Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los días del mes de agosto de dos mil diecisiete, reunidos en Acuerdo los Señores Jueces de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B, para conocer en los recursos interpuestos en los autos caratulados: “Marote Jorge Gabriel c/ Viera Ángel Adriano s/ daños y perjuicios (acc. tran c/les. o muerte)- ordinario-” (EXPTE. Nº 113.299/2008/CA1)” respecto de la sentencia de fs. 533/544, el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver: ¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada?

Practicado el sorteo resultó que la votación debía efectuarse en el siguiente orden Señores Jueces Doctores: ROBERTO PARRILLI – CLAUDIO RAMOS FEIJOO – MAURICIO L. MIZRAHI.

A la cuestión planteada, el Dr. Parrilli dijo:

1.- Los antecedentes del caso y la sentencia impugnada Jorge Gabriel Marote demandó a Ángel Adriano Viera; César Darío Germade; Gabriela Ester Mattio; Ester Consuelo Silvestri y “Empresa de Transportes Pedro de Mendoza Empresa de Comercio CISA”, por los daños y perjuicios sufridos a causa del fallecimiento de Juana L. Rearte sucedido el día 30 de diciembre de 2006. Dijo que aquél día, alrededor de las once y media de la mañana, el interno 17, dominio FKF, de la línea 29 perteneciente a la empresa demandada, conducido por Cesar Darío Germade transitaba por la calle Necochea de esta ciudad y, al emprender el cruce de la calle Pinzón, fue embestido en la parte trasera por el camión Mercedes Benz (dominio BTE-807, con acoplado dominio CAK-083) -conducido por el Ángel A. Viera- quien circulaba por la última arteria de mención. Explicó que a causa de la colisión el colectivo se desplazó impactando su parte trasera derecha con el cordón de la vereda Este de Necochea, embistiendo a Juana Lilia Rearte de 81 años, quien falleció en el acto.Expuso que su madre lo dejó al cuidado de Juana Rearte cuando tenía apenas nueve años y que esta última lo crió como si fuera su hijo hasta el día de su fallecimiento. Agregó que a causa del accidente quedó en situación de desamparo moral y económico al perder la ayuda estable que recibía de la víctima. Solicitó la citación en garantía de “Federación Patronal Seguros S.A.” y “La Economía Comercial S.A. de Seguros Generales”. En la sentencia obrante a fs. 533/544, luego de examinar las pruebas y destacar la incidencia de lo actuado en sede penal, el Sr. Juez de la anterior instancia rechazó la demanda respecto de César Darío Germade y “Empresa de Transportes Pedro de Mendoza Empresa de Comercio CISA” y la admitió con relación a Ángel Adriano Viera; Pedro Pérez; Gabriela Ester Mattio; María Ester Consuelo Silvestri y “Federación Patronal Seguros S.A.”, aunque sólo en un 80%, pues consideró que el obrar de la víctima tuvo una incidencia causal de un 20 %. En consecuencia, condenó a los antes nombrados a pagar al actor $140.000- pesos ciento cuarenta mil – con más sus intereses – a liquidarse conforme a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina- desde el día del hecho dañoso y hasta su efectivo pago.

2. Los recursos Contra la referida sentencia, interpusieron recursos de apelación la citada en garantía “Federación Patronal S.A” (v. f. 553) y Jorge Gabriel Marote (v. f. 556), en ambos casos por intermedio de sus apoderados. Dichos recursos fueron fundados por medio de las presentaciones agregadas a fs. 605/613 y fs. 614/622, cuyos traslados fueron contestados a fs. 630/637 y fs. 639/642, respectivamente.

3. Aclaraciones previas.Antes de entrar en el examen del caso y dado el cambio normativo operado con la entrada en vigencia del actual Código Civil y Comercial debo precisar que, al ser el daño un presupuesto constitutivo de la responsabilidad (cfr. arts. 1716 y 1717 del Código Civil y Comercial y art. 1067 del anterior Código Civil), aquél que diera origen a este proceso constituyó, en el mismo instante en que se produjo, la obligación jurídica de repararlo. En consecuencia, de acuerdo al sistema de derecho transitorio contenido en el art. 7° del nuevo Código y como ya lo ha resuelto la Sala (ver mi voto en autos: “D. A. N y otros c/ C. M. L. C S.A y otros s/daños y perjuicios – resp. prof. médicos y aux” del 6-8-2015), la relación jurídica que origina esta demanda, al haberse consumado antes del advenimiento del actual Código Civil y Comercial, debe ser juzgada -en sus elementos constitutivos y con excepción de sus consecuencias no agotadas- de acuerdo al sistema del anterior Código Civil- ley 17.711, interpretado, claro está y como la Sala lo viene aclarando en todos estos casos, a la luz de la Constitución Nacional y de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por nuestro país porque así lo impone una correcta hermenéutica y respeto a la supremacía constitucional. Por otra parte, recuerdo que los jueces no están obligados a analizar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino tan sólo aquéllas que sean conducentes y posean relevancia (ver CSJN, “Fallos”: 258:304; 262:222; 265:301; 272:225, entre otros) y tampoco es obligación referir a todas las pruebas agregadas, sino únicamente las apropiadas para resolver (art. 386, in fine, del ritual; CSJN, “Fallos”: 274:113; 280:3201; 144:611).

