En Buenos Aires, a 11 días del mes de junio del año 2018, hallándose reunidos los señores jueces integrantes de la Sala “H” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, a los efectos de dictar sentencia en los autos “D. L. R. y otros C/ Fantástico Producciones S.A. y/o Fantástico S.A. y otros s/ Daños y perjuicios”, y habiendo acordado seguir en la deliberación y votado el orden de sorteo de estudio, el Dr. Fajre dijo:

I.- La sentencia de fs. 900/906 hizo lugar a la demanda entablada por R. D. L. por sí y en representación de sus hijos menores, Y. B. y T. G. M. D., y condenó concurrentemente a Fantástico Producciones S.A., que gira con el nombre de “Fantástico Bailable”, D. C. H. y a J. P. G. a abonar a la primera la suma de $110.560 y a cada uno de los menores la de $ 306.120, con más intereses y costas. Asimismo, acogió parcialmente la excepción de falta de legitimación activa deducida por Fantástico Producciones S.A. y D. C. H., con costas en el orden causado. Rechazó la demanda interpuesta contra Empresa de Seguridad e Investigaciones Conducta S.R.L. y la citada en garantía La Segunda Cooperativa limitada de Seguros Generales. Acogió la excepción de falta de acción articulada por Compañía de Seguros Norte S.A., declarando que la condena no podrá ejecutarse en su contra, con costas a cargo de Fantástico Producciones S.A. y D. C. H.

Contra dicho pronunciamiento apeló Fantástico Producciones S.A., cuyos agravios lucen a fs. 1058/1075, y fueron respondidos por la actora a fs. 1104/1106, y por Compañía de Seguros el Norte S.A. a fs. 1110/1113; por la actora, quien a su vez, expuso sus quejas a fs. 1082/1091, respondidas a fs. 1110/1113 también por Compañía de Seguros el Norte S.A., por Fantástico Producciones S.A., a fs. 1115/1119, y por D. C. H.a fs. 1120/1121 quien, a su vez, hizo lo propio a fs. 1093/1102, sin que sus quejas fueran respondidas. Finalmente, luce a fs. 1125/1131 la expresión de agravios de la Sra. Defensora Pública de Menores e Incapaces, que mereciera la respuesta de fs. 1133/1135 de parte de la Compañía de Seguros el Norte S.A.

II.- Previo ingresar en el análisis de esa causa, corresponde que fije el encuadre jurídico que habrá de regir esta litis, y atendiendo a la fecha en que tuvo lugar el hecho que la motivó, entiendo que resulta de aplicación al caso lo dispuesto la normativa contenida en el Código Civil, hoy derogado, por aplicación de lo dispuesto en el art. 7 del Código Civil y Comercial de la Nación, actualmente vigente, sin perjuicio de señalar, claro está, que a idéntica solución se arribaría aplicando al caso las normas pertinentes de este último cuerpo legal.

III.- Sentado ello, diré que según sostuvo la parte actora, el día 11 de febrero de 2006, B. M. F. junto con amigos, se encontraban en el local Fantástico bailable de la avenida Rivadavia 3469 y generado un incidente con personas de un llamado Grupo Abasto, en circunstancias que personal de seguridad empezó a pegar sin discriminar con cachiporras y bastones, el patovica J. P. G. le asestó un golpe en la región fronto parieto temporal, y lo sacó a la calle donde personal policial no le prestó asistencia, no llamó a la ambulancia, no intervino para identificar a los agresores y omitió comunicar esta novedad a sus superiores. Fue llevado a la casa de R. L.y, frente a su agravamiento fue trasladado al Hospital Penna donde fue operado y falleció el 14 de febrero.

La Segunda Cooperativa Limitada de Seguros Generales, junto a Empresa de Seguridad e Investigaciones Conducta S.R.L, a quien aseguraba, negaron los hechos constitutivos de la demanda y la intervención de esta última, ya que no se ocupaba del control dentro del establecimiento y su personal se encontraba en la entrada del local. Señala que P. G. quien golpeó a la víctima estaba bajo las órdenes del personal directivo del local a cargo de D. H. y Daniel Di Genaro.

Fantástico Producciones S.A. dedujo la excepción de falta de legitimación activa de la actora en carácter de concubina de la víctima y sostuvo no ser responsable porque G. no era empleado del local.

Compañía de Seguro del Norte S.A. articuló la falta de acción por inexistencia de cobertura de la codemandada Fantástico Producciones S.A. en relación a las lesiones o muertes producto de las peleas o riñas.

IV.- Previamente, me expediré acerca de los agravios de la codemandada Fantástico Producciones S.A. y D. C. H. relativos al rechazo de la excepción de falta de legitimación activa opuesta por ellos respeto de R. D. L.

Entienden que las pruebas a las que alude el a quo como suficientemente demostrativas del carácter de concubina de B. M. F., fueron constituidas con posterioridad a su fallecimiento. Por lo que consideran que no se encuentra acreditado en autos que la actora se encontrara conviviendo con el causante al momento de su deceso.

En cuanto a la falta de legitimación para obrar, diremos que ello acontece cuando el actor o el demandado no son las personas especialmente habilitadas por la ley para asumir tales calidades, con referencia a la materia concreta sobre la que versa el proceso (conf. Palacio, Lino, “La excepción de falta manifiesta de legitimación para obrar”, en Revista Argentina de Derecho Procesal, No 1, pág.78).

Así, la legitimación activa supone la actitud para estar en juicio como parte actora, con el propósito de obtener una sentencia sobre el fondo o mérito del asunto, que puede serle favorable o desfavorable; la legitimación pasiva se vincula con la identidad entre la persona demandada y el sujeto pasivo de la relación sustancial controvertida (Conf. Fenochietto-Arazi, “Código Procesal Comentado y Concordado”, Tomo 2, pág. 228).

En el caso, la cuestión radica acerca de la legitimación de R. D. L. para iniciar estas actuaciones tendientes a obtener una indemnización por el fallecimiento de quien en vida habría sido su conviviente, extremo que los incidentistas cuestionan.

Sobre el particular y con buen criterio, se ha sostenido que en casos como el presente, la legitimación para efectuar el reclamo no se funda en el carácter de concubino, sino que se origina en su condición de damnificada por el hecho ilícito, el que genera una obligación reparatoria en virtud de lo dispuesto en los arts. 1069, 1079 y 1109 del Código Civil, que no puede verse abolida por una circunstancia que no se encuentra prohibida por la ley y, por ello, resulta ser un extremo indiferente como presupuesto del daño resarcible. Por lo que queda en claro que la relación concubinaria no constituye un impedimento para la invocación del daño, pero tampoco constituye por sí misma un título resarcitorio ni genera presunción alguna de perjuicios de esa naturaleza. Por lo tanto el que reclama deberá acreditar la existencia del concubinato y que durante su vigencia el fallecido le prestaba asistencia económica con regularidad, de suerte tal que pueda inferirse que dicha colaboración hubiera continuado de no producirse el deceso (Conf. Areán Beatriz, Juicio por accidentes de tránsito, T. 4 A, pág. 300/301).

Como es sabido, este aspecto ha generado una ardua discusión en nuestro derecho, que finalmente ha quedado superada a partir del Fallo Plenario dictado por la Excma.Cámara de Apelaciones en lo Civil, el 4 de abril de 1995, in re : “F. María C. y otro C/ El Puente S.A.T. y otros S/ Sumario, ED, 162-650.

Allí fue acogida la aludida opinión, consagrándose la siguiente doctrina: “Se encuentran legitimados los concubinarios para reclamar la indemnización del daño patrimonial ocasionado por la muerte de uno de ellos, como consecuencia de un hecho ilícito, en tanto no medie impedimento de ligamen”.

La mayoría sostuvo que dicha interpretación no implica equiparar la concubina a la viuda, ni considerarla amparada por la presunción legal de daño que emana del art. 1084 del Código Civil, pero si se demuestra debidamente que vivía del auxilio y los recursos del muerto, ha de ser indemnizado en función de lo dispuesto por el art, 1079 del ordenamiento legal citado (Conf. Areán Beatriz, ob., cit., pág. 301 y fallos citados en notas No 155, 156, 157, 158, entre otros).

En síntesis y de acuerdo con ello, es claro entonces que en el caso, la actora deberá acreditar, no sólo su carácter de conviviente, sino además, y esto es lo trascendente para instar este reclamo, el perjuicio cierto y directo que el deceso de su compañero le ocasionó, es decir, que la falta de colaboración económica fehaciente con carácter de regularidad que recibía de éste, permitan concluir que habría continuado de no haber ocurrido el fallecimiento, toda vez que su derecho no emerge de su condición de tal, sino como simple damnificada.

Desde esta perspectiva diré que con la constancia de fs. 193, información sumaria de convivencia, que en copia certificada se acompaña, se acredita prima facie el carácter de conviviente de R. D. L. con B. M. F.

En efecto, ello es así por cuanto, contrariamente a lo sostenido en la pieza recursiva por Fantástico Producciones S.A., la sola manifestación articulada en el párrafo quinto del ap.III B, y luego en los agravios, sin haber deducido el correspondiente incidente de redargución de falsedad no solo no resulta suficiente para impugnar el aludido instrumento, sino que importa haber consentido su contenido.

Sabido es que no basta para cumplimentar ello con una simple manifestación, sino que, por el contrario, era requisito iniciar el correspondiente incidente a los efectos de poder atacar la idoneidad del instrumento acompañado (cfr. art. 993 del Código Civil derogado y actual art. 296 del Código Civil y Comercial de la Nación).

Los accionados no solo lo omitieron, sino que tampoco instaron a que el magistrado de grado proveyera dicho planteo como lo prueba el proveído de fs. 276 que nada se dispuso sobre dicha cuestión. Dicha carga recaía sobre los demandados en mérito de los principios procesales de preclusión y dispositivo. En mérito de ello no pueden ahora reeditarlo nuevamente en la expresión de agr avios si no lo hicieron en la etapa correspondiente de conformidad con los principios antes señalados.

Desde otro lado, debo señalar que habré de coincidir con mi colega de la instancia de grado en cuanto a que los extremos a los que alude en su decisorio, respecto de los que me remito brevitatis causae, y que no hacen más que corroborar lo que surge del mencionado instrumento, son, a mi modo de ver, determinantes para acreditar la calidad de conviviente de la actora, sin que los argumentos desarrollados por la agraviada me lleven a decidir lo contrario.

Me explico, la circunstancia de haber iniciado los trámites para acreditar dicha calidad con posterioridad al fallecimiento de quien en vida fuera B. M.F., en modo alguno sugiere por sí que no hayan convivido, sino que, muy probablemente lo haya hecho con el propósito de obtener los beneficios pertinentes.

Por todo ello, propondré al acuerdo la desestimación de los agravios y la confirmación de la sentencia en este punto.

V.- Pasaré seguidamente a analizar los agravios deducidos por los demandados con motivo de la condena pronunciada en su contra así como por el rechazo de la demanda respecto de Empresa de Seguridad e Investigaciones Privadas Conducta S.R.L.

Para así decidir, el Sr. magistrado de la instancia de grado, luego de efectuar una detallado análisis de la prueba producida en estos autos y en la causa penal, consideró que esta demandada, Fantástico Producciones S.A., había asignado las tareas de control y seguridad que se desarrollaban dentro del local “Fantástico bailable” en cabeza de J. P. G., condenado en sede penal como autor material de la muerte de B. M. F., por lo que la cuestión cae dentro de la órbita del régimen responsabilidad del principal por el daño causado por sus dependientes en los términos del art. 1113 primera parte del Código Civil derogado y 1753 del CCyC).

Con relación a la condena contra D. C. H., el Sr. magistrado adoptó igual temperamento, en cuanto al doble carácter de titular de Fantástico Producciones S.A. y de director del lugar, a quien no podía pasarle inadvertido el desempeño de P. G. cuando llevaba a cabo funciones de seguridad, por lo que resulta ser responsable por haber omitido observar una conducta ajustada a las exigencia de la situación, al haber permanecido inactivo y permitido la acción rutinaria del personal no habilitado al efecto.

Asimismo, eximió de responsabilidad y rechazó la demanda entablada contra Empresa de Seguridad e Investigaciones Privadas Conducta S.R.L. Consideró que el autor del homicidio no pertenecía a su organización, y su presencia en el salón de baile se justificó por su relación con Fantástico bailable S.A.Señala además el a quo que se reveló que en la práctica el control inmediato y ordinario del interior del local, en la pista de baile y en el momento en que se cometió el hecho ilícito no fue efectuado por personal de Empresa de Seguridad e Investigaciones Privadas Conducta S.R.L.

Finalmente, acogió la excepción de falta de acción deducida por Compañía de Seguros Norte S.A., en virtud de la exclusión de cobertura debido a que la agresión de J. P. G. hacia B. M. F. en sí misma no constituye un riesgo cubierto en las circunstancias en que fue concretada en el interior del local, en el salón de baile, con motivo de una riña de palabra o de obra.

