

Danos Y Perjuicios Dano Moral Legitimacion Activa Fallecimiento Del Progenitor Afin

JURISPRUDENCIA

Daños y perjuicios. Daño moral. Legitimación activa. Fallecimiento del progenitor afin Se incrementa el capital de condena y se confirma el resto de la sentencia que hizo lugar a la demanda por daños y perjuicios. Se rechaza la indemnización por daño moral pretendida por quien alega haber convivido con la víctima, dispensándose un trato de padre e hijo.

San Carlos de Bariloche, Provincia de Río Negro, 19 de diciembre de 2017. Reunidos en Acuerdo los Señores Jueces de la CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL, COMERCIAL Y MINERÍA de la Tercera Circunscripción Judicial, Dres. Edgardo J. CAMPERI, Emilio RIAT y Juan LAGOMARSINO, después de haberse impuesto individualmente de esta causa caratulada "GARAY, NILDA BEATRIZ Y OTRO C/ SILVA, FABIAN ARIEL Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (Ordinario)" (R.C. 02130-17) y discutir la temática del fallo por dictar, de todo lo cual certifica la Actuaría, emiten sus votos en el orden establecido en el sorteo practicado respecto de la siguiente cuestión por resolver: ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? A la cuestión planteada el Dr. CAMPERI dijo: 1) Vienen estos autos al acuerdo con motivo de las apelaciones que contra el pronunciamiento definitivo de primera instancia de fecha 23 de noviembre de 2016 (fs. 406/412) dedujeran el co-actor: César Garay (fs. 419), la Sra. Nilda Beatriz Garay, por derecho propio y en representación de sus hijos menores (fs. 420), el co-demandado: Fabían Silva y la tercera citada en garantía: Federación Patronal Seguros S.A. (fs. 424). Puestos los autos en Secretaría a disposición de las partes, éstos últimos fundaron su recurso a fs. 454/456 en tanto los actores hicieron lo propio a fs. 458/461, mereciendo ambas expresiones de agravio respuesta de la contraria (cf. fs. 463/464 y 467/468). 2) Por razones de método se tratarán en forma conjunta las apelaciones articuladas por los actores, para luego hacer lo propio con los recursos impetrados por el demandado Silva y la tercera citada. 3) Recursos de fs. 419 y fs. 420: Daño Moral César Ignacio Garay dedujo reclamo a fin de ser incluido en la reparación del daño moral en virtud de haber convivido con la víctima con quien se dispensaban un trato de padre a hijo a pesar de resultar hijo de la Sra. Nilda Beatriz Garay. Se agravia en cuanto el Juez de grado rechazó dicho pedido sin avocarse al tratamiento del planteo de inconstitucionalidad del art. 1078 C.C., a la par que no dió adecuada interpretación a las testimoniales producidas que comprobarían el ostensible vínculo familiar que unía al actor con el Sr. Osses, con quien convivía al momento del fallecimiento de éste, concluyendo el sentenciante que el vínculo invocado no fue acreditado, sin brindar fundamentación a tal aseveración. Finalmente, esgrime que el decisorio ha omitido pronunciarse en relación al daño psicológico considerado "per se", limitando la estimación del rubro a los gastos del tratamiento terapéutico. Considerando que la responsabilidad civil se rige por la ley vigente al momento del hecho antijurídico dañoso, el cual acaeció el 07 de diciembre de 2012, corresponde aplicar la normativa contenida en el Código Civil vigente hasta el 31 de julio de 2015. Conforme dicha preceptiva, la pretendida reparación resulta, en principio, legalmente imposible a tenor del contenido del art. 1078 del Código Civil que expresamente reconoce que: "...La acción por indemnización por daño moral sólo competará al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos", por lo cual no podría admitirse la "equiparación" a la que el reclamante aspira sino por vía de la declaración de inconstitucionalidad de la norma. Resulta cierta la afirmación del apelante en cuanto a que los Tribunales Nacionales se han pronunciado en numerosos precedentes respecto de la oposición de dicho artículo con el texto de la Carta Magna. Incluso, un reciente fallo dictado por la Corte Suprema de justicia de la Nación en el que se declaró la inadmisibilidad del recurso extraordinario interpuesto, dos de sus Ministros (el Dr. Rosati y el Dr. Maqueda), votaron en disidencia y se avocaron al tratamiento de dicho precepto y a su falta de adecuación a las normas Constitucionales y Convencionales (in re: ?GONZALEZ, Marisa c/ ESTADO NACIONAL -Ministerio de Justicia y Derechos Humanos- Gendarmería Nacional s/Daños y Perjuicios, se. de fecha 05/09/2017). Tan cuestionable resultaba para gran parte de la doctrina y la Jurisprudencia lo estatuido por dicho artículo, que el C.C. y C. actualmente vigente amplía el número de legitimados para el reclamo en análisis al disponer que: "Indemnización de las consecuencias no patrimoniales. Está legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado directo. Si del hecho resulta su muerte o sufre gran discapacidad también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible...." (art. 1741). Ahora bien, en relación a la declaración de inconstitucionalidad de una ley, debemos tener presente el principio rector sentado por nuestro máximo Tribunal Nacional al establecer que constituye un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado como ultima ratio del orden jurídico y como una atribución que solo debe utilizarse cuando la contradicción con las cláusulas constitucionales sea manifiesta y la incompatibilidad inconciliable, y además requiere inexcusablemente la demostración del agravio en el caso concreto, puesto que de

