

Viedma, de octubre de 2017.-

VISTOS: los presentes autos caratulados "SALINAS JUANA EVA Y OTROS C/ FUNES IVAN RODOLFO Y OTRA S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (Ordinario)"- Expte N° 0726/2012, traídos a despacho a los fines de resolver; y de los que

1.- Que a fs. 37/51 se presentan, por medio de apoderados, la Sra. Juana Eva Salinas quien comparece por sí, en su carácter de madre y ascendiente legítima de Jonathan David Salinas, y en representación de sus hijos menores Braian Nicolás Salinas y Rocío Karen Salinas, en su carácter de hermanos de Jonathan, como así también se presentan Pablo Andrés Salinas y José Luis Salinas, hermanos de Jonathan David Salinas.-

Con igual representación se presentan los Sres. Jorge Antonio Parga y Paula Patricia Ralinqueo, quienes comparecen por sí, en su carácter de padre y madre respectivamente de quien en vida fuera su hijo Marco Gonzalo Parga y además en representación de sus hijos menores Manuel Sebastián Parga, Pamela Lucrecia Parga y Franco Gastón Parga. Asimismo, la Sra. Paula Patricia Ralinqueo comparece también en representación de su hijo Ignacio Martín González. Estos últimos. se presentan en su carácter de hermanos y hermano por rama materna de Marco Gonzalo Parga.-

Expresan que el motivo de la acción es demandar por daños y perjuicios al Sr. Iván Rodolfo Funes y La Perseverancia Seguros S.A. por la suma de \$ 2.986.000 o lo que en más o en menos se determine en función de la prueba a rendirse en el juicio, con más los intereses, costos y costas.-

Exponen que el día 12 de septiembre de 2.010, aproximadamente a las 5:45 hs. de la madrugada, Marco Gonzalo Parga y Jonathan David Salinas circulaban a bordo de una motocicleta marca Cerro modelo 110 cc, por la Ruta Provincial N° 2 desde Las Grutas en dirección a la localidad de San Antonio Oeste, cuando a la altura del denominado Centro Minero, fueron imprevistamente embestidos desde atrás por un automóvil marca Citroën, modelo C4, dominio HDA-266, que circulaba a una velocidad aproximada de 199 km/h., conducido por el titular del rodado Iván Rodolfo Funes, y que ocasionó la muerte de ambos tripulantes del rodado menor.-

Afirman que ambos vehículos circulaban por el mismo carril y en el mismo sentido, en un tramo de ruta asfaltado y recto, con buen clima, contando la motocicleta con luces en funcionamiento. Aluden que el conductor del vehículo C4 se encontraba bajo los efectos del alcohol y ello le impidió guiar de manera correcta el rodado, obrando negligencia en el cuidado del dominio de su vehículo, que resultaba evitable si atendía a las reglas de tránsito.-

Manifiestan que debió extremar los cuidados ya que se sabía -o no se podía dejar de saber- que habría tránsito vehicular debido a una fiesta del estudiante altamente promocionada. Realizan otras consideraciones, determinan y cuantifican los rubros indemnizatorios pretendidos como valor vida, daño moral, daño psicológico, daños materiales de la motocicleta y gastos de sepelio. Practican la liquidación de esos rubros.-

Asimismo, plantean la inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil y solicitan se amplíe la legitimación del rubro daño moral a todos los hermanos de la víctimas, los que oportunamente fueron mencionados.-

Citan en garantía a la “La Perseverancia Seguros”, acompañan documental, ofrecen prueba, fundan en derecho y concretan su peticitorio.-

2.- Que a fs. 59/70 se presenta el Sr. Iván Rodolfo Funes por derecho propio, y opone excepción de falta de legitimación activa, fundando la misma en que Juana Eva Salinas, Jorge Antonio Parga y Paula Patricia Ralinqueo no han acreditado el vínculo con Jonathan David Salinas y Marco Gonzalo Parga encontrando el planteo defensivo con encuadre en los incisos 2 y 3 del art. 347 del CPCC.-

En subsidio, a su vez, contesta la demanda incoada en su contra. Niega por imperativo procesal los hechos expuestos en la demanda y relata su propia versión de los hechos ocurridos.-

Reconoce la existencia histórica del evento el día, hora aproximada y el lugar indicado de su ocurrencia pero niega haber circulado a exceso de velocidad, con dosaje alcohólico superior al permitido y que haya conducido de modo imprudente, negligente o demostrando impericia.-

Sostiene que horas previas al accidente, asistió por un breve momento a la fiesta de recibida de médico de su sobrino, y posteriormente fue al Balneario Las Grutas donde compartió con sus amigos una velada bebiendo moderadamente. Señala que al regreso -de Las Grutas en dirección a San Antonio Oeste-, condujo su vehículo de forma prudente y apropiada, con las luces encendidas y a velocidad moderada, acelerando a unos 100 o 120 km/h.-

Precisa que luego de una curva, en medio de la oscuridad, alcanzó a ver por algún fugaz instante una motocicleta, sin distinguir la cantidad de personas a bordo, cuando en una secuencia que pareció simulánea sintió un fuerte impacto y la consecuente pérdida de visibilidad, el auto se quedó sin luz y con el parabrisas totalmente astillado.-

Describe que debido a un sistema de seguridad, su vehículo corta automáticamente la

ignición provocando la detención del motor y la consecuente pérdida de frenos asistidos (ya que los mismos solo funcionan con el motor en marcha).

Indica que ante esta circunstancia y el cambio de trayectoria del vehículo, atinó a accionar el freno de mano de forma intermitente hasta detenerlo.-

Agrega que a través de terceras personas pudo reconstruir el hecho ocurrido, conocer los nombres de los motociclistas, como así también enterarse que la motocicleta carecía de luces, y que los tripulantes mediante la pantalla del celular hacían señas de luces.-

Refiere que aquella actitud denota desaprensión a las normas e imprudencia. Realiza otras consideraciones, impugna los rubros indemnizatorios pretendidos en cuanto a la legitimación para su procedencia como así también en su cuantía, cita en garantía a la empresa “La Perseverancia Seguros”, acompaña documental, ofrece prueba y concreta su petitorio.-

3.- Que a fs. A fs. 92/97 se presenta “La Perseverancia Seguros” y mediante apoderado, opone la exclusión de cobertura.-

Identifica a la exclusión aludida con base en el estado de ebriedad del Sr. Iván Rodolfo Funes que arrojó en sede penal un 1,25 gr. de alcohol en sangre, a lo que agrega la excesiva velocidad de 199 km/h, y que además el hecho ocurrió en horario nocturno.-

Asimismo, a fs. 98/99 contesta demanda en forma subsidiaria. Impugna los rubros pretendidos por la actora, alude al límite de la cobertura de seguro, hace reserva federal y concreta su petitorio.-

4.- Que a fs. 100/103 las actoras contestan el traslado corrido respecto de la excepción de falta de legitimación activa opuesto por la demandada.-

Explican que con las partidas de defunción que surgen agregadas a autos se acredita el vínculo, cuestión que también se acredita con la causa penal ofrecida como prueba instrumental. Ofrece prueba y peticiona el rechazo de la excepción en cuestión.-

5.- Que a fs. 107/110 la actora niega la autenticidad de la documentación acompañada por la aseguradora y solo reconoce la póliza. Asimismo, se opone a la exclusión de cobertura de seguros opuesta por “La Perseverancia Seguros” fundando la misma en la función social del seguro, considerando que el instituto del “no seguro” debe interpretarse de modo restrictivo y lindante con el dolo.-

Asimismo respecto de la ingesta de alcohol sostiene que para que ello sea excluyente de la cobertura debe haber sido la causa del siniestro, cuestión que considera que no ocurre en autos en virtud de que el demandado siempre afirmó que no vio a las víctimas.-

Por último, entienden que la cláusula de no seguro no es oponible a la víctima en tanto

tercero en el contrato de seguro obligatorio de automotor conforme art. 68 de la Ley 24.449. Solicita entonces que, oportunamente, se rechace la solicitud de exclusión de cobertura.-

6.- A fs. 114 se presenta la Defensora de Menores e Incapaces y solicita que se rechace la excepción de falta de legitimación activa de los actores en tanto las partidas de defunción son instrumentos públicos conforme art. 979 del CC.-

7.- En orden a resolver la excepción referida precedentemente a fs. 115 se llama a autos para sentencia y a fs. 117/118 se emite auto interlocutorio N.º 127 de fecha 11 de septiembre de 2.013 mediante el cual se rechaza la misma por encontrarse debidamente acreditado el vínculo con la documental acompañada en demanda y se difiere la regulación de honorarios para definitiva.-

8.- Que, ante la existencia de hechos controvertidos, a fs. 123 se fija la audiencia prevista por el art. 361 del CPCC de cuya celebración da cuenta el acta obrante a fs. 137 y, ante la imposibilidad de avenimiento en dicha oportunidad, se abre la causa a prueba a fs. 138/139. Luego, previa certificación por Secretaría respecto del vencimiento del plazo y su resultado a fs. 285 se procede a la clausura del período probatorio. A fs. 288/299 se agrega el alegato de la parte actora, a fs. 300/303 el de “La Perseverancia Seguros S.A.” tercero citado en garantía y a fs. 305 el de la Defensora de Menores e Incapaces. A fs. 312, se llama autos para sentencia, providencia que se encuentra firme y motiva la presente.-

#### CONSIDERANDO:

I.- Que de acuerdo al modo en que la litis quedara trabada, la cuestión a dilucidar radica en determinar la mecánica del accidente y la responsabilidad civil o no del demandado como consecuencia de ello, como así también la cuantificación de los daños y perjuicios si correspondieren y en su caso, la procedencia del monto reclamado para cada uno de ellos.-

No puedo soslayar que alrededor de lo antes dicho orbitan los planteos de inconstitucionalidad del art. 1.078 del CC respecto de los hermanos de Marco Gonzalo Parga y Jonathan David Salinas con relación al reclamo de daño moral.-

Asimismo, la citada en garantía ha solicitado la exclusión de cobertura respecto del demandado Iván Rodolfo Funes.-

Dichos planteos serán resueltos en Puntos X y XI de la presente.-

II.- Preliminarmente corresponde precisar entonces qué normas aplicaré para resolver la cuestión traída a examen. Así, la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci ha planteado dos

reglas para determinar la ley aplicable conforme a las previsiones del art. 7 del CC y C y las enseñanzas de Roubier. La primera de ellas consiste en la de aplicación inmediata de la nueva ley, pero según como se encuentren la situación, relación o las consecuencias, al momento de entrada en vigencia de la misma. En ese sentido, observo que la relación jurídica existente basada en el siniestro debatido en autos entre las partes no fue constituida ni sus efectos se produjeron con la nueva ley. La segunda regla es que la ley es irretroactiva, sea o no de orden público. Regla que está dirigida al juzgador, no al legislador que puede establecer carácter retroactivo de la norma de modo expreso.- (Kemelmajer de Carlucci, Aída. La Aplicación del Código Civil y Comercial a Las Relaciones y Situaciones Jurídicas Existentes. Rubinzal Culzoni. 1era edición. Santa Fe. 2015.-

En orden a esa determinación y en tanto el siniestro objeto de autos ocurrió el día 12 de septiembre de 2.010 he de aplicar el Código Civil (Ley 17.711), además de la Ley 24.449.-

III.- Que tratándose de una colisión entre vehículos en movimiento resulta indiscutible la aplicación de la doctrina según el cual la responsabilidad del dueño o guardián emergente de accidentes de tránsito producidos como consecuencia de una colisión plural de automotores en movimiento se trata de un supuesto de responsabilidad objetiva, en los términos del art. 1.113, párr. 2do. del Cód. Civil.-

Así, al damnificado le basta con acreditar el perjuicio sufrido y la intervención de la cosa que lo produjera o el contacto con ella; debiendo la parte contraria probar la culpa de la víctima, la de un tercero por quién no deba responder, o la configuración de un hecho fortuito que fracture el nexo causal.-

