



Colegio de Abogados del Departamento Judicial de Dolores.

Belgrano N° 160 - 7100 Dolores (Bs. As)- Tel-Fax: (02245) 441592 / 441990 / 446343

Pagina web: www.colabdol.com.ar E mail: colabdol@speedy.com.ar

CIRCULAR N° 1033/04

UNREGISTERED

Created by Unregistered Version

Dolores, 03 de diciembre de 2.004.-

REF: “ Reconocen indemnización a concubina ”.-

La Cámara Civil y Comercial de Mar del Plata ordenó indemnizar a la concubina de un hombre que falleció a raíz de un accidente de tránsito. Para el tribunal el rechazo indemnizatorio se asemejaría más a una sanción que a una adecuada respuesta del derecho de daños desechando de este modo la aplicación del art. 1078 del Código Civil por resultar lesivo de derechos fundamentales.

REGISTRADO BAJO EL N° 750 F°
N°127706 y 127707. Juz. n°10, sec.10.-

///en la ciudad de Mar del Plata, a los 23 días del mes de noviembre del año dos mil cuatro, se reúne la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Sala Segunda, para acordar y emitir a efectos de dictar sentencia única en autos: "**R. S. E. C/ BUSTOS ESTEBAN S/ DAÑOS Y PERJUICIOS**" y "**A. A. A. C/ BUSTOS ESTEBAN Y OTRA S/ DAÑOS Y PERJUICIOS**", habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los arts.168 de la Constitución de la Prov. y 263 del Código Procesal, resultó del mismo que la votación debía ser en el orden siguiente: Dres. Rafael Felipe Oteríño y Nélida I.Zampini.

El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes.

CUESTIONES

1a) ¿ Es justa la sentencia de fs.921/38 y 798/815.?

2a) ¿ Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LA PRIMERA CUESTION EL SEÑOR JUEZ DR.OTERÍÑO DIJO:

I) Dicta sentencia el señor juez a-quo haciendo lugar a la demanda promovida por A. A. A. , por sí y en representación de su hijo menor de edad L. S. , y a la deducida por S. E. R. , por sus hijos N. E. , M. S. y G. G. S. , contra Esteban Antonio Bustos y "OCA S.A." y condenando, en consecuencia, a estos últimos, solidariamente con "Omega Cooperativa de Seguros Limitada", a pagar a las reclamantes las sumas de \$ 102.800.- y \$ 45.000.-, respectivamente, más intereses y costas.

Se trata de las acciones indemnizatorias deducidas por la concubina, en el primer caso, y la cónyuge divorciada, en el segundo, de C. A. S. , padre de los menores nombrados, quien falleciera a raíz del accidente de tránsito ocurrido el 8 de julio de 1997, a las 6,45, en la ruta 226, a la altura del kilómetro 7, al ser embestido, circulando al mando de su Fiat 600, por la camioneta F 100 conducida por Bustos y de propiedad de "OCA S.A.", que, a gran velocidad, lo alcanzó en su parte posterior y lo arrastró durante una extensión de treinta cinco metros.

Encontrados los demandados objetivamente responsables del accidente, sin que mediara acreditación de culpa alguna de la víctima en los términos de lo prescripto por el art. 1113, segunda parte, del C.Civil, procede el juzgador a determinar la naturaleza e importe de los daños, en los siguientes términos: a.-para A. A. A. : 1º.-por daño material en razón de la privación de asistencia o cooperación económica: \$ 72.000.- (\$ 24.000.- para ella y \$ 48.000.- para los cuatro hijos, a razón de \$ 12.000.- para cada uno); 2º.-por daño moral: \$ 30.000.- (\$ 15.000.- para la reclamante y \$ 15.000.- para su hijo L.); 3º.-por daño emergente por destrucción del Fiat: \$ 800.-; b.-para S. E. R. : por daño moral de sus tres hijos: \$ 45.000.- (\$ 15.000.- para cada uno).

