

PROVINCIA: RIO NEGRO

LOCALIDAD: VIEDMA

FUERO: CIVIL

INSTANCIA: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

EXPTE. N° 27389/14-STJ-

SENTENCIA N° 89

///MA, 17 de diciembre de 2015.

Reunidos en Acuerdo los señores Jueces del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, doctores Sergio M. Barotto, Enrique J. Mansilla, Ricardo A. Aparcian, Liliana Laura Piccinini y Adriana Cecilia Zaratiegui, con la presencia del señor Secretario doctor Wenceslao Arizcuren, para pronunciar sentencia en los autos caratulados: “RODRIGUEZ MARIN, Carlos Hernán c/MUNICIPALIDAD DE GRAL. ROCA s/SUMARIO s/CASACION” (Expte. N° 27389/14-STJ-), elevados por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial, a fin de resolver el recurso de casación deducido por el Apoderado de la Fiscalía de Estado de la Provincia de Río Negro a fs. 1248/1256, deliberaron sobre la temática del fallo a dictar, de lo que da fe la Actuaría. Se transcriben a continuación los votos emitidos, conforme al orden de sorteo previamente practicado, respecto de las siguientes:

CUESTIONES

1ra.- ¿Es fundado el recurso?

2da.- ¿Qué pronunciamiento corresponde?

VOTACION

A la primera cuestión el señor Juez doctor Sergio Mario Barotto dijo:

1.- Antecedentes de la causa: Llegan las presentes actuaciones a conocimiento de este Superior Tribunal de Justicia en virtud del recurso de casación deducido por el Apoderado de la Fiscalía de Estado de la Provincia de Río Negro a fs. 1248/1256, contra la Sentencia N° 4, Tomo N° 1, de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro de fecha 19 de febrero de 2014 (dictada a fs. 1203/1220) y su aclaratoria de fecha 27 de febrero de 2014 (dictada a fs. 1221), que hizo lugar al recurso de apelación de la Municipalidad de General Roca y además, en el marco de los restantes recursos -de los actores y “Cabeth S.R.L.”-, readecuó la sentencia de Primera Instancia, atento el hecho sobreviviente del fallecimiento del señor Carlos Hernán Rodríguez Marín; entendiendo

que la demanda prospera por la suma de \$ 1.886.960.- (un millón ochocientos ochenta y seis mil novecientos sesenta); de cuyo importe a la cónyuge supérstite le corresponde la suma de \$ 893.480.- (Pesos ochocientos noventa y tres mil cuatrocientos ochenta); mientras que los \$ 993.480.- (Pesos novecientos noventa y tres mil cuatrocientos ochenta) restantes, corresponden a razón de \$ 198.696.- (Pesos ciento noventa y ocho mil///.- ///.-seiscientos noventa y seis) a cada uno de los hijos, en todos los casos con más los intereses que correspondan de acuerdo a los considerandos de aquella resolución y de la sentencia de grado en cuanto no haya sido materia de agravio. Además en resguardo de los derechos de los menores ordenó notificar de esto a la señora Defensora de Menores e Incapaces, en orden a la debida percepción y destino de los montos que a ellos les conciernen; imponiendo costas en ambas instancias en forma solidaria a “Cabeth S.R.L.” y al Departamento Provincial de Aguas de la Provincia de Río Negro; en función del art. 68 del CPCyC.; mientras que en función del segundo párrafo del mismo artículo 68; dispuso que serán por el orden causado las costas que fueran generadas por la intervención de los letrados de la Municipalidad de General Roca. Finalmente determinó que, como consecuencia de la modificación de la sentencia y de la nueva regulación de honorarios que se efectuó, los recursos de apelación arancelaria articulados en los puntos 1, 2, 3, 4, 5 y 7 de lo resuelto devinieron abstractos.

2.- Agravios recursivos: La Fiscalía de Estado de la Provincia de Río Negro, en los agravios que fueron concedidos -puntos V “a” y VI del libelo casatorio- recurre la sentencia de Cámara por otorgarle reparación moral a la actora en su carácter de damnificada indirecta por iure propio, entendiendo que aquélla no es parte legitimada en marras en los términos del art. 1078 del Código Civil (que en su 2* párrafo sólo limita el reclamo al damnificado directo); y también en cuanto se mantiene en el decisorio el daño moral otorgado al damnificado fallecido.

En relación a ello, plantea que se rechace el daño moral a favor de los herederos de Rodríguez Marín, puesto que el hecho del fallecimiento del damnificado no puede modificar la naturaleza jurídica del reclamo efectuado por la parte actora, ni tampoco, puede extralimitar el tratamiento del agravio traído a Cámara, como así tampoco se la habilita a tratar el rubro como si fuera un reclamo por fallecimiento de un familiar, toda vez que el daño producido por ese hecho, lo están heredando del propio damnificado iure hereditatis. El recurrente también sostiene que no se acreditó en autos que la muerte del señor Rodríguez Marín se haya producido como consecuencia directa del hecho que

motivara esta causa, motivo por el cual indica que al no haber relación de causalidad entre el hecho que diera origen a esta causa y el daño moral, que toda persona sufre como consecuencia de la muerte de su familiar, no procede el rubro que la Cámara dispuso otorgarle a la parte actora, cuestionándolo como un grave error de derecho. ///.-

///2.- Asimismo, en el otro agravio concedido -punto VI-, el recurrente sostiene que se ha introducido en Cámara una pretensión que no fue esgrimida en Primera Instancia, ya que si bien la parte actora en aquel entonces reclamó daño moral, el fundamento que se tenía en esa oportunidad no es el mismo que se pretendió al introducir hoy el hecho nuevo, ya que en ese momento no estaba legitimada y la posibilidad de aplicar el art. 1078, 2º párrafo -en todo caso entiende que mediante un nuevo proceso- en los hechos nació recién con el fallecimiento del señor Rodríguez Marín, resultando erróneo considerar a la Cámara como el Juez natural. Por lo cual, el recurrente plantea la arbitrariedad de la sentencia dictada en base a la no sustanciación, a la violación al debido proceso, en la violación del derecho de defensa en juicio y de la doble instancia o doble conforme; tal como lo postula la Convención Americana de Derechos Humanos en su art. 8, inc. 2 "h".