Fantástico Producciones S.A. se agravia porque el a quo omitió en forma total y completa referirse a la reglamentación propia de funcionamiento de este tipo de lugares sancionada por el Decreto de Necesidad y Urgencia del GCBA N1/2005, sancionado luego de la tragedia de Cromañón que tiende a repartir responsabilidades sobre la base de las exigencias propias que se les aplica a este tipo de lugares y que detalla a continuación. Afirma, además, que no existe relación laboral entre el Sr, J. P. G. y Fantástico Producciones S.A., su accionar desaprensivo condenado penalmente, no fue como consecuencia de instrucción alguna, sino que actuó en su propio convencimiento ante una situación que el mismo describió como de legítima defensa. También se queja porque se eximió de responsabilidad a la empresa de seguridad Conducta S.R.L. por cuanto entiende que para ello se basó en las declaraciones de los Sres. T., B. y M., quienes resultaron ser 3 empleados de la empresa de seguridad del local especialmente contratada para tal fin, y que sus testimonios debieron ser analizados con suma rigurosidad. Asimismo se agravia por la eximición de responsabilidad de la Compañía de Seguros el Norte S.A., entiende que al haberse condenado a Fantástico S.A.debió hacerse extensiva la condena a la compañía de seguros, con fundamento en lo dispuesto por el aludido Decreto 01/05.

Los agravios de la actora en este aspecto, giran en torno de la eximición de responsabilidad de la empresa de seguridad, sobre la base de lo que surge de la cláusulas primera y décimo cuarta del contrato de locación de servicios celebrado entre Fantástico Producciones S.A. y Empresa de Seguridad e Investigaciones Privadas Conducta S.R.L. Al respecto esta parte sostiene que en ninguna de las cláusulas contractuales quedó establecido que esta empresa solo vigilaría la puerta, sino todo lo contrario de conformidad con los que surge de la cláusula primera, por lo que la empresa no podía desconocer lo que ocurría dentro del local. Refiere además a la aplicación al caso de la Ley de Defensa del Consumidor en tanto impone responsabilidad solidaria a todos y cada uno de los que componen la cadena de prestación de servicios.

Finalmente esta parte queja por no haberse extendido la condena a las aseguradoras Compañía de Seguros el Norte S.A. y a la Segunda Cooperativa Limitada de Seguros Generales.

Refiere que la cláusula de exclusión no alcanza la situación que aquí se debate, por cuanto B. no estaba participando de trifulca o riña alguna y ligó el palazo por la espalda en la nuca y que el mismo no iba dirigido a él sino a un tal Andrade.

Con relación a la Segunda Cooperativa Limitada de Seguros Generales, entiende que de condenarse a la empresa de seguridad debería hacerse extensiva la misma a su aseguradora.

El codemandado D. C. H., también se agravia por la condena impuesta en su contra. Señala que jamás revistió la calidad de titular, dueño o accionista de Fantástico Producciones S.A., sino la de presidente de la empresa. Agrega que la empresa no tuvo un precedente similar en 20 años de funcionamiento, que se encontraba ajustada a derecho de acuerdo con las disposiciones del GCBA.Señala que la seguridad estaba a cargo de la empresa Conducta S.R.L y que no tuvo participación en los hechos directa ni indirectamente, que tampoco fue guardián. Entiende que resulta ser un tercero y que no le cabe ningún tipo de responsabilidad.

También se agravia por el rechazo de la demanda respecto de Empresa de Seguridad e Investigaciones Privadas Conducta S.R.L., a cuyo fin se remite al contenido del contrato de locación de servicios de vigilancia privada y seguridad suscripto entre Fantástico Producciones S.A. y la mencionada empresa de seguridad.

VI.- Sentado ello, diré que ha sido acreditado que la agresión se produjo en el interior del local, y que como consecuencia de ello B. M. F. perdió la vida por el accionar de J. P. G.

Siendo ello así, indudablemente estamos ante un supuesto de responsabilidad contractual.

En efecto, el caso específico que nos ocupa, se ha dicho que quien concurre a una “disco” a estar con amigos, a hacer amistades, en definitiva, a distraerse, se relaciona jurídicamente con el proveedor del servicio, de modo que la responsabilidad civil por los daños padecidos por el asistente es contractual. El contrato contiene dos obligaciones: la principal, consistente en ofrecer el servicio prometido (música de determinada clase, venta de bebidas, iluminación, etcétera), y una accesoria de seguridad -art. 1198 del Código Civil- (Conf. Sagarna, Fernando Alfredo, “Daños causados por custodios privados – Responsabilidad de las discos por el hecho de sus dependientes”, LA LEY, 1999-E, 133).

Es claro entonces que el empresario organizador del espectáculo público, cualquiera sea su finalidad -deportiva, artística, cultural, musical, etcétera-, o quienquiera que asuma su organización, a título oneroso o gratuito, deberá responder en cada caso en que incumpla las obligaciones que pone a su cargo el contrato atípico que celebra con los espectadores asistentes (Conf. Alterini-Ameal – López Cabana,”Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales”, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, ps.764 y 765).

Por lo tanto, entre el espectador y el organizador se celebra un contrato de espectáculo público, y este último al brindarlo al público con fines de lucro, se compromete implícitamente a que nadie sufra daño a causa de ese hecho, en virtud de la cláusula de incolumidad que se entiende incorporada tácitamente a todo contrato en el que la suerte de la persona de uno de los contratantes que satisface una prestación, queda confiada a la otra parte. Sería inconcebible que el empresario pudiera desentenderse de ese deber de seguridad hacia el espectador, pues tal postura equivaldría al juego de una cláusula de exoneración inaceptable, ya que nadie puede obligarse y desobligarse simultáneamente (Conf. Llambías, Jorge, “Responsabilidad civil provenientes de accidentes deportivos”, ED, 47- 951).

En un caso similar al presente, con el voto preopinante de mi distinguido colega el Dr. Kiper, esta sala señaló que “Sabido es que en ciertos contratos, el deudor de la prestación principal (vendedor de mercadería, organizador de un espectáculo, empresa de transportes, dueño de local bailable, etc.), además de la obligación principal, asume lo que suele denominarse como “deber de seguridad” o de “indemnidad”, por el cual debe responder de los daños sufridos por la contraria, en el lugar en que se formaliza o perfecciona la relación jurídica (local comercial, sala de espectáculo, estadio, local bailable), cuando no haya adoptado las previsiones necesarias para evitar todo perjuicio en el curso del cumplimiento del acuerdo de voluntades. En mi opinión, como expuse al votar en la causa “Rodas Rojas, Cayetana v. Coto C.I.C.S.A.” (sent. Del 7/8/2006, JA 2007-I-223), y reiteré en la causa “Dioca, Roberto Gabriel c/Cencosud SA y otro s/daños y perjuicios” (sent. de setiembre de 2008) -pronunciamientos que resultan aplicables por analogía al caso que nos ocupa-, hubo una “relación de consumo” protegida por el art.42 de la Constitución Nacional, que generó para la demandada una obligación de seguridad dada por la necesidad de mantener en buen estado el lugar en el que se presta el servicio, que se refleja en una responsabilidad objetiva, de la que sólo puede liberarse acreditando la causa ajena. La obligación de seguridad asumida por la demandada exigía que el usuario o consumidor pudiera hacer uso del local y retirarse del mismo sin daño alguno (esta sala en autos “Tossi, Mauro Albis c/ Lounge Bistro S.A. y otro s/Daños y Perjuicios” Rec. No 618.726, 17 de junio de 2013).

Como puede advertirse, en casos como el presente está en juego una obligación tácita de seguridad, por la cual el deudor además de la prestación prevista en el contrato, debe velar para que no se cause daño a la persona o bienes del otro contratante. Es el primer principio que rige el cumplimiento de las obligaciones es el de buena fe del resultan los deberes de conducta, que exceden del propio y estricto deber de prestación, pero que encuentran su justificación en la propia estructura de la relación contractual en todas sus fases (Mayo Jorge A. “Sobre las denominadas Obligaciones de Seguridad”, LA LEY, 1984, B, 953 y sigtes.).

Ha sido definida como una obligación contractual expresa o tácita, anexa e independiente del deber principal, que existe en todo tipo de contrato y por la cual el deudor garantiza objetivamente al acreedor que no le causará daños en bienes distintos al que fuera concebido como objeto del negocio, como consecuencia del desarrollo efectivo de la prestación principal (Conf. Agoglia-Boragina-Meza, “Responsabilidad por incumplimiento contractual”, Ed. Hammurabi, p.172, Buenos Aires, 1993). También se ha dicho que es una obligación accesoria en virtud de la cual el titular o concesionario de una discoteca debe, además de un complejo de deberes primarios que se conjugan en la prestación principal prevista en el contrato (servicio de música, escenario para el baile y esparcimiento, suministro de bebidas, entremeses, bocadillos y otros tipos de comestibles), velar porque ni las prestaciones o servicios brindados, ni los objetos o dependientes suyos, ni la actividad, desórdenes y pasiones que genera el objeto propio de su quehacer comercial -y en el cual encuentra provecho y ganancias- provoquen daños en las personas o los bienes de sus clientes. Para el logro de ese fin debe adoptar todas las medidas razonables de custodia y vigilancia para prevenir y evitar, fundamentalmente, los daños a que sus clientes se encuentran expuestos por diversos sucesos (enfrentamientos entre grupos; grescas bilaterales; acciones de sujetos alcoholizados o con el entendimiento obnubilado, etcétera) que de forma bastante común se producen dentro del ámbito del local o en los sectores de ingreso o egreso del mismo (Conf. SC Buenos Aires, 2005/08/10, “Mandirola, Juan y otra c. Club Deportivo Alsina”, LLBA 2005 (noviembre), 1163, voto del doctor Roncoroni por la mayoría).

Prevalece en general la tendencia a ubicarla entre las obligaciones de resultado, en tanto el titular de la disco debe asegurar la salida de sus cocontratantes sanos y salvos (es decir en la misma forma que ingresaron al local). Y a este contrato le es perfectamente aplicable el art. 5 de la ley de defensa del consumidos 24.440 (Adla, LIII-D, 4125). Las cosas y servicio deben ser suministrados y prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios en tanto el titular de la “disco” debe asegurar la salida de sus cocontratantes sanos y salvos, esto es, en la misma forma que ingresaron al local (Conf. Sagarna, Fernando Alfredo, ob. cit.).

En el caso, el Sr.juez a quo entendió que se verificó un supuesto de responsabilidad del principal por el daño causado por sus dependientes en los términos del art. 1113 primera parte del Código Civil derogado y 1753 del CCyC), por lo que condenó a J. P. G., como autor material de la muerte de B. M. F. ilícito, a Fantástico Producciones S.A. por haberle asignado las tareas de control y seguridad que se desarrollaban dentro del local y a D. C. H. a quien, en su doble calidad de titular de Fantástico Producciones S.A. y director del lugar, no podía pasarle inadvertido el desempeño de P. G. cuando llevaba a cabo funciones de seguridad y eximió de responsabilidad a Empresa de Seguridad e Investigaciones Privadas Conducta S.R.L. por considerar que el autor del homicidio no pertenecía a su organización y que el control inmediato y ordinario del interior del local, en la pista de baile y en el momento en que se cometió el hecho ilícito no fue efectuado por personal de Empresa de Seguridad e Investigaciones Privadas Conducta S.R.L.

Esta sala ha sostenido que “El deber de seguridad implícito en el contrato de espectáculo constituye una obligación de resultado, que obliga antes, durante y después de concluido el espectáculo a que los asistentes no sufran daños en su persona o en sus bienes” (12/8/2005, “Díaz, Fernando F. v. DG Producciones S.A. y otro” ).

Por lo tanto, a la víctima le basta probar el daño sufrido y la relación de causalidad, pero no tiene necesidad de acreditar la culpa del organizador, la que es presumida por el solo hecho del incumplimiento contractual (Conf. Trigo Represas-Cazeaux, “Derecho de las Obligaciones”, Tomo 4, p. 322, CNCiv., Sala K, 14/11/2003, JA 2004-II, 467), de modo que el organizador o titular responsable, solo se eximirá de las consecuencias de su obligación contractual de resultado, demostrando una causa ajena interruptiva del nexo de causalidad:la culpa del espectador o la de un tercero por quien no debe responder o el caso fortuito.

Desde esta perspectiva, adelanto que los agravios de Fantástico Producciones S.A., así como los de D. C. H., no serán atendidos.

Me explico.

Como bien lo señala el Sr. magistrado de la instancia de grado, sobre la base de las declaraciones testificales rendidas en sede penal, ha quedado acreditado que J. P. G., autor material de la muerte de B. M. F., tenía asignada tareas de seguridad en el interior del local.

