

Danos Y Perjuicios Indemnizacion Dano Fisico Dano Moral Cuantificacion Del Dano

JURISPRUDENCIA

Daños y perjuicios. Indemnización. Daño físico. Daño moral.

Cuantificación del daño Se hace lugar a la demanda de daños y perjuicios, disminuyendo el porcentaje de incapacidad, pero manteniendo el mismo monto indemnizatorio, ya que representa una justa indemnización. Asimismo, a fin de determinar el daño moral se recurre al nuevo Código Civil y Comercial en sus arts. 1737, 1738, 1740, 1741 y 1746. En Mendoza, a los veintitrés días del mes de junio de dos mil quince, reunidos en la Sala de Acuerdo, los Sres. Jueces de esta Excma. Tercera Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario, trajeron a deliberar para resolver en definitiva los autos N° 9.449/51.090 caratulados ?LUCERO MARCELA C/ EL CACIQUE Y OTS. p/ D Y P?, originarios del GEJUAS n° 1, de la Primera Circunscripción Judicial, venidos a esta instancia en virtud del recurso de apelación interpuesto a fs. 263 contra la sentencia de fs. 243/51. Llegados los autos al Tribunal, se ordenó expresar agravios al apelan-te, lo que se llevó a cabo a fs. 274/7, quedando los autos en estado de resolver a fs. 290. Practicado el sorteo de ley, quedó establecido el siguiente orden de estudio: Dres. COLOTTO, MARQUEZ LAMENA y MASTRASCUSA. En cumplimiento de lo dispuesto por los arts. 160 de la Constitución Provincial y 141 del C.P.C., se plantearon las siguientes cuestiones a resolver. PRIMERA CUESTION: ¿Es justa la sentencia apelada? SEGUNDA CUESTION Costas. SOBRE LA PRIMERA CUESTION EL DR. COLOTTO DIJO: 1°) La sentencia de primera instancia admitió la acción resarcitoria promovida por la demandante, sra. Marcela Lucero en contra de El Cacique S.A. y Protección Mutual de Seguros del Transporte Público de Pasajeros, a quienes condenó al pago de ... pesos, intereses y costas. 2°) El decisorio fue recurrido por la citada en garantía, la que expresa agravios a fs. 274/7, manifestando disconformidad con el fallo apelado. Al respecto considera errónea la valoración probatoria realizada por la a quo para cuantificar los rubros indemnizatorios por incapacidad sobreviniente y daño moral. En cuanto a la incapacidad sobreviniente considera errónea su valoración puesto que y respecto de las conclusiones periciales las mismas no han tenido en consideración las patologías previas de la actora, las que no determinan en qué grado en forma previa coadyuvan a la incapacidad otorgada. Agrega que los dictámenes que realizan los peritos del 15% de incapacidad permanente lo hacen teniendo en consideración el examen de la actora al momento de la pericia, dictaminando la incapacidad en su conjunto sin determinar en forma clara y categórica, cuál es la incidencia de las patologías previas al evento y cuales posteriores a éste, por lo que considera que dichos dictámenes carecen de sustento científico y objetivo. Por otra parte considera que la actora no demuestra el nexo de causalidad adecuado entre las lesiones constatadas en el AEV de carácter leve y las secuelas graves que dictaminan las pericias. Denuncia que la a quo realiza una inversión de la carga de la prueba, ya que es la actora quien debe acreditar las consecuencias dañosas que le trajo el evento. Concluye, luego de una introducción teórica, que el a quo no cumple con la exigencia legal al no encontrarse en autos el nexo adecuado de causalidad entre las lesiones constatadas inmediatamente de producido el evento (leves) con las secuelas descriptas por el experto a dos años del evento y que, de los propios dichos del perito, no se puede asegurar que tales secuelas se desprendan del siniestro de marras. Argumenta que al no haberse acreditado una modificación disvaliosa en su vida laboral o cotidiana, o la exagerada modificación que pretende adjudicar al accidente, no tiene asidero el desmesurado pedido indemnizatorio, el que solicita sea rebajado a un total de \$...- Se agravia también de la concesión del daño moral, al considerar excesivo el monto otorgado con idénticos fundamentos a los del rubro incapacidad sobreviniente, por lo que solicita su reducción a \$- 3°) A fs. 280/3 la actora contesta el traslado del recurso, solicitando el rechazo de los agravios formulados y por ende la confirmación del fallo apelado. 4°) Dos son los elementos que a la postre resultan ser el eje del agravio, es decir la deficiente valoración probatoria acusada como la carencia de relación causal existente entre las secuelas determinadas por los peritos, las lesiones sufridas y la incidencia de las patologías previas es decir la influencia causal o concausal del estado de la víctima. Sobre este último punto (la incidencia de las patologías existentes antes del accidente), la cual rescato resulta dirimente a los fines de fijar la extensión del resarcimiento, más que asignarle el carácter de factor concausal o cocausal del hecho generador de la responsabilidad atribuida, es mejor hablar de dicho carácter pero sobre las consecuencias, es decir del daño provocado en su configuración y extensión resarcible. Es que cuando un accidente acarrea o agrava un daño corporal exclusivamente en razón de particularidades fisiológicas propias de la víctima, dos son los intereses que colisionan: por un lado, un principio fundamental en el derecho de la reparación impone que esta sea integral, por el otro, una regla no menos constante, limita los daños y perjuicios tan solo a aquellos causados por el agente agresor (PREVOT, "Obligaciones in solidum vs. Concurrencia causal. A propósito de la influencia de las predisposiciones de la víctima sobre la pretensión resarcitoria", en DJ, 2005-3-833). Frente a dicha confluencia, menciona la doctrina que los antecedentes

