

General Roca, 21 de Noviembre de 2.013.-

AUTOS y VISTOS: para dictar Sentencia Definitiva en estos autos caratulados "ORELLANA NICOLAS y OTRA c/EMPRESA DE TRANSPORTES KO-KO S.R.L. y OTRO s/ORDINARIO" (Expte. 32.061-IX-08), de los que,

RESULTA:

I.-Que a fs. 14/7, y acompañando la documentación de fs. 4/13, se presentan los actores, Sr. Nicolás Orellana -por sí, y en representación de sus hijos menores Nicolás Mauricio Orellana, Griselda Margarita Orellana y Marilín Valeria Orellana- y Sra. Laura Marilú Orellana, mediante apoderado, promoviendo demanda por daños y perjuicios en contra de Empresa de Transportes Ko-Ko S.R.L. y del Sr. Luis Edison Rivera, por la que persiguen la suma de Pesos Cuatrocientos Noventa y Tres Mil (\$ 493.000), o lo que en más o menos resulte de la prueba producida en autos, con más intereses, y costas.-

Relatan que el día 24 de Abril de 2.008, a las 19 horas aproximadamente, en el Km. 1171 de la Ruta Nacional N° 22, frente al establecimiento "Fagro", un colectivo de la empresa de transportes demandada, conducido por el Sr. Luis Edison Rivera, que circulaba en dirección Oeste-Este realizando el trayecto Roca-Cervantes, bajó a la banquina Sur con el fin de levantar una pasajera -identificada como Nelly Rosa Bell-, y que esta última al constatar que no era el micro que esperaba volvió a hacerle señas para que prosiguiera su camino.-

Dicen que por ello el Sr. Rivera ingresó nuevamente a la ruta, sin detener su marcha, y sin observar que en su misma dirección circulaba un vehículo Renault 12, dominio WTJ-752, conducido por el Sr. Rolando Gabriel Coronado, quien -sostienen- a fin de evitar la colisión se vio obligado a realizar una maniobra de esquite hacia el carril contrario, razón por la cual impactó en su lateral derecho contra un camión Mercedes Benz, dominio SEW-370, que circulaba en sentido contrario.-

Afirman que como consecuencia del hecho fallecieron el Sr. Rolando Gabriel Coronado y su madre Beatriz del Carmen Jara -acompañante al momento del accidente-, madre, concubina y hermano respectivamente de su parte.-

Sostienen que ello ha causado a los familiares superstite una pérdida irreparable, obligando a iniciar el presente reclamo de daños y perjuicios.-

Imputan la exclusiva responsabilidad al demandado, atribuyendo a su conducta el carácter de causa eficiente del evento, y afirmando que obró en forma negligente e ilegal.- Postulan en tal sentido la violación de la norma del art. 39 de la Ley de Tránsito

N° 24.449.- Destacan asimismo que por tratarse de un medio de transporte público de pasajeros la responsabilidad se agrava, ya que -dicen- deben extremarse las precauciones.- Califican la conducta del demandado como reprochable, por ilegal, imprevisible, generadora de la causa del accidente, y creadora del riesgo y del daño provocado a su parte.- Citan jurisprudencia en orden a la aplicación al supuesto del art. 1113 del Código Civil.-

Seguidamente exponen sobre los daños y el resarcimiento pretendido.-

Así, reclaman indemnización por el daño moral, cuyo concepto definen según la doctrina del art. 1078 del Código Civil.- Destacan su función de satisfacción para la víctima, y su independencia respecto del daño material.- Sostienen asimismo que según la norma citada la indemnización corresponde a los herederos forzosos del muerto.- Citan precedentes jurisprudenciales en orden al objeto y el carácter resarcitorio de la reparación.- Sostienen que en el caso el daño resulta de la desgracia, padecimientos sufridos, angustias y desamparo en que su parte ha quedado.- Dicen asimismo que la conmoción provocada por la muerte de la esposa y madre, y del hermano es un ataque directo a los valores inseparables de la vida sentimental y espiritual de la persona inescindiblemente unidos a su existencia.- Estima la indemnización por el rubro, en conjunto, en la suma de Pesos Trescientos Diez Mil (\$ 310.000) y/o lo que en más o en menos resulte de la prueba a producirse en autos y/o del criterio del Tribunal.-

Demandan asimismo por el valor vida los hijos menores de la Sra. Beatriz del Carmen Jara, afirmando que se trata de los montos dinerarios que la víctima deja de aportar en beneficio de los reclamantes.- Sostienen al respecto que la mencionada laboraba en tareas rurales permanentes a la par de su marido.- Estiman la indemnización en la suma de Pesos Veintitres Mil (\$ 23.000), o lo que en más o en menos surja de la prueba a producirse.-

Reclaman además por el daño moral los hermanos de la víctima Sr. Rolando Gabriel Coronado, invocando la inexistencia de padres y descendientes.- Así, demandan Laura Orellana, Griselda Margarita Orellana, Marilín Valeria Orellana y Nicolás Mauricio Orellana, a razón de \$ 40.000 cada uno, por un total de Pesos Ciento Sesenta Mil (\$ 160.000), o lo que en más o en menos surja de la prueba a producir.-

Practican liquidación por el daño moral hasta la suma de \$ 310.000 (Nicolás Orellana, \$ 70.000; Laura Orellana, \$ 50.000; Griselda Margarita Orellana, \$ 60.000; Marilín Valeria Orellana, \$ 60.000; y Nicolás Mauricio Orellana, \$ 70.000); por el valor vida \$ 23.000 (Nicolás Mauricio Orellana, \$ 20.000; Marilín Valeria Orellana, \$ 2.000; y

Griselda Margarita Orellana, \$ 1.000); y por el daño moral de los hermanos \$ 160.000 (Laura Orellana, \$ 40.000; Griselda Margarita Orellana, \$ 40.000; Marilín Valeria Orellana, \$ 40.000; y Nicolás Mauricio Orellana, \$ 40.000).- Todo por un total de Pesos Cuatrocientos Noventa y Tres Mil (\$ 493.000), sus intereses y costas.-

Denuncian el trámite del beneficio de litigar sin gastos bajo Expte. 32.671-JV-08.-

Fundan en derecho, ofrecen prueba, y finalmente peticionan el oportuno acogimiento de la demanda, con costas.-

II.-Que a fs. 20 se reciben los autos del beneficio de litigar sin gastos (vid. fs. 18 y 19), y se ordena el traslado de la demanda.- Asimismo se dispone dar intervención a la Asesoría de Menores, quien asume la misma según constancias de fs. 20 vta..-

III.-Que debidamente notificada del traslado conferido (vid. fs. 22), a fs. 38/46 comparece Empresa de Transporte de Pasajeros Ko Ko S.R.L., mediante apoderado, acompañando la documental de fs. 32/7, y contestando la demanda entablada en su contra.-

Solicita la citación en garantía de Mutual Rivadavia de Seguros del Transporte Público de Pasajeros, en los términos del art. 118 de la Ley 17.418, afirmando que había contratado con la mencionada la póliza N° 17/50/4296, con cobertura por el riesgo de responsabilidad civil contra terceros, con un límite máximo de \$ 10.000.000, y una franquicia a cargo de la asegurada de \$ 40.000.- Señala que la apuntada franquicia es oponible directamente a la accionante.-

Contesta la demanda, y a tal fin niega todos sus términos, solicitando su oportuno rechazo, con expresa imposición de costas a la parte actora.-

Niega por imperativo procesal todos y cada uno de los hechos y afirmaciones contenidas en el escrito introductorio, y la documentación acompañada con el mismo, en cuanto no sean expresamente reconocidos en su responde.-

Así, niega la dinámica del accidente, la responsabilidad que se le atribuye, y la existencia de los rubros indemnizatorios.- Niega asimismo la documentación adjuntada consistente en certificados de nacimiento, declaración jurada de concubinato, copia de certificado de defunción, y formulario de audiencia.-

Seguidamente expone su versión de los hechos, reconociendo el lugar, fecha y hora del siniestro, y la circulación de su interno en dirección Oeste Este.-

Sostiene que unos 150 metros antes el mencionado interno 3, dominio GZO-521, descendió a la banquina a levantar una pasajera.- Agrega que la misma le hizo señas para que no se detuviera y que, debido a que tenía que levantar otros pasajeros ubicados

a 100 metros, continuó circulando lentamente por la banquina.-

Dice que delante de la posición del micro y en su misma dirección circulaba una fila de autos.- Agrega que en ese momento el automóvil Renault 12 en el que se transportaban las víctimas, y que circulaba en igual dirección, intentó esquivar esa fila de vehículos invadiendo la mano contraria.-

Afirma que en sentido contrario al automóvil circulaba un camión, y que al advertir el conductor del Renault 12 que no tenía lugar suficiente para el adelantamiento, frenó bruscamente perdiendo el control.- Agrega que el vehículo se puso de costado, efectuó un medio giro y derrapando impactó contra el camión que transitaba en sentido contrario.- Dice que de esa forma se produjo el contacto del lateral derecho del R 12 y el izquierdo del camión.- Y además que luego del impacto el camión terminó contra un árbol en la banquina.-

Sostiene que el ómnibus jamás se subió a la ruta, sino que el impacto se produjo por la maniobra de adelantamiento y elevada velocidad del Renault 12.- Cita en tal sentido la declaración en la instrucción penal de los testigos Miguel Angel Purrán, conductor del camión que sufrió el impacto, y Gabriela Fabiana Martínez.-

Postula la culpa de la víctima como eximente de responsabilidad en los términos del art. 1111 del Código Civil, con citas de doctrina al respecto.-

Opone de otra parte excepción de falta de legitimación activa, afirmando que los hermanos de las víctimas fatales carecen de acción para pretender el resarcimiento por la muerte de su presunto hermano.- Argumenta con cita del art. 1078 del Código Civil que los hermanos carecen de legitimación para reclamar el daño moral en virtud de que no resultan herederos forzosos de la víctima.- Invocan en tal sentido los precedentes del Superior Tribunal de la Provincia in re "Gosende Vda. de Pereyra c/Irmaos Schwank Ltda." (SE 54/98, 16/7/98) y "Sandoval c/Aguada" (SE 28/97, 20-6-97).-

A todo evento cuestiona la procedencia de los rubros indemnizatorios reclamados.-

Así, sostiene que para ser resarcible el perjuicio debe ser cierto, y que su prueba corre por cuenta del reclamante, la que -dice- debe ser fehaciente, no bastando con simples conjeturas.- Asimismo que deben evitarse enriquecimientos indebidos.- Efectúa citas doctrinarias y jurisprudenciales relativas a la interrupción del nexo causal por el hecho de un tercero, las que -evidentemente- no se corresponden con el caso bajo juzgamiento.-

Argumenta en relación al daño moral que su monto no debe constituirse en un ejercicio abusivo del derecho o en fuente indebida de enriquecimiento.- Niega su existencia en el

caso, y en consecuencia la de la obligación de indemnizarlo.- Sostiene asimismo que para el hipotético supuesto de resultar procedente debe ponderarse que los actores son personas de escasos recursos, por lo que la indemnización debería fijarse en base al nivel económico de la reclamante.-