Puede agregarse además, conforme lo señala Ghersi, que la responsabilidad objetiva por riesgo creado posee elementos comunes a las demás tipologías de situaciones de responsabilidad civil ya sea contractual o extracontractual como en el caso bajo examen, y ha de integrarse también con la acción o el obrar humano, y este obrar caracterizado como conducta ha de ser antijurídico e imputable conforme a una relación de causalidad que debe ser adecuada entendida como la interferencia de conducta/cosa con el damnificado que genera el daño, y por supuesto, el daño como presupuesto central del sistema.-

En cuanto a los eximentes, expresa que el art. 1.113 CC. sólo hace alusión a dos: la culpa de la víctima y la de un tercero por el cual no debe responder, con relación a la segunda se trata de la conducta de un tercero que quiebra la relación causal; en cuanto a

la culpa de la víctima, hay dos situaciones: la culpa exclusiva, que exime totalmente al agente dañador y culpa de la víctima que conculca el acaecimiento del daño (diferente de condicionalidad causal en la víctima que obliga al análisis de la cocausalidad) y debe ser merituada en función de incidencia valorativa que se pragmatiza con un porcentual (conf. Carlos A. Ghersi, La responsabilidad en accidentes viales, JA, Sem. N° 5935 del 31/5/95, pág. 32/34).-

Dicho en otros términos; en los supuestos de accidentes de tránsito donde intervienen dos o más vehículos en movimiento, cabe hacer aplicación lisa y llana de la teoría del riesgo creado la cual no elimina de su universo la idea de culpa, aunque a ésta no la hace gravitar como factor de atribución o de imputación de responsabilidad sino como causal de exención. De ahí que la víctima de un daño causado por una cosa riesgosa no tenga que probar si existe culpa en el dueño o guardián de la misma, ya que le basta con acreditar la relación de causalidad entre el daño sufrido y aquella cuya titularidad o guarda atribuye al que demanda, quien a su vez, puede eximirse de responder si demuestra la culpa de la víctima o la de un tercero por quien no deba responder (CASI CC0001, SI, 92857, 03-07-03).-

IV.- Que, por su parte, la normativa de tránsito ha sido integrada con las normas del Código Civil de una manera indirecta: no, obviamente, declarando la existencia de responsabilidad civil por accidentes de automotores en todos los casos en que medie violación de normas de tránsito, sino estableciendo que la violación de los reglamentos de tránsito genera contra el infractor la presunción de culpa en el accidente de tránsito subsecuente (CNCom, Sala D, 11/4/01, "T., J. O. y otro c/ G., A. A y otros", DJ 2002-1-29).-

Sentado lo expuesto, deben mencionarse aquellas normas que rigen lo atinente al tránsito y que resultan aplicables al presente litigio. Al respecto es aplicable la Ley Nacional de Tránsito 24.449 a la cual adhirió la provincia de Río Negro mediante Ley P 2.942.-

En cuanto a la particularización de normas aplicables puede indicarse que el art. 42 de Ley 24.449 refiere a las reglas de adelantamiento. Asimismo, el art. 39 inc b) prevé que los conductores deben "En la vía pública, circular con cuidado y prevención, conservando en todo momento el dominio efectivo del vehículo o animal, teniendo en cuenta los riesgos propios de la circulación y demás circunstancias del tránsito. Cualquier maniobra deben advertirla previamente y realizarla con precaución, sin crear riesgo ni afectar la fluidez del tránsito". Por otro lado, el art. 48 prevé que "a) Queda

prohibido conducir con impedimentos físicos o psíquicos, sin la licencia especial correspondiente, habiendo consumido estupefacientes o medicamentos que disminuyan la aptitud para conducir. Conducir cualquier tipo de vehículos con una alcoholemia superior a 500 miligramos por litro de sangre. (...). El art. 51 prevé en su inciso b) que los máximos de velocidad son "En zona rural: 1. Para motocicletas, automóviles y camionetas: 110 km/h (...)". Por último, el art. 64 de la Ley citada establece presunciones de responsabilidad (conf. arts. 50 y ss. LTA).-

V- Que entonces, de conformidad a las circunstancias bajo las que el proceso discurriera, corresponde acudir al esquema probatorio y así debo tener en cuenta el conjunto de normas que regulan la admisión, producción, asunción y valoración de los diversos medios que pueden emplearse para llevar al juez la convicción sobre los hechos que interesan al proceso (conf. Hernando Devis Echandía, Teoría General de la Prueba Judicial, Ed. Víctor P. de Zavalía, Bs. As., 1972, T° 1, pág. 15).-

Cada litigante debe aportar la prueba de los hechos que invocó y que la contraria no reconoció; en particular, los hechos constitutivos debe probarlos quien los invoca como base de su pretensión y los hechos extintivos e impeditivos, quien los invoca como base de su resistencia. Devis Echandía sostiene que corresponde la carga de probar un hecho a la parte cuya petición -pretensión o excepción- lo tiene como presupuesto necesario, de acuerdo con la norma jurídica aplicable, o dicho de otro modo, a cada parte le corresponde la carga de probar los hechos que sirven de presupuesto a la norma que consagra el efecto jurídico perseguido por ella, cualquiera que sea su posición procesal. La alegación es requisito para que el hecho sea puesto como fundamento de la sentencia si aparece probado, mas no para que en principio la parte soporte la carga de la prueba. (Devis Echandía Hernando, "Teoría general de la prueba judicial", Buenos Aires, Ed. Zavalía, T 1, pág. 490 y ss).-

Ahora bien, este principio, como toda regla general, no es absoluto. Así la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que las reglas atinentes a la carga de la prueba deben ser apreciadas en función de la índole y características del asunto sometido a la decisión del órgano jurisdiccional, principio éste que se encuentra en relación con la necesidad de dar primacía por sobre la interpretación de las normas procesales a la verdad jurídica objetiva, de modo que su esclarecimiento no se vea perturbado por un excesivo rigor formal (CSJN in re "Baiadera, Víctor F.", LL, 1996 E, 679).-

Por ello no resulta un dato menor recordar en este apartado que conforme lo dispone de

manera específica la normativa procesal que nos rige, salvo disposición legal en contrario, los jueces formarán su convicción respecto de la prueba de conformidad con las reglas de la sana crítica -entre las que incluyo la inmediatez del juez de primera instancia-. No tendrán el deber de expresar en la sentencia la valoración de todas las pruebas producidas, sino únicamente de las que fueren esenciales y decisivas para el fallo de la causa. (conf. art. 386 CPCC titulado apreciación de la prueba). A ello se debe agregar, aunque parezca redundante, que tampoco existe la obligación de fundar la razón por la cual descarta o no alude de manera específica a otros medios probatorios. No cabe entonces sino concluir que la primera regla interpretativa al hacer mérito de la valoración probatoria efectuada por el magistrado -sin eludir la posibilidad del error- es que la prueba soslayada no conducía, a su entender, a la averiguación de la verdad objetiva del caso.-

VI.- Que corresponde entonces determinar los hechos controvertidos por las partes de aquellos que no lo están.-

En ese sentido, las partes están de acuerdo en la existencia del hecho, y sus circunstancias de tiempo y lugar como así también quiénes han sido sus protagonistas, aunque difieren respecto de la mecánica del accidente, en especial la velocidad del automotor Citroën C4 conducido por Funes, el estado en que éste conducía y la ausencia de luces traseras de la motocicleta, cuestión que será tratada específicamente en Punto VIII de la presente.-

VII.- Que para el análisis del caso traído a examen recurriré especialmente a la prueba que en este estado permanece en el proceso y valoraré a la misma conforme a las reglas de la sana crítica de acuerdo con lo que prescribe el art. 386 del C.P.C.C.-

Asimismo, trataré preliminarmente la cuestión relacionada con el resultado del trámite penal agregado como instrumental a las presentes actuaciones.-

El Expediente Penal: Efectuadas esas determinaciones no puedo soslayar la existencia de la causa penal “Funes, Iván Rodolfo s/ Homicidio Culposo”, Expte. N° 1804-2/11; tramitada por ante Juzgado Correccional N° 6 de Viedma; del que resultó condenado Iván Rodolfo Funes a tres años de prisión en suspenso e inhabilitación especial por diez años para conducir automotores por homicidio culposo agravado por conducción imprudente de un automotor - fs. 462 vta. de expte. penal.-

Que habiendo tomado conocimiento del expediente Penal mencionado, ofrecido como prueba, es que debo sujetarme a la regla establecida en art. 1.102 del CCV, y analizar la cuestión bajo las premisas de la prejudicialidad y consecuentemente de la cosa juzgado

en aquella vía, lo que en definitiva coadyuva a evitar lo que supondría discusiones que ya han quedado clausuradas en aquel fuero. “Queda claro entonces que aquí; lo que actúan con efectos prejudiciales y condicionantes de la sentencia civil es la existencia del hecho principal, que no puede controvertirse en sede civil”, “(...) cuya determinación en sede penal hace cosa juzgada en lo civil (...)” sobre “(...) la existencia del hecho penal constitutivo del delito y la culpa del condenado (...)”. (Ver in extenso: CACivil de Gral. Roca, en autos caratulados “Calfin Ángela Cristina C/ Barrueto Celia del Carmen y otro s/ ordinario (daños y perjuicios)”, 11/08/2016). En idéntico sentido se ha expedido el STJ: “Conforme al art. 1102 del entonces vigente Código Civil, no se pudo discutir en este juicio civil la existencia del hecho principal que constituyó el delito ni impugnar la culpa del condenado”. (Conf. STJRNS1 Se. 57/17 “Jara Zúñiga”, entre otros).-

En virtud de lo dicho, los hechos acreditados en sede penal y que tienen efecto de cosa juzgada en la vía civil, conforme a sentencia de fecha 28 de agosto de 2012 - fs. 452/463- de expediente ya referido, surge que el día 12/09/10, aproximadamente a las 5:45 hs. de la madrugada, Marco Gonzalo Parga y Jonathan David Salinas circulaban a bordo de una motocicleta marca Cerro 110 cc dominio 610EKB por la Ruta Provincial N° 2 desde Las Grutas y en dirección hacia la localidad de San Antonio Oeste, cuando un automóvil marca Citroën, modelo C4, dominio HDA-266, conducido por Iván Rodolfo Funes, que circulaba en el mismo sentido embistió la parte trasera de la moto, ocasionando la muerte de ambos tripulantes del rodado menor.-

La sentencia condenatoria tuvo por acreditado el hecho disvalioso conforme la valoración de la siguiente documental: acta de procedimiento policial (fs. 1/4); croquis (fs. 5); CD de planos fotográficos (fs. 6); informes médicos (fs. 7/9 y 97); fotografía cédula verde y seguro de automóvil (fs. 12/14); certificado de defunción (fs. 15/16); certificados de nacimientos (fs.18, 20, 74/75 y 101); fotocopia de propiedad de motovehículo (fs. 35/39); informes periciales (fs. 53/57, 90/93 y 98); pericia accidentalológica (fs. 108/122); pericia Criminalística (fs. 164/179 y 182/191); pericia de alcoholemia (fs. 196); informe del Cuerpo Médico Forense (fs. 198); informe del R.N.R. (fs.142/143); e informes de abono (fs.228/229) y declaración testimonial de José Antonio Rodríguez (fs. 51/52).-

Vale recordar que el art. 1.776 del Código Civil y Comercial, al igual que el art. 1.102 del Código velezano, “(...) mantiene un criterio ecléctico en cuanto a los efectos de la cosa juzgada penal en sede civil. Conforme a su texto, el fallo penal hará cosa juzgada

