento del hecho se había desprendido de la guarda del mismo. Establecida la responsabilidad, el sentenciante rechaza el pedido de inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil -ley 340-, en cuanto a la legitimación de los hermanos de la víctima para solicitar el resarcimiento del daño moral que el lamentable accidente les causó. Las quejas de las recurrentes se dirigen a cuestionar tales tópicos. La citada en garantía, lo hace respecto de la admisibilidad de la excepción de falta de legitimación pasiva de la titular registral del rodado; asimismo, se agravia en cuanto considera que el sentenciante no ha valorado la responsabilidad de la madre -culpain vigilando- al momento de ocurrir el hecho y finalmente, en cuanto al monto establecido por el rubro "Daño Material-Valor Vida" -fs. 681/685-. La actora Lencina, lo hace respecto de los rubros admitidos, considerando reducidos los montos otorgados; hace lo propio en cuanto se rechaza el daño moral peticionado en representación de sus restantes hijos, solicitando que se declare la inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil en cuanto limita los legitimados activos para la solicitud del daño a los herederos forzosos. En similares términos expresa sus quejas la Asesora de Incapaces a fs. 396/403, en cuanto a la inconstitucionalidad solicitada y la excepción de falta de legitimación pasiva. Finalmente cabe señalar que el Sr. Blanco -actor en causa n° 59.026- ha consentido el decisorio de marras. Así resumidas las cuestiones traídas a consideración de este Tribunal, corresponde que me avoque a su tratamiento. II. En primer lugar, y si bien no ha sido materia de agravios, corresponde señalar que correctamente el sentenciante ha decidido la cuestión a la luz de las normas del Código Civil de Vélez Sarsfield -ley 340-, hoy derogado por la ley n° 26.994, en tanto el caso de autos, atañe a un daño originado y consumado durante la vigencia de la ley anterior (arts. 3, CC; 7 y concs., CCyCN ley 26.994), lo cual sella sin más la aplicación de la anterior normativa. Ahora bien, en razón de las peticiones realizadas en cuanto que se declare la deserción de los recursos de apelación incoados, corresponde que me expida sobre tal cuestión (SCBA, Ac. C. 85.339, "Menéndez", sent. 19-09-07) ya que en

caso de prosperar tal pretensión cerrará el embate recursivo respectivo (SCBA, Ac. C. 92.588, ?López?, sent. 31-10-07). En tal sendero, analizadas las expresiones de agravios cuestionadas, considero que han superado el valladar impuesto por el art. 260 del CPCC al cuestionar idóneamente los argumentos del sentenciante respecto de las tópicos que han sido materia de agravios, concluyendo que se encuentran debidamente fundamentados. En su razón, tales peticiones no pueden prosperar. Finalmente, he de señalar que no analizaré todas las argumentaciones de las recurrentes sino aquellas susceptibles de incidir en mi voto (conf. CSJN, 13-XI-96, in re ?Altamirano, Ramón c/ Comisión Nacional de Energía Atómica?).

III. Dirimidas tales cuestiones previas, he de tratar en primer lugar los agravios de la citada en garantía en tanto están dirigidos a cuestionar la responsabilidad de los demandados y resultan ser idénticos en ambas causas, pues de prosperar sellarían la suerte de la contienda.

1. Responsabilidad. Tratándose de un accidente en el cual intervino una cosa riesgosa -automotor-, resulta aplicable en la especie el art. 1113 del citado digesto. Sentado ello, se impone recordar que el sistema de responsabilidad civil derivada del uso y circulación de automotores, no difiere en sus principios y presupuestos del sistema de responsabilidad civil general. Consiste fundamentalmente en el deber de reparar el daño jurídicamente atribuible causado por incumplimiento (Alterini), tanto como en dar cuenta a otro del daño que se le ha causado (Bustamante Alsina). Ella se estructura sobre la base de la concurrencia de una conducta antijurídica del autor, a quien se le puede adjudicar el hecho con fundamento en algún factor de atribución, la existencia de un daño y la relación de causalidad entre el hecho y el daño. Deberá conforme a derecho decidir el juez en qué casos, y con qué alcances, se dan los supuestos que permitan tener por configurada o no, esa ?estructura de responsabilidad?. Y así, para determinar la responsabilidad civil con fundamento en la norma del art. 1113 2º ap. segunda parte del Código Civil, a la parte actora le bastará probar: a) la existencia del daño; b) el carácter riesgoso o vicioso de la cosa; c) que el daño obedece al riesgo o vicio de la cosa; y d) que el accionado es dueño o guardián de la misma (cfr. Ac. 61.569, SCJBA, 24-3-98). Por su parte, al accionado sólo le queda la posibilidad de disminuir o excluir su responsabilidad, acreditando que la conducta o el actuar negligente de la víctima o de un tercero han generado causal o concausalmente el evento dañoso. Expresó el iudex que debió estar entre las probabilidades a tener en cuenta por el codemandado Sr. Tejera, al conducir una cosa peligrosa, que al desplazar el rodado, sin divisar la presencia de la niña V.B.B., que recién acababa de descender de la camioneta, existía un riesgo alto de que sucediera lo que finalmente sucedió. Que cualquier conductor previsor y responsable, debe aguardar a ver a una niña de tres años que acaba de descender del vehículo que conduce, para iniciar la marcha, y si no está seguro del lugar donde la menor se encuentra, no puede iniciar la circulación. Agregó que lo relevante del presente hecho, y lo que torna previsible para el conductor el actuar de la niña, es que él la trasladó hasta el lugar donde ella descendió, por lo que no puede desentenderse del lugar en el que se encontraba la menor al momento de emprender la marcha. Concluyendo que su conducta, en ese contexto, se torna idónea y única causa (en sentido jurídico) del acaecimiento del evento dañoso. La citada en garantía critica lo decidido por el Juez expresando que debe analizarse la propia conducta de la madre, cuestión que no ha acontecido en tal decisión, considerando que la misma fue la única responsable del accidente al no ejercer su deber de vigilancia y cuidado sobre su hija. Si bien he de coincidir en lo principal con lo expuesto en cuanto al deber de previsión que debió cumplir el conductor en la ocasión, he de disentir en cuanto se le atribuye la totalidad de la responsabilidad en el evento, por cuanto considero que tal deber fue también incumplido en gran medida por la progenitora de la menor. Acreditados como se encuentran la existencia del daño; la presunción legal del carácter riesgoso de la cosa, que el daño se produjo con la misma, y el carácter de guardián del demandado Tejera, su responsabilidad, en principio, resulta incuestionable (arg. art. 1113, CC). Ello por cuanto como se dijo, el conductor transportó a la víctima y su madre hasta el hogar de éstas, estacionando su rodado frente a la vivienda. Que en tal circunstancia se bajan las pasajeras y se quedó conversando con la progenitora. De tal forma puede apreciarse que se desentendió del lugar donde se encontraba la niña, por lo que en forma previa a comenzar a circular debió cerciorarse en donde se ubicaba, ello en pleno ejercicio de un deber de cuidado y