



Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía 1ra Inst. CAyT 3

**CARÁTULA: LUNA EVA ALICIA Y OTROS CONTRA GCBA Y OTROS
SOBRE DAÑOS Y PERJUICIOS (EXCEPTO RESP. MEDICA)**

EXPTE. n° EXP 27787 /0

Juzgado n° 20

Secretaría: 40

Equipo Fiscal N° 3

Dictamen N° 76-2015

Señora Jueza:

I. Vienen las presentes actuaciones a este Ministerio Público Fiscal conforme la vista conferida a foja 1388.

II. EL ROL DEL MINISTERIO PUBLICO FISCAL.

En este aspecto corresponde resaltar que el Fiscal General de la Ciudad en su dictamen n° 10886/2014 ha descripto de forma precisa y clara cuál es el rol de esta oficina judicial la cual es compartida íntegramente por el suscripto. En tal sentido, entiendo oportuno hacer propias sus argumentaciones y detallar de qué forma corresponde entender dicho rol.

Previo a efectuar cualquier consideración, conviene recordar el plexo normativo que habilita a este órgano de la constitución local actuar ante estos estrados.

La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires dispuso en el art. 124 que el Ministerio Público tiene autonomía funcional y autarquía dentro del Poder Judicial, estableciendo que se encuentra a cargo de un/una Fiscal General, un Defensor/a General y un/a Asesor/a General.

En esta inteligencia, entre las funciones asignadas estableció, en lo que aquí interesa:

a) la promoción de la actuación de la Justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad, conforme los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica, y

b) velar por la normal prestación del servicio de justicia y

procurar ante los tribunales la satisfacción del interés social.

Por otra parte, la ley orgánica del Ministerio Público N°1.903 prevé dentro de las competencias del art. 17), " 1. *Intervenir en todos los asuntos en los que se hallaren involucrados el interés de la sociedad y el orden público.* 2. *Promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad [...]* 5. *Intervenir en los procesos en que se cuestione la validez constitucional de normas jurídicas de cualquier jerarquía, y en los que se alegare privación de justicia.* 6. *Velar por la observancia de la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires y las leyes nacionales y locales.* 7. *Defender la jurisdicción y competencia de los tribunales, asegurar la normal prestación de la función judicial y velar por el efectivo cumplimiento del debido proceso legal*".

Por su parte, el art. 18 de la Ley 4891 establece que el Ministerio Público ejerce la defensa del interés social de modo imparcial.

De lo expuesto se colige que el Ministerio Público Fiscal, en tanto actúa de manera imparcial, no ejerce la representación de parte en el proceso, en uso de las funciones y atribuciones conferidas le compete primordialmente la estricta defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad, la normal prestación del servicio de justicia, la satisfacción del interés social, el resguardo del debido proceso y la observancia de las normas.

Dicha tutela, excede el mero interés particular y de sus planteos, siendo por tanto bienes indisponibles para las partes en particular.

Con tal criterio expuesto (en igual sentido, cfr. SPOTA, Alberto, Intervención obligada del Ministerio Público Fiscal de la CABA, DPI Diario del 20/05/2014), en cumplimiento de la manda constitucional y legal citada se ejercerá la respectiva tutela la cual podrá abstraerse de los agravios que pudieran ser planteados por las partes intervinientes en el proceso.

III. En tales condiciones y previo a adentrarme en las cuestiones a analizar en las presentes actuaciones entiendo oportuno efectuar un breve relato de las constancias relevantes de la causa a efectos de expedirme respecto de los planteos de autos.

Se trata de una acción iniciada por la concubina y los hijos del Sr. Ramón Daniel Cáceres contra el GCBA, CONSALMED SA, Obra Social del Personal Marítimo, Norberto Zoia, Hernán Ocariz, Maximiliano Márquez y Santiago Cranco —todos ellos médicos— a fin de lograr una

indemnización por los daños y perjuicios que les provocó su fallecimiento, el cual lo imputan como la responsabilidad de los demandados.

