

Accidente De Transito Fallecimiento Del Hijo Dano Moral

JURISPRUDENCIA

Accidente de tránsito. Fallecimiento del hijo. Daño moral Se

confirma parcialmente la sentencia que hizo lugar a la demanda por los daños y perjuicios derivados del fallecimiento del hijo y hermano de las actoras, ocurrido en un accidente de tránsito. Se rechaza el daño moral reclamado por la hermana de la víctima.

En la ciudad de Morón, Provincia de Buenos Aires, a los trece días del mes de junio del año 2019 reunidos en la Sala III del Tribunal, los señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Morón, doctores Roberto Camilo Jordá y Eugenio A. Rojas Molina, para pronunciar sentencia en los autos caratulados: "VECHIARELLI HAYDEE CELINA Y OTRO/A C/ HUSEK MATIAS CRISTIAN Y OTRO/A S/DAÑOS Y PERJ.AUTOM. C/LES. O MUERTE (EXC.ESTADO)", habiéndose practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Const. de la Provincia de Buenos Aires y 266 del Código Procesal Civil y Comercial; Ac. Extraordinario de esta Excma. Cámara n° 822), resultó que debía observarse el siguiente orden; Dres.: ROJAS MOLINA - JORDÁ, resolviéndose plantear y votar las siguientes: CUESTIONES 1° ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada de fs.413/425? 2° ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? VOTACION A LA PRIMERA CUESTION: el señor Juez ROJAS MOLINA, dijo: I.- HECHOS: a) La demanda es promovida por el Dr. Juan Santiago Shinya, en representación de HAYDEE CELINA VECHIARELLI y MARÍA INÉS GERBO, contra don MATÍAS CRISTIAN HUSEK, citando en garantía a LA CAJA DE SEGUROS S.A., por los daños y perjuicios derivados del accidente de tránsito ocurrido el día 02 de setiembre de 2012, por la suma de \$3.180.000, o la que en definitiva resulte de las probanzas a ofrecerse en autos, con más sus intereses y costas. Señala que ese día, siendo las 06:00 horas, el señor Mauro Esteban Gerbo (hijo y hermano de las actoras) circulaba a bordo de su motocicleta por la Av. Santa Rosa, cuando al terminar de cruzar la intersección con la calle Oribe, es embestido por un automóvil marca Chevrolet Corsa, dominio BMW 280, que transitaba por la misma arteria, pero en sentido contrario, provocando lesiones al motociclista de tal magnitud que culminó con su fallecimiento, antes de llegar al Hospital de Merlo. Funda en derecho la responsabilidad del demandado, practica liquidación de los distintos rubros reclamados y solicita se haga lugar a la demanda en todas sus partes. b) Se presenta la Dra. Ana Clara Feminia, como mandataria de LA CAJA DE SEGUROS S.A. -adhiriéndose luego, en calidad de apoderada del señor MATÍAS CRISTIAN HUSEK-, reconociéndose la existencia de un contrato de seguro que amparaba el rodado Chevrolet Corsa GL, dominio BMW 280, con un límite de cobertura de \$3.000.000; contesta demanda, desconoce la autenticidad de la documentación adjuntada en la demanda, formula las negativas de estilo, invoca la culpa de la víctima en la producción del accidente, impugna la liquidación y solicita el rechazo de la pretensión, con costas. II.- LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA: El señor Juez a cargo del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial n°8, Departamental, hace lugar a la demanda y condena al señor Matías Cristian Husek, extendida a Caja de Seguros S.A., en la medida de la póliza contratada, a pagar a Haydeé Celina Vechiarelli y María Inés Gerbo la suma de \$1.130.000, en las proporciones respectivas para cada coaccionante, con más sus intereses y costas. III.- LAS APELACIONES: Recurren las actoras y la demandada con su aseguradora, siendo concedidos libremente (fs.426), expresando agravios ambas partes por presentaciones electrónicas, con sus respectivas réplicas. Se llama ¿autos para sentencia? con fecha 28 de marzo de 2019. IV.- LA PROPUESTA DE SOLUCION: La demandada con su aseguradora, en la contestación de los agravios del actor, señalan que no han efectuado una crítica razonada y concreta de las quejas a la sentencia, por lo cual solicita se declare desierto el recurso planteado de acuerdo a lo establecido en los arts. 260/261 del CPCC. En una lectura detallada de la expresión de agravios de la actora, se ha observado que los términos utilizados cumplen con el requisito legal, poniendo de resalto que ha criticado y razonado la sentencia del ¿a quo? en cuanto a la cuantificación de los rubros reclamados, tanto los que fueron admitidos como al rechazado. PRIMERO: LOS DAÑOS: No habiéndose cuestionado la responsabilidad del demandado, corresponde entrar a considerar los agravios de ambos apelantes en relación a la cuantificación y el rechazo de los rubros indemnizatorios siguientes: a) INDEMNIZACIÓN POR MUERTE. VALOR VIDA (pérdida de chance): *) La sentencia apelada analizando la legitimación del reclamo de la señora Vechiarelli, en su carácter de madre del fallecido en el accidente, y teniendo en cuenta las condiciones personales de ambos, fija una indemnización de \$350.000. *) La coactora se queja por el escaso valor asignado a esta partida, con fundamentos a los cuales me remito por razones de brevedad. Solicita la elevación de la suma fijada, con un valor verdadero y real que refleja una decisión justa. *) El demandado y la citada en garantía apelan por la admisión del reclamo ya que las chances supuestamente perdidas por la actora representan una posibilidad muy genérica y/o vaga, no constituyendo un daño eventual resarcible, sosteniendo que no se ha acreditado tal daño, ampliando luego sus fundamentos a los cuales me remito. En subsidio, solicitan la reducción de la suma otorgado a un punto equitativo y sensato que se ajuste a derecho. *) Lo que interesa ahora es establecer cuál es el daño presunto a

