

LOBOS MÓNICA SUSANA Y OTROS C/ MUNICIPALIDAD DE CIPOLLETTI Y
OTRO S/ ORDINARIO

EXPTE. 32612; JUZG. CIVIL I

Cipolletti, 1° de marzo de 2017.

VISTAS: las presentes actuaciones caratuladas "LOBOS MÓNICA SUSANA Y OTROS C/ MUNICIPALIDAD DE CIPOLLETTI Y OTRO S/ ORDINARIO" (Expte. 32612-I-2013) para dictar sentencia definitiva, de las cuales

RESULTA:

I. A fs. 170/176 comparecen por intermedio de su abogado apoderado y con patrocinio letrado, los Sres. Mónica Susana Lobos, Juan Bautista Matías, Sergio Nicolás Matías, Gloria Elizabeth Matías, Joana Jimena Matías, Juan Pablo Matías, Verónica Susana Matías y Mariana del Carmen Matías, en su calidad de padres y hermanos del menor fallecido, '\Michael Matías\' e interponen demanda de daños y perjuicios contra la Municipalidad de Cipolletti y Seguros Bernardino Rivadavia Coop. Ltda, por la suma de \$ 1.210.000, o lo que en más o en menos surja de la prueba a producirse en autos, con más sus intereses desde el día del hechos, gastos y costas del proceso.

Previo al relato de los hechos, señalan que existe una causa penal en trámite, "López Javier Andrés s/ Homicidio Culposo" (N° 2617/12/11) en trámite ante el Juzgado de Instrucción N° 6 de esta ciudad.

Seguidamente narran que con fecha 24/10/2011, en el basural municipal ubicado en el sector noroeste de la ciudad de Cipolletti, siendo aproximadamente las 06:00 hs., en circunstancias que el Sr. Javier Andrés López conducía el camión recolector de basura de propiedad de la Municipalidad demandada, dominio GFF-726, interno 103 y en el momento de descargar la basura, en una maniobra cargada de imprudencia al no verificar si había alguien, realizó un movimiento de descarga aplastando al menor '\Michael Matías\', provocándole su muerte. La víctima era hijo de Mónica Susana Lobos y Juan Bautista Matías, y hermano de los restantes actores. Señalan que, según las constancias de la causa penal, '\Michael\' murió como consecuencia de haber sido aplastado por un camión basurero de propiedad de la Municipalidad de Cipolletti, conducido por el Sr. Javier Andrés López. Del informe médico policial surge que el cuerpo de '\Michael\' presentaba aumento de movilidad en la región cervical y crepitación ósea local, crepitación ósea y desviación del eje natural de la columna

dorsal, crepitación ósea en ambas parrillas costales, crepitación ósea y hundimiento en la zona de la clavícula izquierda, deformación -desviación de su eje natural y crepitación ósea en su muslo derecho, hematomas extensos con excoriaciones extensas en torax -abdomen, miembros inferiores y región cérvico dorsal, heridas contusas en cuero cabelludo, hematoma bpalpebral y otorragia. Continúa diciendo que el Municipio es propietario del camión basurero dominio GFF-726, interno 103 que conducía el Sr. López, por lo que su responsabilidad nace de la previsión contenida en el art. 1113 del Código Civil, como propietario de la cosa riesgosa. De igual modo, atribuye responsabilidad al Municipio al haber omitido establecer las medidas de seguridad mínimas en el ámbito del basural, lo que provocó el accidente. Cita la parte resolutive de la resolución del Juez de instrucción que recomienda al Secretario de Servicios Públicos adoptar medidas pertinentes en relación a la descarga de basura. Sintetiza explicando que el Municipio consentía, toleraba y permitía que personas (hombres, mujeres y niños deambularan de noche en busca de objetos de valor, en medio de un humo que obstaculizaba la visión nocturna y que provenía de fogatas que la gente, que concurría al basural, prendía para iluminarse y darse calor, todo sin medida de seguridad alguna. De ese modo, concluye que la deficiente prestación del servicio público de recolección de basura provocó el fatal accidente. Luego detalla los daños reclamados y los cuantifica. Practica liquidación. Funda en derecho y ofrece prueba. A fs. 180/189 acompaña partida de defunción 'Michael Matias' y actas de nacimiento del menor y restantes actores.

II. A fs. 204/216 comparece y contesta la citación la Aseguradora Bernardino Rivadavia Coop. Ltda., solicitando el rechazo de la demanda, con costas a la actora.

Liminarmente, reconoce haber emitido una póliza a favor de la Municipalidad de Cipolletti, póliza N° 17/214112, correspondiente al vehículo individualizado con dominio GFF-726, con un límite de cobertura máxima de \$ 3.000.000. Seguidamente, niega los hechos invocados por la parte actora y desconoce la documental acompañada por la misma. A continuación, sostiene que los hechos sucedieron en forma muy distinta a lo relatado por la parte actora y niega la responsabilidad de la demandada y de la propia Aseguradora, dado que el comportamiento del demandado no tuvo incidencia causal en la producción del accidente. El resultado dañoso fue consecuencia del obrar antirreglamentario y negligente de la propia víctima, por no haber observado las disposiciones de tránsito vigentes. Destaca que de la causa penal surge que el conductor del camión, Javier Andrés López, el día del accidente se encontraba efectuado las

maniobras necesarias para arrojar la basura que transportaba el camión, siendo asistido por los Sres. Arratia y Huenchuman, quienes efectuaron la tarea de descarga. Ninguno advirtió algo extraño que les llamara la atención. Destaca que de la causa penal resultó el sobreseimiento total y definitivo del Sr. López, determinándose que el mismo no tuvo la posibilidad de prever que en el sector en el que descargó la basura se encontraba un joven durmiendo. De ese modo concluye que 'Michael' se encontraba durmiendo en los momentos previos al accidente y que el municipio no tomó ningún tipo de medida de seguridad ni efectuó control alguno para evitar que se produzca el hecho. Seguidamente argumenta sobre la culpa de la víctima, con base en el art. 1111 del Código Civil, entendiendo que el presente caso cuadra en el supuesto contemplado en la norma citada. Asimismo, señala que la propia actora ha influido en las consecuencias del desgraciado hecho, al despreocuparse totalmente de la salud y bienestar de su hijo y mantuvo una actitud pasiva al saber que su hijo dormía en la basura con ausencia total de protección de sus padres. De ese modo, entiende que si los padres lo hubiesen protegido el hecho no se hubiese suscitado. Rechaza cada uno de los rubros indemnizatorios pretendidos por la parte actora. Funda en derecho y acompaña y ofrece prueba.

III. A fs. 229/238 comparece mediante apoderado y con patrocinio letrado la Municipalidad de Cipolletti y contesta demanda solicitando su total rechazo costas a la actora.

Luego de negar los hechos, como primer defensa opone la falta de legitimación activa de los hermanos de 'Michael Matias' para demandar en autos con fundamento en el art. 1078 del Código Civil. Conforme la norma citada, el número de personas habilitada para reclamar una indemnización por daño moral se encuentra limitada (damnificado directo o, en su caso, los herederos forzosos) y ello tiene fundamento en la necesidad de evitar un sin número de reclamos legales. En tal sentido, al presentarse los padres de la víctima a reclamar la indemnización por daño moral, desplazan a los hermanos por ser aquellos herederos de mejor grado. Funda en derecho y cita jurisprudencia en su favor. Seguidamente, reconoce la existencia del accidente así como también que el deceso de 'Michael' se produjo ante el aplastamiento del mismo por el interno N° 103 que es propiedad del Municipio. No obstante ello, la demandada entiende que resulta de aplicación el art. 1113 del Código Civil que expresamente determina la eximición total o parcial de responsabilidad si se acredita la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder. En tal sentido, entiende que en el caso han operado dos causas

ajenas exclusivas que determinan la eximición de responsabilidad del Municipio demandado, esto es, por un lado el hecho de la víctima (art. 1111 C.C.) y por el otro la de un tercero (padres, art. 1114 del CC) por quien la demandada no debe responder. En tal sentido, señala que, conforme surge de la causa penal, Michael se encontraba dormido, tapado con cartones y en el playón de descarga del predio del basurero municipal, por lo que el obrar imprudente de la víctima y la falta de control de los padres son los factores que han concurrido casualmente a la producción del accidente. Finalmente fundamenta sobre la falta de responsabilidad subjetiva (art. 1112 del CC) del Municipio e impugna los reclamos indemnizatorios. Cita en garantía. Funda en derecho y acompaña y ofrece prueba.