La Sra. Luna, funda su legitimación activa en el art. 1079 del Código Civil, al señalar que la responsabilidad que se reclama *"...no se origina en la relación concubinaria, sino en la certeza del perjuicio derivado de la prueba de la solidez del vínculo que la unía con el occiso"* (fs.2).

Corrido el pertinente traslado de la demanda, el GCBA la contesta a fs. 138/151 vta., y luego de efectuar la negativa genérica solicitó el rechazo de la demanda por falta de responsabilidad de su parte en el deceso y por desproporción de los montos reclamados.

A fs. 241/277 vta. contesta demanda CONSALMED SA, y solicitando su rechazo. Por otra parte, impugna por abultada e improcedente la liquidación efectuada por la demanda.

A fs. 283/289 la Obra Social demandada contesta demanda y solicita que la misma se rechace. Asimismo, efectúa una negativa de todos y cada uno de los hechos expuestos en el escrito de inicio.

A fs. 319/352 el Sr. Norberto Osvaldo Zoia —médico—, contesta demanda, solicita su rechazo, y niega los hechos manifestados en su contra en el escrito de inicio. Por otro lado, plantea la falta de legitimación activa de la concubina en el reclamo de daño moral, alegando que en *"en el caso de homicidio, únicamente tienen acción por indemnización por daño moral los herederos forzosos, resultando evidente, que la concubina no reviste tal calidad"* (v. foja 332) .

A fs. 353/382 vta. el Sr. Hernan Luis Ocariz —médico—, contesta demanda, solicita su rechazo, y niega los hechos manifestados en el escrito de inicio. Asimismo, cuestiona la legitimación activa de la concubina.

A foja 383 Consalmed S.A. solicita se ordene la citación en garantía y las citaciones de terceros.

A fs. 386/418 el Sr. Maximiliano Márquez —médico—, contesta demanda, solicita su rechazo, niega los hechos manifestados en su contra en el escrito de inicio, y cuestiona la legitimación activa de la concubina.

A foja 436/442 vta. la Srá. Eva Alicia Luna, por derecho propio y en representación de su hija menor de edad y el Sr. Rodrigo Daniel Cáceres, contestan traslado.

A foja 451 Consalmed S.A. reitera el pedido realizado a foja

383 y el Tribunal concede la citación a la compañía SEGUROS MEDICOS S.A.

A foja 477/481 se presenta Seguros Médicos S.A., contesta demanda, solicitando su rechazo y adhiere a las contestaciones de demanda efectuadas por sus asegurados.

A foja 553/565 se presenta PRUDENCIA COMPAÑÍA ARGENTINA D SEGUROS GENERALES S.A., niega todos y cada uno de los hechos invocados en el escrito de inicio y adhiere a la citación de terceros pedida por Consalmed S.A.

A foja 609/618 se presenta SEGUROS BERNANDINO RIVADAVIA COOPERATIVA LIMITADA, contesta traslado de la citación en garantía del citado como tercero, solicitando el rechazo de tal pretensión.

A fs.657 se resuelve declarar la rebeldía del médico Santiago Carlos Cranco.

A foja 661/662 vta. se presenta TRANSMEDIC INTERNACIONAL GROUP S.A., niega todas y cada una de las afirmaciones vertidas en el escrito de inicio y se adhiere a la contestación de demanda efectuada por la codemandada Consalmed S.A.

A foja 1229/1232 la actora contesta traslado del dictamen médico, lo impugna y solicita aclaraciones.

Transcurridas diversas etapas procesales, a fs. 1387 la parte actora solicitó pasen los autos para sentencia, por lo que previamente a ello, el tribunal corrió la presente vista.

IV. En cuanto a la competencia del Tribunal primeramente he de destacar que en razón de que una de las codemandadas es una Obra Social y que la misma resulta ser una agente de seguro inscripto en la Superintendencia de Seguros de Salud (RNOS 1-1180-3 .), goza del privilegio previsto por el art. 38 de la Ley 23.661, esto es prorrogar, en razón de su persona, la competencia federal del *sub examine*.

