



ACUERDO Nº 66. En la ciudad de Neuquén, Capital de la Provincia del mismo nombre, a los veintidós días del mes de agosto del año dos mil doce, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal Administrativa del Tribunal Superior de Justicia integrada con los Señores Vocales **Doctores OSCAR E. MASSEI y RICARDO TOMAS KOHON**, con la intervención de la Secretaria Subrogante de la Secretaría de Demandas Originarias, Doctora Luisa A. Bermúdez, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: "**VAZQUEZ NINFA ROSA C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN Y OTRO S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA**", expte. nº 1344/04, en trámite por ante la mencionada Secretaría del Tribunal y, conforme el orden de votación oportunamente fijado, el Señor Vocal **Doctor RICARDO TOMÁS KOHON** dijo: **I.-** A fs. 104/115 se presenta la Sra. Ninfa Rosa Vazquez, por apoderado y con patrocinio letrado, quien lo hace por derecho propio y en representación de sus hijos menores E. E. A. (actualmente fallecido), M. A. A. y P. P. V..

Interpone demanda contra la Provincia del Neuquén y contra la Comisión de Fomento de Manzano Amargo por la deficiente prestación del servicio de alumbrado público y señalización, y solicita el pago de los daños y perjuicios irrogados los que ascienden a la suma de pesos trescientos cuatro mil doscientos sesenta y nueve con cuarenta y ocho centavos (\$304.269,48) o lo que en más o en menos surja de las pruebas que se rindan, con imposición de costas a los demandados.

Manifiesta que con fecha 19 de julio de 2001, en la localidad de Manzano Amargo ocurrió un accidente que le costó la vida a Pedro Pablo Alfaro, su concubino y padre de sus hijos.

Recuerda que ese día, se presentaba con lluvias y nevadas intermitentes. Afirma que siendo, aproximadamente, las 21 horas, el Sr. Alfaro y su amigo Sr. Aravena, se retiran del



bar de propiedad del Sr. Esau Morales, a fin de dirigirse a sus respectivos domicilios.

Sostiene que, por esa época, el alumbrado público de la localidad era por demás deficiente. En esas condiciones y con un tiempo inclemente, asegura, el Sr. Alfaro comenzó a transitar por una calle pública en dirección a su domicilio, para luego trasponer un predio donde se encontraba el galpón de la Comisión Vecinal y finalmente caer en un pozo existente en ese lugar de 2,5 metros de diámetro y 2 metros de profundidad, que se encontraba con un nivel de agua de, aproximadamente, 1,65 metros, con paredes de tierra y piedras semicompactadas.

Señala que dicho pozo se encontraba destapado, sin ningún tipo de vallado ni indicación de su presencia y en un predio de fácil acceso y habitual tránsito peatonal.

Refiere que las circunstancias apuntadas determinaron que el Sr. Alfaro se sumergiera totalmente, dado que su altura no superaba los 1,60 metros. Dice que el agua existente no permitió a su concubino salir del pozo, convirtiéndose así en una trampa mortal, que provocó su ahogamiento e hipotermia, dadas las bajas temperaturas existentes.

Remarca que se trataba de una noche cerrada, con lluvias y nevadas aisladas que dificultaban la visión, ayudado por la falta de un adecuado sistema de iluminación de la vía pública.

Destaca la grave negligencia en que incurrieron los funcionarios de la Comisión de Fomento, al construir un pozo en época invernal, en una zona donde abundan las lluvias y las nevadas, en una dependencia municipal de fácil acceso para los habitantes del paraje. Afirma que el pozo se encontraba destapado, lo que provocó que se llenara de agua, sin vallado ni iluminación que facilitara la identificación del mismo y evitara accidentes como el ocurrido.



Con relación a los antecedentes de la acción, afirma que, con fecha 24 de junio de 2003 interpuso demanda de daños y perjuicios contra la Comisión de Fomento de Manzano Amargo y el Estado Provincial del Neuquén, ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la V Circunscripción judicial.

Relata que, mediante sentencia interlocutoria del 20/08/03 el juez se declaró incompetente y ordenó la remisión de las actuaciones a la Secretaría de Demandas Originarias de este Tribunal Superior de Justicia, en la inteligencia de que el objeto de la demanda constituía materia típicamente administrativa.

Continúa su narración y afirma que, mediante Resolución Interlocutoria Nro. 4169/03 este Tribunal declaró su competencia y la inadmisión de la acción, ya que se trataba de determinar la responsabilidad del Estado, y no se había cumplido con la exigencia constitucional del previo reclamo administrativo.

En virtud de ello, prosigue, con fecha 10 de junio de 2004, inició formal reclamo administrativo contra la Comisión de Fomento, el que fue desestimado mediante Resolución Nro. 81/04 emitida sin dictamen previo del servicio jurídico pertinente.

Contra dicha resolución, asegura, interpuso recurso jerárquico ante el Sr. Gobernador, el que fue rechazado por el Decreto PE N°2633/04.

En punto a la responsabilidad que le endilga a los demandados, indica que la construcción de un pozo de dos metros de profundidad, sin indicación alguna ni vallado, sin iluminación adecuada y destapado, constituye una "cosa riesgosa" que origina la responsabilidad que surge de las previsiones contenidas en el segundo párrafo del artículo 1113 del C. Civil.



En este sentido, apunta, el Estado Provincial resulta responsable, puesto que es el dueño del lugar donde ocurrió el accidente. Esto se desprende, afirma, de la normativa que rige las Comisiones de Fomento Rurales, concretamente, el Decreto 1759/94, 2286/05 y cctes.

Interpreta que, si las Comisiones de Fomento Rurales son entes que constituyen delegaciones del Poder Ejecutivo Provincial, cuyas autoridades son designadas y removidas por el gobierno provincial, y no cuentan con patrimonio propio ni son propietarias del espacio geográfico en el que se desenvuelven, la responsabilidad por los eventos dañosos que acontecen en el lugar, sería directa del Estado Provincial.

Sin perjuicio de ello, estima que la Comisión de Fomento Rural de Manzano Amargo también es jurídicamente responsable del evento dañoso, no ya por ser dueña del predio sino por ser guardián de la cosa riesgosa y cuyos funcionarios tenían a su cargo la prestación del servicio de alumbrado y señalización.

Desde otro ángulo de análisis, y con cita de Dromi, interpreta que la responsabilidad de la Comisión de Fomento sería directa porque tenía a su cargo la ejecución de la obra y la prestación del servicio de alumbrado público, cuyas deficiencias originaron el trágico evento. Respecto del Estado Provincial, afirma, la responsabilidad sería indirecta, por el hecho de sus entes.

En punto al resarcimiento pretendido, señala que los rubros indemnizables son el lucro cesante y el daño moral.

Respecto del primero, considera todas las ganancias que se privó de percibir a los hijos por el evento dañoso, y a ella misma, en tanto concubina. Afirma que es desocupada y que el único sustento familiar lo constituía el Sr. Alfaro. En concepto de lucro cesante solicita la suma de \$104.269,48.