IV. A fs. 244 se abrió la causa a prueba, fijándose la audiencia prevista por el art. 360 del CPCC, la que se celebró según acta de fs. 258. Producidas las pruebas ofrecidas por las partes según certificado de fs. 316 y agregados los alegatos de la parte demandada a fs 338/344 y de la citada en garantía a fs. 346/354, se llamó autos para dictar sentencia a fs. 338, providencia que se encuentra firme y consentida.

Y CONSIDERANDO:

I. Encontrándome en condiciones de resolver, considero necesario, liminarmente, pronunciarme sobre el derecho aplicable al caso, para luego determinar si se encuentra probada la existencia del hecho invocado por la parte actora como productor del daño y, en su caso, la responsabilidad de las partes y la legitimación activa de los hermanos de 'Michael Matias' para reclamar en autos. Finalmente, y de corresponder, determinaré la reparación de los daños reclamados.

La entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación a partir del 1/08/2015, hace necesario determinar qué derecho resulta aplicable al caso en cuestión, si el nuevo Código o el anterior derogado; y en tal sentido entiendo que corresponde que resulta aplicable el vigente antes de la reforma, es decir, el Código de Velez.

En tal sentido, explica la Dra. Aida Kemelmajer de Carlucci en su obra "La Aplicación del Código Civil y Comercial a las Relaciones y Situaciones Jurídicas Existentes" (Ed. Rubinzal -Culzoni 2015), que el juez no puede juzgar sino conforme a las reglas del derecho vigente y que -en consecuencia- resulta obligatorio. Vinculado al caso particular, explica que el "...el daño no es una consecuencia sino elemento constitutivo del régimen de responsabilidad, y ésta es la razón por la que rige la ley vigente al momento del hecho y no la posterior...".

Es decir entonces, que en nuestro caso, atento a que el hecho dañoso denunciado

acaeció en el año 2011, resulta aplicable el régimen de responsabilidad contenido en el Código de Vélez.

Sentado ello, pasaremos a analizar el caso a resolver.

Cabe mencionar que vinculado al hecho dañoso objeto de autos, ha existido un proceso penal contra el conductor dependiente del Municipio de Cipolletti, Sr. Javier Andrés López ("López Javier Andrés s/ Homicidio Culposo, Expte N° 2617/12/11) en el cual se dispuso su sobreseimiento en fecha 7/07/2012 (conf. sentencia del Juez de Instrucción de fs.151/159 y confirmada por la Cámara I en lo Criminal a fs.202/204 y 217/218 - rechazándose el recurso de queja ante el STJ a fs. 227/233- de la causa penal que tengo a la vista).

Como es sabido, "...el sobreseimiento definitivo recaído en causa penal sólo descarta la imputación de que el acusado procedió con culpa con aptitud para fundar su condena en sede criminal, mas no excluye que llevada la cuestión a los estrados de la justicia civil, pueda indagarse en la medida en que la culpa civil es distinta en grado y naturaleza que la penal- sin no ha mediado de parte del sobreseído una falta o culpa civil que lo responsabilice pecuniariamente" (conf. CSJN in re: "VIÑALES" del 26.08.2003, haciendo suyo el dictamen del Procurador General). Asimismo, en este fuero pueden encontrarse factores de atribución objetivos, que prescinden del análisis de toda culpa y que podrían llegar a generar una responsabilidad diferente a la que se busca en sede penal.

Además, respecto de los hechos, cabe tener presente que la sentencia penal tuvo por acreditado el hecho en sí mismo sobre la base de prueba debidamente valorada, más no la culpabilidad penal del conductor del camión. Así, de las constancias probatorias de la causa penal, el hecho controvertido en este proceso fue debidamente indagado en sede penal y ello, me permite concluir que el hecho ha sido conocido y juzgado con los alcances del art. 1103 del C.C., y por lo tanto es irreversible al haber sido investigado y juzgado por el juez penal competente, cuyo pronunciamiento se encuentra firme.

En consecuencia, respecto del hecho, debemos decir que el mismo se encuentra probado en base a las constancias de la causa penal y también en base al reconocimiento que el Municipio realiza en su contestación de demanda (ver fs. 230 vta.), sin perjuicio de atribuir al responsabilidad del mismo a la propia víctima y a sus padres (en base a los arts. 1111 y 1114 del C.C.).

De ese modo, puedo decir que "...el menor 'Matias' murió como consecuencia de haber sido aplastado por el camión basurero conducido por ..López (...) quedó demostrado que

el cuerpo del menor Matias fue hallado muerto el 24-10-2011 a las 05:59 hs., en el sector de descarga de basura del basurero municipal en el paraje Santa Elena de esta ciudad de Cipolletti..., determinándose que el último camión en descargar había sido el interno Nro. 103 (Dominio GFF 726) conducido por Javier Andrés López, quien se acompañaba de Martín Arratia, Diego Huenchuman y Walter Lara...Se acreditó que varias personas concurren todas las noches al basurero en búsqueda de plásticos, vidrios metales y otros elementos que después puedan vender como "material reciclable", (...) entiendo que el menor 'Matias' al momento del hecho se encontraba durmiendo entre los cartones...Tanto López como los coleros Arratia, Huenchuman y Lara no tuvieron la posibilidad de preveer que el menor 'matias' se encontraba durmiendo allí...".

Ingresando en el análisis de la responsabilidad de la demandada, entiendo que el Municipio es responsable por el hecho dañoso tanto como propietario de la cosa riesgosa, esto es, del Camión dominio GFF-726 (art. 1113 del C.C.) como en su calidad de sujeto a cargo de la organización y seguridad en el Servicio Público que brinda (Art. 1112 C.C.) y como empladora del Sr. López (Art. 1113, primer párrafo del C.C.).

Por otro lado, la Aseguradora, en primer término, atribuye responsabilidad por el hecho dañoso al Municipio por no tomar ningún tipo de medidas de seguridad ni efectuar control alguno para evitar que se produjera el hecho (Art. 1112 del C.C.) y en segundo término responsabiliza a los padres de 'Michael', bajo similares fundamentos que la accionada (Art. 1114 del C.C.).

Conforme lo establece el art. 1113 del C.Civil, cuando el daño se ha producido por el riesgo o vicio de la cosa, su dueño o guardián debe responder indemnizando a la víctima, salvo que pruebe que el hecho ha ocurrido por culpa de un tercero por quien no debe responder o demuestre la culpa de aquella.

Ahora bien, la demandada postula, para eximirse de responsabilidad, que el origen del hecho fatal fue que 'Michael' se dispuso a dormir en el playón de descarga de basura del predio del basurero. De ese modo, entiende que tanto dicho obrar imprudente de la víctima como la falta de control de los padres fueron factores determinantes de la producción del hecho.

Conforme ha quedado acreditado en la causa penal y en autos, además de que resulta ser un hecho de público conocimiento respecto del cual el Municipio reconoció haber tenido conocimiento, es habitual que personas ingresen al basural del Municipio en búsqueda de cosas de valor para intercambiar, como así también -según consta además

con los testimonios de la causa penal y de autos- que las personas concurren de noche, generando un denso humo a través de fogatas para iluminarse y darse calor, las que, por otro lado, encarecen la visibilidad (como sucedió el día del accidente) en gran modo impidiendo visualizar de manera clara el ingreso de los camiones.