indemnizar, en defecto de prueba de uno u otro género que adecue la realidad el perjuicio resarcible, que es justamente el tema de autos. También se ha dicho que "la vida humana no está en el comercio ni puede cotizarse en dinero y, no obstante la importancia que tiene para el hombre su vida, no constituye un bien en el sentido del art.2312 del Cód. Civil y sólo tiene valor económico en consideración a lo que produce o puede producir? (SCJBA, Ac.35.428 del 14-5-91), o bien que"la muerte de una persona puede ocasionar daños a sus familiares, pero ellos no dependen de la muerte en sí misma, sino de los daños actuales o eventuales que dicha muerte puede haber ocasionado. Si no hay daño económico, no existe ningún perjuicio económico que indemnizar, lo que hay es daño moral y eso sí es indemnizable? (SCBA, Ac. 4.216 del 21-5-91; Ac. 50.522 del 26-10-93). Otra norma, en principio, y a título presuncional, reputa como daño de las personas que indica la misma, la privación de "lo que fuere necesario para la subsistencia" (art.1084 del Cód. Civil), donde el tema de la subsistencia reviste sustancia alimentaria pues se vincula, como la propia expresión lo indica, con los requerimientos materiales para la continuidad de la vida. Como dice LLAMBIAS, lo que se computa, no es la ganancia del muerto, sino las necesidades de los vivos (ED, 51-886). Es decir, que la determinación de la vida humana no se hace en consideración al titular de esa vida que ha fallecido, sino en consideración a quienes lo sobreviven porque son éstos los que, en sus patrimonios, sufrirán las consecuencias económicas que pudo haber provocado la desaparición del occiso y es por ello que ejercen su acción "iure proprio". Es el valor de esas consecuencias, el valor de los bienes y recursos que la actividad productiva del muerto permitía ingresar a esos patrimonios lo que cabe medir y tarifar cuando se trata del valor vida humana (C1ªCC La Plata, Sala III, 4-2-99, La Ley Bs.As. 1999, p.601). De esta manera, la indemnización debe asegurar a quien reclama las condiciones de vivienda, salud, educación y esparcimiento, razonablemente esperables a partir de la situación económica y expectativas de progreso del fallecido (doct. arts. 1084, 267 del Cód. Civil). A esos efectos corresponde aplicar un criterio estimativo racional, tratando de restablecer el equilibrio roto por el acto ilícito y restituir en la medida de lo posible a quien o quienes resulten perjudicados, el bien económico perdido, teniendo a este respecto el arbitrio judicial vasto margen de apreciación dentro del criterio prudencial que señala el art.1084 (COLOMBO, "Culpa aquiliana", p.800 y sgtes.; SALVAT-ACUÑA ANZORENA, "Fuentes de las obligaciones", T.IV, p.112). Lo que debe resarcirse es el daño futuro cierto que corresponde a la esperanza con contenido económico que constituye para una familia, la vida de uno de sus integrantes muerto a consecuencia de un hecho ilícito, toda vez que, independientemente de la lesión moral que representa para esa familia la pérdida de un ser querido, integrante de la misma, la supresión de la vida humana se traduce en un perjuicio de tipo patrimonial, fundamento común al del resarcimiento del perjuicio derivado de la muerte de la víctima en el caso (Cám. C. y C. Mercedes, sala I, 24-02-94). No puede desconocerse que la determinación del resarcimiento, no puede transformarse en un mero cómputo matemático de los ingresos presuntos, simplemente debe tratarse de pautas, que justamente con la condición social de la víctima y de quienes reclaman el resarcimiento deberán ser tenidas en cuenta para hacer jugar el prudente arbitrio judicial, teniéndose en cuenta que las manifestaciones del espíritu también integran el valor vital del hombre (TRIGO REPRESAS- CAMPAGNUCCI DE CASO, "Responsabilidad Civil por accidentes de automotores", T.2b, p.626), resultando, además, "apropiado para fijar su indemnización, comprender las pautas genéricas, como la profesión, edad y vida útil del difunto, ingresos esperados, salud y vínculos con el damnificado, con las circunstancias específicas que forman el caso" (Cám. Civ. y Com. Lomas de Zamora, Sala II, causa 15.404). "La indemnización por el rubro 'valor vida' es, en realidad, la reparación del perjuicio que la muerte de la víctima implica en el presente o puede implicar en el futuro para sus familiares que demandan, en función de la asistencia económica que les habría podido brindar"(BOSSERT, L.L. del 07-11-91, p.4). La chance de ayuda es presumible, en principio, para cualquier hogar. *) En este tratamiento del reclamo de la madre cuando se produce el fallecimiento de un hijo, más allá del tremendo dolor moral que la desaparición trágica provoca, existe la frustración definitiva de una legítima expectativa de ayuda económica y asistencial en los años en que las fuerzas de aquélla decae. ?El padre y la madre tienen el derecho de contar con que, llegados a la vejez, tendrán el apoyo de sus hijos en sus enfermedades, su ayuda material si llega el momento en que carezcan de recursos y no puedan trabajar. Todo ello constituye un daño? (J.A., 1982-I-28). La Corte Provincial en el Acuerdo 34.235 del 15/10/1985 ha sostenido "...que aquellos padres que pierden a su hijo soltero y sin descendientes, se ven privados de contar con una probabilidad cierta de ayuda que implica la pérdida de toda futura protección, razón por la cual no necesitan probar el daño que la muerte de su hijo les ocasionó, toda vez que la ley admite la existencia de un perjuicio cierto que está dentro del orden natural de la vida?. Por ello, teniendo en cuenta la naturaleza del menoscabo que se indemniza, las condiciones personales de la actora, 68 años al momento del hecho, ama de casa, viuda, pensionada con un haber mensual de \$3.034 -no incluyendo un préstamo de \$2.000- (marzo de 2014), que vive sola en una casa de su propiedad, tiene una hija que trabaja como doméstica con tres hijos menores de edad y otro hijo que vive en España, todos estos datos se han acreditado por documentación, declaración jurada y testimonios obrantes en los autos homónimos que sobre ?Beneficio de Litigar sin gastos?, tramitan por ante el mismo juzgado y que tengo a la vista; por otra parte, el hijo fallecido tenía 28 años de edad, soltero, de profesión empleado -acta de defunción-, y en ejercicio de la facultad-deber del art.165 del CPCC, considero que la suma acordada por el ?a quo? en la sentencia apelada es