De ello dan cuenta los dichos de D. D. D. G., quien apenas cinco días después del hecho, señaló que “. hay personal que no tiene regularizada su situación previsional. este hombre P. G. era personal en negro de seguridad de la firma para la época en que no había tanto control . siempre fue un empleado informal”, L. M. T., empleado de la empresa de seguridad Conducta S.R.L., señaló que la seguridad en el sector en que se baila está a cargo del personal del boliche, que conoce a Oscar, P., Hugo y Raúl, y que todos saben que ellos cuidan adentro del lugar. Señala que en esa oportunidad el personal de Conducta fue avisado por altoparlantes que había lío en el medio, así fue que su hijo y otro muchacho entraron, el dicente no se movió de la puerta y observó cuando el grupo de personas fue retirado del lugar. L. A. T., también empleado de la mencionada empresa de seguridad, dijo que son cuatro los que forman parte del personal de seguridad del boliche y que son Raúl, Oscar, Hugo y P. y que estos dos últimos concurrían al local todos los viernes. J. L. M., empleado de Conducta S.R.L. se refirió a una persona como el Oso, uno de los patovicas del boliche, que por su descripción física coincide con P. A. N.B., mozo de la barra del local, señaló que conoce a los patovicas que sabe que son cuatro, que circulan durante toda la noche por el interior del boliche, que al que más conoce es a P., quien además de patovica realiza algunas changas de albañilería. P. A. V. también señaló a P. como una de las personas que dan vuelta por el boliche. Lo mismo puede decirse de lo declarado por C. A. B., en su carácter de empleado de Conducta S.R.L.

Por lo tanto, a tenor de las citadas declaraciones, está claro y ninguna duda me cabe en cuanto a que la sociedad codemandada, Fantástico Producciones S.A., a través de su director D. C. H. (ver su declaración de fs. 1771 de la causa penal) o su presidente, conforme surge de los agravios, le asignó a J. P. G., además de las tareas de albañilería, las de seguridad en el interior del local. Prueba de ello es que era conocido como uno de los “patovicas” que daban vueltas por el interior del local junto a otros tres hombres, Raúl, Oscar y Hugo, por lo que, más allá de que no hubiera relación de dependencia, lo cierto es que ello no releva a los demandados de responsabilidad por su accionar.

En efecto, para que una causal tenga aptitud para exonerar de responsabilidad al titular de la discoteca por el incumplimiento objetivo de su obligación de seguridad, debe tratarse de un tercero extraño, exterior, que queda fuera de la actividad o marco de control del empresario, lo que en modo alguno se acreditó en autos, a pesar del esfuerzo argumental intentado en sus quejas por cada uno de los condenados. Y, la circunstancia aludida por Fantástico Producciones S.A., en cuanto al estricto cumplimiento de las disposiciones del G.C.B.A.relativas a esta actividad, de manera alguna los releva de la responsabilidad de velar por la seguridad de los asistentes que le es propia.

Ello también cabe se predique respecto del codemandado H., quien intentó despegar su responsabilidad acudiendo al cumplimiento de tales disposiciones y a la figura del caso fortuito, ya que, respecto de esto último, pesaba sobre él la carga de probar la circunstancia lib eradora, sea la culpa de la víctima, de un tercero, o el caso fortuito (Vázquez Ferreyra, Roberto A., “La obligación de seguridad y la responsabilidad contractual”, en Revista de derecho privado y comunitario, N 17, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires – Santa Fe, 1998, p. 79).

Bien se ha dicho que “Difícilmente o casi nunca, pueda predicarse esto del hecho de un cliente que participa de la reunión, baile o movida que hace al núcleo de la explotación comercial de la empresa y al proyecto prestacional que ella brinda, dentro de cuyo elenco precisamente se encuentra el deber de seguridad tendiente a prevenir y evitar los daños y perjuicios que, entre otras fuentes, puedan surgir de modo previsible y naturaleza evitable de los clientes que participan de ello” (Conf. SC Buenos Aires, 2005/08/10, “Mandirola, Juan y otra c. Club Deportivo Alsina”, LLBA 2005 (noviembre), 1163, voto del doctor Roncoroni).

Sobre la base de los mismos argumentos no habré de coincidir con lo decidido por el Sr.juez a quo respecto de la eximición de responsabilidad de Empresa de Seguridad e Investigaciones Privadas Conducta S.R.L., pues a tenor de las declaraciones de sus propios empleados, a mi modo de ver, quedó acreditado que en casos como el que aquí se analiza y que costara la vida de un asistente, su personal debía intervenir, tanto en el exterior como en el interior del local, de modo que es irrelevante sectorizar su actuación o que el daño haya sido causado por personal de vigilancia afectado informalmente al lugar, cuando en realidad la función de esa empresa era la de velar por la seguridad de todos los asistentes.

Para así decidir, habré de tener en cuenta las declaraciones de D. D. D. G. quien, como ya dijera, apenas cinco días después del hecho, señaló que “. si hay reyertas son los empleados de la empresa de seguridad los encargados de controlar la situación.”; F. F. V. dijo que sabe que hay personal de seguridad que se ubica siempre en la puerta, y que a veces dan vueltas por adentro del boliche; L. A. T., empleado de la empresa de seguridad, dijo que cumple funciones en la puerta del local, salvo cuando hay problemas graves, que son convocados al interior y J. L. M., también empleado de la empresa de seguridad señaló que el día del hecho, cuando les avisaron que había “quilombo” en el medio entraron al lugar de baile llevando bastones de goma que no tuvieron que utilizar.

De este modo no puedo sino concluir que Empresa de Seguridad e Investigaciones Privadas Conducta S.R.L., estaba formalmente a cargo de la seguridad del local tanto en la puerta como en el interior del lugar.

Basta para ello analizar el contenido del “Contrato de locación de servicios de vigilancia privada y seguridad”, que luce a fs. 258, suscripto entre Fantástico Producciones S.A.y Empresa de Seguridad e Investigaciones Privadas Conducta S.R.L., del que surge que esta última le provee a la primera el personal para prestar servicio de vigilancia privada al local bailable Fantástico bailable (cláusula primera), el servicio a prestar es exclusivamente de vigilancia y seguridad dentro del sector determinado en la cláusula primera (cláusula decimocuarta).

Esta obligación de seguridad, que en el caso le cabe a todos los demandados, es de resultado y generadora de una responsabilidad objetiva en caso de incumplimiento, sólo admite como causa de exoneración, una de carácter objetivo, absoluta y no imputable al proveedor, ya sea directa o indirectamente. Ante este enfoque de la doctrina que la LDC consagra expresamente (art. 40 “in fine”) implementando la directiva constitucional del art. 42 que debe considerarse directamente operativa, el proveedor no se liberará si el hecho dañoso se produce en lugares o mediante cosas bajo su control, o si en la causación participara personal bajo su dependencia. Bastará que esta participación causal de personas o cosas fuese concurrente directa o indirectamente, para que la responsabilidad se genere y sólo la “causa ajena” que rompa el nexo causal libera. Esta exigencia impone al proveedor ante la sola demostración de un hecho dañoso en circunstancias comprendidas por la obligación de seguridad, una conducta procesal dinámica (art. 53 LDC 3er. párrafo) que acredite esa “causa ajena” absoluta. Esto implica la aplicación directa de la inversión de la carga probatoria, la entronización del deber de buena fe, y la aplicación de los principios fundantes del Derecho del Consumo, entre ellos el in dubio pro consumidor (esta sala en autos “Tossi, Mauro Albis c/ Lounge Bistro S.A. y otro s/Daños y Perjuicios” Rec. No 618.726, 17 de junio de 2013).

Los dueños de locales bailables brindan un espectáculo público a un número indeterminado de espectadores, con el objetivo de obtener un beneficio económico.La actividad comercial que realizan conlleva implícito un riesgo, que se ve potenciado por las condiciones de tiempo y lugar en que llevan a cabo su empresa. “El horario nocturno, el agrupamiento de personas en espacios reducidos, los ambientes oscuros, la música estridente y la venta de alcohol funcionan en la mayoría de los casos como una especie de desinhibidor, que entre otras cosas desinhibe las actitudes de violencia de los asistentes. La destrucción de la propiedad y el daño a las personas es cada vez más común. Teniendo en vista el escenario descripto, se debe tender como primera medida a evitar los daños que puedan ocasionarse con motivo o en ocasión de este tipo de espectáculos públicos. Los propietarios de los boliches deben tomar conciencia de los daños que pueden ocasionar con su actividad, y tener presente que serán responsables de los mismos” (Conf. Serrano Alou, Sebastián, “La responsabilidad de los dueños de locales bailables”, SJA 23/1/2008).

Así, en un caso similar al presente se decidió que el empresario no puede eximirse de responsabilidad por el hecho de que las lesiones producidas a uno de los asistentes las haya efectuado un tercero, porque el deber de seguridad que pesa sobre el organizador de estas veladas en discotecas o de cualquier otro espectáculo, obliga a prevenir este tipo de altercados o las frecuentes actitudes desaprensivas de los concurrentes, que tengan potencialidad dañosa para los otros participantes, especialmente ante el grado de alcoholismo, adicciones y violencia que crecientemente se experimenta en esos eventos. Ello impide calificar de imprevisible al hecho que motivó las lesiones de la actora y menos aún pensarlo inevitable, desde que adecuados resortes de seguridad hubiesen podido aventarlo (esta Cámara, Sala G, 26/08/2004, “Clemente, Graciela M. c. Abriata Oliver Araoz S.H.y otros”, RCyS 2004-XI, 108).

Es decir que la imprevisibilidad que debe juzgarse al momento del hecho dañoso con el parámetro de la diligencia que exige la obligación de que se trata; además, debe ser irresistible o inevitable y extraño al deudor, vale decir, ha de producirse en el exterior de la esfera de acción por la cual aquél debe responder; el hecho debe tener incidencia actual y ella debe ser insuperable. No puede argu¨ir útilmente el caso fortuito quien no haya actuado con la diligencia apropiada a las circunstancias del caso (Conf. Alterini, Ameal, López Cabana, ob. cit., p. 357).

Un análisis sistemático del ordenamiento de protección de los consumidores y usuarios, permite establecer, como regla general, el carácter objetivo de la responsabilidad del proveedor en todos los casos regidos por ella; así, una interpretación ceñida al texto del art. 10 “bis” de ese cuerpo normativo, extensible a los arts. 5 y 40 de la ley 24.240, directamente o por vía analógica, permite concluir que la única eximente que puede invocar válidamente el proveedor es el caso fortuito o fuerza mayor, descartándose la posibilidad de invocar el hecho (o culpa) del tercero o de la víctima, en la medida en que no reúnan, a su vez, los caracteres del caso fortuito (Picasso, Sebastián, “La culpa de la víctima en las relaciones de consumo. Precisiones de la Corte Suprema”, LA LEY 2008-C, 562, nota al fallo de la Corte de la Nación, del 4/22/2008, “Ledesma, María Leonor c. Metrovías S.A.”).

Tampoco puede sostenerse, como lo hizo el codemandado H. que ha mediado en autos un caso fortuito, pues para que ello se aplique, las circunstancias extraordinarias que rompen ese nexo causal deben ser realmente imprevistas, pues sin esta condición el proceso causal ha de juzgarse siempre adecuado, aunque las mismas provengan de la víctima misma. Se trata de una materia dependiente de las circunstancias del caso (Conf. Orgaz, “El daño resarcible”, 3a ed.actual., págs. 61/65). Ya que lamentablemente, la crónica frecuente nos ilustra acabadamente acerca de la reiteración de acontecimientos como el de autos, en los que el alcohol, sin lugar a dudas, es un elemento determinante. Bien se ha dicho que en espectáculos que convocan multitudes es evidente que la presencia de personas violentas o inadaptadas es previsible, por lo que el organizador debe ordenar las medidas de seguridad adecuadas para evitar daños a terceros y a los bienes que puedan verse afectados durante su desarrollo” (esta Cámara, sala C, 19/4/1999, Alvarez Suárez, Faustino y otros v. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, JA 2001-III-síntesis).

Para que el evento pueda ser tenido como “fuerza mayor” y funcionar como causal exoneratoria de responsabilidad, deberán concurrir todos los requisitos condicionantes para la configuración del “casus”. Debe tratarse de un hecho actual imprevisible que un hombre de mediana prudencia no tenga por qué suponer que iba a ocurrir, e inevitable, como algo que ni la persona más precavida pueda contrarrestar; siendo esto último, quizá, lo más importante, ya que, aun lo previsible si es inevitable, puede liberar de responsabilidad (Conf. Salvat- Galli, “Obligaciones en general”, Tomo I, p. 155).

Es decir que la imprevisibilidad que debe juzgarse al momento del hecho dañoso con el parámetro de la diligencia que exige la obligación de que se tra ta; además, debe ser irresistible o inevitable y extraño al deudor, vale decir, ha de producirse en el exterior de la esfera de acción por la cual aquél debe responder; el hecho debe tener incidencia actual y ella debe ser insuperable. No puede argu¨ir útilmente el caso fortuito quien no haya actuado con la diligencia apropiada a las circunstancias del caso (Conf. Alterini, Ameal, López Cabana, ob. cit., p. 357).