Por último, formulan reserva del caso federal por violación del derecho de propiedad; de las garantías de la defensa en juicio, del debido proceso y de la doble instancia, ingresando el caso federal en los términos del art. 14 de la Ley 48 y tachando a la sentencia de arbitraria en el entendimiento de que toda resolución jurisdiccional debe constituir una sentencia constitucional fundada en ley (arts. 1, 5, 14, 17, 18, 28, 31 y 33 y concordantes de la Constitución Nacional).

3.- Contestación de traslado: Que a fs. 1262/1269 obra contestación de traslado del recurso por parte de la actora, quien luego de solicitar el rechazo formal del recurso en examen con imposición de costas, señala, en lo que hace a los agravios que llegan a consideración en esta instancia, que los herederos del causante tienen una vocación a la continuación del proceso donde su causahabiente era parte (art. 43 y demás concordantes del CPCyC.). También, indica que no existe violación al principio de congruencia por cuanto la esposa y los hijos del actor reclamaron desde el inicio de la demanda el daño moral en cuestión, que la pretensión no se modificó y que la muerte del Sr. Carlos Hernán Rodríguez Marín obligó a la Alzada a ajustarse a la nueva situación jurídica imperante. Destaca que previamente, en oportunidad de recurrir, nadie planteó que el hecho del fallecimiento del causante no guardaba relación con el infortunio juzgado y que lo había llevado a la condición de parapléjico. Agrega, que el

art. 907, en su 2da. parte, del C.C. faculta a los Jueces a disponer un resarcimiento a favor de la víctima fundado en razones de equidad, teniendo en/// ///.-cuenta la importancia del patrimonio del autor del hecho y la situación personal de la víctima, más allá de las concretas reclamaciones de las partes.

Que a fs. 1274 contesta el traslado conferido el apoderado de la Municipalidad de General Roca, quien entiende que el rechazo de la demanda de marras a su respecto ha quedado firme y consentido y solicita que se lo exima de la imposición de costas cualquiera fuera el resultado de la casación. Por último, hace reserva del caso federal.

Que a fs. 1303/1305 contesta el traslado conferido la señora Defensora de Menores e Incapaces N° 3 de la Segunda Circunscripción Judicial, doctora María Cristina Díaz, expresando que al niño Ariel Rodríguez Medina Maycol -nacido el 9/5/2002- le corresponde el daño moral hoy cuestionado por ser un heredero forzoso, situación que la Alzada no puede ignorar y que además se encuentra habilitada a tratar la cuestión introducida por haber sido en su oportunidad materia de agravios de los actores, considerando a su respecto que no se ha violado la doble instancia. Que al igual que el Juez de Cámara estima que sin perjuicio del daño moral ya otorgado a la víctima y que por ende heredan sus familiares directos, no debe dejarse de lado que en un caso como el presente, donde la muerte devino como consecuencia del hecho -cuestión admitida por la totalidad de las partes-, se encuentra encuadrado absolutamente en el art. 1078 del C. C., pudiendo entonces reclamar el daño moral sus herederos forzosos. Por último, sostiene que corresponde confirmar la sentencia de Cámara ya que ésta aplicó la regla de agilidad y prioridad, puesto que ser un heredero forzoso no es una situación que se deba probar más que con el certificado de nacimiento para acreditar el vínculo y el certificado de defunción, por ello sostiene que correspondía aplicar el art. 1078, 2da. parte del C. C. de pleno derecho y cuantificar el daño que había recibido el niño, desde el momento del accidente hasta el dictado de la sentencia, con el fallecimiento de su padre.

4.- Análisis y solución del caso: Ingresando ahora en el análisis de las cuestiones traídas a conocimiento de este Superior Tribunal de Justicia, se advierte que los agravios concedidos en el examen preliminar de admisibilidad y que son motivo de análisis en esta oportunidad, se circunscriben a rechazar la procedencia del daño moral “iure proprio” que le otorgara la sentencia de Cámara a los sucesores del causante damnificado directo en el hecho. Como bien surge de los mismos, el recurrente efectúa este planteo desde dos planos diferentes. Por una parte, haciendo hincapié en la supuesta falta de

legitimación activa de los actores -cónyuge e hijos de la víctima- entendiendo que los mismos no son parte legitimada/// ///3.-en los términos del art. 1078 del Código Civil; y por otra, desde la arbitrariedad de la sentencia dictada basada en la no sustanciación, en la violación al debido proceso, en la violación del derecho de defensa y de la doble instancia. Adelanto que ambos cuestionamientos resultan improcedentes. Doy razones:

Respecto al primero de ellos ante todo hay que recordar que la Cámara por una parte confirmó la procedencia del daño moral a favor del damnificado señor Carlos Hernán Rodríguez Marín, y que, a partir del fallecimiento del mismo, les corresponde “iure hereditatis” a su esposa e hijos; y por otra, también por el hecho posterior a la sentencia de Primera Instancia (fallecimiento del damnificado directo), hizo lugar al reclamo de la esposa y e hijos al daño moral “iure propio”, por el padecimiento que le ocasionara el deceso del que en vida fuera, respectivamente, cónyuge y padre de los reclamantes. A diferencia de lo sostenido por el recurrente, en la sentencia sub examine no se ha incurrido en una superposición de reclamos por el mismo rubro.