Ahora bien, conforme surge de la pacífica jurisprudencia del Címero Tribunal de la República la competencia en razón de la persona es prorrogable (CSJN, *Fallos*, 95:355; 98:103; 109:393; 202:323; 261:303, entre otros muchos) en beneficio de las jurisdicciones provinciales por parte de sus titulares (CSJN, *Fallos*, 258:116, 269:431, 294:62), sin que a ello se oponga consideración alguna de orden público (CSJN, *Fallos*, 192:485).

Téngase presente, que a igual razonamiento ha arribado la

Sala III de la Cámara de Apelaciones del fuero (sentencia del 08/11/2013, *in re* "GCBA c/ Obra Social del Personal de la Industria Lechera s/ ejecución fiscal", expte. B58687-2013/0).

En razón de lo expuesto, y toda vez que la Obra Social demandada no ha opuesto excepción de incompetencia alguna, el Tribunal resulta competente para seguir entendiendo en las presentes actuaciones.

V. En segundo lugar, destaco que no existe discusión respecto al régimen normativo aplicable al caso de autos para su resolución, salvo la postura de distintos co-demandados y sus respectivas aseguradoras respecto del alcance del art. 1078 del Código Civil.

En tales condiciones, en cumplimiento del rol que ejerce este Ministerio Público —inc. 6, art.17, Ley 1903— efectuaré un análisis de la constitucionalidad de dicha norma —a pesar que la parte actora no lo ha planteado—, en el entendimiento que ello es indispensable para el supuesto de acogerse la demanda y tener que analizar el daño moral petitionado por la concubina aquí actora.

En este aspecto, téngase presente que de conformidad con la doctrina de la CSJN y de la Corte IDH, los jueces deben declarar inconstitucionalidad de oficio de una norma (CSJN, *Fallos*, 327:3117, *in re* "Banco Comercial Finanzas S.A. (en liquidación Banco Central de la República Argentina) s/ quiebra", sentencia del 19 de agosto de 2004; y expte. n° R.401.XLIII, "Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/daños y perjuicios", sentencia del 27/11/12) y/o su inconvencionalidad (Corte IDH, *in re* "Almonacid Arellano y otros vs. Chile", Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia sobre excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas de 26 de septiembre de 2006, Serie C n° 154.-; en el mismo sentido, "Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) v. Perú", sentencia sobre excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas de 24 de noviembre de 2006., serie C n° 158, párrafo 2, voto del Dr. A.A. Cançado Trindade).

V.1. Así las cosas, para comenzar el análisis de los planteos de la demandada acerca de la falta de aptitud procesal de la Sra. Luna para demandar una indemnización en su carácter de concubina, debemos remitirnos al art. 1078 del Código Civil el cual establece las personas legitimadas a tal efectos, sosteniendo que "La acción por indemnización del daño moral sólo competirá al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente

tendrán acción los herederos forzosos”.

Tal redacción, acota el universo de posibles acreedores que pudieran iniciar acciones, y por lo tanto, se puede inferir que los concubinos carecerían de legitimación activa para reclamar el daño moral derivado de la muerte de sus parejas.

Ahora bien, lo cierto es que el derecho no opera en el vacío sino en un contexto histórico y social que le brinda sentido a los conceptos. En este orden, una hermenéutica histórica de la norma, nos daría cuenta de que la misma se correspondía con un imaginario social donde el concepto de “familia” distinto al actual, y por ende, los daños ocurridos a uno de los miembros sólo podían ser reclamados por otro miembro, legalmente constituido de ese núcleo familiar reconocido por el Estado.

No debemos perder de vista que la norma bajo análisis fue incorporada al Código de Vélez en la reforma del año 1968 —Ley 17.711—, y en aquel contexto socio cultural, el “concubinato”, lejos de ser un tipo de vínculo entre dos personas, era la forma estigmatizante de señalar a las uniones convivenciales de parejas no casadas civilmente.

Con el devenir de la sociedad, a nadie escapa que las nuevas concepciones acerca las uniones de pareja han desplazado aquellos imaginarios sociales por otros, dentro de los cuáles, el concubinato, no solo ha dejado de ser una práctica transgresora, sino normal y habitual de muchos ciudadanos.