no considerarse tal facultad como excepcional, podría llevar a los Jueces a convertirse en legisladores. Consecuencia de ello es que, previo al tratamiento de la tacha de inconstitucionalidad planteada, se debe analizar si se ha acreditado la existencia del supuesto de hecho en que se fundamenta la pretendida inclusión en el reclamo indemnizatorio, esto es, si el Sr. Garay aún no siendo descendiente biológico del fallecido, recibía de parte de éste el trato de hijo. Para ello se debe meritarse si, como titular de la carga de probatoria de los hechos en que funda su pretensión, extremó los recaudos necesarios para generar en el Juzgador la convicción categórica e indubitante de la existencia de una relación paterno-filial con el Sr. Osés del que derive una lesión a sus sentimientos en razón de su pérdida. No basta para ello la mera afirmación genérica efectuada por la testigo Valenzuela en cuanto a que los unía una relación padre-hijo sino que debió precisarse en que hechos se sustenta tal afirmación, es decir mediante que actos externos y ostensibles se revelaba dicho vínculo, puesto que otros testigos (Alderete Monsalve, Colhuan) refirieron que Garay no convivía con el causante sino que lo habrían criado y cohabitaba con sus abuelos, aún cuando aquél contribuyera económicamente a su manutención, circunstancia que autoriza a tener una duda razonable del posible lazo afectivo invocado. Conteste con tal postura se han pronunciado diversos fallos judiciales entre los cuales cabe citar, por su meridiana claridad, el dictado por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín que denegó el resarcimiento en concepto de daño moral petitionado por los hijastros de uno de los fallecidos a causa de un accidente ferroviario. En el mismo se dijo que: "... si bien una orientación doctrinaria y jurisprudencial postula que el reclamante debe ser heredero forzoso en concreto..., hoy prevalece la orientación contraria que apoya la legitimación de herederos forzosos potenciales....", para luego agregar, como principio, que una eventual declaración de inconstitucionalidad del art. 1078 solo procede en forma restrictiva o excepcional cuando, en el caso concreto, se pruebe la existencia de daño moral y eso genere una evidente y grosera oposición a la Constitución Nacional y Provincial y que dicha norma solo puede ser atacada de inconstitucional cuando el sujeto excluido por la norma (vgr, un hijastro, un hermano), demuestre que el deceso le produjo daño moral, y que cuando se trata de los "hijos de crianza, los criados como propios, que gozaron de un emplazamiento sin título en ese estado, es perfectamente posible que se genere, ante la pérdida de una de las partes de esa relación, un sufrimiento de análoga naturaleza e igual envergadura que cuando estamos ante una relación filial biológica..., ese lazo sentimental no se configura siempre, inexorablemente con los hijastros, antes bien es un dato incontrastable de la realidad que en innumerables casos no se pasa de ser el esposo/a de la madre/padre o hijo/a del/la cónyuge, sin compromisos afectivos trascendentes; razón por la cual el presupuesto de un perjuicio efectivo..., debe ser rigurosa, categóricamente probado" (in re: Mercado Adriana y Otros C/ Falcon Luis Orlando y Otro s/ Daños y Perjuicios; se. de fecha 18/11/2008). Por dichas razones propicio la confirmación de la sentencia de grado en punto al rechazo de la indemnización por daño moral pretendida por el Sr. Garay. Daño Psicológico Distinta suerte ha de correr el agravio dirigido a cuestionar la falta de recepción del daño psíquico. Como señala el recurrente, éste Tribunal tiene dicho que tal rubro refiere a la afectación psicológica en sí misma y es independiente tanto del resarcimiento de los gastos necesarios para su tratamiento, que constituye una exteriorización patrimonial de dicha lesión, como del daño moral. Asimismo que el tratamiento terapéutico puede subsanar y algunas veces mitigar el daño psíquico actual y futuro pero no elimina su realidad hasta que aquél se concreta y comienza a ejercer sus efectos favorables. Es de observar que la sentencia recurrida, luego de definir al daño psíquico como "una perturbación patológica de la personalidad de la víctima que altera su equilibrio básico o agrava algún desequilibrio precedente y comprende tanto las enfermedades mentales como los desequilibrios pasajeros" (cf. fs. 410), se limita a reconocer las sumas necesarias para acceder al tratamiento psicológico tendiente a superar las consecuencias que en ese aspecto dejó el evento dañoso. A tal fin, entiendo que, en base a las contundentes conclusiones a las cuales arribara el perito Psicólogo Lic. Ariel Torres y que pueden verse a fs. 185/201, las que indican unidireccionalmente lesiones de éste tipo como consecuencia de la muerte del esposo y padre de los reclamantes, deberá reconocerse, partiendo de la premisa que dispone que la reparación de los perjuicios ha de resultar integral (art. 1740, C. Civ.yCom.), a la Sra. Nilda B. Garay la suma de \$ 50.000 y la suma de \$ 30.000 a favor de cada uno de sus hijos, en concepto de capital al que deberá aditarse los respectivos intereses desde la fecha del hecho (tasa pasiva hasta el 27/05/10; tasa activa desde entonces hasta el 23-11-2015; desde el 24/11/2015 hasta el 31/08/2016, tasa que aplica el Banco de la Nación Argentina en los préstamos personales con libre destino de 49 a 60 meses (STJRN-S3, 23/11/2015, "Jerez", SD 105/15) y, a partir del 01/09/16 y hasta la fecha de pago, a la tasa vigente de la misma entidad para préstamos personales de libre destino en operaciones de hasta 36 cuotas mensuales -precedente STJ "Guichaqueo"-). 4) Recurso de fs. 424 El mismo se encamina a cuestionar el monto otorgado en el pronunciamiento de primera instancia al que considera elevado y la imposición de costas efectuada. Valor Vida Si, para determinar el valor vida, el "a quo" hubo partido de un dato incuestionable como resulta ser los ingresos que percibía la víctima de parte de la Anses, agregándole una prudente suma por las actividades que desarrollaba por cuenta propia -tareas de jardinería y pintura- es evidente que no puede calificarse de exagerado o desproporcionado el monto otorgado y que coincide con el reclamado en la demanda. Véase que el Sr. Osses tenía al momento de suceder el deceso la edad de 48 años y percibía un ingreso mensual mínimo del Anses de \$ 1.363,43 (cf. fs. 23), a lo que