únicamente en cuanto a la existencia del hecho principal que constituye el delito, y en cuanto a la culpa del condenado”. (Lorenzetti, “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, T° VIII, Ed. Rubinzal Culzoni, 2015, Pág. 663). Es decir que, “(...) los hechos que sean tenidos por ciertos por el magistrado de dicha jurisdicción, pero de los cuales podría haber prescindido a fin de determinar la responsabilidad penal del autor, no quedan comprendidos en el art. 1776 del Código (Tobías, Jose W., Las causas de justificación en la sentencia penal y su influencia en el proceso civil, en L.L. 1992-E-393; Kemelmajer de Carlucci...)”. (Lorenzetti, Ob. Cit., Pág. 663).-

En este sentido, el Superior Tribunal de Justicia ha confirmado esta posición doctrinaria en STJRNS1 Se. 81/14 “Huinca”, la cual se traduce al decir que “(...) ya existe una condena penal firme que determina el empleo por parte del agente policial de una fuerza innecesaria al momento de efectuar la detención, de modo tal que no se puede sostener válidamente que la víctima haya concurrido con su propia conducta a la producción del daño. Ello, se insiste, en tanto su causa ha quedado establecida prejudicialmente (...), y tal cuestión no resulta discutible en sede civil, y menos en instancia extraordinaria”.-

Por ello, considero necesario traer a colación los hechos por los cuales en sede penal se encontró responsable a Iván Rodolfo Funes. Se consideró que el “(...) hecho está acreditado y el resultado del mismo, las dos muertes también, por ende que Funes conducía el C4 y los dos jóvenes se transportaban en la moto 110CC, por la ruta provincial Nro. 2, el día y la hora indicada y en la misma dirección y que embiste por atrás a la moto con el resultado luctuoso (...)” -fs. 456 vta.-. “Entonces, conforme se ha probado, entre la velocidad y la ingesta del alcohol, llevaron a Funes a no reaccionar ante la presencia de la motocicleta, ya sea si hubiera tenido o no luces traseras”, -fs. 459.-

Dicho ello trataré la actividad probatoria desplegada por las partes.-

Así, de la prueba ofrecida y la que efectivamente fuera producida y además de lo expresado respecto de los efectos de la cosa juzgada en la vía penal, surge de las presentes actuaciones: dos facturas de “Empresa Neman” por un monto \$ 12.000 por gastos de sepelio de Marco Parga, a nombre de Jorge Antonio Parga, y \$ 12.000 por gastos de sepelio de Jonathan David Salinas a nombre de Juana Eva Salinas. -fs. 20/21-; constancia de alumno regular y libreta de salud escolar de Marco Parga -fs. 22/25-; certificado de terminación de estudio, documento, boletín y certificado de alumno mas solidario de Marco Parga -fs. 27/35-; certificado de participación y buen desempeño en el Campeonato del año 2002 y medalla a Marco Parga -fs. 36-; póliza de “La

Perseverancia Seguros” a nombre de Iván Rodolfo Funes y Rodolfo Arturo Funes (fs. 58 y 77); condiciones generales del contrato de seguro -fs. 78/85-; tres cartas documento remitidas por “La Perseverancia Seguros” a Iván Rodolfo Funes y Rodolfo Arturo Funes -fs. 86/91-; testimoniales registradas en formato audiovisual (fs. 176); informe de la Dirección de Vialidad Rionegrina -fs. 185/187-; pericia psicológica a Salinas -fs. 232/240-, de Ralinqueo -fs. 241/249- y de Parga -fs. 250/257-; constancia de reserva de la causa n° 1804-2/11, caratulada “Funes, Iván Rodolfo s/ homicidio culposo” y sus agregados por cuerda caratulados “Funes, Iván Rodolfo s/ incidente de suspensión de juicio a prueba y el exp. “Inc. de Exención de Detención de Funes Iván R. en Act. Ref. Prev. 19 s/ lesiones culposas en accidente de tránsito”; pericia accidentológica -fs. 275/280-.-

Informe de la Dirección de Vialidad Rionegrina: “(...) a fin de dar respuesta a la consulta sobre la distancia exacta existente entre el segundo reductor de velocidad ubicado a la salida de Las Grutas en dirección a San Antonio Oeste y el Centro Minero. La distancia total exacta es de 3.500 m de los cuales 2.200 pertenecen al ejido urbano siendo el responsable la Municipalidad de Las Grutas, mientras que los 1.330 m restantes corresponden a la Ruta provincial N° 2 responsabilidad de esta Dirección”.- fs. 185/187.-

Testimoniales: José Benjamín Paz: Sabe del accidente porque pasó por el lugar del hecho cuando ocurrió. El testigo iba a buscar a su hijo a Las Grutas y cuando llega al centro minero estaba la policía, los bomberos, los cuerpos estaban cubiertos y alcanza a conocer la motocicleta que estaba en la ruta hecha pedazos, le dijo a la policía que conocía a los chicos accidentados, el policía le dijo que circulen y le preguntó quiénes eran. Estacionaron y empezaron a llamar a los padres de Marcos Parga, estaba el auto de Funes en la banquina casi contra el alambrado, tenía la trompa rota, el parabrisas roto, y cree que el dueño ya no estaba, los cuerpos estaban cubiertos. Conocía a los chicos porque viven frente a la casa. La moto estaba en buenas condiciones antes del accidente, Marcos Parga era muy cuidadoso con esa moto, cuando él la compra, no estaba muy bien de motor, la llevó a un mecánico, le hizo las luces, él quería mucho a esa moto destacó, la cuidó y la arregló. La moto era 110 cc. y tenía todas las luces. El día del accidente Marcos Parga había estado en un taller de motos y la había llevado ahí porque tenía las luces quemadas, lo sabe por el padre y por él mismo. Marco Parga estudiaba en la escuela industrial y trabajaba con el padre. Los padres son separados, trabajaba y cuando podía ayudaba a su madre y Jonathan Salinas trabajaba con el padre de Marcos

y ayudaba a su madre.

Carlos Fabián Melillan: Sabe que Jonathan y Marco venían de Las Grutas de una bailanta y un coche los atropella de atrás, el estado de la moto era bueno, tenía todas las luces. Marco se dedicaba a estudiar y de vez en cuando trabajaba con el padre. Lo conoce porque fueron compañeros de escuela. El padre de Marco Parga se dedica a plomería y gas. Dijo que Jonathan Salinas trabaja con Parga y estudiaba.-

Juan Jose Paz: Expresó que Marco tenía una moto 110 y se encontraba en perfectas condiciones, tenía luz, frenos y guiño. Esa noche fueron a bailar a un boliche de Las Grutas y estuvieron toda la noche ahí hasta las 6 de la mañana. No consumieron alcohol porque era un boliche de menores. Era en septiembre, la fiesta de los quintos. Esa noche lo vio a Funes, no le llamó nada la atención, andaba como una persona común, el testigo se fue a tomar el colectivo, llama a su papá porque andaba el comentario que había habido un accidente y el papá lo va a buscar y cuando vuelven reconoce la moto, ellos estaban en el piso, vino la ambulancia, había mucha gente que había venido caminando porque el colectivo no llegaba, eran como las 6,30. Marco estudiaba con el testigo en el mismo colegio y trabajaba con el padre que es gasista. Jhonatan trabajaba con el papá de Marco, y lo que ganaba lo aportaba en su casa para ayudar a su madre. Recordó que la moto era originalmente verde pero que al momento del accidente era blanca, recuerda que cuando él llegó a uno de los chicos lo habían subido a la ambulancia y el otro seguía sobre la banquina.-

Enso Daniel Calluhequi: Contó que la moto estaba bien, en buen estado, lo conocía más a "Jhony" que a Marco, la tenía arreglada a la moto, estaba bien, las luces le funcionaban, sabe que ellos venían de Las Grutas y los agarró un auto de atrás. El testigo los vio en el boliche esa noche, los vio normal, no vendían alcohol en el boliche, también lo vio a Funes esa noche, lo conoce de vista, lo vio normal. "Jhony" trabajaba con el papá de Marco, era gasista, el los veía laburar, y también estudiaba. La mamá de "Jhony" trabajaba en casas temporarias.-

Graciela Marta Aguirre: Se entera porque su hijo la llama, fue al lugar del hecho, su hijo Rodolfo estaba en el mismo grupo pero habían ido separados, su hijo venía en otro vehículo, atrás, relata que Funes dijo "no lo vi". Fue al Hospital donde le hicieron la alcoholemia, estaba la mamá de Iván, ella se quedó con el Dr. Aguilar, eran como las 9,30 hs. cuando le sacaron sangre: Para sacarle sangre le desinfectan con alcohol.-

Pedro Chanique: Explicó que salieron de Las Grutas y se encontraron con el accidente, vieron la escena, vio plásticos, una moto, más adelante vieron cuerpos, dice que cuando

iban llegando vieron un auto de frente que hacía seña de luces y a medida que se fueron acercando vieron todo la escena del accidente. Iván - Funes- se agarraba la cabeza, "no los vi, no los vi" decía. Eso se acuerda, habían ido a Las Grutas porque había una fiesta, recuerda de los quintos. Habían estado en una cena, Iván llegó más tarde de ahí fueron a un pub en San Antonio Oeste, luego fueron juntos para Las Grutas en distintos autos, no estuvieron mucho tiempo porque ellos eran más grandes, 30 años y había muchos "borreguitos". Dijo que Ivan no estaba borracho, había tomado pero no alevosamente, lo vio bien.-

Pericial Psicológica: El informe psicológico elaborado por la Licenciada Irene Corach arrojó como resultados respecto de los progenitores presentados en autos de Jonathan y Marco.-

Juana Eva Salinas -fs. 232/240-: Diagnóstico "Del análisis de la batería psicodiagnóstica administrada y entrevista realizada se evidencia en la Sra. Salinas el diagnóstico de trastorno de estrés post-traumático (CIE 10: F43.1) que, en términos del Baremo para Daño Neurológico y Psíquico de Castex & Silva, de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, involucra la presencia de incapacidad psicológica", estableciendo que "(...) el desorden por estrés postraumático de magnitud moderada presenta entre el 10 y 25 % de incapacidad"- fs. 238-. Tratamiento: "(...) el estrés postraumático de magnitud moderada requiere de tratamiento psicológico y psiquiátrico (farmacológico). El tratamiento no debe ser inferior a 12 (doce) meses consecutivos, con frecuencia semanal. El valor de cada sesión de tratamiento psicológico debe establecerse en trescientos pesos (\$ 300) a la fecha del presente informe" - fs. 239-. Concluyó: "Se recomienda la iniciación de un tratamiento psicoterapéutico que le permita a la Sra. Salinas superar parcialmente o totalmente los síntomas psíquicos que le impiden el disfrute de su vida en tanto tal y ponen en riesgo su desarrollo para los estándares previstos par su edad" (fs. 238/240).-

Paula Patricia Ralinqueo -fs. 241/249-: Diagnóstico "Del análisis de la batería psicodiagnóstica administrada y entrevista realizada se evidencia en la Sra. Ralinqueo el diagnóstico de episodios depresivos de magnitud moderada (CIE 10: F32.1) que, en términos del Baremo para Daño Neurológico y Psíquico de Castex & Silva, de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, involucra la presencia de incapacidad psicológica", estableciendo que "(...) el desorden por estrés postraumático de magnitud moderada presenta entre el 10 y 25 % de incapacidad" -fs. 247-. Tratamiento: "(...) los episodios depresivos de magnitud moderada requiere de tratamiento psicológico y

psiquiátrico (farmacológico). El tratamiento no debe ser inferior a 12 (doce) meses consecutivos, con frecuencia semanal. El valor de cada sesión de tratamiento psicológico debe establecerse en trescientos pesos (\$ 300) a la fecha del presente informe”- fs. 248-. Concluyó: “ (...) se recomienda la iniciación de un tratamiento psicoterapéutico que le permita a la peritada superar parcialmente o totalmente los síntomas psíquicos que le impiden el disfrute de su vida en tanto tal y ponen en riesgo su desarrollo para los estándares previstos par su edad” -fs. 249-.-

Juan Antonio Parga -fs. 250/257-: Diagnóstico “Del análisis de la batería psicodiagnóstica administrada y entrevista realizada se evidencia en el Sr. Parga el diagnóstico Episodio depresivo grave sin síntoma psicótico (CIE 10: F32.2) que, en términos del Baremo para Daño Neurológico y Psíquico de Castex & Silva, de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, involucra la presencia de incapacidad psicológica”, estableciendo que “(...) las depresiones neuróticas o reactivas severas y/o involutiva supone entre el 25 y el 40 % de incapacidad”, (fs. 255). Tratamiento: “(...) el episodio depresivo grave sin síntoma psicótico (CIE 10: F32.2) requiere de tratamiento psicológico y psiquiátrico (farmacológico). El tratamiento no debe ser inferior a 12 (doce) meses consecutivos, con frecuencia semanal. El valor de cada sesión de tratamiento psicológico debe establecerse en trescientos pesos (\$ 300) a la fecha del presente informe”. Concluyó: “Se recomienda la iniciación de un tratamiento psicoterapéutico que le permita a la Sra. Salinas superar parcialmente o totalmente los síntomas psíquicos que le impiden el disfrute de su vida en tanto tal y ponen en riesgo su desarrollo para los estándares previstos par su edad” (fs. 256/257).