ajustada a derecho y debe ser confirmada (arts. 1068, 1083 y ccs. del Cód. Civ., 375, 384, 474, 165 y ccs. del código de rito). b) DAÑO MORAL: *) El fallo en crisis determina para este rubro y por el fallecimiento del señor Mauro Gerbo, la suma de \$450.000, para la madre, Haydeé Celina Vechiarelli y, declarando la inconstitucionalidad del art.1078 del Cód. Civil, estima en \$120.000 la indemnización que le corresponde a la hermana, María Irene Gerbo. *) La parte actora solicita se eleven los montos indemnizatorios otorgado a este rubro para ambas reclamantes, con argumentos a los cuales me remito. *) La demandada con su aseguradora también se enojan por la cuantificación de este daño para la señora Vechiarelli y solicitan su reducción fundada en derecho y equitativa para lograr una justa composición de intereses. En relación a la declaración de inconstitucionalidad del art.1078 del Cód. Civil y la admisión del daño moral a favor de la hermana del fallecido en el accidente de autos, entienden que los hermanos no son herederos forzosos y solicitan la aplicación de la doctrina legal de la Corte Provincial en autos ?Balerdi c/ Menchon?, C.102.614, del 26/6/2013, Igualmente cita fallos de la Corte Suprema de la Nación en donde se rechazó el reclamo de un hermano (?Quiroz c/ Mendoza?, F.129:3894, del 19/9/2006 y Lima c/ Agon? F. 340: 1185, del 5/9/2017). Solicitan se deje sin efecto la declaración de inconstitucionalidad del art.1078 del Cód. Civil e improcedente la indemnización acordada por daño moral a la hermana de la víctima. En el supuesto de considerar la legitimación de la reclamante, solicita igualmente el rechazo de la cuantificación, por no haberse acreditado los daños reclamados. *) Estamos en presencia de un daño extrapatrimonial, que deviene de apreciación subjetiva, tanto para quien lo padece como para el juzgador, e impide ello que la presencia e intensidad del dolor pueda ser determinada en forma objetiva. Constituye un daño individual y personal que cada persona vive y padece de diferente modo, siendo el dolor multifactorial. Un mismo estímulo doloroso, ya sea físico o psíquico, no produce los mismos efectos en todas las personas, porque nuestra respuesta varía en función de nuestra historia anterior, de nuestras características individuales (ABREVAYA ALEJANDRA, ?El daño y su cuantificación judicial?, p.330).- Varias son las definiciones que se han ensayado de daño moral, pero todas resultan ser a la postre insatisfactorias, quedando enrolados en distintas líneas de pensamiento o doctrinas, que exceden el marco de este voto; lo que si podemos estar de acuerdo es, en general, qué comprende este tipo de daño, qué lo caracteriza, y así se estaría señalando de modificación disvaliosa del espíritu, una perturbación en la capacidad de sentir (órbita afectiva), querer (órbita volitiva), entender (intelectual), insusceptibles de apreciación pecuniaria y que guardan relación de causalidad adecuada con el hecho ilícito o lícito que lo generó. Su traducción en dinero se debe a otorgarle a la víctima una suma que signifique un goce en bienes que compense de alguna manera tales padecimientos. La entidad del daño moral no requiere de prueba alguna, dado que se lo tiene por acreditado con la sola comisión del hecho que dio base a la demanda, tratándose entonces de un daño ?in re ipsa?, esto es, que surge inmediatamente de lo ocurrido (CNCiv. Sala A, 18/5/90, JA, 1990-IV). De allí lo dificultoso de su cuantificación, que no está sujeta a reglas fijas, que depende -en principio- del arbitrio judicial, para lo cual basta la certeza de que ha existido sin que sea necesaria otra precisión (SCBA, Ac.51.179 del 2/11/93). *) Daño moral madre: En el presente caso, en donde se trata el daño moral sufrido por la madre ante el fallecimiento de un hijo, se ha manifestado: ?La vida de los hijos representa para los padres, desde el ángulo de los sentimientos, un valor incomparable. El padre o la madre ven en los hijos el fruto de su amor, la continuación de sus vidas, más allá de las propias y esperan recibir de ellos buena parte al menos del cariño que han depositado como consuelo y ayuda espiritual en los altos años de la vida? (MOSSET ITURRASPE, ?El valor de la vida humana?). Encontrándose probado que el hijo de la accionante perdiera la vida como consecuencia del hecho denunciado, tengo la convicción de que su madre ha sufrido un daño moral que debe ser indemnizado. Conforme lo expuesto, valorando las condiciones personales de la actora ya expuestas, propongo al acuerdo confirmar la suma fijada por la sentencia de grado (art.1078 del Cód. Civil). *) Daño moral hermana: El magistrado de la instancia de grado declaró de oficio la inconstitucionalidad del art. 1078, 2º párrafo, parte final del Código Civil e hizo lugar al reclamo de la hermana de la víctima en lo que a esta parcela refiere, asignándole la suma de \$120.000. Esta Sala en autos ?Rodríguez c/ Guaraz s/ Ds. Ps.? del año 2014 (R.S. 72/14) se ha expedido por la solución contraria a la brindada por el ?a quo?, desde que allí no había sido probada la dependencia económica, proveniente de la víctima ni el apoyo material ni espiritual del antes del hecho, ni demás particularidades que ameritaran declarar la inconstitucionalidad de una norma. El Superior Tribunal se expidió en un caso análogo al presente, donde el Dr. De Lázzari, adhiriendo en aquella oportunidad al voto del doctor Pettigiani -si bien desestimando el reclamo por daño moral de los hermanos-, agregó la siguiente consideración sobre el alcance de la constitucionalidad del art. 1078 del Código Civil y que me parece importante subrayar. Sostuvo que ?...a la luz de las particularísimas circunstancias del caso, en función del estrecho lazo fraternal exhibido entre los peticionantes y el occiso fruto de la convivencia en el seno familiar que aumenta las relaciones entre pares, así como, el desequilibrio existencial de cada uno de ellos ante la sorpresiva ausencia del hermano que perdura en el relato familiar, en tanto todas ellas han sido acreditadas en la causa y exhiben certeza de la existencia del daño cuya reparación se reclama, la legitimación acordada a los hermanos en concepto de daño moral, tal como fuera concebida por la alzada en virtud de la declaración de inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil, evidencia una solución justa.?. Continúa diciendo que ?...ello no significa,