En tal sentido, el hecho de que 'Michael' durmiera o estuviera en el basural no era algo que para el Municipio pudiera ser imprevisible (adviértase que los testigos que realizaban recolección de basura lo hacían hace mucho tiempo, incluido 'Michael') y por ello, como bien dijo en su escrito de contestación de demanda, la Administración Municipal había dispuesto reuniones para la organización de recolección de basura.

Además, en el momento del hecho, 'Michael' se encontraba en un sector, que según las declaraciones testimoniales obrantes en autos, no era usual que se descargara basura, con el agravante que la persona que siempre guiaba la descarga no se encontraba (un tal "SÁNCHEZ". Ver fs. 34 vta de la causa penal).

Los testimonios fueron contundentes en cuanto a que funcionarios o dependientes del Municipio jamás concurren al basural a ocuparse de su organización, ya sea mediante la instalación de cartelería o cualquier otra señalización, personal de vigilancia o serenos.

Por otro lado, tampoco se puede endilgar la culpa a los padres, cuando no sólo ha quedado acreditado que la madre lo buscaba preocupada encontrándolo luego en condiciones lamentables, sino que además, estamos hablando de un adolescente de 17 años de edad (no de niño de 10 años o menos), próximo a cumplir mayoría de edad, con un grado de madurez que presumo le permitía entender la peligrosidad de dormir entre la basura, pero que quizás, por las circunstancias de la vida, no tenía más alternativa que descansar allí (ej., agotamiento físico) y no puede utilizarse la condición económica o de vulnerabilidad de la familia y de 'Michael' para juzgar el proceder de una familia entera, sin tener presente -además- que el Municipio siempre permitió, toleró y aceptó que esto sucediera y, en el contexto, cabe valorar que 'Michael', por las razones que fueran, dormía en un sector que -según expuso el testigo Ricardo Alfredo Oporto a fs. 54 de la causa penal- no era habitual que se descargara basura.

Un razonamiento diferente, llevaría a condenar a las personas por su condición de pobreza y vulnerabilidad.

El Municipio estaba en mejores condiciones para prevenir este tipo de situaciones y era consciente de ello desde que organizó la reunión antes mencionada.

Ni el adolescente víctima del infortunio, ni las demás personas que también solían (y

suelen) recolectar basura en el Basural Municipal ingresaron al mismo en forma intempestiva, abrupta o clandestina, por el contrario, era -y sigue siendo- de público conocimiento que al basural ingresaban personas para recolección de elementos de valor que puedan servirle para un fin determinado vinculado a su sustento diario o supervivencia (ejemplo: intercambio de elementos encontrados).

Evidentemente y sin perjuicio de la responsabilidad objetiva que le cabe por ser propietaria del vehículo que finalmente ocasionó el desenlace fatal, la Municipalidad es responsable porque no procedió a tomar las medidas de seguridad necesarias a efectos de evitar daños a terceros. Adviértase que en el predio no existía señalización, nadie que guíe al conductor para la descarga de basura, iluminación deficiente agravada por el humo, etc.

Resulta reprochable que el Municipio encuentre excusa para la falta de alambrado, resguardo y control en el basural en un prejuicado e hipotético "vandalismo" generalizado de la ciudadanía, estigmatizando de ese modo a una parte de la ciudadanía. Es por ello, que no se advierte que exista culpa de la víctima que pueda eximir de la responsabilidad objetiva que le cabe al Municipio como propietaria del vehículo ni de los padres de "Michael" que permita desplazar dicha responsabilidad o concurrir con ella.

Nuevamente, se antepone un pensamiento y conclusión claramente despectiva e injustificable para no cumplir con un deber de seguridad y control, y livianamente el Municipio pretende cargar con dicha responsabilidad a los padres de "Michael" cuya condición de vida -conforme surge a lo largo de las constancias de la causa y la misma reconoce como de pobreza (ver fs.234 tercer párrafo)- no era de la más amena y económicamente confortable.

Estimo poco probable que si "Michael" y su familia hubiesen tenido todas sus necesidades básicas satisfechas hubiesen estado recolectando basura en el basural Municipal; como también entiendo que, una madre -y lo contrario no ha sido demostrado- jamás sometería a tales circunstancias a un hijo si pudiera darle un mejor pasar de vida, si su realidad económica fuera diferente.

Es el Estado el que debe brindar el servicio correspondiente en las mejores condiciones de seguridad y resguardo para los ciudadanos, en especial, para los niños, niñas y adolescentes, no éstos adoptar medidas de seguridad en forma indirecta por la deficiencia del Estado. Es éste el que esta en mejores condiciones económicas y administrativas; y no el ciudadano quien debe soportar y asumir las irregularidades de la Administración.

Argumentar, en el caso concreto, sobre la responsabilidad de 'Michael' en su propia muerte, resulta discriminatorio y contrario al Interés Superior del Niño (art. 3, ley 26061, arts. 3, 5 y ccdtes Convención de los Derechos del Niño), que debe ser rector de toda la política Municipal para resaltar la dignidad y desarrollo de las potencialidades de los niños, niñas y adolescentes.

En este contexto, lo cierto es que 'Michael' no debió sufrir como consecuencia de su situación de vulnerabilidad (ni tampoco sus padres).

En consecuencia, la Municipalidad es responsable por el accidente sufrido por 'Michael Matias' tanto como responsable del servicio de recolección de basura (art. 1112 CC) como por resultar titular del vehículo involucrado (1113 C.C.) y, agrego además, por el hecho de ser el Sr. López, dependiente del Municipio (Art. 1113, primer párrafo del C.C.) quien fue muy poco diligente en su obrar.

En efecto, si bien el Sr. López no fue encontrado penalmente responsable, entiendo que corresponde endilgarle el hecho de que era el conductor del camión involucrado y que procedió a descargar la basura sin mayores recaudos a pesar de que -como bien reconoció y resultó acreditado en autos- la visibilidad no era buena y era habitual que personas se encontrasen en la basura, y no se encontraba el encargado que solía estar.

De ese modo, el proceder del dependiente (que se encontraba en funciones y se trataba de un hecho en evidente conexión con sus tareas a cargo como dependiente del Municipio) y el daño causado no aparecen como justificados.

Recordemos que la ley constituye al principal en garante de las culpas de su subordinado en funciones, por razones prácticas y de justicia, pues existe un interés social de proteger a la víctima frente a quien realiza su actividad recurriendo al auxilio de terceros. (Confr. Bustamante Alsina, "Teoría General de la Responsabilidad Civil, 1972, pag. 287, entre otros).

Por todo ello, el Municipio, ya sea como titular del vehículo involucrado en el siniestro, como responsable de la organización del servicio público de recolección de residuos, como principal y empleador del conductor del camión que intervino en el incidente fatal, es responsable por el hecho dañoso.

II. Sentado ello, y previo a analizar los rubros reclamados, corresponde analizar la legitimación activa de los hermanos de 'Michael', Sres. Sergio Nicolás, Gloria Elizabeth, Joana Jimena, Juan Pablo, Verónica Susana y Mariana del Carmen, todos de apellido 'matias' y la constitucionalidad del art. 1078 del C.C.

El tema ha sido reiteradamente analizado por la doctrina y jurisprudencia del fuero y

tratado por nuestro Máximo Tribunal de provincia en distintas causas. En tal sentido, cabe traer a consideración lo resuelto por el STJRN en los autos "SEPULVEDA, Ariel Desiderio y Otra c/PROVINCIA DE RIO NEGRO (CONSEJO PROVINCIAL DE EDUCACIÓN) y Otros s/ORDINARIO s/ CASACION" (Expte. N° 26667/13-STJ-).