La pericia no fue impugnada.-

En consecuencia y conforme a las reseñas antes efectuadas y del análisis de las mismas advierto que conforme a su ponderación en los términos del art. 386 del C.P.C.C. corresponde otorgarle valor y eficacia probatoria a la pericial en cuestión de acuerdo con el 477 del C.P.C.C. .-

Pericia Accidentológica: La pericia accidentológica elaborada por el Licenciado Marcelino Di Gregorio sostiene el mismo criterio valorativo que el Perito accidentológico que se expidió en sede penal obrante a fs. 108/119 de expte. “Funes, Iván Rodolfo s/ Homicidio Culposo”, Expte. N° 1804-2/11”: Así, el accidente se produjo el 12/09/10; ambos vehículos circulaban por la ruta Provincial 2, en igual sentido de marcha, desde Las Grutas en dirección a San Antonio Oeste; la colisión se produjo en el mismo carril de marcha; la moto se encontraba apta para transitar y

contaba con las luces reglamentarias previo a la colisión; no existen huellas de frenado del vehículo mayor previo al siniestro; el automóvil impacta con su parte delantera a la motocicleta en su parte trasera; el daño total de la moto es de un 85% y un 20% para el automóvil. Respecto a la evaluación técnica dijo que el factor de producción del accidente es humano, “(...) en cuanto el conductor del vehículo mayor no ha percibido la circulación de la motocicleta que lo precedía en su misma dirección, ha circulado alta velocidad con un grado de alcoholemia muy superior al permitido (...) que en materia de seguridad vial al conductor le significa una menor percepción del riesgo o situación conflictiva que se le presentare (...)”. Agregó que disiente con aquel perito respecto a la velocidad desarrollada por el automóvil C4, y sostuvo en base a sus consideraciones que la velocidad de impacto del Citroën C4 es de 159 a 177 km/h (fs. 280).-

La pericia no fue impugnada.-

En consecuencia y conforme a las reseñas antes efectuadas y del análisis de las mismas advierto que conforme a su ponderación en los términos del art. 386 del C.P.C.C. corresponde otorgarle valor y eficacia probatoria a la pericial en cuestión de acuerdo con el 477 del C.P.C.C. .-

VIII.- Que sin perjuicio de que hay acuerdo en la existencia del hecho, día, hora y lugar y sus protagonistas, las partes no están contestes en el modo en que ocurrió el siniestro particularizándose la discrepancia en cuanto a la velocidad del automóvil Citroën C4 al momento del impacto, el estado del conductor del automóvil Iván Rodolfo Salinas y el funcionamiento de la luz trasera de la motocicleta.-

La velocidad del automóvil C4 al momento del impacto: Existe diferencia respecto a la velocidad establecida por el perito actuante en sede penal, quien fijó la velocidad en 199 km/h, y el perito de autos Lic. Di Gregorio quien considera que la velocidad se puede establecer entre 159 a 177 km/h, sosteniendo que “considerando el margen de error en el coeficiente de adherencia aplicado, se tiene que la velocidad de impacto del Citroën C4 es de 159 a 177 km/h”. La pericia no fue impugnada por las partes y le he otorgado valor probatorio al momento de su análisis. de este modo la tesis sostenida por la demanda a fs. 61 en cuanto a que el Citroën C 4 transitaba a una velocidad de 100 o 120 Km/h no ha sido acreditada.-

No puedo soslayar tampoco que con relación a la introducción de la existencia de un sistema de corte de ignición post impacto del automóvil C4 es que en el marco de la audiencia del art. 361 del CPCC la parte demandada solicitó se produzca prueba informativa al respecto, librándose a tales efectos oficios a Citroën Argentina S.A. No

obstante a fs. 283 se decretó su negligencia respecto de la producción de la misma, perdiendo así la oportunidad de acreditar tales extremos invocados, por cuanto resulta de aplicación el art. 377 del CPCC.-

El estado del conductor del automóvil Iván Rodolfo Funes: Se ha acreditado que el Sr. Funes conducía bajo los efectos del alcohol tratándose ello de una circunstancia principal probada -mediante pericial médica- y juzgada en sede penal, por lo que se trata de un hecho no discutible en este fuero (fs. 198 y 458 del Exp. Penal). Entonces, “(...) la determinación de alcoholemia (...) el peritaje dio un 150% de alcohol en sangre superior al permitido para conducir (...)”. Argumentó el Sr. Juez correccional que “(...) teniendo en cuenta que la extracción de sangre se realizó aproximadamente tres horas después del hecho, y en la consideración mas favorable a Funes, entendemos que diluyó 0,30 gr/l, al momento del hecho se puede suponer que tenía una alcoholemia de, mínimo, 1,55 gr/l de alcohol en sangre. Ambas, 1,25 o 1,55 gr/l son excesivas” (Sentencia -fs. 458 de expte. penal); siendo que “(...) la conducción de vehículos se halla dificultada precisamente por el retardo en los reflejos. Dicha operación es de tipo complejo, ya que necesita de la acción coordinada de manos, pies, vista y oído, todas funciones retardadas en este estado de toxicidad del alcohol”. “Así lo dictaminó el Cuerpo Médico Forense a fs. 198, cuando dice que no pudo ‘dirigir adecuadamente sus acciones por hallarse disminuidos los reflejos, reacción y coordinación psicomotora’”.-

Debo decir que tampoco se produjo prueba a la UNCO respecto de la posibilidad de que al desinfectar con alcohol la zona de extracción de sangre se haya contaminado la muestra - fs. 64 vta. y fs. 176-, cuestión que por otro lado ha sido debidamente acreditada en el expte. Penal y tiene los efectos oportunamente tratados en esta vía.-

De este modo no ha podido desvirtuarse en autos lo oportunamente probado en expediente penal mediante informe del Cuerpo Médico Forense de fs. 198 en el que el resultado arrojó 1,25 gr. de alcohol por litro de sangre, esto es sin tener en cuenta la evolución de disolución del porcentaje por el paso del tiempo, dado que la muestra fue extraída horas después del hecho y que conforme a testigo Aguirre fue sobre las 9,30 hs. del día del siniestro.-

Funcionamiento de la luz trasera de la motocicleta: Se acreditó que la motocicleta interviniente en el siniestro estaba en perfecto funcionamiento. Ello se desprende de Pericia Accidentológica (fs. 117 y 459 del Exp. Penal, y fs. 277 -punto 5- de autos), la que no fue impugnada por las partes. A su vez, es coincidente con el relato de los testigos Benjamín Paz, Carlos Fabián Melillán y Enso Daniel Calluhequi, brindados en

autos y registrados de forma audiovisual (fs. 174). Así, la tesis esbozada por la demandada a fs. 62 no ha sido probada.-

Corresponde, en consecuencia, introducirme en el tratamiento de la Responsabilidad Civil.-

IX.- Que sentado ello, atañe analizar la procedencia de la atribución de responsabilidad que los actores endilgan al Sr. Funes.-

Que como ya he expresado, ante la existencia de una sentencia penal condenatoria que tuvo por probado que el día 12 de septiembre de 2.010, aproximadamente a las 5:45 hs. de la madrugada, Marco Gonzalo Parga y Jonathan David Salinas circulaban a bordo de una motocicleta mara Cerro 110 cc dominio 610EKB por la Ruta Provincial N° 2 desde Las Grutas y en dirección hacia la localidad de San Antonio Oeste, cuando un automóvil marca Citroën, modelo C4, dominio HDA-266, conducido por Iván Rodolfo Funes, que circulaba en el mismo sentido embistió la parte trasera de la moto, ocasionando la muerte de ambos tripulantes del rodado menor, es de aplicación el efecto de la cosa juzgada en aquella instancia.-

Así, debo decir que la sentencia que he reseñado en sus aspectos trascendentes al presente decisorio se encuentra firme.-

Asimismo y en función de la reconstrucción del hecho efectuado en sede penal con más la prueba en este proceso producida a la que le he otorgado valor probatorio, tengo para mi que la conducta desplegada por el Sr. Iván Rodolfo Funes encuadra en las prohibiciones e infracciones de los art. 39 inc. b), 42, 51 inc. b), 64 y cc de la Ley Nacional 24.449, por lo que al haber quedado probado irremediablemente el hecho en sede penal, entiendo que se dan los elementos que han de tenerse en cuenta para atribuir objetivamente la responsabilidad civil al demandado.-

De este modo y conforme a las ponderaciones efectuadas, observo que aquél tuvo un aporte causal adecuado en la producción del siniestro, cuestión que se conjuga con la existencia de los demás elementos que conlleva la configuración de la responsabilidad civil objetiva aplicable al caso.-

Por lo expuesto y conforme a la prueba producida en autos, las afirmaciones eximentes de responsabilidad del demandado no fueron probadas, encontrando en consecuencia, que la exención no ha de operar a los fines de conjurar la responsabilidad civil objetiva de Iván Rodolfo Funes, en base al riesgo creado y conforme art. 1.113 del Código Civil vigente al momento en que ocurrió el hecho. -

Debo destacar que no se ha logrado acreditar la culpa de las víctimas, a lo que agrego

que las tesis negatoria de estado de ebriedad y velocidad de 100/120 Km/h sostenidas por el demandado no han sido probadas.-

Se ha dicho que “(...) cuando se deduce pretensión por uno de los damnificados, responde el otro con fundamento en el riesgo creado y el demandado carga con la afirmación y prueba de la eximente, que no puede consistir en su falta de culpa porque este factor es extraño a la imputación objetiva del ordenamiento, librándose únicamente si prueba la culpa de la víctima, de un tercero por quien no deba responder o el caso fortuito (CNCiv., Sala G, 4/09/91, "Biancucci, Marcelo M. c. Estado Nacional - Ministerio de Defensa-" LA LEY, 1992-C, 128 y DJ 1992-2-389, citado por López Mesa, M. en Trigo Represas, Félix A. - López Mesa, Marcelo J.; Tratado de la Responsabilidad Civil, 2da. Ed. Actualizada y Ampliada, La Ley, 2011, T. V, p. 681).-

Concluyo entonces por encontrar responsable civilmente al Sr. Iván Rodolfo Funes respecto del siniestro debatido en autos, sin perjuicio de la concreta expresión del elemento daño que se tratará en Punto XII de la Presente.-

No obstante corresponde a continuación tratar el planteo de inconstitucionalidad introducido por las actoras, pues ha de tener directa incidencia con relación al posterior tratamiento del rubro daño moral.-

X.- Inconstitucionalidad del art. 1.078 del CC: Que sentado lo anterior, analizaré el planteo de inconstitucionalidad del art. 1.078 del CC respecto de la legitimación para reclamar daño moral por parte de los hermanos de Marco Parga y Jonathan Salinas.-