Niega la existencia del daño invocado por el valor vida humana.- Cita doctrina y precedentes en orden a la necesidad de que el mencionado perjuicio sea cierto, y sobre la carga de la prueba para quien reclama.- Destaca en tal sentido que en el escrito de demanda no se hace referencia a la actividad económica desempeñada por las víctimas; y que no se traen elementos de prueba que demuestren la extensión del lucro cesante o la certeza de que una ventaja no se produjo.- Dice además que el deber de resarcimiento debe limitarse a las consecuencias inmediatas y necesarias del acto ilícito, y en la medida que se encuentren en conexión causal con el hecho.- Sostiene de otra parte que el cálculo debe efectuarse computando el ingreso neto promedio, y no los ingresos brutos, y descontando el importe que la víctima destinaba a consumo propio, los beneficios previsionales, y deduciendo el beneficio por la percepción anticipada y acumulada de los ingresos netos futuros.- Agrega a este último respecto que no corresponde utilizar el método lineal o acumulativo, sino un sistema capitalizado fijando una suma que con los intereses que devenga y el gasto mensual de los ingresos a percibir por los damnificados se consuma al término de vida probable del causante.- Concluye que no se ha acreditado en el caso la actividad desempeñada por los actores y la pérdida concreta de ganancias a raíz del hecho, por lo que solicita el rechazo del presente rubro indemnizatorio.-

Invoca la ausencia de contralor de su parte en la causa penal.- Postula en tal sentido que, no habiendo ofrecido la misma como prueba de su parte, deberán reproducirse en esta instancia las pruebas que pretendan hacerse valer en su contra.- Invoca al respecto la garantía de defensa en juicio y cita jurisprudencia sobre la cuestión.- Sostiene además por ello que los peritos deben cumplir su labor exclusivamente con las presentes actuaciones civiles, y con la documental que fuera reproducida en el expediente o reconocida expresamente por su parte.-

Manifiesta su interés en asistir a los actos y diligencias periciales, por lo que solicita ser notificado del lugar, día y hora en que se llevarán a cabo los mismos.-

Funda en derecho, ofrece prueba, y finalmente peticiona el oportuno rechazo de la demanda, con costas.-

IV.-Que a fs. 52/61 comparece el demandado Luis Edison Rivera, con patrocinio

letrado, adjuntando la documental de fs. 51, y planteando la nulidad de la notificación de la demanda (vid. fs. 26).-

En subsidio, solicita la citación en garantía de Mutual Rivadavia de Seguros del Transporte Público de Pasajeros, y contesta la demanda, oponiendo excepción de falta de legitimación activa, todo en idénticos términos que la codemandada Empresa de Transporte de Pasajeros Ko-Ko S.R.L.-

Peticiona en consecuencia el oportuno e íntegro rechazo de la demanda, con costas.-

IV.a.-Que a fs. 62 se dispone el cese del estado de rebeldía del demandado Luis Edison Rivera ordenado a fs. 49 (vid fs. 48).-

Asimismo, se ordena el pertinente traslado del pedido de nulidad de la notificación.-

IV.a.1.-Que a fs. 65 la parte actora evacua el traslado de última mención (vid. fs. 66, 68 y 70), solicitando por sus fundamentos el rechazo del planteo nulificante.-

IV.a.2.-Que a fs. 72 se abre a prueba el incidente de nulidad, y se ordena la producción de los medios probatorios ofrecidos al respecto por las partes.-

Que a fs. 88, 89 y 90 declaran los testigos propuestas por el incidentista.-

IV.a.3.-Que a fs. 93 ambas partes acuerdan dejar sin efecto el incidente de nulidad, y que se tenga por contestada la demanda en tiempo y forma por el Sr. Luis E. Rivera.-

Solicitan que las costas del incidente se impongan por su orden.-

V.-Que a fs. 94 se tiene presente lo acordado por las partes a fs. 93, y en consecuencia se tiene por contestada la demanda por el Sr. Luis Edison Rivera.- Asimismo, se ordena dar traslado de la excepción opuesta por el mencionado a fs. 56 vta., punto V.-

VI.-Que a fs. 73 (vid. fs. 72 últ. párr.) comparecen las actrices Sras. Griselda Margarita y Marilín Valeria Orellana, atento haber adquirido la mayoría de edad, ratificando lo actuado en su representación por su padre Sr. Nicolás Orellana.-

VII.-Que a fs. 101 comparece mediante apoderado el demandado Sr. Luis Edison Rivera (vid. fs. 97/100).-

VIII.-Que a fs. 112/9 comparece Mutual Rivadavia de Seguros del Transporte Público de Pasajeros, mediante apoderado, acompañando la documental de fs. 106/111, notificándose espontáneamente, y asumiendo la citación en garantía (vid. fs. 47 últ. párr.).-

Que en tal tesitura solicita el oportuno rechazo de la demanda en todos sus términos, con expresa imposición de costas a la parte actora.-

Denuncia las condiciones del seguro contratado según la póliza que acompaña, invocando la existencia de una franquicia a cargo de la asegurada de \$ 40.000 por

capital, y su prorrata sobre intereses y costas.- Señala que la apuntada franquicia es oponible directamente a la accionante.-

Seguidamente contesta la demanda, y opone excepción de falta de legitimación activa, haciéndolo en idénticos términos que su asegurada.- Sólo agrega argumentos vinculados a la carga de la prueba sobre la mecánica del accidente, acerca de la relación de causalidad entre el riesgo o vicio de la cosa y el daño, y en relación a las eximentes de responsabilidad.-

Solicita de otra parte -al ofrecer prueba- la deducción de las sumas percibidas de la Aseguradora de Riesgos del Trabajo, destacando al respecto que la actora manifiesta que su pareja se encontraba trabajando al momento del accidente.- Postula la necesidad de prevenir un enriquecimiento sin causa, peticionando se intime al actor para que informe sobre la aseguradora que cubría a las víctimas, y sumas percibidas en concepto de prestación por fallecimiento y gastos de sepelio.-

Peticiona finalmente el oportuno e íntegro rechazo de la demanda, con costas.-

IX.-Que a fs. 121 ambas partes se presentan en forma conjunta.-

IX.a.-La parte actora se notifica de la presentación efectuada por la citada en garantía, negando todo lo manifestado por la mencionada, en cuanto no sea objeto de expreso reconocimiento.- Formula oposición respecto de la validez y eventual oponibilidad de la franquicia consignada en la póliza de seguro, solicitando su resolución con la definitiva atento tratarse -sostiene- de una cuestión de puro derecho.-

IX.b.-Asimismo los accionantes desisten del reclamo por daño moral efectuado por los hermanos del Sr. Rolando Gabriel Coronado.- Y en consecuencia los codemandados y la citada en garantía desisten (sic) del planteo de falta de legitimación pasiva (sic) interpuesto en sus respectivas contestaciones de demanda.-

En consecuencia ambas partes solicitan que las costas al respecto se impongan en el orden causado.-

X.-Que a fs. 122 se tiene presente para su oportunidad lo manifestado por las partes a fs. 121, y atento el estado de autos se fija audiencia a los fines dispuestos por el art. 361 del C.P.C.y C., la que se celebra a fs. 143/4 (vid. fs. 130, 131, 134, 135, y 142), sin posibilidad de conciliar, por lo que se fija el término probatorio, y los hechos sujetos a prueba (1-la mecánica del hecho; 2-la conducta de los sujetos intervinientes; y 3-la existencia y entidad económica de los daños).-

Que asimismo se ordena la producción de los medios probatorios ofrecidos por la parte actora a fs. 16, 95 y 140; y por los codemandados y la citada en garantía a fs. 45 vta./46,

60/1, 118 vta./119 y 127/8.-

Que se han producido en autos los siguientes medios de prueba: POR LA PARTE ACTORA: 1-Documental (fs. 4/13); 2-Instrumental (causa penal agregada por cuerda, Expte. N° 04352-18-Año 2008, fs. 154); 3-Testimonial (de Héctor Jorge Afione, fs. 200); y 4-Pericial Mecánico-Accidentológica (fs. 165/172; impugnación de los codemandados y la citada en garantía, fs. 183/7; y contestación del perito, fs. 193/4); y POR LOS CODEMANDADOS y LA CITADA EN GARANTIA: 1-Documental (de la demandada Empresa de Transporte de Pasajeros Ko-Ko S.R.L., fs. 32/7; del codemandado Luis Edison Rivera, fs. 51; y de la citada en garantía, fs. 106/111); 2-Testimonial (de Rosa Nely Bell; Miguel Angel Purrán, y René Alejandro Velázquez, fs. 200); y 3-Pericial Mecánico-Accidentológica (fs. 165/172; impugnación de los codemandados y la citada en garantía, fs. 183/7; y contestación del perito, fs. 193/4).-

Que a fs. 201/2 los codemandados y la citada en garantía solicitan se practique nueva pericia accidentológica.- Fundan tal petición en la manifestada imposibilidad del perito actuante para determinar la velocidad del automóvil en el que circulaban las víctimas.-

Que a fs. 203, y sin perjuicio de la extemporaneidad del planteo (vid. fs. 195), el Tribunal deniega la medida probatoria solicitada.-

Que a fs. 208/210 los codemandados y la citada en garantía reiteran su pedido de nueva pericia accidentológica, el que se deniega por medio del auto de fs. 211.-

Que a fs. 213/6 los peticionante de fs. 208/210 piden reposición del proveído de fs. 211, con recurso de apelación en subsidio.-

Que a fs. 217 el Tribunal rechaza la revocatoria interpuesta, manteniendo el criterio sustentado, sin perjuicio de la apreciación de la prueba cuestionada en la oportunidad procesal correspondiente.- Asimismo, con fundamento en el art. 379 del rito civil se deniega la apelación deducida en subsidio.-

Que a fs. 227 los recurrentes de anterior mención informan sobre la interposición de la queja por apelación denegada (vid. fs. 221/6), lo que se tiene presente y se hace saber (vid. fs. 229).-

Que a fs. 217 se clausura el término probatorio (vid. fs. 218 y 228), a fs. 231 se ponen los autos en Secretaría a los fines dispuestos por el art. 482 del C.P.C.y C., y a fs. 236/9 y 240/254 se glosan los alegatos de la actora, y de los codemandados y la citada en garantía, respectivamente (vid. fs. 232 y 233/4).-

Que en oportunidad de alegar de bien probado (vid. fs. 233 y 240/254) los codemandados y la citada en garantía solicitan la suspensión de las presentes

actuaciones hasta la resolución por la Alzada de la queja por apelación denegada, lo que se tiene presente para su oportunidad (vid. fs. 234).-

Que a fs. 256 se llaman autos para dictar sentencia.-

Y,

CONSIDERANDO:

I.-Que la verificación efectuada por el Tribunal, según las constancias del sistema informático de la jurisdicción, ha permitido constatar que el recurso de hecho articulado por los codemandados y la citada en garantía en contra del auto de fs. 217, denegatorio de la apelación subsidiaria de fs. 213/6, ha sido rechazado por la Alzada, en resolución dictada en el Expte. N° CA-21080.-