previsión, máxime teniendo en consideración que el lugar donde estacionó la camioneta, no existe delimitación exacta de la acera y la calzada, siendo ésta únicamente una huella que se ha formado por el paso de rodados -v, fotografías de fs. 50 y croquis de fs. 51 de la IPP. N° 73.103- (arts. 375, 384, CPCC). En su razón, de conformidad a lo dicho, en atención a las circunstancias previas del hecho, el lugar donde ocurrió, y la corta edad de la víctima, en virtud de los deberes señalados, que no han sido debidamente advertidos, considero que la responsabilidad del conductor se encuentra debidamente acreditada. No obstante ello, en virtud de la norma de aplicación -art. 1113, CC-, puede acreditar la exención de tal responsabilidad demostrando la ?culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder?. Asimismo, cabe recordar que la expresión "culpa de la víctima" a la cual se refiere el artículo citado, no comprende los actos ejecutados por menores de diez años de edad, quienes carecen de discernimiento y voluntad (conf. arts. 897, 921 y 1066 y concs., del código de fondo). Es decir, ante la conducta imprudente del menor no puede hablarse de culpa de la víctima. Así, no cabe duda de que existe aquí una evidente culpa in vigilando de sus padres, que equivale a la culpa de terceros por los cuales no responden ni el guardián ni el dueño del vehículo embistente, de modo que exime la responsabilidad de éstos según el artículo n° 1113, párrafo 2º, del Código Civil. Y tal culpa no

resulta ser únicamente la establecida por el art. 1114 del código sustantivo como lo sostiene el juez a quo, sino que deviene en una responsabilidad que trasciende los hechos ilícitos de los menores de edad -conf. la norma citada-; es una obligación derivada de la patria potestad que ostentan los padres, y que se configura en la educación formativa del carácter y los hábitos de los menores y en la obligación de cuidado que pesa sobre ellos. En la especie, no puede hablarse de formación por tratarse de una niña de tan solo tres años de edad, sino del deber de cuidado y vigilancia de su madre, deberes que no han sido observados plenamente en la ocasión. En cuanto responsabilidad de los padres por incumplimiento del deber de cuidado y vigilancia respecto a sus hijos menores, cabe señalar que ella no funciona en abstracto, sino que es necesario acreditar que el accionar del menor objetivamente considerado, se erigió en factor causal del hecho y que ese accionar resultó imprevisible e inevitable para el conductor demandado, pues sólo de ese modo se configura la exención de responsabilidad que autoriza el ordenamiento (CNCiv., Sala "H", en autos "Quintana, Sergio A. c. Da Costa Fontao, Manuel s/daños y perjuicios, del 23/09/98, Guerra, Raúl Alfredo y otro c. Costilla, Francisco Enrique y otro, del 13/11/2007; Publicado en: DJ 14/05/2008; cita online: AR/JUR/10169/2007). Y entiendo que ello es lo que ocurrió en el evento dañoso objeto de estos autos, teniendo por acreditada la eximente parcial alegada por la recurrente, en tanto considero que la conducta del menor sin discernimiento ha interrumpido el nexo causal entre el hecho y el daño, ello sin perjuicio de destacar que no se puede imputar culpa a una niña de tres años como la víctima y no ser computable su voluntad jurídica de acuerdo a los artículos 54 inc. 2°, 897 y 921 del Código Civil, si lo es la denominada culpa in vigilando de su progenitora que no tendió al cuidado y protección de su hija. No es materia de debate el accidente ocurrido con el luctuoso desenlace, aunque sí deben valorarse las circunstancias en que ocurrieron en tanto las mismas no resultan ser contestes entre las partes. Y a fin de dilucidar la cuestión en debate deben ponderarse las pruebas obrantes en la causa (arts. 375, 384, del CPCC). En tal sendero, a raíz del hecho, se instruyó la IPP. n° 73.103 -que se tiene a la vista-, que al haber sido propuesta por las partes como prueba -v, fs. 19, 46 vta., 66, 92 vta.-, las constancias obrantes en la misma han de constituir prueba hábil, por lo que resulta indiscutible su fuerza probatoria (art. 374 del CPCC). Así, en cuanto a los hechos, en la primera declaración testimonial realizada por la progenitora de la víctima, efectuada el día 26 de marzo de 2004, manifiesta que el día 1 de marzo del referido año, aproximadamente a las 10.15, ella y su hija, fueron transportadas por el demandado a su domicilio, cuando regresaban del hospital. Que ella se queda conversando con Tejera quien se encontraba dentro de la camioneta; que mientras se encontraban dialogando, la menor se encontraba a su lado. Transcurridos unos minutos se despide de Tejera quien enciende su camioneta y sale muy despacio, cuando la dicente se percata que la niña V. se encontraba recostada sobre el suelo. Que en ese momento grita y Tejera frena el rodado. Agrega que no sabe en qué momento V. se pudo poner detrás de la rueda, que no vio el momento que se puso detrás ni tampoco con qué lugar de la camioneta la colisionó ya que cuando la vio se encontraba pegada a la rueda trasera de la camioneta y no la había rodado por encima de su cuerpo; que no se cruzó por delante de la camioneta. Que lo expuesto es todo lo que puede declarar -v, fs. 45 vta.-. La testigo que depone el mismo día de ocurrido el accidente -v, fs. 24-, vecina de la Sra. Lencina, sostuvo que el referido día, alrededor de las diez de la mañana, encontrándose dentro de su casa, vio pasar a muy baja velocidad una camioneta color bourdeux -bordó-, indicando marca y modelo, por la calle que se encuentra en su frente, Libres del Sur, en dirección Sur-Norte, es allí que pudo apreciar que la camioneta se levantó en la parte de la rueda trasera lado conductor, como si hubiera pasado algo por encima, que en ese mismo instante pudo apreciar que el conductor mira hacia atrás, previo a sacar la cabeza por la ventanilla y es allí cuando detuvo la marcha inmediatamente y cargó a la niña y a la madre; que esta última se hallaba parada fuera de su casa y a los gritos, en virtud de lo que había pasado por arriba con su rueda trasera izquierda, lado conductor, era la niña V.B. de dos años de edad. Asimismo, la restante testigo que en el mismo día presta declaración -fs. 25-, en lo que resulta pertinente, señala que lo único que pudo ver es que el conductor de la camioneta estaba levantando a la niña para trasladarla al hospital, apreciando que la misma se encontraba debajo del rodado lado conductor, no pudiendo detallar si fue arrollada con ambas ruedas. De tales testimonios puede apreciarse cierta coincidencia en los hechos narrados, que difieren de los dichos que da la actora cuando declara a fs. 94/97 de la misma causa pero largo tiempo después (05-V-2005). Debo valorar que la propia madre reconoce que no advirtió los movimientos de su hija, que la llevaron a la situación de riesgo que desembocó en el trágico accidente; tal expresión deja en evidencia su conducta desaprensiva al desentenderse del accionar de la niña que se movía con libertad muy cerca del automóvil, sabiendo que iba a continuar su marcha. También que en el informe accidentológico obrante a fs. 85/86 y vta., el experto sostiene que si bien no se puede determinar en forma objetiva y con exactitud el lugar donde se desplazaba la víctima ya que la camioneta fue removida de su posición final, conforme a las declaraciones brindadas, a las cortas huellas de frenado constatadas y del informe médico policial de fs. 10, entiende que la víctima al momento del accidente se encontraría debajo de la camioneta -fs. 86 vta.-. Finalmente, el Sr. Agente Fiscal a cargo de la instrucción de la IPP de referencia, ordena su archivo argumentando que de la misma no surgen elementos que hagan presumir que el Sr. Tejera obró en forma negligente, imprudente o violando los deberes o reglamentos que a su cargo tenía, por cuanto uno de los requisitos del delito culposo es la previsibilidad, no pudiendo hacerlo en este caso por cuanto nunca pudo haber visto o previsto