En dicho precedente se dijo que "...La legitimación de los damnificados indirectos por daño moral es un tema que desde hace ya tiempo viene siendo materia de arduo debate en distintas jornadas y se han esbozado diversos proyectos de modificación que contemplan un criterio menos restrictivo que el expresado en el texto del artículo 1078 nacido con la reforma del año 1968; restricción esta que obedeció a la necesidad de establecer un corte a los legitimados. Así cabe recordar que Llambías, por ejemplo, decía que las ondas dolorosas que esos hechos producían podían ser indefinidas, por lo que era preciso ponerles un límite (conf. LLambías, Jorge, "El precio del dolor", JA, 1954-II-364).- En este contexto cabe destacar que en el sentido de reputar como inapropiadas las limitaciones a la legitimación activa establecida por el art. 1078 del Código Civil, se habían pronunciado las conclusiones de sendas Jornadas Jurídicas celebradas en nuestro país tiempo atrás. Así, en las "Jornadas sobre temas de responsabilidad civil en caso de muerte o lesión de las personas" de Rosario, año 1979, se suscribió un despacho según el cual: "Debe modificarse el art. 1078 del Código Civil, en cuanto otorga solamente a los herederos forzosos la acción para obtener el resarcimiento del daño moral en caso de muerte de la víctima directa. A tal efecto, se propone la siguiente redacción para el segundo párrafo del art. 1078: La acción por indemnización del daño moral corresponderá también, de acuerdo con lo establecido en el art. 1079 del Código Civil, a los parientes que acrediten haber sufrido una lesión en sus intereses legítimos, aunque del hecho ilícito no haya derivado la muerte de la víctima" (Roberto H. Brebbia, Carlos Corbella y Omar U. Barbero). Y dicho parecer se reiteró luego en las "Segundas Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil" de 1984, en las cuales en el Tema VI sobre "Daño Moral", se propició de lege ferenda como punto VI lo siguiente: "Se aconseja ampliar en una futura reforma del Código Civil el ámbito de damnificados indirectos legitimados para reclamar la reparación del daño moral (Alberto J. Bueres, Ramón D. Pizarro, Matilde Zavala de González, Silvana Chiapero de Bas, Beatriz Junyent de Sandoval, María E. Lloveras de Resk y Gabriel Stiglitz)"- También la jurisprudencia constantemente se ha venido inclinando hacia la aplicación de este criterio que la doctrina ya venía insinuando desde larga data. Si bien existen un sinnúmero de casos que se podrían traer como ejemplo, citaré algunos de los

precedentes que son relativamente recientes. Así tenemos que: “El art. 1078 del Código Civil en tanto limita el reclamo por daño moral al damnificado directo en el caso, excluyendo al padrastro y a los hermanos de la víctima, es inconstitucional, pues, se vulnera el principio de igualdad, en tanto se discrimina injustificadamente a los “herederos forzosos” de los restantes damnificados, violentando el derecho a obtener una reparación integral del daño por parte de los accionantes, así como también lesiona el principio de protección integral de la familia al no permitir que se repare el inconmensurable dolor producido.” (CNAC., Sala J Se. del 12/04/2012, in re: “S., M. E. y otros c. G., S. T. y otros s/ Daños y Perjuicios”, AR/JUR/14044/2012); “El art. 1078 del código Civil resulta inconstitucional por violentar el principio de igualdad ante la ley, ya que discrimina entre damnificados a los fines de concederles legitimación activa para reclamar el resarcimiento del daño moral que les ha provocado el hecho que funda la obligación de indemnizar, máxime considerando la amplitud que establece el art. 1079 del citado cuerpo normativo respecto de la reparación material (del voto del Dr. Zannoni)” (CNAC, Sala F, Se. del 24/08/2009, in re: “C. M., G. y otros c. M., C. E. y otros”, AR/JUR/33342/2009).-(...) Por último de todos estos proyectos, hoy el más importante está dado por el artículo 1741 del Anteproyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación del año 2012, ya que el mismo se encuentra en tratamiento en el Congreso de la Nación (con media sanción de la Cámara de Senadores). En este anteproyecto se señala que: “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...”. Respecto a este proyecto Trigo Represas, ha dicho que: “...se ha propiciado así en el primer párrafo del proyectado art. 1741, que: ‘Si del hecho resulta su muerte (del damnificado directo) 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’”. Solución ésta con la cual se vendrían pues a eliminar, acertadamente, los impedimento que actualmente tienen algunos damnificados indirectos, para poder accionar por indemnización del daño moral, resultante actualmente de los términos del vigente artículo 1078 de nuestro Código Civil; por lo que ya se ha pronunciado afirmativamente buena parte de nuestra doctrina, sumándose día a día nuevos precedentes jurisprudenciales en igual sentido. Por todo lo cual sobre este aspecto cabe sin duda apoyar las nuevas normativas propuestas en el Proyecto de Código Civil y

Comercial unificado del año 2012.” (Trigo Represas, Félix A., en Diálogos de doctrina sobre Daño Extrapatrimonial, Publicado en: RCyS 2013-IV, 5).- (...) No se trata ya de una cuestión hereditaria, sino de derecho indemnizatorio, pues la acción de daños y perjuicios se otorga al llamado damnificado indirecto iure proprio, no iure hereditatis, es decir que éstos están reclamando la minoración espiritual personal; y el enfoque no debe hacerse bajo los principios del Derecho Sucesorio, dado que como lo sostiene Pizarro, tan solo se trata de un parámetro objetivo, técnico, orientado a enunciar a posibles damnificados indirectos, aunque coincide con el jurista, en cuanto a que la visión debe ser lo suficientemente amplia como para posibilitar soluciones justas acordes a la letra y espíritu de la ley (conf. PIZARRO, Ramón Daniel, “Daño moral. Prevención. Reparación. Punición”, pág. 227). (...). Para valorar si la limitación contenida en el art. 1078 Cód. Civil, respecto de los legitimados activos, es o no ajustada a la constitución, puede resultar sumamente útil tener en cuenta la normativa vigente en el plano supranacional, particularmente los tratados sobre derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional. El art. 63 inc. 1* de la Convención Americana sobre derechos humanos, aprobada por Ley N° 23.054 y la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos en materia de daños a la persona, son muy amplios y flexibles, especialmente en lo referido a los sucesores (ascendiente, descendiente, cónyuge) de la víctima, cuyo daño moral presume de manera iuris tantum. Tratándose de personas que sin alcanzar la calidad de sucesores han experimentado un daño patrimonial o espiritual grave, derivado de la muerte de otro, la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos se inclina por otorgar legitimación activa. Tal es el caso de los hermanos, a quienes permite considerarlos legitimados activamente para reclamar daño moral sin que ello obste, por cierto, a la exigencia de demostración del perjuicio por parte de aquéllos. Una cosa es la legitimación activa para accionar y otra, muy distinta, es la existencia y prueba del daño. Los criterios internacionales en esta materia no coinciden con nuestra legislación de fondo, pues el art. 1078 Código Civil niega legitimación activa a los hermanos. En suma: La limitación que en materia de legitimación ACTIVA por daño moral está establecida en el art. 1078 Código Civil hoy deviene, en muchos casos, inconstitucional, al consagrar un tratamiento irrazonablemente distinto del que fluye nítidamente de las pautas supranacionales. Las soluciones que se buscan en la parte dogmática de la Constitución Nacional para la declaración de inconstitucionalidad del art. 1078 Código Civil en materia de legitimación ACTIVA, pueden también encontrar un complemento

razonable y flexible en aquellas normas y principios consagrados por los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos, hoy incorporados a la Carta Magna por vía del art. 75 inc. 22. Esa interpretación guardaría plena armonía con el espíritu de nuestra Constitución y permitiría enlazar fluidamente los derechos y garantías reconocidos en su parte dogmática con aquellos que se han incorporado a través de los pactos internacionales sobre derechos humanos con igual jerarquía.” (PIZARRO, Ramón Daniel, en Diálogos de doctrina sobre Daño Extrapatrimonial, Publicado en: RCyS 2013-IV, 5).- Y en este contexto hay que recordar que tratándose del análisis de los tratados de derechos humanos, los tribunales no deben limitarse a aplicar sólo las leyes locales, sino también la Constitución, los tratados o convenciones internacionales conforme a la jurisprudencia emitida por cualesquiera de los tribunales internacionales que realicen la interpretación de los tratados, pactos, convenciones o acuerdos celebrados; lo cual obliga a ejercer el control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas y las supranacionales, porque éste implica acatar y aplicar en su ámbito competencial, incluyendo las legislativas, medidas de cualquier orden para asegurar el respeto de los derechos y garantías, a través de políticas y leyes que los garanticen...”.