a la vista de la implicancia que tiene la doctrina legal de los precedentes de esta Corte, trasladar sus efectos a otros supuestos si no están presentes determinados extremos fácticos. No alcanza sólo con portar la calidad de pariente colateral para esgrimir presunciones sobre daño moral. En otras palabras, la aceptación de una titularidad indemnizatoria no prevista legalmente no puede proyectarse de modo genérico, sin contemplar el fin que se procura alcanzar: amparar el daño injusto, motivado por un cambio real de situaciones vivenciadas a partir del deceso, que traspasa el mero dolor?.(SCBA LP C 97144 S 30/09/2009 Juez de LÁZZARI (OP) Carátula: M.,E. N. y o. c/M. d. T. L. s/Daños y perjuicios Magistrados Votantes: Pettigiani-de Lázzari-Negri-Kogan, Tribunal de Origen: CC0000TL).- La concatenación de ambos conceptos importa admitir entonces que para que la demanda prospere en esta parcela abriendo el abanico de legitimados, debe probarse el daño inferido para que la legitimación activa pueda prosperar respecto a los hermanos, apartándose de la limitación que la norma impone a los herederos forzosos pues las dolencias afectivas y los detrimentos espirituales que repercuten en la vida de los demandantes deben ser ciertas y efectivamente derivadas del hecho luctuoso (muerte de un hermano) pues debe abordarse desde la visión del iure propio del reclamante y no del iure hereditatis como limita la norma, sin perder de vista la noción de la causalidad adecuada que debe existir entre el hecho y el daño. El daño moral es in re ipsa -no necesita ser probado- para los herederos forzosos que reclaman en calidad de damnificados indirectos y que en autos resulta ser la madre del occiso. Es indudable el enlazamiento existente entre la afección en la esfera moral y el hecho mismo de la muerte de un hijo. De allí que la legitimación no merezca mayores condicionamientos. Y ese ha sido evidentemente el espíritu del legislador en la reforma de la norma por la ley 17.711. Distinta es la realidad que circunda a los hermanos, puesto que esa lógica interrelación causal apuntada respecto de los progenitores ya no es tan manifiesta en el caso de los hermanos y es por ello que para que pueda proceder, admitirse su legitimación corriendo los límites legales sentados por la norma de fondo mediante la tacha de inconstitucionalidad, la afección debe ser legítima clara e indubitada; en resumen: probada. Y en este sentido la exposición del Dr. De Lázzari marca los parámetros que deben tenerse en cuenta para avalar la tacha de inconstitucionalidad de la norma en casos concretos, pues no siempre amerita apartarse del texto legal y admitir la legitimación activa para quien pretenda reclamar amparado en las relaciones que tenían con la víctima. En fallo ?Balerdi, Josefa c/ Menchon, Horacio s/ Daños y perjuicios?, causa 102.614, del 26/6/2013, en donde se desestimó el reclamo de una hermana biológica por la muerte en un cuasidelito de su hermano, se destacan las siguientes argumentaciones de los Ministros; así el Dr. Negri dijo: ?que la actora no aporta elementos probatorio alguno que demuestre que como consecuencia directa de ese hecho ilícito sufrido haya convertido, conforme el sentido jurídico y el común, en víctima?, el Dr. Genoud sostuvo: ?para ello es menester que precise y prueba fehacientemente en el expediente el perjuicio que le origina la aplicación [de la norma] que tacha de inconstitucional?; el Dr. De Lázzari, manifestó: ?no se aprecia que corresponda hacer uso de esa herramienta [inconstitucionalidad del 1078] en la medida en que no ha sido comprobado ningún supuesto excepcional que permita apartarse del art.1078 del Cód. Civil? En este sentido, Sebastián Picasso, en su voto -por mayoría- en causa ?Martín c/ Parucci s/ ds. Ps. del 17/06/2014, CNAC, Sala H, rememora que ?la Suprema Corte de Mendoza entendió -frente al recurso contra una sentencia que, por aplicación del art. 1078 del Código Civil, había negado legitimación a una persona para reclamar el daño moral sufrido como consecuencia de la muerte de su hermana- que ?la aplicación del art. 1078 del Código Civil, arriba a una solución por demás injusta, reñida con normas constitucionales como son el art. 19 y 75, inc. 22 de la C.N. y desconoce además la jerarquía constitucional del derecho a obtener una reparación íntegra del daño?. Además de recordar la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a la que ya he hecho referencia, el tribunal señaló que la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostiene que, en los términos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tienen derecho a la reparación del daño extrapatrimonial todas las personas vinculadas a la víctima directa por un parentesco cercano, incluyendo a los padres, hermanos y abuelos (Corte IDH, 18/9/2003, ?Bulacio c/ Argentina?). Por ello, la Corte Mendocina concluyó que la restricción a la legitimación activa que consagra el art. 1078 del Código Civil es contraria a la mencionada convención -además de al art. 19 de la Constitución Nacional-, y declaró su invalidez constitucional (SC Mendoza, Sala I, 7/9/2010, ?Zonca, Roberto A. c/ C.R.R. y Coop.de Seguros?). Recuerda Pizarro que a los hermanos, la Corte Interamericana permite considerarlos legitimados activos para reclamar el daño moral sin que ello obste por cierto a exigir demostrar el daño inferido a su persona, pues una cosa es la legitimación y otra la existencia y prueba del daño. Claro que los criterios internacionales no coincidían con nuestra legislación -entiéndase, con el Código Civil, no así con el nuevo código unificado-. Es por ello que la limitación deviene inconstitucional al dar un tratamiento irrazonablemente distinto de los que surgen de las pautas supranacionales (art. 16, 19, 31 y 75, inciso 22 de la CN) (autor citado en ?Daño Moral?, pag. 377/vta., Ed. Hammurabi, año 2004) Bajo tales lineamientos basales, la casuística permitiría dilucidar que la situación sería atendible el reclamo, partiendo de parámetros lógicos como ser la edad, si la víctima convivía con el resto de sus hermanos, el vínculo afectivo que los ligaba, el rol económico que desempeñaba en el núcleo familiar, entre otros argumentos en que debe hacerse foco y que surgirán de las probanzas de autos, como por ejemplo, testimonios de que frecuenten el clan familiar, la convivencia, que permitan concebir la afección en la faz espiritual y si la misma es derivada de la muerte de un

