

En la ciudad de Mercedes, Provincia de Buenos Aires, a los 29 días del mes de noviembre del año dos mil trece, reunidos en Acuerdo Ordinario los señores jueces de la Sala Tercera de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial Mercedes, Provincia de Buenos Aires, **LUIS MARIA NOLFI y LAURA INÉS ORLANDO** con la presencia del Secretario actuante, para dictar sentencia en el **Expte nº 2.179, en autos caratulados: "SARRALLE MARIA LUJAN C/ COOPERATIVA DE ELECTRICIDAD JULIO LEVIN LTDA. DE AGOTE S/ DAÑOS Y PERJUICIOS".**

La Cámara resolvió votar las siguientes cuestiones de acuerdo con los artículos 168 de la Constitución y 266 del Código Procesal.

PRIMERA: ¿Es justa la sentencia dictada a fs. 389/394 y vta. en cuanto es materia de apelación y agravios?

SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

Practicado el sorteo de ley dio el siguiente resultado para la votación: Dres. Luis Maria Nolfi y Laura Inés Orlando (fs. 426 vta.).

Luego de sucesivos trámites, incluido el llamamiento de "autos para sentencia", tras el sorteo, quedó este expediente en condiciones de ser votado (ver fs. 423).

VOTACIÓN:

A LA PRIMERA CUESTIÓN

PLANTEADA, el Sr. Juez Luis María Nolfi dijo:

I.- LA SENTENCIA. A fs. 389/394 y vta. **FALLÓ:** Rechazando la demanda interpuesta por María Luján Sarralle, por sí y en representación de sus hijos F. N., D. M., I. N. y T. A. Chinchurreta contra Cooperativa de Electricidad Julio Levín Ltda.. de Agote y la citada en garantía, con costas a la actora vencida.-

Para ello, el a quo esencialmente consideró que la electrocución, causa de la muerte del concubino y padre de los actores, no se debió a la falta ni a la falla de controles por parte de la empresa de las cosas que tiene a su cuidado. Asegura que no existen evidencias acerca de ello.

Estimó que la responsabilidad por los daños y perjuicios padecidos por el señor Chinchurreta debe

ser dirimida de acuerdo a la regla del artículo 1113, párrafo segundo, segunda parte del Código Civil que consagra un factor objetivo de atribución.

Sostuvo que las fotografías y el croquis integrados a la causa penal, indican que la víctima fue encontrada fallecida, con un guante puesto, y cerca de él, una tijera de cortar alambre. Que la pericia producida por el ingeniero mecánico determina que la tijera observa en el corte central y en el izquierdo una melladura producto de haberse intentado cortar un elemento duro.

Indicó que el perito determina que el corte del cable de tierra constituye una acción peligrosa para quien la realiza sin los conocimientos técnicos adecuados.

Concluyó que la demandada acreditó que la causal plenamente exonerativa de su responsabilidad es el hecho de la víctima que interfirió en el nexo causal.

II. AGRAVIOS. La parte actora interpuso recurso de apelación a fs. 395. Fué concedido libremente a fs. 396.

En el escrito de fs. 413/416 y vta. expresa agravios el Dr. Ricardo Alberto Muller, apoderado de la parte recurrente.

Considera que siendo de aplicación el art. 1113 del CC, tal como se define en la sentencia apelada, es indudable que el dueño o guardián de la cosa riesgosa no ha acreditado evidencia que conlleve su irresponsabilidad.

Dice que el informe del perito Ingeniero Mecánico presentado en autos no fue debidamente valorado y afirma que fue interpretado fuera del contexto de las previsiones del art. 1113 del CC.-

Hace hincapié en la contestación al punto pericial A) 1 de fs. 314 cuando el experto aclara que la pieza de protección no se encontraba instalada al momento del hecho, conforme se desprende de las fotografías de la IPP. Es decir que las medidas de seguridad sobre el cableado no se encontraban al momento del accidente sino que fueron aplicadas con posterioridad al mismo.

Agrega que del exámen que el perito hace de la pinza cortacables se desprende que se pudo detectar alguna señal o algún signo de que en alguna parte de la misma haya influido algún arco voltaico que pudiera haber sido provocado al desvincular el conductor.

Dice que por otro lado, el perito se encargó de precisar que la bajada de cables del tendido eléctrico a través de caños de PVC no es suficiente

elemento de seguridad para la bajada a tierra, pues son fáciles de cortar y de ser destruidos.

Sostiene que no existe en el proceso evidencia alguna que exima de responsabilidad a la demandada, dado que no se ha acreditado que la pinza fuera de propiedad de Chinchurreta, ni que hubiera sido usada por él el día del accidente, ni que con ella se haya cortado el cable de bajada de luz, todo lo que deriva en hacer viable la responsabilidad objetiva de la demandada.

Pide en definitiva que se revoque el rechazo de la acción y se la admita.

El escrito de agravios ha sido replicado a fs. 418/420.

A fs. 422 dictaminó en autos el Asesor de Incapaces en función de la representación genérica de los actores menores, adhiriendo a la fundamentación de los agravios.

III. LA SOLUCIÓN.

1. Nuestro más Alto Tribunal ha decidido que los jueces no están obligados a analizar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino tan sólo aquellas que sean conducentes y posean relevancia para decidir el caso. (Fallos 258:304; 262:222; 265:301; 272:225; etc). En sentido análogo, tampoco es obligación

del juzgador ponderar todas las pruebas agregadas sino aquellas que estime apropiadas para resolver el caso. (Fallos 274:113; 280:3201; 144:611). Por tanto, me inclinaré por las que produzcan mayor convicción, en concordancia con los demás elementos de mérito en la causa.