En definitiva, el carácter extraordinario o anormal del hecho no difiere del de la imprevisibilidad e inevitabilidad, al señalar precisamente las circunstancias en que el hecho no puede preverse o evitarse.No puede preverse todo aquello que sale de lo normal y del curso ordinario de las cosas, lo que a mi modo de ver, no puede sostenerse respecto de los hechos que motivaron esta litis.

Desde esta perspectiva, y más allá, del impecable razonamiento del sentenciante, no habré de coincidir con lo decidido respecto de Empresa de Seguridad e Investigaciones Privadas Conducta S.R.L. quien, como encargada de la seguridad del local, no adoptó todas las medidas necesarias para que la permanencia de los asistentes en el local pudiera cumplirse sin peligro para ellos, por lo que propondré a mis colegas modificar la sentencia haciendo extensiva la responsabilidad por el hecho aquí se discute a la mencionada sociedad, debiendo responder concurrentemente junto a Fantástico Producciones S.A., D. C. H. y J. P. G. La condena contra esta sociedad se hace extensiva a su citada en garantía La Segunda Cooperativa de Seguros Limitada, dentro de los límites y con los alcances del seguro contratado.

VII.- Sentado ello corresponde analizar los agravios de la actora y de la Sra. Defensora Pública de Menores e Incapaces, con relación al acogimiento de la excepción de falta de legitimación pasiva deducida por la citada en garantía, Compañía de Seguros Norte S.A., que aseguraba a Fantástico Producciones S.A.

Con motivo de esa defensa la aseguradora señaló que el contrato de seguro celebrado con Fantástico Producciones S.A. contiene una cláusula especial mediante la que se deja constancia que no cubre los reclamos originados en lesiones y/o muerte de terceras personas cuando las mismas sean a consecuencia de riñas, peleas, trifulcas, arrebatos, avalanchas y todo hecho de violencia en similares características.

Desde ya adelanto que habré de coincidir con el criterio adoptado por el sentenciante de grado, pues sobre el particular me he expedido en los autos “Pra Baldi, Sergio y otros C/ Bianchi, Lucas Juan y otros s/ Daños y perjuicios, Expediente No.111.497/2007”, en el mes de diciembre del año 2016.

En esa oportunidad señalé que el llamado a juicio hecho por el demandado a su aseguradora tiene por causa el contrato existente entre esas partes, y no se reduce a una mera llamada a la causa, sino que implica una demanda de cumplimiento contractual entre los concertantes. La aseguradora tiene, en tales hipótesis, un interés distinto hacia su asegurado que el expuesto en la demanda por el actor contra el demandado: es el interés contractual tenido con éste y todo lo relacionado con las obligaciones vinculantes del alea existente entre estas partes, que es requerido por su asegurado dentro de esa vinculación a la cual resulta extraña y ajena la actora (arts. 1195 y 1199 del Código Civil).

Uno de los elementos esenciales y específicos del contrato de seguro es el riesgo, que consiste en la posibilidad o probabilidad de que suceda un hecho dañoso previsto en él y que motiva el nacimiento de la obligación del asegurador de resarcir o cumplir la prestación convenida. El siniestro es el acaecimiento de ese hecho determinante de la responsabilidad de aquél (Conf. Stiglitz, Rubén S., “Derecho de Seguros”, t. I, La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 202).

El riesgo es la posibilidad de que ocurra un evento patrimonialmente desfavorable. La posibilidad es un estado de incertidumbre intermedio entre la imposibilidad y la certeza, susceptible de graduación. El grado de posibilidad de realización de un riesgo se llama “probabilidad” y es la relación existente entre el número total de riesgos asegurados y la cantidad de siniestros verificados de acuerdo a la estadística (Conf. Castro Sammartino, Mario – Garrone, J.A., Ley de Seguros, 1998, LexisNexis – Abeledo-Perrot, Lexis No 1604/000407).

Con el objeto de establecer cuándo existe deber de reparar, es necesario precisar e individualizar el riesgo en el momento de la celebración del contrato.

El riesgo debe ser individualizado, precisado, precisión que puede resultar en forma positiva, por las limitaciones del riesgo asumido, o en forma negativa, por las exclusiones enumeradas en las condiciones generales o en las particulares de la póliza. Estas exclusiones o limitaciones deben ser formales e individualizadas.El asegurador deberá probar que el daño proviene de un riesgo excluido, si la determinación es negativa o directa, a su vez el asegurado deberá probar que proviene de un riesgo incluido si la limitación es positiva o indirecta (Conf. Halperín, Isaac y Morandi, Juan C. F., “Seguros. Exposición Crítica de las Leyes 17.418 y 20.091″, Ed. Depalma, 2da. Edición, T. I, p. 429).

El contrato de seguro debe mencionar el riesgo asegurado; normalmente, una cláusula prevé el riesgo genérico a cubrir, por ejemplo, incendio, y luego señala diversas hipótesis que van acotando el ámbito dentro del cual regirá la cobertura otorgada, por ejemplo, se excluyen incendios producidos por actos de terrorismo (Conf. Sup. Corte Just. Mendoza, sala 1a, 01/07/2008, Lexis No 1/70047198-4).

Aparecen entonces las llamadas cláusulas de exclusión de cobertura o de no seguro o de no garantía. La delimitación del riesgo consiste en excluir o restringir los deberes del asegurador por la no asunción de alguno o algunos riesgos. Implica un no seguro; ausencia de tutela o garantía. Estas cláusulas al igual que las denominadas cláusulas de caducidad, producen como resultado que el asegurado no percibe la prestación comprometida por el asegurador. Sin embargo, hay entre ellas diferencias significativas, por ejemplo, las segundas suponen una situación originariamente cubierta por el contrato; las de exclusión de la cobertura, en cambio, colocan los supuestos que describen fuera del amparo del contrato (Conf.Suprema Corte de Justicia de Mendoza, sala I, 09/06/2003, LLGran Cuyo 2003 (diciembre), 854; sala I, 01/07/2008, Lexis No 1/70047198-3, en ambos voto de la Dra. Kemelmajer de Carlucci).

La inclusión de cláusulas de exclusión implica que en la contratación, el asegurador manifestó su decisión de no cubrir o no garantizar determinadas consecuencias derivadas del acaecimiento del evento. Al haberse excluido expresamente un riesgo, a su respecto no existe seguro, lo cual importa un supuesto de no seguro que nace con el contrato mismo. Acaecido este evento, no previsto en el contrato, el asegurador no está obligado a garantizarlo y, por lo tanto, el asegurado no dispone del derecho a exigir el resarcimiento de prestación alguna.

Habrá siniestro excluido o evento no cubierto todas las veces que el siniestro se verifique en circunstancias que el contrato las prevea como no idóneas para hacer funcionar la cobertura asegurativa” (Conf. CNCom., sala B, 14/11/1979, LL 1980-C-160).

Las denominadas cláusulas de exclusión de cobertura o de no seguro establecen una delimitación del riesgo asegurado. Consisten en excluir o restringir los deberes del asegurador por la no asunción de algún o algunos riesgos; implican un no seguro, ausencia de tutela o garantía, la existencia de daños no asumidos (Conf. Soler Aleu, Amadeo, “El nuevo contrato de seguros”, 1970, Ed. Astrea, p. 66).

En síntesis, la exclusión de cobertura implica una manifestación negocial por la que, explícita o tácitamente, el asegurador expresa su decisión de no tomar a su cargo, no cubrir, no garantizar, las consecuencias derivadas de la realización del riesgo (Conf. Sup. Corte Just. Mendoza, sala 1a, 17/12/2003, Lexis No 70013741). Se trata de supuestos en los que se presenta una situación jurídica análoga a la de quien no ha contratado ninguna cobertura y, por lo tanto, el asegurador nada debe al tercero- víctima (Conf.Perucchi, Héctor Arnoldo (h.),”La culpa grave en el contrato de seguro”, LL, 1998-E, 997).

En el caso, el contenido de la aludida cláusula antes mencionada, no deja dudas en cuanto a que la agresión sufrida por B. M. F. de manos de J. P. G., dentro del local bailable, haya o no estado involucrada la víctima en la trifulca o riña, no escapa a la mentada exclusión.

La extensión del riesgo y los beneficios otorgados deben ser interpretados literalmente, ya que lo contrario provocaría un grave desequilibrio en el conjunto de operaciones de la compañía (Conf. Halperín-Morandi, ob. cit. t. II, ps. 503 y ss). Tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que corresponde dejar sin efecto la sentencia que hizo lugar a la demanda por cumplimiento de contrato de seguro, apartándose de la literalidad de la póliza; y, que resulta admisible el recurso extraordinario cuando los jueces asignan a la cláusula de un contrato un alcance reñido con la literalidad de sus términos, o con la clara intención de las partes, y lo decidido no se basa en explícitas razones suficientes de derecho, llegando de tal modo a una inteligencia carente de razonabilidad (v. doctrina de Fallos: 318:862 y sus citas; 319:3395 ; 323:262 , entre otros) (Conf. CSJN, 9/4/2002, elDial.com AAF58; id. 13/05/2008, Fallos, 331:1186 ; id. 12/08/2003, Fallos, 326:2686 ; 04/05/1995, Fallos, 318:862, entre otros).

Además, el seguro de responsabilidad civil no comprende todos los eventos conectados al riesgo, sino sólo aquellos inherentes a la normal o regular o generalizada manifestación de la actividad cuyo ejercicio constituye el riesgo. O sea que se define el riesgo como habitualmente se presenta, con sus premisas y cara cterísticas (Conf. Durante, Aldo, “L ‘assicurazione di responsabilitá civile”, 3a ed., Milano, Ed. Giuffre, 1964, p. 88, N° 53, cit.por Kemelmajer de Carlucci, en Suprema Corte Mendoza, Sala I, 21/12/1995, LL, 1996-D, 182). Y aclara la destacada jurista mendocina en el mismo fallo que esta afirmación implica verificar, simplemente, que el asegurado no tiene el derecho a ser mantenido indemne de cualquier daño que pueda causar, sino sólo de los que han sido causados en las situaciones previstas en la contratación, debiendo las cláusulas del contrato ser razonables y justamente interpretadas, lo que no se verifica en el caso.

Siendo ello así, habré de proponer la desestimación de los agravios y la confirmación de la sentencia en este aspecto.

VI.- Sentado lo que antecede, corresponde analizar las quejas sobre las partidas indemnizatorias cuestionadas por los recurrentes. a.- Daño moral de R. D. L.

La sentencia acogió los planteos de falta de legitimación activa opuestas por Fantástico Producciones S.A. y D. C. H. y desestimó este reclamo.

Consideró que R. D. L. no se encuentra legitimada para reclamar el daño moral por así impedirlo el art. 1078 del Código Civil derogado, aplicable al caso en los términos del art. 7 del Código Civil y Comercial actualmente vigente. Entendió el magistrado que una solución contraria importaría la aplicación retroactiva del art. 1741, párrafo primero oración segunda del último cuerpo legal citado, a un hecho ilícito generador de responsabilidad ocurrido con anterioridad a su entrada en vigencia.

Por ello se agravian la actora y la Sra. Defensora Pública de Menores e Incapaces.

En el caso, he coincidido con el Sr. juez de la instancia de grado en cuanto a la calidad de conviviente de R. D.L., por lo que la cuestión radica acerca de su legitimación para reclamar por este rubro.

Sobre el particular y con buen criterio, se ha sostenido que en casos como el presente, la legitimación para efectuar el reclamo no se funda en el carácter de concubino, sino que se origina en su condición de damnificada por el hecho ilícito, el que genera una obligación reparatoria en virtud de lo dispuesto en los arts. 1069, 1079 y 1109 del Código Civil, que no puede verse abolida por una circunstancia que no se encuentra prohibida por la ley y, por ello, resulta ser un extremo indiferente como presupuesto del daño resarcible. Por lo que queda en claro que la relación concubinaria no constituye un impedimento para la invocación del daño, pero tampoco constituye por sí misma un título resarcitorio ni genera presunción alguna de perjuicios de esa naturaleza. Por lo tanto el que reclama deberá acreditar la existencia del concubinato y que durante su vigencia el fallecido le prestaba asistencia económica con regularidad, de suerte tal que pueda inferirse que dicha colaboración hubiera continuado de no producirse el deceso (Conf. Areán Beatriz, Juicio por accidentes de tránsito, T. 4 A, pág. 300/301).

Como es sabido, este aspecto ha generado una ardua discusión en nuestro derecho, que finalmente ha quedado superada a partir del Fallo Plenario dictado por la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, el 4 de abril de 1995, in re : “F. María C. y otro C/ El Puente S.A.T. y otros S/ Sumario, ED, 162-650.