4. Los agravios “Federación Patronal S.A” se queja por el rechazo de la falta de legitimación activa y porque se atribuyó a sus asegurados un 80% de la responsabilidad en el accidente.Por otra parte, cuestiona la cuantía de la indemnización concedida por “valor vida”; daño moral y psíquico. Respecto a este último señala que se trataría de una doble indemnización, por carecer de autonomía respecto del daño moral. Finalmente, impugna la tasa de interés aplicable, y su cómputo con relación al “daño psíquico”. De su lado, Jorge Gabriel Marote solicita se atribuya a los condenados la totalidad de la responsabilidad, en virtud de “las gravísimas faltas cometidas” por el conductor del camión (f. 615, primer pfo.) ya que a su entender la víctima fatal de autos “actuó como sujeto pasivo en la producción del accidente” (f. 616). Además, protesta por considerar reducida la indemnización y persigue se incrementen los rubros indemnizatorios.

5. Los agravios al rechazo de la falta de legitimación activa opuesta por la citada en garantía Federación Patronal Seguros S.A (considerando 4.a) “Federación Patronal Seguros S.A” cuestiona el rechazo de esa defensa. Sostiene que la circunstancia de que Jorge Gabriel Marote se encontrase facultado para cobrar la jubilación y pensión de Rearte y que ambos fuesen condóminos de un inmueble, de ninguna manera le otorga status legal de hijo para demandar en este proceso. Agrega que si bien los testimonios incorporados al proceso dan cuenta de una estrecha relación entre el actor y la víctima “…ello tampoco le confiere al Sr.Marote el estado de hijo conforme nuestro derecho positivo vigente, lo cual conlleva necesariamente a que se deba rechazar la acción intentada, por carecer el nombrado de legitimación activa para obrar…” En suma, afirma que “el carácter o estado de hijo no se adquiere por la cercanía que se tenga con una persona, sino que se desprende de un vínculo biológico (hijo biológico) o legal (hijo adoptivo)” y que en este caso ni siquiera se ha acreditado que Rearte fuese tutora del aquí demandante (agravio primero). De su lado, la apoderada del actor – al contestar el traslado de la expresión de agravios antes aludida (ver fs. 630/637)- insiste en la legitimación activa de su representado para pretender un resarcimiento pleno con fundamento en el art. 1079 del CC. La legitimación para obrar constituye la aptitud para pretender aquello que constituye objeto del proceso y, en el caso, no tengo dudas que el actor se encuentra habilitado por la ley para demandar. Es que aquí no se discute que Marote no es hijo de Rearte pues jamás invocó ese carácter para demandar, sólo dijo que fue criado por aquélla “como un hijo”. Sin embargo, la interrupción de la vida de una persona no solamente puede afectar los intereses de sus herederos forzosos, quienes gozan de una presunción de daño prevista en los arts. 1084 y 1085 del Cód. Civil, sino también el de otras personas sin vínculo familiar pero interesadas, quienes deberán demostrar acabadamente el perjuicio sufrido, de acuerdo al art. 1079 del Cód. Civil y ese es el caso del aquí actor. Digo esto porque, como expresaran los testigos- en referencia al hogar formado por Marote y la víctima- “todo lo solventaba ella” (ver declaración de la testigo Mercedes I. Cabral a f.315) y luego del fallecimiento “Gabriel, al principio, la pasó mal, porque no tenía trabajo y sólo estudiaba.Luego se dio con la realidad de que nadie lo ayudaría con esas dos cosas por lo que se tuvo que poner a trabajar” (ver declaración de la testigo Gloria Ester Reartes, sobrina de Juana L. Rearte a f. 314, respuesta 16ª, coincidente con los dichos del testigo Emmanuel Musis Reggiardo quien declara a f. 318, respuesta 14ª que el aquí actor para la época del fallecimiento de la actora sólo estudiaba). De este modo, más allá de la cuantía de lo reclamado – que examinaré más adelante y que es objeto de críticas por ambas partes- y por las razones que expondré al considerar la inconstitucionalidad del art. 1078 del CC, he de proponer al Acuerdo se rechacen las quejas sobre este punto y se confirme el rechazo de la excepción de falta de legitimación activa.