En efecto el sentenciante ha definido dos hipótesis diferentes de la acción resarcitoria por daño moral. La primera de ellas, la referida a derechos nacidos en cabeza del causante y transmitidos por vía hereditaria a sus herederos, es decir “a una pretensión resarcitoria que no ha podido ser satisfecha directamente al perjudicado debido a que su fallecimiento impidió que el correspondiente derecho indemnizatorio fuese efectivamente realizado.” (Ramón Daniel Pizarro, “Daño Moral, Prevención. Reparación. Punición”, pág. 292). Con lo cual, la indemnización por el daño moral sufrido por la víctima de lesiones que luego fallece también es ejercitable iure hereditatis en relación a los padecimientos y menoscabos espirituales previos a la muerte que aquella experimentara. No se desconoce que se trata de un perjuicio personal del damnificado, pero también lo es que, iniciado el reclamo judicial para obtener su indemnización por el de cuius -tal como sucedió en la especie-, ningún obstáculo existe para que la acción la continúen sus herederos. Se trata, en definitiva, de una situación en que la acción la ejercen éstos “iure hereditatis”, no “iure propio”.

Así lo ha entendido la doctrina y jurisprudencia para las hipótesis del daño moral, la cual ha sido recogida en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, que en el artículo 1.741, prevé expresamente esta hipótesis al señalar que: “La acción sólo se transmite a los sucesores universales del legitimado si es interpuesta por éste”; dejando aclarado una cuestión que ha sido arduamente debatida, de que la transmisión sólo puede efectuarse cuando la///.- ///.-acción haya sido entablada en vida por el causante

damnificado, quedando legitimados de tal forma para continuar con ella, los sujetos establecidos en la citada norma. Por el contrario, si quien fallece no hubiera iniciado la acción en vida, su pretensión no se transmite a los herederos, por lo cual éstos carecen de legitimación activa para efectuar tal reclamo.

Ahora bien, esa hipótesis debe ser distinguida del otro supuesto que ha valorado la Cámara, que es en el cual los herederos forzosos reclaman “iure proprio” el daño moral experimentado a raíz de la muerte de la víctima (art. 1078, Código Civil). En este caso, no accionan ejercitando derecho hereditario alguno, sino que reclaman la reparación del perjuicio espiritual propio, derivado de la muerte de un tercero, a quien estaban ligados en calidad de descendiente y cónyuge (art. 1078 del Código Civil). Al respecto se ha dicho que: “Al referirse a los herederos forzosos el art. 1078 no condiciona la legitimación por daños a algún título hereditario. Se trata de un arbitrio técnico de síntesis, que bien pudo suplirse detallando los sujetos a quienes se deseaba conferir derecho indemnizatorio: cónyuge, descendiente y ascendientes. Así pues, las pretensiones son ejercitables por derecho propio, con motivo de un perjuicio personal de quien acciona. Dichas cuestiones de legitimación se resuelven con abstracción de los emplazamientos y del orden sucesorio, temas éstos económicos y que nada inciden sobre los lazos espirituales con el ausente. En otros términos el daño moral por muerte significa un desmedro existencial, condicionado a esas humanas relaciones previas y por completo ajeno a cuestiones tales como si quedan bienes sucesorios, cuál es su carácter propio o ganancial y quiénes tienen derecho a ellos.” (Matilde Zavala de González, “Tratado de Daños a las Personas. Daño Moral por Muerte”, pág. 71).

Asimismo la Corte Suprema de Justicia de la Nación en un caso donde se reclamaba en forma conjunta el daño moral “iure proprio” e “iure hereditatis”, no ha puesto objeción alguna. En efecto en el precedente Vicñansky (CSJN Se. del 21/04/2009, Fallos: 332:862), los actores recurrieron al Máximo Tribunal Nacional tachando de arbitrario al pronunciamiento del a quo porque efectuó una rebaja confiscatoria de la indemnización por daño moral “iure proprio” y además porque descartó el daño moral requerido “iure hereditatis”. La Corte, en lo que correspondía al daño moral “iure proprio”, rechazó los agravios porque consideró que versaban sobre cuestiones de hecho y derecho común irrevisables en esa instancia extraordinaria; esto es confirmó dicho rubro con las indemnizaciones otorgadas por la Cámara. Por el contrario, en lo que atañía al daño moral “iure hereditatis”, hizo lugar a los ///.- ///4.-agravios de lo actores y dejó sin efecto la sentencia de Cámara impugnada en cuanto rechazaba este ítem indemnizatorio.

Tampoco se puede dejar de mencionar que en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (art. 1741) se mantiene la legitimación del damnificado directo y se prevé la del indirecto sólo en dos supuestos: si la víctima sufre gran discapacidad o en caso de muerte, en cuyo casos se confiere la habilitación legal a los ascendientes, descendientes, cónyuge y quienes convivían con la víctima recibiendo trato familiar ostensible. En reciente comentario a esta norma el doctor Lorenzetti ha señalado que: “Los únicos dos casos que autorizan el reclamo del damnificado indirecto son el fallecimiento y la gran discapacidad de la víctima inmediata; en este último caso concurren ambos conjuntamente -directo e indirecto-. (Ricardo Luis Lorenzetti, Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado” T* VIII, pág. 502).

En suma, la Cámara ha valorado y ha concedido el daño moral desde dos hipótesis diferentes que también tienen un origen distinto, una que nace en cabeza del causante y es transmitida vía hereditaria, y otra nacida del perjuicio espiritual propio del reclamante; sin que se advierta que se haya resuelto en contra de la normativa sobre la materia dispuesta en el Código de fondo.

Por otra parte, los restantes agravios esgrimidos por el recurrente se encuentran íntimamente relacionados. Así se puede observar de los planteos efectuados que el hecho del fallecimiento del damnificado no puede modificar la naturaleza jurídica del reclamo; que no se acreditó en autos que la muerte del señor Rodríguez Marín se haya producido como consecuencia directa del hecho que diera origen a esta causa; que se ha introducido en Cámara una pretensión que no fue esgrimida en primera instancia; o que la sentencia es arbitraria por no sustanciación, violación al debido proceso y violación del derecho de defensa y de la doble instancia; es decir que son todos argumentos que nos remiten al análisis del desarrollo procesal de los presentes autos, correspondiendo que se efectuó un tratamiento en conjunto de los mismos.