el instante en el que la menor de autos se colocare debajo de la camioneta, máxime la altura que la misma tiene, no configurándose delito penal alguno. Ahora bien, ya en esta sede civil, de la causa n° 60.631, la única prueba relevante respecto al tópico bajo análisis resulta ser la pericia obrante a fs. 242/255 vta., realizada por el Ingeniero Mecánico Nardelli. De su dictamen, valorando los elementos de prueba existentes en la IPP y los por él recolectados en el lugar del hecho, resulta de interés para esta sentenciante que el conductor de la pick-up comienza a avanzar con su rodado en sentido longitudinal, golpeando el cuerpo de la menor V.B.B. y arrollándolo con una de las ruedas del lado izquierdo -fs. 251 y vta.-. En otra parcela de su informe sostiene que para una persona ubicada en la butaca del conductor de una pick up de similares características a la que intervino en el accidente, no es posible detectar la presencia de una niña con la altura de la menor V.B.B., si la misma se sitúa en una posición cercana a la parte frontal o a la parte trasera de la camioneta -fs. 253-. Finalmente concluye que la velocidad del rodado al momento de producirse la colisión era de 13,36 Km./h. -fs. 252-. Por último he de destacar otro dato valorable y que da por tierra con la segunda versión dada por la progenitora. Efectivamente, tanto de la causa penal como de las experticias realizadas en esta sede civil -v, fs. cit. prec.- se puede inferir que las huellas de frenada se encuentran delante de la camioneta según la orientación sur-norte donde se encontraba posicionada al momento de iniciar su marcha (v, croquis fs. 3, declaración testimonial de fs. 4, declaración de fs. 45, fotografías de fs. 50, croquis fs. 51, informe accidentalológico de fs. 85/86, IPP. n° 73.103; pericia mecánica de fs. 242/255 (digitalización de fs. 250 vta.), causa n° 60.631; fs. 501/515 (fs. 509 vta.), causa n° 59.026) -arts. 375, 384, 474 y conchs. del CPCC). De tales elementos de convicción se puede concluir en cómo podría haber ocurrido el hecho, que precisamente, coincide con los dichos de la propia progenitora al momento de brindar su declaración testimonial en sede penal a los pocos días de ocurrido el hecho -fs. 45 cit., IPP. 73.103-. Cabe recordar que dada la edad de la menor (3 años al momento del accidente), al carecer de discernimiento, la madre se encontraba obligada a cumplir el deber de custodia y resguardo de su hija en los amplios términos del art. 264 del Código Civil. Este deber de protección que impone la norma citada -el cual fue incumplido en ocasión del accidente sufrido- obliga a los padres a una vigilancia activa la que no ha sido llevada a cabo en la especie. Si bien no cabe el extremo de afirmar, que en todo tiempo y lugar deben los padres ejercer una vigilancia constante e inmediata sobre sus hijos menores, no puede soslayarse que en la especie esa falta de vigilancia resultó determinante en el acaecimiento del siniestro. Por ello, es que en las circunstancias y condiciones antes señaladas, pese a que no puede imputarse culpa alguna a la menor, la responsabilidad de su indemnidad no puede recaer en forma total sobre el dueño o guardián del rodado, sino que la misma se encontraba a cargo de quien en ese momento detentaba su custodia, en el caso la madre. Se advierte así su falta de cuidado y atención, quien debió evitar colocar a la menor en una situación de riesgo, sin adoptar los recaudos necesarios para evitar accidentes como el ocurrido en autos. Debe tenerse presente que la misma refiere que se le soltó de la mano, asimismo, también debe valorarse que en el lugar donde ocurrió el accidente, no se encontraba delimitada la acera de la calle, siendo ésta únicamente constituida por una huella de autos que transitaban por el lugar, por lo que también mayor debía ser el deber de vigilancia de la progenitora, evitando que la menor ajena totalmente a las situaciones de peligro por su falta de comprensión pusiera en riesgo su vida, tal como finalmente aconteció (art. 902, CC). Esa falta de prevención y descuido de la madre en mi opinión han resultado determinantes para la ocurrencia del hecho dañoso. Sin dudas si hubiera prestado la atención debida a su hija, desplegando una conducta de cuidado acorde a la edad de la niña, podría haber evitado el daño sufrido. También es cierto que quien conduce un automóvil debe tomar todas las precauciones que las circunstancias imponen y en virtud de ello no puedo desconocer que el Sr. Tejera debió recordar que la menor estaba en el lugar e inició la marcha sin la precaución debida, no es menos que la obligación de la madre era mayor. Por tal razón es mi convicción que esa desaprensión y negligencia que la Sra. Lencina puso de manifiesto, reduce sensiblemente la responsabilidad del conductor del vehículo en los términos del art. 1113, 2do. párr. del Código Civil. Estimo justo atribuir entonces la responsabilidad por la muerte de la menor V. en un 80% a su madre, Sra. Lencina y un 20 % al conductor demandado, Sr. Tejera. En definitiva, considero que debe admitirse parcialmente el agravio bajo revisión y en su consecuencia revocar la sentencia en tal parcela, estableciendo que el nexo causal se ha interrumpido en un 80 % (arts. 375, 384, 457, 474 y conchs. del CPCC; 264, 1111, 1113 y conchs. del Código Civil -ley 340-). Por último corresponde señalar que en la cuestión analizada hube tener presente el principio de la anticipación del ejercicio de las pautas de la apelación adhesiva, en referencia a la recomposición positiva de la litis; todo ello a fin de no violentar normas de raigambre constitucional como lo es el art. 18 de la Const. Nacional y la tutela judicial efectiva que alberga el art. 15 de la Const. Provincial (SCBA, causa 88.683, sent. del 12-XII-2007, voto JUEZ HITTERS), respecto del accionante Blanco. Tiene dicho esta Cámara -siguiendo a nuestro Superior provincial- que si la sentencia que favorece a una parte es apelada por otra, toda la cuestión materia del litigio pasa al superior en la misma extensión y con la misma plenitud con que fue sometida al inferior (conf. Ac. 34.286, sent. del 17-IX-1985; Ac. 52.242, sent. del 6-XII-1994; Ac. 63.004, sent. del 8-IX-1998; Ac. 78.251, sent. del 19-II-2002; esta Alzada en causa N° 87.747, sent. del 14-5-2009). Implicando ello un nuevo análisis sobre las cuestiones que ante el cambio de rumbo del fallo le han de provocar un perjuicio a la parte gananciosa en la sentencia dictada en la primera instancia, modificada por esta Alzada.