6. Los cuestionamientos a lo resuelto en punto a la responsabilidad. Esta fuera de discusión que, en las circunstancias de tiempo y lugar expuestas más arriba, Ángel Adriano Viera, conductor del camión Mercedes Benz, dominio BTE-807, con semirremolque marca Integral, dominio CAK-083, asegurado por Federación Patronal Seguros S.A. (ver. f.70 vta), “violó el deber objetivo de cuidado, al intentar efectuar un giro cuando el semáforo instalado en el lugar poseía luz roja, imposibilitando su paso. Tal inobservancia en la conducción – cuyo c umplimiento exige el artículo 44, inciso “a” 2 de la ley de tránsito (24.449) le impidió dominar el vehículo y evitar el accidente. Dicha transgresión, generó el impacto contra el colectivo de la línea 29, que se desplazó, embistiendo a la Sra. Rearte, quien falleciera…” (ver f.538 vta p. 3 apartado “c”). Por otra parte, aunque el actor lo negó, está probado que Juana Rearte “… caminaba por la cinta asfáltica, a pocos metros de la vereda par de la calle Necochea…” y resultó aplastada “contra el paredón de la vereda” (ver declaraciones de los testigos Diosnel Cabrera a f.248/249 de la causa penal, quien explica que “todas las personas que circulan por la calle Necochea, cuando cruzan su intersección por Pinzón, lo hacen caminando por el asfalto, ya que en el lugar donde se incrustó el camión las veredas se encuentran elevadas” y Marcelo Fabián Chávez a f. 357 vta, quien coincidiendo con el anterior afirma que “…la Señora circulaba por la calle porque la vereda era alta de unos 6,7 escalones. Al ser una persona mayor se ve que evitó los mismos y optó por circular por la calle…”. Además, compulsar lo explicado por el perito ingeniero designado de oficio a f. 413/ 414 y a f. 435 p. III sobre la mecánica del accidente y lo que ilustran las fotografías extraídas por la Policía Federal obrantes a fs.131/134 respecto a la elevación de la vereda). Pues bien, como ya dije, “Federación Patronal Seguros S.A” se queja pretendiendo se incremente el grado de participación que se le asignara a la víctima en la producción del accidente. En tal sentido, recordando un pasaje de la sentencia, señala que aquella circulaba por un lugar “vedado al tránsito peatonal” lo cual “no resulta indiferente en términos causales” y “constituye un factor de riesgo relevante” (ver f. 606, agravio segundo). A todo evento, observa que “el a quo sostiene que la edad de la víctima y las características de las veredas del lugar donde ocurrió el accidente, pueden haber sido la causa para que la Sra. REARTE se desplazara por la cinta asfáltica y no por la vereda, mas tales circunstancias, de ninguna manera pueden atenuar, mucho menos deslindar la responsabilidad de la nombrada. Justamente es todo lo contrario, la agravan, ya que una persona de edad avanzada como la víctima de 81 años, de presumible movilidad reducida, debe desplazarse como peatón por la vía pública adoptando mayores recaudos de seguridad” (ver f.606). De su lado, el actor afirma que se debe atribuir la totalidad de la responsabilidad al conductor del camión y su aseguradora por las gravísimas faltas cometidas (vgr, violación de la luz del semáforo y circular con sobrecarga). Sostiene que “mal puede atribuírsele responsabilidad a la víctima quien actuó como sujeto pasivo en la producción del daño, con sus 81 años de edad, circulaba por el lugar como peatón, sufrió lesiones de consideración que determinaron el fallecimiento en el lugar” (ver f. 615). Frente a tales agravios cabe preguntarse si, como lo expusiera el Sr. Juez se configuró un supuesto de concurrencia de causas y en su caso si resulta correcto el grado de participación que se le asigna a la víctima. Como enseñaba Llambías, la complejidad para saber cuándo el efecto dañoso que está a nuestra vista debe reconocer su causa en el obrar del sujeto, a quien se le exige responsabilidad, deriva de que “la realidad social no es simple: los hechos no aparecen perfectamente dibujados, sino que, de ordinario, integran un conjunto o masa de acontecimientos que actúan como factores determinantes, condicionantes o coadyuvantes de sucesivos fenómenos” y explicaba que el derecho “no se satisface con una pura relación de causalidad material, puesto que no es una física de las acciones humanas. Aún averiguando que tal hecho deba aceptarse como causa de tal efecto dañoso, esto sólo no basta para concluir que el autor de aquel hecho tenga que afrontar la reparación del daño producido…” (cfr., Tratado de Derecho Civil – Obligaciones- Tomo 1, 4ª ed, Perrot, Buenos Aires,1983, p.366). De allí que en nuestro derecho causa de un daño es solo aquella que según el curso natural y ordinario de las cosas es idónea para producir el resultado. Las demás condiciones, que no producen normal y regularmente ese efecto, serán sólo condiciones antecedentes. Dicho de otro modo, la causa adecuada actúa como el principio en que virtualmente está contenido el efecto.La condición, en cambio, “opera como ambiente o atmósfera propicia para que la causa actúe” (ver Puig Peña, citado por Trigo Represas Félix A- López Mesa Marcelo, en “Tratado de la Responsabilidad Civil”, Tomo I, p.609, n° 951). En el caso, no obstante que la obligación de observar los reglamentos de tránsito le corresponde al conductor y al peatón, lo cierto es que tanto el colectivo, que al ser impactado por el camión resultó desplazado hacia la vereda de la calle Necochea y terminó impactando a la víctima que circulaba por la calzada, como esta última, resultaron meras condiciones instrumentales que jugaron un rol pasivo y se conjugaron para permitir que actuara la verdadera causa del daño que, a mi entender, no es otra que el obrar imprudente del chofer del camión quien violó la señal del semáforo existente en la encrucijada que le impedía el paso, según lo señalara el Sr. Juez, nadie discute y se tuvo por probado en la causa penal n° 3249, sustanciada con motivo del ilícito de autos, donde fuera sobreseído el chofer del colectivo César Darío Germade (ver f.336/337) y condenado por homicidio culposo y lesiones graves el chofer del camión y aquí codemandado Ángel Adriano Viera mediante sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal n° 9 del 8 de noviembre de 2010 (ver fs. 432/443). En suma, la presencia sobre la calzada de Rearte, más allá de la infracción a los reglamentos de tránsito que importa, careció de relevancia causal adecuada para producir el accidente (ver en este sentido, esta Sala, l. n° 463.050, voto del Dr. Sansó, in re, “G,M.G c/ R. J. E.y otro s/ daños y perjuicios” del 10-5- 2007), por lo que habré de proponer al Acuerdo se rechacen las quejas de “Federación Patronal Seguros S.A” y, en cambio, se admitan aquéllas expuestas por el actor atribuyéndose a los codemandados condenados y a su aseguradora antes referida la totalidad de la responsabilidad por los daños causados.