Respecto al segundo rubro reclamado, señala que al momento de la muerte del Sr. Alfaro, su hija M. A. contaba apenas cuatro años de edad, su hijo E. E. tenía seis años (luego falleció) y seis meses después del accidente, nació su hijo P. P. que nunca llegó a conocer a su padre. Asegura que se trata de indemnizar el daño moral sufrido por tres niños que perdieron definitivamente la imagen paterna y, el suyo propio, en tanto perdió a su compañero de vida, debiendo asumir sola la crianza de sus tres pequeños. Por este rubro, reclama la suma de \$200.000.

Aclara que la indemnización por daño moral solicitado a título personal, se fundamenta en una amplia interpretación del artículo 1078 del Código Civil, ya que un criterio de justicia no puede negar este rubro por el hecho de no ser heredera forzosa del causante. Cita jurisprudencia en apoyo a su postura.

Ofrece prueba, solicita se tenga presente la existencia de un beneficio de litigar sin gastos promovido, hace reserva del caso federal y formula petitorio.

II.- A fs. 137 y previo dictamen fiscal (fs. 135) se dicta la Resolución Interlocutoria Nro. 4583/05 que declara la admisibilidad de la acción.

III.- Formulada la opción procesal por el procedimiento ordinario, a fs. 148 se corre traslado de la demanda, el que es contestado por la Provincia a fs. 154/169 y por la Comisión de Fomento Rural de Manzano Amargo, a fs. 180/198.

En su contestación, la Provincia del Neuquén, realiza una negativa pormenorizada de los hechos afirmados en la demanda para, luego, transcribir los argumentos expuestos en el Decreto que agotó la vía administrativa, los que estima reproducidos en esta instancia.



Al exponer su versión de lo acontecido, afirma su falta de responsabilidad en el hecho por entender que existió culpa grave de la víctima.

En esa inteligencia, señala que del expediente del Juzgado de Instrucción (Nro. 10660 "Subcomisaría 38° S/ Investigación muerte Alfaro") surge que instantes mediatos e inmediatos previos al fallecimiento, el Sr. Alfaro se encontraba en evidente estado de ebriedad.

Reproduce las declaraciones testimoniales vertidas en la instrucción, donde se desprende que el Sr. Alfaro había estado bebiendo alcohol durante toda la jornada y, en especial, en las horas previas al accidente.

Refiere que, del certificado médico de defunción, expedido por el Dr. Oscar Larivera, se establece como causa de muerte: ahogamiento por inmersión, hipoxia e hipotermia mayor a 24 horas. Asimismo, dice que en dicho certificado, el médico consignó que el difunto padecía de "etilismo crónico".

Apunta que, conforme surge del croquis ilustrativo que obra en el expediente penal, el Sr. Alfaro salió del bar, en dirección a su casa transitando una calle pública, pero dobló hacia el este varios metros antes de llegar a su domicilio e ingresó al inmueble donde estaba el galpón y el pozo.

Sostiene que el difunto se encontraba tan alcoholizado que no advirtió que estaba ingresando a un sector no habilitado del predio municipal, el cual se encuentra cercado y con un portón que impide el libre acceso y que, con posterioridad a las 15 horas, permanece cerrado por retiro del personal que allí trabaja.

Juzga que el estado de profunda embriaguez del Sr. Alfaro no le permitió advertir que se encontraba cerca del pozo, cuya existencia conocía, por haberlo visitado en otras ocasiones.



Sostiene que, no puede afirmarse que el Sr. Alfaro haya perecido como consecuencia de la caída al pozo, ya que del certificado de defunción surge que no existían golpes o lesiones externas, propias de una caída de tal naturaleza.

Cree que el estado de embriaguez que presentaba fue el determinante de su muerte. En este punto, asegura que una persona en pleno uso de sus facultades, hubiera solicitado auxilio o asistencia para salir del pozo, o lo hubiera logrado por sus propios medios, ya que la profundidad y el ancho del mismo no se constituyen en obstáculos insalvables.

Sin embargo, insiste, la ataxia producida por la ingesta de grandes cantidades de alcohol fue lo que provocó su muerte y, en consecuencia, su conducta negligente exime de responsabilidad a los demandados.

Con relación al resarcimiento pretendido, niega su procedencia y monto.

En particular, niega que pueda tomarse como base de cálculo para el lucro cesante el salario que el difunto percibía de la Provincia, puesto que no puede afirmarse que hubiera seguido trabajando para el Estado todo el tiempo restante de vida.

También refuta el cálculo de la edad faltante, dado que la actora realizó la fórmula matemática considerando los 65 años como la edad jubilatoria, cuando la ley 611 establece que dicha edad es de 60 años.

Niega la procedencia del pago del lucro cesante a la concubina demandante, ya que no se encuentra acreditado el tiempo del concubinato que alega.

Con respecto al daño moral, afirma que no siendo la actora una heredera forzosa, carece de acción para reclamar (art. 1078 del C. Civil).

Igual tratamiento da a la pretensión de resarcimiento a favor del menor fallecido E. E. A., puesto que



su deceso se produjo con antelación a la promoción de la demanda.

Respecto al resarcimiento pedido en nombre de P. P. V., niega su procedencia en tanto no se encuentra acreditada la filiación del menor con el causante.

Finalmente, manifiesta desinterés en la producción de la prueba pericial y formula petitorio.

A fs. 180/198 la Comisión de Fomento de Manzano Amargo contesta demanda, en idénticos términos que la Provincia del Neuquén. Niega que exista responsabilidad de su parte por entender que existió culpa grave de la víctima, responsable exclusiva del siniestro.

Con respecto al alumbrado público, cuya prestación deficiente se le atribuye, aclara que al momento del hecho dañoso, la electricidad de la localidad de Manzano Amargo funcionaba por accionamiento de una usina manual, es decir, a través de motores, los que frente a contingencias climáticas dejaban de funcionar.

Reconoce que las inclemencias del tiempo existentes al momento de la muerte del Sr. Alfaro (nieve intermitente y lluvias) pudieron afectar el servicio, pero ello no puede ser imputado a su parte, dado que constituyen causales de fuerza mayor por las cuales no cabe responder.

Ofrece prueba y formula petitorio.

IV.- A fs. 225 se acuerda intervención al Sr. Defensor ante el Tribunal Superior de Justicia en virtud de la existencia de menores accionantes.

A fs. 226 el Sr. Defensor, Dr. Alejandro Tomás Gavernet, toma intervención en representación del menor P. P. V., adhiriendo a la pretensión plasmada en el escrito inicial.

Ante la posible existencia de intereses contrapuestos entre el menor citado y la menor M. A. A., se designa al Dr. Alfredo Velazco Copello, en su carácter de subrogante legal del Sr. Defensor ante el Tribunal, a fin de



que intervenga en su representación en virtud del artículo 59 del Código Civil, quien asumió el encargo a fs. 235, ratificando la demanda entablada.