Seguidamente, para una mejor resolución de la controversia planteada, resulta conveniente efectuar una síntesis de los actos procesales que hacen al presente examen, es decir únicamente con lo que tiene que ver con el rubro daño moral reclamado “iure propio”. Así tenemos que: 1) a fs. 55/74 el señor Carlos Hernán Rodríguez Marín por apoderado promueve demanda por daños y perjuicios contra la Municipalidad de General Roca, la///.- ///.-empresa Cabeth S.R.L. y el Departamento Provincial de Agua, reclamando -entre otros conceptos- por daño moral la suma de \$300.000 para sí, \$200.000 para su esposa y \$50.000 para cada uno de los hijos; 2) a fs. 79 se presentan con el mismo apoderado la esposa del actor, el hijo mayor Jorge Abraham Rodríguez

Medina, y ambos progenitores manifiestan además que comparecen por los hijos menores de edad Carlos Hernán, Krist Marion, Alex Marcelo y Maycol Ariel Rodríguez Medina, teniéndoselos por parte y actores en el proceso; 3) a fs. 108/116 contesta demanda la empresa Cabeth S.R.L., a fs. 136/152 lo hace la codemandada Municipalidad de General Roca y a fs. 489/500 la Fiscalía de Estado de la Provincia, quién opone la falta de legitimación activa para reclamar por daño moral respecto de la esposa e hijos de Rodríguez Marín, en tanto considera que solamente es éste quien puede demandar los daños sufridos; 4) a fs. 503/505 contestan los actores la falta de legitimación planteada solicitando su rechazo y planteando la inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil; 5) a fs. 1080/1101, obra sentencia de Primera Instancia que si bien hace lugar a la demanda promovida en autos por determinados rubros, en el punto 2) receptan la falta de legitimación planteada por la Provincia de Río Negro D.P.A.- y rechaza la demanda por daño moral promovida por la cónyuge e hijos de la víctima del accidente; 6) dicho pronunciamiento es apelado por las distintas partes intervinientes en estos autos, siendo de especial relevancia a este análisis la expresión de agravios de los actores de fs. 1133/1140 quienes ante todo critican la negativa del Juez de grado a conceder del resarcimiento por daño moral a la esposa y a los hijos del señor Rodríguez Marín, y la oposición efectuada por la Provincia a fs. 1150/1151 y vta.; 7) a fs. 1167 la representación de Cabeth S.R.L., denuncia el fallecimiento del señor Rodríguez Marín y a fs. 1171 pide la readecuación de los rubros concedidos en la sentencia de Primera Instancia; 8) a fs. 1172 por providencia de Cámara, se da traslado a las partes, lo que es notificado a las mismas por cédula (ver fs. 1173 a 1178); 9) a fs. 1181/1154 se presentan los apoderados de la actora, acompañan certificado de defunción de Carlos Hernán Rodríguez Marín, contestan la presentación de Cabeth S.R.L. y solicitan a la Cámara que, en virtud del hecho acaecido, falle a favor de los actores reclamantes por sus propios derechos y en carácter de herederos universales del causante; 10) a fs. 1185/1188 contesta traslado la Municipalidad de General Roca, y entre otras cuestiones, pide que el fallecimiento del actor Rodríguez Marín sea incorporado a la litis y meritado al momento de sentenciar; 11) a fs. 1203/1220 la Cámara, en lo que respecta a la cuestión en examen, hace/// ///5.-lugar al reclamo de daño moral solicitados, “iure proprio” y como damnificados indirectos, por la cónyuge e hijos de la víctima del accidente.

Ahora bien, de los actos procesales detallados precedentemente no se logra advertir que la sentencia de Cámara haya introducido y resuelto una pretensión que no fuera

esgrimida en Primera Instancia, incurriendo en arbitrariedad por violación al debido proceso, del derecho de defensa y de la doble instancia. Por el contrario a diferencia de lo expresado por el recurrente, desde el inicio mismo de la presente causa, la cuestión del reclamo del daño moral “iure proprio”, por parte de la cónyuge y los hijos, fue motivo de reclamo, análisis y decisión en la instancia de origen.

En efecto, a partir de la contestación de demanda la Provincia introdujo en su defensa la falta de legitimación de los actores respecto de este rubro y luego lo fue reiterando en cada oportunidad procesal que tuvo para hacerlo. Es decir, la cuestión ha sido planteada y sostenida en todas las oportunidades procesales precedentes a la sentencia de Cámara, por lo que ello habilitaba a dicho Tribunal a valorar todo el material probatorio que se encuentra incorporado a la causa, y en este orden por aplicación de los arts. 163, inc. 6° y 277 del CPCyC., también correspondía -tal como lo efectuara la Cámara- considerar la situación procesal generada por el fallecimiento del actor.

Al respecto se ha dicho que: “La vida y el entorno de las personas es por naturaleza cambiante y en la medida que ellas son las que están involucradas en los procesos judiciales es de toda lógica que éstos reflejen, bajo ciertas condiciones, la alteración de circunstancias que deriven en la modificación de los derechos puestos en juego en la causa. Aunque no se trate de hechos aducidos por las partes en los escritos introductorios del proceso o en etapas posteriores en que se admite su alegación, el pronunciamiento también puede ponderar hechos ocurridos durante la sustanciación del juicio que guarden vinculación con la cuestión que se ventila y que tengan por virtud consolidar, transformar o extinguir derechos.” (Elena I. Hightón-Beatriz A. Areán, “Código Procesal Civil y comercial de la Nación”, T° 3 pág. 486). También que: “La imposibilidad del tribunal de fallar sobre los capítulos no propuestos a la decisión del juez recurrido tiene una excepción: podrá conocer de las cuestiones derivadas de hechos posteriores a la sentencia de primera instancia, como intereses, depreciación monetaria y daños y perjuicios. Es una consecuencia natural, vinculada a los poderes del tribunal superior para decidir de las cuestiones litigiosas, pero se imponen las siguientes///.- ///.- observaciones: a) Para que la Cámara pueda decidir sobre tales cuestiones se exige la petición expresa del apelante, puesto que los jueces no proceden ex officio, no obstante deberán resolver cuestiones derivadas, posteriormente de la sentencia de Primera Instancia (ver art. 277, párr. 2°, CPN). b) El Código, como dice Alsina respecto de la legislación derogada, incurre en una omisión al excluir las cuestiones anteriores a la sentencia y posteriores a la notificación de la demanda. Al respecto es aplicable lo

preceptuado en el art. 163 inc. 6*, es decir la Cámara podrá hacer mérito de los hechos constitutivos, modificatorios o extintivos producidos con posterioridad a la sentencia apelada.” (Carlos Eduardo Fenochietto, “Código Procesal Civil y comercial de la Nación Comentado, Anotado y Concordado con los Códigos Provinciales”, T* 2, pág. 120).