7. El daño patrimonial reclamado La aseguradora condenada sostiene que la perdida de la vida humana no puede indemnizarse como daño patrimonial, sino en la medida que representa un detrimento de esta clase para quien reclama la reparación. Refiere a las pautas a tener en cuenta para fijar la indemnización por “valor vida” y afirma que, contrariamente a lo que sostiene la sentencia caben muchas dudas de que la muerte de Rearte le haya causado un daño patrimonial al actor, considerando los exiguos ingresos que aquélla percibía como jubilada y su avanzada edad. Destaca que el actor es mayor de edad y, por consiguiente, no cuenta con la presunción legal de daño (agravio tercero). Al contestar el traslado la apoderada de Marote afirma que si bien su representado hoy es mayor de edad, no lo era al momento de suceder el accidente y que “conforme se desprende de la totalidad de la prueba producida en autos la Sra. Juana Alicia Rearte, que contaba con 81 años al momento de su muerte, había criado al actor y convivido con él hasta que el hecho de autos le provocara la muerte”. Señala que la muerte de Rearte no sólo sorprendió a su cliente sino que lo dejó en situación de desamparo.Por su parte, se agravia de la cuantía reconocida por esta partida que considera escasa para resarcir el daño causado a su mandante (ver agravio 2º de fs.616 vta/621). Resalta que para cuantificar este daño deben ser analizados los diferentes aspectos que componen la vida normal de la víctima y recuerda que ante la muerte de los padres, debe contemplarse lo necesario para la subsistencia de los hijos hasta que alcancen la mayoría de edad. Sostiene que estos aspectos no han sido analizados con profundidad en la sentencia.

La Corte Federal ha dicho que “la supresión de una vida, aparte del desgarramiento del mundo afectivo en que se produce, ocasiona indudables efectos de orden patrimonial como proyección secundaria de aquel hecho trascendental, y lo que se mide en signos económicos no es la vida misma que ha cesado, sino las consecuencias que sobre otros patrimonios acarrea la brusca interrupción de una actividad creadora, productora de bienes. En ese orden de ideas, lo que se llama elípticamente la valoración de una vida humana no es otra cosa que la medición de la cuantía del perjuicio que sufren aquellos que eran destinatarios de todo o parte de los bienes económicos que el extinto producía, desde el instante en que esta fuente de ingresos se extingue” (Fallos 316:912; 317:728 ,1006 y 1921; 318:200; 320:536; 322:1393; 323:3614; 324:1253 y 2972; 325:1156). Como expuse en el considerando 5° el fallecimiento de Rearte produjo un perjuicio económico a Marote pues ella se ocupaba de afrontar los gastos del hogar y de la propiedad que tenían en condominio. Sin embargo, a mi entender, el monto reconocido en la sentencia resulta elevado.

Para empezar, cuando sucedió el accidente Marote tenía 20 años y si bien era menor (repárese que la ley 26.579, que estableció la mayoría de edad a los 18 años fue publicada en B.O el 22-12-09), en menos de dos meses alcanzaría la mayoría de edad.Además, nada le impedía realizar contrato de trabajo desde los 18 años (cfr. art. 32 LCT) y tanto es así que, aproximadamente a las dos semanas de fallecida Rearte, ya había comenzado a trabajar, sin contar que fue ayudado por su familia biológica a afrontar los gastos del sepelio, como el mismo lo expuso al realizar el psicodiagnóstico (ver f. 375 vta) y que bien podía requerirle a aquélla el pago de alimentos. En ese marco, ponderando que la víctima de 81 años no tenía obligación alimentaria para con Marote – próximo a cumplir 21 años – ; que los ingresos de aquélla se limitaban a su jubilación y pensión que ascendían a unos $ 1.100 por mes (ver f.18, beneficios n° 09-0-9219961-0-3 y 15-5-9142647-0-2); que no hay elementos para suponer un incremento futuro de sus aportes al hogar (por el contrario parece más lógico presumir que fuese el actor quien comenzara a ayudar a su madre de crianza al menos al culminar sus estudios de enfermería en un plazo razonable de cuatro años) y que nada impedía – más allá de la ayuda que pudiera recibir de Rearte y que se fundaba en el afecto que aquélla tenía por él- que el actor exigiera alimentos a sus padres biológicos, con quienes no había perdido el contacto (ver f. 375 vta), entiendo que la indemnización por este rubro no puede superar los $ 24.000 por lo que propongo al Acuerdo admitir parcialmente las quejas de la aseguradora y reducir esta partida indemnizatoria hasta la suma indicada. 8. El daño moral y el daño psíquico la legitimación del actor la inconstitucionalidad del art. 1078 del CC