En otras palabras, se considerarán los hechos que Aragonese Alonso llama “jurídicamente relevantes” (Proceso y Derecho Procesal, 1960, Ed Aguilar, Madrid. P 971, párr. 1527), o “singularmente trascendentes” como los denomina Calamandrei (“La génesis lógica de la sentencia civil”, en Estudios sobre el Proceso Civil”, p. 369 y ss).-

Está fuera de discusión que, el marco normativo de imputación de responsabilidad aplicable al suceso es el de responsabilidad objetiva que sienta la presunción de causalidad por el riesgo o vicio de las cosas (artículo 1113 segundo párrafo, segunda parte del Código Civil, arts. 261, 266 “*in fine*” del rito). Ahora bien, en el caso, versando sobre daños derivados de la acción de la energía eléctrica, es indudable no sólo que es cosa (arg. art. 2311 del C. Civ.), sino también su idoneidad riesgosa. En suma, siendo el resultado mortal por causa de la electrocución, ése es precisamente el factor de atribución legalmente instituido que hay que atender para el encuadre, análisis y solución decisoria.

La estimativa jurisprudencial dice:

“Los daños producidos como consecuencia del suministro de energía eléctrica deben encuadrarse en los supuestos de riesgo o vicio de la cosa previstos por el art. 1113 del Código Civil, y la empresa que lo suministra como dueña o guardiana hasta su consumo, debe extremar las precauciones para que el servicio público se lleve a cabo en las mejores condiciones posibles de seguridad, cuidando y supervisando que la cosa no ocasione daños a terceros, pudiendo eximirse de responder acreditando causa ajena, culpa de la víctima o un tercero o caso fortuito” (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C • F., N. G. c. Edesur S.A. • 13/03/2007 • JA 11/07/2007 , 54 • LLO • JA 2007-III , 148 • AR/JUR/2907/2007).-

“A los fines de establecer la responsabilidad de la empresa prestataria del servicio de energía eléctrica por el daño sufrido por una persona a causa de la energía, debe estarse a lo dispuesto en el art. 1113, párr. 2º, última parte, del Cód. Civil, pues la electricidad presenta una condición esencialmente riesgosa que somete a quienes la utilizan como dueños o guardianes a las consecuencias legales previstas en esa norma” (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 27/05/2003 Publicado en: La Ley Online, Cita Fallos Corte: 326:1673).-

2.-Por otra parte, es de considerar que, tal como he sostenido en otras oportunidades, toda conducta invocada como causal de eximición de responsabilidad en el sistema de atribución objetivo -hecho de la víctima como causal de interrupción total o parcial del nexo causal entre el actuar de la cosa y el daño producido-, debe ser rigurosamente estudiada, y debe surgir de manera inequívoca, clara y manifiesta de las actuaciones probatorias; que no haya duda alguna en el actuar de la víctima como interruptor de aquel nexo causal (art. 1113 y ccs. del ritual).

El Superior dice:

“El art. 1113 del Código Civil se refiere a la conducta de la víctima (como factor de interrupción total o parcial del nexo causal entre el hecho y el daño y, consecuentemente, con virtualidad para eximir en esa medida la responsabilidad) sin ningún tipo de connotación subjetiva. En otros términos, no es computable la intención motivante de la conducta; la norma se contenta con menos, pues le basta con que el intérprete juzgue que ese comportamiento tuvo eficacia para cortar el nexo causal. Si además, esa conducta significó o tradujo irresponsabilidad, negligencia, culpa, la asunción de un riesgo innecesario o no, son elementos inútiles para juzgar los supuestos de

liberación de la responsabilidad contemplada por el art. citado. En sustancia determinar la conducta de la víctima (sea cual fuere el rótulo que se le asigne) remite a una cuestión de hecho, ajena a la función de la casación salvo el supuesto de absurdo". (SCBA, Ac 75139 S 20-9-2000, SCBA, Ac 86433 S 1-9-2004, SCBA, Ac 89874 S 7-2-2007, SCBA, C 97830 S 11-2-2009, SCBA, C 101930 S 9-6-2010).-

3.- Allí entonces, el marco normativo aplicable al siniestro.

Corresponde ahora analizar la justeza o no del decisorio que determinó como acreditado en forma total una de las eximentes normativamente previstas, en el caso: la conducta de la víctima (art. 1111 del CC).

Creo que constituye un elemento con fuerza probatoria especial -en este caso-, el acta de procedimiento policial labrada a poco de sucedido el siniestro fatal y que luce incorporada a fs. 1/2 de la IPP por cuerda agregada. Vale recordar que "El acta policial, es un instrumento público en los términos del artículo 979, inc. 2 del Código Civil (art. 393 CPCC). Estando debidamente firmada por las partes y en presencia del funcionario policial, conforme a los artículos mencionados hace plena fe de los hechos cumplidos o narrados al referido funcionario (arts.

1027, 1029 y conc. del Cód. Civil). Dicho elemento prueba la verdad extrínseca del reconocimiento efectuado”. (DO 78437 RSD-102-3 S 27-3-2003).-

Refieren los agentes policiales instructores en el acta de mención, y lo revelan el croquis de fs. 3 y las fotografías tomadas en momentos de arribar al lugar del hecho (especialmente las de fs.32, 34, 35, 38), que sobre camino rural, con escasa población y edificación, al llegar el móvil policial, además de la víctima se encontraba el Sr. Rubén Alcides Sosa, quien momentos antes dio aviso de la situación a la policía (en el acto se retira, no siendo aquí ofrecido su testimonio como prueba), y que con posterioridad se acercaron al lugar operarios y el presidente de la empresa demandada.

Destaco este elemento, el arribo de la autoridad policial al lugar del hecho, y luego la llegada de los representantes de la aquí demandada, por la contundencia del escenario, material y elementos descriptos (art. 384 del CPCC).

Los agentes policiales relatan que al llegar al lugar advirtieron que de un poste colgaba un cable con electricidad, produciendo destellos de fuego que encendieron parte del pasto y que a unos siete metros se encontraba una persona de sexo masculino en posición de cúbito ventral sobre una zanja de poca profundidad; que a

los pocos minutos llegó una ambulancia constatando que la misma se encontraba fallecida.