Tampoco se advierte cual es la indefensión que le causa al recurrente la valoración por parte de la Cámara de un hecho de significativa trascendencia como el que se ha señalado precedentemente. Ello así pues, además de no esgrimir cuales fueron las defensas que se vio privado de oponer y cuales pruebas se le impidió aportar, tampoco explica con motivos suficientes y fundados por qué, luego de ser fehacientemente notificado de esta circunstancia sobreviniente (fs. 1176 y vta.), no ejerció los derechos que consideraba pertinentes ni ofreció las pruebas que potencialmente tuvieran fuerza suficiente para arribar a una decisión diferente a la de autos. Distinta fue la actitud procesal asumida por las otras partes que conforman esta litis, que optaron por expresarse en relación al traslado que se les confirió y solicitaron que el fallecimiento del actor Rodríguez Marín fuera incorporado a la litis y merituado al momento de sentenciar.

En suma, cabe destacar que no puede colegirse de autos la violación del derecho de defensa en juicio, pues el recurrente, tal como la actora, tuvieron la oportunidad de demostrar la verosimilitud de sus pretensiones; y como bien lo ha señalado la Cámara en la sentencia en examen ninguna de las partes ha desconocido la afirmación de la actora en el sentido de que el fallecimiento del señor Rodríguez Marín -que se encontraba parapléjico con una incapacidad parcial y permanente del 92,73%- fue a causa del accidente. Con lo cual, no existe indefensión de la parte recurrente que le haya impedido atacar oportunamente dicha cuestión, sino que, en realidad no ejerció su derecho en el momento oportuno. Al respecto este Superior Tribunal de Justicia ha dicho que “Es inadmisibles el recurso extraordinario si, al haber tenido el recurrente la posibilidad de ejercer debidamente su derecho de defensa en juicio, no lo///.- ///6.-hizo en forma adecuada, ya que al omitir utilizar la vía procesal apta para el reconocimiento de su derecho, no puede pretender que en forma tardía se subsane aquella conducta omisiva ni aún bajo el pretexto de un excesivo rigor formal, ya que esta pauta jurisprudencial sólo es idónea para la interpretación de las normas procesales y no para salvar la conducta negligente de las partes” (CSJN. del 10-12-96, “Benetrix de Brunetti, R. M. C. C/ Estado Nacional S/ Ordinario”)” (STJRNS1 - Se. N° 62/00, in re:

“PROVINCIA DE RIO NEGRO”).

5.- Decisión: En definitiva, advirtiéndole que la Cámara no ha incurrido en ningún desacierto jurídico como intenta demostrar el recurrente y que en autos no se ha vulnerado la garantía de la defensa en juicio, ni tampoco las reglas del debido proceso, corresponde el rechazo del recurso sub examine. MI VOTO por la NEGATIVA.

A la misma cuestión el señor Juez doctor Enrique José Mansilla dijo:

Adelanto mi disidencia con la solución propuesta por el señor Juez que me precede en el orden de votación.

A los efectos de fundar la discrepancia entiendo que es necesario invertir el orden de análisis de los agravios esgrimidos por el recurrente en el escrito bajo examen, comenzando por el punto VI del libelo recursivo, donde plantea la arbitrariedad de la sentencia de Cámara por la falta de sustanciación del pedido de la actora de aplicar el art. 1078, 2º párrafo, a partir del hecho sobreviniente que significó el fallecimiento del damnificado.

Efectuada esta observación preliminar e ingresando al análisis del agravio en cuestión considero que le asiste razón al recurrente cuando señala que la Cámara, al resolver el planteo sobre el rubro denominado daño moral “iure proprio” sin haberle dado la oportunidad de pronunciarse, ha agredido su derecho de defensa y la garantía constitucional del debido proceso.

Si bien comparto con el Vocal preopinante la síntesis realizada de los actos procesales cumplidos -a la cual me remito en honor a la brevedad-, disiento en cambio con la conclusión a la que arriba en la valoración de tales actos. Ello por cuanto advierto que la Cámara resolvió sobre la cuestión en examen de un modo distinto a los términos en que fue planteada en Primera Instancia y en oportunidad de la apelación y que, además, tampoco le dio la oportunidad a la aquí recurrente de ejercer su derecho de defensa ante el reclamo incoado por la actora luego de sucedido el fallecimiento del accionante originario. ///.-

///.- Veamos: ante la demanda de daño moral por derecho propio de la esposa y los hijos de la víctima del accidente -fs. 69 de autos-, los accionados oponen la falta de legitimación activa de los mismos para reclamar el daño moral en esos términos. A su vez, al contestar a fs. 503/506 el traslado de la falta de legitimación, los actores plantean la inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil, en tanto limita el resarcimiento del daño moral exclusivamente a la víctima del accidente, e invocan el art. 1079 del Código Civil expresando que la gravedad del daño que padece la víctima primaria

repercute en su familia.

En la sentencia de Primera Instancia se recepta la falta de legitimación planteada por la Provincia de Río Negro -DPA- y se rechaza la demanda por daño moral promovida por la cónyuge e hijos de la víctima del accidente. Dicho pronunciamiento fue apelado por los actores quienes, en lo que al tema en examen importa, mantuvieron los mismos lineamientos trazados en oportunidad de contestar la falta de legitimación planteada por los demandados.

