

Dano Moral Legitimacion Activa Hermanos De La Victima

JURISPRUDENCIA

Daño moral. Legitimación activa. Hermanos de la víctima

Se

modifica parcialmente la sentencia que hizo lugar a la demanda por los daños y perjuicios ocurridos en virtud de un accidente de tránsito, y en este sentido se modifican los montos de los rubros indemnizatorios por daño moral, pérdida de chance, lucro cesante. Confirmándose, además, el rechazo de la pretensión de la hermana de la víctima fallecida a ser indemnizada por el daño moral que le ocasionó la muerte de esta.

En la ciudad de Bahía Blanca, a los 20 días del mes de febrero de 2018, reunidos en acuerdo los Señores Jueces de la Sala Uno de la Excma. Cámara Primera de Apelaciones en lo Civil y Comercial de este Departamento Judicial, Doctores Guillermo Ribichini y Marcelo O. Restivo, para dictar sentencia única en los autos caratulados: "VINCIULLO CARLOS SALVADOR Y OTROS C/ LUCANERA WALTER Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS" y "KLAPPENBACH AGUSTÍN C/ LUCANERA WALTER Y OTRA S/ DAÑOS Y PERJUICIOS", expedientes nros. 148.812 y 148.813 respectivamente, practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia de Bs. As. 263 del Código Procesal), resultó que la votación debe tener lugar en el siguiente orden: Doctores Restivo y Ribichini, resolviéndose plantear y votar las siguientes CUESTIONES 1ra.) ¿Se ajusta a derecho la sentencia única dictada? 2da.) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? VOTACIÓN A LA PRIMERA CUESTIÓN EL Sr. JUEZ DOCTOR RESTIVO DIJO: I.- Antecedentes autos: "Vinciullo Carlos Salvador y otros c/ Lucanera Walter y otro s/ Daños y perjuicios" expte. nro. 148.812.- I.- a.-) Carlos Salvador Vinciullo, Graciela Esther Lavalle y Romina Daniela Vinciullo, demandaron, a consecuencia del accidente de tránsito ocurrido el día 11 de marzo de 2012 alrededor de las 6.30 horas, en el camino parque sesquicentenario, a la altura del km. 3 y ½ aproximadamente, en el que perdiera la vida Eliana Mariela Vinciullo (hija de Carlos y Graciela, y hermana de Romina), a Walter Lucanera, requiriendo ser indemnizados ante el daño que la situación les generó. Refirieron que en la emergencia, Eliana era transportada por el accionado, en un automotor marca Peugeot modelo 206, dominio ..., dirigiéndose desde Bahía Blanca, hacia Gral. Daniel Cerri (localidad en la que ambos residían). Indicaron que circulando a excesiva velocidad por la mencionada arteria, el rodado conducido por Lucanera mordió la banquina, antes de llegar a la rotonda con ruta 35, perdiendo el accionado el dominio del automotor, situación que lo hizo despistar, volcando a unos treinta metros del camino, falleciendo, a consecuencia de las heridas sufridas por los golpes, la joven Eliana, que a la fecha contaba con 21 años. Hicieron saber que el grupo familiar estaba integrado con S. K. -nieto y sobrino de los actores e hijo de Eliana y de Agustín Klappenbach-, quien tenía casi un año de edad a la fecha del siniestro y que luego de este, y a solicitud de su progenitor, fue a vivir con aquel, sufriendo de tal manera los accionantes lo que para ellos fue una doble pérdida. I.- b.-) Sostuvieron los actores la responsabilidad exclusiva del accionado, con base en un vínculo extracontractual existente entre el mismo y la víctima del siniestro, fundando en el art. 1113 del C.C. la misma, al sostener que el demandado se servía de la cosa riesgosa con la que se generó el daño. I.- c.-) Reclamaron ser indemnizados por daño moral, daño psicológico y pérdida de chance, indicando que se encontraban legitimados activamente para realizar el presente reclamo (arts. 1068, 1078 y conc. del C.C.). I.- d.-) Contestaron la demanda el accionado y la citada en garantía Berkley International Seguros S.A.. Reconoció esta última el vínculo asegurativo existente con el Sr. Lucanera, indicando que el siniestro se encontraba cubierto hasta un importe máximo de tres millones de pesos. Reconocieron la producción del mismo en el lugar, día y hora indicados, y que Eliana era transportada en el rodado, pero negaron que haya ocurrido el accidente conforme fuera expuesto en demanda. Realizaron una negativa pormenorizada de los hechos alegados, y afirmaron que el demandado perdió el dominio del rodado "debido al estado húmedo de la cinta asfáltica", lo que lo llevó a morder la banquina derecha, no pudiendo retomar la dirección, lo que generó el vuelco. Afirmaron que el mal estado de la banquina y del camino, influyeron en la realización del siniestro, lo que interrumpió el nexo causal en los términos del art. 1113 del C.C.. Señalaron que Eliana no se encontraba amarrada mediante el cinturón de seguridad, reconociendo que si bien tal situación carece de relación causal con el evento, resulta de incidencia en el daño sufrido, pero afirmaron al párrafo siguiente, que las consecuencias del siniestro tuvieron una directa relación causal con la infracción anotada (la falta de uso de cinturón). Sostuvieron la falta de legitimación activa de los padres para realizar el reclamo, atento que son desplazados en la herencia de Eliana, por el hijo de esta, S.. Asimismo entendieron que la hermana de la víctima carece de legitimación activa al no ser heredera forzosa de aquella, conforme lo dispone el art. 1078 del C.C. Se opusieron a que prospere el daño psicológico, atento que el mismo no es un tercer género distinto del daño patrimonial o moral. Admitió la aseguradora citada, no así Lucanera, el rubro pérdida de chance, oponiéndose -ambos- al monto requerido -el que entendieron resulta elevado-, con base en los hechos alegados en demanda. II.- Antecedentes autos: "Klappenbach Agustín c/ Lucanera Walter y otra s/ Daños y perjuicios" expte. nro. 148.813.- II.- a.-) Agustín Klappenbach, en representación de su hijo menor, S. K., demandó a Walter