corresponde aditar un producido estimativo de las actividades lucrativas que de manera informal pero con frecuencia y periodicidad realizaba, conforme surge de las testimoniales producidas. Contrastados dichos datos con la fórmula de matemática financiera utilizada por el Superior Tribunal Provincial en la causa "Perez Barrientos" (se. de fecha 30-11-2009) en cuyo pronunciamiento el máximo Tribunal, siguiendo los lineamientos dictados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, readecuó la fórmula sentada en el precedente "Vuoto c/ AEG Telefunken", se corrobora que el monto de condena no resulta contrario a derecho. LUCRO MENSUAL \$ 3.000 PORCENTAJE DE INCAPACIDAD 100% EDAD DEL DAMNIFICADO 58 (**)

RENDIMIENTO ANUAL DE LA INDEMNIZACION 6,00% (n) AÑOS RESTANTES HASTA LOS 75 AÑOS 17 (i) TASA DE RENDIMIENTO ANUAL DE LA IMPOSICION 6,0% LUCRO ANUAL \$ 39.000 VN 0,3713644 (a) RENTA INDEMNIZATORIA ANUAL \$40.344,83 1- vn \$ 0,6286356 1/i 16,6666667 I TASA DE INCAPACIDAD 1,00 INDEMNIZACIÓN 422,703,24

Costas: De acuerdo al resultado de los recursos interpuestos, corresponde confirmar la imposición de costas efectuada en virtud del principio objetivo de la derrota (art. 68 y cc CPCC). 5) Recurso de fs. 433.