hermano. *) Si bien no voy a compartir con la solución adoptada por el distinguido colega de primera instancia, celebro su postura que no hace otra cosa que elevar su consideración como magistrado, con gran sentido de lo justo, dedicación y estudio de la causa, por lo que su argumentación es destacable. Con esto quiero decir, que no propugno que el hermano no pueda invocar el daño moral por esa sola y única circunstancia, sino que no debe ser en cualquier hipótesis, debe concurrir alguna positiva e íntima relación afectiva, como por ejemplo: convivencia, ausencia de otros familiares más cercanos, recíproco apoyo material y espiritual, antes del hecho, por supuesto con supeditación al juicio del magistrado (son los jueces quienes deben valorar si se acreditó el perjuicio, evitando los abusos) (RITTO, Graciela, ¿Acerca de la legitimación activa para reclamar daño moral de los hermanos como damnificados indirectos? La Ley, 12/09/2008). Así se ha expresado el Dr. Negri, en el caso Balerdi ya citado: ¿Si bien el art.1078, modificado por el dec.ley 17.711, revela indiscutiblemente la intención de evitar y a su vez contener, innumerables reclamaciones que podrían multiplicarse indefinidamente, aquella finalidad, no obsta a la necesidad y obligación de amparar situaciones que por su naturaleza o particularidad, son pasibles de ser subsumidas no sólo en dicho precepto, sino en el conjunto de normas que regulan el dolo en nuestro ordenamiento?. Legitimar al afectado, en las circunstancias antes mencionadas, no implica necesariamente que prospere su reclamación, sino que su real existencia debe ser probada?. *) En estos actuados está acreditado que la hermana reclamante no convivía con la víctima, no existía un apoyo económico, había otros familiares vivos, solamente son sus declaraciones vertidas en la prueba psicológica en cuanto detalla la relación que tenía con su hermano fallecido, principalmente con sus hijos, y la aflicción que le provocó su muerte, que mereció la siguiente observación de la experta ¿sentimientos de tristeza por la pérdida su hermano Mauro. Sin embargo, pese al malestar subjetivo que le producen dichos sentimientos, se advierte que la peritada ha logrado aceptar la pérdida de su hermano, pudiéndose adaptar a las exigencias de su entorno y sus actividades cotidianas (trabajo, cuidado y crianza de sus hijos, etc)?. *) Por todo lo expuesto, se hace lugar a la queja de la citada en garantía y se revoca la declaración de inconstitucionalidad del art.1078 del Cód.Civil y su consecuente resarcimiento a favor de la señora María Irene Gerbo (art.375 del CPCC, art.1078 del Cód.Civil).

c) DAÑO PSICOLÓGICO Y TRATAMIENTO PSICOTERAPÉUTICO:

*) La sentencia determina por estos rubros, analizando las pericias respectivas, la suma indemnizatoria, tanto para el daño como por el tratamiento, de \$210.000, para la señora Vechiarelli. Rechaza, por su parte, el reclamo de la coactora Gerbo. *) La actora Vechiarelli estima que la suma otorgada en el decisorio apelado no guarda relación con los guarismos fijados en la pericia; se queja porque el ¿a quo? no ha tenido en cuenta la incapacidad del 50% estimado por el perito psiquiatra. Solicita se eleve la indemnización. En relación a la coactora Gerbo, la queja va dirigida por el rechazo del reclamo, ya que el ¿a quo? ha elegido una de las pericias y descartó otra. Solicita se admita el resarcimiento del daño psicológico con su tratamiento. *) La demandada y la citada en garantía se agravan por la admisión del rubro, destacando la calidad de damnificado indirecto de las coactoras y la falta de acreditación de la existencia del daño que reclama; reitera los cuestionamientos a las pericias realizadas en autos. En subsidio, peticionan que se proceda a ajustar el rubro a derecho y conforme los principios de razonabilidad y equidad. *) La pericia psicológica, en relación a la señora Haydee Celina Vechiarelli (fs.229/234), previa entrevista, test de Bender, H.T.P, cuestionario Desiderativo, concluye que la coactora ¿presenta un cuadro mixto depresivo-ansioso, reactivo a pérdida de su hijo. El mismo se caracteriza por hipertimia displacentera, anhedonia, ansiedad, pérdida de la capacidad para disfrutar de la vida, escasa voluntad y perseverancia para realizar las tareas, que produce un deterioro de todas las áreas del despliegue vital de la actora?. En base al baremo de los profesores Castex y Silva, el cuadro es de ¿duelo patológico, en grado moderado (código 11.6.2), lo que representa un porcentaje del 15% de incapacidad. Sugiere la iniciación de un tratamiento psicológico a fin de evitar el agravamiento del cuadro descripto, estimando como conveniente que sea con una frecuencia semanal por el lapso de un año?. La parte actora (fs.248/249) y la citada en garantía (fs.254), solicitan explicaciones, que son contestadas por la experta (fs.276/277), quien ratifica su anterior dictamen y realiza un comentario sobre las diferencias entre el diagnóstico de Duelo Patológico en grado moderado según baremo de Castex-Silva y el Trastorno Depresivo Mayor, en grado leve, de acuerdo a parámetros del DSM IV (que genera controversias y el duelo patológico, no está contemplado en el mismo) De allí que insiste que el que mejor se adecua es el fijado por el baremo, con una incapacidad del 15%. *) La pericia psicológica, en relación a la señora María Irene Gerbo (fs.235/239), con el mismo procedimiento llevada a cabo con la otra coactora, llega a la conclusión que la peritada ¿más allá del malestar de sentimientos de tristeza en relación a la pérdida del hermano, no se observa en las técnicas administradas, una merma en su rendimiento intelectual y/o laboral. Se observan indicadores de adaptación al entorno... no presenta patología psíquica reactiva al hecho de autos por lo tanto no se estima porcentaje de incapacidad?. Tanto la actora como la citada en garantía solicitan explicaciones, que son contestadas por la experta, quien reitera su dictamen y agrega algunas consideraciones a las cuales me remito. *) También en autos se produjo una pericia efectuada por el Dr. Edgardo Moscardi (fs.268/272), con sus solicitudes de explicaciones y la contestación del experto. Que aquél, en su dictamen, ha estimado la existencia de un daño psíquico, con su pertinente grado de incapacidad y la necesidad de un tratamiento farmacológico y apoyo terapéutico, para ambas actoras. Que el tema de los dos dictámenes, fue tratado por el ¿a

quo?, con distintos resultados. Así, en el caso de la coactora Vechiarelli, tuvo en cuenta que ambas pericias poseían fuerza probatoria; por el contrario, en relación a la coactora Gerbo, desestimó el dictamen del perito psiquiatra por no haber logrado establecer la relación causal entre el hecho y las consecuencias disvaliosas que aquél había detectado. Que ello también fue el centro de las quejas formuladas en la expresión de agravios de ambas partes. De este modo se llega a la segunda instancia y corresponde dilucidar la cuestión. Para ello resulta menester -para evitar violar el principio de incongruencia- dirigirse al escrito de demanda (fs.23/31) para observar lo que ha peticionado la parte actora, en donde surge que en el reclamo de los daños y perjuicios, se refiere al ?daño psicológico?, con un monto indemnizatorio por este ítems de \$300.000 (para ambos actores), es decir no hace mención al daño psiquiátrico. Lo mismo ocurre cuando peticiona la indemnización por tratamiento y si bien en su título aparecen ambos reclamos (psicológico y psiquiátrico), no ocurre lo mismo cuando lo explica encasillándolo que ?a raíz del daño psicológico? resulta necesario realizar un tratamiento ?tendiente al restablecimiento psíquico del sujeto a través de un... procedimiento psicológico de recuperación individual?. En definitiva, lo que se quiere decir que el actor solamente ha reclamado daño psicológico y en base a ello el respectivo tratamiento. Todo lo expresado me lleva a la conclusión de rechazar el reclamo por daño psiquiátrico y ceñirme pura y exclusivamente al dictamen del perito psicólogo, salvo en lo referente al porcentaje de incapacidad del 15% estimado para la señora Vechiarelli, asistiéndole razón a la citada en garantía en cuanto el ?trastorno depresivo mayor? es de carácter leve, cuadro que en el baremo de Castex-Silva trae como estimativo una incapacidad de 1% a 10%, que atento las características del reclamo -daño por muerte de un hijo, con las secuelas psicológicas apuntadas- sostengo que es justo y equitativo tomar en cuenta el máximo de la mencionada escala. *) Al observar que el perito no establece expresamente que la incapacidad sea permanente, debo partir de la siguiente premisa. La demandada y la citada en garantía, en su expresión de agravios en esta alzada, no formulan queja alguna sobre la admisión del daño psicológico. Muy por el contrario, sus enojos van dirigidos a cuestionar el porcentaje de incapacidad, aceptando por lo tanto que el daño existe, o bien se orientan al rechazo del monto otorgado por excesivo. Igualmente incursiona la parte apelante, en una larga exposición, la falta de legitimación que tendrían las actoras, que por ser damnificadas indirectas, no le corresponde indemnización alguna, con fundamentaciones a las cuales me remito.