Que tal decisión del superior ha venido a tornar abstractos los pedidos efectuados por los recurrentes a fs. 233 y 251 para que se suspendiera la tramitación del proceso, a las resultas de aquel remedio.-

De modo que no existe impedimento alguno para pronunciar la sentencia definitiva de autos.-

II.-Así, el hecho alegado por los actores como sustento fáctico de su pretensión resarcitoria, viene reconocido en cuanto a su existencia histórica como consecuencia de la condena firme impuesta al codemandado Luis Edison Rivera en sede correccional (vid. fs. 366/392 y 433/442 de la causa penal agregada por cuerda).-

Ello es lo que resulta de la norma del art. 1102 del Cód. Civil, en tanto luego de la condenación en sede criminal no es posible en el juicio civil desconocer la existencia del hecho principal que configura el tipo delictivo, ni impugnar la culpa del condenado.-

Que vinculado a lo expuesto, es dable advertir que todas aquellas cuestiones que el juez penal debe necesariamente decidir para concluir sobre la existencia del delito y la responsabilidad del agente, se encuentran vedadas a su ulterior consideración por el magistrado civil llamado a decidir en la acción indemnizatoria.-

Que entre esas cuestiones, se encuentra la determinación de la dinámica del accidente, de modo tal que establecido en el fuero represivo que el hecho principal ocurrió de tal forma, no es posible declarar en sede civil que el suceso aconteció de manera diferente.-

Que lo dicho precedentemente, viene expuesto a fin de descartar todo tratamiento de la versión de los hechos que presentan los codemandados y la citada en garantía, quienes asientan su postura defensiva afirmando que el colectivo no subió a la ruta y que el impacto se produjo por una maniobra de adelantamiento del rodado menor.- Obsérvese al respecto que tal postura no sólo viene expuesta al contestar la demanda (vid. fs.

38/46, 52/61 y 112/9) -bien que con anterioridad a la sentencia penal condenatoria (del 28/10/2009, fs. 366/392 de la causa penal)-, sino que se ha mantenido al alegar de bien probado -luego de hallarse largamente firme la condena represiva-, insistiendo en postular que el ómnibus no subió a la ruta y que no tuvo incidencia en la causación del siniestro.-

Que sin embargo todo ello ha sido desestimado por la Sra. Juez Correccional, quien a los fines de condenar ha concluído -por el contrario- que el imputado Rivera volvió desde la banquina e invadió el carril Sur de la Ruta Nacional 22, interponiéndose en la línea de marcha de la víctima y obligándola a realizar una inevitable maniobra de esquite hacia la izquierda, con el trágico final ya conocido.-

Que en igual sentido adviértase que al rechazar la queja por casación denegada, y admitiendo no obstante la revisión integral de la sentencia recurrida, el Superior Tribunal de Justicia dejó claramente establecido que "...resulta demostrado que el colectivo conducido por el imputado se reintegró de modo parcial a la ruta por la que venía y se constituyó en un obstáculo imprevisto para la circulación del vehículo que transitaba en su misma dirección..." (vid. fs. 441, sentencia de fs. 433/442).-

Que así las cosas tales aspectos de la decisión del fuero represivo, en cuanto resultan circunstancias necesarias para concluir sobre la existencia del hecho y la culpabilidad del condenado, devienen entonces irrevisables en sede civil.-

En efecto, "...lo que ocurre es que el juez penal, para decidir sobre la existencia del delito y la responsabilidad del agente, debe resolver determinadas cuestiones: si hubo acción, como fue su dinámica, si la misma fue típica, antijurídica y culpable. Tales resoluciones son ineludibles para él. Y ellas son las que influyen directamente sobre las decisiones del juez civil... Así lo ha decidido el Tribunal Colegiado de Juicio Oral, 1ra. Nominación de Rosario: "Habiéndose pronunciado la Cámara Criminal sobre la dinámica del accidente, queda vedado al Tribunal Civil volver a tratar dicha dinámica" (Z.I., Secc. Jurisprudencia, 30 y sgtes.)..." (Creus, Carlos, Influencias del Proceso Penal sobre el Proceso Civil, pág. 69, y nota N° 171).-

Que a lo dicho cabría agregar que el muy profundo y concienzudo mérito de la prueba efectuado por la Sra. Magistrado interviniente en la causa penal, principalmente en orden a apreciación de la testimonial y su concordancia con la prueba técnica pericial, no podría ahora ser revisado en la instancia civil, determinando inclusive un límite a la actividad probatoria en esta sede patrimonial, en tanto "...Si la existencia del delito y la responsabilidad del imputado que ha sido condenado en el proceso penal no pueden

"contestarse" en el juicio civil, no hay razón para que el juez de este último tenga que penetrar en la estimativa de tales circunstancias. Todas las "aserciones" formuladas por el juez penal sobre esas materias deben ser aceptadas "in limine" por el civil y, por tanto, aquellas circunstancias deben tenerse como probadas en el proceso civil, en el que no se puede renovar el debate sobre las mismas. O sea que la existencia del resultado típico, la autoría del condenado, la antijuridicidad de su conducta, su dolo o culpa, no pueden aparecer como hechos controvertidos en el proceso civil. Siendo así, el juez del mismo, puede negarse a admitir la prueba que le sea ofrecida para acreditar o negar tales extremos, en cuanto ello implique renovar el debate sobre los mismos. Se trataría de una prueba superflua (art. 364 C.P.Civ.y Com. de la Nación)..." (Creus, op. cit., págs. 91/2).- Por lo que desde la mencionada perspectiva y calificación deben considerarse las declaraciones prestadas en este proceso civil por los testigos Afione, Bell, Purrán y Velázquez (vid. fs. 200), en cuanto han estado enderezadas a acreditar la dinámica del accidente.-

Que sin embargo debe quedar a salvo que la condena en sede penal, no impide al juez civil examinar la culpa concurrente de la víctima -dicho esto como principio general y sujeto a las consideraciones que se habrán de explicitar más tarde-, o la de un tercero, como eximentes de responsabilidad a efectos de disminuír o limitar la responsabilidad indemnizatoria del demandado (conf. Creus, Carlos, op. cit., pág. 83; Llambías, Jorge Joaquín, Código Civil Anotado, T. II-B, pág. 404).-

Que asimismo, es dable advertir que la solución impuesta por el art. 1102 del Cód. Civil alcanza igualmente a los sujetos civilmente responsables, es decir a aquellos demandados en sede civil distintos al autor del delito o cuasidelito, tal el supuesto de autos en que se persigue indemnización del dueño de la cosa riesgosa, y a la vez principal del causante del daño (conf. Creus, Carlos, op. cit., pág. 92; Llambías, Jorge J., op. cit., pág. 404).-

Que en consecuencia, por aplicación de los principios expuestos, y de las conclusiones obligatorias que emergen del fallo dictado en sede represiva, corresponde tener por debidamente acreditado que en fecha 24 de Abril de 2.008, siendo aproximadamente las 19,00 horas, se produjo un accidente de tránsito en la Ruta Nacional N° 22 -a la altura del Km. 1171-, protagonizado por un vehículo Renault 12, dominio WTJ-752, conducido por el Sr. Rolando Gabriel Coronado, acompañado en la ocasión por su progenitora Sra. Beatriz del Carmen Jara -a la postre víctimas fatales del hecho-, quien circulaba en dirección Oeste-Este y a raíz de la maniobra de esquivar realizada para

evitar a un colectivo de la demandada Empresa de Transportes de Pasajeros Ko-Ko S.R.L., dominio GZO-521, guiado por el codemandado Luis Edison Rivera, quien volvía desde la banquina Sur reingresando al mismo carril (Oeste-Este), terminó impactando contra un camión Mercedes Benz, dominio SEW-370, que circulaba al mando del Sr. Miguel Angel Purrán en sentido contrario por el corredor Este-Oeste.-

III.-Que contrariamente al argumento de los defendidos -expuesto al alegar de bien probado (vid. fs. 240/254)- la aplicación de la teoría del riesgo creado -responsabilidad objetiva- impuesta por la norma del art. 1.113, 2º párrafo 2da. parte, del Cód. Civil, en supuestos -como el sub examine- de accidente entre dos rodados en circulación, ambos considerados como cosas riesgosas, viene reconocida por el criterio impuesto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación -que este Juzgado comparte por sus fundamentos, no obstante no resultar de aplicación obligatoria-, en cuanto ha sostenido que "...La sólo circunstancia de la existencia de un riesgo recíproco no excluye la aplicación de lo dispuesto en el art. 1113, párr. 2º del Cód. Civil, que regula lo atinente a la responsabilidad civil por el hecho de las cosas y, de tal suerte, se crean presunciones concurrentes como las que pesan sobre el dueño o guardián, quienes deben afrontar los daños causados a otros, salvo que prueben la existencia de circunstancias eximentes. Por lo demás, la invocación de una neutralización de los riesgos no resulta de por sí suficiente para dejar de lado los factores de atribución de responsabilidad que rigen en ese ámbito..." (C.S.J.N., diciembre 22-1987, Empresa Nacional de Telecomunicaciones c. Buenos Aires, Provincia de y Otro, E.D. 128-280, L.L. 1988-D, 295).-

Que el mencionado criterio de interpretación, había sido ya aceptado en fallo precursor dictado por la Suprema Corte Bonaerense (S.C.B.A., abril 8-986, Sacaba de Larosa Beatriz E. c. Vilches Eduardo R. y otro, L.L. 1986-D, 479), y ha merecido adhesión por parte de la Excma. Cámara de Apelaciones local (in re: Bermedo Orfelina del Carmen c/Caneo Juan Carlos y Otros s/Sumario, Expte. 13.286-CA-98, Se. del 25 de Marzo de 1999; ídem, Gimenez Aparicio c/Curilen Jaime Enrique y Otros s/Sumario, Expte. 13.424-CA-99, Se. del 31 de Mayo de 1.999, entre otros fallos, publicados en Comentarios de Jurisprudencia, Colegio de Abogados de General Roca, Nro. 26, pág. 50, y N° 27, pág. 75).-

Que no obsta a la conclusión precedente, ni a la consecuente subsunción legal del supuesto, la circunstancia -también invocada por los requeridos- en orden a la ausencia de contacto físico entre el ómnibus y el rodado menor, sino que el impacto de éste

último con el camión que circulaba de frente haya derivado de la maniobra de esquivar para evitar al primero, pues es bien sabido que la aplicación de la norma del art. 1113, 2º párrafo, 2da. parte, del Cód. Civil, remite al análisis de la incidencia causal de la cosa en el resultado nocivo, tratándose en definitiva de una cuestión de relación de causalidad, lo que permite prescindir -según las circunstancias del caso- de aquel contacto material (conf. Trigo Represas Félix A., Las cosas riesgosas o el riesgo de las cosas, en Revista de Derecho de Daños, T. 2006-3, Creación de Riesgo-I, págs. 7/16).-