Allí fue acogida la aludida opinión, consagrándose la siguiente doctrina:”Se encuentran legitimados los concubinarios para reclamar la indemnización del daño patrimonial ocasionado por la muerte de uno de ellos, como consecuencia de un hecho ilícito, en tanto no medie impedimento de ligamen”.

La mayoría sostuvo que dicha interpretación no implica equiparar la concubina a la viuda, ni considerarla amparada por la presunción legal de daño que emana del art. 1084 del Código Civil, pero si se demuestra debidamente que vivía del auxilio y los recursos del muerto, ha de ser indemnizado en función de lo dispuesto por el art, 1079 del ordenamiento legal citado (Conf. Areán Beatriz, ob., cit., pág. 301 y fallos citados en notas No 155, 156, 157, 158, entre otros).

En síntesis y de acuerdo con ello, es claro entonces que en el caso, la actora deberá acreditar, no sólo su carácter de conviviente, sino además, y esto es lo trascendente para instar este reclamo, el perjuicio cierto y directo que el deceso de su compañero le ocasionó, es decir, que la falta de colaboración económica fehaciente con carácter de regularidad que recibía de éste, permitan concluir que habría continuado de no haber ocurrido el fallecimiento, toda vez que su derecho no emerge de su condición de tal, sino como simple damnificada.

Ahora me referiré puntualmente a la defensa opuesta en relación al reclamo por daño moral de la conviviente de B. M. F.

La solución de la defensa articulada me lleva a cuestionar la adecuación de la normativa aplicable a normas constitucionales, ello no obstante que las partes no hayan formulado ese tipo de planteos.

En nuestro derecho, la doctrina que impidió a los jueces pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de las normas ante la ausencia de tal pedido por parte de los litigantes, constituyó una autolimitación a la atribución judicial de no aplicar las normas violatorias de la Constitución.

Tal doctrina no se fundó en ningún artículo de nuestra constitución, sino que derivó del razonamiento de los jueces.Además, es una injustificada excepción al postulado iura curia novit, justamente en el ámbito donde este principio más debiera aplicarse.

Asimismo, es materialmente inconstitucional (aunque está convalidada jurisprudencialmente), dado que viola el principio de supremacía (conf. artículo 31 de la Constitución Nacional), al permitir que la Ley Fundamental deje de aplicarse si las partes no la invocan y requieren la declaración de inconstitucionalidad de la ley ordinaria. En este aspecto, la autolimitación del Poder Judicial (al aceptar la tesis prohibitiva) no es razonable ni compatible con la letra y el espíritu de la propia Constitución (conf. Sagu¨és, Néstor, “Derecho Procesal Constitucional – Recurso Extraordinario”, tomo 1, p gina 146).

Finalmente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos “Mill de Pereyra Rita Aurora, Otero Raúl Ramón y Pisarello Angel Celso c/Estado de la Provincia de Corrientes s/demanda contencioso administrativa” (CSJN 27/09/01; fallos 324:3219) modificando su anterior doctrina, ha establecido que dentro de los deberes-facultades que importan a la actividad jurisdiccional se encuentra implícito -derivado del principio iura novit curia- el de examinar, en cada caso concreto sometido a su conocimiento, la constitucionalidad de las leyes que rigen la materia controvertida, debiendo abstenerse de aplicarlas cuando se encuentren en pugna con el texto de la Carta Magna, con prescindencia de que exista un pedido expreso en tal sentido por parte del interesado en su declaración.

Es por ello que examinaré de oficio la constitucionalidad del art.1078 del Código Civil, de aplicación al caso que nos ocupa.

El citado artículo dispone que “la acción por indemnización del daño moral, sólo competerá al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzoso”.

No existen dudas acerca de que el conviviente de una víctima fatal de un accidente queda excluido de la posibilidad de solicitar que se reconozca el derecho de peticionar un resarcimiento por el daño moral que sufrió como consecuencia del deceso, pues la norma estableció una clara limitación en cuanto a quienes se encuentran legitimados para efectuar tal reclamo.

Entiendo que en el momento en que se introdujo la reforma de la norma en análisis, mediante la ley 17.711, las uniones convivenciales no eran habituales e, incluso, mayormente no tenían aceptación por parte de la sociedad, que en muchos casos las rechazaba, y hasta se las consideraba marginales.

Esa situación ha dado un giro en la actualidad, puesto que tales uniones, no sólo se encuentran extendidas sino que son socialmente reconocidas y aceptadas, lo que llevó al legislador a regularlas en el Código Civil y Comercial actualmente vigente.

Así las cosas, hoy ninguna duda queda acerca de que el conviviente de una persona constituye parte de su núcleo familiar y, entiendo que, como tal, merece que se le reconozca su derecho a efectuar el reclamo por daño moral por el fallecimiento de su compañero de vida. Lo contrario, importaría una clara afectación de las garantías constitucionales que amparan los derechos a la reparación integral, la igualdad ante la ley.

En esta línea, se ha entendido que la interpretación literal del art.1078 del Código Civil resulta inequitativa y al margen de los preceptos constitucionales de protección de la familia, reparación integral del daño y razonabilidad, así como también de los principios generales del derecho, de la equidad, de la buena fe y la solidaridad (ver SC Buenos Aires; 16 de mayo de 2007, “C., L. A. y otra c/ Hospital de Agudos General M. Belgrano y otros; s/daños y perjuicios” , causa n° 85.129; Cámara II de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata in re “Camargo, M. y otro c. Lima, R. y otra s/daños y perjuicios” del 26/12/2007 que declararon la inconstitucionalidad de oficio de la normativa del art. 1078 segunda parte del Código Civil; ver Emilio Ibarlucía, El derecho constitucional a la reparación, Depalma, 2013, pág.314).

En este punto pongo de relieve que no debe perderse de vista que se debe ser cauteloso a la hora de llevar a cabo la delicada función de analizar la constitucionalidad de una norma pues, como se ha advertido en innumerables oportunidades, existe el riesgo de que el juez legisle por esta vía. Es por ello que considero que sólo debe declararse la inconstitucionalidad de la ley cuando ello aparece como estrictamente necesario, y hasta ineludible a los fines de cumplir con la función que le es natural al magistrado, que es brindar una solución justa y coincidente con los derechos y garantías reconocidos por nuestra constitución.Entonces cuando la norma que corresponde aplicar al caso ya no responde a los nuevos paradigmas familiares y sociales que se encuentran receptados en nuestra Carta Magna, no queda otro camino que declarar su inconstitucionalidad.

Como aspecto sustancial no puede olvidarse que la Corte Suprema se ha orientado en las últimas décadas a considerar la reparación por daño moral de carácter resarcitorio y no sancionatorio, adhiriéndose a la postura amplia sobre legitimación activa por el reclamo de este daño al considerar a los potenciales herederos, y no únicamente a los que tengan vocación actual -en igual sentido la CNCivil en fallo plenario del 28/2/1994, in re “Ruiz, Nicanor c/ Russo, Pascual”). Si a ello le agregamos que existe un daño cierto causado a la concubina, quien reclama a iure propio y tiene derecho constitucional a la reparación integral, de ello se deduce que la norma se presenta como arbitraria (esta sala, en su anterior composición, 11/6/2015, “M.ez c/ Federación del Sindicato de Luz y Fuerza s/ Daños y perjuicios” del voto de la Dra. Abreut de Begher).

No puedo dejar de mencionar que nuestros tribunales se han expedido en este sentido al sostener que el art. 1078 del Cód. Civil, en cuanto deniega legitimación para reclamar el daño moral derivado de la muerte de los concubinos, es inconstitucional, pues vulnera la garantía de la reparación integral y el derecho de igualdad ante la ley, ya que discrimina injustamente a quienes sufren indirectamente en su espíritu, frente a la amplia legitimación que se le otorga en sus intereses patrimoniales (esta cámara, Sala F, 22/10/2013, “B., L. A. c/ L.M.A.s/ Daños y perjuicios”, La Ley Online AR/JUR/96066/2013), y vulnera también el trato igualitario que merecen las personas, sin consideración de su condición o estado civil, y porque lesiona la protección integral de la familia, que es de innegable raigambre constitucional y supranacional (CNApel, Civ, y Com, Sala II, 3/9/2013, “M., L.E. c/ Estado Nacional s/ Daños y perjuicios”, La Ley Online AR/JUR/1117/2013, entre otros).

Así es que, en razón de lo antes expuesto, entiendo que debe declararse la inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil, y reconocer a R. D. L. la legitimación para efectuar el reclamo por daño moral por el fallecimiento de su conviviente B. M. F.

En razón de ello, propongo al acuerdo que se declare la inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil, y se rechace la excepción de falta de legitimación activa en tratamiento.

En consecuencia, seguidamente procederé al examen de la procedencia y, en su caso, de la cuantía de tales reclamos. b.- Pérdida de chance por muerte del concubinario (valor vida).

La sentencia fijó la suma de $ 100.000 por este rubro.

De ello se agravia Fantástico Producciones S.A. por cuento entiende que dicho importe es excesivo, lo mismo que D. C. H.

Esta sala ha sostenido reiteradamente que para que exista expresión de agravios no bastan manifestaciones imprecisas, genéricas, razonamientos totalizadores, remisiones, ni, por supuesto, el planteamiento de cuestiones ajenas. Se exige legalmente que se indiquen, se patenticen, se analicen parte por parte las consideraciones de la sentencia apelada. Ello no significa ingresar en un ámbito de pétrea conceptualización, ni de rigidez insalvable. En el fecundo cauce de la razonabilidad, y sin caer en un desvanecedor ritualismo de exigencias, deben indicarse los equívocos que se estiman configurados según el análisis -que debe hacerse- de la sentencia apelada (esta sala, 11/2013 “Gini, Marcela Alejandra c/ Ponce, Jorge Gustavo y otro s/ daños y perjuicios”, L. 629.142; 20/5/2013, “ávila, Gustavo J.c/ Transporte Automotor Plaza SACI y otros s/ Daños y perjuicios” L. 616.334″; ídem, 8/2/2013, “Abraham, Christian Walter c/ Rodríguez, D. Cristian y otros s/ Desalojo por vencimiento de contrato” L. 604.274; entre muchos otros).

En su escrito, los apelantes deben examinar los fundamentos de la sentencia y concretar los errores que a su juicio ella contiene, de los cuales derivan las quejas. Su función consiste en mantener el alcance concreto del recurso y fijar la materia de reexamen por el ad quem, dentro de la trama de las relaciones fácticas y jurídicas que constituye el ámbito del litigio.

Luego de analizar la pieza presentada por los recurrentes, no puedo menos que concluir en que, en lo atinente al rubro en cuestión, no cumple con los requisitos de suficiencia técnica exigidos por los arts. 265 y 266 del Código Procesal, pues no dejan constituir un mero desacuerdo con lo decidido sin formular una crítica concreta y razonada de los fundamentos tenidos en cuenta por la magistrada de grado.

De ello da cuenta no solo la extensión de sendas quejas sino que, en el caso de Fantástico Producciones S.A., las mismas se limitan a cuestionamientos sobre aspectos que han sido tenidos en cuenta y tratados por el sentenciante, y que además, carecen de entidad para lograr el propósito que persiguen, ya que no aborda, en el marco de su presentación de alzada, consideraciones de peso que desvirtúen las razones que desarrolla la colega de la anterior instancia para llegar al resultado plasmado en la sentencia.

Por ello, propiciaré que se declare desierto este punto del recurso de apelación, y firme lo decidido sobre la partida indemnizatoria en tratamiento. c.- Daño Moral Esta partida fue desestimada por el a quo y por las razones que expuse en el considerando VI a. del presente pronunciamiento decidí reconocerle a R. D. L. legitimación para solicitar el resarcimiento por esta partida indemnizatoria.

Desde esta perspectiva y de conformidad con los términos del art.1078 del Código Civil, considero que se trata de un daño resarcible, que no tiene por objeto sancionar al autor del hecho, sino a reparar los padecimientos físicos y morales que debió soportar el damnificado como consecuencia del accidente, intentando compensarlos. No es fácil traducir en una suma de dinero la valoración de los dolores, sufrimientos, molestias, angustias, incertidumbres o temores padecidos por la víctima, pues sólo ella puede saber cuánto sufrió.

Por ello se ha sostenido que para estimar pecuniariamente la reparación del daño moral falta toda unidad de medida, pues los bienes espirituales no son mensurables en dinero. Sin embargo, al reconocerse una indemnización por este concepto, no se pone un precio al dolor o a los sentimientos, sino que se trata de suministrar una compensación a quien ha sido injustamente herido en sus afecciones íntimas (Conf. Orgaz, Alfredo, “El daño resarcible”, pág. 187; Brebbia, Roberto, “El daño moral”, No 116; Mosset Iturraspe, Jorge, “Reparación del dolor: solución jurídica y de equidad”, en L.L. l978-D-648).