Es decir, este fue el contexto fáctico y jurídico dentro del cual se circunscribió la discusión acerca de la procedencia del reclamo de daño moral “iure propio” de la esposa e hijos del damnificado directo; al menos hasta la presentación de fs. 1182/1184 de los actores ya que a partir de allí cambian el enfoque del reclamo y solicitan que se haga lugar al reclamo del daño moral individual por causa del fallecimiento del señor Rodríguez Marín.

Si bien el daño moral “iure propio” fue motivo de reclamo desde el inicio del proceso cierto es que, desde el punto fáctico y jurídico, los fundamentos han sido diferentes en cada una de la instancias precedentes.

Así mientras desde la demanda hasta la expresión de agravios la esposa e hijos reclamaron el daño moral propio estando en vida la víctima directa del accidente -con fundamento en la declaración de inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil que reclamaban de la justicia y la aplicación extensiva del art. 1079 del mismo cuerpo normativo-, a partir de fs. 1182/1184 y de conformidad a lo resuelto por la Cámara, el reclamo se sustentó y el fallo se cimentó en la circunstancia del fallecimiento del señor Rodríguez Marín y en la aplicación de la segunda parte del art. 1078 del Código Civil.

Con lo cual, ante el cambio radical del sustento por el cual se demandaba este rubro resultaba imprescindible que de modo previo a la decisión que se adoptara se corriera traslado a las partes para que pudieran ejercer sus derechos sobre una cuestión que, si bien había sido motivo de reclamo, lo era con argumentos de hecho y fundamentos jurídicos///.- ///7.-completamente distintos -y hasta casi opuestos- a los que se habían planteado. Sin embargo, de un repaso de las actuaciones se puede advertir que ello no ocurrió.

En efecto, en ningún momento la presentación de fs. 1182/1184 fue sustanciada con el resto de las partes previo a la sentencia de Cámara bajo examen, lo cual evidencia la violación del debido proceso y del derecho de defensa tal como se expresara en el libelo recursivo en análisis.

En cambio, de lo que sí se dio traslado a las partes -por providencia de Cámara- fue de las presentaciones de Cabeth S.R.L. (de fs. 1167 y 1171) donde se denunció el fallecimiento del señor Rodríguez Marín y se pidió la readecuación de algunos de los rubros concedidos en la sentencia de Primera Instancia, lo cual es notificado a las partes por cédula (ver fs. 1173 a 1177).

Nótese que, ante esa primera presentación, el proveyente de fs. 1168 y luego de fs. 1172 -a la postre Juez adherente en el fallo en crisis- fue especialmente cuidadoso del resguardo “del debido proceso legal y de la garantía de defensa en juicio y el principio de congruencia”.

Pero ello de ningún modo puede obviar la sustanciación de las pretensiones novedosas de la parte actora, plasmadas a fs. 1182/1184, porque fue el acto procesal donde se produjo el cambio de los términos en que se venía reclamando el rubro en cuestión, rechazado en Primera Instancia -además- y en vía de revisión.

Al respecto se ha dicho que: “Corresponde reafirmar que deberá ser resguardada, en la ponderación de estos hechos modificativos, constitutivos o extintivos del derecho durante el curso de la litis, la igualdad de trato en los litigantes, pudiendo producir prueba en contrario y, de tal suerte, evitar menoscabo de las posibilidades defensivas. (...) En definitiva, y volviendo a Morello deberá respetarse la regla de la razonabilidad que es el talón de Aquiles del edificio del derecho; el punto determinante de las proporciones; el que establece los límites. En todos los casos se debe cuidar de no lesionar los principios del debido proceso. Por su parte, Mabel de los Santos sostiene que, si con posterioridad a la oportunidad de invocar hechos nuevos, sucede un hecho constitutivo, modificativo o extintivo de la cuestión que se ventila en el proceso y queda probado, el juez deberá oficiosamente, o por invocación de partes -con previa audiencia a la contraria-, hacer mérito del mismo en la sentencia. Agrega que el hecho sobreviniente es inadmisiblesi en el proceso de incorporación del mismo a la litis no se ha///.- ///.-respetado la garantía de la defensa en juicio (bilateralidad en admisión y en la prueba del hecho).” (Guillermo Jorge Enderle, “La Congruencia Procesal”, págs. 231/232).

También este Superior Tribunal de Justicia ha expresado que: “Augusto Morello ha dicho que, no obstante que a través de la alegación de un hecho nuevo se incorporan al proceso nuevos datos fácticos, a través de los mismos no puede alterarse ninguno de los elementos constitutivos de la pretensión, pues simplemente tienden a confirmar, complementar o desvirtuar la causa. De allí, que en ningún caso pueden constituir la

transformación de la pretensión, ni mucho menos la interposición de una pretensión o defensa nueva, desde que sólo debe referirse a un nuevo elemento de juicio relativo a la cuestión o cuestiones sobre las que se trabara la litis, ya que no es posible variar los términos de la relación procesal. Lo contrario significaría conferir a la segunda instancia el carácter de un nuevo juicio, modalidad que es ajena a nuestra legislación (CNCiv., Sala E, 19-06-84, La Ley, 1984 D - 649; ídem, Sala F, 20-05-69, La Ley 139 - 956; CNFed., Sala III, cont. adm. 12-08-80).

Por lo tanto, el hecho nuevo denunciado que no esté comprendido dentro de los límites del “*thema decidendum*” y que se refiere a una causa nueva, no puede ser tratado en la Alzada (CNCiv., Sala A, 12-02-68, La Ley v. 131, p. 1103, 17704 - S; íd. Sala F, 18-12-74, La Ley 1975 B - 864, 32400 - S); o ya no procede, si se relaciona con una nueva etapa posterior a lo que constituye la materia a decidir en el estado actual del juicio (CNCiv. Sala B, 14-11-68, La Ley v. 136, p. 1151, 21188 - S). (MORELLO - SOSA - BERIZONCE, “Códigos Procesales en lo Civil y Comercial ..., Comentados y Anotados”, Librería Editora Platense - Abeledo Perrot, T. III, ps. 323/324; ídem GOZAINI, Osvaldo, “Código Procesal Civil ..., Comentado y Anotado”, ED. La Ley, p. 96). (STJRNS1 - Se. N° 58/08, in re: “R., S. c/IATA SAIC. y F. y O.”).