V.- A fs. 236 se abre la causa a prueba por cuarenta días, período que es clausurado a fs. 847, poniéndose los autos para alegar, carga que ejercieron la actora (fs. 852/859) y la codemandada Provincia del Neuquén (fs. 860).

VI.- A fs. 864 los autos pasan en vista al Sr. Defensor del Tribunal, el que solicita se haga lugar a la demanda, con base a las probanzas rendidas en autos, y en especial respecto de su representado, en virtud del concubinato probado de sus padres a la fecha de su concepción y la presunción que establece el artículo 257 del C. Civil.

A fs. 869 se expide el Dr. Alfredo Velazco Copello, en representación de la menor M. A. A., quien considera que debe hacerse lugar a la demanda. Con relación al menor P. P. V., considera que no se ha acreditado el vínculo que lo unía con el causante, razón por la cual solicita se lo excluya de la indemnización pretendida hasta tanto inicie la pertinente acción filiatoria.

VII.- A fs. 871/875 dictamina el Sr. Fiscal del Cuerpo, quien propicia el acogimiento de la demanda, así como de los rubros peticionados por los actores. Estima que, con la prueba reunida, se encuentra acreditada la existencia de responsabilidad del Estado por violación del deber de seguridad que debe tener toda obra. Sin embargo, juzga que ello no fue la causa exclusiva del daño, puesto que el estado de alcoholismo que presentaba el Sr. Alfaro contribuyó a la ocurrencia del evento dañoso.

VIII.- A fs. 877 se dicta la providencia de autos, la que encontrándose a la fecha, firme y consentida, coloca a las presentes actuaciones en condiciones de dictar sentencia.

IX.- Del relato de los hechos explicitados en la demanda y las contestaciones surge que, la presente acción, se



enmarca en el contexto de la responsabilidad extracontractual del Estado.

La cuestión principal a decidir en autos, radica en establecer si cabe atribuir responsabilidad a la Comisión de Fomento de Manzano Amargo y a la Provincia del Neuquén, por la muerte del concubino y padre de los accionantes.

Para ello, es necesario examinar si se encuentran dados los presupuestos que, tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional, refieren como necesarios para que se torne viable la responsabilidad estatal. Ellos son: 1) existencia de un daño o perjuicio, 2) relación de causalidad directa e inmediata entre el accionar estatal y el perjuicio, 3) posibilidad de imputar, jurídicamente, los daños a la persona jurídica estatal a la cual pertenece el órgano que los ocasionó, y 4) presencia de un factor de atribución (cfr. Fallos 315:2865; 320:266, 321:1776, 321:2144, 328:2546, entre otros).

X.- Bajo tales premisas y en base a las pruebas rendidas, puede afirmarse que se encuentra acreditado el acaecimiento del evento dañoso, que diera lugar a la acción promovida.

En efecto, de las constancias documentales adjuntadas (en especial, el expediente penal reconstruido "Subcomisario 38° S/ Investigación muerte Alfaro", Nro. 10660 Año 2001,) y demás probanzas (testimoniales rendidas a fs. 339, 340, 351, 352, 353, 354, 355, 699, 717, 718, 719 y 720) se encuentra acreditado que, el día 19 de junio de 2001, cuando el Sr. Alfaro se dirigía a su domicilio en horas de la noche, ingresó a un predio utilizado habitualmente por la Comisión de Fomento y sufrió un accidente que le produjo la muerte al caer dentro de un pozo ciego profundo y lleno de agua.

De las declaraciones de los Sres. Celestino Aravena y Esau Morales (fs. 27 vta. y 29 vta. del expte. 10660/01),



últimos testigos que vieron con vida al Sr. Alfaro, se desprende que éste permaneció la mayor parte del día, en el bar de propiedad del primero de los nombrados, ingiriendo una bebida alcohólica -vino- en abundancia y que, siendo las 21 horas aproximadamente, se retiró del lugar en dirección a su domicilio.

Del croquis policial que obra a fs. 11 del expte. 10660 Año 2001, se advierte que la propiedad donde se produjo el accidente se encuentra cercana al domicilio del Sr. Alfaro y en la misma dirección, esto es, al Este de la calle pública.

Es evidente, entonces, que el Sr. Alfaro dobló antes de llegar a su domicilio e ingresó en el predio y cayó dentro del pozo ciego que había sido excavado por la Comisión de Fomento.

El nivel de agua que presentaba el pozo (1,65 metros) era escasamente inferior a la altura del Sr. Alfaro (1,70 metros, conforme constancia fs. 9 pvo. Policial) y la misma se encontraba a muy baja temperatura. El tiempo que el accidentado permaneció en el pozo rodeado de agua helada no se encuentra determinado; sin embargo, fue el suficiente como para que sobreviniera la muerte por hipotermia y ahogamiento. (cfr. copia del certificado de defunción obrante a fs. 17 del expte. penal citado).

XI.- Frente a esta situación, corresponde preguntarse si le cabe alguna responsabilidad a la Comisión de Fomento y a la Provincia del Neuquén en el acaecimiento del hecho dañoso.

No se encuentra controvertido que la Comisión de Fomento de Manzano Amargo fue la responsable de la excavación de un pozo ciego que utilizaría como desagote de unos baños que estaba construyendo al lado del corralón municipal.

Tampoco, que dicho pozo que tenía una dimensión de 2,5 metros de diámetro por 2 metros de profundidad y estaba lleno de agua hasta una altura de 1,65 metros, se encontraba



destapado y sin protección (fs. 7 y 8 vta. del expte. 10660/01).

Las demandadas afirman que el lugar donde se encontraba el pozo, se encontraba cercado totalmente con un portón que permanecía cerrado luego de las 15.00 horas, por retiro del personal que allí trabajaba.

Sin embargo, las pruebas rendidas acreditan lo contrario. De las actas policiales surge que "el predio del Corralón Municipal se encuentra perimetrado en los extremos Sur, Este y Norte, por un cerco de alambre con barillas intercaladas, de aproximadamente un metro veinte de alto, no presentando en su frente, puerta, portón o tranquera alguna, que sirva de resguardo para el acceso de peatones o vehículos, se aprecia un ingreso fácil al lugar...". (fs. 8 del expte. 10660 Año 2001, el resaltado no figura en el original).

En igual sentido se expresan los testigos Patricio Sebastián Ceballos, Celestino Aravena, José Miguel Angel Garrido, Esau Morales y Gustavo Vazquez a fs. 351, 352, 353, 354 y 355, respectivamente.

La pericia en Seguridad e Higiene es contundente al indicar que "no existían las medidas de protección contra la caída de personas ni la señalización que corresponde a una obra de Excavación de la Construcción" (fs. 446 expte. judicial, el destacado me pertenece).