Lucanera citando en garantía a su aseguradora Berkley International Seguros S.A.. Indicó que S. es hijo de Eliana Vinciullo, quien falleciera en el accidente de tránsito ocurrido el 11 de marzo de 2012, reiterando los mismos términos que expresaran los padres y hermana de Eliana en el expediente 148.812 (el mismo letrado asesora a ambas partes). Manifestó que hasta la muerte de su madre, S. vivía con ella y con sus abuelos en el domicilio de los últimos, haciéndolo desde el fallecimiento de Eliana con su padre. Si bien en el encabezado de la demanda, se presenta el actor reclamando por sí y en representación de su hijo, solo por este último se realiza un reclamo concreto, requiriéndose indemnización por daño material (art. 1084 del C.C.) con base en la frustrada posibilidad de que el niño reciba asistencia económica por parte de su madre, y por daño moral, ante el fallecimiento de la misma.

II.- b.-) Nuevamente resistieron la acción incoada a la aseguradora citada y el accionado Lucanera, en los mismos términos en que lo hicieran al contestar el expediente nro. 148.812. Realizaron una pormenorizada negativa de los hechos expuestos y alegaron los mismos eximentes de responsabilidad. En relación a los rubros reclamados, sostuvieron que de entenderse que los mismos deben prosperar, los montos solicitados resultan desmesurados.

III.- A fs. 190 de la causa 148.812 el Sr. Juez de primera instancia, resolvió la acumulación de ambos expedientes, ordenando el dictado de una única decisión que los resuelva, sin perjuicio de su continuación en forma separada. Firme tal resolución y realizada la prueba ofrecida, se dictó oportuna sentencia.

IV.- En lo que interesa destacar, el Sr. Juez de grado no otorgó legitimación para reclamar, a la hermana de la víctima -Romina Daniela Vinciullo-, atento que no resulta heredera forzosa en los términos del art. 3592 del C.C., por lo que el límite que impone el art. 1078 del mismo cuerpo legal, le quita posibilidad de realizar reclamo alguno por daño moral. Sostuvo por otra parte que no se acreditó el daño moral sufrido por la reclamante. Ingresando al tratamiento del siniestro, afirmó aplicable al caso la teoría del riesgo creado, y con apoyo en los arts. 1102, 1103 y 1113 2do. párrafo in fine del C.C. y la prueba rendida, en especial la existente en la causa penal, dio por acreditada la responsabilidad del accionado Lucanera, ya que la versión dada en su defensa, careció de confirmación probatoria. Ingresó al tratamiento de los rubros solicitados y otorgó daño moral a los padres e hijo de Eliana, procediendo a su cuantificación. Rechazó el rubro de daño psicológico, atento que no existe necesidad de tratamiento alguno. El rubro "pérdida de chance" reclamado por los progenitores de la víctima, fue receptado y al momento de fijar su cuantía mencionó la falta de prueba existente en relación a la preparación académica de la joven Eliana, en miras a su futuro profesional, por lo que atento que la misma tenía un hijo pequeño y el matrimonio reclamante otra hija mayor, cuantificó el rubro con base en la prudencia y razonabilidad que impone el art. 165 del CPCC. Asimismo fijó el "daño emergente" para el hijo menor de Eliana, tomando como límite temporal la fecha en el que aquel cumpliera 21 años, y cuantificándolo con ayuda de la fórmula de renta futura. Sostuvo el Juez a quo, que a la suma total otorgada, se le adicionaría un interés del 4 % anual desde la fecha del hecho hasta la sentencia y de allí en adelante y hasta su pago, la tasa pasiva plazo fijo digital. Hizo extensiva la sentencia en la medida del seguro, contra la citada en garantía e impuso las costas al demandado, salvo las que generó la acción intentada por Romina Daniela Vinciullo, a quien le cargó las derivadas de su actuación.