En ese entendimiento, también debe tenerse en consideración que la sentencia que resuelve sin considerar el postulado de la apelación adhesiva o implícita, según el cual las alegaciones o defensas propuestas en primera instancia por la parte vencedora que no ha apelado por haberle sido favorable el resultado del pleito, quedan sometidas al tribunal de alzada en el supuesto de que en esa instancia sea revocado el pronunciamiento, autoriza a la declaración de nulidad requerida a través del recurso extraordinario (SCBA, C. 114178, Sent. del 9-10-2013). Y en la especie, teniendo en cuenta la recepción del agravio tratado en primer término, hubo de tener en consideración los argumentos expuestos por el Sr. Blanco al incoar su pretensión respecto del tópico analizado, respecto de los cuales no tuvo ocasión de revivirlos mediante recurso, atento el resultado favorable obtenido en la instancia de grado. 2. Falta de legitimación pasiva. Titularidad registral. Determinada la responsabilidad del conductor del vehículo en el porcentaje señalado, corresponde atender a la restante queja de la citada en garantía dirigida a la admisibilidad de la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por Pesquera San Salvador SRL., titular registral del automotor que intervino en el evento. El sentenciante de grado a fin de tener por configurada la excepción señalada hubo de considerar que la titular registral, al momento del siniestro -en atención a la prueba aportada- ya se había desprendido de la guarda del vehículo, sustentando su posición en la doctrina sentada por el Superior Tribunal Provincial -v, Ac. n° 92.488, Sent. del 6-V-2009). Analizada la cuestión, considero que lo decidido se ajusta a derecho. Tal como lo sostiene el iudex de la prueba aportada surge indubitable que al momento del accidente la camioneta había sido vendida por su titular registral siendo el Sr. Fontana el adquirente de la misma, quien ejercía su guarda y custodia (conf. confesional del codemandado Fontana de fs. 259/260, declaraciones testimoniales de fs. 272 Sr. Federico Carlos Panelo, fs. 273 Sr. Carlos Arturo Panelo; fotocopia de comprobante de compra de bienes usados a consumidor final obrante a fs. 410 -reconocido por el testigo Di Constanzo a fs. 411 [v, rep. n° 4], causa n° 59.026; ver declaración testimonial de fs. 176, del Sr. Federico Carlos Panelo en el expediente n° 60.631; y fs. 20 y 34 de la IPP. n° 73.103). En tal camino, corresponde decir que tras la sanción de la ley 22.977, modificatoria del Dto. ley 6582/58, se estableció que la responsabilidad del titular registral por los daños producidos por el automotor del cual es dueño, subsiste hasta tanto se inscriba la transferencia del mismo. Sólo puede evitar la atribución de responsabilidad objetiva del dueño o guardián que estatuye el art. 1113 del Código Civil, si con antelación al hecho que la motiva, hubiere comunicado al Registro la venta en la forma que lo prevé el art. 27 de dicha ley (arts. 375, 384, y concs. del CPCC; 27, in fine, D./L. 6582, t.o. Ley 22.977; 1113 del CC, SCBA Ac. 45.869, 46.096 y 55.947, causas de este Tribunal 73.009, 74.415, 81.140 entre otras). Sin embargo, tal principio ha sido atemperado por nuestro Superior Tribunal -por voto mayoritario de sus miembros-, sosteniendo que el titular dominial puede exonerarse de responsabilidad si prueba fehacientemente (art. 375, CPCC) que se desvinculó de la cosa causante del daño, es decir que se desprendió de la guarda de la misma con anterioridad al siniestro. Ha sostenido recientemente -Rc 118994 Int. del 02/07/2014- que el uso, el control, la guarda y la dirección, en definitiva, todo aquello que signifique disposición de la cosa riesgosa, ha pasado a la órbita de voluntad y acción del poseedor adquirente y es por ello que debe mantenerse la posibilidad del dueño registral de probar que ha transmitido la posesión del vehículo -real situación de hecho- con intenciones de enajenarlo y que por consiguiente no ejerce sobre la cosa riesgosa un poder efectivo y autónomo, debiendo sólo responder cuando no alcance a probar tales circunstancias (cfr. causas C. 91.373; C. 92.566; C. 89.758; C. 86.572; C. 84.154; C. 85.361; C. 86.939; C. 87.845; C. 89.427; C. 91.092; C. 96.303, todas sents. del 15-VII-2009 y C. 107.352, sent. del 28-III-2012). Asimismo, oportunamente, en Ac. n° 81.641 sent. del 16-2-2005, con voto del Ministro Pettigiani, se sostuvo que ?el art. 27 del dec. ley 6582/58 (t.o.) consagra como presunción iuris tantum la falta de responsabilidad de quien cumplimenta la denuncia allí viabilizada, en tanto la omisión de realizarla permite presumir con el mismo alcance la responsabilidad de quien ha incurrido en ella, siempre que no pruebe acabadamente que el desprendimiento de la posesión y custodia del vehículo, es decir de su animus domini, existió en la realidad de los hechos?. Doctrina que, si bien en aquél momento resultaba minoritaria, ha sido recientemente reiterada en Acuerdos n° 102.670, sent. del 15-7-2009; Ac. n° 92.694, sent. del 15-7-2009; Ac. n° 96.517, sent. del 15-7-2009; Ac. n° 103.189, sent. del 18-11-2009, tornándose actualmente mayoritaria. Así, se sostiene que ?...En síntesis, en el caso de los automotores, como cosas muebles, si bien la posesión no equivale a propiedad (excepción que surge de los arts. 1 y 2 del dec. ley 6582/1958), resulta impensable que ante la transmisión de la posesión del tradens al accipiens ambos puedan ejercerla en forma conjunta (art. 2401 del Cód. Civ. que prescribe que dos posesiones iguales y de la misma naturaleza no pueden concurrir sobre la misma cosa). El enajenante ha perdido el ius possessionis y con él, el poder de disponer y servirse de la cosa (inherente al dominio de la misma, art. 2513, CC). El dominio es, pues, aparente y resulta una ficción legal, que, como ya llevo expresado, es de gran valor para el derecho registral en punto a los principios que lo informan. No obstante, el uso, el control, la guarda, la dirección, en definitiva, todo aquello que signifique disposición de la cosa riesgosa han pasado a la órbita de voluntad y acción del poseedor adquirente y es por ello que propongo mantener la posibilidad del dueño registral de probar que ha transmitido la posesión del vehículo -real situación de hecho- con intenciones de enajenarlo y que por consiguiente no ejerce sobre la cosa riesgosa un poder efectivo y autónomo, debiendo sólo responder cuando no alcance a probar tales circunstancias...? (SCBA, Ac. n° 103.189, sent. del