Con respecto a las medidas de seguridad, el perito afirma que las aberturas a nivel de piso deberían cubrirse con elementos resistentes al tránsito peatonal. Y respecto a la señalización (carteles, vallas, balizas, cadenas, sirena, tarjeta, etc.), dice que la misma debe mantenerse y modificarse conforme el avance de la obra (cfr. Ley 19.587, Decreto 351/79 de Riesgo de Trabajo y Resolución 1069/01 de Salud y Seguridad en la Construcción, Ley 24.557 de Riesgo de Trabajo y el Decreto Reglamentario Nro. 911/96 y sus resoluciones S.R.T., especiales para el rubro construcción).



De las condiciones descriptas, es indudable que la cosa que determinó el accidente del Sr. Alfaro -en el caso, un pozo excavado- se presenta como riesgosa o viciosa, tornando viable la aplicación del artículo 1113, 2º parrafo, 2º parte del C. Civil.

En efecto, la construcción de un pozo ciego, durante la época invernal en una zona expuesta a nevadas y lluvias abundantes, sin las condiciones de seguridad mínimas (tapado, cercado, señalado con cartelera que permita advertir su presencia), en un predio de fácil acceso al público (no se encontraba vallado en el frente que linda con la calle pública) constituye una "cosa riesgosa o viciosa".

El carácter inerte de la cosa no es un elemento que excluya su perfil riesgoso, pues "no es requisito del hecho de la cosa su movimiento, ya que hay cosas inertes que en virtud de su posición en el momento del daño aparecen como la causa de éste, tal como ocurre con un montículo de tierra u otro obstáculo en una ruta, o el automóvil estacionado en un lugar peligroso, o el foso donde puede caer una persona, etc." (Trigo Represas, Felix- Lopez Mesa, Marcelo "Tratado de la Responsabilidad Civil", Buenos Aires, La Ley, Tomo I, p. 794).

En igual sentido, se expresa Zavala de González, al sostener que "para responsabilizar por daños derivados de las cosas, no es un requisito su movimiento, pues también las cosas inertes pueden causar un perjuicio: un árbol caído que bloquea una ruta, el foso donde puede caer una persona, las obras en construcción emplazadas en veredas o calzadas (...)" No interesa el "modo" con el que se hace efectiva la potencia dañosa que encierra la cosa; ésta es fuente del perjuicio cuando, "mecánicamente" pasiva, ha sido "causalmente" activa. Y las cosas inertes son causa activa del daño cuando su anormal situación o ubicación circunstancial crea la probabilidad y consecuente previsibilidad de una contingencia dañosa" (Zavala de González, Matilde "Actualidad en la



jurisprudencia sobre derecho de daños. Relación de causalidad”, diario La Ley Año LXI N° 163 pág. 2).

También se encuentra acreditado que el daño se produjo como consecuencia de la intervención de la cosa riesgosa, puesto que fue la caída del Sr. Alfaro al pozo excavado y lleno de agua lo que determinó su muerte por ahogamiento e hipotermia. Parafraseando a Zavala de González, en el caso, el foso se presentó como una cosa “mecánicamente” pasiva pero “causalmente” activa.

Luego, dado que el inmueble donde se estaba construyendo el pozo ciego (cosa riesgosa) era de fácil acceso, y no se tomaron los recaudos de seguridad que las circunstancias de tiempo y lugar exigían, es fácil colegir, por aplicación del articulado referido, en la responsabilidad de la Provincia, en su calidad de dueña del predio donde ocurrió el accidente (ver constancia registral de fs. 473/4) y de la Comisión de Fomento, en su carácter de guardián puesto que era quien, en definitiva, “tenía de hecho un poder efectivo de vigilancia, gobierno y contralor sobre la cosa que ha resultado dañosa” (Llambías, Jorge J., Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, 2° edición actualizada, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1979, T IV-A, Nro. 2585, p. 499/500).

No es óbice a esta conclusión, que el elemento riesgoso (foso) se encontrara dentro de un inmueble que pertenece al dominio privado del Estado.

Esto así porque el predio en cuestión, era utilizado por la Comisión de Fomento de Manzano Amargo como depósito de materiales y enseres de la comunidad, lo que, de suyo, determina un uso público.

Pero, aún cuando se entendiera que su uso se encontraba reservado exclusivamente a los funcionarios de la citada Comisión -y las personas por ellos autorizadas- la falta de cerramiento adecuado del inmueble se presenta como un elemento determinante para endilgar las responsabilidades



apuntadas, ya que, necesariamente, si el terreno se hubiera encontrado cercado -y, por ende, restringido al público en general- la causa del accidente se trasladaría al obrar culposo de la víctima, quien entonces debería haber salvado un obstáculo para acceder al terreno y habría violado la voluntad de exclusión del propietario.

En este punto, cabe hacer referencia al argumento de la actora, relativo a la deficiente prestación del servicio de alumbrado público como factor de atribución de responsabilidad.

La misma, debe ser descartada por un doble orden de razones. En primer lugar, porque no fue debidamente acreditada en el expediente. En segundo lugar y, principalmente, porque el servicio de alumbrado público se encuentra destinado a iluminar, exclusivamente, los espacios públicos (vías públicas, parques públicos y demás espacios de libre circulación), no estando previsto la irradiación de luz sobre las parcelas y lotes de propiedad privada, como aquél donde sucedió el accidente.

Desde esta perspectiva es claro que, aún de haber existido, no tuvo incidencia causal en el evento dañoso y por ello nada cabe reprocharle a la comuna, en este aspecto.

XII.- Ahora bien, cuando se está ante un supuesto de daño causado por el riesgo o vicio de la cosa, lo decisivo para juzgar si ha mediado ruptura del nexo causal o se ha desvirtuado la presunción de culpa que emerge del 1113, parr. 2º del Código Civil, es determinar la medida en que ha incidido en la producción del daño la conducta de la víctima, alegada por la demandada como eximente de responsabilidad.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que "los damnificados siempre participan "materialmente" en los sucesos lesivos, pero el problema reside en si esa participacion (condición necesaria o "sine qua non") es "causalmente idónea", lo que requiere protagonismo activo y eficiente de la



víctima en el curso perjudicial" (Zavala de González, Matilde, opus. cit, pág. 3).

Al abordar dicha tarea, no puede soslayarse la embriaguez que presentaba el difunto al momento de ocurrir el hecho (ver declaraciones de los testigos Vazquez, Aravena y Morales, de fs. 26 vta., 28 y 30 *in fine*, respectivamente, del expte. 10660/01).

La ausencia de análisis clínicos realizados al momento de extraer el cuerpo del pozo impiden determinar, con certeza, el grado de ebriedad que padecía Alfaro al momento del accidente, pero no cabe suponer que éste se encontrara en pleno uso de sus facultades, luego de haber ingerido bebidas alcohólicas durante todo el día (cfr. declaración de Aravena, fs. 28 vta. expte. 10660/01).