Al respecto, cabe aplicar el art.272 del CPCC en cuanto se refiere a ?no fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia?, cuestión que ocurre en autos, en donde la ahora quejosa cuando impugna los rubros reclamados nada dice sobre la falta de legitimación. A ello le debo agregar los fundamentos esgrimidos en otras ocasiones sobre este aspecto, que resultan ser los siguientes: Creo que la falta del término ?permanente? no origina lisa y llanamente al rechazo, puesto que, en primer término habría que transcribir las secuelas psicológicas señaladas por la perito, para así darse cuenta de la trascendencia que poseen. En esa dirección, el dictamen hace referencia que ?la pérdida de un hijo constituiría una pérdida humana irreparable, susceptible de generar consecuencias a lo largo de la vida de un sujeto...la muerte de un hijo, pérdida que contradice el ciclo vital esperable, no permite, aún en los casos en que la evolución es favorable, una ?restitutio ad integrum', una vuelta a la ?normalidad' del estado anterior...Desde una perspectiva psicológica existen múltiples factores que inciden en la intensidad de la reacción ante la pérdida?. Prosigue la pericia: ?En el caso de autos se pueden considerar como factores de vulnerabilidad, las circunstancias de la muerte (traumática, inesperada, abrupta) y el lazo con la persona fallecida (su relación de apego con su hijo menor... en el presente caso y en función del material psicológico utilizado dicho proceso de adaptación se ve obturado dado que, la peritada ha perdido la homeostasis, el equilibrio interno a partir de lo sucedido; viéndose superado su equipo defensivo habiendo dado lugar a la sintomatología expuesta anteriormente?. En segundo término, cuando la experta sugiere la realización de un tratamiento, lo hace a los efectos de ?evitar el agravamiento del cuadro descripto?, es decir, no sugiere un tratamiento que tenga posibilidades serias de remitir la patología o que supere la minusvalía. Por otra parte, la Corte Provincial, sentando doctrina legal a la cual debemos someternos, sin perjuicio de dejar sentado la opinión en contrario, en este sentido de lo reversible ha expresado: ?... en materia de hechos ilícitos corresponde la reparación integral del perjuicio sufrido por la víctima... acreditada la necesidad del tratamiento, carece de significación el resultado que pudiera arrojar el mismo porque éste obviamente opera para el futuro pero no borra la incapacidad existente hasta entonces, también imputable al responsable del ilícito?(SCBA, C 97.143 S 17-9-2008, Juez De Lazzari).

En la misma dirección, ha dicho: ?... no genera doble indemnización reconocida por el daño psicológico y el tratamiento terapéutico posterior porque en materia de hechos ilícitos corresponde la reparación integral del perjuicio sufrido por la víctima? (SCBA, Ac.69.476 S 9-5-2001, Juez Laborde). *) Es que el daño psíquico se configura mediante la ?... perturbación patológica de la personalidad, que altera el equilibrio básico o agrava algún desequilibrio precedente del damnificado? (ZAVALA DE GÓNZALEZ, ?Daños a las personas...?, T.2, p.231). Este daño comprende tanto las enfermedades mentales como los desequilibrios pasajeros, sea como situación estable o bien accidental y transitoria, que implica en todo caso una faceta morbosa, que perturba la normalidad del sujeto y trasciende en su vida individual y de relación (JORGE GALDOS, Acerca del daño psicológico, JA 2005-1, fas.nº10). Según Mariano Castex y M. Ciruzzi ?... puede hablarse de la existencia de daño psíquico en un