V.2. Dicho ello, cuadra destacar que los resabios de los prejuicios no son tan sencillos de quitar de las sociedades, y por lo tanto, sin perjuicio de lo dicho, lo cierto es que el concubinato no cuenta —actualmente, más allá de lo prescripto por el nuevo Código Civil que entrará en vigencia el 01/08/2015- con un régimen legal autónomo que ampare a las personas que lo constituyen, tal como ocurre con otras formas de convivencia que se denuncian al Estado y éste convalida —casamiento, uniones civiles, etc.—. En tal sentido, cabe analizar si el tratamiento que se le está dando en estos autos a la concubina del extinto Sr. Cáceres se encuentra en sintonía o en colisión con normas superiores.

Para analizar esta cuestión, traigo a colación que los instrumentos internacionales incorporados a la Constitución Nacional hacen referencia a la protección integral de la Familia (cfr. CADH, artículo 17.1; DADDH, artículo VI; DUDH, artículo 16.3; PIDESC, artículo 10, PIDCP, artículo 23.1) por parte de la Sociedad y del Estado, y esta institución familiar, como ha quedado señalado en el acápite anterior, no

puede considerarse solamente a las uniones matrimoniales y uniones civiles, sino a toda pareja o grupo humano que guarde similitudes en cuanto a sus fines con la institución familiar, como por ejemplo, compañerismo, guía y cuidado de hijos, proyectos compartidos, etc.

En este sentido, dado un grupo o pareja humana con estas características, en principio, podemos hablar de una familia, con independencia de la orientación sexual de las partes, la participación del estado en el vínculo, o el nombre con el que se rotule al vínculo.

Ahora bien, sucedida una pérdida irreparable como lo es la muerte de uno de sus miembros, el art. 1078 del Código Civil se presenta como un valladar para los integrantes del vínculo concubinal, pues limita la legitimación para reclamar los daños, tan solo a los herederos forzosos del fallecido. Es así que la norma, sin perjuicio de su finalidad de acotar la potencialidad de reclamantes, lo que está haciendo en este caso en particular, sería **crear una distinción entre personas según su estado civil**, pues como queda dicho, el cariño y el dolor que se pueden profesar dos personas, no depende del reconocimiento estatal del vínculo **y genera una desprotección de esa familia**.

Es por ello que al generar este trato desigual entre personas que padecen dolores similares, es que entiendo que la norma colisiona de lleno con el **derecho a la igualdad** que consagra la Constitución Nacional en su artículo 16, al crear una categoría de personas a las que se le veda su posibilidad de pretender judicialmente un resarcimiento por daños.

A lo expuesto, **he de agregar que esa desigualdad se exhibe aún más manifiesta cuando con la redacción del nuevo Código Civil le otorga legitimación al concubino a reclamar una indemnización plena** (cfr. arts. 1741 y 1740).

En esta línea de tutela de la igualdad, la Constitución local ha dado un paso más, aggiornato su texto a las realidades presentes, señalando en su art. 38 que debe propenderse a *"... la eliminación de la segregación y de toda forma de discriminación por estado civil"*. Es claro que en este caso, el supuesto encuadra en una discriminación o desigualdad en virtud del estado civil de la actora.

Debemos tener en cuenta que esta discriminación que hoy nos parece tan clara y evidente no lo fue en su contexto de creación por la carga negativa que conllevaba el concubinato y el deseo del legislador de desalentar este tipo de uniones, ameritaban dejar fuera a estas personas de todo tipo de herencia. Sin embargo, negar los hechos actuales y pretender que las normas continúen alimentando prejuicios sobre las

uniones entre las personas me parece que es un modo de no permitirle al derecho cumplir con su misión de regular la vida social con respeto de la dignidad humana. En este sentido es que considero que la norma debe ceder ante la pretensión de la Sra. Luna, concubina del Sr. Cáceres de solicitar a la justicia analizar su pretensión, so pena de también afectar ese derecho convencional y constitucional de protección integral de la familia.