En consecuencia, entiendo que el sistema previsto en el art. 1078 del C.C. resulta inconvencional e inconstitucional en la medida que "...vulnera la esencia misma de los siguientes preceptos constitucionales: el alterum non laedere que la Constitución consagra como límite concreto de las conductas privadas individuales en su artículo 19 y que también está regulado por los arts. 907, párrafo segundo, 1071, 1109, 1113, párrafo segundo, 2618, entre otros del Código Civil; el principio de igualdad ante la ley consagrado en el art. 16 de nuestra Carta Magna y en el art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el principio de razonabilidad del art. 28 de la Constitución Nacional; los preceptos constitucionales de protección integral de la familia (arts 14 bis, tercer párrafo de nuestra Carta Magna, 17, 27 y ccdtes. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, "Pacto de San José de Costa Rica", 10 y 23 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales); el derecho que toda persona tiene a que se respete su integridad física, psíquica y moral (art. 5* del Pacto de San José de Costa Rica y 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Adla, XLIV-B, 1250; 1107); el derecho a una indemnización justa (art. 21 inc. 2° del Pacto de San José de Costa Rica)...Además la norma confronta con la doctrina emanada del art. 1079 del Código Civil, en cuanto sienta el principio general

de la responsabilidad civil y a su amparo amplía el espectro de legitimados para reclamar el daño y con lo regulado por el art. 1080 del mismo cuerpo legal. Por lo que, tales normas y la que es materia de examen en autos deben ser interpretadas con las reglas de hermenéutica, que se estatuyen en el artículo 16 del Código Civil. Los elementos que constituyen el proceso interpretativo, son cuatro: filológico o gramatical, lógico, histórico y sociológico. Pero en particular, para el caso sub examine, hay que destacar aquella que impone que no se tomen las disposiciones aisladas, sino en conjunto. Es decir efectuar una interpretación sistemática, desde que una norma no está aislada sino inserta en un sistema unitario y concluso, por lo cual debe ser aprehendida en su conexión con las otras normas y, en particular, debe armonizarse con los principios fundamentales que aseguren la íntima coherencia del ordenamiento en su conjunto y con las otras normas que disciplinan la materia. El intérprete, una vez considerada la norma en base a los elementos literales e históricos, debe insertarla en el sistema..." (SEPULVEDA, Ariel Desiderio y Otra c/PROVINCIA DE RIO NEGRO (CONSEJO PROVINCIAL DE EDUCACION) y Otros s/ORDINARIO s/ CASACION, "Expte. N° 26667/13-STJ-).

Conforme lo expuesto, entiendo que en virtud de los principios o alterum non laedere, equidad, buena fe y en los preceptos constitucionales anteriormente mencionados, la legitimación activa de los hermanos resulta procedente.

Dicho esto, y conforme la doctrina del STJ citada, corresponde evaluar si el daño moral y psicológico invocado por los hermanos resultó debidamente acreditado en autos.

Por tales rubros, los hermanos pretenden una indemnización de \$ 300.000 en concepto de daño moral y de \$ 150.000 (\$25.000 por cada hermano) en concepto de daño psicológico.

Repasando las pruebas producidas autos, en especial teniendo en cuenta el desistimiento de la prueba pericial psicológica (ver fs. 316), el rechazo de los rubros mencionados se impone.

En efecto, adviértase que no se ha producido prueba alguna tendiente a acreditar el trato familiar, fraternal y afectivo entre los actores (hermanos) y la víctima. Algunos testigos declararon que '\Michael\' ayudaba económicamente a su familia, pero ninguno declaró sobre la existencia de un lazo afectivo o trato familiar o fraternal. Incluso no quedó claro si vivía o no con sus padres y hermanos.

La ayuda económica no siempre es indicio de la existencia de lazos fraternales. Tampoco quedó acreditado que la '\Michael\' compartiera estrechamente la vida

cotidiana o algún proyecto vital con alguno de ellos.

Lo cierto es que de un análisis pormenorizado de las circunstancias fácticas, teniendo especialmente en cuenta la falta de producción de prueba psicológica y la falta de elementos que me permitan tener como acreditado el daño moral y/o psicológico pretendido, corresponde rechazar sin más los rubros reclamados.

III. Sentado lo anterior, pasaré analizar la procedencia de los rubros reclamados por los padres de 'Michael'.

Tres son los rubros peticionados por los padres del menor, cuales son: a) Valor vida y b) Daño moral y c) Daño psicológico.

a) Valor Vida

Con fundamento en el art. 1079, 1084 y 1085 del C.C., la actora reclama por este rubro la suma de \$ 300.000 (para ambos padres). Asimismo, sostiene que al momento de cuantificar el daño, se debe tener en cuenta que 'Michael' aportaba a la economía del hogar. Por ello, la actora estima que como mínimo destinaba el 30% y el 40% de su ingreso hipotético haciendo changas de distintos oficios como albañilería, trabajos rurales, etc. En atención a ello, entiende que debe tomarse como base el ingreso mensual que al momento del deceso percibía y el cual ascendía, aproximadamente al salario mínimo vital vigente en ese momento: \$2.850.

En principio, adhiero a la tesis de que la presunción contenida en los artículos 1084 y 1085 del Código Civil derogado, no debe ampliarse a cualquier heredero forzoso. Esta presunción opera en casos como en el de fallecimiento de una esposa o en la hipótesis que sobreviven hijos con capacidades restringidas o incapaces. Es decir, que en principio, no es de suponer que los padres dependan económicamente de sus hijos.

En tal sentido, de la prueba testimonial surge que 'Michael' trabajaba recolectando elementos de la basura, pero ninguno de los testigos declaró con certeza que 'Michael' hubiese sido sostén del hogar o contribuyera al mismo con sus ingresos. Tampoco quedó acreditado que se desempeñara realizando trabajos rurales o de albañilería, como sostienen los actores en su escrito de demanda. Ello tampoco fue acreditado de ninguna otra manera.

Sin embargo, el hecho de que no se hubiese acreditado de qué manera 'o el quantum con que Michael' contribuía al hogar al momento de su fallecimiento, no significa que ello alcance para conformar una base para descartar de que no lo hiciera.

Lo que debe resarcirse en caso de muerte de un hijo es el daño futuro cierto que corresponde a la esperanza, con contenido económico. Resarcimiento que cabe, sino a

título de lucro cesante, por lo menos como la pérdida de una "chance" y oportunidad que en el futuro, de vivir ese hijo, se hubiera concretado la posibilidad de una ayuda o sostén económico para la familia, daño futuro que bien puede calificarse de cierto y no eventual. La vida humana tiene un valor que debe resarcirse aún cuando nada produzca en el momento de su muerte, ya que es menester valorar, en el caso de la pérdida de un hijo, la frustración de la esperanza que los padres sustentaban acerca de la ayuda que podían recibir de él en el futuro. En cuanto al valor vida de un menor, el objeto de la indemnización es el "daño futuro cierto que corresponde a la esperanza".

La doctrina aconseja efectuar un balance de las perspectivas a favor y en contra. Del saldo resultante se obtendrá la proporción del resarcimiento. La indemnización deberá ser de la chance y no de la ganancia perdida."