Finalmente se destaca que en el lugar se encontró una pinza corta-cables, precisamente donde los pastos se quemaron por acción del cable cortado.

Respecto de cómo sucedió el hecho y el momento preciso en el que la víctima, Sr. Chinchurreta falleció por la descarga eléctrica (lo que se desprende de autopsia practicada en el marco de la investigación penal) sólo se cuenta con lo relacionado por el personal policial que arribó al lugar. La víctima se encontraba fallecida, el cable de bajada a tierra sobre el poste se encontraba cortado, había en el lugar una tijera o pinza apropiada para cortar cables o alambres gruesos, y los pastos en fuego.

La circunstancia de que los pastos se estuvieran quemando al momento del arribo policial no es un dato subalterno, pues es indicativo de la evidente simultaneidad en el corte del cable que adquiere electricidad (ver punto de pericia 3º de fs. 296) y la llegada de la policía al lugar, verificándose la existencia del cadáver en la zanja. Esto es, descarta claramente la posibilidad de que la víctima se haya aproximado a la escena (del cable cortado) con posterioridad.

Si a ello se suma, en el razonamiento que desarrollo, que en el lugar preciso se encontró una

pinza corta-cables, es evidente y concluyente que la conducta de la víctima contribuyó a su destino fatal. Una cosa es aprehender y respetar las máximas que estructuran la responsabilidad objetiva asentada en la teoría del riesgo analizando rigurosamente las causales de eximición de responsabilidad y otra cosa muy distinta y desenfocada es forzar una interpretación absurda en la apreciación probatoria que conspira contra la coherencia, la lógica, la razonabilidad y que deriva de las distintas formulaciones del absurdo desplegadas por el Superior (v. Causas Ac. 65.201, 76.034, 65.384, 64.511, 66.360, 70.878, 65.201, 63.245 entre otras. Ver: Roberto Berizonce-Cristina Logar : “ Doctrina actual de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires”, Rubinzal Culzoni, Santa Fé, 2004, ps. 260/262).

La perspectiva integral es otra de las consignas de la Corte en cuanto a que la causa y todas las circunstancias de persona, tiempo y lugar - pese a que aquí no se indague la culpabilidad-, deben ser estimados para concluir en una sentencia justa (art. 163 inc. 5º, 384 y ccs. del ritual, art. 1113 y ccs. del CC y arg. art. 512 del C. Civ.).

Dice la Corte:

“La prueba de indicios es una prueba indirecta por la que se llega a la convicción de la ocurrencia de cierto hecho a partir de la comprobación de otros hechos

diferentes, mediante una operación lógico-crítica (proceso inferencial) que se da en el espíritu del juez, y que encuentra su apoyo en la propia experiencia sobre cómo acostumbran a suceder los hechos, según el curso natural y ordinario de las cosas (para usar la expresión contenida en el art. 901 del Código Civil)". (SCBA, L 74535 S 16-5-2007).-

El hecho de la víctima como eximente de responsabilidad interfiere en el riesgo de la cosa de manera parcial y no total. Creo que el sistema de cableado no se ajustó a las normas de seguridad debidas y lo reafirma la circunstancia de que con posterioridad al suceso la demandada lo modificó asignando mayor protección a los cables de bajada a tierra, tal como lo revela el prreferido informe pericial rendido en autos (ver especialmente las fotografías de fs. 292 y párrafos 3º y 4º de fs. 294).

Ello en especial consideración de que el cable a tierra en cuestión, tal como lo ilustra el experto al responder el punto de pericia 3º de la parte demandada -fs. 296-, mientras no sea cortado ni desvinculado de la jabalina no transmite alto voltaje de corriente o electricidad y puede ser manipulado sin riesgo alguno, es decir de normal, las 24 hs. del día ese cable a tierra no lleva corriente o energía que ponga en peligro la vida, el riesgo está en su corte o desvinculación de la

respectiva jabalina, de allí la importancia de su debida protección y cubrimiento, lo que no cumple un simple caño de PVC.-

Tratándose de la responsabilidad prevista en el art. 1113, 2º párrafo, segunda parte del Código Civil, esto es, la que generan los daños provocados por el riesgo de la cosa, lo que corresponde indagar es si la conducta de la víctima ha contribuido o no causalmente a provocar el daño, interrogante al que ya respondí afirmativamente.

También definí que la contribución causal es parcial. Y examen de la causa me persuade y forma mi entera y sincera convicción de que la conducta de la víctima al haber usado una herramienta para materializar el corte de cables, no ignorando que se trataba de una conducta antijurídica y riesgosa, interrumpió la relación de causalidad entre la demostrada deficiente instalación eléctrica generadora y el daño.

Todo vicio entraña riesgo y es así pues que una adecuada protección tal vez hubiera prevenido e impedido el accionar de la víctima facilitado por la manifiesta factibilidad del corte que le produjo la muerte. Deberes de protección y seguridad que estaban a cargo del dueño o guardián de una cosa y de una actividad altamente riesgosas.

Es esencial para comprender la solución que propongo interpretar adecuadamente el informe pericial producido en autos por el perito ingeniero Gustavo Raul Vernieri (ver fs. 293/296 y vta. y fs. 314/315; conf. art. 474 del ritual).-

Considero que el mencionado dictamen pericial, es completo, coherente y científicamente fundado (arg. arts. 456 y 474 del rito), motivos por los cuales, no encuentro mérito para apartarme del mismo. Y ello es así porque la fuerza probatoria del dictamen pericial - reza el art. 474 CPCC- será estimada por el juez teniendo en consideración la competencia de los peritos, la uniformidad o disconformidad de sus opiniones, los principios científicos en que se funda, la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica y demás pruebas y elementos de convicción que la causa ofrezca. Agrego que el fundamento del mérito probatorio de la peritación radica en una presunción concreta de que el perito es sincero; que ha estimado cuidadosamente el problema sometido a su consideración y que ha emitido su concepto gracias a las reglas técnicas que aplica en forma explicada, motivada y convincente, de ahí que la credibilidad que al Juez le merezca depende no sólo de la experiencia del perito, sino de su preparación técnica sumada a la fundamentación del dictámen.