La conducta asumida por la víctima, quien visiblemente embriagado asumió el riesgo de transitar hasta su domicilio y sufrió un accidente que le costó la vida, merece sin duda el reproche jurídico. La disminución de los reflejos y la ataxia producida por la ingesta de alcohol tuvo, ciertamente, incidencia causal en el desenlace fatal, dado que desorientó al actor respecto de su destino y, una vez accidentado, le impidió solicitar auxilio o emerger del pozo por sus propios medios.

Pero, indudablemente, el reproche a su conducta debe ser en un grado menor que el que le cabe a las demandadas, quienes no tomaron las medidas mínimas de seguridad para evitar que cualquier transeúnte cayera en la excavación.

Por ello, se estima que la conducta de la víctima tuvo una incidencia causal en la producción del daño del orden del 20%, correspondiendo el 80% restante a las demandadas.

XIII.- Sentada la responsabilidad de las demandadas, resta indagar sobre la procedencia de los daños reclamados. En ese cometido debe también evaluarse si los



accionantes se encuentran legitimados para reclamar el resarcimiento pretendido, es decir, si la ley les otorga acción para demandar.

En primer lugar, los actores reclaman una indemnización por lucro cesante por la muerte de su concubino y padre.

Al respecto este Tribunal tiene dicho que "el resarcimiento del valor vida, es en realidad, la reparación del perjuicio que la muerte de la víctima implica en el presente o puede implicar en el futuro para sus familiares que demandan, en función de la asistencia económica que les prestaba al ocurrir la muerte (lucro cesante) o la ayuda que hubiera podido esperar de ella (perdida de chance).

A los fines del cálculo de la indemnización, se ha dicho que "La preferencia está dada por analizar cada caso concreto, y en especial, la verdadera y efectiva incidencia que la muerte ha ocasionado en los reclamantes (...)

Por ello, se deben computar las circunstancias particulares de la víctima, y de su entorno familiar, las que deben ser valoradas prudencialmente por el tribunal (citado en Ac. 19/98 del registro de la Actuaría)" (Ac. 57/06 TSJ Sala Civil).

Respecto a la legitimación para accionar, es preciso señalar que "los sujetos que alegan un perjuicio personal a raíz de la muerte de la víctima son damnificados indirectos, es decir, por vía de rebote, repercusión o reflejo. De allí que es menester poner de manifiesto *alguna ligazón*, habida con el fallecido, que permita concluir en que la extinción de la vida de éste ha trascendido en la esfera de intereses de quien acciona." (Zavala de González, Matilde "Resarcimiento de daños" Tomo 2b, Daños a las personas, Buenos Aires, Hammurabi, 2º edición, 1991, pág. 111).

Esa ligazón o vínculo que refiere la autora citada puede ser legal (caso de familiares) o de hecho (alimentarios



no parientes u otros supuestos resarcitorios en que el accionante no contaba con un derecho subjetivo a exigir aquello de lo que el homicidio le ha privado). En ciertos casos, la sola prueba del vínculo legal autoriza a presumir el daño (art. 1084 y 1085 del C.C). En los restantes, los demandantes deberán acreditar el daño ocasionado (art. 1079 C.C) (cfr. aut. cit. ob. cit. pág. 112/114).

Veamos, entonces, si se dan los extremos señalados que hacen procedente la indemnización pretendida.

XIV.- Los actores alegan haber sufrido un perjuicio económico a raíz de la muerte de Alfaro, puesto que éste era el único sostén del grupo familiar, conformado por su concubina e hijos menores de edad.

El concubinato se encuentra suficientemente probado. Así surge tanto de la información sumaria obrante a fs. 404 del expediente judicial, de las manifestaciones de los deponentes de fs. 718 y 719 (pregunta octava) y de fs. 339, 351, 352, 353, 354 y 355 (pregunta sexta) como de la existencia de hijos en común: E. E., nacido el 7/16/1995, y M. A., nacida el 25/10/1996 (cfr. certificados de fs. 119 y 121, ambos reconocidos por el padre).

La circunstancia de que uno de los hijos (E. E. A.) haya fallecido con posterioridad al accidente no impide el ejercicio de la acción resarcitoria por sus herederos forzosos -en el caso, su madre (art. 3410 C.C.)- "conforme con la regla general del traspaso a éstos de todos los derechos patrimoniales del difunto -artículo 3417 del Código Civil- comprendiéndose incluso la acción que como damnificado indirecto le correspondía por los daños sufridos por un tercero" (Trigo Represas, Felix -Lopez Mesa, Marcelo, opus cit. Tomo IV, pág. 516.).

Igual solución merece la pretensión resarcitoria del menor P. P. V..



En efecto, si bien no existe una sentencia dictada en juicio de filiación que acredite legalmente la paternidad extramatrimonial del Sr. Alfaro respecto del menor accionante (art. 247 del C.C.) ni, obviamente, un reconocimiento de tal calidad por parte del difunto (art. 248 C.C) -dado que éste falleció antes que aquél naciera- tal circunstancia no impide tener por acreditada su calidad de hijo del causante.

Esto así porque "para poner de relieve la condición de damnificado indirecto y la consiguiente vinculación con la víctima, basta cualquier medio de convicción suficiente, pues no está en juego un problema de estado sino la prueba de la legitimación sustancial del actor, es decir, uno de los extremos constitutivos de la acción resarcitoria, a cuyo respecto, se aplican las reglas generales del *onus probandi*" (Zavala de Gonzalez, Matilde, ob. cit., pág. 115).

En esa inteligencia, la prueba de ADN realizada al menor (fs. 395/400) junto con las declaraciones de los testigos que afirman que la concubina (Sra. Vazquez) se encontraba embarazada al momento de la muerte de Alfaro (cfr. fs. 339 y 351/2/3/4/5 entre otros), sumado a la presunción establecida por el artículo 257 del C.C., permiten tener por acreditado el vínculo que une al menor con el fallecido Alfaro.

XV.- Comprobados tales extremos, y no estando controvertido que el causante era el único sostén del grupo familiar conviviente, queda en evidencia el efectivo menoscabo que la muerte produjo en el seno familiar, razón por la cual se deben reparar las consecuencias económicas que de ello derivan.

En este cometido, a fin de determinar el *quantum indemnizatorio*, debe aplicarse un prudente arbitrio judicial que valore diversas pautas.

En el caso, aparecen como relevantes, la situación patrimonial del grupo familiar, la calidad de ama de casa de



la concubina y la dificultad de trabajar fuera del hogar habiendo quedado sola al cuidado de los niños menores, las necesidades de los menores relativas a su escolarización, alimento, ropa, útiles, atención médica, etc., el tiempo que resta para que los niños puedan independizarse del hogar o colaborar económicamente a su sostén, la posibilidad de ayuda de los abuelos o parientes cercanos, la actividad laboral que desempeñaba el padre y demás circunstancias personales del causante (edad, sexo, situación familiar y ocupación habitual, condición social, etc.).