V.- Todas las partes se agraviaron de la sentencia dictada.

V.- a.-) El accionado y la citada en garantía se quejaron de tres situaciones concretas: 1) La legitimación activa otorgada a los padres de la víctima. 2) No haber atendido las defensas alegadas, es decir la responsabilidad de quien debía mantener el camino y las banquetas y la propia responsabilidad que -sostienen- pesaba sobre la víctima, al no usar en la emergencia, cinturón de seguridad. 3) Por último se agraviaron de los montos otorgados en concepto de reparación de daño moral, pérdida de chance y daño emergente, los que consideraron elevados e injustificados.

V.- b.-) Los actores se sintieron agraviados de las siguientes cuestiones: 1) Agustín Klappenbach sostuvo que el monto de condena otorgado en concepto de daño emergente es exiguuo. Que el cálculo debe modificarse tomando como edad tope del menor S., sus 25 años y no los 21. Asimismo sostuvo que el importe de ingresos fijado (SMVM) no representa los ingresos con los que contaba Eliana por el total de actividades que realizaba, solicitando en consecuencia que se aumente el monto base. Por otra parte, entendió que el 50 % de los ingresos tomados, resulta escaso, requiriendo se eleve a un 65 % de los ingresos. Asimismo sostuvo que el monto otorgado en concepto de daño moral no alcanza a reparar el daño sufrido por el menor, peticionando su elevación. Por último, solicitó se aplique sobre el monto de condena un interés a la tasa pasiva plazo fijo digital, que paga el banco de la Prov. de Bs. As., desde la fecha del siniestro y hasta su pago, con base en la doctrina de la SCJBA.-

2.- Romina Vinciullo se agravió de la falta de legitimación activa decidida por el a quo. Sostuvo que abrevando en dicha posición férrea, se ve infringido el derecho de igualdad, afirmando que en cada caso debe determinarse si existió perjuicio, conforme la situación particular y el vínculo que vivieran los hermanos. Entendió que se acreditó el daño moral sufrido con la prueba testimonial rendida (testigos Abraham e Italiano), restando valor a las conclusiones a las que llegan los peritos psicólogos. Solicitó se declare inconstitucional el valladar impuesto por el art. 1078 del C.C.. A todo evento, pidió se modifique la imposición de costas por el rechazo de la acción planteada, con base en el art. 68 2da. parte del CPCC.-

3.- Salvador Vinciullo y Graciela Lavalle entendieron insuficiente el monto otorgado en concepto de daño moral, pretendiendo su elevación. Justificaron su requerimiento con base en la prueba producida, indicando que no se tuvo en cuenta que ante la pérdida de su hija, también sufrieron la pérdida de su