Así las cosas, diré que la determinación del daño moral no se halla sujeta a parámetros objetivos, pues las aflicciones se producen en el ámbito espiritual del damnificado, por lo que su valoración debe efectuarse según la cautelosa discrecionalidad del juzgador ceñido a considerar la situación personal de aquélla (arts.163, inc. 5°, 165, 386, 456, 477 y concs., Cód. Procesal Civil y Comercial; arts.1078, 1083 y concs., Cód. Civil) (conf. esta sala, 18/10/2002, Suraniti, Juan S. c. Ranz, Mónica A. y otro, DJ 2003-1, 247; id. 07/11/2007, Conti, María Elvira c. Autopistas del Sol S.A. y otro s/daños y perjuicios, La Ley Online, id. “Mora de Zabala, Ana c. Lucero, Alberto s/daños y perjuicios”, 18/07/2008, ED Digital, (23/09/2008, nro 18251; id. “M.ez, Adriana Edith c.Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/daños y perjuicios”, 23/06/2008, ED Digital, (04/09/2008, nro. 04/09/2008).

Además, la indemnización por este concepto tiene carácter autónomo y no tiene por qué guardar proporción con los daños materiales (conf. Sala G, 01/03/2000, Zalazar, Mario A. c. Transporte Metropolitanos General Roca S. A.).

Ahora bien, es indiscutible que la muerte de un ser querido causa siempre un profundo dolor, angustia, desconsuelo, máxime en el caso de un padre o de una pareja, que pierde la vida abruptamente y como consecuencia de un hecho ilícito.

Por todo ello, atendiendo a las circunstancias en las que B. M. F. perdió su vida, en uso de las facultades que me concede el art. 165 del C.P.C.C., estimo que esta partida debe prosperar por la suma de $ 100.000, lo que así habré de proponer al acuerdo. d.- Gastos de psicoterapia Este rubro prosperó por la suma de $ 10.560.

De ello se agravian Fantástico Producciones S.A., que considera que de conformidad con lo que surge de la pericia psicológica no existe tal daño, y D. C. H. sin fundamento alguno.

Si bien es cierto que la actora no padece daño psicológico, no lo es menos que la perito sugirió que se someta a un tratamiento psicoterapéutico por el término de 2 años a razón de una sesión por semana, que es precisamente lo que el Sr. magistrado está indemnizando, por lo que corresponde desestimar los agravios y confirma la sentencia en este aspecto. e.- Pérdida de chance por muerte del padre reclamada por Y. B. y T. G. M. D. (valor vida).

La sentencia les otorgó la suma de $ 215.000 para cada una de ellas.

De ello se agravian Fantástico Producciones S.A. y D. C. H. sin fundamento alguno, mientras que la Sra.Defensora consideró que dicho monto no era suficiente y solicitó su aumento.

La vida humana no tiene valor económico por sí misma, sino en consideración a lo que produce o puede producir. Por lo tanto, cuando nos encontramos en presencia de la muerte de la víctima, lo que debe resarcirse son los efectos económicos producidos en los damnificados por su fallecimiento, puesto que ellos fueron perjudicados por la falta o disminución de los bienes que proveía la víctima.

Debo señalar que esta indemnización contiene ambas pretensiones, a saber, valor vida y pérdida de chance, pues cuando se trata de indemnizar la pérdida de la vida, lo que se indemniza es la “chance” o probabilidad de que en el futuro los damnificados puedan r ecibir apoyo del fallecido, tanto en lo material y económico como en los cuidados personales y apoyo espiritual, y si bien esa pérdida constituye una zona gris, intermedia o límite entre el daño cierto o incierto, debe reconocerse que, especialmente con relación a las familias de recursos modestos esa posibilidad encierra una fuerte dosis de probabilidad” (esta cámara., Sala G, 12/06/2006, DJ, 2007-1-107). En estos conceptos claramente se encuentran contenidos los conceptos asistencia y cooperación económica también reclamados.

En este orden de ideas, diré que la denominada pérdida de chance constituye un rubro sujeto a un alto grado de incertidumbre, ya que en definitiva resulta imposible establecer con precisión si la persona que alega el perjuicio, habría obtenido o no ciertas ventajas o evitado o no ciertas pérdidas, de no haber mediado el comportamiento antijurídico atribuido a otro sujeto.De todos modos, el daño puede ser resarcible, según el mayor o menor grado de probabilidad de que llegara a acontecer, aunque fuerza es aclarar que lo que habrá de resarcirse no será la totalidad de la pérdida sufrida o la ganancia dejada de percibir, pues el juez debe apreciar la proporción de ese valor que en concreto representa la frustración de la chance (Conf. Highton, Elena, “Accidentes de tránsito. Daño resarcible como lucro cesante y daño emergente en caso de lesiones a la personas desde la óptica de los jueces civiles (Justicia Nacional Civil)”, Revista de Derecho de Daños, No II, pág. 58).

Se configura, cuando por la comisión de un acto ilícito, la víctima se ve privada de obtener un beneficio probable futuro o evitar un perjuicio probable. La certidumbre en la existencia del daño surge de la “oportunidad”, esto es, la circunstancia cierta que torna indemnizable el perjuicio ocasionado por la pérdida de chance es que la probabilidad existía, y fue perdida por el hecho de un tercero (Bustamente Alsina, Jorge, “Teoría General de la Responsabilidad Civil”, Ed. Abledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, págs. 173,178/179).

Se ha sostenido que la pérdida de una oportunidad o “chance” constituye una zona gris o limítrofe entre lo cierto y lo incierto, lo hipotético y lo seguro; tratándose de una situación en la que media un comportamiento antijurídico que interfiere en el curso normal de los acontecimientos de forma tal, que ya no se podrá saber si el afectado por el mismo habría o no obtenido una ganancia o evitado una pérdida de no haber mediado aquél; o sea que para un determinado sujeto había posibilidades a favor y en contra de obtener o no cierta ventaja, pero un hecho de un tercero le ha impedido tener la oportunidad de participar en la definición de esas probabilidades (Trigo Represas, Félix A., “Reparación de daños por mala praxis médica”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1995, pág.241).

La pérdida de chance no puede identificarse con el lucro cesante, sino que lo resarcible es esa chance, la que debe ser apreciada judicialmente, según el mayor o menor grado de probabilidad de convertirse en cierta (Conf. esta cámara, Sala D, 10-9-92, Jurisprudencia de la CNAC, Isis, Sum. No 0008460).

La indemnización por pérdida de chance no se identifica con la utilidad dejada de percibir, sino que lo resarcible es la “chance” misma, la que debe ser apreciada judicialmente según el mayor o menor grado de probabilidad de convertirse en cierta, sin que pueda nunca identificarse con el eventual beneficio perdido (CNCom., sala E, 07/10/2005, Díaz, Gisela T. c. Banco Río de la Plata, LL, 10/01/2006, 3).

En virtud de lo expuesto, es claro que la pérdida de chance, para ser indemnizable, debe tener probabilidad suficiente, debiendo valorarse y ponderarse en cada caso en particular, precisamente, de acuerdo con el mayor o menor grado de probabilidad de convertirse en cierta, desde que el daño resarcible debe ser cierto y no eventual o hipotético.

Sentado ello, he de poner de resalto que dispone el art. 1084 del Código Civil que asiste a la viuda e hijos del muerto, en caso de homicidio, el derecho de reclamar del responsable todo lo que fuere necesario para su subsistencia. Agrega la segunda parte del art.1085 que esa indemnización sólo podrá ser exigida por el cónyuge sobreviviente y por los herederos necesarios del muerto, siempre que no fueren culpados del delito como autores o cómplices, o si no lo impidieron pudiendo hacerlo.

Estas dos normas constituyen una excepción al principio de que todo aquel que invoca un daño, debe probarlo, ya que la ley presume un daño cierto respecto de esos damnificados indirectos, consistente en la privación que experimentan de lo que les es necesario para la subsistencia.

Se ha sostenido que crean un régimen de excepción a favor de las personas a quienes acuerda la indemnización, atento el muy estrecho vínculo que los une a la víctima del hecho ilícito, respecto a quienes la ley presume la existencia de un perjuicio cierto, cuya cuantía deja librada a la prudencia de los jueces (conf. Cazeaux-Trigo Represas, “Derecho de las obligaciones”, t. 4, pág. 246 y sgtes.).

Por otro lado, es sabido que la muerte de un hijo importa para los padres la frustración de una legítima esperanza de ayuda económica, es decir, de una chance cierta de ser apoyados en el futuro, en la vejez o en la edad madura, cuando las posibilidades de autoabastecimiento decrecen y los aportes económicos de los hijos se hacen necesarios, máxime cuando se trata de personas de muy humilde condición socioeconómica (Conf. esta cámara, Sala M, 3-5-89, LA LEY, 1990-A, 655; íd., Sala I, 25-9-89, LA LEY, 1990-E, 550, 38.159-S; íd. Sala K, 07/07/2004, DJ 2004-2, 1211; íd. Sala D, 12/04/2002, LA LEY, 2002-E, 592).

También se ha dicho que si la situación económica del grupo familiar es de recursos medianos, es razonable admitir que el hijo muerto significó para la familia la pérdida real y cierta de un elemento que podría esperarse contribuyera con sus aportes; es decir, la frustración de una chance en cuanto a sus posibilidades futuras (Conf.CNCivil, Sala C, 16-6- 83, ED, 105-256; íd. Sala B, 25/06/1997, LA LEY, 1998-A, 37).

Asimismo, para mensurar el monto final en caso de muerte de un hijo, corresponde evaluarse que aquél debía sufragar sus gastos propios, y que el aporte a la familia habría de reducirse al casarse o constituir la propia, lo que sucede de ordinario entre los 25 y 30 años según el curso natural de las cosas (arts. 901, 906, Cód. Civil), por lo cual la asistencia actual y la chance de asistencia futura conllevan una detracción de la referida asistencia material (arts. 1066, 1083, 1084, 1089 y concs., Cód. Civil) (Conf. C. Civ. Com. Azul, sala II, 28/03/2000, LLBA, 2000-1047).

Es decir que para determinar la indemnización que corresponde a los padres por muerte de sus hijos no procede tener en cuenta el tiempo de sobrevida de la víctima, sino el de los beneficiarios de la indemnización. Asimismo, la indemnización debe contemplar las contingencias corrientes en la vida de todo ser humano, en particular, que la víctima podría contraer matrimonio y tener hijos, circunstancias que disminuirán su ayuda económica (Conf. esta cámara, Sala E, 31/08/1995, LA LEY, 1996-D, 290).

Ahora bien, en casos como el presente en los que el occiso tenía hijos menores, corresponde considerar el perjuicio económico sufrido por ellos a raíz de la muerte del padre en función de la edad con la que cada uno de ellos contaba al momento del hecho y la que resta hasta alcanzar la mayoría de edad (arts. 265, 267 y concs., Cód. Civil), discriminando las diferentes partidas correspondientes a cada menor según sus necesidades en función de la edad, ya que no existe otro parámetro probado que permita ponderar desde otra perspectiva la diversidad de necesidades de los hijos de las que debiera hacerse cargo el padre (Conf. C.Apel. Civ. Com.San M., sala II, 10/12/1999, LLBA 1999, 976 – ED 186, 44).

En relación a la conviviente, ya me he expedido, acerca de la procedencia de la legitimación para reclamar por esta partida indemnizatoria.

De todos modos, y como ya expliqué, ella debe acreditar la convivencia y la colaboración económica que con regularidad le prestaba la víctima.

Dadas las particularidades que presente este reclamo, y en función de lo antes explicado, entiendo que no han de aplicarse fórmulas matemáticas sino que se deben considerar y relacionar las diversas variables relevantes de cada caso en particular, tanto en relación con la víctima -capacidad productiva, cultura, edad, estado físico e intelectual, profesión, ingresos, laboriosidad, posición económica y social, expectativa de vida-, como con los damnificados, tales el grado de parentesco, asistencia recibida, cultura, edad, educación, condición económica y social, entre otras (Conf. CSJN, 24/08/2006, “Ferrari de Grand, Teresa H. M. y otros c. Provincia de Entre Ríos”, DJ, 2007-1-236).

El niño T. G. M. D. nacido el 24 de octubre de 2002 tenía poco más de 3 años al momento del fallecimiento de su padre mientras que la niña Y. B. M., nacida el 16 de mayo de 2001 poco menos de 5 años, por lo que debe presumirse la pérdida de chance.

Sentado ello, y ponderando que la condiciones personales de la víctima que destacó el Sr. juez de la instancia de grado la pérdida de chance reclamada por R. D. L. por la muerte de su conviviente, a las que me remito brevitatis causae, y atento a las facultades que me confiere el art. 165 del Código Procesal, estimo que estas partidas son reducidas por lo que propondré se las eleve a la suma de $300.000 para cada uno de los niños. f.- Daño psicológico y gastos de psicoterapia de Y. B. y T. G. M.D.

Por estos rubros la sentencia les otorgó la suma de $ 21.120 para cada niño.

Nuevamente los accionados se agravian sin fundamento alguno, mientras que la Sra. Defensora solicita el aumento de las partidas por las razones que expone.