18-11-09). En atención a la posición transcripta y conforme la norma del art. 1113 del C. Civil, el titular registral del vehículo interviniente en el siniestro, puede acreditar que se desprendió de la guarda de aquél, a fin de exonerarse de responsabilidad. Conforme lo expuesto precedentemente, y en atención a la prueba valorada por el sentenciante, considero que la accionada ha acreditado debidamente que se había desprendido de la guarda del vehículo al momento de ocurrido el siniestro, tornando verosímil su posición en cuanto que el mismo había sido vendido con anterioridad al evento, resultando a la postre comprador el Sr. José Luis Fontana (arts. 375, 384 y concs. CPCC) logrando así la exculpa de su responsabilidad, de acuerdo a la norma del art. 1113 in fine del Código Civil, y conforme la doctrina transcripta del Superior Tribunal (SCBA, Ac. n° 103.189, sent. del 18-11-09). En su razón corresponde confirmar en tal tramo la sentencia apelada.

3. Rubros indemnizatorios. i. Daño Material - Valor vida. En forma previa al análisis de los agravios respecto de los mismos no puede dejar de advertir la errónea técnica utilizada por parte del iudex a quo al momento de decidir sobre tal cuestión. Ello por cuanto se ha expedido en forma conjunta, determinando un monto único, sin valorar los argumentos expuestos por cada uno de ellos en sus respectivas demandas -v, fs. 17 vta./22 vta. causa n° 59.026 y fs. 14 vta./18, causa n° 60.631-. Así, debió expedirse -de conformidad con cada postura asumida- en forma individual respecto de cada una de las acciones incoadas y determinar de igual forma los montos peticionados. Sin perjuicio de lo dicho, también cabe señalar que resultando ser la Sra. Lencina la única apelante, en tanto el restante accionante -Blanco- los ha consentido, las modificaciones propuestas beneficiarán solamente a ésta última. El a quo considerando acreditado el daño, lo cuantificó en la suma de pesos sesenta y cinco mil -\$ 65.000-, para ambos progenitores, por lo que a la Sra. Lencina le corresponderían \$ 32.500. La citada en garantía se queja sosteniendo que debe rechazarse por exorbitante e infundado -fs. 380 y vta.-. La actora lo hace considerando que dicho monto resulta totalmente exiguo. En tal sendero, ha señalado la Corte Suprema de la Nación, que la supresión de una vida aparte del desgarramiento del mundo afectivo que produce, ocasiona indudables efectos de orden patrimonial como proyección secundaria de aquel hecho trascendental, y lo que se mide en signos económicos no es la vida misma que ha cesado, sino las consecuencias que sobre otros patrimonios acarrea la brusca interrupción de una actividad creadora, productora de bienes. En ese orden de ideas, lo que se llama elípticamente "valor vida" no es otra cosa que la medición de la cuantía del perjuicio que sufren aquéllos que eran destinatarios de todos o parte de los bienes económicos que el extinto producía, desde el instante en que esta fuente de ingresos se extingue (conf. Fallos 316:912; 317:728; 1006 y 1921; 322:1393; 324:1253; 325:1277. Ver asimismo CJSN, causas V. 523. XXXVI, in re "Valle", sent. del 10-IV-2003; F.286.XXXIII, in re "Ferrari de Grand", sent. del 24-VIII-2006; Fallos 329:4944, entre otros). Para fijar la indemnización por valor vida o lo que en la especie sería el daño material, no han de aplicarse fórmulas matemáticas -tal como lo pretende la accionante-, más sí es menester considerar y relacionar las diversas variables relevantes de cada caso en particular tanto en relación con la víctima (capacidad productiva, cultura, edad, estado físico e intelectual, profesión, ingresos, laboriosidad, posición económica y social, expectativa de vida, entre otras) como con los damnificados (grado de parentesco, asistencia recibida, cultura, edad, educación, condición económica y social, etc.) (conf. CSJN, fallos 310:2103; 316:912; 317:728 y 1006; 320:536; 323:3616; causas F.286.XXXIII, in re "Ferrari de Grand", sent. del 24-VIII-2006; B.606.XXXIV, in re "Bianchi y ot.", sent. del 7-XI-2006), datos todos éstos que deben ser prudencialmente valorados por el Tribunal (conf. CSJN, Fallos 310:2103). De su lado, nuestro Superior Tribunal Provincial, ha reiteradamente expresado que la vida humana no tiene "per se" un valor pecuniario o económico, porque no está en el comercio, ni puede cotizarse en dinero. Es un derecho a la personalidad, el más eminente de todos, empero, no obstante la importancia que tiene para el hombre su vida, no constituye un bien en el sentido que usa esa denominación el art. 2312 del CC, como objeto material o inmaterial susceptible de valor. Sólo tiene valor económico en consideración a lo que produce o puede llegar a producir. En 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; esa indemnización cabe, si no a título de lucro cesante, por lo menos como pérdida de una oportunidad de que en el futuro, de vivir el menor hubiera representado una ayuda o sostén económico para sus padres. Esa pérdida de posibilidad es un daño futuro que puede calificarse de cierto y no eventual? (SCBA Ac. 36773, Ac. 52947, Ac. 83.961). Expectativa de acompañamiento por parte de los hijos que además de ser afectiva remite a la seguridad económica integral. La muerte de un hijo quiebra esa razonable expectativa y genera un riesgo de inseguridad ante la futura ancianidad de sus padres. Rompe una esperanza con contenido económico (SCBA., Ac. 51.706, del 27-9-94). Conforme lo expuesto y la corta edad de la menor, estimo que la suma establecida a favor de la Sra. Lencina resulta reducida, por lo que propongo elevarla a la suma de pesos cincuenta mil -\$ 50.000-, por lo que prospera el rubro por la suma total de \$ 10.000 de conformidad a la responsabilidad establecida (cfr. inst. de fs. 8, causa n° 59.026; arts. 384, 385 y conc. del CPCC; 1067, 1068, 1069, 1079, 1083, 1084, 1085, 1109, 1113 y conc. del CC).