nieto. Requirieron también la elevación del monto fijado en concepto de pérdida de chance, atento que su delicada situación económica actual no les genera un futuro promisorio. Solicitaron también se aplique sobre el monto de condena un interés a la tasa pasiva plazo fijo digital, que paga el banco de la Prov. de Bs. As., desde la fecha del siniestro y hasta su pago, con base en la doctrina de la SCJBA.- 4.- Carlos Vinciullo, Graciela Lavalle y Agustín Klappenbach, contestaron los agravios del accionado y su aseguradora, correspondiendo resaltar que entendieron que no alcanzaba a cubrirse el umbral de los arts. 260/261 del CPCC con la crítica que estos últimos realizan a los montos otorgados en concepto de daño moral. El accionado y la citada en garantía, solo contestaron los agravios de los actores ut supra mencionados. Encontrándose en consecuencia el expediente en estado de ser resuelto, me aboco a tal tarea. VI.- Con el fin de dar un tratamiento lógico a los recursos, comenzaré por analizar los expuestos en relación a la responsabilidad del accionado, ya que del resultado del mismo, dependen el resto. VI.- a.-) Más allá de la forma en que fue abordado el tratamiento de responsabilidad en la instancia de grado -compartiendo el resultado obtenido-, encuentro necesario aclarar algunos puntos. En primer lugar corresponde sostener que en las demandas postulatorias no se expresó claramente si el basamento de responsabilidad endilgado a Lucanera, tenía apoyo en su carácter de dueño o guardián del rodado que conducía, o bien en la mera conducción del rodado, a fin de encontrar un sustento fáctico para aplicar el art. 1113 del C.C. o el 1109 del mismo cuerpo legal. Surge de la prueba rendida, en particular de la causa penal, que el accionado no era el titular registral del rodado que conducía la mañana en que ocurrió el siniestro, ya que el mismo se encontraba inscripto a nombre de Elsa Haydee Amarillo (ver fs.14 Causa penal IPP 12418), pero también surge sin lugar a dudas, que el demandado había adquirido el rodado conforme el boleto que en copia se encuentra agregado a fs. 15 de dicha causa penal, hecho que sumado a la toma del seguro automotor y a la conducción del mismo, acreditan, en Lucanera, el carácter de guardián del mencionado rodado, resultando por ende aplicable el art. 1113 2da. parte 2do. párrafo del C.C.(iuria curia novit y art. 384 CPCC). Aclarado ello, era carga del accionado y su aseguradora, acreditar -a fin de eximirse de responsabilidad- el hecho de la propia víctima o de un tercero por el que no debía responder, que tuviera magnitud suficiente para interrumpir -total o parcialmente- el nexo causal, atento que nos encontramos ante la aplicación de un factor objetivo de atribución de responsabilidad (arts. 375 C.P.C.C. y 1113 2do. párrafo, 2da. parte C.C.). Probado el carácter de guardián de Lucanera y que la víctima Eliana Vinciullo era transportada en el vehículo al momento del siniestro, falleciendo luego a consecuencia de las heridas sufridas (situación acreditada con las constancias de la causa penal agregada, antes referida), debía el demandado demostrar que una actividad que le resultaba ajena, fue la generadora del daño, y no lo hizo. Ni acreditó que la calzada y/o banquina se encontraran en mal estado, ni que ello hubiera sido la causa que generó el posterior vuelco del rodado que conducía; como tampoco que su acompañante circulara al momento del siniestro sin el cinturón de seguridad colocado; no pudiendo inferir de los dichos de quienes llegaron al lugar a socorrer a la víctima, que la joven Eliana no se encontraba amarrada por el cinturón de seguridad al momento de ocurrido el siniestro, atento que ninguno de los testigos hizo una referencia cierta y concreta sobre tal situación (art. 384 CPCC). Por otro lado surge acreditada la excesiva velocidad a la que circulaba Lucanera instantes previos al accidente, situación que generó la pérdida del dominio del rodado, su vuelco y las lamentables consecuencias (ver pericia mecánica y sentencia en causa penal, y la declaración del testigo Abraham en ambas sedes), sin que exista prueba alguna que nos permita sostener que o bien el estado de la ruta, o bien la banquina o bien la supuesta inactividad de la víctima en relación al cinturón de seguridad, hayan coadyuvado -aunque más no sea parcialmente- para obtener el resultado que generó el siniestro (arts. 901, 1113 2da. parte 2do. párrafo C.C.). Por lo que propongo rechazar las eximentes de responsabilidad alegadas por el actor y la citada en garantía, atento su falta de acreditación. VI.- b.-) Continuaré con los agravios de Romina Vinciullo, adelantando que los mismos no serán de recibo, ya que tratándose la reclamante de un pariente de grado colateral, resulta ser una heredera legítima pero no forzosa, por lo que carece de derecho a peticionar daño moral ante el fallecimiento de su hermana, conforme lo prescriben los arts. 3592 y 1078 del C.C. En el sentido aludido, nuestro Címero Tribunal Provincial, en autos: "Clérici Pablo Ezequiel y otro contra Komenovich Lucas y otros. Daños y perjuicios" C. 106.017 de fecha 3 de junio de 2015, sostuvo " En síntesis, para ejercer la pretensión bajo estudio se exige la calidad de heredero forzoso, de la cual no participa el hermano de las víctimas fallecidas. En efecto.... un pariente colateral nunca puede tener, ni aún por vía de eventualidad, la calidad de heredero forzoso ya que no configura en la enumeración del art. 3592 del Código Civil, siendo que los colaterales son herederos legítimos, más no legitimarios". Tampoco resulta atendible el pedido de declaración de inconstitucionalidad de la limitación que impone el art. 1078 del C.C. para que un hermano reclame daño moral ante el fallecimiento de otro, ya que -y más allá de que la cuestión ni siquiera fue insinuada en el escrito postulatorio -, la sola denuncia de violación a normas constitucionales, en este caso a los arts. 16, 19, 28 y conc. de la Constitución Nacional, no alcanza para fundar una petición, resultando necesario señalar cual es la transgresión y de que manera se cercena la garantía constitucional aludida, lo que no fue realizado. Tampoco he de receptar el pedido de distribución de las costas por su orden, ya que no encuentro mérito para ello, al no existir -en situaciones similares a las expuestas- jurisprudencia que avale la legitimación para reclamar daño moral a un hermano,