Que por tal motivo se ha dicho en precedentes jurisprudenciales que "...Para que configure la hipótesis de la segunda parte, apartado segundo del art. 1113 del Código Civil, no es menester que la cosa riesgosa entre en un contacto físico con la víctima; basta que el accionar de aquélla haya sido la causa del daño (Si un transeúnte sufre un traumatismo en el intento de esquivar a un automóvil manejado a gran velocidad, sería irrazonable sostener la falta de causación por el hecho de que el vehículo no hubiere rozado al peatón)..." (L.D.T., publ. diario Jurisprudencia Argentina, 20.11.96., p. 49. en I.L. el 9.10.97, Pág. 5, Autos: Cardozo, Esther Aida c/Elma S.A. s/accid. de trabajo -art. 1113 C.C.Causa N° 1455/93, Pérez Delgado-Farrell-De las Carreras, 19/09/ 1995).-

En igual sentido, que "...En el supuesto de riesgo creado por la utilización de automotores, no puede considerarse en todos los casos como necesario que medie contacto físico. Es que la presencia de la cosa riesgosa, de acuerdo a las circunstancias particulares del caso, puede, por sí, generar un temor de daño inminente y producirse el daño efectivamente, no ya por el contacto de los rodados, sino por las consecuencias que produce el intentar evitar tal contacto..." (L.D.T., CC0202 LP, B 77055 RSD-230-95 S, 14-9-95, Juez FERRER (SD), Carrizo, Patricia Cecilia c/Cuervo, Abel Cándido s/Indemnización daños y perjuicios, MAG. VOTANTES: Ferrer-Suárez; ídem, CC0202 LP 91599 RSD-188-99 S 31-8-99, Juez FERRER (SD), Ruiz, Cristian Angel c/Farías, Sandra Patricia s/ Daños y perjuicios, MAG. VOTANTES: Ferrer-Suárez).-

Asimismo ello ha sido sostenido por la prestigiosa Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, afirmando que "...Quien acciona en función del art. 1113 2do. apartado, 2do. párrafo del Código Civil debe probar: a) el daño, b) la relación causal, c) el riesgo de la cosa y d) el carácter de dueño o guardián de los demandados, por lo que la prueba del contacto físico de la víctima con la cosa riesgosa es un requisito ajeno al régimen de la responsabilidad objetiva..." (L.D.T., S.C.B.A., Ac. 59283 S, 15-10-96, Juez SAN MARTIN (SD), Buiatti de Lemos, María L. c/Renzi, Norberto y otros s/Daños y perjuicios, MAG. VOTANTES: San Martín-Laborde-Negri-Pisano-

Salas; ídem, Ac. 81747 S 17-12-3, Juez PETTIGIANI (SD), Barrios, Adolfo Carlos c/ Rodríguez, Horacio s/Daños y perjuicios, MAG. VOTANTES: Pettigiani-Roncoroni-Negri-de Lázzari-Hitters).-

IV.-Que bajo el mencionado prisma de interpretación de la norma aplicable al caso, y a fin de determinar la atribución de responsabilidad en el hecho bajo examen, en lo que sigue habré de analizar si se encuentra acreditada en la causa la eximente de culpa de la víctima -tal como postulan los codemandados y la citada en garantía-, dejando a salvo que carecerá de toda relevancia el examen sobre la eventual ausencia de culpa del accionado Luis Edison Rivera, como conductor del rodado mayor.-

Dejo sentado al respecto que en relación al reclamo de los causahabientes de la Sra. Beatriz del Carmen Jara, la invocada culpa de la restante víctima -Rolando Gabriel Coronado, conductor del vehículo menor- opera en realidad para los accionados y su asegurador como la culpa de un tercero por quien no se debe responder.-

IV.a.-Que efectuadas las aclaraciones precedentes, en lo que sigue habré de adentrarme en el análisis, a fin de determinar la dinámica del hecho, y si de la misma puede derivarse aquella invocada culpa de la víctima, como eximente de responsabilidad para el demandado.-

IV.b.-Que tal como ya he dicho en anterior considerando, la existencia misma del hecho, y la forma en que éste se produjo vienen impuestas por la norma del art. 1102 del Código Civil.-

Que sin embargo, ambos codemandados y la citada en garantía centran su defensa afirmando que el conductor del Renault 12, Rolando Gabriel Coronado, a la postre una de las víctimas fatales del infortunio, habría perdido el control de su rodado como consecuencia del exceso de velocidad al que circulaba, y que ello ha sido la causa del hecho bajo examen.-

Que frente a tal postura defensiva, debo recordar -a los fines de evaluar las cargas probatorias que pesan sobre las partes- que ubicados en el ámbito de la responsabilidad aquiliana objetiva -derivada del riesgo o vicio de la cosa (art. 1.113 C.Civil)-, a la víctima -o como en el caso a sus sucesores- les basta con probar la existencia del hecho y que el mismo le ha producido un daño; mientras que el demandado debe acreditar, si su pretensión es eximirse de responsabilidad, la culpa de la víctima, la de un tercero por quien no debe responder, o el casus (caso fortuito o fuerza mayor).-

Que sentados tales principios -bien conocidos-, adelanto que la propia dinámica del accidente, y las probanzas producidas en autos, permiten descartar la postulada

eximente de culpa de la víctima.-

En efecto, aún sin perder de vista que las consideraciones efectuadas y los hechos que la Sra. Magistrado del fuero correccional ha tenido por acreditados en orden a la ausencia de culpa de la víctima, lo han sido precisamente a los fines de concluir sobre la culpabilidad del imputado, todo lo cual torna bien dudoso que pudiera ahora volverse sobre tales aspectos ya resueltos en aquella sede -por la señalada obligatoriedad de sus conclusiones (conf. Creus, op. cit., págs. 87/8, "...Muchas veces el juez penal, para afirmar la causalidad de parte del sindicado como agente del hecho, se ve precisado a hacerlo a través de la negativa de la culpa de la víctima. Si en el proceso penal se ha planteado la exigencia de examinar las consecuencias de la culpa de la víctima en orden a la causalidad de los resultados y la sentencia penal, al condenar, aporta, como argumento para afirmar la existencia de autoría, la negativa del carácter culposo de la conducta de la víctima, es harto difícil vedarle a esa decisión del juez penal la cualidad de necesaria; la misma, por tanto, operaría efectos de cosa juzgada en sede civil...")-, lo cierto es que no se advierte que aquella enrostrada conducta hubiera incidido causalmente en el acaecimiento del hecho.- Amén de la orfandad probatoria que también debe señalarse a su respecto.-

Que en tal sentido la Sra. Magistrado del fuero correccional ha descartado la existencia de una hilera de vehículos que precediera al Renault 12 de la víctima, y que a raíz de ello éste hubiera "clavado los frenos" perdiendo el control del rodado e invadiendo por esa razón el carril contrario.-

A la vez que no puede menos que concordarse con su conclusión en orden a la ausencia de incidencia causal de la velocidad a la que se habría desplazado la víctima -no comprobada-, pues como bien se señala ello no ha constituido la causa eficiente -rectius: adecuada- del hecho, a poco que se advierta que el mismo tuvo su génesis en la irrupción imprevista del ómnibus, ascendiendo desde la banquina hacia la cinta asfáltica.- En otras palabras, y más derechamente: si el demandado no hubiera obstaculizado el carril de circulación del rodado menor, el accidente no se habría producido, con total prescindencia de la velocidad a la que hubiera circulado este último.-

Que en el sentido de la solución que se propicia para el caso se ha dicho en precedentes que "...Aún admitiendo que el accionante hubiese circulado en la emergencia a velocidad antirreglamentaria, no es bastante la simple comprobación de ello para que sin más se impute responsabilidad en el accidente porque para que pueda poseer

operatividad una presunción de culpabilidad hecha surgir de la infracción a una norma administrativa de tránsito, es menester que exista una relación de causalidad adecuada entre la infracción y el daño, de lo contrario, la infracción en sí misma resulta inocua para determinar responsabilidad en el accidente..." (L.D.T., Cuarta Cámara Civil Mendoza, 05/05/1992, Lorca, Bernardo c/Daniel H. Salas s/Sumario, N° Fallo: 92190622-Ubicación: S123-329-N° Expediente: 59213, Mag.: Sarmiento García-Flores-González).-

IV.c.-Que a mayor abundamiento, y sin perjuicio del argumento precedente en orden a la exclusión de la incidencia causal de la conducta de la víctima, cabría agregar como forma de dar debida respuesta jurisdiccional a los planteos defensivos de los requeridos, que la ausencia de comprobación sobre el exceso de velocidad que se imputa a Coronado -cuyos alcances habré de analizar en lo siguiente- obstaría de cualquier modo a la eximición de responsabilidad que se postula.-

En efecto, la imposibilidad de determinar la velocidad de desplazamiento de los vehículos involucrados ya había sido expuesta en la pericia accidentalológica practicada en la etapa del plenario correccional (vid. fs. 252/268, respuesta al punto 8, fs. 260), como consecuencia de la ausencia de huellas de frenada, el estado de destrucción de los rodados, y demás circunstancias especificadas por el experto.- Dictamen pericial que -vale destacarlo- se realizó con intervención del consultor técnico -Ing. Zilvestein- del propio imputado Rivera.-

Que tal imposibilidad ha sido corroborada fundadamente en esta sede civil por el perito accidentalológico, en su dictamen de fs. 165/172 (vid. respuesta al punto 8 del cuestionario pericial de los codemandados y la citada en garantía, fs. 170), y al contestar a fs. 193/4 la impugnación que al respecto le formularan los accionados y la aseguradora (vid. fs. 183/7).-

Que en tal sentido juzgo que las fundadas explicaciones del experto, descartando con claros fundamentos basados en la propia bibliografía técnica citada por los impugnantes (vid. fs. 193/4), explicando por qué motivos no era posible determinar en el caso la velocidad de los móviles con "...la precisión necesaria para que V.S. pudiera emitir un dictamen justo...", deben prevalecer sobre el cuestionamiento de los defendidos.-

A la vez que permiten desestimar la pretensión de los impugnantes de que se realice una nueva pericia, pues en tales condiciones la misma resulta claramente superflua por innecesaria.-

Adviértase al respecto que en oportunidad de su alegato defensivo en la instancia penal

la propia asistencia técnica del imputado Rivera admitió que "...es lógico que el perito... poco pueda decir de la velocidad...", teniendo en cuenta que "...las deformaciones no fueron producto de la colisión fueron producto de las deformaciones posteriores..." (vid. fs. 365, acta de debate fs. 359/365 de la causa penal).-

Que así las cosas, y sin perjuicio -lo reitero- de que en el subexamine se ha juzgado ausente la incidencia causal de la conducta de Coronado, la falta o insuficiencia de prueba en torno a la invocada eximente de culpa de la víctima debe en cualquier caso interpretarse en contra del accionado, determinando igualmente -aunque por distinta vía- la atribución exclusiva sobre su cabeza de aquella responsabilidad resarcitoria.-

Que en tal sentido, la Excma. Cámara de Apelaciones local, ha sostenido:

"En el régimen de la responsabilidad objetiva, se presume la del conductor de la cosa riesgosa, la carga de la prueba de los eximentes está en su cabeza, y ante la duda, será condenado, sin importar si de los elementos colectados surja o no su culpa, basta que no se encuentre probada la total o parcial de la víctima o de un tercero por el que no debe responder, o fuere un caso fortuito o de fuerza mayor (conf. in re "Colipi de Mellado José otros c/Menis S.R.L. s/Sumario, Expte. 11.687-CA-96, con cita de Trigo Represas-Compagnucci de Caso, Responsabilidad Civil por Accidentes de Automotores, T. 2b, págs. 597/8, 637/41, 648/50). ...Así entonces, la carga eximente de la culpa de la víctima no ha sido cumplida. No hay que demostrar su no culpa, sino la culpa de la actora, y en ello hay una diferencia sustancial..." (Cám. Apel. Civil y Comercial de General Roca, 10-3-97, Izquierdo Adela c/Morel Hortensia y otro s/Sumario, Expte. 11.853-CA-96, publ. en Comentarios de Jurisprudencia, Colegio de Abogados de General Roca, N° 22, págs. 51/2).-

IV.d.-Que en las condiciones expuestas se impone concluir no sólo que el accidente no se produjo por culpa concurrente de la víctima, sino que por el contrario ello aconteció como consecuencia exclusiva de la conducta del accionado, quien con notable imprudencia, y sin tomar los recaudos que eran esperables de su parte, reingresó desde la banquina a una ruta nacional de intenso tránsito, invadiendo el carril por el que circulaba el rodado menor, constituyendo de tal modo una clara interferencia sobre el flujo vehicular, conducta del todo reprochable por violatoria de la norma del art. 39 inc. b) de la L.T.S.V. 24.449, en cuanto impone realizar toda maniobra con precaución, sin crear riesgo ni afectar la fluidez del tránsito.-

En efecto, la maniobra de salida a la ruta nacional -tal la que ejecutaba el ómnibus luego de bajar a la banquina para un fallido intento de levantar pasaje- exigía un máximo de

prudencia para quien la ponía en práctica, pues le exigía verificar previamente la ausencia de todo otro rodado cuya marcha pudiera ser interferida -como efectivamente lo fue- a raíz de la misma.-

Pondero al efecto, y muy especialmente, que el demandado Rivera reviste calidad de conductor profesional de un transporte público de pasajeros, lo que determinaba sobre su cabeza un mayor deber de cuidado y precaución (arg. arts. 512 y 902 Cód. Civil).-

IV.e.-A modo de conclusión: teniendo en cuenta las ya citadas circunstancias en que se produjo el hecho, juzgo que la responsabilidad debe atribuirse en forma exclusiva al demandado Sr. Luis Edison Rivera.-

V.-Que a la luz de las conclusiones a las que arribo en considerandos precedentes, corresponde ahora analizar si el hecho acaecido, en adecuada relación de causalidad, ha generado daño a los accionantes, pues en tal caso se activaría la responsabilidad resarcitoria del demandado Rivera (arts. 901, 902, 903, 904, 1067, 1068 y 1069 C.Civil), y en su caso la de los sujetos civilmente responsables.-

V.a.1.-Que se demanda en primer término persiguiendo reparación del daño moral.-

Que el reclamo al respecto aparece formulado -primeramente- por las consecuencias de la muerte de la Sra. Beatriz del Carmen Jara, por su concubino -Sr. Nicolás Orellana- y por sus hijos, Laura Marilú, Griselda Margarita, Marilín Valeria y Nicolás Mauricio Orellana.-

Que la admitida calidad de conviviente (vid. declaración jurada de fs. 8), y la solución legal que impone el art. 1078 del Código Civil, en cuanto sólo otorga legitimación para el reclamo por daño moral a los herederos forzosos de la víctima, imponen efectuar algunas consideraciones al respecto, aún cuando los accionados y el asegurador no hallan articulado defensa alguna al respecto.-

Ello, así en tanto -obviamente- el conviviente no reviste aquél carácter exigido por el art. 1078.- A la vez que, tratándose la legitimación de las partes de un requisito intrínseco de admisibilidad de la pretensión, ello autoriza su consideración ex officio, renovando la vigencia del principio "iura curia novit" en relación a una cuestión de derecho.-

Así, se ha dicho que "...La legitimación sustancial de las partes, activa y pasiva, constituye un presupuesto preliminar y necesario para la declaración del derecho en favor del actor. Si la ausencia de legitimación tiene el carácter de manifiesta, su examen se verifica de oficio, o a petición de parte en el estadio preliminar del juicio, como excepción de previo y especial pronunciamiento. En una segunda oportunidad, el Juez

considera el tema de la legitimación ya que en la sentencia frente al planteamiento de la respectiva defensa, o en virtud de su oficio judicial al controlar los presupuestos de hecho de la norma jurídica que sirve de fundamento a la pretensión. De advertir el sentenciante la falta de legitimación de las partes, corresponderá que la ponga de manifiesto en la sentencia, aunque no haya sido opuesta como defensa, pues formalmente la "legitimatio ad causam" se presenta como una cuestión de derecho..." (L.D.T., C.Civ. y Com. Neuquén, P.S. 1995 -V- 881/884, SALA II, CC0002 NQ, CA 734 RSD-881-95 S 12-12-95, Juez GARCIA (SD), TRUJILLO ALDO R. c/ DOWEL SCHLUMBERGER ARGENTINA s/ DAÑOS Y PERJUICIOS

MAG. VOTANTES: GIGENA BASOMBRIÓ - GARCIA)

En idéntico sentido, se ha dicho que resulta necesario "...que los sujetos no sólo tengan capacidad para ser partes sino que se encuentren legitimadas procesalmente, vale decir que tengan legitimación para obrar. Se define la legitimación procesal, "como aquel requisito en cuya virtud debe mediar una coincidencia entre las personas que efectivamente actúan en el proceso y las personas a las cuales la ley habilita especialmente para entender (legitimación activa) y para contradecir (legitimación pasiva) respecto de la materia sobre la cual el proceso versa" (cfr. Lino E. Palacio, Derecho Procesal Civil, Edit. Abeledo Perrot, Bs.As. 1990, T.I, pág.406). Ahora bien, la existencia de falta de legitimación procesal puede ser declarada de oficio por el Juez?. Roland Arazí en el libro "La Legitimación" Homenaje al profesor Lino Enrique Palacio, Coordinador Augusto M. Morello, Edit. Abeledo Perrot, Bs.As. 1996, pág. 33 sostiene: "La calidad o legitimación para obrar es un requisito que el juez debe examinar previamente a la "entrada en la pura sustancia del asunto", según la expresión de FAIREN GUILLEN. El demandado puede oponer la excepción de falta de legitimación que, en el caso de ser manifiesta, se resolverá con carácter previo. No opuesta la excepción, igualmente el juez tiene que examinar de oficio el tema, porque se trata de una típica cuestión de derecho (FAIREN GUILLEN, Víctor, Estudios de Derecho Procesal, Madrid 1955, pág.299; CHIOVENDA, José, Institutos de Derecho Procesal Civil, Trad. GOMEZ ORBANEJA, T.I, Madrid 1936, pág.82). Ello por supuesto cuando se invocó una calidad que no legitimaba a las partes; caso contrario la prueba de la calidad invocada se rige por los principios generales referentes a la admisión de los hechos y a la carga de la prueba". En el caso de no haber sido articulada como defensa, igualmente constituye una "quaestio iuris" que debe resolverse por la aplicación del principio "iura novit curia". Así dentro del régimen procesal, la falta de legitimación

para obrar puede ser opuesta como defensa o bien ser declarada de oficio por los jueces, pues éstos no pueden dejar de aplicar el derecho. Vale decir que en principio en nuestro régimen ritual es que la falta de legitimación procesal debe ser opuesta como defensa de fondo por las partes. Sin embargo, en razón de la estrecha vinculación que generalmente guarda la legitimación para obrar con la cuestión de fondo sometida a decisión judicial, en el caso que la demandada no haya opuesto al contestar demanda la excepción de "falta de acción", ello no obsta para que el juez, declare la inexistencia de legitimación procesal..." (L.D.T., C.S.Tucumán, DRES.: GOANE - PONSATI - AREA MAIDANA, MARTIN JUAN ANTONIO Y OTROS c/SUPERIOR GOBIERNO DE LA PROVINCIA DE TUCUMAN s/ANULACION, 13/10/97, Sentencia N°: 794).-

Que sentado lo expuesto, y a la luz de aquella carencia sobre la legitimación del concubino -no es heredero forzoso (arg. art. 1078 C.Civil)-, la procedencia de su reclamo habrá de depender de la declaración de oficio sobre la inconstitucionalidad de la norma de mención, pues de otro modo su actual vigencia -de lege lata- impediría acoger la demanda promovida al respecto por el conviviente.-

Que así lo ha resuelto la Máxima Instancia Provincial en el precedente "MARILLAN Eliana Gladys c/EDERSA S.A. s/Accidente de Trabajo s/Inaplicabilidad de Ley" (Se. 100/07, 28/11/2007, Expte. 21020/06), en decisión cuyos fundamentos y sentido final este Juzgado considera que corresponde seguir para la solución del presente caso.-

Así, se sostuvo en el citado precedente que "...en supuestos como éste y frente a la rigidez del sistema legal, la solución más plausible no es otra que asumir, aún de oficio, el control de constitucionalidad de la norma que consagra la limitación en materia de legitimados activos indirectos (art. 1078 del Código Civil)... la procedencia del control de constitucionalidad de oficio, ha sido definitivamente consolidada con el nuevo fallo dictado por el Alto Tribunal, en su nueva integración, en el expediente "Banco Comercial de Finanzas S.A. (en liquidación) s/quiebra", sent. del 19.08.04. En esta última doctrina se estableció que "... si bien es exacto que los tribunales judiciales no pueden efectuar declaraciones de inconstitucionalidad de las leyes en abstracto, es decir, fuera de una causa concreta en la cual deba o pueda efectuarse la aplicación de las normas supuestamente en pugna con la Constitución, no se sigue de ello la necesidad de petición expresa de la parte interesada, pues como el control de constitucionalidad versa sobre una cuestión de derecho y no de hecho, la potestad de los jueces de suplir el derecho que las partes no invocan o invocan erradamente -trasuntado en el antiguo adagio '\iura novit curia\'- incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución

(art. 31 de la Carta Magna) aplicando, en caso de colisión de normas, la de mayor rango, vale decir, la constitucional, desechando la de rango inferior (Fallos: 306:303, considerando 4° del voto de los jueces Fayt y Belluscio)". Asimismo, se expresó que "no podía verse en ello la creación de un desequilibrio de poderes en favor del judicial y en mengua de los otros dos, ya que si la atribución en sí no es negada, carece de consistencia sostener que el avance sobre los otros poderes no se produce cuando media petición de parte y sí cuando no la hay. Tampoco se opone a la declaración de inconstitucionalidad de oficio la presunción de validez de los actos administrativos o de los actos estatales en general, ya que dicha presunción cede cuando se contraría una norma de jerarquía superior, lo que ocurre cuando las leyes se oponen a la Constitución. Ni, por último, puede verse en ella menoscabo del derecho de defensa de las partes, pues si así fuese debería, también, descalificarse toda aplicación de oficio de cualquier norma legal no invocada por ellas so pretexto de no haber podido los interesados expedirse sobre su aplicación al caso (confr. fallo precedentemente citado, considerando 5°, Fallos: 324:3219 voto del juez Boggiano, considerandos 11, 13 y 14 y del juez Vázquez, considerandos 15, 16 17 y 19)...".-