Considerando ello se estima acertado utilizar como pauta orientadora la suma que arroja la fórmula de matemática financiera que computa el salario mensual percibido antes del fallecimiento y la expectativa de vida que se considera razonable para la víctima (cfr. Ac. 191/96, 50/06, 57/06, 25/10 y 27/10 entre otros, de la Secretaría Civil de este Tribunal).

El salario que percibía el Sr. Alfaro al momento de su deceso, como empleado del Ministerio de Producción y Turismo de la Provincia del Neuquén, con la categoría AFB, era de \$570 (cfr. recibo sueldo fs. 489).

En cuanto a las circunstancias personales de la víctima, surge de autos que Pedro Pablo Alfaro contaba al momento del evento con 33 años (ver partida de defunción agregada a fs. 120). En base a ello, se estima razonable y prudente fijar en 32 años el tiempo restante de vida útil promedio.

Si bien este último rubro ha sido objeto de impugnación por parte de las demandadas, es preciso destacar que el tiempo restante de vida útil constituye una variable hipotética, una incógnita, que el prudente arbitrio judicial debe llenar, a fin de arribar a una conciliación entre lo objetivo de la fórmula y la particularidad del caso.



En el caso, el tiempo fijado prudencialmente es compatible con la ocupación habitual de la víctima, su buena salud (sólo fue atendido por una lesión en la rodilla), el sexo y su escasa edad al momento del deceso.

Asimismo, las obligaciones alimentarias que tenía el causante, la ausencia de otros ingresos económicos comprobables y las condiciones socioeconómicas en las cuales se desenvolvía, no autorizan a presumir que podía destinar parte de sus ganancias para sus gastos personales. El salario que percibía se presenta como insuficiente para cubrir las necesidades de un grupo familiar compuesto por cuatro personas, al momento del deceso. Por ello, se estima que no cabe realizar deducciones en concepto de gastos personales del difunto.

Corresponde considerar, asimismo, que los menores M. A. y E. E., contaban a la fecha del deceso de su padre, con 5 y 6 años de edad, respectivamente y, que el menor P. P. V., no había nacido aún. Y, si bien E. E. falleció al año siguiente del trágico suceso que motiva la presente acción, lo que será tenido en cuenta para establecer su indemnización, su edad y la de sus hermanos permite suponer, ciertamente, que el deber de atender a su subsistencia se habría prolongado por varios años.

Bajo estos parámetros, y considerando la responsabilidad que le cupo a la víctima en el acaecimiento del hecho dañoso -20%-, estimo prudente fijar la indemnización debida en la suma de **\$84.000.-** Dicha suma se distribuye del siguiente modo: **\$30.000.-** para Ninfa Rosa Vázquez, **\$2.000.-** para el menor E. E. A. (sus sucesores) -en virtud de su escasa sobrevida al hecho dañoso- **\$25.000.-** para la menor M. A. A., y para el menor P. P. V., la suma de **\$27.000.-** El importe correspondiente a éstos últimos se asigna en función de su distinta edad al tiempo del deceso.



XVI.- También reclaman, los actores, daño moral por el mismo hecho.

Al respecto, cabe analizar, puntualmente, el reclamo efectuado por la concubina, cuya legitimación para accionar ha sido resistida por las demandadas, en virtud de lo dispuesto por el art. 1078 del C. Civil.

Éste establece, en la parte que interesa que: *"...La acción por indemnización del daño moral sólo competará al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos"*.

Una interpretación literal del artículo citado permite afirmar que la concubina resulta excluida de la acción por resarcimiento del daño moral.

Sin embargo, es largo el debate en doctrina y dispar las soluciones que la jurisprudencia ha dado sobre la razonabilidad de tal exclusión.

A fin de evaluar la misma, es preciso llevar a cabo una compleja tarea de análisis constitucional. Concretamente, es preciso definir si la restricción impuesta por el artículo 1078 del Código Civil (en cuanto limita la legitimación para accionar por daño moral a los "herederos forzosos" de la víctima fallecida) resulta una reglamentación "razonable" del derecho de acceder a la justicia y de obtener una reparación integral o, por el contrario, importa una desigualdad que repugna a los principios constitucionales citados, evidenciando conceptos anacrónicos que vulneran la garantía de protección integral de la familia receptada constitucionalmente (art. 14 bis y art. 75 inc. 22 C.N).

En ese cometido, es necesario aclarar que el principio de igualdad acogido por nuestra Carta Fundamental, no supone tratar a todos los individuos de una misma manera, sino a todos los iguales de igual modo.



Como dijera la Corte Suprema de Justicia de la Nación, "...el texto de tal disposición, inspirada por la conciencia democrática de sus autores, que abominaban toda primacía ilegítima, que no admite prerrogativas de sangre ni de nacimiento, que no admite título de nobleza y los fueros personales, para declarar enseguida que todos los habitantes son iguales ante la ley, demuestra con toda evidencia cuál es el propósito que la domina: el derecho de todos a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias" (Fallos 16:118; 101:401)...No es, pues, la nivelación absoluta de los hombres, lo que se ha proclamado, aspiración quimérica y contraria a la naturaleza humana, sino su igualdad relativa, propiciada por una legislación tendiente a la protección en lo posible de desigualdades naturales. En virtud de esos propósitos, no están equiparados los nativos a los extranjeros en relación al derecho político, no lo están los menores e incapaces a los mayores, bajo el Código Civil..." (cfr. CSJN, in re "Eugenio Díaz Vélez c. Provincia de Buenos Aires" Fallos 151:359).

Hay pues dos aspectos a tener en cuenta: la exigencia formal de igualdad y el criterio material que se ha aplicado para la determinación de la categoría o circunstancia. La primera, no excluye que se haga una diferenciación entre personas que se hallan en situaciones diferentes, siempre que -para concluir que ciertas personas pertenecen a grupos distintos- se hayan tomado como base datos relevantes (Cfr. "Constitución y Derechos Humanos", de Jonathan Miller, María Angélica Gelli y Susana Cayuso, Buenos Aires, Astrea, 1987, Tomo 2 pág. 1523).

La cláusula constitucional, entonces, no establece la igualdad absoluta de todos los habitantes, sino que garantiza una igualdad relativa a las circunstancias en que se hallen.



Desde allí, las leyes no sólo pueden, sino que deben clasificar para mantener esa igualdad, y consecuentemente, el legislador puede crear categorías, grupos o clasificaciones que otorguen un trato diferente." (cfr. mi voto in re "Inaudi", Ac. 1086/05).

Ahora bien, la diferenciación entre categorías diversas debe basarse en criterios de razonabilidad. "La razonabilidad impone, entonces, un cierto límite que si se traspasa, nos hace caer en la zona opuesta: en lo irrazonable o en lo arbitrario. Y lo irrazonable o arbitrario es inconstitucional. (Cfr. Germán J, Bidart Campos, "Jurisdicción Constitucional", págs. 91/92; Linares, Juan Francisco, "Razonabilidad de las leyes", Capítulo III "El debido proceso en la actualidad" págs. 23/41)" (cfr. voto citado).