El Sr. Juez de la anterior instancia señaló que aun cuando el actor no había cuestionado la constitucionalidad del art.1078 del CC, en cuanto restringía la legitimación para accionar por daño moral al disponer que “…si del hecho resultare la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos”, no existía óbice para declararla de oficio y, apartando la valla impuesta por la referida norma, dispuso se indemnizara al actor con la suma de $ 40.000 por el daño moral sufrido a raíz de la repentina, violenta e inesperada muerte de Lilia Rearte pues entendió suficientemente probado que ambos constituían un grupo familiar y que esta última había criado como su hijo a Gabriel Marote desde los nueve años. Por otra parte, luego de ponderar las conclusiones de la pericia psicológica de la cual surge que el actor presenta una incapacidad psíquica del 15 % por un cuadro de “duelo patológico de leve a moderado” el Sr. Juez decidió indemnizarlo con $ 60.000. “Federación Patronal Seguros S.A” se agravia porque el Sr. Juez declaró de oficio la inconstitucionalidad de la norma arriba referida. Afirma que dicha restricción legal tiende a evitar la incertidumbre sobre los posibles damnificados y el peligro de multiplicidad de reclamaciones. Cita jurisprudencia que avala su postura y recuerda que la inconstitucionalidad de una norma es la última ratio del ordenamiento jurídico.Del mismo modo, cuestiona la suma reconocida para indemnizar esta partida calificándola de “excesiva, desmesurada e infundada”. (ver f.611 vta, agravio quinto). En cuanto al daño psíquico, además de considerar que la suma reconocida resulta desproporcionada con el porcentaje de incapacidad fijado, pide se rechace esta partida como daño autónomo pues cabe incluirlo dentro del daño moral (agravio cuarto). La apoderada del actor al contestar el traslado de la expresión de agravios antes referida señala que “el daño moral fue ciertamente experimentado por el actor no se trata de “una simple situación de hecho, como ser hijo de crianza”, teniendo en cuenta las consecuencias derivadas del accidente que se reconocen como ciertas en la sentencia, lo que determina una incapacidad psicológica del 15 %, no puede considerarse que la suma otorgada por ese rubro, resulte representativa de los perjuicios experimentados”(ver f.635) y señala que “el actor está legitimado para reclamar el daño moral como lo ha hecho, y el juez que es conocedor de derecho habilitado para aplicar la norma y en su caso declararla inconstitucional” (ver f.635 vta). En lo que concierne al daño psíquico solicita se confirme lo decidido en la anterior instancia pues remarca que “tiene entidad conceptual diversa al daño moral y a la indemnización por incapacidad” (ver f. 634 vta). Por su parte, en su expresión de agravios procura se incrementen tanto las sumas reconocidas para indemnizar el daño moral como aquéllas fijadas para reparar el daño psíquico. Precisados los agravios, he de examinar en primer lugar lo atinente a la declaración de inconstitucionalidad del art. 1078 del CC, ley 17.711 norma que, como ya lo expusiera en el considerando 3° es la que resulta aplicable al caso y, por consiguiente, lo relativo a la legitimación del actor para pretender el resarcimiento del daño moral que este dice haber sufrido a raíz del fallecimiento de Juana L. Rearte.El primer agravio que introduce “Federación Patronal S.A” es el atinente a la declaración de oficio de la inconstitucionalidad antes aludida y adelanto no puede prosperar. Es que, como señaló la Sala, in re, “Smaira A, s/ sucesión ab-intestato” del 8 de noviembre de 2010, R. 565.111, “el sistema de control norteamericano fue trasplantado a nuestro medio en el caso “Sojo, Eduardo c/ Cámara de Diputados de la Nación” de 1887, en el cual la Corte Federal se encargó de transcribir las nociones fijadas en el precedente norteamericano. Y mucho más recientemente en el tiempo, y luego de un recorrido marcado por avances y retrocesos, dicha Corte admitió la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad del precepto, con alcance al caso concreto en el cual se examina (art. 2° de la ley 27), en forma oficiosa (ver “Mill de Pereyra y otro c/ Provincia de Corrientes”, 27/9/01, y ratificada en “Banco Comercial de Finanzas S.A.”, Fallos 327:3117 y en 31/8/2010, “Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo”, LL, 09/09/2010, 7)”. Agregando que “para habilitar la declaración de inconstitucionalidad de oficio sólo será necesario que exista una pretensión que reclame una prestación determinada, que exista una norma, no cuestionada por el pretensor, que lo impida y que ésta sea contraria a otra de jerarquía superior. Todo ello en el marco de un “caso” o “controversia”, de forma tal que efectuado el control de constitucionalidad en ese contexto no violará ni la división de poderes -exista o no petición de la parte-, ni el derecho de defensa de los litigantes; los cuales han tenido la oportunidad de expedirse con libertad sobre la cuestión propuesta (cfr. Trionfetti, Víctor R., en Falcón, Enrique M., Tratado de Derecho Procesal Constitucional, T° I, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2010, p.536)”. Por otra parte, cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones (cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. En igual sentido, caso Heliodoro Portugal vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008, párr.1806; entre otros). Dicho control oficioso es una obligación que se impone a los “los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles” (cfr. caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010) y a toda autoridad pública (cfr. caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones.Sentencia de 24 de febrero de 2011).