Ahora bien, el perito ingeniero mecánico dictaminó que desde el punto de vista de la higiene y seguridad industrial, deberían haberse extremado los recaudos para eliminar riesgos. Una protección que mejora sustancialmente la seguridad fue la hecha por la empresa protegiendo las bajadas del cable a tierra con una protección mecánica normalizada aunque, particularmente, agregaría algún cartel indicador del peligro de alta tensión que se encuentra también normalizado y cuya instalación advertiría del riesgo de manipular las bajadas de tierra. Posteriormente aclara que “esta pieza de protección no se encontraba instalada al momento del hecho”, conforme lo que se observa en las fotografías obrantes en la IPP labrada a raíz del hecho. (ver fs. 294 y vta., art. 474 del ritual).-

Dijo que podría haberse mejorado la instalación porque es necesario proteger y aislar las bajadas en forma mecánica (como se hizo con posterioridad al hecho fatal de marras) y, además agregó, advertir el riesgo con carteles cosa que resta realizar.

Además de ello la empresa debe verificar permanentemente la instalación y medir las puestas a tierra para observar si se encuentran dentro de los límites que fija el reglamento y que no hayan sido alteradas por evento alguno (ver fs. 295).-

Y lo que reta argumentalmente como definitorio es la conclusión siguiente: “el PVC protege de tensiones de contacto y no es suficiente elemento de seguridad para la bajada de tierra” (ver respuesta a punto 6 de fs. 295). Es que precisamente de las fotografías tomadas en la instrucción penal se advierte que dicho material era el que contaba la instalación al momento del hecho, por lo que por tal defecto es que entiendo que la responsabilidad por la muerte del Sr. Chinchurreta debe ser distribuida (art. 1113 del ritual).-

Sin pretender ser esto una transcripción íntegra de la pieza pericial, traigo a colación un pasaje esencial que dice: “Independientemente del sistema que se utilice, las medidas de seguridad pasan por dotar o hacer lo más dificultoso posible el deterioro de las puestas a tierra, especialmente las deliberadas con fines de hurto de cables, o acaso algunas veces para obtener una “cuarta” de emergencia y esto debe hacerse protegiendo mecánicamente las bajadas de los conductores con caños o perfiles de acero solidariamente unidos al poste” (ver párrafo 3º de fs. 294).-

En definitiva, la no adopción de las medidas de seguridad adecuadas en la instalación eléctrica al momento del siniestro (adecuada cobertura del cable de

bajada a tierra), favoreció y colaboró indudablemente al acaecimiento del daño. (arts. 1111 y 1113 del CC).

Me permito, dada la semejanza del cuadro de situación fáctico-jurídico con el presente, traer al discurso un precedente fallado por la Cámara Primera de Apelación, Sala Segunda de la Plata (causa 207.936 de fecha 16-4-91), con voto en la pluma del Dr. Nestor W. Vasquez, al que adhirió su colega Juan Carlos Rezzonico, sentencia que en lo que “aquí interesa” fue confirmada por la Suprema Corte en causa Ac. 47979, con primer voto del Dr. Negri.

En dicho antecedente pudo comprobarse (a raíz de la declaración de varios testimonios: lo que no obra en la especie), la intención de la víctima de hurtar cables que transportaban electricidad pero no sin desconocer la facilidad de acceso al lugar donde se encontraban (de acceso prohibido al público). Se condenó parcialmente a la demandada concluyendo que: “de haberse adoptado las medidas de seguridad necesarias se ha favorecido la existencia del hecho dañoso, por lo que se accede parcialmente al reclamo indemnizatorio”.

A la hora de tratarse el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en la Corte, la primera ponencia que hizo mayoría y que emitió el Dr. Negri, determinó que no mediaba incongruencia en el fallo ni en el

razonamiento al resolver, en cuanto por un lado se establecía la inadmisibile excusa de la víctima (que se coloca por sí sola en situación de riesgo, y aún en actuar ilegal: sin desconocer los motivos reales que la llevaron a ingresar al lugar en donde se produce el hecho), razonamiento que se integra válidamente con las reflexiones relativas a la “ausencia de las necesarias medidas de seguridad en el acceso a la instalación eléctrica”: de unas y otras deriva, luego, la responsabilidad objetiva del demandado y la parcial interrupción del nexo causal cuyos términos de incidencia define concordantemente la decisión.

Se concluyó: “No existe incongruencia en el fallo que estableció la culpa concurrente entre la víctima y los demandados si las razones que descartaron que la conducta de aquélla fue causa exclusiva del hecho se corresponden con las relativas a la ausencia de medidas de seguridad a cargo del responsable de la cosa con riesgo que produjo el daño”. (SCBA, Ac 47979 S 2-11-1993, Juez NEGRI (MA) CARATULA: Palavecino, Segundo Enrique c/ Fisco de la Provincia de Buenos Aires).-

Resulta claro que fue esencialmente valorada, a la hora de asignar responsabilidad objetiva a la demandada, la ausencia de medidas de seguridad que impidieran el acceso irrestricto al lugar de localización del

cableado (comprobado que la actora accedió al lugar con solo levantar una tapa o puerta de hierro sin candado o cerrojo). Derivo en consecuencia de la situación así juzgada una razonable analogía al caso cuyo enclave es la ausencia de protección y cobertura necesarias del cable de bajada a tierra, tal como opinó el perito ingeniero cuando afirmó que “simplemente se encontraba revestido de un caño de PVC” (sic). (arts. 384, 474, del ritual, arts. 1113 y ccs. del CC).-

Por tanto, la demanda debe admitirse parcialmente.

4.-Como viene perfilándose la argumentación es que corresponde aquí el tratamiento del pedido de exclusión de cobertura planteado por la citada en garantía a fs. 115 de su escrito de responde.