Estas premisas serán el punto de partida para analizar la constitucionalidad de la restricción impuesta, a la concubina, para acceder a una indemnización por daño moral.

XVII.- Puede entenderse al daño moral como "una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquél al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial" (cfr. Ac. 318/94, 23/10 entre otros).

Es indudable que la muerte intempestiva de un ser querido, con el cual se comparte la vida diaria, genera un padecimiento, un sentimiento de angustia y dolor que encuadra dentro del concepto dado de daño moral.

Al limitar la legitimación activa para accionar por daño moral, el legislador ha querido contener la litigiosidad excesiva que, en su entendimiento, se volcaría a los estrados judiciales avalando planteos de una extensa cadena de personas que alegan sufrimiento por la muerte de otra.



De esta manera, el legislador ha preferido sentar una pauta precisa, a *priori*, a fin de limitar la cadena de reclamos judiciales.

Para ello, ha recurrido a un criterio de restricción por grado de parentesco, recurriéndose al derecho sucesorio para su formulación -el artículo hace referencia a los "herederos forzosos"- como parámetro que se adecua, en la mayoría de los casos, a dicha finalidad.

Sin embargo, en el caso concreto, la previa selección de sujetos que sufren, con mayor intensidad, la pérdida de un ser querido, aparece como arbitraria, porque consagra una desigualdad en detrimento de algunas personas que se encuentran en idéntica posición que aquéllas a las que el ordenamiento les otorga un derecho exclusivo para ser resarcidos.

En otros términos, la restricción legislativa no resulta razonable en el caso, desde que **excluye a personas que se encuentran en igualdad de condiciones que las habilitadas para accionar.**

Así lo advierte, con claridad, Pizarro al decir "Quedan de tal modo, al margen de legitimación activa y de reparación, el perjuicio moral sufrido por damnificados indirectos cuando sobrevenga la muerte del damnificado directo a raíz del hecho (vgr. el daño causado a los padres por una lesión discapacitante de un hijo, que lo reduce a un estado de vida vegetativa) y, en caso de muerte de la víctima, el de otra personas que no sean herederos forzosos (vgr. hermanos, concubina, la novia, etcétera), aún cuando puedan invocar un quebrantamiento espiritual serio, grave y relevante" (Pizarro, Ramón Daniel, Daño Moral, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, 2º edición, pág. 375).

Es que, entre los criterios que el legislador tuvo en miras para conseguir la finalidad deseada (evitar la promoción de acciones en forma desmedida) ha soslayado la



acreditación del daño en cada caso concreto, para sustituirlo por una presunción de su existencia basado en la proximidad que el vínculo legal otorga a la víctima y al reclamante (cónyuge, descendientes y ascendientes).

Y, si bien tal párametro se presenta como adecuado en la mayoría de los casos, en determinadas circunstancias, conduce a soluciones disvaliosas, ya que excluye a personas que -aún no teniendo un vínculo legítimo- presentan idéntica proximidad con la víctima, resultando en igual medida afectados (cfr. SCJBA, 14/09/2011, "R., A. H. c. Kelly, Santiago y otros s/ daños y perjuicios", voto del Dr. Hitters. Publicado en LL, 17/10/2011-3).

En este sentido, "el reconocimiento explícito de la vinculación, como acto público, sólo puede implicar, en todo caso, la presunción de daño (como acontece, a modo de ejemplo, en virtud de lo normado por los arts. 1084 y 1085 del Cód. Civil). Pero jamás puede operar como barrera limitativa frente a la realidad: quien mantiene una relación en el marco del tradicionalmente llamado "concubinato" tiene derechos indemnizatorios y previsionales frente al daño material, y es de mayúscula vetustez negar el innegable daño moral a quien sufre tamaña pérdida en el marco de un gran lazo de afecto (que se profundiza cuando además existe descendencia común)." (Formaro, Juan J. "Legitimación activa frente al daño moral. Derecho de los integrantes de la unión convivencial" diario La Ley, Año LXXVI, Nro. 13, pág. 9/11).

En doctrina se ha justificado la negativa a conceder acción a la concubina en la inteligencia que el concubinato constituye un hecho ilícito (cfr. Mosset Iturraspe, Responsabilidad por daños Tomo I, p. 146), o al menos contrario a la moral y las buenas costumbres (cfr. Borda, Tratado de Derecho Civil Argentino, Obligaciones, Tomo II, Obligaciones, pág. 429 y stes., Llambías, Tratado de Derecho Civil. Obligaciones, Tomo I, p. 352, Kemelmajer de



Carlucci, "Falta de legitimación de la concubina y del concubino para reclamar los daños y perjuicios derivados de la muerte del compañero y/o compañera" JA , 1979-III-6, también en el Código Civil y leyes complementarias, de Belluscio-Zannoni, Tomo 5, pág. 118/191, entre otros).

No puedo sino disentir con tales apreciaciones.

Una ponderación realista, a la luz de los parámetros valorativos que nutren a la sociedad actual, **no permite sostener una afirmación restrictiva del concepto constitucional de familia**, la que ha ido ampliándose a lo largo del tiempo, para considerar nuevas y diversas formas igualmente válidas y dignas de protección (cfr. art. 14 bis de la C.N. y 17.1 y 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos, art. VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre, art. 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art. 10 y cctes. de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que "Dentro del marco del art. 14 bis de la Constitución Nacional y de los criterios legislativos imperantes en el ámbito de la seguridad social, la protección constitucional de la familia no se limita a la surgida del matrimonio legítimo, porque a la altura contemporánea del constitucionalismo social sería inicuo desamparar núcleos familiares no surgidos del matrimonio" (Fallos 328:3099, 312:1833, 313:225, 313:751).

En igual sentido, se expresó la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires "...Es indudable que las "uniones de hecho" forman parte de las alternativas que pueden escoger las personas en uso de la autonomía de la voluntad familiar, al momento de diseñar su proyecto de vida, sin que resulte aceptable cualquier forma de sanción de esta opción (Arts. 14



bis y 19 Const. Nac.; 17. 1 Convención Americana de Derechos Humanos) (del voto del Dr. Hitters, in re "R., A. H. c. Kelly, Santiago y otros S/ daños y perjuicios).

Por su parte, la situación concubinaria ha sido reconocida en diversas leyes especiales posteriores al Código Civil y su reforma (ley 17.711).