La sentencia es apelada por A. A. A., quien se disconforma del fallo únicamente en lo referido a la indemnización del daño material por privación de la vida de su compañero, señalando que S. , de 34 años, revistaba como Cabo 1º en la Policía de la Provincia, con una antigüedad de diez años y un sueldo de \$ 751,66 mensuales al momento de su fallecimiento, y con toda una carrera en el futuro, que podría haber cumplido de no mediar el hecho, y cuyo cargo más alto habría sido el de Suboficial Mayor.-

Y es también apelada por la parte accionada, quien expresa agravios: 1º.-por la responsabilidad atribuida a su parte, a espaldas -señala- de la sentencia absolutoria dictada en sede penal, recalando que Bustos conducía la camioneta a velocidad reglamentaria, en tanto que la víctima lo hacía a una velocidad mínima y sin elementos de seguridad como lo es el apoyacabezas, lo cual configura su culpa; 2º.-por la indemnización del daño moral a la concubina, en contra de lo dispuesto por el art. 1078 del C.Civil; 3º.-por el elevado monto (\$ 72.000.-) fijado en concepto de daño material por privación de la vida, que -a su criterio- no se ajusta a los ingresos del fallecido; 4º.-por el elevado monto del daño moral fijado para los tres hijos del primer matrimonio.

II) Consideración de los agravios.

Por razones metodológicas, se considerarán en primer lugar los correspondientes a la parte accionada.

Primero: por la responsabilidad.

No le asiste razón.

La sentencia absolutoria dictada en sede penal no impide examinar la responsabilidad de la parte en el juicio civil (conf. art. 1103 y nota del C.Civil), máxime si, como en autos, ni la existencia del hecho ni el protagonismo del demandado Bustos han sido puestos en duda, por lo que no habría lugar, de manera alguna, a sentencias contradictorias.

Esto es así, pues la responsabilidad penal y la civil no se confunden, ya que se aprecian con distinto criterio, de donde se tiene que un hecho declarado existente en sede penal pueda dar lugar a una absolución en dicho ámbito y, contemporáneamente, prestar mérito a una condena indemnizatoria en razón de la responsabilidad civil extracontractual (conf. CC0102 MP 102474 RSI/453/97 I 29/5/97; 107066 RSD/428/98 S 9/12/98).

En este caso, por lo demás, el juzgador ha sido claro en fundar su condena en la imputación objetiva dada por la condición de embistente y causante del daño del vehículo de la accionada, sin que mediara culpa total o parcial de la víctima, toda vez que la circunstancia de circular ésta a menor velocidad no configura de plano una conducta reprochable, como tampoco lo es el hecho de no contar el vehículo conducido con apoyacabezas.

Con cita, pues, del art. 1113, segundo párrafo, del C.Civil, propicio el rechazo de la apelación a este respecto. -

Segundo: por la indemnización del daño moral de la concubina.

En este caso particular, parece atendible la pretensión, dado el hecho de haberse tratado de una relación de convivencia estable, prolongada en el tiempo, con un alto grado de certeza sobre su proyección futura, a partir de la cual se compartió no sólo el hogar sino la vida en todos los aspectos, y cuyo fruto ha sido el hijo nacido de ambos, que es criado por la reclamante conjuntamente con los otros hijos del anterior matrimonio de la víctima.

Pero esto exige algunas consideraciones, dado el valladar constituido por la prescripción del art. 1078 del C.Civil, en cuanto limita la acción únicamente a los herederos forzosos.

En primer lugar, ha de partirse del paulatino reconocimiento que viene teniendo el status de la concubina en cuanto al reclamo del daño patrimonial sufrido a consecuencia de la muerte de su pareja, tanto sea a título indemnizatorio como previsional, y en cuanto a extensión de la obra social, derecho a continuar la locación de la vivienda, etcétera (conf.S.C.B.A.,Ac.75617, 19/2/02; Ac.79161, 7/5/2003; CC0102 MP 112131 RSD/00 S 29/6/2000; CC0102 MP 89356 RSD/124/94 S 5/4/94; Cám.Civ.Com.1a., Sala 3a.,La Plata, 242.365, 19/8/04; leyes nros. 23.226, 23.570, 24.241; arts.1077, 1079 del C.Civil y 9º de la ley 23.091).