limitándose los escasos precedentes a situaciones extremas y particularísimas, que no se configuran en autos (SCBA LP C 97144 S 30/09/2009 Carátula: M. ,E. N. y o. c/M. d. T. L. s/Daños y perjuicios y art. 68 2da. parte CPCC). VI.- c.-) Corresponde tratar el embate que realiza el accionado y la citada en garantía contra la legitimación activa reconocida a los padres de la víctima. Sostienen los quejosos que los padres de la Eliana han sido desplazados por el hijo de aquella, careciendo por ende de la legitimación que se les otorgara. Tampoco el agravio será de recibo. El art. 1078 segundo párrafo del C.C. mereció dos interpretaciones: 1.-) Una restrictiva que limitaba los legitimados activos al grado preferente conforme el orden sucesorio en concreto a la fecha del fallecimiento, por lo cual solo quienes resultaban herederos -sin ser desplazados por otros conforme el orden hereditario- al momento de la muerte, podía reclamar daño moral. En el caso que nos toca, el hijo de la víctima, desplazaría el derecho de los padres para reclamar. 2.-) Una segunda interpretación amplia, sostiene que el reclamo indemnizatorio por daño moral, es realizado por los herederos forzosos, pero iure propio, por lo que los principios rígidos de exclusión del derecho sucesorio no se transfieren al reclamo por daño moral, el que encuentra su límite en quienes cuentan en abstracto con el carácter de herederos forzosos (ascendientes, descendientes y cónyuge), sin necesidad de analizar como juega la regla de desplazamiento conforme el orden hereditario. El límite resulta objetivo, no correspondiendo la aplicación de las normas de derecho sucesorio para el caso concreto. Ya en el año 1993 la CSJN receptó en autos: "Frida A. Gomez Orue de Gaete y otra c/ Prov. de Bs. As.", L.L.1994-C-546 dicho criterio amplio, que fue el seguido por la jurisprudencia y doctrina en general (ver Pizarro Ramón Daniel "Daño Moral", pag. 223 y sig. Edit. Hammurabi, 1996), sosteniendo en particular nuestro Címero Tribunal que "... el legislador ha restringido el número de legitimados activos habilitados para reclamar el resarcimiento del padecimiento moral, confiriendo acción únicamente a los herederos forzosos, locución esta última a la cual ... se ha asignado una interpretación amplia comprensiva de todos aquellos que actual o eventualmente revistan tal carácter (conf. Ac. 82356, sent. de 1-IV-2004; v. asimismo CSJN in re "Badín c/ Prov. De Bs. As.", sent. de 7-VIII-1997, fallos 318:2002, causa F.115.XXIX, in re Fabro c/ Rio Negro Pcia.", sent. de 9-XI-2000, Fallos: 323:3564)" C. 106.017 3-VI-2015 SCBA.- Por lo tanto, propongo confirmar la legitimación activa reconocida a los padres de la víctima, los que -conforme el vínculo acreditado (ver fs. 307.-) resultan ser herederos forzosos de Eliana Marina Vinciullo, realizando el presente reclamo "iure propio" (arts. 1078 y 3592 C.C.).- VI.- d.-) Corresponde en consecuencia ingresar al análisis de la cuantificación de los rubros de daños otorgados. Ambas partes se duelen de las sumas fijadas, el accionado y citada en garantía considerando las mismas excesivas y los actores, entendiéndolas exiguas. Corresponde sostener, atento lo requerido por los actores Carlos Vinciullo, Graciela Lavalle y Agustín Klappenbach, que "Las exigencias que impone el art. 260 del Código adjetivo local, respecto de la crítica "concreta" se debe a que la misma tiene que referirse específicamente al error de la resolución por el cual se reclama ante la alzada -obviamente que haga al eje de la decisión-, debiendo contener una indicación de los supuestos errores u omisiones que se atribuyen al pronunciamiento. Y que sea "razonada" significa que debe presentar fundamentos y explicación lógica de por qué el juez ha errado en su decisión." SCBA LP Rc 121081 I 28/12/2016; SCBA LP Rc 120910 I 25/11/2016; SCBA LP Rc 120891 I 21/09/2016. Está claro entonces, que los requisitos para su procedencia, no se cumplen con solo discrepar con los hechos alegados o el derecho aplicado en sentencia. Con dicha base y manteniendo un criterio amplio de apreciación, en auxilio de los derechos de defensa de las partes intervinientes, se examinan los agravios expuestos en relación a la cuantificación del daño moral, alcanzando mínimamente los de la accionada y citada en garantía a cubrir los recaudos de ley, al dar fundamento a los supuestos errores en que ha incurrido el sentenciante de grado, correspondiendo por ende dar tratamiento a los mismos. VI.- d.- 1.-) Daño moral: Podemos definir el daño moral -conforme lo hace Ramon D. Pizarro- como una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de la capacidad de entender, querer o sentir, a consecuencia de una lesión no patrimonial, que se traduce en un modo de estar diferente de aquel al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y siendo anímicamente perjudicial. La prueba de este daño se determina por vía presuncional -in re ipsa loquitur-, una vez acreditado el vínculo y el fallecimiento, no descartándose la utilidad de la prueba que pueda rendirse a los efectos de su cuantificación. En este sentido, dan claras muestras del estado de los progenitores, las pericias psicológicas que se les realizaran (dictamen obrante a fs. 431/435) (art. 384 CPCC), Corresponde en consecuencia fijar de qué manera será reparado el daño moral, entendiéndolo idónea para ello la reparación plena por equivalente pecuniario, conforme los principios de relación causal que fijan el daño atribuible y la extensión de su resarcimiento (art. 522 y 1078 CC). Para ello no limitaré la fijación del monto a otorgar a la teoría de los placeres compensatorios, porque si solo se tratara de fijar el precio del consuelo, no estaríamos hablando de daño moral, ya que este no representa el dolor, la pena o el sufrimiento, sino la modificación disvaliosa en la subjetividad de los damnificados. Aunque faltase comprensión del dolor que se sufre, el daño moral debe repararse. Hago mérito entonces, de las condiciones particulares de los padres e hijo de la joven fallecida, sus edades, sus condiciones socio económicas particularmente referenciadas en el caso de los progenitores al expresar sus agravios en relación al rubro "pérdida de chance", el grupo familiar, el grado de sensibilidad afectado (conforme la prueba testimonial rendida y la pericia psicológica antes indicada, en relación exclusiva a los padres), sin dejar de