En este sentido la ley 24.411 (Beneficios a percibir por desaparición forzada de personas) reconoció el derecho a indemnización a los familiares de desaparecidos, extendiendo el beneficio a las "uniones matrimoniales de hecho" (art. 4º). También en el derecho laboral, la ley 20.744 (L.C.T.), en su artículo 248 prevé indemnizaciones a favor de la concubina por muerte del trabajador (cfr. artículo 38 del Decreto-ley 18.037/69 (t.o. 1974); la ley 24.241 establece el beneficio de pensión para "el o la conviviente", en su artículo 53, al que reenvía, asimismo, el artículo 18 de la ley 24.557 (Accidentes y Riesgos del Trabajo). Igual tesitura impera en el derecho previsional local (art. 49 de la ley 611 otorga la pensión a la concubina/o).

Por último, encuentro que la falta de compensación del daño moral sufrido por quien así lo acredita, vulnera el principio de reparación de la integridad física y moral (art. 17 C.N.; arts. 5 y 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) y el del resarcimiento integral, ambos de raigambre constitucional ("*alterum non ladere*" del art. 19 de la C. N.).

En conclusión, la limitación que en materia de legitimación activa por daño moral consagra el artículo 1078 del C.C. se presenta, en el caso, como inconstitucional, al consagrar un tratamiento irrazonablemente distinto respecto de sujetos que se encuentran en idéntica situación de hecho, no respetando las pautas constitucionales que resguardan a la familia, y a la reparación integral del daño sufrido.



Pero esta declaración, no importa soslayar la exigencia de demostración del daño padecido en el caso concreto, desde que una cosa es la legitimación activa para accionar y otra, muy distinta, es la existencia y prueba del daño.

XVIII.- Legitimada la concubina para accionar por daño moral, resta analizar la procedencia de su reclamo, así como el de sus hijos menores y, en su caso, justipreciarlo.

Al respecto, es preciso apuntar que la desaparición del compañero de vida, importa la pérdida de un interlocutor permanente, el corresponsable en la dirección y crianza de los hijos menores, el sujeto con quien se comparten las dificultades y las angustias no sólo de la vida propia sino de aquellas que se observan en la vida de sus hijos.

De la pericial psicológica obrante en autos, surge que la actora padeció aflicciones en sus sentimientos "expresado en un estado depresivo-ansioso con síntomas tales como: desgano, decaimiento, falta de apetito, pérdida de peso, retraimiento social, rechazo a la localidad ("me sentía mal, me quería ir" textual) tendencia al aislamiento" (ver fs. 467/468).

Cabe valorar, entonces, los padecimientos sufridos como consecuencia de la desaparición de su compañero y padre de sus hijos, el devenir traumático de los hechos, la situación de desamparo por la que debió atravesar al encontrarse cursando un embarazo al momento del hecho luctuoso, el afrontar la crianza de los niños pequeños sin ayuda, la angustia provocada por la falta de imagen paterna en su hijo menor, la inseguridad e inestabilidad emocional que le provocó la muerte abrupta de su concubino y demás conclusiones de la pericia psicológica citada, por lo que estimo prudente conceder a la actora, por este rubro, la suma de **\$80.000**.

Respecto de los hijos menores (M. A. A. y P. P. V.), cabe decir que el daño debe tenerse por configurado por



la sola producción del evento dañoso, ya que se presume la lesión inevitable de los sentimientos de los hijos.

La muerte de su padre ha influido indudablemente en sus relaciones familiares, las cuales debieron proseguir en ausencia de la figura paterna que sostenía y unía la familia, no sólo a nivel económico sino también simbólico y afectivo.

Para la determinación del mismo, ha de jugar de manera fundamental la situación de los hijos menores, privados en forma prematura de la figura paterna, como consecuencia del fallecimiento de su progenitor, de su asistencia espiritual y material, a una edad, en la que ese sostén asume particular significación (cfr. CSJN Fallos 317:1006).

Asimismo, se tendrá en cuenta que el menor P. P. V. se vio privado de conocer a su padre, faltándole el recuerdo de la presencia de una figura paterna, lo que aumenta su desamparo y vulnerabilidad frente al hecho dañoso.

A tenor de estas pautas y de las particulares aristas que presenta el caso, considero propicio la fijación de un resarcimiento por daño moral de **\$55.000**, para la menor M. A. A. y de **\$65.000** para el menor P. P. V..

Cabe aclarar que, en el caso, se han distinguido las sumas a otorgar a cada familiar reclamante, no por considerar un dolor mayor que otro, sino por hallarse acreditadas circunstancias diferenciadas con relación a cada uno de ellos que, necesariamente, repercuten en el plano resarcitorio.

XIX.- En mérito a todo lo expuesto, el total indemnizatorio asciende a la suma de **\$284.000.-** (\$110.000.- para Ninfa Rosa Vázquez, \$2.000.- para su hijo fallecido E. E. A.; \$80.000 para M. A. A., y \$92.000 para P. P. V.). Los intereses se calcularán conforme la tasa promedio entre la activa y pasiva (mix) del Banco de la Provincia del Neuquén, desde la fecha del siniestro -19 de Julio de 2001- y hasta el 1º de enero de 2008 y desde entonces hasta su efectivo pago, a



la tasa activa mensual establecida por el mismo Banco (cfr. Ac. 23/10, 25/10 y 27/10 entre otros, de la Secretaría Civil de este Tribunal Superior de Justicia).

Las costas del pleito se imponen a la demandada vencida por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 68 del CPCC, aplicable por reenvío del artículo 78 ley 1305). **MI VOTO.**

El señor Vocal **Doctor OSCAR E. MASSEI**, dijo: Comparto la línea argumental desarrollada por el doctor Ricardo Tomás Kohon y la solución propiciada en su fundado voto, por lo que expreso el mío en igual sentido.

ASI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, de conformidad Fiscal, por unanimidad **SE RESUELVE:** **1°)** HACER LUGAR a la demanda interpuesta por la actora por sí y en representación de sus hijos menores, CONDENANDO a la PROVINCIA DEL NEUQUÉN y a la COMISIÓN DE FOMENTO DE MANZANO AMARGO a abonar a la Sra. NINFA ROSA VÁZQUEZ, la suma de \$-, a los sucesores de E. E. A., la suma de \$, a M. A. A., la suma de \$ y a P. P. V. la suma de \$ con más los intereses que surgen del considerando XIX. **2°)** Imponer las costas a las demandadas vencidas (art. 68 del CPCC, aplicable por reenvío del art. 78 de la ley 1305). **3°)** Regular los honorarios del siguiente modo:, (arts. 6, 7, 10, 12 y 38 de la ley 1594). Los honorarios del **perito Ing. Civil ...**, se fijan en \$.... Los presentes honorarios incluyen la incidencia resuelta a fs. 842/843 (R.I. N° 19/10). **4°)** Regístrese, notifíquese y oportunamente archívese.

Con lo que se dio por finalizado el acto que previa lectura y ratificación firman los Magistrados presentes por ante la Actuaria, que certifica.

Dr. RICARDO TOMÁS KOHON - Dr. OSCAR E. MASSEI
Dra. LUISA A. BERMUDEZ - Secretaria