En segundo lugar, porque parece injusto que, tratándose de la muerte de la persona con quien se ha estado unido por lazos de afecto, el daño moral y la consecuente indemnización pueda ser presumido en caso de matrimonio y negado a quien, por no mediar la institución matrimonial, se encuentra en iguales condiciones de convivencia estable y de formación de una progenie.

En tercer lugar, porque el rechazo indemnizatorio, en este caso, se parece más a la sanción a una conducta que de hecho no la tiene -la convivencia sin matrimonio- que una adecuada respuesta en orden al derecho de daños (conf. arts. 18 y 19 de la Const. Nacional).

En cuarto lugar, porque la limitación de marras choca con el criterio imperante en materia de daños -reparación plena e integral de quien ha sufrido un daño injusto-, que se encuentra profusamente abonado en nuestra legislación, doctrina y jurisprudencia, a partir de inequívoca normativa: arts. 1068/9, 1071 bis, 1077, 1078, 1a.parte, 1079, 1080, 1083, 1084/5, 1109 y sigts. y concds. de C.Civil.

En quinto lugar, porque la finalidad de la ley de restringir el cupo de legitimados, atendible "prima facie" para no multiplicar el número de los reclamantes, no puede llegar al extremo de desconocer el explicable dolor de quien, al igual que el cónyuge supérstite, también ha visto zozobrar su patrimonio espiritual, con clara afectación de los valores paz, seguridad, tranquilidad, justicia.

Conforme a estos criterios, la Cámara Nacional Civil sostuvo la legitimación de la concubina para reclamar la lesión psíquica, por constituir una especie de incapacidad sobreviniente, entendiéndose, desde la esfera de la doctrina, que con ello no se ha hecho más que reconocer una solución axiológicamente valiosa: el derecho de la nombrada a un resarcimiento por daño moral (conf. CNCiv, sala J, dic.11/97, con nota de Agoglia, Boragina, Meza, en "L.L.", 2/9/98, pág. 6).

En la misma dirección, el Tribunal Colegiado Extrac. de Santa Fe nº 1, 2da. Sec., historiando la evolución de la doctrina y jurisprudencia y aspectos puntuales de la litis, ha admitido la indemnización en examen, con fundamento en criterios de reparación integral y en el hecho de no existir una prohibición expresa de la pretensión, lo cual habilita, a su criterio y en la medida de la prueba, el otorgamiento de la indemnización por daño moral (conf. expte. 241, fº300, año 1989, res.107, fº 378/98, t.49, en "Revista de Derecho de Daños", 2001/2, Rubinzal Culzoni Editores, pág. 341 y siguientes).

Tal es, asimismo, la dirección que impera en la doctrina (conf. Zavala de González, Matilde, "Resarcimiento de daños", 2a, nº88, pág.392 y sigts.; 2b, º165, pág.553; Gandolla, J.E., "El daño moral por muerte del concubino", pág.217,, en "Daño moral", Rev.Derecho de Daños, edit. Rubinzal-Culzoni; "Jornadas sobre Temas de Responsabilidad civil en caso de muerte o lesión de personas", Dictamen "A", Rosario, 1979; "Jornadas de Derecho Civil de San Juan", 1984).

Mas, como queda dicho, el escollo constituido por la norma de aplicación es contundente, en cuanto le niega acción a la concubina -que no es heredera forzosa- para reclamar indemnización por daño moral, toda vez que el interés jurídicamente protegido depende de pautas normativas que a la nombrada, como regla, no la asisten (conf. CC0102 MP 89356 RSD/124/94 S 5/4/94).

Así lo han entendido Bossert, G. (conf. "Régimen jurídico del concubinato", nº 143, pág. 166), Kemelmajer de Carlucci, E.R. ("Legitimación activa para reclamar daño moral...", "E.D.", t.140, pág. 895), partiendo de la lectura de una norma que, conforme al axioma "Ubi lex non distinguit, nec non distinguere debemus", no admite otra interpretación fuera de la que su sentido literal indica: "si del hecho hubiera resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos".