jurisprudenciales han sido variados que van desde aquellos que rechazan cualquier tipo de incidencia y acuerdan a la víctima una indemnización total del perjuicio; pasando por aquellos que admiten que una parte de la responsabilidad en la comisión del daño pueda ser atribuida a la víctima, tan solo en la medida en que las predisposiciones han sido parcialmente causa del daño; los que consideran que las consecuencias de un acto ilícito deben repartirse entre el autor y el damnificado a título de concausa y en el cual el ?estado anormal anterior de la víctima? pueden configurarse en una eximente totales o parciales de causalidad ; hasta aquellos que si bien rechazan toda incidencia causal en la producción del evento nocivo, admiten reducir los rubros indemnizatorios, atento la influencia de las predisposiciones sobre las capacidades funcionales de la víctima (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J (CNCiv)(SalaJ) ~ 2005/09/06 ~ P., D. B. c. Expreso La Nueva Era S.A. y otros) . Es por ello que rescato que: ?El primer juicio o indagación es necesario para poder imputar el evento nocivo a su autor, en cambio el segundo tiene por finalidad delimitar la extensión del resarcimiento? (Prevot Juan Manuel, ?Influencia de las anomalías patológicas de la víctima sobre la pretensión resarcitoria? La Ley Responsabilidad Civil y Seguros 2006 p. 636; en sentido similar López Mesa Marcelo ?Presupuestos de la responsabilidad civil? Astrea p. 102 y ss). Frente a dicho presupuesto de estudio debe entonces distinguirse la concausa de la cocausa, aunque ambas vinculen el resultado dañoso a la incidencia concurrente de una pluralidad de causas. Así la concausa es una causa que interfiere o actúa independientemente de la condición puesta por el agente a quien se atribuye el daño. La doctrina al respecto distingue a las concausas preexistentes, concomitantes y sobrevinientes, así se refiere a las causas preexistentes de las sobrevinientes como aquellas patologías que padecía la víctima (anterior al hecho del agente) que desarrollan su potencialidad nociva de manera simultánea con el hecho o con posterioridad (así al sufrir osteoporosis sufre una fractura grave que un golpe por sí mismo no debía producir o si lesionado es intervenido quirúrgicamente y por una alergia desarrolla un shock anafiláctico a un antibiótico y muere) (Zannoni, Eduardo, ?Cocausación de daños (una visión panorámica)? en RDD, Rubinzal Culzoni, 2003-2 p. 9).