Lo cierto es que al respecto tal supuesta omisión no sirve como defensa frente a los aquí actores, terceros ajenos a la relación contractual con el demandado. Así tiene dicho la Corte local que “Las consecuencias derivadas de la omisión de denunciar el siniestro resultan claramente oponibles al asegurado; pero no ocurre lo propio con relación al tercero ya que la propia ley de seguros cuando regula la intervención de la aseguradora en cumplimiento de su garantía de indemnidad, claramente establece que puede oponer aquellas defensas

"anteriores al siniestro" y derivadas del contrato (art. 118, ley 17.418). La falta de denuncia de siniestro es una situación necesariamente posterior al siniestro y que, por lo tanto, queda marginada de la serie de defensas que la ley de la materia le permite oponer a la aseguradora". (SCBA, C 93507 S 26-8-2009, "Macías, Verónica Sara c/ Tártaro, Gabriel y otros s/ Daños y perjuicios").-

Por lo que en autos sólo cabe su desestimación como defensa frente a la parte actora (art. 118 de la ley 17418).

5.-Sobre la base de la argumentación que precede, propongo revocar la sentencia, y admitir parcialmente la demanda interpuesta en autos, eximiendo de responder al demandado y la citada en garantía en un 70% (arts. 375 y 384 del CPC). La demanda progresa en un **30 %** contra "Cooperativa de Electricidad Julio Levin Ltda. de Agote", y se hace extensiva, en la medida del contrato de seguro, a "Federación Patronal Seguros S.A". (art. 1113 del CC, y art. 118 de la ley 17.418).-

IV. INDEMNIZACIONES.

Atento la propuesta que formulo en el considerando precedente, pasaré a tratar a continuación cada uno de los rubros indemnizatorios pretendidos por la actora en el escrito inicial (art. 330 del CPCC).

En cuanto a la determinación de los rubros indemnizatorios, la doctrina legal del Alto Tribunal Provincial sostiene que es facultad privativa de los jueces de grado la elección de las pautas para determinar la indemnización por daños y perjuicios, conforme con los elementos de juicio aportados a su consideración habida cuenta que no se encuentran compelidos a adoptar fórmula matemática alguna. Esto es, que los jueces no se encuentra constreñidos a volcar cálculos matemáticos en sus sentencias, sino a ponderar circunstanciadamente los elementos de juicios que sirven de base a su decisión y que proporcionen los datos indispensables que permitan reconstruir las operaciones eventualmente realizadas o conocer concretamente cuál fue el razonamiento utilizado. Es más, en algún caso la Excma. Suprema Corte de Justicia Provincial ha llegado a descalificar expresamente el empleo de la formula matemática financiera para reparar el daño causado por incapacidad, señalando que con ese método no se respeta el principio de la reparación integral (Excma. SCJBA en las causas: **L 43.165**, sentencia dictada el 26 de diciembre de 1989 en los autos: “Giraldes, Héctor contra Laboratorios Bagó SA s/daños y perjuicios”, publicada en A y S 1989-IV-804; **L.43.458**, sentencia dictada el 15 de mayo de 1990 en los autos: “Farulla, Jorge Luis c/Subpga SACIEI

s/daños y perjuicios”, publicada en A y S 1990-II-129; y Sala Segunda de esta Cámara en **Expte. n°19.789** sentencia dictada el 15 de mayo de 2001 en los autos: “Vargas, Elías c/Lombarda, Diego s/daños y perjuicios”).

a) Valor vida.

La parte actora, concubina y madre de los cuatro hijos del occiso, Sra. Maria Lujan Sarralle y sus hijos D. (nacido el día 8-10-2003); I. (nacido el día 28-4-2004) T. (nacida el día 14-7-2006) y F. Chinchurreta (nacido el día 1-6-2001), solicitan la suma de \$ 340.000, de ellos \$ 200.000 para la concubina Sarralle y \$ 35.000 para cada uno de los hijos.

Respecto del denominado “valor vida”, la doctrina de la casación provincial ha dicho que la vida humana no tiene un valor económico en sí misma porque no está en el comercio ni se cotiza en dinero, y que lo que se denomina “valoración de la vida humana” no es otra cosa que la medición de la cuantía del perjuicio que sufren los que eran destinatarios de todos o parte de los bienes que el occiso producía, desde el momento que esa fuente de ingresos se extingue (S.C.B.A., Ac. 35.428 del 14/05/91, Ac. 41.216 del 21/05/91, Ac. 50.522 del 26/10/93)

El quid estriba en saber, cuál es el margen de certidumbre que se asigna a este evento

pronosticado como factible y que por causa del “*eventus damni*” no sucederá (Zannoni, Eduardo nos habla de “certidumbre de la probabilidad como tal”, en su obra “El daño en la responsabilidad civil “ , punto 1 de la pág. 52, Astrea, 1982).-

Entiendo que este requisito de pérdida efectiva de posibilidades no debe asimilarse ligeramente con el de pérdida definitiva, aunque de cualquier modo siempre el criterio que se siga debe pasar por el examen de la relación de causalidad, para poder conocer en definitiva, cuál es el grado de posibilidades y eso por supuesto es “compatible con la certeza desde la óptica jurídica” (Mosset Iturraspe, Jorge “ Frustración de una chance por error de diagnóstico”, La Ley, 1982-D-476).-

Por ello, lo que debe indemnizarse, es la “pérdida de chance” de la ayuda económica que el hijo pudiera haberle prestado a su progenitora, chance que, conforme la doctrina, es mayor cuanto más humildes son los progenitores y cuánto más avanzados en edad son, ya sea por las magras jubilaciones como por el deterioro de la salud. (Trigo Represas –López Mesa, “Tratado de la responsabilidad civil”, La Ley, 2004, Págs. 751/53)

El caso exhibe los siguientes detalles:

La víctima de autos, Miguel Marcelo Chinchurreta, contaba con 32 años de edad al momento del hecho, de estado civil soltero (v. fs. 7 causa IPP 29.216), de ocupación peón rural (ver fs. 223). Por otra parte, la actora, su concubina, se desempeña laboralmente en una confitería, tal como señalan los testigos del beneficio de litigar sin gastos, sus cuatro hijos todos menores de edad.-

Esta evaluación implica ciertamente un juicio de probabilidad resultante de un proceso conjetural, que desde un punto lógico y estricto es una estimación de daño probable, previsible, verosímil, anticipable como normal, regular o casi seguro, pero no seguro totalmente (Zavala de Gonzalez, Matilde “Resarcimiento de daños” en “Daños a la persona “, p 254, Ed. Hammurabi, 1991).