Vinculado al presente caso, se ha resuelto: "A los efectos de determinar el valor resarcible por la muerte de un hijo en un accidente, aun cuando no se haya acreditado suficientemente que la víctima contribuyera al mantenimiento del hogar, la presunción que genera el Cód. Civil art. 367 y 372, referidos a las obligaciones alimentarias, permiten concluir que ello ha significado un daño actual y la pérdida de una expectativa futura que debe resarcirse (Cód. Civil art. 1079 y 1109); pues los padres que pierden a un hijo sin descendientes, se ven privados de contar con una probabilidad cierta de ayuda que implica la pérdida de toda futura protección, por lo que no resulta necesario probar el daño, pues la ley admite la existencia de un perjuicio cierto (Cód. Civil art. 1079 y 266) no conjetural ni hipotética, sino una verdadera "chance", o sea la pérdida de esperanza de ayuda económica que significaba para los progenitores la existencia del hijo mayor". (CNApel.Com., Capital Federal, 22/6/2006, "Miller, Ángela c/ Transportes Metropolitanos General San Martín SA s/ ordinario"). "En caso de muerte de un hijo menor, lo que debe resarcirse, es el daño futuro cierto que corresponde a la esperanza con contenido económico que constituye la vida de un hijo muerto a consecuencia de un hecho ilícito. Significa al menos la pérdida de una chance u oportunidad de que en el futuro, de vivir, en este caso el menor, se hubiera concretado no sólo la posibilidad de una ayuda económica, sino de atención y cuidado de los padres". (CApel.Civ.Com.Minería, San Juan, San Juan, Sala 3, 2/7/2004, Sent. 7281, "Zalazar, Julio Miguel y otra c/ Benítez, Carlos Augusto y otro s/ Daños y perjuicios").

Sostiene la doctrina que "...hoy en día se acepta en general pacíficamente, que la pérdida de chance constituye la privación de una utilidad o de un beneficio patrimonial que muy verosímelmente se habría podido lograr de no haberse producido el hecho

dañoso, por lo que implica, sin duda, un daño indemnizable” (conf. Trigo Represas, “La pérdida de chance en el derecho de daños”; Rubinzal, Revista de derecho de daños, 2088- 1, pág. 53 y sgtes.). Asimismo y en lo que puntualmente refiere a la muerte de un hijo, Mosset Iturraspe ha dicho que “en la medida en que el hijo posibilitado por sus circunstancias para ayudar a su padre lo hará, siempre atendiendo a lo que es normal y ordinario, sobre la base de un doble tope: por un lado, durante los años de vida que restan a sus padres y, por otra parte, hasta tanto ese hijo no constituya un nuevo hogar, que reclame prioritariamente su apoyo” (El valor de la vida humana, 3ª. Ed., p. 147). Y jurisprudencialmente, se ha dispuesto que “respecto del concepto de pérdida de chance, la Corte ha expuesto en reiteradas oportunidades que estamos frente a la frustración de una posibilidad futura, dentro del ámbito de las expectativas legítimas y verosímil según el curso ordinario de las cosas. Se destacan las ideas de: Frustración; posibilidad; verosimilitud; expectativas legítimas y curso ordinario de las cosas” (La pérdida de chance en la CSJN, Rubinzal, Revista de derecho de daños, 2088-1, pág. 181).

De ese modo, lo que aquí se indemniza es la probabilidad del daño, es decir la posibilidad de una ayuda económica futura que en virtud de las circunstancias naturales proporcionaría un hijo -en el caso de marras- a sus padres. Es de considerar aquí que es sumamente dificultosa la labor al efecto, toda vez que no hay parámetros objetivos que permitan la labor, habida cuenta que se parte de la muerte de un menor que, más allá de las tareas de recolección que realizaba, no ha iniciado aún actividad laboral.

En cuanto al monto, se ha dicho en casos similares que "...el arbitrio judicial no debe ser fruto de la pura intuición del juez, sino que debe manejarse sobre pautas reales, concretas y con apoyo de la realidad, sin ceñirse estrictamente a parámetros matemáticos, como en el caso de la liquidación del lucro cesante, pero sin perjuicio de utilizar las fórmulas de matemática financiera empleadas usualmente para calcularlo, pero como una guía y a simple título aproximativo, para luego, sobre esa base, aplicar algún porcentaje de reducción según el mayor o menor grado de probabilidad de que la chance se convierta en cierta. La víctima tenía apenas tres años y obviamente no percibía ingreso alguno." (Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Contencioso-administrativo de 1ª Nominación de Río Cuarto, Publicado en: LLC2012 (mayo), 453- Cita Online: AR/JUR/6001/2012, Fecha: 26/03/2012).

La jurisprudencia por una parte ha sostenido que “al evaluarse el monto del resarcimiento correspondiente a la pérdida de chance, corresponde ponderar las condiciones personales de la víctima y sus vinculaciones sociales, a efectos de presumir,

como probabilidad cierta, la situación en la que ésta se encontraba al producirse el hecho dañoso. El cálculo matemático de los presumibles ingresos del fallecido para la determinación del resarcimiento por la pérdida de la vida, sólo es admisible como una pauta aproximada, la cual deber ser, además, apreciada junto a los otros elementos de convicción reveladores de las circunstancias particulares del caso, teniéndose presente que la proyección futura de la colaboración económica de la víctima al tiempo del accidente debe ser apreciada con prudencia, puesto que debe tenerse en cuenta únicamente la parte con la que probablemente hubiera ayudado el fallecido al damnificado” (en el caso, se trataba del resarcimiento a los padres por el fallecimiento de un hijo)(conf. CNCiv., Sala C, in re “Luna, Víctor Fidel y otro c/ Ferrocarriles Metropolitanos S.A. FEMESA Línea Roca s/ Daños y Perjuicios”, del 3-12-98; SAIJ, Sum. Nro. C0043288), pero por otra parte, existe doctrina, de gran peso en el ámbito nacional, que sostiene lo contrario: “Mosset Iturraspe se pronuncia, en cambio, en contra de la admisión de una “chance” por la muerte de hijos, y realiza en el tema un examen cronológico de la situación, que podríamos sintetizar así: mientras es pequeño y hasta que se independiza, requiere un sostén material constante y serio: cuando ya trabaja, aumentan sus necesidades y los ingresos no le bastan para satisfacerlas; luego de la mayoría de edad, se prepara económicamente para la constitución de una familia; y cuando ésta se integra y amplía, los ingresos resultan día a día mas insuficientes. Se pregunta el autor si, en cualquiera de las etapas vitales, pueden esperar los padres alguna ayuda, y concluye en que no habría un daño patrimonial que ellos puedan invocar por la muerte del hijo” (Matilde Zavala de González, “Resarcimiento de daños, Daños a las personas, Pérdida de la vida Humana, To. 2b, pag. 250, citando a Mosset Iturraspe, “El Valor de la vida humana”).

Así entonces, debemos considerar que en el caso se trata de una familia humilde que obtenía sus recursos económicos de lo que lograban extraer el basural para luego intercambiar; de un menor que ya desde temprana edad colaboraba con sus padres en tal actividad, no existiendo constancias de que el mismo estudiara, y tampoco existe constancias de que hubiera intentado alguna especialización para lograr modificar su estilo de vida.

Así, la jurisprudencia ha sostenido que "no es atendible el argumento que afirma que no puede presumirse per se que el hijo debería haber mantenido a su padre en el futuro. Es reiterada la jurisprudencia que sostiene que es reparable la pérdida de “chance” derivada de la muerte de un hijo, en cuanto importa para sus padres la frustración de una legítima

esperanza de ayuda, una “chance” cierta de ser apoyados en el futuro, que encuentra sustento en el Art. 277 del C. Civil que impone a los hijos el deber de prestar servicios y alimentos a sus padres, ello sin dejar de tener presente la probabilidad de que esté supeditada y limitada por la atención de la propia persona y la de constituir la propia familia (conf Lopez Mesa y Trigo Represas “Tratado de Responsabilidad Civil. Cuantificación del Daño” pág 94/95 y jurisprudencia citada en nota n° 235 La ley Bs As, 2006). Ello no impide la necesidad de fundamentación que requiere la suma que en definitiva se derive a condena para reparar el concepto mencionado. Constituye una pauta importante de análisis la edad de la víctima en el momento del infortunio, el nivel educativo alcanzado y el que potencialmente hubiera llegado a lograr, y la remuneración mensual reconocida en la sentencia y respecto de la cual deben considerarse los montos con los que proporcionaba ayuda a sus progenitores" (conf. CNAT, Sala VI, Expte n° 28658/02 sent. 59676 13/7/07, "Saldívar, Guillermo y otros c/ Figuera Alfredo y otros s/ accidente acción civil")

De la declaración testimonial brindada por la Sra. Romina Elizabeth Iglesias, se desprende que Michel trabajaba en el basural, donde recolectaba, pero desconociendo si con lo que recolectaba colaboraba al sustento de su familia, pero entiendo que puede presumirse que colaboraba al sustento de la familia, en tanto la testigo aclaró que luego de recolectar llevaba todo lo conseguido a la casa de la madre.