Que a tales efectos, es pertinente traer a colación lo dispuesto por el art. 1.078 del Código Civil: “La acción por indemnización del daño moral sólo competirá al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos”.-

Al respecto, el STJ ha sostenido que: “Los hermanos de la víctima -en tanto provienen de la rama colateral- no asumen tal condición, aún cuando eventualmente pudieran ser llamados a recibir la herencia (arts. 3567, 3592, 3714 y concordantes), motivo por el cual carecen de legitimación para accionar en procura de dicha reparación. Ello es así, incluso en el supuesto que el juzgador de turno adscriba a la interpretación más amplia y considere también como herederos “forzosos” a aquéllos parientes con vocación hereditaria potencial, pero que son desplazados por otros de grado preferente al momento de los hechos”. “En nuestro país, la doctrina más calificada (...) considera en la actualidad que es necesario ampliar el espectro de legitimados activos. Sin embargo, prácticamente no existen opiniones que propicien una apertura indiscriminada hacia la

reparación para todo aquél que haya sufrido un daño por el fallecimiento, con prescindencia de la existencia o grado de parentesco con la víctima”. “De allí que nos parezca más atinado el posicionamiento de MATILDE ZAVALA DE GONZALEZ cuando sostiene: `no propugnamos que el hermano u otro pariente sobreviviente pueda invocar un daño moral resarcible en cualquier hipótesis, pero si de concurrir alguna positiva o íntima relación afectiva, con supeditación al juicio del magistrado, por ejemplo, ausencia de otros familiares más cercanos, convivencia recíproca, apoyo material y espiritual antes del hecho etcétera”’. “No obstante, nuestras reflexiones sólo se orientan a la reforma de un sistema legal que reputamos inequitativo, pero que entre tanto es inequívoco (art. 1078) y debe ser respetado” (MATILDE ZAVALA DE GONZALEZ, RESARCIMIENTO DE DAÑOS, TOMO 2B, DAÑOS A LAS PERSONAS, EDITORIAL HAMMURABI, PAG. 335)”. (Conf. votos de Zaratiegui, Apcarian y Mansillas in re STJRNS1 Se. 18/14 “Sepulveda”).-

Respecto de la evolución legal posterior al art. 1.078 del CC de Vélez, el actual Código Civil y Comercial, el primer párrafo del art. 1.741 reza: “Indemnización de las consecuencias no patrimoniales. Está legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado directo. Si del hecho resulta su muerte o sufre gran discapacidad también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible”.-

Dicho lo anterior debo analizar si el art. 1078 del CC en tanto regla en abstracto ante determinados casos contraria al bloque de legalidad vigente relacionado con normas de jerarquía superior, ya sea de rango constitucional o convencional y respecto del principio de reparación plena, de igualdad ante la ley y no discriminación.-

Ha dicho al respecto la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial Departamental, Sala II, de Azul en autos "A., ANDREA Y OTRO C/ SUAREZ GARCIA, JUAN MANUEL Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS " Expte. N°: 2-60219-2015. Sent. 43 de fecha 18/04/2016 que " (...) la restricción legitimatoria del daño moral al damnificado directo en el art. 1078 CC (aplicable al caso conforme el art 7 CCCN) era materia de preocupación en la doctrina y jurisprudencia habiéndose propiciado diversos arbitrios interpretativos para remover ese obstáculo legal. En lo que aquí importa destacar, las posibles respuestas judiciales consistían en: aplicar la norma lo que –cómo ya lo que ya anticipé- deviene irrazonable; prescindir del art. 1078 Cód. Civ. y emplazar la cuestión en el ámbito normativo del art. 1079 Cód. Civ.; considerar a los daños a las

personas como categoría autónoma, o derechamente y de oficio, declarar la inconstitucionalidad del referido texto por contravenir los derechos constitucionales a la reparación plena e íntegra, a la igualdad de la ley en identidad de circunstancias, a la no discriminación y a la tutela de la integridad psicofísica (arts. 13, 14, 16, 17, 18, 19; 75 inc. 22 y concs. Const. Nac.; arts. 10, 11, 12, 15 y concs. Const. Pcia. Bs. As.). Desde otro lugar, y sin ánimo de teorizar sobre el tema, me pronuncié a favor, excepcionalmente y con prudencia y mesura, de este último arbitrio interpretativo (“Afección al Espíritu de la Persona. Legitimados para reclamar el daño moral” en “Estudios de Derecho Privado Moderno. La Persona. Protección Patrimonial y Personal. Homenaje al Dr. Julio César Rivera”, pág. 145). La tesis que aplicaba el art. 1079 C.C. para los daños extrapatrimoniales, la que no contiene restricciones y admite a los damnificados indirectos, no es la solución judicial que corresponde asumir. Ese texto es una regla general para el daño material que resulta desplazada por la regla específica del art. 1078 CC en el supuesto particular del daño moral. Y ello sin desconocer que prestigiosos tribunales se inclinaron por la solución, que no comparto, para conferir legitimación por la vía del art. 1079 a la concubina (en caso de fallecimiento de su compañero cuando resulta excluida por no ser “heredera forzosa”), o la de los padres como damnificados indirectos, en caso de discapacidad de los hijos que sobreviven (en éste último sentido Cám. Nac. Civ., Sala K, 13/6/2006, “H., J. M. c/ Clínica de la Sagrada Familia y otro”, J.A. 2006-IV-494 con nota aprobatoria de José D. Mendelewicz; Cám. Nac. Civil, Sala K, 1/7/2009, “A. C. B. c/ Fernández, Ángel Enrique”, La Ley 2009- F, 560; Cám. Nac. Civ. Sala K, 10/6/2008, “B., O.B. y otros c/ Línea 60 Microómnibus Norte S.A. y otros”, RCyS 2009-X, 81). En anteriores precedentes esta Sala rechazó esa postura de fundar normativamente en el citado art. 1079 la legitimación para desestimar el daño moral, en el entendimiento que se trata de una regla genérica marginada puntualmente en el supuesto del daño moral por el art. 1078 Cód. Civ. (Cám. Civ. y Com. Azul, 17/12/2004, “G., J. D. y otra c/ Ibarra, Manuel”, LL Bs. As., 2005, p. 68, y con nota aprobatoria de Mayo en R.R.C. y S., 2005 pág. 356.). Así las cosas, el punto de partida es que frente a la regulación legal no puede afirmarse siempre “in abstracto” que el mentado art. 1078 Cód. Civ. es inconstitucional sino que corresponde discriminar en cada caso las distintas situaciones del damnificado y las concretas circunstancias, confrontando con la Constitución Nacional la exclusión del caso en juzgamiento del damnificado indirecto por daño extrapatrimonial. Reitero: la regla general y abstracta del art. 1078 del Cód.

Civ. que no admite la legitimación activa de los damnificados indirectos no es “per se” incompatible con la Constitución Nacional; y la regla especial que podría, en casos particulares, -como éste determinar en concreto su invalidez constitucional requiere de un análisis pormenorizado de las circunstancias del caso que deberá tener especialmente en cuenta diversos parámetros (Sup. Corte de Mendoza Sala 1ª, 20/11/2006, “Gutiérrez José en Blasco de Arias Elsa y ots. c/ Corso Manuel y ot.”, voto Dra. Kemelmajer de Carlucci, Gran Cuyo, 2007-47; esta Sala, causa n° 51.466, 29/4/2008, “A. H. y ot. c/ Q. C.y ot. s/ daños y perjuicios” y 51467, “G. de S., M. contra A.H.M. y A.A.M. s/ daños y perjuicios” con nota aprobatoria de M. I. Benavente, LL 2008-F-806 y Ritto Graciela B., LL 2008-E-496; Cám. Apel. Civ. y Com. Junín, 18/11/2008, “Mercado Adriana y otros c/ Falcón, Luis y otro s/ daños y perjuicios”). La

jurisprudencia registra un rico casuismo en el sentido de impugnar el art. 1078 del Cód. Civ. decidiendo que la exclusión de algunos legitimados indirectos es contraria al bloque de constitucionalidad local y transnacional, reconociéndose por consiguiente habilitación para reclamar el daño moral a ciertas víctimas indirectas, como a la concubina (Cám. Civ. y Com. Mar del Plata, Sala 2ª, 23/11/2004, “R. S. E. v. Bustos, Esteban y otra”, J.A. 2005-IV- 31 con nota desaprobatoria de Benavente y aprobatoria de Humphreys y Tanzi en LLBA 2005-134 y de Rito, L.L. Bs. As., 2005-1049)."

Así, si bien el nuevo Código Civil y Comercial amplía la legitimación de quienes pueden reclamar el daño moral, y jurisprudencia como la citada se inclina en superar la regla abstracta del 1078 resulta pertinente analizar la cuestión en el caso concreto.-

En ese orden de ideas he de tener en cuenta la acreditación del vínculo -fs. 11/14 y 16/18- de los hermanos de Marco y Jonathan, cuestión que incluso así se tuvo por probada en las presentes actuaciones al resolver la falta de legitimación activa parcial mediante sentencia interlocutoria de fs. 117/118. Por otro lado también tendré en cuenta la edad de quienes reclaman resultando con ello que al no ser mayores -excepto José Luis Salinas y Pablo Andrés- me resulta verosímil conforme máximas de la experiencia que convivieran aún en el hogar familiar al momento de ocurrencia del hecho. Sin perjuicio de ello destaco que aún siendo mayores no es óbice para que exista convivencia.-

Advierto, asimismo, que las actoras se han expresado con claridad en demanda con relación a quiénes convivían con Marco y Jonathan respectivamente y quiénes no, cuestión que no ha sido objeto de negación por parte de la demandada ni por la citada en garantía.-

Así, asumo acreditado respecto de los hermanos de Marco y conforme a lo expuesto en demanda que convivían con él Manuel Sebastián, Pamela Lucrecia y Franco Gastón, no así el hermano de Marco por línea materna, Ignacio Martín Gonzalez quien no convivía con su madre Paula Patricia Ralinqueo conforme a lo señalado en demanda a fs. 44 vta.- Con relación a los hermanos de Jonathan y en tanto lo dicho anteriormente aplica a a sus hermanos también, asumo que convivían con él José Luis, Braian Nicolás y Rocío Karen, no así Pablo Andrés quien conforme a lo dicho en demandada a fs. 45 no convivía con Jonathan.-

No puedo soslayar tampoco, sin perjuicio de las ampliaciones que haré al momento de cuantificar el rubro, que el fallecimiento de Marco y Jonathan ha producido en sus hermanos una afección en la esfera de sentimientos y del espíritu que de no ser receptada vulneraría el principio “alterum non laedere”, el principio de igualdad y de propiedad visto a la luz de la Constitución Nacional - art. 16, 17, 18 , 19 , 75 inc. 22 y cc).-

Las máximas de la experiencia me indican que la ausencia de Marco y Jonathan sin dudas ha provocado, no sólo en sus padres sino también en sus hermanos y en particular en los que convivían con ellos una afección que no puede dejar de ser tenida en cuenta, cuestión que también armoniza con la evolución legal y jurisprudencial ya reseñada.-

Por lo expuesto, y luego de analizada la cuestión con relación al caso particular y puesta en concreto la regla abstracta de la norma en crisis, no sin antes explicitar que este tipo de decisiones se toman excepcionalmente y como última medida por parte de los jueces frente al ordenamiento jurídico, es que he de declarar la inconstitucionalidad del art. 1.078 del CC y otorgaré legitimación exclusivamente a Manuel Sebastián, Pamela Lucrecia y Franco Gastón para reclamar por daño moral por la muerte de su hermano Marco. Lo mismo haré exclusivamente respecto de José Luis, Braian Nicolás y Rocío Karen respecto de Jonathan, siendo que la cuantificación del rubro se efectuará al momento de su tratamiento específico. Con costas.-

A continuación abordaré el planteo defensivo de exclusión de cobertura opuesto por la citada en garantía.-