Y en relación a la inconstitucionalidad de la solución legal impuesta por el art. 1078 del Código Civil, se dijo entonces que "...La alusión a la categoría de herederos forzosos remite a los arts. 3592 y ccdtes. del Código Civil, es decir, a los descendientes, ascendientes y cónyuges. Cabe entonces preguntarse si, a los efectos del reconocimiento del daño moral, existe algún fundamento para distinguir la situación de la legítima cónyuge de la realidad de la conviviente (que, en el caso concreto de autos, ha sido tal durante -por lo menos- nueve años -conf. constancia de fs. 349 y certificado de fallecimiento de fs. 4- y con quien además la víctima tenía dos hijos -conf. partidas de fs. 2 y 3-), para así conceder a una lo que se le niega a la otra en idénticas circunstancias de convivencia estable y de formación de una familia.- Adelantamos nuestra respuesta negativa, pues no existe razón alguna que pueda llevar a pensar que el daño espiritual que se presume que sufre la esposa como consecuencia de la muerte del marido no sea igual que el que experimenta la concubina, por el solo hecho de no estar unida en la formalidad del matrimonio. El sentimiento en que se basan ambas clases de uniones es el mismo, por lo que -desde ese punto de vista- resulta muy difícil distinguir dos realidades que se presentan al mundo exterior como sustancialmente idénticas, y que sólo difieren por el hecho de que el ligamen ha sido revestido de expresas solemnidades en un caso, mientras que en el otro carece de toda formalidad.- En tales condiciones,

negarle de plano a la concubina el derecho a obtener la reparación del daño moral, aún cuando pueda invocar un perjuicio espiritual serio, grave y relevante, viola el principio de igualdad ante la ley (art. 16 de la C.N.) y sólo parece reposar en una concepción sacralizada de la institución matrimonial que no se condice con los parámetros valorativos de la sociedad de este tiempo en que nos toca vivir.- No se trata aquí de asumir ninguna posición que pueda ir en desmedro del matrimonio, en el que los cónyuges exteriorizan un nivel de compromiso pleno. Se trata de reconocer que quienes voluntariamente permanecen juntos en el marco de una unión estable y duradera, también asumen responsabilidades mutuas y son artífices de un modelo de familia que no difiere mayormente de aquélla que reposa en el vínculo matrimonial. No puede dejar de destacarse que el art. 31 de la Constitución Provincial dispone: “El Estado protege a la familia, como célula base de la sociedad, establecida, organizada y proyectada a través del afecto, facilitando su constitución y el logro de sus fines culturales, sociales y económicos...”, vale decir que la propia Constitución reconoce como familia a todos quienes están unidos por el afecto, cualquiera sea el molde o modelo constitutivo en la actualidad (véase STJ in re: “LOWEY”, Se. N° 110 del 27.06.07 del protocolo de la Secretaría N° 1).- Por lo demás, tampoco se advierten razones que justifiquen reconocerle a la concubina el derecho a reclamar el resarcimiento del daño material derivado de la muerte de su compañero (arts. 1068, 1077, 1079, 1109 y ccdtes. del Código Civil); reconocerle el derecho a pensión (el art. 53 de la ley 24241 establece el derecho de cualquiera de ambos convivientes que lo hubieran hecho públicamente en aparente matrimonio durante por lo menos cinco años anteriores al fallecimiento, plazo que se reducirá a dos años cuando hubiere descendencia); reconocerle el derecho a ser beneficiaria de la indemnización por extinción del contrato de trabajo por muerte del trabajador (art. 248 LCT), entre otros, y negarle la posibilidad de obtener el resarcimiento del daño moral.- “Cuando se pone sobre el tapete el elemento formal del parentesco (o más severamente, como en la ley argentina, la condición de heredero forzoso) es porque ello trasunta ‘presumiblemente’ (no de modo absoluto) una realidad espiritual menoscabada; hasta el punto... de que el elemento formal no bastaría para justificar la indemnización si se acreditase que ningún lazo de afecto había con el extinto. Pues bien, la misma argumentación posee fuerza operativa a la inversa: si la lesión espiritual concurre efectivamente, no se avizora cuál sería la razón para que el defecto de aquel lazo formal impida la reparación” (Matilde Zavala de González: “Resarcimiento de daños”, T° 2b -Daños a las personas-, Hammurabi, pág. 395).- La

Suprema Corte de Buenos Aires, que en un precedente anterior había reconocido la legitimación de la concubina para reclamar por daño material y se la había denegado por daño moral (in re: “V., M. c. C., J. M. y otro”, del 7/5/03), recientemente declaró la inconstitucionalidad del art. 1078 del Cód. Civ. y reconoció una indemnización por daño moral a los padres de un menor que quedó cuadripléjico por una mala praxis médica como consecuencia de una falla del aparato que le suministraba anestesia (en autos “L.A.C. y otro c. Provincia de Buenos Aires y otro”, del 16/05/2007 -La Ley Buenos Aires, número 5, junio 2007, págs. 503 y sgtes.-); recordemos aquí que la norma legal sólo otorga legitimación activa al “damnificado directo”, en este caso, al menor, para reclamar por daño moral.- No obstante haber denegado la indemnización por daño moral, en aquel primer caso es necesario destacar el meduloso voto del doctor Pettigiani, quien parte de la base de que debe ser resarcido “todo aquello de lo que el damnificado ha dejado de gozar como consecuencia del ilícito, que tenga una relación de causalidad adecuada respecto de la conducta que ha provocado tal carencia”. En este punto, pone de resalto que no puede considerarse que “la relación concubinaria, prolongada en el tiempo por definición, vocación de permanencia, calificada por un especial vínculo afectivo, excluyente de toda otra relación simultánea con caracteres similares, destinada a pervivir si no fuera por el hecho ilícito que la trunca, pueda calificarse de inmoral o se encuentre de alguna manera proscripta en el ordenamiento jurídico”. Sobre esta misma temática, puede consultarse también a Jorge Mosset Iturraspe (“Responsabilidad por daños”, T° V -El daño moral-, Ed. Rubinzal Culzoni, págs. 247 y sgtes.) y Silvia Y. Tanzi y Ethel Humphreys (“Daño moral y concubinato. Legitimación para su reclamo”, La Ley Buenos Aires, número 2, marzo de 2005, págs. 133 y sgtes.).- Desde una perspectiva distinta, pero aún en definitiva, cabe destacar que el derecho a la reparación del daño material o moral injustamente sufrido, derivado del principio “alterum non laedere”, ha sido reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en numerosos fallos como derecho de raíz constitucional con sustento en el principio general establecido en el art. 19 de la Constitución Nacional (véase CSJN in re: “Santa Coloma, Luis F. y otros c. Ferrocarriles Argentinos”, del 05/08/86, Fallos 308:1160; “Gunther, Fernando c. Gobierno Nacional”, del 05/08/86, Fallos 308:1118 y “Luján c. Nación Argentina”, del 05/08/86, Fallos 308:1109) (véase Ramón Daniel Pizarro, op. cit., págs. 354 y sgtes.).- ...Tales pautas de análisis resultan aplicables al caso en examen, pues parece evidente que una limitación como la que aquí se trata degrada la esencia misma del derecho a la reparación integral del daño injustamente

sufrido (véase Ramón Daniel Pizarro, op. cit., págs. 375 y sgtes.), es decir, supone que se niegue un derecho frente a un hecho ilícito que ha interferido abruptamente, interrumpiendo la vida de pareja y de familia.- En el plano supranacional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, aprobada por ley 23054 e incorporada a la Constitución Nacional por vía del art. 75 inc. 22, contiene criterios amplios y flexibles en materia de daños a las personas. Así, el art. 5.1 proclama que toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica o moral, y el art. 11.2 establece que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada ni en la de su familia. En este sentido, destaca Pizarro que, “tratándose de personas que sin alcanzar la calidad de sucesores han experimentado un daño patrimonial o espiritual grave, derivado de la muerte de otra persona, la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos se inclina por otorgar legitimación activa” (autor y op. cit., pág. 377). De ello concluye que “la limitación que en materia de legitimación activa por daño moral consagra el art. 1078 del Código Civil, en muchos casos, deviene hoy en inconstitucional, al consagrar un tratamiento irrazonablemente distinto del que fluye nítidamente de las pautas supranacionales. Las respuestas que en la hora actual, de lege lata, pueden hallarse esforzadamente en la parte dogmática de la Constitución Nacional para la declaración de inconstitucionalidad del art. 1078 del Cód. Civil en materia de legitimación activa, encuentran sustento más elocuente 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” (op. y pág. cit.).- En mérito a todo ello, corresponde declarar en el presente caso la inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil, en cuanto impide a la concubina reclamar por el daño moral derivado de la muerte de la persona con quien ha convivido en aparente matrimonio...” (S.T.J.R.N., fall. cit.).-

Que al amparo de los principios expuestos que -según ya se dijera- este Juzgado comparte sin cortapisas, y verificada en el caso concreto la convivencia del accionante con la víctima -Beatriz del Carmen Jara- por un lapso de veinticuatro años hasta el momento del hecho, con quien además ha tenido cuatro hijos (vid. constancias de fs. 4/7 y 8), se impone declarar de oficio la inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil, y en consecuencia otorgar legitimación activa al actor conviviente en aparente matrimonio para demandar reparación del daño moral derivado de la desaparición física de aquélla.-

V.a.2.-Que resuelta de tal modo la cuestión vinculada a la legitimación activa, corresponde en lo siguiente abordar el análisis sobre la procedencia sustancial del reclamo por daño moral que postulan el conviviente y los hijos de la Sra. Beatriz del Carmen Jara, víctima fatal -una de ellas- del infortunio cuyas consecuencias demandan atención jurisdiccional.-

Que a tal fin, y aunque resulte concepto bien conocido, encuentro de toda utilidad recordar que en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual o aquiliana -como en el caso: cuasidelictual- el daño moral siempre procede frente a la comisión del ilícito -daño "in re ipsa" (art. 1.078 C.Civil)-, es decir que la víctima se encuentra relevada de toda prueba destinada a acreditar los padecimientos en sus afecciones legítimas.-

Que de otra parte, tampoco resulta discutible que la indemnización del daño moral, de naturaleza esencialmente resarcitoria (conf. C.S.J.N., a partir del precedente "Santa Coloma"), comprende aquellos supuestos en que se ha afectado la integridad psico-física de la persona, en cuanto ello incide sobre su esfera extrapatrimonial (conf. Trigo Represas-Compagnucci de Caso, Responsabilidad Civil por Accidentes de Automotores, op. cit., T. 2-b, pág. 560).-

Que en el caso bajo examen, deviene natural que la desaparición física de la madre de cuatro hijos, alguno de ellos de corta edad -Mauricio Nicolás contaba al momento del hecho con 10 años recién cumplidos-, y las restantes jóvenes de 17, 20 y 21 años transitando la adolescencia, haya importado un enorme dolor espiritual.- Más aún si se consideran las particulares características que reviste en nuestra sociedad el vínculo materno-filial.- En efecto, es común entre nosotros escuchar frases como: "...la madre es la madre...", "...madre hay una sola...", u otras tales como "...mi "vieja" es lo más grande que hay...", que denotan claramente la importancia y profundidad que reviste el mencionado vínculo en nuestra organización social.-