Zavala de González considera que las simples tendencias o predisposiciones carecen de virtualidad para incidir en el nexo causal imputable al sujeto en tanto se tratan de simples antecedentes o condiciones, empero si se trata de patologías o disfuncionalidades del afectado que despliegan su propia potencialidad nociva, eventualmente determinante de serias incapacidades o de fallecimiento, pueden constituir causa exclusiva o concausa del evento lesivo o del resultado final. (aut. cit., ?Situación anormal de la víctima como causa o con-causa del daño? RCyS 2011-VIII,3) Evidentemente que quien padece una dolencia goza de la legítima expectativa de que el eventual empeoramiento o desarrollo sólo sobrevenga por causas naturales y no por una agresión exógena que active o acelere el proceso, sin embargo frente a dicho agravamiento o aceleración del proceso, no implica per se que deba imputarse al responsable de aquella dolencia que confluye al resultado final sino solo el margen de incidencia que el hecho lesivo produce ya como aceleración o como factor de agravamiento, salvo evidentemente previsibilidad en el sujeto dañador, lo que no puede ser presumido (Zavala de González, ídem.). En definitiva deberá distinguirse, tal como lo establece este Tribunal si, ?..... cuando todos los hechos analizados como series causales, hayan conducido al resultado dañoso, siendo este el supuesto de causas concurrentes, en cuyo caso corresponde ponderar el grado de causación que aportó cada una o bien, si sólo se trata de supuestos de agravación del daño, etc. La ponderación que se haga será de vital importancia, toda vez que la causalidad define por una parte "quien" responde, y por otra determina las "consecuencias" por las cuales se responde ya que es resarcible sólo el daño causado por el hecho que se atribuye directa o indirectamente al responsable?. (3ª C.C., nº 33.073 (32693) ?Lucero Jesús Osvaldo c/ José Oscar Chapla p/ D y P? 23/11/2010). - 5º) Entrando en análisis de la causa se advierte que la queja debe ser admitida. En efecto si bien se coincide con el análisis realizado respecto de la prueba arrimada en la causa, en autos debe ponderarse que la actora ya se encontraba con patologías previas y que por consiguiente al producirse el accidente, como bien lo dice la pericia, la misma resulta un factor de agravación en especial de las dolencias que la actora sufre en la columna, por lo que el cálculo de incapacidad y la determinación de su margen de incidencia deberá realizarse sobre la base de dicho reconocimiento de la patología que actúa como factor concausal preexistente. En efecto si bien la pericia del médico neurólogo Dr. Rubén Cornejo, concluyó que el accidente le produjo a la actora politraumatismo con latigazo cervical, quedando como secuela neurológica una cervicobraquialgia postraumática sin alteraciones clínicas, rx ni electromiograficas leve a moderada, con una incapacidad parcial y permanente del 15% de la total, según Tablas de incapacidades de Rubinstein (fs. 121), dicho 15% no puede considerarse que su causa responda íntegramente al accidente aquí estudiado. Dicha experticia fue observada por la citada, la que contestada por el perito, este sustenta la existencia de la relación causal adecuada de dichas secuelas con el accidente, puesto afirma, que lo evaluado responde a un hecho traumático sobre la raíz nerviosa que se traduce en la sintomatología y EMG realizados, lo que a la postre luce como contradictorio con la pericia presentada por el médico traumatólogo. En este aspecto es importante aclarar que en los estudios complementarios, debe distinguirse aquellos que presentan una radiculopatía crónica (sector derecho) a nivel de C6 C7 de los anulus protuyentes múltiples a nivel de C4,C5, C6, C7 que es lo que le produce estenosis foraminal bilateral, del cual los referidos anulus, responden en el común de los casos a procesos degenerativos y no a un hecho traumático, por lo que llama la atención que incluso no se haya tenido en cuenta los