Por lo tanto, entiendo que es razonable fijarse la indemnización de esta partida lo requerido en la demanda, es decir la suma de **\$ 340.000** , modificando el reparto en la suma de **\$ 140.000** para la concubina y **\$ 200.000** para los hijos, suma que teniendo en cuenta el porcentaje de responsabilidad atribuido a la parte demandada (30 %), se reduce a la suma de **\$ 102.000 (pesos ciento dos mil)** (conf. arts. 165 tercer párrafo, 384 del rito; arts. 499, 1069, 1083 y ccs. del CC).

b) Daño Psicológico.

En primer lugar, cabe advertir que el daño, en nuestro régimen legal, sólo puede ser de dos tipos, patrimonial o extrapatrimonial, y que, en consecuencia, no existe un “*tertium genus*” que deba indemnizarse en forma autónoma (Trigo Represas - López Mesa, “Tratado de la responsabilidad civil”, T. IV, La Ley, 2004, p. 696 y ss.; voto del Dr. Roncoroni en L.81.159 del 27/11/02, D.J.J., año LXII, T. 164 N° 13.618 , p. 2936; y Ac. 77.461 del 13/11/02; concordantemente, en varios fallos, la S.C.B.A. ha sostenido la falta de autonomía del daño psíquico; v.g.: Ac. 58.505 del 28/04/98; ac. 64.248 del 8/09/98; Ac. 79.853 del 3/10/01, entre otras).-

Si bien en el plano de las ideas no se puede dudar de la autonomía conceptual que poseen las lesiones a la psiquis (el llamado daño psíquico o psicológico), cabe desechar en principio -y por inconveniente- que a los fines indemnizatorios ese daño constituya un “*tertium genus*”, que deba resarcirse en forma autónoma, particularizada e independiente del daño patrimonial y del daño moral, porque tal práctica puede llevar a una injusta e inadmisibles doble indemnización (SCBA C 100299 S del 11-3-09).

Configura un daño material en la medida que influya sobre las posibilidades económicas futuras del damnificado o lo afecten en sus actividades

sociales proyectándose sobre su vida individual (SCBA Ac. 52258 S del 2-8-94); en definitiva desde que dicho daño le haya dejado a la víctima una secuela o incapacidad, lo que en la especie no se desprende del informe pericial obrante a fs. 329/333 y aclaraciones de fs. 353/356 (conf. art. 384, 474 y ccs. del ritual).-

Consecuentemente, no corresponde el tratamiento autónomo del rubro daño psíquico.-

c) Daño Moral

1. Los actores solicitan la suma de \$ 100.000 para cada uno de ellos.-

Previo al tratamiento del rubro en sí corresponde tratar una cuestión -defensa- introducida por la demandada gananciosa en la instancia de grado, cual es la falta de legitimación de la concubina reclamante en atención a lo normado en el art. 1078 del CC.-

Es que corresponderá, en razón del resguardo del debido proceso y defensa en juicio (art. 18 CN) y a lo que en doctrina se denomina “apelación adhesiva”, tratar los argumentos y planteos que en el escrito postulatorio de defensa arguyera el ganador que obviamente no apelara.-

Así se ha dicho: “Ha dicho la Corte local que el ganador no está potenciado para incoar un

embate contra el fallo que en su parte resolutive no le causa agravio, pero si el vencido lo ataca, todas las defensas planteadas por él quedan sometidas a la Cámara, y deben ser tratadas inexcusablemente por ella, como si hubiera habido una "adhesión" de quien resultó ganancioso." (CC0002 AZ 36924 RSD-6-96 S 18-3-1996. Autos: Lucas, Francisco c / Recchia, Domingo s / Daños y perjuicios).-

Que en primer lugar corresponde dejar en claro, en cuanto al marco fáctico de interés, que el carácter de concubina de la víctima que detentaba la Sra. Sarralle al momento de ocurrir el evento dañoso que motiva esta litis, se encuentra debidamente acreditado en autos, y de las constancias obrantes en beneficio de litigar sin gastos, como así también que es la progenitora de sus cuatro hijos, lo que da cuenta también del carácter estable y duradero de la relación de hecho (arts. 384, 375 y ccs. del ritual).-

Allá por el año 2004 la Cámara Civil Marplatense había reconocido el derecho de una concubina a la indemnización del rubro en cuestión, es decir la compensación por el daño extrapatrimonial sufrido a raíz de la muerte de su pareja, destacando para ello, la estabilidad, durabilidad y proyección futura de la relación invocada.

Se dijo: “La negativa al reclamo del daño moral solicitado por la concubina 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”. (MP 127706 RSD-750-4 S 23-11-2004; LLBA 2005, 133).-

Asimismo: “La solución del art. 1078 del C.Civil es, en este caso particular (concubina), 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”.-

Ahora bien, sentado ello, es hora de traer a escena el criterio sustentado por nuestro máximo Tribunal local, respecto de la cuestión, en un precedente de reciente data, el que contó con la adhesión de cinco de los seis magistrados votantes. Se trata del Acuerdo 100.285 del 14-9-2011.-

Allí el Dr. Negri sostuvo al respecto: “si bien el nuevo texto del artículo bajo estudio, incorporado por el decreto ley 17.711, revela indiscutiblemente la

intención de evitar y a su vez contener, innumerables reclamaciones que podrían multiplicarse indefinidamente, aquella finalidad, no obsta a la necesidad y obligación de amparar situaciones que, por su naturaleza o particularidad, son pasibles de ser subsumidas no sólo en dicho precepto sino en el conjunto de normas que regulan el daño en nuestro ordenamiento”.