Por otra parte, en lo que respecta al restante agravio concedido en el examen preliminar de admisibilidad (falta de legitimación activa de los actores -cónyuge e hijos de la víctima- en los términos del art. 1078 del Código Civil) entiendo que, de conformidad con la resolución del anterior agravio, no corresponde que sea tratado en esta oportunidad dado que es necesario a los efectos de cumplir el debido proceso que se sustancie dicha cuestión en la etapa procesal pertinente. ///.-

///8.- 5.-Decisión: Corresponde hacer lugar al agravio identificado como punto VI del libelo recursivo y en consecuencia declarar la nulidad parcial de la sentencia impugnada -únicamente respecto al daño moral reclamado “*iure proprio*”-, debiéndose sustanciar con el resto de las partes los nuevos argumentos esgrimidos por la actora respecto al rubro mencionado. Ello así, atento a que en autos se ha incurrido en la violación del art. 18 de la Constitución Nacional -defensa en juicio-, al omitirse efectuar los traslados pertinentes. MI VOTO por la AFIRMATIVA.

A la misma cuestión el señor Juez doctor Ricardo A. Apcarian dijo:

Ante la dispar opinión en los votos de los señores Jueces del Tribunal que me precedieron en la consideración del punto VI del recurso, donde se plantea la arbitrariedad de la sentencia de Cámara por la falta de sustanciación del pedido de la

actora de aplicar el art. 1078, 2º párrafo, a partir del hecho sobreviniente que significó el fallecimiento del damnificado; adelanto mi adhesión a la solución propuesta en su voto por el doctor Sergio M. Barotto, no sólo en lo que respecta a esta cuestión, sino también lo que hace a la resolución de la legitimación activa de los actores -cónyuge e hijos de la víctima- para reclamar el daño moral “iure proprio”.

Adentrándome en el análisis de la cuestión antes señalada, no advierto que la Cámara incurriera en arbitrariedad por violación al debido proceso, del derecho de defensa y de la doble instancia. En efecto, a contrario de lo sostenido en el voto del doctor Mansilla, entiendo que la pretensión del daño moral “iure proprio” fue introducida en la primera oportunidad, al momento de demandar (fs. 79), siendo rechazada en Primera Instancia por un impedimento de orden legal (cf. art. 1078 C.C.), falta de legitimación de los actores para reclamar ese rubro; impedimento este que había desaparecido, al momento de dictarse la sentencia de segunda instancia, ante la circunstancia sobreviniente que significó la muerte del damnificado directo. De allí que los Jueces no se encontraban en mi criterio impedidos de hacer mérito de la misma, en un todo de acuerdo a lo prescripto en los arts. 163, inc. 6º y 277 in fine del CPCyC..

Así se ha dicho: “El art. 163, inc. 6º establece que el Juez de Primera Instancia se halla facultado para hacer mérito de los hechos constitutivos, modificativo o extintivos, producidos durante la sustanciación del juicio y debidamente probados aunque no se los hubiese invocado oportunamente como hechos nuevos. En una interpretación armónica con el art. 277, no///.- ///.-cabe sino concluir que el ad quem debe pronunciarse también sobre estos puntos.” (Elena I. Hightón-Beatriz A. Areán, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, T. 5 pág. 351).

Además, la falta de sustanciación de la presentación efectuada por los actores de fs. 1182/1184 en modo alguno implica en el sub examine la violación del derecho de defensa de los recurrentes, pues la cuestión estaba incluida dentro de los límites del “thema decidendum”. No se trata de una causa nueva o que no haya integrado la controversia; por el contrario, como se dijo más arriba, el reclamo del daño moral “iure proprio” fue motivo de análisis desde el mismo momento en que se dio inicio a las presentes actuaciones.

Tampoco se desconoce en este análisis que en principio, la esposa e hijos reclamaron el mencionado concepto estando en vida la víctima directa del accidente, y que luego, la Cámara resolvió en base a una circunstancia sobreviniente el fallecimiento del señor Rodríguez Marín. Ahora bien, ello no es óbice para resolver del modo como se hizo en

la sentencia recurrida, ya que en virtud del principio “iura novit curia” la subsunción normativa fue efectuada por la Cámara en base a la plataforma fáctica del caso, incluyendo en la misma, por imperio de los arts. 163, inc. 6* y 277 del CPCyC., la circunstancia sobreviniente, antes señalada. Pues, como bien se puede observar de las cédulas de notificación obrantes a fs. 1173 a 1177, las partes estaban perfectamente anoticiadas de dicha situación, que fue valorada por la Cámara para subsumir los hechos de esta causa en la segunda parte del art. 1078 del Código Civil.

En suma, no pueden configurarse las alegadas violaciones del debido proceso, del derecho de defensa y de la doble instancia, cuando ha quedado claro que en el sub examine no ha habido una modificación de los hechos que fuera desconocida por las partes, ni se ha resuelto por fuera de lo que constituía el “thema decidendum”. Por el contrario, la Cámara no ha hecho más que ejercer -de modo correcto- la facultad judicial de determinación de la norma jurídica correspondiente al caso puesto a su consideración.

Al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha dicho que: “Según el principio “iura novit curia”, la aplicación e interpretación de las normas legales pertinentes queda reservada a los jueces con abstracción de las alegaciones de las partes, es decir que los magistrados pueden enmendar el derecho mal invocado y suplir el omitido, y esto hace que sea necesario pronunciarse acerca de cuál es la ley aplicable al caso. Ello es así sin infracción al principio de congruencia y de defensa en juicio, puesto que es a los jueces///.- ///9.-a quienes corresponde calificar jurídicamente las circunstancias fácticas con independencia del derecho que hubieren invocado las partes, en tanto y en cuanto, no se alteren los hechos o se tergiverse la naturaleza de la acción deducida” (Ac. 90993, sent. del 5/4/2006, recaída en autos: “Lipshitz, Raúl c. Campili, Mónica s/Disolución de sociedad conyugal”, Sumario Juba B 26424).