ii. Daño moral. La actora Lencina y la Asesora de Incapaces se agravian del rechazo de la pretensión resarcitoria respecto de los hermanos de la víctima, resaltando la inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil en cuanto legitima únicamente a solicitar tal resarcimiento a los herederos forzosos de la víctima. Asimismo, aquella se

queja por considerar reducida la suma que se le otorgara por el referido daño -\$ 150.000-. a. Inconstitucionalidad. Respecto de tal pretensión, cabe decir que más allá de la oportunidad en que fuera planteada -v, fs. 298/299-, las demandadas no han contestado el traslado que les fuera conferido -v, fs. 300 y notif. de fs. 311/314-, haciéndolo únicamente la citada en garantía a fs. 301/303, por lo cual han guardado silencio al respecto, quedando de tal forma resguardado su derecho de defensa -arg. art. 18, Const. Nacional- (v, causa de esta Alzada n° 91.243, Sent. del 5-3-2013), no existiendo obstáculo alguno para que me expida al respecto. En tal sendero he de señalar que la norma del art. 1078 del Cód. Civil consagra en el ámbito del daño moral como únicos legitimados activos a los damnificados directos y en caso de fallecimiento de la víctima, a sus herederos forzosos. Mucho se ha dicho sobre la norma imbricada, y su posible contradicción con la contenida en el art. 1079 del mismo Código, como así también respecto de su inconstitucionalidad, que en ciertas oportunidades ha sido declarada de oficio por algunos tribunales. La Corte local se expidió al respecto en Ac. n° 85.129 -Sent. del 16/05/2007-, en el cual el Dr. Roncoroni sostuvo que "...Dos normas, ambas del Código Civil, resuelven con distinto criterio la situación de los damnificados indirectos. El art. 1078, consagrando, en la esfera del daño moral, que los únicos que pueden reclamar su resarcimiento son los perjudicados directos. El art. 1079, esta vez en el ámbito del daño patrimonial, tematizando la legitimación de los damnificados indirectos?". Bien señalan Bueres y Highton (conf. "Código Civil", Hammurabi, Buenos Aires, 1ª edición, pág. 181) que esta disparidad de tratamiento implica una desigualdad ante la ley y que por ello no debería superar con éxito el control de constitucionalidad (art. 16 de la Constitución Nacional). Se trata en efecto de un caso de incompatibilidad material entre la norma inferior y la norma superior (art. 31 de la Constitución citada), 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 sufrido es patrimonial (arts. 1078 y 1079 del Código Civil)?. 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; íd. 200:424; íd. 1198:112; íd. 312:826; íd. 200:428; cf. Quiroga Lavié, H. y otros, "Derecho Constitucional Argentino", Rubinzal-Culzoni, 1ª. Edición, Buenos Aires, tomo I, pág. 376; Gelli, M. A., "Constitución de la Nación Argentina", La Ley, Buenos Aires, 2003, pág. 136; González, J. V., "Manual de la Constitución Argentina", La Ley, Buenos Aires, 2001, pág. 70), resultando arbitrario el criterio empleado al radicarse en la necesidad de evitar la proliferación de acciones que pudieran proponerse, cómo si ello pudiera ocurrir sólo cuando el daño es moral?. La existencia de un daño cierto y la relación causal adecuada son, a mi entender suficientes, para poner coto al desmadre que se quiere evitar desconociendo legitimación activa en casos como el que nos ocupa y que se nos presenta como un supuesto de especial gravedad que no puede ser resuelto sin más bajo el principio restrictivo indicado (conf. Pizarro, Ramón D., "Daño moral", Hammurabi, Buenos Aires, 1996, págs. 212-213)?. 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 en este acuerdo en modo alguno habrá de constituirse en un portalón que facilite la cascada de reclamos indemnizatorios de damnificados indirectos?. Concluyendo el distinguido Ministro que el art. 1078 del Código Civil es inconstitucional al confrontar materialmente con el art. 16 de la Constitución Nacional. A dichos argumentos, el Dr. De Lazzari -adhiriendo a los mismos- agregó que ?igualmente es descalificable, para el caso, la solución que preconiza el art. 1078 del Código Civil, atento su irrazonabilidad, lo que conforma violación de lo dispuesto en el art. 28 de la Constitución Nacional. El art. 14 de la Carta Magna dispone que los habitantes gozan de sus derechos "conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio" y el art. 28 establece: "Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio". ?Se entiende por razonabilidad de las leyes la relación según la cual deben conformar medios aptos para el cumplimiento de los fines estipulados por la Constitución. Si carecen de aptitud para lograr el fin que se propuso esta última, pueden ser descalificadas por carentes de razonabilidad. Los medios adoptados han de ser rectamente apropiados en todas las circunstancias. La reglamentación legislativa no debe ser infundada o arbitraria sino justificada por los hechos y las circunstancias que le han dado origen y por la necesidad de salvaguardar el interés público comprometido. Lo razonable en sentido jurídico político supone equilibrio, moderación, armonía. Lo razonable, en fin, quiere decir lo axiológicamente válido según las circunstancias del caso, lo oportuno, lo conveniente en función de todos los valores (conf. Linares Quintana, "Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional", ed. Alfa, t. III, p. 355 y sgts.)?. ?Ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación que: "La impugnación de inconstitucionalidad de las leyes reglamentarias de derechos individuales impone la consideración de su razonabilidad por cuanto, si fueran ellas arbitrarias, alterarían los derechos referidos por vía de reglamentación, en los términos del artículo 28 de la Constitución Nacional" ("Fallos" 249:252). Los perjudicados indirectos poseen acción en la esfera patrimonial (art. 1079). ¿Porqué razón han de recibir un tratamiento distinto respecto del daño moral?. En este orden, la preocupación de evitar la multiplicidad de demandas o cadena indiscriminada de reclamos ante un hecho dañoso no puede erigirse en pauta determinante que cercene el derecho constitucional. En todo caso serán los jueces quienes sabrán apreciar y afrontar ese posible desborde litigioso, constatando rigurosamente la reunión de los