apreciar que la suma a otorgar posibilitará acceder a bienes materiales que -si bien no pueden compensar un daño de suyo irreparable- tienen por función adquirir sensaciones placenteras, por lo que propongo al acuerdo se otorgue a cada uno de los progenitores la suma de pesos setecientos mil (\$ 700.000.-) y para el hijo menor de la víctima la suma de pesos setecientos mil (\$ 700.000.-) (Arts. 1078, 1083 y conc. del CC. y 165 y conc. del CPCC). Cabe aclarar que no se tomó en cuenta para la cuantificación del daño moral sufrido por los progenitores de Eliana, el hecho de que S. viva ahora con su padre, ya que tal situación resulta ser una consecuencia mediata no previsible (arts. 901 y 904 del C.C.) y por lo tanto no indemnizable. VI.- d.- 2.-) Pérdida de chance de los progenitores. Dicho rubro representa la frustración cierta de la posibilidad probable. Nos encontramos ante un daño cierto -la frustración- de una situación futura que conforme el curso normal y ordinario de las cosas podría suceder. En tal sentido "Esa pérdida de posibilidad es un daño futuro que bien puede calificarse de cierto y no eventual (SCBA Ac. 36773 16/12/86 "Isola c/ Vagnoni s/ Daños" entre otros). Lo que ven los actores -progenitores- frustrado en forma cierta y ante el fallecimiento de su hija, es la probabilidad de ayuda futura ante la posibilidad de necesitar de la misma, la que podrá ser mayor o menor, pero en tanto tal frustración exista, la pérdida de chance es un daño cierto en igual medida a su grado de probabilidad. A los fines de cuantificar el daño padecido, no puedo dejar de evaluar la totalidad de las constancias que surgen del expediente, la edad de la víctima, el hijo menor de la misma, la edad de los actores, la condición socio-económica del grupo familiar, las actividades laborativas desarrolladas por la víctima y por sus padres, la existencia de otra hija (en este caso profesional) y demás circunstancias particulares. En consecuencia, de la prueba rendida puedo inferir que resultaría dificultoso para Eliana destinar en el mediano plazo, ayuda económica para sus padres, ya que todos sus esfuerzos estarían dirigidos a la asistencia de su hijo S.. Asimismo tengo presente que Eliana tenía una hermana ya profesional, por lo que tales situaciones son meritadas para fijar el monto con el que probablemente la joven hubiera ayudado a sus progenitores ante la necesidad de los mismos. Fijo la edad en que dicha suma se hubiera comenzado a aportar a partir de la fecha en que S. hubiera cumplido 15 años (año 2026), ya que estimo que antes de la misma no le hubiera resultado posible a Eliana desviar ingresos para la atención de sus padres. Estimo los ingresos probables de Eliana en el S.M.V.M., ya que si bien de la prueba rendida surge como una persona que tenía inquietudes e intenciones de progreso, realizando tareas remuneradas de diverso orden, la carencia probatoria concreta en relación a la cuantía de sus ingresos, a su desarrollo profesional y lo constreñido de nuestro sistema laboral actual, no me permite apartarme de dicho piso legal (art. 384 CPCC). Estimo que solo un 5 % de sus ingresos podrían ser destinados a ayudar a sus progenitores -tengo para ello presente la existencia de otra hija, que cuenta con estudios terciarios-, lo que a valor actual representa una suma del orden de los cuatrocientos setenta y cinco pesos (5% * \$ 9500 -SMVM a partir del 1° de enero de 2018), proyectando la misma en un 50 % para cada progenitor y por el período de vida probable de cada uno de sus padres, conforme tabla de Mortalidad de Indec 2008/2010 para la Provincia de Buenos Aires, la que fija un número medio de años por vivir para una persona de sexo masculino de 71 años en 11,72 años y para una persona de sexo femenino de 68 años en 18,90 años (situación que se corresponde con la edad que tendrán los actores en el año 2026)). Aplico para determinar el monto indemnizatorio la fórmula de valor presente (fijando el monto de privación anual en \$ 3087,50 para cada padre -2,5 % de \$ 9500 * 13 meses-; el intereses constante en el 4 % anual y el tiempo restante en los años estadísticamente determinados como vida probable conforme la edad de cada progenitor, que fueran ut supra indicados), corresponde aclarar que el cálculo en relación a la Sra. Lavalle se realizará en dos partes: Para los primeros 11,72 años se aplicará el 2,5 % del SMVM, porcentaje que aumenta al 5 % del SMVM -por el 2,5 que correspondía a su cónyuge- para los últimos 7,18 años del tiempo de vida probable, resultando en consecuencia una indemnización para Carlos Salvador Vinciullo de pesos veintiocho mil cuatrocientos cuarenta y cuatro, la que redondeo a pesos veintiocho mil quinientos (\$ 28.500.-); y para Graciela Esther Lavalle de pesos sesenta y seis mil trescientos treinta y uno, la que redondeo a pesos sesenta y seis mil quinientos (\$ 66.500.-) (art. 165 y conc. del CPCC.-). VI.- d.- 3.-) Resta fijar la cuantificación del rubro indicado en la instancia de grado como "daño emergente" para el menor S., el que en realidad corresponde ser correctamente denominado como "lucro cesante". Para ello procederé a utilizar la fórmula de valor presente
$$N(1+i)^{-1}C = A \times \frac{1 - (1+i)^{-n}}{i}$$
 Representando: A = Los ingresos mensuales * 13 meses * Incapacidad; i = Porcentaje anual de interés el que se fija en un 4% anual, y n = La expectativa de vida (en nuestro caso, el tiempo que le resta a S. para alcanzar los 21 años, contado a partir de la fecha del siniestro). En tal sentido, los ingresos de la víctima se estiman - por los fundamentos ut supra expresados- en el S.M.V.M. al no contar con datos concretos que me permitan apartarme de dicho piso legal, que a la fecha asciende a \$ 9500 mensuales. Estimo en consecuencia que Eliana destinaría un 30 % de sus ingresos mensuales (multiplicados por 13 meses, teniendo en cuenta un S.A.C.) para el menor S., porcentaje que equiparo a una "cuota alimentaria" prorrateada durante el tiempo que el niño tenga derecho a percibir alimentos, situación que extendiendo hasta la edad de 21 años, ya que no encuentro elementos tanto de antecedentes familiares como de prueba concreta rendida que me lleven a pensar que en un futuro se optaría por realizar estudios de capacitación (arts. 384 CPCC, arts. 265, 267 y conc. del C.C. y arts. 7, 658, 659, 663 y conc. del C.C. y C.). En consecuencia, contando el niño a la fecha del siniestro con