XI.- Que corresponde entonces analizar la procedencia de la exclusión de cobertura de seguro que fuera introducida por la aseguradora “La Perseverancia Seguros S.A.” con base en el exceso de velocidad y estado de ebriedad del asegurado Iván Rodolfo Funes.-

Advierto que “La Perseverancia Seguros S.A.” cumplió con los arts. 46 y 56 de la Ley de Seguros (Ley N° 17.418), así a fs. 86/91 surgen tres cartas documentos, dos de ellas

enviadas con fecha 20/09/10 y con idéntico contenido (N° 141556921 y N° 141556918) y otra con fecha 29/08/11 (N° 209046570) con sus correspondientes remitos. Las mismas fueron reconocidas conforme surge de fs. 137 vta. por lo que no se libraron oficios en casos de desconocimiento, ni se efectuaron manifestaciones respecto de cumplimiento de plazos legales.-

No puedo soslayar tampoco que en el escrito de la citada en garantía- fs. 92/97- por un lado, funda el pedido de exclusión de cobertura con causa en la culpa grave del asegurado conductor del vehículo conforme art. 21 de la póliza pero en la carta documento N° 209046570 - fs. 88- fundó la exclusión en las cláusulas 23 inc. 18 y 21, de la póliza. Asimismo, en el escrito de introducción de la defensa de exclusión se citó dicha carta documento.-

En dicha misiva la aseguradora pone en conocimiento a su tomador que, no obstante no haber brindado aquél la información requerida, luego de analizar la pericia resultante del accidente de tránsito que fue protagonista Funes el 12/09/10, no asumiría la responsabilidad contractual en base al resultado de alcoholemia (1,25 gl de alcohol en sangre) y la velocidad desarrollada por el automóvil al momento del impacto (199 km/h) conforme a la cláusula 23 inc. 18 y 21 de las Condiciones Generales de la Póliza (fs. 77/85).-

Así las cosas, debo decir que la cuestión relacionada con liberación del asegurador con causa en culpa grave prevista en la cláusula 21 será rechazada pues no fue introducida en la oportunidad correspondiente conforme art. 46 y 56 de la Ley 17.418.-

No obstante, entiendo procedente la exclusión de cobertura con fundamento en la cláusula 23 inc. 18 y 21 de la póliza, cuestión que fue introducida oportunamente por la aseguradora mediante las carta documento citadas y en su escrito de fs. 92/97.-

Asimismo, en la misma póliza se hace referencia al supuesto de exclusión "Cuando el vehículo asegurado sea conducido por una persona bajo la influencia de cualquier droga desinhibidora, alucinógena o somnífera, o en estado de ebriedad. Se entiende que una persona se encuentra en estado de ebriedad (...) cuando arroje un resultado igual o superior a un gramo de alcohol por mil gramos de sangre al momento del accidente" - cláusula 23 inciso 18, fs. 79.-

Por otro lado el inc. 21 de la cláusula 23 prevé que habrá exclusión " Cuando el automóvil asegurado sea conducido a exceso de velocidad (a los efectos de la presente exclusión de cobertura, se deja establecido que la velocidad del vehículo asegurado en ningún caso podrá superar en un 40% los límites máximos establecidos por la normativa

legal vigente)".-

Al respecto, debo decir que a fs. 198 de expediente penal se tuvo por determinado en 1,25 gramos de alcohol por litro de sangre, concluyéndose que Iván Rodolfo Funes podía comprender la criminalidad de sus actos, pero no dirigir adecuadamente sus acciones por hallarse desiminuidos los reflejos, reacción y coordinación psicomotora, cuestión que también fue acentuada por los actores a fs. 41 vta.-

A ello agrego la velocidad de circulación que se pudo constatar del vehículo C4 conforme a pericial realizada en autos. Así, y sin tener en cuenta la velocidad que se determinó en juicio penal, en pericia realizada en estas actuaciones resultó ser de 159 a 177 km/h (fs. 280).-

Ambas circunstancias fácticas -estado de ebriedad y velocidad excesiva de circulación- se encuadran en las previsiones de exclusión de los inc. 18 y 21 de cláusula 23 de póliza N° 3949674/6 - fs. 77/85-; el extremo relacionado con el estado de alcoholización porque supera el límite previsto por litro de sangre conforme art. 48 inc. a) de la Ley 24.449 y en la relación al exceso de velocidad porque también supera el límite legal previsto en el art. 51 inc. b, punto 1 de la misma ley, el que ampliado en un 40 % conforme cláusula 23 inc. 21 de póliza citada arroja que si un vehículo circula a más de 154 km/h queda alcanzado por dicha prescripción contractual, siendo que la velocidad mínima del vehículo conducido por Funes era de 159 Km/h conforme Pericia Accidentológica.-

Ahora bien, es de rigor preguntarme si las cláusulas de exclusión citadas son oponibles a los terceros damnificados. Ha sido muy claro al respecto el Superior Tribunal de Justicia al inclinarse por la afirmativa en autos "PARDO YESICA VERONICA C/ GARCIA JORGE Y GARCIA JOSE LUIS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (Ordinario) (DOS CUERPOS Y X CUERDA BENEFICIO Y EXPTE PENAL) Expte. 33600-J5-09 Sentencia 17 de fecha 13/04/2016.

En dicho fallo se expresó que las cláusulas de exclusión del contrato de seguro son oponibles al tercero damnificado conforme el efecto relativo de los contratos, que la función social del seguro ha de ir integrada a las cláusulas contractuales, como así también que resulta inaplicable la Ley de Defensa del Consumidor y la figura del bystander, todo ello con amparo en el fallo Buffoni de la CSJN .-

Por lo tanto, se hace lugar a la defensa de fondo interpuesta por la citada en garantía y se excluye la cobertura de seguros, liberando a "La Perseverancia S.A." respecto de Iván Rodolfo Funes toda vez que ha acreditado que su conducta queda enmarcada dentro de

los supuestos de exclusión previstos en Cláusula 23 inc, 18 y 21 de póliza de fs. 77/85, siendo ello oponible a los terceros damnificados.-

Atento a la tesitura seguida por el S.T.J. en autos "Pardo" ya citado en donde las costas se impusieron por su orden he de seguir igual camino e imponerlas por el orden causado.-

XII.- Despejada esa cuestión, corresponde dilucidar la procedencia de cada rubro reclamado, y en caso de corresponder, la cuantificación de los mismos conforme la prueba producida para demostrar su alcance.-

El daño es "...todo perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria que afecte en forma cierta a otro, a su patrimonio, a su persona, a sus derechos o facultades... (CSJN, 22/12/93, E.D. 157-581)"; "...es un componente inseparable del acto ilícito (T.S. de Córdoba, Sala CCom. CAdm., 12/12/86. LLC 1987-438)"; ya que "...si no hay daño, directo ni indirecto, no hay acto ilícito punible para los efectos de este código (CNCiv., sala B, 28/9/84, E.D. 112-233)". Además, "...debe ser cierto y actual para que pueda existir resarcimiento (CSJN, 07/03/85, E.D. 113-612), pero es indemnizable también la frustración de la probabilidad de éxito, cuando por sus características supera el parámetro de daño eventual para constituirse en un perjuicio cierto y resarcible (CSJN, 28/04/98, L.L. 1998-C-322); pero el mero estado de riesgo no es indemnizable si no hay daño". (Conf. Jorge Mosset Iturraspe y Miguel A. Piedecabras, Código Civil Comentado \Responsabilidad Civil\, Ed. Rubinzal Culzoni, 2005, Pág. 25, 33).-

En este sentido, la Corte Suprema, en "Provincia de Santa Fe c/ Nicchi", juzgó que resultaba inconstitucional una indemnización que no fuera 'justa', puesto que 'indemnizar es (...) eximir de todo daño y perjuicio mediante un cabal resarcimiento', lo cual no se logra 'si el daño o el perjuicio subsisten en cualquier medida' (Sent. del 26-VI-1967, Fallos: 268:1121, considerándose 4° y 5°).-

Sentado ello se analizan a continuación los daños reclamados:

Daño económico - pérdida de chance-: Debo destacar que no se trata de indemnizar el hecho de la vida perdida en si misma -cuyo valor es incalculable e irreductible a una expresión pecuniaria-, sino el perjuicio económico que ésta provoca (la muerte) en el patrimonio de los causahabientes.-

Vale destacar entonces que "(...) en tanto el valor vida se orienta al perjuicio económico concreto y actual que el deceso provoca, es decir el menoscabo inmediato sobre los ingresos del reclamante (...)", que difiere con los daños de 'pérdida de chance' en cuanto estos constituyen "(...) un perjuicio futuro, aunque cierto y no

eventual (...). El primero es la pérdida inmediata de aporte económico, de asistencia más o menos habitual y actual, en tanto que el segundo se orienta a la falta de asistencia ante contingencias futuras, como podría ser la ancianidad de los padres”. (Conf. CACivil de Viedma, en autos caratulados: “Díaz Rosa del Pilar c/ López Daniela Paola y otra s/ daños y perjuicios (Ordinario)” Expte. N° 8028/2016, 09/06/17).-

En el modo en que ha sido planteado por las actoras entiendo que, sin perjuicio del título que se le ha dado, la persecución del reclamo aborda en mayor medida la pérdida de chance o de oportunidad que en el futuro de vivir las víctimas del siniestro debatido en autos hubieran concretado y traducido en una ayuda o un sostenimiento económico para sus padres - fs. 44-.-

Efectuada esa aclaración, los actores están reclamando los daños producidos por la pérdida de chance, a lo que debe decirse, “(...) sólo será resarcible en la medida en que esa probabilidad de certeza exista en grado suficiente (MOSSET ITURRASPE, Jorge, Responsabilidad por Daños, TOMO III, pág. 324), evaluada de manera objetiva a criterio del juzgador. Consecuentemente, el resarcimiento no será procedente si la posibilidad de ayuda aparece sólo como una hipótesis conjetural, como una mera posibilidad”. (Conf. STJRS1 Se. 27/14 “Oyarzun Rainqueo”). En los mismos autos citados (“Díaz Rosa del Pilar”), “se ha dicho, que el perjuicio de los padres por la muerte del hijo consiste en la pérdida de la chance de ayuda económica que él pudiera haberles prestado al llegar a la vida adulta y satisfacer eventuales necesidades de sus progenitores. Y esta chance perdida no puede ser calificada in limine de vaga, hipotética o aleatoria; será menester indagar en cada supuesto ocurrente cuál es la medida de la probabilidad. (“El Daño a las Personas” Gustavo Azpeitía, Ezequiel Lozada, Alejandro Moldes, Ed. Ábaco de Rodolfo de Palma, pág. 38/39)”.-

El Máximo Tribunal Federal se ha pronunciado por su admisibilidad aún para el supuesto de muerte de hijos menores, pues es dable admitir la frustración de aquella posibilidad de sostén para los progenitores, expectativa legítima de acuerdo con lo dispuesto por el art. 367 del CC, y verosímil según el curso ordinario de las cosas (conf. doctrina de Fallos: 321:487; 322:1393).-

Ahora bien, con relación a Marco Gonzalo Parga se sostiene que ayudaría a sus padres aportando un 30% de su sueldo, el cual fija en ocho mil pesos (\$ 8.000) hasta que cada uno (padre y madre) tengan 80 años de edad. Al respecto, las circunstancias a tener en cuenta al momento de ocurrido el accidente son: Marco tenía 16 años de edad al momento de fallecer (fs. 15), estudiante (fs. 22/31), y según los testimonios de

Benjamín Paz, Carlos Fabián Melillán, Juan José Paz, Enso Daniel Calluhequi trabajaba como gasista con su padre y estudiaba. Además y conforme a fs. 35 había sido declarado alumno más solidario, entre otros logros.-