Por su parte, en el precedente “Mazzeo” (Fallos”: 330:3248) y en relación al referido control de convencionalidad, la Corte Federal enfatizó que “la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)” que importa “una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos” (considerando 20). Descartado así el agravio relativo a la declaración oficiosa de la inconstitucionalidad, debo decir que esta Sala, antes de mi incorporación, ha rechazado la inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil en tanto establecía que en caso de muerte de la víctima, el daño moral sólo podía ser reclamado por “los herederos forzosos”, aunque, atinadamente, aclaró que esa decisión se adoptaba “sin perjuicio de lo que pueda corresponder decidir en otras situaciones sustancialmente diferentes a lo que acontece en la presente causa” (cfr. votos del Dr. Mizrahi, in re, “Serrano, Miguel Angel c. Nazar, Romulo Gabriel y otro s/daños y perjuicios”, Expte. Libre N° 609.164 y acumulados, del 01/10/2013 y, en igual sentido, in re, “V., C. F. c. A., S. H. s/ daños y perjuicios” del 27/05/2014, publicado en ED 258, 612, La Ley on line, AR/JUR/38970/2014). Del mismo modo, como juez de primera instancia, también he rechazado planteos de inconstitucionalidad relativos a las restricciones que consagra el art. 1078 del CC para pretender el resarcimiento del daño moral, aclarando que ninguno de los interesados había probado las lesiones extra patrimoniales que habían alegado (cfr. “S.H.A, y otros c/ C. de P. S.1574 y otros s/daños y perjuicios-ordinario” del 11-10-2013). Sin embargo, en este caso, hay tres circunstancias que no pueden soslayarse a la hora de juzgar la inconstitucionalidad. La primera es que el Código Civil y Comercial, introdujo una importante mo dificación en materia de legitimación para reclamar el daño moral al establecer en su artículo 1741 que “Está legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado directo. Si del hecho resulta su muerte o sufre gran discapacidad también tienen legitimación a titulo personal, según las circunstancias, los ascendientes, descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible”. La segunda es que aquí se ha probado que Juana Lilia Rearte y su esposo- quien falleciera con anterioridad- conocieron a Marote desde muy pequeño y a los nueve años se ocuparon exclusivamente de su crianza. En este sentido, el testigo Marcelo Horacio Aquino (ver f.311/312) expuso, con relación al vinculo que unía a Rearte con el aquí demandante, que esta “era su tutora, la persona que lo crió… Era como un hijo” (respuesta 2ª) aclarando que “Se hacía cargo de los alimentos, estudios” (respuesta 6ª). Por su parte, Gloria Ester Rearte (ver fs.313/314) sobrina de la víctima – refiriéndose al aquí actor- lo menciona como “su sobrino” aunque aclara que no lo es biológicamente y narra cómo su tía Lilia “Lo crió, para ella era como su hijo. Al principio a partir de los seis meses de edad de Gabriel, toda vez que convivían en el mismo conventillo…. A partir de los 9 años ya se quedaba a vivir con la Sra. Reartes… estaba bien cuidado y amado…” (ver respuesta 2ª). Además, explica que la propiedad en la cual vivían su tía y el aquí actor “era de su tía y de su esposo. La parte del esposo de la Sra.Rearte fue cedida a Gabriel” (ver respuesta 5ª y copia del título de propiedad obrante a fs.7/9) y que la fallecida se ocupaba de la “alimentación, ropa y colegio” del aquí actor, habiéndola acompañado a “realizar dichos gastos” (ver respuesta 6ª). También Mercedes I. Cabral (ver f.315/318) expone que “conoce al actor desde que tenía un año y meses” y explica que la fallecida Lilia Rearte “adoptó al Sr. Marote desde pequeño, lo tenía allí en el conventillo. No legalmente, si lo adoptó en su casita, junto a su marido, ya que no tenían hijos… A los 9,10 años de Marote ya vivían juntos. Viajaban a Córdoba ya desde esa época asiduamente una o dos veces por año, con la familia de la Srea. Reartes….” (ver respuesta 2ª). En forma coincidente con los anteriores declarantes aclara que la fallecida se ocupaba de pagar el colegio del aquí actor, “alimentos todo” y afirma “para ella era el hijo que nunca tuvo” (ver respuesta 6ª). En similares términos se pronuncia el testigo Emmanuel Musis Reggiardo (ver fs. 317/318), compañero de colegio del actor, quien narra que cuando iba a la casa del actor a hacer tareas escolares “el trato era de madre e hijo.era como una madre… le decía “hijo” (ver respuesta 10ª y confrontar el informe remitido por el Colegio San Juan Bosco “La nocturna” obrante a f.305 donde consta que “la Sra. Juana Lilia Rearte oficiaba de tutora” del aquí actor). Finalmente, hay una última razón a considerar y es que está probado que el fallecimiento de Juana L. Rearte produjo en el actor un “duelo patológico de leve a moderado” que según la perito psiquiatra designada de oficio le provoca una incapacidad psíquica del 15% (ver f. 394). Además, los testigos coincidieron en señalar que luego del fallecimiento de Rearte el aquí actor “Se quedó mal.Emocionalmente no quedó bien, como cualquier persona cuando se le muere un familiar cercano” (ver testigo Aquino, respuesta 8ª); “emocionalmente quedó destruido” (ver testigo Gloria E. Reartes respuesta 8ª) ;”quedó muy mal, para él era su mama, su abuela, su familia su todo”(ver testigo Cabral, repuesta 8ª) y “quedó mal…Estaba angustiado” (ver testigo Musis Reggiardo, respuesta 8ª). Frente a estas circunstancias probadas en el expediente y al quedar este caso -como ya lo adelantara en el punto 3°- aprehendido por el anterior Código Civil, es ineludible preguntarse si el límite fijado en el art. 1078 del referido ordenamiento para reclamar el daño moral, supera los aludidos controles de constitucionalidad y convencionalidad y, adelanto mi respuesta es negativa. La Corte Interamericana, en su calidad de órgano del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), ha desarrollado en los casos de violaciones a los derechos humanos y a partir del caso “Velásquez Rodríguez Vs. Honduras”, del 21 de julio de 1989, el concepto de reparación integral explicando que “consiste en la plena restitución (restitutio in integrum), lo que incluye el restablecimiento de la situación anterior y la reparación de las consecuencias que la infracción produjo y el pago de una indemnización como compensación por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales incluyendo el daño moral” (ver párrafo 29) y al referirse a este último ha señalado que puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causadas a las víctimas directas y a sus familiares, como el agravio de valores muy significativos para las personas y otras perturbaciones que no son susceptibles de medición pecuniaria, así como las alteraciones de las condiciones de existencia de la víctima o su familia (“Caso del Caracazo vs. Venezuela”, del 29/08/02, párr. 94; “Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia” del 27/02/02, párr.77; entre otros). Por su parte, la Corte Federal ha sostenido, en orden a la afectación del principio alterum non laedere, que el derecho de las víctimas a obtener una reparación plena e integral ostenta rango constitucional, puesto que el artículo 19 de la Carta Magna establece el principio general “que ‘prohíbe a los «hombres» perjudicar los derechos de un tercero’ (.) que se encuentra ‘entrañablemente vinculado a la idea de reparación'” (Fallos: 327:3753; 335:2333) y ha señalado que el valor de la vida humana no resulta apreciable sólo sobre la base de criterios exclusivamente materiales, puesto que las manifestaciones del espíritu también integran el valor vital de los hombres (Fallos: 327:3753 y sus citas). En la misma dirección la Corte IDH ha dicho que la fijación de las reparaciones debe fundarse en la víctima como ser humano integral, y no en la perspectiva degradada de homo economicus de nuestros días (cfr. Caso de los Niños de la Calle. Villagrán Morales y otros vs. Guatemala”, del 26/05/01). Pues bien, en punto a determinar la razonabilidad de la norma que venimos analizando, no debe prescindirse de las consecuencias que se derivan de cada criterio, pues ellas constituyen uno de los índices más seguros para verificar su razonabilidad y su coherencia con el sistema en que está engarzada la norma (Fallos: 307:1018 y 2200). En el caso, a tenor de las pruebas producidas en este expediente y que he reseñado más arriba, las cuales dan cuenta de un indudable daño moral por parte del actor a causa del fallecimiento de Juana L. Rearte, la aplicación del art. 1078 del CC conduciría a privar al demandante de la ya explicada reparación integral contrariando la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos.Por otra parte, no puede soslayarse que el artículo en examen, al circunscribir la legitimación en caso de fallecimiento de la víctima, a quiénes están unidos con la misma por matrimonio o parentesco en línea ascendente o descendente, establece un privilegio por sobre la situación de quienes, como el aquí demandante, formaron una familia sin vínculo de sangre pero cimentada en los afectos, violentando el derecho a la igualdad consagrado en el articulo 16 y en los instrumentos internacionales de derechos humanos enumerados en el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional. Digo que la discriminación consagrada resulta arbitraria, porque como lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, invocando el artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no existe un modelo tradicional de familia (Corte IDH, “caso Atala Riffo y niñas vs. Chile”, sentencia del 24/02/11, párrafos 142, 172 Y 173). Por lo expuesto, creo que, en las muy especiales circunstancias del presente caso, el artículo 1078 del Código Civil deviene inconstitucional tal como lo decidiera el Sr. Juez de la anterior instancia y, por consiguiente, Marote se encuentra legitimado para demandar un resarcimiento pleno que abarque no solo el perjuicio patrimonial sino también el daño moral sufrido. En esta dirección, no puedo dejar de agregar que la ampliación de la legitimación para demandar el daño moral a quienes convivían con la víctima recibiendo de aquélla “trato familiar ostensible” que consagró el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, sancionado por ley 26.994, -v. ley 27.077 -encontró su fundamento en los precedentes jurisprudenciales que acogían la visión constitucional del acceso a la reparación y la protección de la familia. Como consecuencia de lo antes expuesto y de conformidad con lo dictaminado a fs. 646/650 por el Sr. Fiscal de Cámara, he proponer al Acuerdo que se rechacen las quejas de “Federación Patronal S.A”, se confirme la declaración de inconstitucionalidad del art.1078 del CC y por consiguiente se tenga por legitimado al actor para reclamar la indemnización del daño moral. En cuanto al daño psíquico y a las quejas relacionadas con su indemnización autónoma, debo decir que la Sala viene sosteniendo, con criterio que comparto, que “la guerra de las etiquetas” o debate acerca de la denominación que corresponde dar a tales o cuales daños, así como “la guerra de las autonomías” o debate sobre si estos daños integran la categoría de los morales o patrimoniales, o por el contrario, si tienen autonomía o forma de una categoría propia, distinta, es un quehacer que no afecta al fondo de la cuestión (cfr. Mosset Iturraspe, Jorge El daño fundado en la dimensión del hombre en su concreta realidad, publicado en la Revista de Derecho Privado y Comunitario T 1, Daños a la Persona, págs. 9 a 39, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 1992). Lo importante es que se indemnice todo el daño no como se lo rotule. Sobre la base de lo expuesto y al no surgir claramente del dictame n pericial que la lesión psíquica resulte de carácter permanente ni que influya en las capacidades del actor habré de subsumir esa partida dentro del daño moral (ver CSJN, Fallos: 315:2834; 321:1124; 322:1792; 326:820 y 327:2722 y esta Sala, mi voto, in re,”Blanco Hugo César c/ Díaz José Luis y otros s/ daños y perjuicios” del 19-2-2016). Frente a las constancias reseñadas y a los fines de cuantificar la partida he de considerar: a) la edad de Marote y de la víctima a la fecha del hecho; b) las sumas reconocidas en casos donde se demanda el resarcimiento de una madre (ver en ese sentido el precedente de la Sala antes referido); c) que más allá de la profunda relación afectiva que tenía con la fallecida Juana L.Rearte, lo cierto es que el actor no perdió contacto con su madre y su familia biológica – al punto que recibió ayuda de aquéllos al producir el fallecimiento de su madre de crianza-; d) la estimación realizada por el propio demandante al demandar, respecto al daño moral sufrido ($50.000) y e) el daño psíquico verificado en el dictamen pericial que, como ya dije, queda subsumido en el moral. En consecuencia, propongo al Acuerdo que haciendo uso de las facultades conferidas en el art. 165 del Código Procesal se conceda por este rubro la suma total de $ 80.000. 9. Intereses Federación Patronal Seguros S.A cuestiona que se haya decidido aplicar la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina para liquidar los réditos desde el día del accidente y hasta el efectivo pago de la condena (agravios sexto y séptimo). Expresa que la aplicación lisa y llana del plenario Samudio resulta injusta y violatoria de los derechos de su mandante pues “existe la evidente posibilidad de recaer en un enriquecimiento indebido a favor de la parte actora” ya que las indemnizaciones fueron establecidas “a valores actualizados a la fecha de la sentencia” (ver f.612). Asimismo, se agravia porque los intereses en el caso del daño psicológico deben, a su entender, computarse desde la sentencia (ver f. 612 vta). La queja no puede prosperar. En 1991, luego del fenómeno hiperinflacionario vivido en 1989, se sanciona la llamada ley 23.928, quedando desde entonces prohibida toda “indexación” por precios, actualización monetaria, variación de costos o cualquier otra forma de repotenciación de las deudas. Esta prohibición se mantuvo aún en el marco de la crisis económica que atravesó nuestro país a fines de 2001 ocupándose el art.4 de la ley 25.561 de remarcar que no “se admitirá actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deudor” y aún perdura. La circunstancia de que, en este caso, la obligación a cargo de los demandados consista en una deuda de valor, que el juez traduce en una suma de dinero al momento de dictar sentencia- como compensación por el perjuicio sufrido- no puede llevar a pensar que no hubiese resultado exigible con anterioridad y tampoco permite sostener (como los recurrentes) que ese quantum así determinado contenga mecanismos de actualización o cualquier otro que configure una repotenciación o indexación de deuda, como ocurría en un contexto de hiperinflación donde si resultaba acertado hablar de un interés puro del 6 % u 8% sobre las sumas así “actualizadas” o “indexadas”. Es por esa razón que esta Sala, viene sosteniendo que para estos casos debe aplicarse la tasa de interés activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina desde la mora y hasta el efectivo pago que hagan los deudores, siguiendo la doctrina del fallo plenario del fuero in re, “Samudio de Martínez, L. c/ Transportes Doscientos Setenta SA” que resulta obligatoria – para los réditos devengados desde la mora y hasta la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, al haberse derogado el art. 622 del CC- en los términos del art. 303 del CPCCN, precepto este que la Sala considera vigente en su redacción originaria (ver en este sentido “Pérez Horacio Luis c/ Banco Sáez SA s/ ejecución de honorarios, pub.LL CITA ONLINE AR/JUR/55224/2013, del 30/08/2013). En consecuencia, deberá aplicarse la referida tasa activa en los casos en que la misma no genera o configura un “enriquecimiento indebido”. Si así fuera e importara una situación excepcional que se apartara de la regla general establecida en el referido plenario debe ser probada en forma clara por el deudor en el ámbito del proceso (cf. art. 377 del CPCCN), circunstancia que no se verifica en el presente. Repárese en este último sentido que durante el año 2016 se registró, en forma paralela a la prohibición de indexar, una inflación interanual que superó el 40 % y que fue la mayor de los últimos catorce años. En ese marco, habiéndose dictado la sentencia recurrida en mayo del año pasado, mal puede afirmarse que existe un enriquecimiento sin causa del acreedor. En la misma dirección, debo aclarar que con relación a los intereses devengados a partir de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y hasta el efectivo pago, al ser una consecuencia no agotada de la relación jurídica que diera origen a esta demanda, la tasa que resulte aplicable para liquidarlos por imperio del art. 768 del citado ordenamiento, nunca podrá ser inferior a la activa antes referida, pues ante la falta de pago en tiempo de la indemnización y dadas las actuales circunstancias económicas iría en desmedro del principio de la reparación plena del daño que se ha causado a los pretensores (ver art. 1740 del mismo Código) a la vez que fomentaría la demora del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones, contrariando la garantía del actor a hacer efectivo su derecho (cfr. art. 18 de la CN). Finalmente debo decir que en el ámbito de la responsabilidad aquiliana, como lo es el caso, la mora es automática, por lo que el curso de los intereses moratorios comienza a partir de cada perjuicio sufrido por la víctima (CNCiv.en pleno del 16/12/58 en autos “Gómez c. Empresa” publicado en La Ley 93/667; FALLOS 191:280; 238:44; 274:377, entre otros) y en el caso del daño psíquico es claro que se consumó en el día en que se produjo el fallecimiento de la madre de crianza del actor. En razón de lo expuesto, he de proponer al Acuerdo rechazar las quejas sobre este punto y confirmar lo decidido en la anterior instancia. Por las consideraciones expuestas propongo al Acuerdo: I) modificar la sentencia recurrida estableciendo que cabe atribuir a los demandados condenados y su aseguradora el total de la responsabilidad; II) reducir el monto de la condena por valor vida a la suma de $ 24.000 y subsumir el daño psíquico dentro del daño moral y fijar por esta partida una indemnización total de $ 80.000. En consecuencia, la condena se fija en la suma total de $ 104.000 – pesos ciento cuatro mil – más intereses según considerando 9°; III) confirmar la sentencia recurrida en todo lo demás que fuera materia de recurso; IV) las costas de Alzada se imponen a la aseguradora “Federación Patronal S.A.” pues resulta sustancialmente vencida (art. 68 del CPCCN) y cabe mantener la reparación integra del daño causado. Así lo voto.