Un fallo ejemplar que parece resumir lo dicho hasta aquí ha sostenido *"Cabe hacer lugar a la demanda por daños y perjuicios incoada por la concubina (...) pues si bien el art. 1078 del Cód. Civil limita la acción únicamente a los herederos forzosos, en el caso el rechazo indemnizatorio se parece más a la sanción de la convivencia sin matrimonio que una adecuada respuesta en orden al derecho de daños"* (Cám. 2da. Civ. y Com., Mar del Plata, Sala II, 23/11/04, LLBA, 2005-134). Años más tarde, el mismo tribunal en los autos *"Camargo Mónica y otro c. Lima Roberta y otra s/ daños y perjuicios"* de fecha 26/12/2007 declaró la inconstitucionalidad de oficio de la normativa del art. 1078 segunda parte del Cód. Civil, entendiendo que mientras se encuentre vigente la normativa del artículo 1078 segunda parte del Cód. Civil, es esencial el rol del juez para acercar el derecho a la realidad social y para compatibilizar las consecuencias de una norma anacrónica con los preceptos fundamentales de nuestra Carta Magna.

En similar sentido se ha expedido la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en *"R.A.H. c/ Kelly Santiago y otros s/ Daños y perjuicios"*, del 14/09/11.

A todo evento, y por razones de brevedad me remito a la excelente obra del Dr. Emilio Ibarlucía (*El derecho constitucional a la reparación: su contenido y alcance*; primera edición, CABA, Abaco, 2013, pags. 293/305), quien sostiene que para hacer lugar a una indemnización de daño moral de una concubina " ... **la única solución correcta es la fundada y expresa declaración de inconstitucionalidad de la norma** " y brinda acabados fundamentos para hacerlo.

V.3. Por todo lo dicho, considero que la restricción que impone el art. 1078 del Código Civil crea una categoría de individuos —los concubinos— a quienes se les priva su acceso a la justicia para reclamar daños por la pérdida de su pareja, vedándoseles la posibilidad de obtener una reparación integral por los daños sufridos, sin otro fundamento que su estado civil.

Es por ello que considero que nos hallamos ante una

segregación que deviene inconstitucional e inconvencional en tanto afecta la garantía de igualdad (art. 16 CN, art. 11, 37 y 38 CCABA), como así también, la protección integral de la familia, tutelada por la Constitución local en su art. 37, la Constitución Nacional en su art. 14bis y las siguientes normas con jerarquía constitucional (cfr. CADH, artículo 17.1; DADDH, artículo VI; DUDH, artículo 16.3; PIDESC, artículo 10, PIDCP, artículo 23.1).

Por las razones expuestas, considero que el art. 1078 del Código Civil debe perder su vigencia para este caso, y concedérsele legitimación activa a la Sra. Luna para interponer la presente acción, ello en la medida que acrediten todos y cada uno de los requisitos de la responsabilidad estatal y se prueba la relación de concubinato, todas cuestiones –estas últimas- de indudable naturaleza de hecho y prueba, ajenas a mi intervención.

VI. Finalmente, y sólo a mayor abundamiento señalo que a nivel normativo se ha dictado una nueva ley de Responsabilidad del Estado a nivel nacional (Ley N° 26.944). No obstante, la Ciudad aún no ha adherido a la misma, a tenor de la invitación que formula la norma en su art. 11, y por lo tanto, dicho régimen aun no resulta aplicable en esta jurisdicción.

Asimismo, si bien el nuevo texto del Código Civil impide la aplicación de sus normas a los supuestos de responsabilidad del Estado (art.1764), lo cierto es que éste aún no se halla vigente y a todo evento, sus previsiones, como las de la ley antes mencionadas, no resultarán de aplicación retroactiva.

VII. En este sentido, dejo contestada la vista.

Ciudad de Buenos Aires, 20 de febrero de 2015

		DAMIAN NATALIO ARIEL CORTI FISCAL DE 1º INSTANCIA dcorti@fiscalias.gob.ar Ministerio Público Fiscal de la C.A.B.A. 20/02/2015 10:29:29 96f4e40a4cff7a3421e272939360896
---	---	---

Se crea un medidor para medir la actividad de los usuarios de la página web. Los datos de la actividad de los usuarios se almacenan en un archivo de texto en el servidor de la página web. Los datos de la actividad de los usuarios se almacenan en un archivo de texto en el servidor de la página web.