En forma concordante declaró el testigo Hugo Roberto Herrera, quien sostuvo que el menor trabajaba en el basural, juntando metales, cartones, botellas, pero también desconocía si aportaba económicamente a su familia. Además declaró que ese trabajo el menor lo realizaba desde aproximadamente cuatro años antes de su muerte.

Así entonces debe tenerse en consideración que si bien el menor pudo haber colaborado en la manutención familiar, también destinaba parte de lo obtenido para su propia manutención (alimentación, vestimenta, esparcimiento, etc.), por lo que he de estimar en la suma de \$ 400 en lo que el menor colaboraba, y que puede presumirse lo haría hasta que el mismo formara una familia, con lo que he de otorgar dicha suma desde la fecha del fallecimiento hasta que hubiese cumplido los 25 años, donde muy probablemente o hubiera podido formar una nueva familia, donde difícilmente podría haber colaborado con sus padres, en tanto las necesidades propias lo habría impedido.

Por ello he de otorgar por tal circunstancia la suma de \$ 38.400.

Por otro lado entiendo que dada las actuales condiciones socioeconómicas por las que atraviesa nuestro país, en la mayoría de las familias argentinas son los padres los que

brindan ayuda económica a sus hijos, tanto durante el tiempo que permanecen bajo el mismo techo, como así también cuando éstos forman sus familias y toman nuevos rumbos, y pocas veces resulta a la inversa, donde los hijos son los que brindan ayuda a sus padres. En la generalidad de los casos ésta llega cuando los progenitores, ya entrados en la ancianidad, dejan de formar parte de la población económicamente activa para pasar a formar parte de la clase pasiva, dadas las magras jubilaciones con que se castiga a nuestros abuelos, quienes en no pocos casos apenas si logran cubrir las necesidades alimentarias y medicinales, por lo que deben los hijos, cumpliendo la premisa bíblica de “honrar padre y madre”, brindarles ayuda económica.

Por ello, y si bien entiendo que en la generalidad de los casos la ayuda llega, como dije, una vez obtenida la edad para “gozar de la jubilación”, evidentemente ayuda existe, por lo que he de acoger el rubro en cuestión, mas no en el monto pretendido, máxime teniendo en consideración que Michel no era hijo único, y que la ayuda para los padres también habrías sido efectuada por parte de sus otros seis hijos.

Teniendo entonces en consideración lo expuesto he de computar como edad paterna desde la que comenzaría la ayuda filial a los 65, hasta los 75 años, que es según las tablas aportadas por el INDEC resulta ser la edad promedio de vida en el país.

Por ello considero justo y prudente otorgar una suma de \$ 300 mensuales, desde que teniendo en consideración la jubilación mínima jubilación existente hoy en nuestro país, mas la ayuda que los otros seis hijos podría aportar (\$ 200 cada uno), los padres del menor gozarían de una ayuda mensual de \$ 2100 mensuales para su manutención, con lo que, por otra parte, hoy en día logran vivir muchos hogares argentinos.

Es por ello entonces que, teniendo en consideración el plazo por el cual he de otorgar el monto indemnizatorio (10 años) como así también la suma indicada, la indemnización ha otorgar será de \$ 36.000, sobre la que no corresponderá adicionar interés alguno.

Por todo lo expuesto el rubro ha de prosperar en forma total por la suma de \$ 74.400.

No se admitirá suma alguna en concepto de intereses, en tanto lo que se indemniza es una chance de ayuda, que resulta ser un daño futuro.

b) Daño Moral

Los progenitores reclaman en su calidad de padres de '\Michael\' , la suma de \$180.000 cada uno, lo que hace un total de \$360.000. Cabe destacar que el vínculo no ha resultado controvertido en autos, que de todas maneras resulta acreditado a fs. 180/181 con las respectivas actas de nacimiento y defunción.

Va de suyo que el reclamo de los padres por daño moral, por el fallecimiento de su hijo,

es indudablemente pertinente.

Se ha dicho que "...el daño moral es la lesión en los sentimientos que determina dolor o sufrimiento físico, inquietud espiritual, o agravio a las afecciones legítimas, y en general, toda clase de padecimientos comprendiendo también las molestias en la seguridad personal de la víctima o en el goce de sus bienes. Su reparación está determinada por imperio del art. 1078 del Cod. Civil, que con independencia de lo establecido por el art. 1068 del mismo cuerpo legal, impone al autor del hecho ilícito, la obligación de indemnizar sin exigir prueba directa de su existencia" (Conf. CNEsp.Civ.yCom., Sala I, Sgro, Dora L. c/ Caruso, Antonio y otros s/ sumario", del 27-12-83, citado por Hernán Daray, "Accidentes de Tránsito", To. II, pag. 334, Nro. 7).

Es innegable que los actores, padres de la víctima fatal, sufran por la pérdida de su hijo, y que dicho sufrimiento es uno de los mayores que puede tener un ser humano ante la pérdida de un ser querido, en tanto nadie esta preparado para soportar la muerte de un hijo.

Tiene dicho la jurisprudencia que "...procede hacer lugar a la indemnización por daño moral, por el fallecimiento de un hijo, por cuanto hiere en lo más íntimo el sentimiento y las afecciones de quienes se dicen damnificados por encontrarse en esa situación. En tal sentido, la existencia de la lesión espiritual que torna procedente el resarcimiento del aludido perjuicio, queda demostrada en el caso del padre por el solo hecho de la acción antijurídica, sin que resulte adecuado exigir que se acredite concretamente su producción, pues aquella se presume" (CNCOM. SALA D, 3.12.08, "Bobarin, Juan Carlos c/ Clínica Materno Infantil de la UOM"; CNCom, Sala D, 17.11.09 in re "Martín, Miguel Ángel c/ Obra Social de la Unión Obrera Metalúrgica de la República Argentina s/ sumario" y "Martín Miguel Ángel y otros c/ O.S.P.I.M"; CAZEAUX, P. Y TRIGO REPRESAS, F., "Derecho de las Obligaciones"; T. 1, P. 386, ED. 1979).

Entiendo que la muerte de un hijo es probablemente el mayor daño moral (tanto en su faz afectiva como espiritual) que pueda sufrir una persona, y que no requiere prueba directa, y cuyo cuántum indemnizatorio queda librado al prudente criterio del Juez.

En tal sentido se ha dicho que "...respecto del cuántum del daño moral, más que ningún otro queda librado a la discrecionalidad del órgano jurisdiccional, pues no existen parámetros con aproximación aceptable a una absoluta validez que permitan fijar una suma compensatoria sin margen de error. Queda pues, librada a la prudencia y ecuanimidad de quien deba determinar su monto, para lo cual es menester aguzar la imaginación y el sentido del equilibrio a los fines de no incurrir en exceso o defecto"

(Conf. CNEsp.Civ.yCom., Sala II, in re "Pironi, Miguel D. c/ Suárez, Julio F. s/ sumario", del 11-10-83, citado por Hernán Daray, ob. Cit., pag. 360, Nro. 194), como así también que "...no cabe prescindir totalmente de la estimación efectuada en la demanda ya que, dada la naturaleza del daño en cuestión, el actor contó entonces para evaluarlo prácticamente con los mismos elementos de juicio que luego se incorporaron al proceso" (Conf. CNEsp.Civ.yCom., Sala II, in re "Álvarez, Daviglio c/ Rodríguez, Susana s/ sumario", del 4-11-85, citado por Hernán Daray, ob. Cit., pag. 361, nro. 196). Es decir, si bien la fijación del cuántum se encuentra librada al prudente arbitrio de los jueces, no debe dejarse de lado la petición formulada por los accionantes, en tanto esta fija lo que a su entender resulta justo. Por ello entendí en su oportunidad que la indemnización no puede ser superior a lo reclamado, por más que en casos análogos se haya establecido una reparación superior, ya que es la propia reclamante la que esta fijando la indemnización que estima ha de reparar el daño sufrido.