“En tal contexto, el legislador ha dejado incólume el principio general -todo daño debe ser reparado-; criterio imperante tanto en la doctrina como en la jurisprudencia; principalmente amparado y estipulado en los arts. 1068, 1109, 1077 y 1079 del Código Civil”.

Por su parte el Dr. Hitters dando paso al reclamo de daño moral de la concubina por el fallecimiento de su compañero de vida sostuvo, en lo que a mi criterio resulta central: “En cuanto al fondo de la pretensión aludida, es de recordar que de acuerdo con la doctrina legal de esta Corte la concubina carece de legitimación para reclamar el daño moral, porque el art. 1078 del Código Civil sólo habilita a los herederos forzosos de la víctima...” “...una nueva meditación en la materia a partir de una interpretación dinámica y humanitaria de la Carta Magna nacional y de la vivificante vertiente de los tratados internacionales y de la jurisprudencia trasnacional, me lleva a someter al citado precepto a un control de

constitucionalidad y de convencionalidad, de modo de verificar si resulta "razonable" la restricción de la legitimación de los partícipes en uniones sentimentales como las truncadas por el infortunio de marras, tomando como punto de partida los derechos de acceso a la justicia (arts. 18, Const. nac.; 15, Const. pcial.; 8 y 25, Convención Americana sobre Derechos Humanos); al respeto de la integridad física y moral (arts. 17, Const. nac.; 31, Const. pcial.; 5 y 21, Convención Americana sobre Derechos Humanos), al resarcimiento integral (conf. principio alterum non laedere, de raigambre constitucional: art. 19, Const. nac.; v. C.S.J.N., Fallos, 327:3753; 331:1488), a la protección de la familia (arts. 14 bis, Const. nac.; 36.1, Const. pcial.; 17.1 y 17.2, Convención Americana sobre Derechos Humanos) y a la igualdad ante la ley (arts. 16, Const. nac.; 11, Const. pcial.; 1.1 y 24, Convención Americana sobre Derechos Humanos; 2 y 26, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)".

"Lo que debe verificarse entonces es si esta limitación, la del concubino (o en su caso de la concubina) para reclamar el daño moral por la muerte de su pareja como dije- es o no razonable (arts. 28, Const. nac.; 30, Convención Americana sobre Derechos Humanos). Adelanto que, a mi juicio, no lo es".

“Se trata de modo desparejo a personas que a los efectos de la distinción (cualificación de la intensidad de la aflicción por razones objetivas) se encuentran en equivalente situación”.

“Estamos en presencia de razones objetivas, receptadas con distinta finalidad en diversos ámbitos de nuestro ordenamiento (vgr., previsional, asistencial, sucesorio, etc.), las que imponen reconocer y tutelar la legítima aflicción que produce la pérdida súbita de la persona unida a la accionante por vínculos sentimentales continuos y estables (estado conyugal aparente o de hecho), como el que resultara truncado por el trágico episodio que motiva estas actuaciones. En tal hipótesis, repito, desconocer legitimación al ser humano sobre el que pesa dicha profunda serie de padecimientos, resultaría una discriminación inaceptable (arts. 16, Const. nac.; 11, Const. Pcial...” (Del voto del Dr. Hitters en Ac. 100.285).-

Asimismo, de su lado el Dr. Soria concluyó “Sentado lo anterior, por las razones expresadas por el doctor Hitters en los puntos III.2), III.3.2) apartados "a", "b", "d" y "f" y IV.1 y 3) de su voto -al que adhiero en tal parcela- corresponde declarar inconstitucional el art. 1078 del Código Civil y acoger el reclamo en concepto de daño moral incoado por la pareja conviviente de la víctima fallecida. En efecto, la restricción cuestionada lleva insita

una desigualdad descalificable (arg. art. 16, Const. nac.) en punto al acceso jurisdiccional en procura de una tutela que el ordenamiento dispensa tanto a la familia matrimonial como la extramatrimonial”.

En tal sentido y siguiendo el criterio expuesto, el que -reitero- ha sido aceptado y adoptado por cinco de los seis Ministros intervinientes en el fallo, siendo que el Dr. De Lazzari no participa de la postura en cuanto al fondo del asunto por una cuestión procesal, y dándose en el sub-lite los presupuestos fácticos antes señalados en cuanto a la relación de hecho que mantenía la actora con la víctima (y en cuanto a las particularidades de la relación), es que corresponderá declarar la inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil respecto de la restricción impuesta al reclamo de la indemnización por daño moral por muerte de su pareja sufrido por la concubina (arts. 165 y ccs. del ritual, arts. 1068, 1083, 1078 y ccs. del CC y art. 16 de la Constitución Nacional. Esta sala III en causa nº 1.454 con voto del Dr. Violini al que adhiriera).-

2. Cabe señalar que el daño moral es la lesión a los sentimientos que determinan dolor o sufrimientos físicos, inquietud espiritual o agravios de las afecciones legítimas y; en general, de toda clase de padecimientos insusceptibles de apreciación pecuniaria

(Bustamante Alsina "Teoría General de la Responsabilidad Civil", página 205).-

Que en cuanto a la procedencia de la reparación en el "*sub examine*", es preciso tener en cuenta que, por la índole espiritual de este agravio, debe tenérselo por configurado "*in re ipsa*" por la sola producción del evento dañoso, ya que se presume -por el grado parental- la lesión inevitablemente profunda de los sentimientos. Es al responsable del hecho dañoso a quien incumbe acreditar la existencia de una situación objetiva que excluya la posibilidad de un daño moral (SCBA causa Acuerdo **82.395**, del 14- de diciembre de 2005).-