casi un año de edad, fijo el tiempo que le restaba para cumplir 21 años en 20,08 años. El cálculo que arroja la ecuación de renta futura asciende a pesos quinientos cuatro mil ochocientos cuarenta y cinco pesos con ochenta y ocho centavos, por lo que redondeo el monto correspondiente a indemnización por lucro cesante en pesos quinientos cinco mil (\$ 505.000.-) (art. 165 CPCC).- VI.- d.- 4.- Se duelen los actores de la tasa de interés fijada en sentencia, requiriendo la aplicación de la tasa pasiva plazo fijo digital, del Banco de la Provincia de Buenos Aires, desde la fecha del siniestro y hasta su efectivo pago. La queja será recibida. Nuestro Tribunal Címero tiene fijada doctrina legal al respecto, sosteniendo: "La Suprema Corte se pronunció en la causa L. 118.587, "Trofe, Evangelina Beatriz contra Fisco de la Provincia de Bs. As. Enfermedad profesional", del 15-VI-2016, por mayoría, estableciendo que los intereses deben ser calculados exclusivamente sobre el capital, mediante la utilización de la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta (30) días, vigente al inicio de cada uno de los períodos comprendidos; y por aquellos días que no alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo debe ser diario con igual tasa (arts. 622 y 623, Código Civil de Vélez Sarfield; 7 y 768 inc. "c", Código Civil y Comercial de la Nación; 7 y 10, ley 23.928 y modif.)", desde la fecha del siniestro y hasta la fecha de su efectivo pago, de modo que, con apoyo en tal doctrina, corresponde modificar la decisión de grado que dispuso la aplicación de una tasa de interés del 4 % anual, no correspondiendo que me aparte del criterio sentado por la SCJBA.- En consecuencia voto por la negativa.- El Sr. Juez Dr. Guillermo Ribichini, por iguales fundamentos vota en igual sentido.- A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL Sr. JUEZ DR. RESTIVO DIJO: Atento el resultado arribado en el tratamiento a la primer cuestión, corresponde: a) Confirmar la responsabilidad endilgada en el evento al accionado Walter Lucanera.- b) Confirmar el rechazo de demanda por falta de legitimación activa, que impulsara la coactora Romina Daniela Vinciullo, con costas.- c) Modificar la cuantificación del rubro daño moral, el que se fija en la suma de pesos setecientos mil (\$ 700.000.-) para cada uno de los progenitores de Eliana Vinciullo, y en la suma de pesos setecientos mil (\$ 700.000.-) para el menor S. K. en su carácter de hijo de la víctima del siniestro base de la acción.- d) Modificar la cuantificación del rubro pérdida de chance, el que se fija para Carlos Salvador Vinciullo en la suma de pesos veintiocho mil quinientos (\$ 28.500.-); y para Graciela Esther Lavalle en la suma de pesos sesenta y seis mil quinientos (\$ 66.500.-).- e) Modificar la cuantificación del rubro lucro cesante a favor del menor S. K., el que se fija en la suma de pesos quinientos cinco mil (\$ 505.000.-).- f) Establecer los intereses a calcular exclusivamente sobre el capital de sentencia, mediante la utilización de la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta (30) días, vigente al inicio de cada uno de los períodos comprendidos; debiendo por aquellos días que no alcancen a cubrir el lapso señalado, ser el cálculo diario con igual tasa (arts. 622 y 623, Código Civil de Vélez Sarfield; 7 y 768 inc. "c", Código Civil y Comercial de la Nación; 7 y 10, ley 23.928 y modif.), desde la fecha del siniestro y hasta la fecha de su efectivo pago.