determinado sujeto, cuando éste presente un deterioro, disfunción, disturbio o trastorno, o desarrollo psico-orgánico que, afectando sus esferas afectiva y/o intelectual y/o social y/o recreativa, limita su capacidad de goce individual, familiar, laboral, social y/o recreativa? (¿El daño psíquico en la Medicina y Psicología Forense? por Mariano Castex y María Ciruzzi 1989/1990?, voto del Dr. Castellanos causa n° 56.615 R.S. 64/2009, ¿BARDI, Constanza S. C/ BOLLA, Alberto A. y otro s/ Daños y perjuicios? entre muchas otras). Resulta innegable que la integridad psíquica de las personas es objeto de protección jurídica, de modo tal que toda lesión a la psique debe ser resarcida sin perjuicio de las lesiones corporales que el afectado haya sufrido o no, ya que el cuerpo y psique son una unidad inescindible (KRAUT, Alfredo, ¿Los derechos de los pacientes?). *) Por ello, teniendo en cuenta la naturaleza del menoscabo que se indemniza, el porcentaje de incapacidad del 10%, a valores actuales y en ejercicio de la facultad-deber del art.165 del CPCC, considero que debe confirmarse la suma establecida en la sentencia apelada a \$210.000, comprendiendo el daño psicológico y su tratamiento en relación a la señora Vecchiarelli; también se deberá rechazar el reclamo en relación a la señora Gerbo (arts. 1068, 1083 y ccs. del Cód. Civ., 375, 384, 474, 165 y ccs. del código de rito). SEGUNDO: LA TASA DE INTERÉS: *) La sentencia cuestionada establece que la suma acordada deberá intereses del 6% anual, desde el 21 de julio de 2009 -fecha del siniestro- hasta el momento del dictado de la sentencia y de allí hasta el momento del efectivo pago, resultará aplicable la tasa más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires para operaciones a plazo fijo a 30 días, vigente en sus distintos períodos de aplicación y por aquellos días que no alcancen a cubrir el lapso señalado, mediante cálculo diario con igual tasa, que en la actualidad responde a la tasa BIP. En relación a los gastos terapéuticos futuros, los intereses correrán a partir del día de la sentencia, fundando tal decisión que esos gastos no han sido erogados y una solución contraria, provocaría una ventaja patrimonial injustificada en violación del art.1748 del CCCN. *) La parte actora se agravia de tal decisión y solicita con fundamentos a los cuales me remito, la aplicación de la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a 30 días vigente al inicio de cada uno de los períodos comprendidos y, por aquellos días que no alcance a cubrir el lapso señalado, el cálculo debe ser diario con igual tasa, desde la fecha del accidente hasta su efectivo pago. También el agravio se dirige a los intereses que corresponden por los gastos terapéuticos futuros, debiéndose calcularlos desde el día en que se ha producido el perjuicio. *) La Suprema Corte Provincial ha sentado doctrina (por mayoría de fundamentos en Causa 119.176, "Cabrera, Pablo David contra Ferrari, Adrián Rubén s. Daños y perjuicios", del 15/06/2016), haciendo lugar parcialmente al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto en lo referente a la tasa de interés, la cual ha de liquidarse según 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, desde la fecha del hecho dañoso hasta el día de su efectivo pago (arts. 622 y 623, Código Civil de Vélez Sarsfield; 7 y 768, inc. "c", Código Civil y Comercial de la Nación; 7 y 10, ley 23.928 y modif.). Esta ¿doctrina legal? no ha sido modificada hasta el momento del dictado de este pronunciamiento, señalando que los fallos de la misma Corte Provincial en ¿Vera, Juan Carlos c/ Pcia. de Bs.As. s/ daños y perjuicios?, C. 120536 del 18/4/2018 y ¿Nidera SA c/ Pcia. de Buenos Aires s/ daños y perjuicios?, causa 121134 del 3/5/2018, que establecen una tasa del 6% anual, no han variado aquella posición. Se trata de dos casos aislados, de supuestos distintos a estas actuaciones, que, además, los miembros del Tribunal no manifestaron el cambio de criterio. A ello habría que agregar, que la Corte con fecha 3 de mayo de 2018 (el mismo día de la causa ¿Nidera?) en autos ¿Sánchez, Daniel c/ Pacheco, Mario s/daños y perjuicios?, C 119.294, y en autos ¿Hernández, Alejandro c/ Municipalidad de Tres Arroyos s/ daños y perjuicios?, C.119.370 del 9/5/2018, han reiterado la doctrina legal que había iniciado el fallo ¿Cabrera?. *) Conforme lo expuesto se revoca la tasa de interés fijada en la sentencia apelada y se dispone aplicar al capital de condena, 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, desde la fecha del hecho dañoso hasta el día de su efectivo pago. TERCERO: CONCLUSIÓN: de compartirse mi criterio, considero que debe REVOCARSE la sentencia dictada en primera instancia, en cuanto se admitía el reclamo de daño moral petitionado por la señora María Inés Gerbo y determinaba la tasa de interés aplicable. Voto, en consecuencia, PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA. El señor Doctor Roberto Camilo Jordá por los mismos fundamentos, vota también PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA. A LA SEGUNDA CUESTIÓN, el Sr. Juez Dr. ROJAS MOLINA, dijo: Sentadas así las pautas, propongo REVOCAR la sentencia de primera instancia en cuanto ahora se establece rechazar el daño moral reclamado por la coactora María Inés Gerbo y aplicar al capital de condena los intereses calculados conforme la tasa que pague el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones de depósito a treinta días, vigente en los distintos períodos de aplicación desde la fecha del hecho (02 de setiembre de 2012) y hasta el efectivo pago; por otra parte se confirma en todo lo demás que ha sido materia de agravios de la parte actora, que las costas de la Alzada se impongan por su orden, por la manera en que se decide (art. 68, párrafo segundo del CPCC) y se difiere la regulación de honorarios para su oportunidad. ASI LO VOTO. El señor Juez doctor Roberto Camilo Jordá por los

misimos fundamentos, vota en análogo sentido. Con lo que terminó el Acuerdo dictándose la siguiente: SENTENCIA Morón, 13 de junio de 2019. AUTOS Y VISTOS: De conformidad al resultado que arroja la votación que instruye el Acuerdo que antecede, por unanimidad, se decide: 1°) Rechazar el daño moral reclamado por la coactora María Inés Gerbo; 2°) Aplicar al capital de condena los intereses calculados conforme la tasa que pague el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones de depósito a treinta días, vigente en los distintos períodos de aplicación desde la fecha del hecho (02 de setiembre de 2012) y hasta el efectivo pago; 3°) Confirmar en todo lo demás que ha sido materia de agravios de la parte actora; 4°) Imponer, por su orden, las costas de la Alzada por la manera en que se decide (art. 68, párrafo segundo del CPCC); 5°) Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad. 043038E