Ahora bien, tomando palabras de la jurista mendocina al decir que las situaciones de hecho no son, para el Derecho Privado, una cuestión ni cualitativa ni cuantitativa (S. Sucesiones", Revista de Derecho Privado y Comunitario, edot. Rubinzal-Culzoni, pág.31), y repensado el tema a la luz de la actual realidad social, el suscripto comprende que la solución legal es, en este caso particular, disvaliosa, pues con un fundamento apodíctico, priva de la indemnización a quien, en un nexo causal con el obrar ilícito imputado al demandado, da muestras de la existencia de un menoscabo espiritual.

Esta limitación atenta contra la noción de familia, que conceptualmente excede a la constituida desde bases matrimoniales, puesto que comprende también a la que, originada en una unión de hecho, esto es, sin estar constituida legalmente, funciona como tal en la sociedad (Bossert, G., ob. cit.; Bossert-Zannoni, "Manual de derecho de familia", nº2, pág.5 y sigts.; voz "Familia", en Enciclopedia Juríd.Omeba, XI, pág.978; Grosman, C.P., "Alimentos a los hijos y Derechos Humanos", edit.Universidad, pág.161).

Por eso, a la luz de los hechos y circunstancias mentados, cabe concluir que el precepto resulta inaplicable en el particular, por resultar lesivo de derechos fundamentales y garantías de raigambre constitucional, como lo son la protección integral de la familia y la igualdad ante la ley, en la certidumbre de que la muerte del compañero ha conculcado en la concubina un derecho legítimo, proveniente de su emplazamiento existencial y suficientemente acreditado a partir de la relación estable y prolongada mantenida con la víctima y de la crianza de sus cuatro hijos (uno, hijo de ambos, y los otros tres del anterior matrimonio de aquél).

Tal es la solución extrema que cabe aplicar en el caso, buscando realizar un análisis de compatibilidad y armonización entre el texto de la ley y los derechos reconocidos en la Carta Magna.

Así lo ha entendido la Corte Suprema de la Nación y otros Tribunales Superiores de Provincia (S.C. Mendoza, 20 de diciembre de 2000, "Telefónica de Argentina c/ Provincia de Mendoza", voto de la Dra.Kemelmajer de Carlucci; S.C.B.A., Ac. 32.771 del 21/9/84; Ac.32.770 del 7/8/84, en DJBA 127, 382, entre otros).

Para cumplir ese cometido, se ha de buscar una interpretación "valiosa" (C.S.N.; El Derecho, T. 117-579) que atienda a la realidad del precepto y a la voluntad del legislador, en función integradora de esa ley con el ordenamiento jurídico restante y los principios y garantías de la Constitución Nacional y Provincial, reparando en su razonabilidad e

inteligencia (del voto del Dr. Galdós, en fallo Plenario Cám. de Ap. de Azul: "Credi Paz S.A. c/ Foulkes, Mariana Andrea s/ ejecución", del 22/11/20, pub. en Boletín Judicial N° 24.437; 24.438; 24.439; 24.440).

Con ese rumbo, se evita darle a la ley un sentido que ponga en pugna disposiciones, al tiempo de adoptar el que las concilia y les deja su valor y efectos (Cám. Nac. de Comercio, sala A, 28/6/1999, pub. en La Ley, año 2000-A, 211-99.876; Cám. Civil y Comercial Mar del Plata, Sala II, causa 119431 RSD 55 del 7-3-02; Sagués; "La interpretación judicial de la Constitución", págs. 175 y 195).

En razón de lo expuesto, propongo la admisión del reclamo indemnizatorio de la concubina, con la consiguiente confirmación del decisorio de primera instancia, fundamentado en los preceptos constitucionales de protección de la familia (arts. 14 bis, tercer párrafo, Const. Nacional; 17, 27 y conchs. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, "Pacto de San José de Costa Rica"; 10 y 23 "Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales y Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos"), igualdad ante la ley (art. 16 Const. Nacional) y doctrina emanada del art. 1079 del C.Civil, en cuanto sienta el principio general de responsabilidad civil y, a su amparo, amplía el espectro de los legitimados para reclamar por daño.

Tercero: por el elevado monto del daño material por privación de la vida (este agravio guarda relación con el deducido por A.A.A. , aunque en sentido opuesto, por su limitado monto, por lo que se resuelven ambos conjuntamente y en este apartado).