Los Dres. Ramos Feijóo y Mizrahi, por análogas razones a las aducidas por el Dr. Parrilli, votaron en el mismo sentido a la cuestión propuesta. Con lo que terminó el acto: PARRILLI-MIZRAHI-RAMOS FEIJOO-.

Es copia fiel del Acuerdo que obra en la Pág. n° a n° del Libro de Acuerdos de esta Sala B de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.

Buenos Aires, 16 de agosto de 2.017.-

Y VISTOS:Por lo que resulta de la votación que instruye el Acuerdo que antecede, se resuelve:I) modificar la sentencia recurrida estableciendo que cabe atribuir a los demandados condenados y su aseguradora el total de la responsabilidad; II) reducir el monto de la condena por valor vida a la suma de $ 24.000 y subsumir el daño psíquico dentro del daño moral y fijar por esta partida una indemnización total de $ 80.000. En consecuencia, la condena se fija en la suma total de $ 104.000 – pesos ciento cuatro mil – más intereses según considerando 9°; III) confirmar la sentencia recurrida en todo lo demás que fuera materia de recurso; IV) las costas de Alzada se imponen a la aseguradora “Federación Patronal S.A.” pues resulta sustancialmente vencida (art. 68 del CPCCN) y cabe mantener la reparación integra del daño causado. Así lo voto. Regístrese, notifíquese por cédula por Secretaría. Fecho, publíquese (c. Acordada 24/2013 CSJN).

Cumplido, devuélvanse las actuaciones a primera instancia.