En función de ello, con vista a todo lo actuado, y considerando que los actores perdieron súbitamente a su concubino y padre, y que el dolor insoportable por la muerte imprime la idea de un innegable y profundo dolor espiritual, quedando trancos los más importantes proyectos vitales; resulta equitativo fijar para este rubro lo pedido en la demanda, es decir la suma de \$ 100.000 para cada actor, sumas éstas que deberán adecuarse al respectivo porcentaje de responsabilidad de la demandada (30 %), es decir asciende a la suma de \$ **150.000** (165 in fine, 375 , 384 y conchs. del CPCC, 1078 del CC).-

V.- TASA DE INTERES

La Suprema Corte de Justicia en la causa **Ac. 101774** del 21/10/09 (autos caratulados: "Ponce, Manuel Lorenzo y otra c/ Sangalli, Orlando Bautista y otros. s/ daños y perjuicios y recientemente en causa **Ac 107.724**, "González, Raúl Alberto contra Sidorín, Miguel y otro. Daños y perjuicios".del 5 de octubre de 2011), por mayoría ratificó su postura a favor de la aplicación de la tasa "pasiva" y, por lo tanto, al ser esta consolidada por el dictado de sucesivos pronunciamientos deviene su aplicación al caso de autos.

Asimismo, por razones de economía y celeridad procesal es aconsejable adoptar la doctrina legal del Máximo Tribunal Provincial, pues de no ser ello así se llegaría a similar solución en virtud del efecto que, a la postre, arrojaría la interposición de un recurso de inaplicabilidad de ley o doctrina legal, con el consecuente dispendio de actividad jurisdiccional que el mismo acarrea (art. 34 inc. 5 apartado "e", 278 conc. y coinc. del CPC).

Por ello, propongo la fijación de los intereses aplicando la tasa pasiva (Esta sala en causas 234, 331 y 366, 411 entre otras) desde la fecha del hecho (10 de septiembre de 2008), y hasta su efectivo pago.-

VI. COSTAS DE AMBAS

INSTANCIAS.-

En atención al resultado del recurso, y en el entendimiento que si bien se dejó establecido un grado de contribución causal de parte de la demandada de 30 %, estimo que lo relevante es que la demanda (acción promovida) prospera en el precipuo plano de la responsabilidad civil en la mayoría de los rubros reclamados, por lo tanto propongo que las costas de las dos instancias se carguen a la parte demandada vencida (arts. 68 y 274 del CPC).-

Por los fundamentos expuestas en los considerados precedentes, a esta primera cuestión **VOTO POR LA NEGATIVA.**

A LA MISMA PRIMERA CUESTIÓN:

La señora Jueza Dra. Laura Inés Orlando, aduciendo análogas razones, dio su voto también por la **NEGATIVA.-**

A LA SEGUNDA CUESTIÓN

PLANTEADA, el Sr. Juez Luis María Nolfi dijo:

En mérito al resultado de la votación que antecede, el pronunciamiento que corresponde dictar es:

1º) Revocar la sentencia apelada de fs. 389/394 y vta.; en consecuencia, hacer lugar parcialmente a la demanda interpuesta por Sarralle Maria Lujan por sí y en representación de sus hijos menores D., I.,

T. y F. Chinchurreta contra Cooperativa de Electricidad Julio Levin Ltda.. de Agote, estableciendo la responsabilidad en el hecho dañoso en un 30% a este último y, consecuentemente, condenando al demandado a abonar a los pretensores aludidos en el término de diez días de quedar firme la presente la suma de **Pesos Doscientos Dos Mil Quinientos (\$ 252.000)** con más los intereses en la forma indicada en el considerando V de la primer cuestión; haciendo extensiva la condena a la citada en garantía Federación Patronal Seguros S.A en los términos establecidos en el contrato de seguro vinculante con la demandada, difiriendo la regulación de honorarios para la etapa oportuna (art. 51 del dec. ley 8904/77)

2º) Imponer costas de ambas instancias a la parte demandada y citada en garantía en su condición de vencida.-

ASÍ LO VOTO.

A LA MISMA SEGUNDA CUESTIÓN, La señora Jueza Dra. Laura Inés Orlando, aduciendo análogas razones, dio su voto en el mismo sentido.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dictándose la siguiente

SENTENCIA

Mercedes, 29 de noviembre de 2013.-

Y VISTOS:

Considerando que en el Acuerdo que precede y en virtud de las citas legales, y jurisprudenciales, ha quedado establecido que la sentencia apelada no es justa.-

POR ELLO y demás fundamentos consignados en el acuerdo que precede **SE RESUELVE:**

1º) Revocar la sentencia apelada de fs. 389/394 y vta.; en consecuencia, hacer lugar parcialmente a la demanda interpuesta por Sarralle Maria Lujan por sí y en representación de sus hijos menores D., I., T. y F. Chinchurreta contra Cooperativa de Electricidad Julio Levin Ltda.. de Agote, estableciendo la responsabilidad en el hecho dañoso en un 30% a este último y, consecuentemente, condenando al demandado a abonar a los pretensores aludidos en el término de diez días de quedar firme la presente la suma de **Pesos Doscientos Dos Mil Quinientos (\$ 252.000)** con más los intereses en la forma indicada en el considerando V de la primer cuestión; haciendo extensiva la condena a la citada en garantía Federación Patronal Seguros S.A en los términos establecidos en el contrato de seguro vinculante con la

demandada, difiriendo la regulación de honorarios para la etapa oportuna (art. 51 del dec. ley 8904/77).

2º) Imponer costas de ambas instancias a la parte demandada y citada en garantía en su condición de vencida.

**REGÍSTRESE. NOTIFÍQUESE Y
DEVUÉLVASE.-**

**FDO. DR. LUIS MARIA NOLFI,
JUEZ. DRA. LAURA INÉS ORLANDO. ANTE MI CARLOS
LORENZO ILLANES SECRETARIO.-**