Por otro lado, con relación Jonathan David Salinas se ha considerado que ayudaría a sus padres aportando un 30% de su sueldo, el cual fija en ocho mil pesos (\$ 8.000) hasta que cada uno (padre y madre) tengan 80 años de edad. Al respecto, las circunstancias a tener en cuenta al momento de ocurrido el accidente son: Jonathan tenía 19 años de edad al momento del accidente (fs. 10), según los testimonios de Benjamín Paz, Carlos Fabián Melillán, Juan José Paz, Enso Daniel Calluhequi trabajaba como gasista junto a Jorge Antonio Parga (padre de Marco), había abandonado la escuela para trabajar y convivía junto a su madre Juana Eva Salinas de 45 años.-

Respecto del rubro analizado reclamado por los padres de Marco Gonzalo Parga (Paula Ranquileo y Jorge Antonio Parga) y la madre de Jonathan David Salinas (Juana Salinas), cabe decir que la “presunción iuris tantum de los arts. 1084 y 1085 del Código Civil no rige respecto del padre o madre de la persona fallecida, y si bien por aplicación del principio general del art. 1079 todo perjudicado por la muerte de una persona tiene derecho a obtener la reparación del daño sufrido, al no ser dispensado de su prueba el reclamante debe acreditar la procedencia de la reparación pretendida (conf. CSJN., “Badin, Rubén y otros c/Provincia de Buenos Aires s/Daños y Perjuicios”, del 19.10.1995; idem “Ferrari Grand, Teresa Hortensia y otros c/Provincia de Entre Ríos y otros s/Daños y Perjuicios”, del 24.08.2006). (Conf. STJRNS1 27/14 “Oyarzun Rainqueo”).-

En este sentido, el STJ sostuvo al respecto que “(...) en principio, el art. 1084 del Código Civil prevé como reparación en caso de homicidio “lo que fuere necesario para la subsistencia de la viuda e hijos del muerto”; el art. 1085 dispone -en su segunda parte- que esa indemnización sólo podrá ser exigida por el cónyuge sobreviviente y por los herederos necesarios del fallecido, (...) y, además, el artículo 1079 admite la resarcibilidad del perjuicio sufrido indirectamente por toda otra persona. Las primeras dos normas mencionadas constituyen excepciones a la regla general que señala que todo aquel que invoca un daño debe probarlo, ya que la ley presume un daño cierto respecto de esos damnificados indirectos (...)”. (Conf. STJRNS1 Se. 81/14 “Huinca”).-

Que de lo expuesto, tengo para mí que el presente rubro ha de proceder, para lo cual tendré en cuenta los siguientes parámetros. En primer orden observo que tanto Marco como Jonathan tenían hermanos, con lo cual en el futuro no serían único sostén para los

padres que han reclamado.-

También es cierto que según ha surgido de la prueba testimonial tanto Marco como Jonathan trabajan con el padre de Marco aprendiendo y ejerciendo un oficio, el de gasista, con lo cual sin dudas conforme al curso natural de las cosas con el tiempo, ya sea como socios o de modo independiente continuarían insertándose en el mercado laboral como gasistas o en otro rubro como se insinuó, en la construcción, en la industria pesquera o en cualquier otra actividad productiva, dada la juventud que ostentaban al momento de su fallecimiento.-

Sin perjuicio de que se expresa que cada uno ganaba la suma de \$ 8.000 no ha sido probado ello, por lo que anclaré el ingreso probable entre el informado por los actores y el salario mínimo vital y móvil vigente al momento del hecho, fijado por la Resolución 2/2010 del Consejo Nacional del Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo, Vital y Móvil de fecha 5/8/2010 que lo estableció en la suma de \$ 1740. De este modo y en tanto dicho ingreso como el postulado en demanda serán usados como referencia de una proyección es que lo determinaré en la suma de \$ 6.000.-

También tendré en cuenta que tanto Marco como Jonathan tienen hermanos por lo que no puedo soslayar que no serían los únicos que ayuden a los progenitores que en las presentes actuaciones han reclamado el rubro.-

De este modo, y conforme a las circunstancias del caso puedo sostener mediante una explicación razonable que Marco podría destinar, aún teniendo hermanos, un 15% de su salario lo cual resulta en la suma de \$ 900, monto que se divide en 2 obteniéndose \$ 450 para cada padre.-

Por último y teniendo en cuenta la edad de cada uno de los padres, el tiempo de ayuda para la Sra. Paula Patricia Ralinqueo sería de 42 años hasta llegar a los 80 años, lo cual arroja la suma de \$ 226.800 y a la fecha de sentencia conforme calculadora del Poder Judicial asciende a la suma de \$ 638.135.-

Asimismo, para el Sr. Jorge Antonio Parga siguiendo el mismo razonamiento la ayuda económica sería de 33 años hasta llegar a los 80 años, lo cual arroja la suma de \$ 178.200 y a la fecha de sentencia, conforme calculadora del Poder Judicial asciende a la suma de \$ 510.392.-

Con relación Jonathan, advierto que podría ayudar a su madre Juana Eva Salinas quien tenía 45 años con \$ 450 por un tiempo de 35 años lo cual arroja la suma de \$ 189.000 lo cual asciende a la fecha de sentencia conforme calculadora del Poder Judicial a la suma de \$ 531.779.-

En tanto se trata de la cuantificación de una deuda de valor al tiempo de la sentencia es que he aplicado la doctrina legal del Superior Tribunal de Justicia provincial en autos “TORRES, Liliana María y Otro c/MINISTERIO DE SALUD DE LA PCIA. DE RIO NEGRO y Otra s/ORDINARIO s/ CASACION” (Expte. N° 28407/16-STJ-) SENTENCIA N° 100 del 20 de diciembre de 2.016 por lo que actualicé el valor original obtenido en párrafos precedentes conforme a la tasa de fallo “Loza Longo” Se. N° 43 del 27.05.2010, “Jerez” Se. N° 105 del 23.11.2015 y “Guichaqueo” Se. N° 76 del 18.08.2016 desde el día que ocurrió el hecho y conforme a calculadora oficial del Poder Judicial hasta la fecha de la presente.-

Debo aclarar además que a los fines de la explicitación he usado los parámetros indicados, a lo que agrego que ello se ha efectuado en los términos del art. 165 del CPCC.-

Por los fundamentos expuestos el rubro procede para la Sra. Paula Patricia Ralinqueo en la suma de \$ 638.135, para el Sr. Jorge Antonio Parga en las suma de \$ 510.392 y para la Sra. Juana Eva Salinas en la suma de \$ 531.779, todo ello actualizado a la fecha de la presente y de ahí en más conforme tasa de autos "Guichaqueo".-

Daño Moral: Se reclama por este rubro la suma de \$ 160.000 para los progenitores presentados en autos de Marco y Jonathan, y 100.000 para sus hermanos.-

Se ha dicho que “Es procedente el reclamo de daño moral, que por su índole espiritual debe tenérselo configurado con la sola producción del evento dañoso, ya que por la índole de la agresión padecida, se presume la inevitable lesión de los sentimientos del demandante” (Conf. CSJN autos: “Mosca, Hugo Arnaldo c/ Buenos Aires Provincia de (policía bonaerense) y otros s/ daños y perjuicios” del 06/03/07, 330:563).-

Se ha entendido al daño moral como “...una modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, traducido en un modo de estar de la persona diferente de aquél que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial...”. (Conf. Jorge Mosset Iturraspe, “Responsabilidad por Daños”, Ed. Rubinzal Culzoni 2006, T° V ‘Daño Moral’, Pág.118).-

Es importante destacar que el daño moral se emparenta con el denominado “precio del consuelo”, esto es al resarcimiento que “procura la mitigación o remedio del dolor de la víctima a través de bienes deleitables (por ejemplo escuchar música) que conjugan la tristeza, desazón, penurias” (Iribarne H. P., “De los daños a la persona” cit. págs. 147, 577, 599) criterio receptado por el art 1741 del CCCN, conforme la jurisprudencia de la

Corte Nacional (CS, 04/12/2011, “Baeza, Silvia Ofelia c. Provincia de Buenos Aires y otros” )”. “El daño moral consiste “no sólo en el dolor, padecimiento o sufrimiento espiritual del individuo, sino también en la privación de momentos de satisfacción y felicidad en la vida del damnificado -víctima o reclamante- y que en definitiva influyen negativamente en la calidad de vida de las personas” (Highton, Elena I. - Gregorio, Carlos G. – Álvarez, Gladys S. “Cuantificación de Daños Personales.” R. D. P. y C. 21, Derecho y Economía, pág. 127)”. (Conf. CACivil de la Ciudad de Azul, en autos caratulados “A., Andrea y otro c/ Suarez García, Juan Manuel y otros s/ daños y perjuicios”, Causa n°: 2-60219-2015).-

Se ha sostenido en reiteradas oportunidades que “...no existen pautas exactas para su cuantificación (sobre el daño moral) y que es difícil precisar el sufrimiento de quien lo ha padecido. Al decir de Morello, Sosa y Berizonce (Códigos Procesales ..., T° II, Pág. 239)”, (...) “que el monto del daño moral es de difícil fijación, que no se halla sujeto a cánones objetivos, ni a procedimiento matemático alguno, correspondiendo atenerse a un criterio fluido que permita computar todas las circunstancias del caso, sobre la base de la prudente ponderación de la lesión a las afecciones íntimas de los damnificados y a los experimentados, hallándose así sujeto su monto a la circunscripción y discrecionalidad del juzgador”. (Conf. CACiv Viedma “Cespedes Narciso c/ Pfund Raúl Oscar y Otros s/ daños y perjuicios (Ordinario)”, 21/03/2017).-

Para no concluir arbitrariamente sobre ese quantum, cuál es la situación relativa en la que se encuentra el damnificado en función de los valores espirituales lesionados”, se debe “...relacionar al individuo con el medio en que se desenvuelve, su estado familiar, su situación socio-económica, sus vínculos personales y comerciales, su actuación más o menos destacada dentro del círculo de esas relaciones y, en fin, toda otra pauta que nos conduzca a percibir, racionalmente y con la mayor objetividad posible, la importancia de aquellos valores, bien entendido que ello no debe hacerse en abstracto - pues no hay "grados" en el honor o en las cualidades del espíritu según la persona en sí misma considerada- sino en cuanto a su proyección hacia el mundo exterior, es decir, tratando de establecer en qué medida han contribuido a construir la reputación de la persona frente al medio en el que se desenvuelve”. (Conf. fallo de CACiv Viedma, autos “Roche Héctor Raúl c/ Banco Santander Río S.A. s/ Daños y Perjuicios”, Se. N° 68, 18/11/2013).-

De lo dicho y conforme a las constancias de autos, es incuestionable la lesión a las legítimas afecciones que pueden sufrir los padres de Marco Parga y Jonathan Salinas,

por su abrupta muerte a raíz de un hecho ilícito. Se ha dicho que “No hay palabras que sugieran siquiera la medida de ese dolor, pues salvo excepciones que ingresan dentro de lo patológico, la naturaleza crea un entrañable nexo biológico y espiritual entre padres e hijos. (CCC. 2ª, La Plata, sala 3, Pacheco, Rufina c/Pcia. De Bas. As. s/ds. Y ps., JUBA B354405)”. (Ver. Revista de Derecho de Daños 2009-3, “Daños a la Persona”, Graciela Medina y Carlos García Santas).-

De igual modo tengo para mí que ello ha ocurrido para los hermanos convivientes de Marco, Manuel Sebastián, Pamela Lucrecia y Franco Gastón y de Jonathan, José Luis, Braian Nicolás y Rocío Karen, respecto de los cuales procederá la indemnización por este rubro conforme a la declaración de inconstitucionalidad del art. 1078 del CC y en el entendimiento de que la sola declaración no habilita la indemnización sino el cumplimiento por parte de quienes reclaman en estas actuaciones de tener un trato familiar y además haber convivido ya sea con Marco o Jonathan, según el caso. Tampoco puedo soslayar que integran las circunstancias del caso el hecho de una poblada existencia de hermanos tanto de Marco como de Jonathan, cuestión que si bien para nada disminuye las consecuencias de la ausencia abrupta e inesperada, palía de algún modo la delicada situación de soportarla a través de la compañía mutua, no sólo entre ellos sino también hacia sus padres.-