Ahora bien, no puedo tampoco dejar de lado la situación económica del país, y la inflación existente, lo que trae aparejado un detrimento del dinero. Así, tengo entonces en consideración que la demanda fue incoada en el mes de marzo del año 2011, es decir que han transcurrido cuatro años desde su promoción, y ello evidentemente trae aparejado una desactualización del monto reclamado.

Siendo entonces que este rubro resulta de consideración discrecional para el sentenciante, y a que resulta sumamente dificultoso el mero intento de cuantificar el dolor padecido por los deudos reclamantes, he de establecer la suma indemnizatoria, a lo establecido por el mismo rubro para casos similares, tanto por el suscripto como por la Excma. Cámara de Apelaciones de la Jurisdicción, a efectos de intentar, en lo posible, mantener un cierto grado de equidad o equivalencia en situaciones que se asemejan.

En autos "Della Barca, Daniela Maricel c/ Pcia. de Río Negro s/ Daños y Perjuicios s/ Apelación" (expte. 918-SC), del 6-5-08, la Excma. Cámara resarcíó el daño moral por muerte de la madre, en la suma de \$ 150.000 a favor de la hija y \$ 50.000 a favor de un nieto; por lo que encuentro razonable establecer como monto indemnizatorio, a la fecha de la presente sentencia, la suma de \$ 300.000 para cada uno de los actores en concepto de daño moral, lo que totaliza la suma de \$ 600.000.

A dicha suma no corresponderá adicionar intereses, en tanto la suma otorgada en concepto de indemnización se fija a la fecha de la presente sentencia, conforme precedente del STJ en la causa "Loza Longo".

c) Daño psicológico

Por este rubro, los padres reclaman la suma de \$100.000 para ambos padres. Señalan que a partir del evento dañoso han sufrido un severo ataque a la salud psíquica, que les trajo aparejado una incapacidad para llevar adelante su vida normal y cotidiana, desempeñar sus tareas habituales, encontrándose limitada su capacidad de goce individual, familiar y recreativa, requiriendo -a la fecha de la demanda- tratamiento terapéutico.

Adelanto que el presente rubro debe ser rechazado, pues los actores no han logrado acreditar ninguno de los extremos invocados, tanto respecto de que se hubiesen encontrado en tratamiento a la fecha de la demanda como la necesidad (y costo) de un tratamiento psicológico en el futuro.

Se ha dicho: "El daño psicológico es el daño a la persona entendido como tercer género. Ésta es la posición de Mosset Iturraspe que tiende a estrechar el concepto de daño moral para salir de la interpretación restrictiva del art. 1078 del Cód. Civil. Esta posición implica que la procedencia de la demanda requiere que el actor pruebe, a través de un perito psicólogo, psicoanalista o psiquiatra, cuales son las secuelas típicamente psicológicas dejadas por el hecho que se atribuye al demandado. Una variante de esta posición, más restrictiva, considera que para que el daño psicológico sea indemnizable como daño autónomo debe ser permanente; si no lo es ingresa en la categoría de daño moral". (CApel.Civ.Com.Minería, San Juan, San Juan, Sala 03, Sent. 8565 del 7/8/2007, "Romero, José Orlando c/ Tobares José Guido y otra s/ Daños y perjuicios"). (La negrita es impuesta).

En consecuencia, para su procedencia se requiere un diagnóstico objetivo, brindado por un perito de la materia, lo que no fue logrado en autos (conforme constancias de fs. 297).

Por todo lo expuesto FALLO:

I. Hacer lugar parcialmente a la demanda incoada condenando a la Municipalidad de Cipolletti y a Seguros Bernardino Rivadavia Cooperativa LTDA, en los términos del contrato de seguro, a pagar a los Sres. Juan Bautista Matías y Mónica Susana Lobos, en el término de diez días, la suma de PESOS SEISCIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS (\$ 674.400), correspondiendo el 50% a cada uno de los actores, en concepto de capital. Las costas serán a cargo de las demandadas, en su calidad de vencidas (conf. Art. 68 del CPCC).

II. Regular los honorarios del abogado apoderado de los actores, Dr. Javier Ottaviano, en la SUMA DE PESOS NOVENTA MIL NOVECIENTOS (\$ 90.900) (M.B. x 15% /2

patrocinantes + 40%) y los del letrado patrocinante, Dr. Joaquín Pandolfi en la suma de PESOS CINCUENTA MIL QUINIENTOS CINCUENTA (\$ 50.550) (M.B. x 15% /2 patrocinantes), los de la abogada apoderada del Municipio Dra. Mónica Santos, en la SUMA DE PESOS SETENTE Y DOS MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y SIETE (\$ 72.837) (M.B. x 12% /2 patrocinantes + 40%) y los del letrado patrocinante, Dr. Mauro Marinucci, en la SUMA DE PESOS CUARENTA MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y CINCO (\$ 40.465) (M.B. x 12% /2 patrocinantes) y los honorarios del apoderado de la Aseguradora, Dr. Walter Javier Diez, en la suma de PESOS CIENTO TRECE MIL TRESCIENTOS (\$ 113.300) (M.B. x 12% + 40%), dejándose constancia que para efectuar tales regulaciones se han tenido en consideración la naturaleza, extensión y resultado de las tareas cumplidas en autos por los beneficiarios (conf. Arts. 6, 8, 9, 10, 11, 20, 39 y conc. de la L.A.) (M.B. \$ 674.400). Cúmplase con la ley 869.

III. Rechazar la demanda incoada por los Sres. Sergio Nicolás, Gloria Elisabeth, Joana Jimena, Juan Pablo, Verónica Susana y Mariana del Carmen, todos de apellido Matias, con costas a su cargo (art. 68 del CPCC).

Regular los honorarios del abogado apoderado de los actores, Dr. Javier Ottaviano, en la suma de PESOS TREINTA Y DOS MIL CUATROCIENTOS (\$ 32.400) (M.B. x 12% /2 patrocinantes + 40%) y los del letrado patrocinante, Dr. Joaquín Pandolfi en la suma de PESOS DIECIOCHO MIL (\$ 18.000) (M.B. x 12% /2 patrocinantes), los de la abogada apoderada del Municipio Dra. Mónica Santos, en la suma de PESOS CUARENTA MIL QUINIENTOS (\$ 40.500) (M.B. x 15% /2 patrocinantes + 40%) y los del letrado patrocinante, Dr. Mauro Marinucci, en la suma de PESOS VEINTIDOS MIL QUINIENTOS (\$ 22.500) (M.B. x 15% /2 patrocinantes) y los honorarios del apoderado de la Aseguradora, Dr. Walter Javier Diez, en la suma de PESOS SESENTA Y TRES MIL (\$ 63.000) (M.B. x 15% + 40%), dejándose constancia que para efectuar tales regulaciones se han tenido en consideración la naturaleza, extensión y resultado de las tareas cumplidas en autos por los beneficiarios (conf. Arts. 6, 8, 9, 10, 11, 20, 39 y conc. de la L.A.) (M.B. \$ 300.000). Cúmplase con la ley 869.

Notifíquese por Secretaría.

Regístrese.

Alejandro Cabral y Vedia

Juez