Honorarios Habiéndose declarado extemporánea la interposición de dicho recurso (cf. proveído de fs. 434 -último párrafo-) y no habiendo merecido objeciones lo decidido, deviene abstracto tratar los agravios destinados intentar la revisión por altos los emolumentos fijados. 6) En síntesis, de compartirse mi criterio, propongo al Tribunal: I) HACER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de apelación interpuesto por la parte actora al solo efecto de incrementar el capital de condena en la suma de \$ 140.000 en concepto de capital puro, por el rubro daño psicológico, rechazando el interpuesto por el demandado y la tercera citada. II) DEJAR sin efecto la regulación honoraria de 1ª. instancia (art. 279 CPCC) y disponer que se practique otra en origen con arreglo al nuevo capital fijado; III) REGULAR los honorarios de 2ª. instancia de los Dres. Leonardo BRANDI CAMEJO y Bernardita ABURTO VILLEGAS, en conjunto y proporción de ley, en un ...%, y los de la Dra. Gladys Adriana MEHDI, en un ...% de lo que se regule por sus trabajos en la instancia de origen (art. 6, 15 y cdts. L.A.); IV) IMPONER las costas de esta segunda instancia a la recurrente vencida (art. 68 ap. 1º CPCC); V) PROTOCOLIZAR, REGISTRAR y NOTIFICAR lo resuelto por Secretaría; VI) DEVOLVER oportunamente las actuaciones. A la misma cuestión el Dr. RIAT dijo: Por compartir lo sustancial de sus fundamentos, adhiero al voto del Dr. CAMPERI. A igual cuestión el Dr. LAGOMARSINO dijo: Ante la coincidencia precedente, me abstengo de opinar (artículo 271 del CPCCRN). Por ello, la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería, RESUELVE: I) HACER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de apelación interpuesto por la parte actora al solo efecto de incrementar el capital de condena en la suma de \$ 140.000 en concepto de capital puro, por el rubro daño psicológico, rechazando el interpuesto por el demandado y la tercera citada. II) DEJAR sin efecto la regulación honoraria de 1ª. instancia (art. 279 CPCC) y disponer que se practique otra en origen con arreglo al nuevo capital fijado; III) REGULAR los honorarios de 2ª. instancia de los Dres. Leonardo BRANDI CAMEJO y Bernardita ABURTO VILLEGAS, en conjunto y proporción de ley, en un ...%, y los de la Dra. Gladys Adriana MEHDI, en un ...% de lo que se regule por sus trabajos en la instancia de origen (art. 6, 15 y cdts. L.A.); IV) IMPONER las costas de esta segunda instancia a la recurrente vencida (art. 68 ap. 1º CPCC); V) PROTOCOLIZAR, REGISTRAR y NOTIFICAR lo resuelto por Secretaría; VI) DEVOLVER oportunamente las actuaciones. EDGARDO J. CAMPERI

Juez de Cámara EMILIO RIAT Juez de Cámara JUAN A. LAGOMARSINO Juez de Cámara MÓNICA SILVANA GARDILCICH Secretaria de Cámara subrogante

Correlaciones: Ver nota al fallo en Guilisasti, Jorgelina: ?Reflexiones sobre la legitimación para el reclamo de daño moral por muerte, frente a la denegación del mencionado rubro indemnizatorio a un hijo afín de la víctima? - ERREIUS - Temas de Derecho de Familia, Sucesiones y Bioética - noviembre/2017 - Cita digital IUSDC285542A González, Marisa Graciela y otros c/Estado Nacional - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos - Gendarmería Nacional s/daños y perjuicios - Corte Sup. Just. Nac. - 05/09/2017 - Cita digital: IUSJU021083E Lima, Maira Joana y otros c/Agon, Alfredo; Sastre, María Patricia y otros s/daños y perjuicios - Corte Sup. Just. Nac. - 05/09/2017 - Cita digital: IUSJU021767E

Nota: (**) SE HA CONSIGNADO LA EDAD DE 58 (en vez de 48) A FIN DE COMPENSAR, ATENTO A QUE EN LA DEMANDA SE HA TOMADO EN CUENTA LA EDAD DE TRABAJO HASTA LOS 65 AÑOS. 024437E