Que no menos traumática ha resultado la dolorosa experiencia para el conviviente en aparente matrimonio, frente a la desaparición de su compañera durante veinticuatro años -desde el año 1.984 (vid.fs. 8)-, con quien ha resultado padre de cuatro hijos (vid. fs. 4/7).-

Que tales padecimientos, merecen ser debidamente indemnizados por los responsables del acto lesivo injusto, en una suma que importe reparación integral del daño.-

Bien que tratándose de la indemnización del daño moral, con razón se ha dicho que la reparación integral constituye un mito o ilusión, tanto desde la perspectiva del daño mismo, porque es imposible restituir la situación al estado anterior a la lesión, como

desde el ángulo de la indemnización, ya que el monto que se fije no puede representar ni traducir el perjuicio.- De modo tal que la inconcretable aspiración a una reparación integral de daños espirituales, debe ser reemplazada por la directiva más realista, de una reparación justa, en la medida posible (Zavala de González, Matilde, *Cuánto por Daño Moral*, L.L. 1998-E, pág. 1057).-

Que a fin de dar concreción plena a este principio de la reparación integral -o justa-, la teoría del derecho de daños ha evolucionado desde la idea tradicional de indemnizar el dolor o sufrimiento de los damnificados, hasta alcanzar concepto de mucha mayor abarcación, tales como el de "daño a la persona" o "daño al proyecto de vida", procurando así dar respuesta indemnizatoria a toda "alteración del bienestar psicofísico", que se integra con la capacidad para proyectar, para relacionarse, para gozar de las aptitudes o virtualidades del ser humano, entre las cuales se encuentra una mente sana, una armonía estética, etc. (Mosset Iturraspe, Jorge, *Daño moral. Noción. Crítica a la denominación. Daño Extrapatrimonial. Daño a la persona.*; Fernández Sessarego, Carlos, *Daño moral y daño al proyecto de vida*; ambos en *Revista de Derecho de Daños*, T.6, *Daño Moral*, págs. 7 y 25).-

Que desde el punto de vista de la mensuración económica del daño moral, en concreto, y habida cuenta de las dificultades insolubles que implica medir el dolor, o aún cuando ello fuere posible, de traducir la medida del sufrimiento a una suma de dinero ("pretium doloris"), se ha dicho también que el árido tránsito desde la extrapatrimonialidad del daño a la patrimonialidad de la indemnización debe efectuarse a través del precio del consuelo ("pretium consolationis") o de los placeres compensatorios. Es decir, otorgando a los damnificados un importe indemnizatorio que les permita procurarse bienes -materiales e inmateriales- cuyo goce permita a su vez considerar que sus penurias han sido razonablemente resarcidas o mitigadas (conf. Mosset Iturraspe, Jorge, *Diez reglas sobre cuantificación del daño moral*, L.L. 1994-A, 728; Zavala de Gonzalez, Matilde, op. cit., L.L. 1998-E, 1063; Iribarne, Héctor Pedro, *La cuantificación del daño moral*, en *Revista de Derecho de Daños*, T.6, *Daño Moral*, pág. 185).-

Que de otra parte, la Cámara de Apelaciones local tiene dicho, a fin de mensurar la cuantía del daño moral y con el objeto de limitar el arbitrio judicial, que resulta sistema aplicable al efecto aquel que impone otorgar indemnizaciones similares para casos análogos (in re: "Painemilla c. Trevisán", *Jurisprudencia Condensada*, T.9, 9-31).-

Que asimismo es dable considerar la conocida distorsión de los valores indemnizatorios fijados en los precedentes, a raíz de la debacle económica en la que se ha visto sumido

nuestro país desde el mes de Diciembre de 2.001, así como la circunstancia de que la indemnización de los perjuicios sufridos constituye una deuda de valor (conf. Llambías, Código Civil Anotado, T. II-A, pág. 341), autorizan a una adecuación de tales importes, como forma de efectuar una determinación actual del contenido pecuniario de la obligación resarcitoria.- E igualmente respecto de las sumas demandadas, habida cuenta del tiempo transcurrido hasta la fecha desde el acaecimiento del hecho y la promoción de la demanda judicial.-

Que así las cosas, teniendo en consideración los padecimientos sufridos por el conviviente y los hijos de la víctima, así como los que continuarán padeciendo en el futuro, la incidencia que todo ello proyecta en la vida familiar y de relación, y las demás particularidades propias del caso, juzgo razonable fijar la indemnización por daño moral en la suma de PESOS CIEN MIL (\$ 100.000) para el conviviente Nicolás Orellana; y para los hijos, atendiendo a sus distintas edades al momento del injusto: PESOS OCHENTA MIL (\$ 80.000) para Nicolás Mauricio Orellana, PESOS SESENTA MIL (\$ 60.000) para Marilín Valeria Orellana, PESOS CUARENTA Y CINCO MIL (\$ 45.000) para Griselda Margarita Orellana, y PESOS CUARENTA MIL (\$ 40.000) para Laura Marilú Orellana.-

Que en consecuencia la demanda prospera en este rubro por la suma total de PESOS TRESCIENTOS VEINTICINCO MIL (\$ 325.000,00), con más intereses a la tasa del 8% anual desde el día del siniestro -fallecimiento del 24/04/2008- hasta la fecha de la presente sentencia, y a partir de entonces y hasta el momento del pago efectivo a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina.-

V.b.-Que asimismo los hijos menores de edad al momento del hecho -Nicolás Mauricio (10 años), Marilín Valeria (17 años) y Griselda Margarita (20 años)- reclaman reparación por la pérdida del valor vida derivada del fallecimiento de su madre Sra. Beatriz del Carmen Jara.-

Recuérdese al respecto que la Ley 26.579 (B.O. 22/12/2009), que impuso la mayoría de edad a partir de los 18 años (ref. art. 126 Cód. Civil) entró en vigencia el día 31 de Diciembre de 2.009, por lo que a la fecha del accidente Griselda Margarita Orellana revestía carácter de menor de edad.-

Que sentado lo expuesto corresponde advertir que la opinión doctrinaria y jurisprudencial dominante considera que la vida humana no posee valor económico en si misma, sino en relación a lo que produce o puede producir.- De modo tal que el

llamado "valor vida" no es otra cosa que el impacto patrimonial que sufren los destinatarios de la actividad productiva -en sentido amplio: de bienes materiales e inmateriales- de la víctima, desde el momento en que esa fuente de ingresos se extingue, como consecuencia de la muerte ocasionada por el acto lesivo injusto (conf. Mosset Iturraspe, Responsabilidad por Daños, T. II-B, pág. 173).-

Que asimismo, como prisma de interpretación que permita arribar a soluciones justas cuando se trata de reparar daños en el ámbito aquiliano, cabe señalar que la cuestión debe abordarse desde el concepto amplio y abarcador del "aporte del causante a los suyos", y de los "costos de sustitución de la actividad del damnificado directo".-

Que por otra parte, el art. 1.084 del Cód. Civil establece una presunción sobre la existencia de los daños que sufren los hijos de la víctima del delito de homicidio, interpretándose que "lo necesario para la subsistencia" debe ser entendido en el sentido amplio de todo tipo de daño que hubieren sufrido, en lógica y necesaria concordancia con el principio de la reparación integral que consagran los arts. 1.068, 1.069, 1.077, 1.079 y cctes. del Cód. Civil (conf. Cazeaux-Trigo Represas, Derecho de las Obligaciones, T. III, pág. 110).-

Que lo dicho en orden a la minoría de edad de los reclamantes viene a la letra, pues a pesar de verificarse en el caso una orfandad probatoria absoluta respecto de la actividad productiva de la víctima, no menos cierto resulta que los hijos menores gozan de una presunción legal de daños (conf. Llambías, op. cit. T. II-B, págs. 344/362).-

Que la mencionada presunción, aún de carácter "juris tantum", requiere por tal motivo prueba en contrario de los defendidos, quienes en tal caso deben acreditar que los titulares presuntos de la indemnización no recibían ayuda alguna de la víctima (v.gr. por cuestiones de separación afectiva, de imposibilidad física de hacerlo, etc.).- Carga probatoria que tampoco se verifica en el subexamine, frente a lo cual emerge incólumne aquella presunción legal en favor de los reclamantes (confr. Zavala de González, Matilde, en Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial", Ed. Hammurabi, Dir. Alberto J. Bueres, coord. Elena I. Highton, T. 3A, págs. 261/270; doctrina y jurisprudencia allí citada)..-

En efecto, tratándose de la muerte de la madre de hijos menores de edad, en cualquier caso el perjuicio aparece patente al menos en los costos de sustitución de la actividad de atención del hogar familiar.-

Que en la dirección del argumento se ha dicho en precedentes que "..Si dos de los legitimados activos revisten la calidad de cónyuge e hijo menor de la víctima al tiempo

de fallecimiento, están amparados por la presunción legal que establece la doctrina del art. 1084 del Código Civil. Por aplicación de las máximas de la experiencia universal sobre el rol económico que cumple la cónyuge y madre en un hogar modesto, en punto a la asistencia material y cuidados que brinda en ese ámbito respecto de su marido e hijo menor de edad, cabe prescindir de un criterio riguroso en materia de la carga de la prueba, el cual no se compadece con la idea de la solidaridad que insufla al derecho de daños y de la función tuitiva hacia la parte damnificada..." (L.D.T., C.Civ. La Plata, 20/06/1995, Portalesi, Héctor c/Clínica Santa Fe s/Daños y Perjuicios, Mag. votantes: Sosa-Crespi).-

Que desde la perspectiva de la determinación del monto y el modo de satisfacer la indemnización la norma del art. 1084 del Código Civil preve que ello queda librado a la "prudencia de los jueces".-

Que así las cosas, a la vista de la condición socio económica de la víctima y de sus derechohabientes, así como las diferentes edades de los damnificados (10, 17 y 20 años), juzgo razonable fijar el importe de la indemnización en la suma reclamada de \$ 20.000 para Nicolás Mauricio Orellana, \$ 2.000 para Marilín Valeria Orellana, y \$ 1.000 para Griselda Margarita Orellana, haciendo un total por el rubro de PESOS VEINTITRES MIL (\$ 23.000,00), con más intereses a la tasa mix (activa-pasiva) del Banco de la Nación Argentina desde la fecha del perjuicio -24 de Abril de 2008- hasta el 27 de Mayo de 2010, y a partir de entonces y hasta el momento del pago efectivo a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina (conf. S.T.J. in re "Loza Longo c/R.J.U." Expte. 23987/09-STJ-).-

V.c.-Que el desistimiento formulado por los actores a fs. 121 (puntos II y III) en relación al reclamo por daño moral de los hermanos de la víctima Sr. Rolando Gabriel Coronado, exime de decisión sobre la mencionada cuestión, e impone dar por terminado el juicio a ese respecto (conf. arts. 304 y cctes. C.P.C.y C.).-