- Las costas por la acción rechazada, interpuesta por Romina Daniela Vinciullo, tanto de primera instancia como por los trabajos realizados en esta alzada, se imponen a la actora vencida. Las costas por la acción que prospera se imponen al demandado vencido (arts. 68, 165, 260, 375, 384, 474, sig. y conc. del CPCC; arts. 265, 267, 522, 901, 904, 1068, 1078, 1083, 1113, 3592, sig. y conc. del C.C. y art. 7 y conc. del C.C. y C.).- Así lo voto El Sr. Juez Dr. Guillermo Ribichini, por idénticos fundamentos vota en igual sentido.- Por lo que se SENTENCIA Y VISTOS: CONSIDERANDO: Que en el acuerdo precedente ha quedado resuelto que la sentencia apelada no se ajusta totalmente a derecho. POR ELLO, se la modifica parcialmente: a) Confirmando la responsabilidad endilgada al accionado Walter Lucanera.- b) Confirmando el rechazo de demanda por falta de legitimación activa, que impulsara la coactora Romina Daniela Vinciullo, con costas a la misma.- c) Modificando la cuantificación del rubro daño moral, el que se fija en la suma de pesos setecientos mil (\$ 700.000.-) para cada uno de los progenitores de la Eliana Vinciullo, y en la suma de pesos setecientos mil (\$ 700.000.-) para el menor S. K. en su carácter de hijo de la víctima del siniestro base de la acción.- d) Modificando la cuantificación del rubro pérdida de chance, el que se fija para Carlos Salvador Vinciullo en la suma de pesos veintiocho mil quinientos (\$ 28.500.-); y para Graciela Esther Lavalle en la suma de pesos sesenta y seis mil quinientos (\$ 66.500.-).- e) Modificando la cuantificación del rubro lucro cesante a favor del menor S. K., el que se fija en la suma de pesos quinientos cinco mil (\$ 505.000.-).- f) Los intereses sobre el capital de sentencia, se calcularán mediante la utilización de la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta (30) días, vigente al inicio de cada uno de los períodos comprendidos; debiendo por aquellos días que no alcancen a cubrir el lapso señalado, ser el cálculo diario con igual tasa (arts. 622 y 623, Código Civil de Vélez Sarfield; 7 y 768 inc. "c", Código Civil y Comercial de la Nación; 7 y 10, ley 23.928 y modif.), desde la fecha del siniestro y hasta la fecha de su efectivo pago.- Las costas por la acción rechazada, interpuesta por Romina Daniela Vinciullo, tanto de primera instancia como por los trabajos realizados en esta alzada, se imponen a la actora vencida (art. 68 CPCC). Las costas por la acción que prospera se imponen al demandado vencido (arts. 68, 165, 260, 375, 384, 474, sig. y conc. del CPCC; arts. 265, 267, 522, 901, 904, 1068, 1078, 1083, 1113, 3592, sig. y conc. del C.C. y art. 7 y conc. del C.C. y C.).- Difiérese la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes, para el momento en que exista base cierta para ello (arts. 31 y 51 ley 8904 conforme doctrina que emana de la causa "Morcillo Hugo C/ Prov. de Bs. As. S/ Inconst. Dec.-Ley 9020"

(SCBA 08/11/2017.-).- Hágase saber y devuélvase.-

025437E