Se ha sostenido que el resarcimiento por incapacidad comprende, con excepción del daño moral, todos los supuestos susceptibles de reparación patrimonial, incluso los daños de salud y a la integridad física y psíquica (Conf. esta cámara, Sala C, 15/09/2003, LA LEY 02/09/2004, 7).

Ahora bien, sabido es que cuando se trata de una incapacidad provocada por lesiones, el daño emergente no puede medirse sólo en función de la ineptitud laboral, sino que ello también debe ser ponderado a partir de toda la vida de relación de la víctima, en consideración a sus condiciones personales, como el sexo, la edad y el estado civil, entre otras.

En ese orden de ideas, se decidió que la indemnización por incapacidad sobreviniente procura el resarcimiento de aquellos daños que tuvieron por efecto disminuir la capacidad vital de la persona afectada, no sólo en su faz netamente laboral o productiva, sino en toda su vida de relación y, por ello, no pueden establecerse pautas fijas por cuanto habrá de atenerse a circunstancias de hecho, variables en cada caso particular pues, para que la indemnización sea justa y equitativa deben apreciarse diversos elementos y circunstancias de la víctima, tales como edad, sexo, formación educativa, ocupación laboral y condición socioeconómica (esta sala, 01/08/2003, LA LEY 03/09/2004, 7).

En consecuencia, para su valoración no existen pautas fijas, pues para su determinación debe considerarse la persona en su integridad, con su multiforme actividad, debiendo computarse y repararse económicamente todas las facultades propias en la amplia gama de su personalidad en su vida en relación (esta sala, 23/03/2004, LA LEY 2004-C, 1029). No puede fijarse meramente en función de rígidos porcentajes extraídos sobre la base de cálculos actuariales, sino que deben ponderarse en concreto las limitaciones que el damnificado padece en su desempeño laboral y social, teniendo en cuenta, entre otras circunstancias particulares, el sexo, las condiciones socioeconómicas, la actividad laboral anterior y la real incidencia de las lesiones en su actividad actual (esta cámara, Sala J, 03/12/2004, LA LEY 2005-B, 258).

Tampoco es preciso atender a porcentajes y baremos de incapacidad, usuales en las indemnizaciones tarifadas del derecho laboral, ya que la reparación civil tiene por finalidad cubrir no sólo las limitaciones de orden laboral, sino también las proyecciones del menoscabo sufrido con relación a todas las esferas de la personalidad de la víctima. Si bien los porcentajes de incapacidad, junto con la edad y las expectativas de vida de la víctima, constituyen un valioso elemento referencial para fijar la indemnización por incapacidad sobreviniente, el resarcimiento en cuestión debe seguir un criterio flexible, apropiado a las singulares circunstancias de cada caso, sin ceñirse a cálculos basados en relaciones actuariales, fórmulas matemáticas o porcentajes rígidos, pues el juzgador, en esta materia, goza de un amplio margen de valoración (esta cámara, sala F, 15/11/2004, DJ 16/02/2005, 345, LA LEY 10/02/2005, 8).

Sin embargo, para cuantificar la magnitud del perjuicio, no debe asignársele un valor absoluto a los porcentajes de incapacidad establecidos por los peritos, como así tampoco es aceptable fijar fórmulas matemáticas que de manera abstracta y genérica establezcan el valor de cada punto de incapacidad, sino que es menester compulsar la efectiva medida en que dicha mengua física y psíquica ha repercutido patrimonialmente en la situación particular del lesionado, tanto sea en la disminución de sus aptitudes para el trabajo, como en otros aspectos de su vida que, de manera indirecta, le han impuesto limitaciones en su vida social y la forma en que esto afectó sus perspectivas de evolución material o en la configuración de un perjuicio (esta cámara, Sala A, 12/08/2004, Lavezzini, Rubén D.c. Ciudad de Buenos Aires, Sup. Adm 2004 (noviembre), 74, La Ley on line).

En función es estos parámetros analizaré las pruebas producidas.

La perito psicóloga Licenciada S. G. presentó su dictamen que luce a fs. 665/686. Señaló que en oportunidad de entrevistar a los niños al aludir a la muerte de su padre se quiebran en llano no pudiendo emitir palabra ni asociación al respecto. El monto de angustia es muy significativo en ambos. Presentan un cuadro de Duelo Patológico moderado, de una pérdida que no ha sido tramitada y que refieren a una incapacidad parcial y permanente del orden del 20% para Y. y un 25% para T.

El pronóstico es bueno pues los niños poseen un entorno familiar de contención y apoyo. Sin embargo éxito dependerá de que cada uno de ellos extienda por un plazo no menor a dos años un tratamiento psicoterapéutico con una frecuencia de 2 sesiones semanales.

En consecuencia, habré de estar a las conclusiones de la experta y tomando en consideración las particularidades del hecho que me ocupa, las características personales del entorno familiar que ya fueron reseñadas al tratar el rubro “valor vida”, y lo que se desprende de la prueba pericial analizada, estimo que el importe otorgado por esta partida es insuficiente, por lo que propondré se lo eleve al de $ 55.000 para cada uno de los niños.

No se me escapa que la actora solicitó en su demanda un importe menor. Sin embargo, sujetó su pedido a “lo que en más o en menos resulte de la prueba a producirse”, lo que habilita al tribunal -ponderando las circunstancias de la causa, y el tiempo transcurrido desde aquel momento- a conceder una suma diferente.

g.- Daño moral de Y. B. y T. G. M. D.

Este rubro prosperó por la suma de $ 70.000 para cada uno de ellos. Sobre el particular se agraviaron los accionados, mientras que la Sra. Defensora solicitó el aumento de las partidas.

Sobre la base de lo dicho en el ap. b.del presente pronunciamiento, al que me remito en honor a la brevedad, no tengo dudas del estado de angustia que están pasado los menores, por lo que en uso de las facultades que me otorga el art. 165 del C.P.C.C., habré de proponer al acuerdo que ese importe sea elevado al de $ 120.000 para cada uno de los niños.

VII.- Finalmente, con relación al séptimo agravio que expuso la codemandada Fantástico Producciones S.A. y que gira en torno de la arbitrariedad manifiesta – contradicciones, en rigor de verdad no se alcanza a entender a qué se refiere cuando en el último párrafo sostiene que ” La omisión de las consideraciones que se ventilan en este libelo tales como la extensión de responsabilidad a quienes se encontraba a cargo de la misma, entiende esta parte que constituyen presupuesto de la arbitrariedad sustentada como mecanismo para la interposición del correspondiente recurso ante nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación”, desde que no advierto que en la sentencia de grado se haya incurrido contradicción o arbitrariedad manifiesta alguna, o se omitiera el tratamiento de alguna de las cuestiones introducidas por los litigantes, todo lo contrario en el fundado pronunciamiento de grado el Sr. magistrado ha efectuado un meduloso estudio de la causa y un detallado análisis de la prueba producida en estos autos y en la causa penal que le permitieron arribar a la mentada decisión, de ahí que esta queja no será atendida.

VIII.- Los daños cuya reparación se persigue por medio de esta acción judicial se han producido en forma coetánea con el hecho ilícito motivo de la litis, entonces la obligación del responsable de volver las cosas a su estado anterior y de indemnizar los restantes perjuicios sufridos ha nacido a partir del momento en que tuvo lugar el obrar antijurídico.Si en esta oportunidad nace el deber de reparar los perjuicios, como contrapartida surge el derecho del damnificado a ser indemnizado; y ello es así independientemente de que el actor hubiere efectuado o no erogaciones previas al dictado de la sentencia.

En la sentencia se dispuso que los intereses por los rubros 1.- pérdida de chance por muerte del concubinario, 4.- pérdida de chance por muerte del padre y daño moral se liquidarán a la tasa del 8% anual desde la fecha del hecho hasta dicha presentación y en adelante a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal, anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina (conf. plenario “Samudio de Martinez Ladislaa c/Transporte Doscientos Setenta SA s/daños y perjuicios” (20-4-2009).

Ello provocó las quejas de la Sra. Defensora quien solicitó que los intereses se calculen conforme surge del mencionado plenario desde el hecho y hasta el momento del efectivo pago.

Sentado ello, diré que hasta la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial esta Sala venía aplicando el plenario “Samudio de M.ez Ladislaa c/Transporte Doscientos Setenta SA s/daños y perjuicios” (20-4-2009), que establece que, para el caso de intereses moratorios, corresponde aplicar la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina allí fijada por todo el período indicado en la sentencia apelada (cfr. art. 303 del Cód. Procesal).

En este punto debo aclarar que la aplicación de los plenarios se debió a que si bien no se desconocía que el art. 303 del CPCCN había sido derogado por el art. 12 de la ley 26.853, en virtud del art.15 de esa misma normativa, tal disposición recién entraría en vigor a partir de la efectiva integración y puesta en funcionamiento de los tribunales que allí se creaban, razón por la cual continuaría vigente hasta ese momento la doctrina plenaria.

Sin embargo, si bien el artículo antes mencionado establecía la obligatoriedad de los fallos plenarios, ello suponía -claro está- la subsistencia de las normas legales en que aquellos se fundaban. (Colombo- Kiper, Código Procesal y Comercial de la Nación. Comentado y Anotado, La Ley, Buenos Aires, 2011, pág. 267).

Ahora bien, desde el 01/08/2015 entró en vigencia el Código Civil y Comercial que en su artículo 7 fija las pautas de derecho transitorio. Como los intereses son consecuencia de una relación jurídica existente, debe aplicarse la nueva ley.

Esta Sala viene aplicando desde hace tiempo la tasa activa de interés, ya sea por aplicación d el fallo plenario obligatorio, ya por considerar que no había motivos para cambiarla por una tasa pasiva. Sin embargo, en virtud de lo expuesto en el párrafo precedente, y efectuado un nuevo examen de la cuestión permite advertir que la tasa activa que aplica este tribunal no compensa al acreedor, para quien el costo del dinero es mucho más alto, por lo que considero que de acuerdo con la pauta establecida en el artículo 768, inc. c), desde el 01/08/2015 y hasta el efectivo pago, correspondería aplicar una tasa mayor.

Así las cosas, no creo posible afirmar que la sola fijación en la sentencia de los importes indemnizatorios a valores actuales basta para tener por configurado una alteración del significado económico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido para el acreedor en perjuicio del deudor.

Ello por cuanto, en primer lugar, y tal como lo ha señalado un ilustre colega en esta cámara, el Dr. Zannoni, la prohibición de toda indexación por la ley 23.928 -mantenida actualmente por el art.4 de la ley 25.561- impide considerar que el capital de condena sea susceptible de esos mecanismos de corrección monetaria. En palabras del mencionado colega: “La circunstancia de que, cuando se trata de resarcimientos derivados de hechos ilícitos, el juez en la sentencia estima ciertos rubros indemnizatorios a valores actuales -como suele decirse-, a los fines de preservar en equidad el carácter resarcitorio de la indemnización, no significa que se actualicen los montos reclamados en la demanda o se apliquen índices de depreciación monetaria”, pues tales mecanismos de actualización están prohibidos por las leyes antes citadas (Zannoni, Eduardo A., su voto in re “Medina, Jorge y otro c/ Terneiro Néstor Fabián y otros”, ésta cámara, Sala F, 27/10/2009, LL Online, entre otros).

Ahora bien, dispone el art. 768 del Código Civil y Comercial que: “Intereses moratorios. A partir de su mora el deudor debe los intereses correspondientes. La tasa se determina: a) por lo que acuerden las partes; b) por lo que dispongan las leyes especiales; c) en subsidio, por tasas que se fijen según las reglamentaciones del Banco Central”.

En el caso, como sucede en todas las demandas de daños y perjuicios derivados de accidentes de tránsito, no hay una tasa acordada entre víctima y responsable, y tampoco una establecida por leyes especiales. Por ende, solo resta acudir a tasas fijadas en alguna reglamentación del Banco Central.

Por otro lado, el art. 771 prevé que el juez debe valorar “el costo medio del dinero para deudores y operaciones similares en el lugar donde se contrajo la obligación”. Esto significa que, en lo que aquí interesa, que desde el día del hecho el acreedor (víctima) se ha visto privado del capital al que tiene derecho, y que entonces se debe evaluar cuánto le hubiera costado el dinero si lo hubiera buscado en el mercado.Pero, además, la tasa debe ser importante, para evitar la indeseable consecuencia de que el deudor moroso especule o se vea beneficiado por la demora del litigio, en desmedro de la víctima.

Es sabido que la fijación judicial de intereses para las deudas en mora procura resarcir al acreedor por la demora en percibir su crédito y castigar al incumplidor, quien se apartó de los términos de la obligación asumida en origen. La jurisprudencia ha resaltado el contenido disvalioso del incumplimiento y la necesidad de desalentarlo, conceptos que conviene recordar y tener presentes (véanse consideraciones de la mayoría en el caso “Samudio”). El orden jurídico requiere, como pauta general de conducta, que toda persona cumpla con las obligaciones que legítimamente asume y así lo ratifican las normas del CCCN.