Que conforme lo pactado por las partes, las costas sobre el punto se imponen en el orden causado (conf. art. 73, 3° párr., C.P.C.y C.).-

Que a los fines de la regulación de honorarios el monto base está representado por el importe del rubro desistido (\$ 160.000, vid. fs. 15 vta. punto C, y fs. 16), considerándose además para graduar el honorario la etapa del proceso en que se produce el desistimiento (conf. C.N.Civ., en pleno, 30/09/1975, Multiflex S.A. c. Consorcio de Propietarios Bartolomé Mitre 2257/59, E.D. 64-250).-

VI.-Que establecido ya el monto por el cual deberá responder la demandada Empresa de Transporte de Pasajeros Ko-Ko S.R.L., por razones de buen orden metodológico, corresponde -ahora sí- expedirse sobre la defensa articulada por su aseguradora citada en garantía, con fundamento en el descubierto obligatorio convenido en el contrato de seguro celebrado entre ambas.-

Que con la póliza de seguros N° 17/004296/000, agregada a fs. 106/111 -cuya autenticidad no se encuentra cuestionada-, tengo por debidamente acreditada la existencia del contrato de seguro celebrado entre la demandada y Mutual Rivadavia de Seguros del Transporte Público de Pasajeros.-

Que conforme surge de la cláusula 4 de las condiciones generales por el riesgo de responsabilidad civil hacia terceros transportados y no transportados, se convino un descubierto obligatorio a cargo del asegurado de \$ 40.000 por cada acontecimiento.-

Que en tales condiciones, adelanto que la defensa articulada por el asegurador habrá de ser receptada.-

Ello así, sin perjuicio de dejar a salvo que la cláusula pactada importa la determinación de un descubierto obligatorio -y no de una franquicia-, diferencia técnico-jurídica sobre la cual no habré de detenerme mayormente, habida cuenta de la equiparación de los efectos que ambas producen (conf. Halperín Isaac, Seguros, pág. 370, Nota 175; Meilij Gustavo Raúl, Manual de Seguros, págs. 94/5), pues en cualquiera de ambos casos el asegurado debe hacerse cargo de la indemnización hasta el monto o porcentaje convenido (descubierto obligatorio), o cuando el daño no supere un monto mínimo (franquicia o seguro a segundo riesgo).-

En efecto, la obligación del asegurador de mantener indemne al asegurado, lo es en la medida del seguro (arg. art. 118 L.S.), de manera tal que si se hubo pactado una franquicia o descubierto obligatorio, aquél sólo responderá frente al tercero damnificado en la medida que la indemnización acordada supere el límite convenido, y con los alcances pactados entre asegurado y aseguradora.-

En el sentido de la solución que propicio para el caso, la jurisprudencia tiene pacíficamente sostenido:

"La suma por la que responderá el asegurador con relación al tercero, será igual al monto de la deuda que tenga su asegurado, calculada sobre la base de la responsabilidad de este último por el acaecimiento del hecho dañoso. Ello con las variaciones y limitaciones que surjan de las sumas aseguradas, la franquicia, simple o absoluta, si se hubiere estipulado, regla de proporcionalidad si así correspondiere. En este sentido, el

asegurador citado en garantía responde frente al damnificado en la extensión del seguro contratado (Ley 17.418, art. 118, Cláusula 3), pues si el contrato pone a cargo del asegurado la absorción de una cuota parte de la indemnización ("descubierto obligatorio"), ésta deberá computarse para fijar el límite de la obligación de la citada en garantía (cfr. en este sentido esta Sala, causa 4397 "Cortesfilms c/Aerolineas Argentinas s/Faltante" del 16.11.94.)..." (L.D.T., C.Fed.Civ. y Com., 05/05/95, causa n 21.761/94, La Holando Sudamericana Cía.de Seguros S.A. c/Servicios de Transportes Fueguinos y Otro s/Faltante y/o Avería de carga de transporte aéreo).-

"En los seguros de responsabilidad civil -en los que el asegurador se obliga a mantener indemne al asegurado por cuanto deba a un tercero en razón de la responsabilidad prevista en el contrato (art. 109 L.S.)-, nada impide que se convenga que el asegurado deba soportar una parte del daño, como lo contempla el art. 111 L.S.. Y es por eso que los arts. 116 y 118 de la ley general de seguros disponen: el primero, que el asegurador cumplirá la condenación judicial en la parte a su cargo en los términos procesales; y el segundo, que el damnificado puede "citar en garantía" al asegurador, al que le alcanzará la sentencia y podrá ser ejecutada contra el "en la medida del seguro", vedándole oponer tan sólo las defensas nacidas después del siniestro. Es claro entonces que dichas normas, rectamente interpretadas, dejan un margen al libre acuerdo de voluntades para determinar el quantum del riesgo que asume el asegurador y que éste, que es llamado al juicio como "citado en garantía", solo habrá de responder "en la medida del seguro", vale decir, manteniendo indemne al asegurado en los términos del contrato y obligándose hacia el tercero damnificado con ese preciso alcance..." (LDT, C.Fed. Civ. y Com., 04/11/1997, Dos Reis Joaquín y otros c/Empresa Vilas y Cía S.A. Fluvial y Comercial s/Cobro de asistencia y salvamento, Causa n° 3042/95, Mariani de Vidal-Vocos Conesa).-

"Habiéndose pactado una franquicia de u\$S 25.000 (Dólares Veinticinco Mil) lo que es denunciado al apersonarse la Compañía de Seguros y no es desconocido por la recurrente (demandada principal) , la condena a ésta última debe hacerse en los términos del contrato de seguro, es decir por sobre dicha franquicia in solidum, como bien lo resuelve la sentencia y no es objetado por la quejosa..." (LDT, C.Civ. y Com. Tucumán, Ibañez Carlos Silverio y Otro c/Empresa de Distribución Eléctrica de Tucumán S.A. s/Daños y Perjuicios, 22/05/00, Sentencia N° 206, Sala 2).-

Que la solución propuesta para el caso es asimismo la sostenida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, para los supuestos de franquicia en la cobertura básica del

seguro de responsabilidad civil de vehículos destinados al transporte público de pasajeros, en los precedentes "Nieto" (Fallos 329:3054), "Villarreal" (Fallos 329:3488), y "Cuello" (Fallos 330:3483).-

En consecuencia, y por los argumentos expuestos, corresponde -como ya adelantara- hacer lugar a la defensa opuesta por la aseguradora, limitando la responsabilidad de la misma, quien deberá responder en relación a la condena impuesta al asegurado en cuanto exceda de la suma de \$ 40.000, y su prorrata sobre intereses y costas.-

VII.-Que la indemnización fijada para los distintos rubros que integran la obligación de reparar, según los considerandos precedentes, deberá ser soportada en forma concurrente por el demandado Sr. Luis Edison Rivera, en su carácter de autor del acto lesivo injusto, por la codemandada Empresa de Transporte de Pasajeros Ko-Ko S.R.L, en su calidad admitida de dueña de la cosa riesgosa y de principal del causante del daño (art. 1.113 Cód. Civil), y por Mutual Rivadavia de Seguros del Transporte Público de Pasajeros -con los alcances establecidos en el considerando precedente-, en su condición reconocida de asegurador de la accionada de última mención (arts. 109, 116, 118 y cctes. Ley de Seguros).-

VIII.-Las costas se imponen a los codemandados y a la citada en garantía (arts. 110 y 111 L.S.), por estricta aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 68 C.P.C.y C.), atento la responsabilidad exclusiva que se atribuye al Sr. Luis Edison Rivera en la producción del hecho dañoso.-

Salvo las generadas por el desistimiento de fs. 121 (puntos II y III), las que se imponen -según acuerdo de las partes- en el orden causado (conf. art. 73, 3° párr., del C.P.C.y C.).-

Por todo lo expuesto, y lo dispuesto por los arts. 901, 902, 903, 904, 1066, 1067, 1068, 1069, 1078, 1102, 1113, y cctes. del C.Civil, art. 39 y cctes. de la Ley 24.449, Decr. Regl. 779/95, Ley Prov. 2.942, arts. 1, 109, 110, 111, 116, 118 y cctes. de la Ley de Seguros, y normas citadas y pertinentes del ordenamiento procesal civil y comercial,

SENTENCIO:

1. Teniendo presente el desistimiento formulado por los actores a fs. 121 punto II, a sus efectos (conf. arts. 304 y cctes. del C.P.C.y C.).- Imponiendo la costas al respecto en el orden causado, conforme lo acordado en el punto III de fs. 121 (conf. art. 73, 3° párr.,

C.P.C.y C.).- Regulando los honorarios del Dr. Enrique Julio PALMIERI en la suma de \$ 7.466, y los del Dr. Wálter Javier DIEZ en la suma de \$ 10.453 (M.B.: \$ 160.000).- Dejo constancia que para las mensuraciones arancelarias he tenido en cuenta la tarea efectivamente desarrollada, complejidad, tiempo, etapas cumplidas, mérito, éxito de la misma y demás pautas dosificadoras del arancel (arts. 6, 7, 8, 10, 20, y 39 L.A. G 2212).-

2. Declarando de oficio la inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil, a los fines establecidos en los considerandos.-

3. Haciendo lugar a la demanda promovida por NICOLAS ORELLANA -por sí y en representación de su hijo menor de edad NICOLAS MAURICIO ORELLANA-, GRISELDA MARGARITA ORELLANA, MARILIN VALERIA ORELLANA, y LAURA MARILU ORELLANA, y en consecuencia condenando a LUIS EDISON RIVERA, a EMPRESA DE TRANSPORTE DE PASAJEROS KO-KO S.R.L, y a MUTUAL RIVADAVIA DE SEGUROS DEL TRANSPORTE PUBLICO DE PASAJEROS -para esta última con la limitación que surge del descubierto obligatorio para el capital y el proporcional de intereses y costas-, en forma concurrente, a abonar a los primeros la suma de PESOS TRESCIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL (\$ 348.000,00), con más los intereses establecidos en los considerandos, dentro de los DIEZ (10) días de notificados y bajo apercibimiento de ejecución.-

4. Imponiendo las costas a los codemandados y a la citada en garantía, en su calidad de vencidos (art. 68 C.P.C.y C.).-

5. Regulando los honorarios del Dr. Enrique Julio PALMIERI en la suma de \$ 39.518, los del Dr. Gastón Ezequiel BRITOS RUBIOLO en la suma de \$ 28.692, los del Dr. Wálter Javier DIEZ en la suma de \$ 46.220, los del Dr. José María MUÑOZ -por la tarea profesional de fs. 142- en la suma de \$ 2.500, y los del perito accidentológico Ing. Carlos Alberto FERNANDEZ en la suma de \$ 10.500 (M.B.: \$ 348.000,00).- Dejo constancia que para las mensuraciones arancelarias he tenido en cuenta la tarea efectivamente desarrollada, complejidad, tiempo, etapas cumplidas, mérito, éxito de la misma y demás pautas dosificadoras del arancel (arts. 6, 7, 8, 10, 11, 14, 20, y 39 L.A. G 2212).-

Notifíquese, regístrese y cúmplase con la Ley 869.-