Dice la actora que el importe de \$ 72.000.- fijado en sentencia es exiguo, en tanto que la demandada sostiene que, por el contrario, es elevado.

Puesto en claro que se ha tratado de un agente policial de solo treinta y cuatro años y con una carrera expedita acaso por más de veinte años, ha de comprenderse que la expectativa de remuneraciones ha sido importante, aunque es necesario merituar, asimismo, que el propio agente hubiera gastado en forma personal, para su propia subsistencia, parte de esos dineros y que los hijos se irían independizando al tiempo de alcanzar su mayoría de edad (conf. arts. 163 inc. 5, 375, 384 del C.P.C.; 1067 y conchs. del C.Civil).

Por eso, a la luz de los elementos con que se cuenta, y conforme a un criterio amplio, que, sin desmedro de lo dicho, tenga en mira esa razonable evolución profesional y económica de la víctima, parece exiguo el importe fijado para los hijos, no así el determinado para la accionante por lo que en el de el scripto que es justo elevar la indemnización correspondiente a los menores hasta la suma más equitativa de \$ 15.000.- para cada uno.

De esta manera, propongo la regulación de la indemnización por el presente propósito y fijar, en consecuencia, el presente rubro indemnizatorio en la suma total de \$ 84.000.-, de los cuales \$ 24.000.- son para la demandante A. , \$ 15.000.- para el hijo de ésta L. S. , y \$ 45.000.- para los otros hijos, aquí representados por su madre S. E. R. (conf. arts. 163 inc. 5, 375, 384 del C.P.C.; 1067 y conchs. del C.Civil).

Es lo que propongo, con la consiguiente admisión de la apelación de la actora y el rechazo de la formulada por la demandada.

Cuarto: por el elevado monto del daño moral de los tres hijos del primer matrimonio.

Se ha fijado para los cuatro hijos la suma de \$ 15.000.- para cada uno, y esto con el objeto de indemnizar el padecimiento sobrevenido a raíz de la muerte cruenta de su padre. No parece elevado dicho importe, si se meritúa la zozobra que es dable inferir por la puesta en ciernes de valores trascendentes de la vida, como lo son la paz, la seguridad, la protección, representados por la figura del padre.

Propongo la confirmación de esta indemnización (conf. arts. 384 del C.P.C., 1078 del C.Civil).

Agravios de la actora A. .

Agravio único: por el exiguo monto del daño por privación de la vida.

Ha de estarse a lo dispuesto en el tercer agravio de la demandada.

Voto por la AFIRMATIVA.

La señora juez Dra. Nélide I.Zampini votó en igual sentido por análogos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTION EL SEÑOR JUEZ DR. OTERIÑO DIJO:

Corresponde confirmar la sentencia de primera instancia, con la sola modificación de la indemnización por privación de vida, que, en cuanto a los cuatro hijos de la víctima, se eleva a \$ 15.000.- para cada uno, haciéndose de tal manera lugar a la apelación de la actora y rechazándose enteramente la apelación de la demandada, con costas a cargo de esta última (conf. art. 68 del C.P.C.), difiriendo la regulación de los honorarios por lo dispuesto en el art. 51 de la ley 8904.

Así lo voto.

La señora juez Dra. Nélide I.Zampini votó en igual sentido los mismos fundamentos.

En consecuencia se dicta la siguiente.

SENTENCIA

Por los fundamentos expuestos, en el presente acuerdo se confirma la sentencia de fs.921/38 y 798/815, con la sola modificación de la indemnización por privación de vida, que, en cuanto a los cuatro hijos de la víctima, se eleva a \$ 15.000.- para cada uno, haciéndose de tal manera lugar a la apelación de la actora y rechazándose enteramente la apelación de la demandada, con costas a cargo de esta última (conf. art. 68 del C.P.C.), difiriéndose la regulación de los honorarios por lo dispuesto en el art. 51 de la ley 8904. Notifiquese personalmente o por cédula (art.135 CPC). Devuélvase.

RAFAEL FELIPE OTERIÑO NELIDA I.ZAMPINI
Secretario.

Dr. Alberto O. Belén.-
Secretario General.-

Dr. Adrián Rubén Lamacchia.-
Presidente.-