presupuestos necesarios para la admisión de la responsabilidad y ejercitando activamente sus atribuciones para marginar abusos (art. 1071 del CC), o en su caso morigerar equitativamente las indemnizaciones en consideración a la situación patrimonial del deudor (art. 1069, 2º párrafo, CC)? Si bien tales argumentos fueron expuestos para el caso concreto en el cual se expidieron, considero que no existe impedimento alguno que no permitan ser reproducidos en el presente en cuanto se les niega legitimación a los damnificados indirectos, hermanos de la víctima. Asimismo, he de agregar que la norma bajo análisis también se opone al principio establecido en el art. 19 de la Carta Magna, por el que se prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de un tercero, el *alterum non laedere*. Ese arraigo constitucional ha sido reconocido por la Corte Suprema de la Nación (Fallos: 308:1118, 1144, 1109; ED, 120-649). La violación de este principio naturalmente depara como consecuencia una reparación, que debe ser plena o integral, vale decir justa, porque no sería acabada indemnización si el daño quedara subsistente en todo o en parte (Fallos: 283:213, 223). A mayor abundamiento es dable advertir que la limitación que trae el art. 1078 del CCiv., degrada el derecho a la reparación integral del daño injustamente sufrido que reviste jerarquía constitucional. Pues, la aplicación lisa y llana al caso del derecho positivo vigente conduce al extremo de desconocer el explicable dolor de quien como hermano de la víctima también ha visto zozobrar su patrimonio espiritual, con clara afectación de los valores de paz, seguridad y tranquilidad. No estamos frente a una mera reglamentación razonable de un derecho constitucional a la reparación del daño injustamente sufrido. Hay aquí una grotesca conculcación de la esencia misma de dicho derecho, que torna inconstitucional la solución normativa vigente (Pizarro, Ramón D.-Vallespinos, Carlos G., *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones. T. IV*, p. 347, Ed. Hammurabi; en el mismo sentido véase Zavala de González, *Tratado de Daños a las personas*, Ed. Astrea, 2009, t. 2, ps. 442 y ss.). Por otro lado, los instrumentos internacionales incorporados a nuestra Ley Fundamental -en la medida en que también consagran esta garantía-, no hacen más que reafirmar estas conclusiones esbozadas. Así, el art. 21 pto. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) postula que "Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa...", y el art. 5, párr. 1 ampara el derecho a la integridad personal al expresar que "Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral". También el art. 63 en su 1er. parte establece que "Cuando decida que hubo violación en un derecho o libertad protegidos en esta convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello, fuera procedente que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada? (conf. CNCiv., sala F, 24-8-2009, R.C. y S., n° 10, octubre de 2009, p. 98). A raíz de lo expuesto no se ha intentado aquí tildar de inválido el límite establecido por el legislador, sino ponderar, en este delicado caso, como opera dicha limitación a la luz de los principios y garantías consagrados en nuestra Ley Fundamental. Y es así que en base a las consideraciones antes vertidas encuentro vulnerado al menos elípticamente los contenidos normativos de la Constitución Nacional y de los Tratados Internacionales de igual jerarquía que postulan la reparación integral del daño, por lo que de conformidad con lo expresado por la accionante en sus quejas y por la Sra. Asesora de Incapaces, propugno se revoque este aspecto del pronunciamiento de grado, y se declare la inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil, en cuanto ante la muerte de la víctima le niega al hermano la acción resarcitoria por daño moral. Ello así no obstante advertirse que, atento la gravedad que conlleva la declaración de inconstitucionalidad, resultando ser la última ratio del orden jurídico (Fallos, 288:325; 290:83; 292:190; 292:383; 298:511; 300:1087; 302:457, 484, 1149; 311:394; 312:122, 435; entre muchos otros), y sólo debe ejercerse cuando la repugnancia con la cláusula constitucional es manifiesta y la compatibilidad inconciliable (Fallos, 285:322; entre otros), considero que se requiere de un análisis pormenorizado de las circunstancias del caso concreto bajo análisis en el que he tenido particularmente en cuenta diversos parámetros; así, y entre otros: la edad y relaciones afectivas de los hermanos; su capacidad de comprensión del hecho acaecido; la convivencia entre sí; los especiales vínculos de unión; el sufrimiento que por sí mismos debieron afrontar en relación a los de su madre, etc.. Por último tampoco se puede dejar de advertir la ampliación de la legitimación activa que establece sobre la cuestión el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en su art. 1741, que adoptando las nuevas posiciones doctrinarias y jurisprudenciales, ha establecido, asignando titularidad para reclamar por daño moral, en caso de muerte, no solo a los herederos forzosos, sino también a quienes convivían con el fallecido recibiendo trato familiar ostensible, encontrándose entre estos últimos los hermanos del causante. Éstos han sido considerados como damnificados indirectos o mediatos que admite la ley ?a título personal, según las circunstancias? (conf. Lorenzetti, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado?*, ed. Rubinzal Culzoni, 2015, T. VIII, pág. 502, Ap. III.3.B)). Teniendo en cuenta lo expuesto, en atención a las circunstancias del hecho ocurrido, y la perturbación que indudablemente han sufrido los hermanos mayores de V.B.B., a quien la vieron nacer y crecer, y que convivían con la víctima en forma afectuosa, no albergo duda de los padecimientos que han sufrido y sufrirán a raíz del lamentable deceso de su hermana, constituyendo ello un daño que debe ser resarcido y tomando en consideración sus condiciones personales, las objetivas del siniestro y las demás particularidades que evidencia la causa, estimo justo y equitativo en uso de las facultades que prescribe el art. 165 del Código Procesal fijar en concepto