Es por ello también que al igual que el reclamo por este rubro procede respecto de los hermanos antes nombrados no será así para los que no convivían con Marco y Jonathan identificándolos como Ignacio Martín González, hermano de Marco por línea materna y Pablo Andrés Salinas, hermano de Jonathan. Advierto que conforme a la jurisprudencia que he analizado no cumplen con uno de los requisitos que se señalan como demarcadores de la legitimación; la convivencia.-

Así, el sólo hecho del deceso para los legitimados de por sí legalmente, pero también el cumplimiento de la convivencia en caso de los hermanos y la relación familiar que éstos mantenían, es prueba suficiente para acreditar el padecimiento del daño moral ocasionado y tenerlos por legitimados para este reclamo en función de la inconstitucionalidad declarada del art. 1078 del CC.-

Por los fundamentos expuestos y conforme art. 165 del CPCC el rubro procede para la Sra. Paula Patricia Ralinqueo en la suma de \$ 450.000, para el Sr. Jorge Antonio Parga en la suma de \$ 450.000 y para la Sra. Juana Eva Salinas en la suma de \$ 450.000, para Manuel Sebastián Parga la suma de \$ 285.000, para Pamela Lucrecia Parga la suma de \$ 285.000 y Franco Gastón Parga la suma de \$ 285.000, para José Luis Salinas la suma

de \$ 285.000, para Braian Nicolás Salinas la suma de \$ 285.000 y Rocío Karen Salinas la suma de \$ 285.000 , todo ello actualizado a la fecha de la presente y de ahí en más conforme tasa de autos "Guichaqueo".-

Debo decir que a los fines de determinación del presente rubro y con base en el art. 165 del CPCC he seguido el monto propuesto por los actores, en tanto ellos son lo que están en mejores y únicas condiciones de transmitir inicialmente una cuantificación del daño producido en este aspecto, monto que luego he actualizado siguiendo parámetros similares al del fallo "TORRES, Liliana María y Otro c/MINISTERIO DE SALUD DE LA PCIA. DE RIO NEGRO y Otra s/ORDINARIO s/ CASACION" (Expte. N° 28407/16-STJ-) SENTENCIA N° 100 del 20 de diciembre de 2.016.-

Daños psicológico: La parte actora reclama noventa mil pesos (\$90.000) en concepto de daño psicológico sufrido por Juana Evangelina Salinas, Patricia Ralinqueo y Juan Antonio Parga, a razón de treinta mil pesos ( \$30.000) por cada uno.-

En primer orden debe distinguirse este rubro del daño moral, aunque hay un punto de relación entre ellos pues la perturbación del equilibrio espiritual se traduce en este rubro como patología, por lo que del mismo modo que el agravio moral, siempre que quien lo peticiona esté legitimado para ello, procedería por la sola existencia del hecho, siendo en todo caso la prueba en su relación a los fines de fundar una cuantificación del mismo, en el caso del daño psicológico se requiere prueba bajo el auxilio de disciplinas científicas relacionadas con la ciencias de la salud. Me refiero a una pericial en psicología o similar.-

La Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería de Viedma ha entendido "(...) que deben distinguirse ambos rubros -daño psicológico y daño moral- en supuestos en que de acuerdo a las pruebas de autos, se establezca que la persona necesita un tratamiento, no así en aquellos casos en que el mismo no sea necesario, en que la indemnización correspondiente quedará subsumida dentro del daño moral". (CACivil de Viedma, en autos caratulados "Cardelli Ariel Mario y otros c/ Cestare Rubén Alberto y otra s/ daños y perjuicios (Sumario), 02/06/2015).-

Ahora bien, de la pericia psicológica practicada se concluyó, tal como oportunamente se expresó al analizar dicha prueba pericial, que respecto de Juana Eva Salinas, Paula Patricia Ralinqueo y Jorge Antonio Parga se recomendaba la iniciación de un tratamiento psicoterapéutico- fs. 239-240, 249 y 257.-

En todos los casos la perita requirió tratamiento psicológico y psiquiátrico no inferior a 12 meses consecutivos con una frecuencia semanal

En consecuencia, y toda vez que la pericia no fue impugnada, corresponde hacer lugar al reclamo por este rubro.-

No obstante, diferiré su cuantificación al momento de ejecución de sentencia y tomaré como pautas para ello lo indicado por la Lic. Corach y el valor del tratamiento que se prescriba conforme a dichas premisas por parte de los presupuestos que se acompañen en autos de los profesionales que asistan a Juana Eva Salinas, Paula Patricia Ralinqueo y Jorge Antonio Parga.-

**Daños materiales:** Sabido es que el daño emergente consiste en la disminución que experimenta el patrimonio del damnificado al ser privado de un “valor” que en él existía antes del hecho dañoso que motiva el pleito. En estos términos el actor reclama como tal una indemnización por \$ 8.000 por los daños que habría sufrido el vehículo como consecuencia del siniestro, que según surge de la pericia de fs. 278, la motocicleta sufrió un daño total del 85%, lo cual representa destrucción total.-

Ahora bien para acceder a la indemnización, resulta necesario contar con la titularidad registral del bien. En este caso, si bien no se produjo prueba a tales efectos, surge de los relatos testimoniales de Benjamín Paz, Carlos Fabián Melillán, Juan José Paz y Enso Daniel Calluhequi que Marco Parga era quien utilizaba la motocicleta, la arreglaba y mantenía. No puedo soslayar que de fs. 35/40 del expediente penal surge que se ha acompañado como insturmental cédula verde a nombre de la titular registral, Formulario 08 suscripto por la titular y título de automotor. Dicha prueba respecto de la motocicleta siniestrada fue acompañada por José Antonio Parga a fs. 34 de dichas actuaciones.-

En función de la corriente jurisprudencial que indica con base en el art. 1.110 del CC que sólo se puede reclamar el valor por destrucción total - fs. 288 punto 8 de pericia accidentalológica- por parte del titular registral, y no por el usuario tengo en cuenta las circunstancias del caso como así también la documentación antes acompañada, de donde surge claramente que Marco era el usuario de la moto y además tenía todos la documentación legal para efectuar la transferencia, a lo que agrego lo que señalaron los testigos citados en párrafo precedente respecto al cuidado que aquél proporcionaba a la motocicleta. No obstante, ello no resulta suficiente para reclamar este rubro en función de lo antes dicho y en tanto no es titular registral, por lo que rechazaré la petición de indemnización por daño material de la motocicleta conforme a los daños producidos en la misma y los términos de la petición de la actora como destrucción total - fs. 49.-

**Gastos de sepelio:** La actoras reclaman por este rubro veinticuatro mil pesos (\$ 24.000)

por los gastos de sepelio (gastos de servicio fúnebres, ataúd y demás gastos).-

Para acreditar tales extremos, presentan a fs. 20/21 dos facturas de la “Empresa Neman”, donde surge el pago por tales gastos un monto de \$ 12.000 por Marco Parga, soportado por Jorge Antonio Parga, y (\$ 12.000) por Jonathan David Salinas soportado por Juana Eva Salinas.-

Conforme al art. 1.084 del Código Civil: “Si el delito fuere de homicidio, el delincuente tiene la obligación de pagar todos los gastos hechos en la asistencia del muerto y en su funeral (...)”; y el art. 1.085 del mismo cuerpo reza: “el derecho de exigir la indemnización de la primera parte del artículo anterior, compete a cualquiera que hubiere hecho los gastos de que allí se trata”.-

Por lo tanto, corresponde hacer lugar a este rubro en virtud del art. 1.084 y 1.085 del CC, el que actualizado desde la fecha de factura a la fecha de la presente conforme calculadora oficial del Poder Judicial y conforme a autos Torres ya citado asciende a la suma de \$ 33.763 para Jorge Antonio Parga y \$ 33.763 para Juana Eva Salinas.-

XIII.- Costas y honorarios: Si bien existe una corriente jurisprudencial que indica que en base al principio de reparación plena las costas en los procesos de daños y perjuicios en caso de vencimiento, aunque sea parcial, siempre se imponen al demandado, lo cierto es que dicha postura también convive con la que dice que las costas se imponen en la medida de la concurrencia en la causación del hecho e incluso con una tercera postura que se sostiene en la medida del progreso de la demanda.-

Así, tomando como base esas tres posturas y con un adecuado balance de las mismas aplicadas al presente caso tengo en cuenta que, en virtud de la dimensión de la procedencia de los rubros y del principio de reparación plena, el vencimiento en estas actuaciones corresponde a la actora por lo que impondré las costas a las demandada conforme art. 68 del C.P.C.C.-

Todo ello, sin perjuicio del modo en que se han impuesto las costas con relación a la resolución de excepción de falta de legitimación activa interpuesta por el demandado Funes - fs. 117/118- y el modo en que las mismas se han impuesto en el planteo defensivo de la citada en garantía de exclusión de cobertura.-

En función de no quedar determinado el monto base de modo completo he de diferir la regulación de honorarios para la etapa de ejecución.-

Por los fundamentos antes expuestos;

RESUELVO:

I.- Hacer lugar al planteo de las actoras y declarar la inconstitucionalidad del art. 1078

del C.C. respecto del reclamo de daño moral, con efectos exclusivamente para Manuel Sebastián Parga, Pamela Lucrecia Parga, Franco Gastón Parga, José Luis Salinas, Braian Salinas y Rocío Karen Salinas. Con costas.-

II.- Hacer lugar a la defensa de fondo interpuesta por la Perseverancia Seguros S.A. en su carácter de citada en garantía y liberar de cobertura respecto de la póliza N° 3949674/6 con fundamento en Cláusula N° 23 inc. 18 y 21 de la misma, siendo ello oponible a los terceros damnificados. Costas por su orden conforme argumentos expuestos al tratar la cuestión.-

III.- Hacer lugar parcialmente a la demanda interpuesta y condenar a Iván Rodolfo Funes a abonar en el plazo de 10 días por el rubro daño económico -pérdida de chance- a la Sra. Paula Patricia Ralinqueo la suma de \$ 638.135, a Jorge Antonio Parga la suma de \$ 510.392 y a Juana Eva Salinas la suma de \$ 531.779; por daño moral la suma de \$ 450.000 a Paula Patricia Ralinqueo, la suma de \$ 450.000 al Sr. Jorge Antonio Parga y la suma de \$ 450.000 a la Sra. Juana Eva Salinas; por el mismo rubro para Manuel Sebastián Parga la suma de \$ 285.000, para Pamela Lucrecia Parga las suma de \$ 285.000 y Franco Gastón Parga la suma de \$ 285.000, para José Luis Salinas la suma de \$ 285.000, para Braian Nicolás Salinas la suma de \$ 285.000 y Rocío Karen Salinas la suma de \$ 285.000; por gastos de sepelio la suma de \$ 33.763 a Jorge Antonio Parga y la suma de \$ 33.763 a Juana Eva Salinas, todo ello actualizado a la fecha de la presente y de ahí en más conforme tasa de autos "Guichaqueo", hasta su efectivo pago; y rechazar el rubro daño moral para Ignacio Martín González y Pablo Andrés Salinas, como así también el rubro daño material de la motocicleta.-

IV.- Respecto del rubro gastos terapéuticos por tratamiento psicológico para la Sra. Paula Patricia Ralinqueo, el Sr. Jorge Antonio Parga y la Sra. Juana Eva Salinas se difieren su cuantificaciones, conforme pautas expuestas al tratarlos.-

V.- Imponer las costas a la demandada (art. 68 del C.P.C.C), excepto en lo que refiere al Punto II de la presente.-

VI.- Diferir la regulación de honorarios hasta tanto se cumpla con el punto IV y se determine completamente el monto base del presente litigio.-

VII.- Regístrese, protocolícese y notifíquese.-

Leandro Javier Oyola

JUEZ