Cuando se asigna a las deudas en mora una tasa menor a la que abonan -con arreglo a la ley, los reglamentos en vigencia y los pactos válidos- las personas que cumplen sus obligaciones con regularidad, se desplazan las consecuencias ya apuntadas de la morosidad hacia la sociedad y, en paralelo, se beneficia a los incumplidores. Lo dicho no obsta en absoluto a la garantía de los derechos del deudor, en particular cuando, en su calidad de consumidor, se haya visto sometido a abusos que las normas protectoras imponen reparar. Son cuestiones distintas que pueden tratarse de manera independiente (Drucaroff Aguiar, Alejandro, “Los intereses en los contratos bancarios y el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, RCCyC 2015 -agosto-, 162).

Como ya dijera, esta Sala viene aplicando desde hace tiempo la tasa activa de interés, ya sea por aplicación del fallo plenario obligatorio, ya por considerar que no había motivos para cambiarla por una tasa pasiva.Sin embargo, un nuevo examen de la cuestión permite advertir que la tasa activa que aplica este tribunal no compensa al acreedor, para quien el costo del dinero es mucho más alto.

Parece entonces que una tasa adecuada para estos casos sería la que surja de aplicar dos veces la tasa activa, pues su resultado refleja el costo del dinero en el mercado para muchos usuarios.

No puede dejar de mencionarse que el artículo 16° de la ley 25.065, de Tarjetas de Crédito, prevé que “el límite de los intereses compensatorios o financieros que el emisor aplique al titular no podrá superar en más del 25%” a la tasa que aplique a las operaciones de préstamos personales en moneda corriente para clientes. Este límite, que fue convalidado por la Corte Suprema (“Proconsumer c. Banco Itaú Buen Ayre S.A. s/ sumarísimo, del 17/05/2016, LA LEY 2016-D, 159) al no intervenir en el caso resuelto por la sala C de la Cámara Nacional en lo Comercial (fallo del 20/04/2012, publicado en el mismo lugar), es mayor -por el momento- a la tasa que en esta decisión se establece.

En ese orden de ideas, estimo razonable se aplique la tasa activa conforme surge del citado plenario desde la fecha del hecho hasta el efectivo pago (arts. 768 inc. c) y art. 770 del C.C.yC.), lo que así habré de proponer al acuerdo.

IX.- Costas Propicio que las costas de la instancia de grado se impongan a los demandados Fantástico Producciones S.A., D. C. H., a J. P. G., Empresa de Seguridad e Investigaciones Conducta S.R.L. y la citada en garantía La Segunda Cooperativa limitada de Seguros Generales quienes resultaron vencidos (art. 68 y 279 del Código Procesal). Asimismo, mociono que las costas de esta alzada se impongan a las mismas partes atento el criterio objetivo de la derrota (art.68 del Código Procesal).

X.- Por todo lo expuesto, si mi voto fuera compartido, propongo al acuerdo de mis distinguidos colegas modificar la sentencia apelada en los siguientes términos: 1.- ampliando la condena respecto de Empresa de Seguridad e Investigaciones Conducta S.R.L. la que, junto a Fantástico Producciones S.A., D. C. H., a J. P. G. y la citada en garantía La Segunda Cooperativa limitada de Seguros Generales, esta última en los términos del art. 118 de la ley 17.418 y dentro de los límites del seguro contratado, deberá abonar concurrentemente a la actora, por sí y en representación de sus hijos Y. B. y T. G. M. D., el importe que resulte de la liquidación que se practique conforme lo dispuesto en los considerandos que anteceden, con más los intereses y las costas de la instancia de grado en la forma que se dispone en los considerandos VIII y IX; 2.- declarando la inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil, y rechazando la excepción de falta de legitimación activa articulada por Fantástico Producciones S.A. y D. C. H.; 3.- disponiendo la procedencia del daño moral a favor de R. D. L. por la suma de $ 100.000; 4.- elevando a $300.000, $55.000 y $120.000 las indemnizaciones otorgadas a favor de Y. B. y T. G. M. D., por los conceptos de pérdida de chance (valor vida), daño psicológico y gastos de psicoterapia y daño moral, respectivamente. Confirmar la sentencia apelada en todo lo demás que decide y ha sido materia de apelación y agravios. Imponer las costas de alzada en la forma indicada en el considerando IX.

El Dr. Kiper y la Dra. Abreut de Begher, por las consideraciones expuestas por el Dr. Fajre, adhieren al voto que antecede.Con lo que se dio por terminado el acto firmando los señores Jueces por ante mí, que doy fe.

Buenos Aires, 11 de junio de 2018.

Y VISTO, lo deliberado y conclusiones establecidas en el acuerdo transcripto precedentemente por unanimidad de votos, el Tribunal decide: I.- modificar la sentencia apelada en los siguientes términos: 1.- ampliando la condena respecto de Empresa de Seguridad e Investigaciones Conducta S.R.L. la que, junto a Fantástico Producciones S.A., D. C. H., a J. P. G. y la citada en garantía La Segunda Cooperativa limitada de Seguros Generales, esta última en los términos del art. 118 de la ley 17.418 y dentro de los límites del seguro contratado, deberá abonar concurrentemente a la actora, por sí y en representación de sus hijos Y. B. y T. G. M. D., el importe que resulte de la liquidación que se practique conforme lo dispuesto en los considerandos que anteceden, con más los intereses y las costas de la instancia de grado en la forma que se dispone en los considerandos VIII y IX, respectivamente; 2.- declarando la inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil, y rechazando la excepción de falta de legitimación activa articulada por Fantástico Producciones S.A. y D. C. H.; 3.- disponiendo la procedencia del daño moral a favor de R. D. L. por la suma de $ 100.000; 4.- elevando a $300.000, $55.000 y $120.000 las indemnizaciones otorgadas a favor de Y. B. y T. G. M. D., por los conceptos de pérdida de chance (valor vida), daño psicológico y gastos de psicoterapia y daño moral, respectivamente. II.-Confirmar la sentencia apelada en todo lo demás que decide y ha sido materia de apelación y agravios.III.- Imponer las costas de alzada de la forma indicada en el considerando IX.

IV.- En atención a lo dispuesto por el artículo 279 del Código Procesal, corresponde dejar sin efecto las regulaciones establecidas en la instancia de grado y fijar los honor arios de los profesionales intervinientes adecuándolos a este nuevo pronunciamiento.

En lo que se refiere a la base regulatoria, este Tribunal considera que, de conformidad con lo establecido por el art. 19 de la ley 21.839, debe considerarse como monto del proceso a los fines arancelarios al capital de condena con más los intereses reclamados y reconocidos en la sentencia (autos “Prevención Aseguradora de Riesgos del Trabajo SA c/Medina Juan J. y otros s/cobro de sumas de dinero” del 27/09/11).

A tales efectos, se tendrá en cuenta el objeto de las presentes actuaciones y el interés económicamente comprometido, naturaleza del proceso y su resultado, etapas procesales cumplidas, y el mérito de la labor profesional apreciada por su calidad, eficacia y extensión, considerando además lo dispuesto por los artículos 1, 6, 7, 9, 10, 19, 33, 37, 38 y concs. de la ley 21.839 -t.o. ley 24.432- En consecuencia, regúlanse los honorarios de los Dres. Mariano Andrés Chiappetta y Jorge Vicente Balaguer, letrados patrocinantes de la parte actora, en la suma de pesos.($.), en conjunto, por sus actuaciones en las tres etapas del proceso. Regúlanse en la suma de pesos.($.), los honorarios regulados al Dr. Jorge Vicente Balaguer por cada una de las incidencias resueltas a fs. 710, 724, 740 y fs. 744.

Los del Dr. Fernando Cracogna, letrado apoderado del codemandado Empresa de Seguridad e Investigaciones Conducta S.R.L. y de la citada en garantía La Segunda Cooperativa Limitada de Seguros Generales en la suma de pesos.($.), por su actuación en la primera y segunda etapa del proceso.

Los del Dr. M. E. F. U., letrado patrocinante del codemandado D. C. H., en las tres etapas del proceso, en la suma de pesos.($.).

Los del Dr.Eduardo Alberto Ghio, letrado apoderado de Fantástico Producciones S.A., en la suma de pesos.($.), por su actuación hasta su renuncia de fs. 551. Los del Dr. M. E. F. U., letrado apoderado de Fantástico Producciones S.A., a partir de fs. 555 en la suma de pesos.($.).

Los de los Dres. J. Luis Marcó, María J. Membrives M., Agustín Morgan y Luis Alberto Peninno letrados apoderados de Compañía de Seguros el Norte S.A., en la suma de pesos.($.), en conjunto, por sus actuaciones en las tres etapas del proceso.

V.- En cuanto a los honorarios del perito, se tendrá en consideración el monto del proceso conforme lo decidido precedentemente, la entidad de las cuestiones sometidas a su dictamen, mérito, calidad y extensión de las tareas, incidencia en la decisión final del litigio y proporcionalidad que debe guardar con los estipendios regulados a favor de los profesionales que actuaron durante toda la tramitación de la causa (art. 478 del CPCC).

Bajo tales pautas se fijan los emolumentos de la perito psicóloga Lic. Silvina Claudia Gugliotta en la suma de pesos.($.). Los del perito médico Jorge Luis Molteni en la suma de pesos.($.), por la aceptación del cargo y tareas preparatorias realizadas en autos.

Respecto de la mediadora, Dra. María Fernanda Rasetti, este Tribunal entiende, que debe aplicarse la normativa vigente al momento de la regulación (cfr. autos “Brascon, Martha Grizet Clementina c. Almafuerte S.A. s/ds. y ps.”, del 25/10/2013, Exp. 6618/2007, en igual sentido, “Olivera, Sabrina Victoria c/ Suárez, Matías Daniel y otro s/daños y perjuicios”, del 1/03/2016, Exp. 9.288/2015, ambos de esta Sala).

En consecuencia, teniendo en cuenta lo dispuesto por el Decreto 2536/2015, modificado por el decreto 266/2018, Anexo I, art. 2°, inc.g), según valor UHOM desde 1/05/2018- se establece el honorario en la suma de pesos.($.).

VI.- En cuanto a las actuaciones cumplidas ante esta Alzada, que culminaran con el dictado el presente pronunciamiento, es de señalar que al haber sido observado el art. 64 de la ley 27.423 (art. 7 del Dec. 1077/2017), corresponde definir la normativa bajo la cual serán regulados los honorarios de los letrados. A tenor de lo previsto por el art. 7 del CCCN a juicio de este Tribunal, resulta de aplicación la doctrina emanada de la CSJN en autos “Francisco Costa e Hijos Agropecuaria c/Buenos Aires, Provincia de s/daños y perjuicios” (CSJN, 12/09/1996, Fallos 319:1915) -postura que mantuvo a lo largo del tiempo en sus diversos fallos (conf. “Ferrarotti S.A. c. D.G.I.”, 12/09/2002, Fallos 325:2251; “Amigo, P. G. c. Oviedo, C. A.”, 10/05/2005, Fallos 328:1381; “Coronel, M. F. v. Villafañe, C. A. y otra” , 11/04/2006, entre otros)-.

En razón de ello, se aplicará la ley vigente al momento de la prestación del servicio. Sobre dicha base, y de conformidad con lo previsto por los arts. 6 y 14 de la ley 21.839 -to. Ley 24.432- se regulan los honorarios de los Dres. Jorge Vicente Balaguer y Mariano Adrián Chiappetta en la suma de pesos.($.), en conjunto, los del Dr. M. E. F. U. en la suma de pesos.($.), por su actuación como letrado patrocinante del codemandado H. y en la suma de pesos.($.), por su actuación como letrado apoderado del codemandado Fantástico Producciones S.A.

Con fundamento en lo previsto por el art. 30 de la ley 27.423 y valor del UMA conf. Ac. 13/18, se establece la retribución de los Dres Jorge Vicente Balaguer y Mariano Adrián Chiappetta en la suma de pesos.($.), en conjunto, equivalente a la cantidad de 160,25 UMA. Los del Dr. M. E. F. U. en la suma de pesos.($.), equivalente a la cantidad de 88,14 UMA, por su actuación como letrado patrocinante del codemandado H. y en la suma de pesos.($.), equivalente a la cantidad de 112,17 UMA, por su actuación como letrado apoderado del codemandado Fantástico Producciones S.A. Los del Dr. Luis Alberto Pennino en la suma de pesos.($.), equivalente a la cantidad de 288,46 UMA.

Regístrese, comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública, dependiente de la CSJN (conf. Ac. 15/13), notifíquese a las partes y a la Defensora de Menores e incapaces y, oportunamente, devuélvase.

JOSE BENITO FAJRE

LILIANA E. ABREUT DE BEGHER

CLAUDIO M. KIPER

JUECES DE CÁMARA