de daño moral, la suma de \$ 7.500 a cada uno de sus hermanos, B.M. y G.J. Blanco, no así respecto de L.H., quien a la época del siniestro contaba con algunos meses de edad, por lo que dicho daño no puede configurarse atento la falta de comprensión de la situación ocurrida. En su razón, considero que debe admitirse los agravios expuestos en referencia a la cuestión analizada, revocar la sentencia apelada y admitir el daño moral a favor de ambos hermanos de la víctima por la suma de pesos quince mil -\$ 15.000- (arts. 375, 384, y concs. del CPCC; 1078, Cód. Civil; 1741, CCyCN). b. Monto. No controvertida la procedencia de este rubro a favor de la progenitora de la menor recurrente, corresponde evaluar su monto conforme el agravio que la Sra. Lencina enarbola a su respecto. La indemnización del daño moral, que tiene por objeto resarcir el quebranto que supone la disminución de aquellos bienes que tienen un valor principal en la vida del hombre, no está sujeto a reglas fijas, su reconocimiento y cuantía depende, en principio, del arbitrio judicial, para lo cual basta la certeza de que ha existido, sin que sea necesaria otra precisión (SCBA, Ac. 55.774, del 14 de mayo de 1996). Para su cuantificación debe considerarse su carácter resarcitorio y en particular la índole del hecho generador, sufrimiento ocasionado, condiciones personales, dolores y cargas de angustia que padecieron en aquel momento. Su apreciación se ciñe estrictamente a las afecciones espirituales, ninguna relación de proporcionalidad guarda con el resto de los daños reclamados, no encontrándose sujeto a cálculos matemáticos, debiendo fijarse a la luz de la razonabilidad y la prudencia. Analizada la queja se advierte la contradicción en la que incurre la recurrente, por cuanto al incoar su pretensión peticionó en su demanda el monto que en definitiva fue otorgado por el sentenciante de grado -\$ 150.000- (v. fs. 17, últ. párr.) y que en su queja considera reducido. Si bien dejó dicho monto sujeto a lo que en más o en menos resulte de la prueba a producirse -fs. cit.-, lo cierto es que el daño moral en el ámbito extracontractual se prueba in re ipsa (art. 1078 del Cód. Civ.; conf. Cám. 2ª Civ. y Com., sala III, La Plata, RSD-238-6, sent. del 5-12-2006). Ello dado que surge inmediatamente de los hechos mismos y en este sentido los jueces gozan de un amplio arbitrio para su determinación, tomando en cuenta los padecimientos sufridos y las condiciones particulares del damnificado (causa 86.774, sent. del 24-7-2008, entre otras). Asimismo, no tiene que guardar relación estricta con los daños materiales toda vez que un hecho puede producir perjuicios materiales cuantiosos y no vulnerar o lesionar las afecciones legítimas y viceversa, no requiriéndose prueba directa de la existencia y extensión del mismo, ya que se tiene por acreditado por la sola comisión del acto antijurídico. En la especie su monto es de difícil estimación por su naturaleza, toda vez que en el caso significa nada menos que tratar de medir el sufrimiento de la madre a raíz de la muerte de su hija. Conforme lo expuesto, se ha de atender que a consecuencia del hecho devino el fallecimiento de la menor de 3 años de edad, en circunstancias que su madre se encontraba presente, teniendo que llevarla en sus brazos hasta el hospital local ya en los últimos instantes de vida, circunstancias traumáticas que sin duda configura el daño moral resarcible. Por ello, teniendo en cuenta la entidad de las aflicciones padecidas por la actora en virtud de los hechos probados, sus condiciones personales, y las pericias realizadas que dan cuenta del trance vivido, sufrimientos que seguramente aún no han culminado, es que considero que debe confirmarse la sentencia en este aspecto, resultando acorde a ello el monto otorgado por los citados sufrimientos, en su respectiva medida, por lo en definitiva prospera para la Sra. Lencina en la suma total de pesos treinta mil (\$ 30.000) de conformidad a la responsabilidad establecida (v. pericia de fs. 184/185; arts. 165, 375, 384, 457, 474 y concs. del CPCC; 1078 y concs. Código Civil). IV. Costas. Las costas de ambas instancias deben imponerse a los demandados al no haberse modificado su carácter de vencidos (art. 68, CPCC). Con las modificaciones propuestas, VOTO POR LA AFIRMATIVA LA SEÑORA JUEZA DOCTORA DABADIE ADHIRIÓ AL VOTO PRECEDENTE POR SUS FUNDAMENTOS. A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA LA SEÑORA JUEZA DOCTORA CANALE DIJO: En atención a los argumentos dados, dejo propuesto al Acuerdo admitir parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la citada en garantía y establecer que se ha interrumpido el nexo causal en un 80%, prosperando las demandas interpuestas por el 20% restante; modificar el rubro "Daño Material Valor Vida", el que se fija en la suma total de pesos diez mil -\$ 10.000- a favor de la Sra. Lencina en atención a la responsabilidad establecida; admitir parcialmente los recursos de apelación de la actora y Asesora de Incapaces, declarar la inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil, y establecer el rubro daño moral a favor de B.M. y G.J. Blanco en la suma de pesos quince mil -\$ 15.000- para ambos. Las costas de ambas instancias deben imponerse a los demandados en su condición de vencidos, valorando asimismo que han consentido el decisorio (arts. 68, 375, 384, 457, 474 y concs. del CPCC; 264, 1067, 1068, 1069, 1078, 1079, 1083, 1084, 1085, 1109, 1111, 1113 y concs. del Código Civil -ley 340-). Diferir la regulación de los honorarios profesionales para la oportunidad respectiva (arts. 31,51, ley 8904/77). ASI LO VOTO. LA SEÑORA JUEZA DOCTORA DABADIE ADHIRIÓ AL VOTO PRECEDENTE POR SUS FUNDAMENTOS. CON LO QUE TERMINÓ EL PRESENTE ACUERDO, DICTÁNDOSE LA SIGUIENTE SENTENCIA Por los fundamentos expuestos en el Acuerdo que antecede, los que se tienen aquí por reproducidos, este Tribunal admite parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la citada en garantía y establece que se ha interrumpido el nexo causal en un 80 %, prosperando las demandas interpuestas por el 20 % restante; modifica el rubro "Daño Material Valor Vida", el que se fija en la suma total de pesos diez mil -\$ 10.000- a favor de la Sra. Lencina de conformidad a la responsabilidad establecida; receptor parcialmente los

recursos de apelación de la actora y Asesora de Incapaces, declarar la inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil, y establecer el rubro daño moral a favor de B.M. y G.J. Blanco en la suma total de pesos quince mil -\$ 15.000- para ambos. Las costas de ambas instancias deben imponerse a los demandados en su condición de vencidos, valorando asimismo que han consentido el decisorio (arts. 68, 260, 265, 266, 375, 384, 457, 474 y concs. del CPCC.; 264, 1067, 1068, 1069, 1078, 1079, 1083, 1084, 1085, 1109, 1111, 1113 y concs. del Código Civil -ley 340-). Diferir la regulación de los honorarios profesionales para la oportunidad respectiva (arts. 31,51, ley 8904/77). Agréguese por Secretaría copia certificada de la presente en los autos n° 94.860. Cúmplase. Regístrese. Notifíquese. Devuélvase.- 016542E