A mayor abundamiento, también es preciso resaltar que a los fines de demostrar la alegada violación de las garantías constitucionales señaladas, era necesario que la recurrente expresara en su recurso cuáles eran los argumentos que se vio impedido alegar, como consecuencia de la falta de traslado de la presentación efectuada por los actores a fs. 1182/1185. Sin embargo, no fue así, y en sus agravios no se advierte ningún fundamento válido que tenga la entidad suficiente como para cambiar el sentido de la decisión de la Cámara: (v. en ese mismo sentido, STJRNS1 - Se. N° 79/08, in re: “S., C. s/Queja”). Lo que se observa, es que se circunscriben a señalar la omisión de sustanciar la mencionada pieza procesal, pidiendo la nulidad de la sentencia por el mero

incumplimiento formal.

Además, no pasa inadvertido que la cuestión a dirimir se circunscribe al daño moral, y que el mismo se tiene por acreditado por la sola comisión del acto antijurídico y surge inmediatamente de los hechos mismos (*in re ipsa*). A partir de dicha premisa, no se advierte cual defensa se vio impedida de ejercer la actora, máxime aún cuando de autos surge -cuestión no controvertida- que el fallecimiento del señor Rodríguez Marín se produce luego de un período de convalecencia, ya que el accidente lo dejó parapléjico con una incapacidad parcial y permanente del 92,73%.

Decisión: Por lo expuesto, adhiero al voto del doctor Barotto, en cuanto considera que la sentencia de Cámara no ha incurrido en ningún desacierto jurídico como intenta demostrar el recurrente y que por lo tanto corresponde el rechazo del recurso sub examine. MI VOTO por la NEGATIVA.

A la misma cuestión la señora Jueza doctora Liliana Laura Piccinini dijo:

ADHIERO en un todo a la solución propuesta en los votos de los doctores Barotto y Apcarian, VOTANDO en IGUAL SENTIDO.

A la misma cuestión la señora Jueza doctora Adriana Cecilia Zaratiegui dijo:

Atento a la coincidencia de los votos de los doctores Barotto, Apcarian y Piccinini, ME ABSTENGO de emitir opinión. ///.-

///.-A la segunda cuestión el señor Juez doctor Sergio M. Barotto dijo:

Por las razones expuestas al tratar la primera cuestión, propongo al Acuerdo: I) Rechazar el recurso de casación interpuesto por el Apoderado de la Fiscalía de Estado de la Provincia de Río Negro a fs. 1248/1256. II) Imponer las costas a la recurrente perdedora (art. 68 del CPCyC.). III) Regular los honorarios profesionales por sus actuaciones en esta instancia extraordinaria, a los doctores Francisco M. López Raffo y Arturo Enrique Llanos -en conjunto-, en el 25%; a los doctores Marcelo A. López Alaniz, Rubén Hiza Vila y Carlos Horacio Nielsen -en conjunto- en el 30%; todos a calcular sobre los honorarios regulados a cada representación, por sus actuaciones en Primera Instancia (art. 15 L.A). ES MI VOTO.

A la segunda cuestión el señor Juez doctor Enrique José Mansilla dijo:

Por las razones expuestas al tratar la primera cuestión propongo al Acuerdo: I) Hacer lugar parcialmente al recurso de casación -punto VI del libelo recursivo- interpuesto por el Apoderado de la Fiscalía de Estado de la Provincia de Río Negro a fs. 1248/1256 y, en consecuencia, declarar la nulidad parcial -únicamente en lo que respecta al daño moral reclamado “iure proprio”-, de la sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo

Civil, Comercial y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial obrante a fs. 1203/1220 y su aclaratoria de fs. 1221 y vta. II) Remitir las actuaciones al Tribunal de origen para que, previa sustanciación de la presentación de fs. 1182/1184 y con distinta integración, dicte nuevo pronunciamiento ajustado a derecho (art. 296, inc. 3° del CPCyC.). III) Imponer las costas de esta instancia por su orden, atento a como se resuelve la cuestión (art. 71 del CPCyC.). ASI VOTO.

A la misma cuestión los señores Jueces doctores Ricardo A. Apcarian y Liliana Laura Piccinini dijeron:

ADHERIMOS a la solución propuesta en el voto del doctor Barotto, VOTANDO en IGUAL SENTIDO.

A la misma cuestión la señora Jueza doctora Adriana Cecilia Zaratiegui dijo:

ME ABSTENGO de emitir opinión (art. 39 L.O.)

Por ello,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

RESUELVE:

(POR MAYORIA) ///.-

///10.-

Primero: Rechazar el recurso de casación interpuesto por Apoderado de la Fiscalía de Estado de la Provincia de Río Negro a fs. 1248/1256 de las presentes actuaciones.

Segundo: Imponer las costas a la recurrente perdidosa (art. 68 del CPCyC.).

Tercero: Regular los honorarios profesionales por sus actuaciones en esta instancia extraordinaria, a los doctores Francisco M. López Raffo y Arturo Enrique Llanos -en conjunto- en el 25%; a los doctores Marcelo A. López Alaniz, Rubén Hiza Vila y Carlos Horacio Nielsen -en conjunto- en el 30%; todos a calcular sobre los honorarios regulados a cada representación, por sus actuaciones en Primera Instancia (art. 15 L.A).

Cuarto: Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvanse. FDO. SERGIO M. BAROTTO JUEZ - ENRIQUE J. MANSILLA JUEZ - EN DISIDENCIA - RICARDO A. APCARIAN JUEZ - LILIANA LAURA PICCININI JUEZA - ADRIANA CECILIA ZARATIEGUI JUEZA - EN ABSTENCION (ART. 39 L.O.) - ANTE MI: WENCESLAO ARIZCUREN SECRETARIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA.

TOMO: I

SENTENCIA Nº 89

FOLIO Nº 319/328

SECRETARIA: I