antecedentes revelados en la H.C. de la Clínica Francesa de fs. 129/31 que menciona tales alteraciones en la columna. Es que resulta factible pensar que la hernia de disco traumática ocurre generalmente cuando ya existen alteraciones discales previas, por lo que al momento de evaluarlo, dicha circunstancia debe ser tenida en cuenta, entendiendo que la pericia como acto científico debería haber realizado un análisis de causalidad bajo los criterios científicos y explicitar, de qué manera el factor degenerativo previo actuó como concausa, por qué circunstancias dichas alteraciones deben responder íntegramente al hecho traumático, cuando existe una dolencia crónica existente determinada y constatada por los antecedentes ya consignados (ver en cuanto a relación causal en hernias discales a Simonin y de Bradford Hill - Simonin C., Medicina Legal y Judicial, 2.a ed., JIMS (ed.), 1966, págs. 43-65; Hill AB. (1965). The environment and disease: association or causation? Proceedings of the Royal Society of Medicine, 58, 295-300 citados en Cuadernos de Medicina Forense). En lo que respecta a la pericia traumatológica si bien arroja similares conclusiones, sustentada también en los antecedentes personales de la actora, exámenes complementarios (antecedentes en Clínica Francesa) y examen médico y dictamina también una incapacidad del 15 % que deriva de la agravación de cervicalgia y cervicobraquialgia, periartritis postraumática del hombro derecho y el agravamiento de su condición lumbar.- Sin embargo en el caso y si bien coincido con la a quo, en que no fue observado o en su caso no fue diligenciada dicha observación por la aseguradora en correcta forma, resultando en consecuencia inoficiosa dicha impugnación, conforme a jurisprudencia de este Tribunal (CC3°, Expte. 33.930, ?Caggia, Estela Irene y ots. c/ Giarratana Brallard, Hugo Alberto p/ D. y P.?, 03/05/2012), de la ponderación de los antecedentes y de los términos de la misma pericia no puede sustentarse que la pericia deba ser tomada íntegramente en sus conclusiones cuando afirma que la tabulación de la incapacidad que se desarrolla responde a una agravación de las dolencias existentes, lo que necesariamente debe llevar al camino de concluir sobre la existencia de concausalidad de tal patología o en su caso en la determinación de una secuela incapacitante pero ponderando que la actora al momento del accidente no se encontraba con su capacidad total, sino afectada esta por sus antecedentes médicos. Por último si bien la pericia médico clínica fue observada y esta no contestada en tiempo y forma, las conclusiones y diagnóstico arribado por el perito resultan ser similares a las anteriormente apuntadas, es decir síndrome cervico-cefalico postraumático, lumbociatalgia y tendinosis en hombro derecho, aunque difiera en el porcentaje de incapacidad (18 %) y sujeta también a las mismas observaciones anteriormente apuntadas. Si bien la construcción de la queja se sustenta en el hecho que como el accidente fue de escasas proporciones y las lesiones leves, es que necesaria-mente debe estimarse que dicho accidente no dejó o debería haber no dejado casi secuelas. Sin embargo, a contrario sensu de dicha opinión, si bien no fueron simples golpes o escoriaciones o el carácter de leves atribuidas por el apelante, es decir con escasa repercusión en lo físico, sin perdurabilidad de la sintomatología y carentes o escasa probabilidad de causar secuelas, lo cierto es que la lesión ha tenido la posibilidad de agravar o exacerbar las lesiones ya existentes en la actora o en su caso a crear nuevas (periartritis de hombro). Adviértase que el médico de Sanidad Policial diagnosticó traumatismo cervical con uso de collarín, hematomas en las rodillas y mama izquierda; el diagnóstico de Hospital Privado en donde determinan politraumatismo y encomiendan estudios complementarios (rx tórax, rodilla der- iz. Ed. Cervical); la atención del dr. Segura Walrond (traumatólogo reconocido en el medio) con idéntico diagnóstico y extensión del reposo (evidentemente superior al tiempo de curación probable de una lesión leve, de diez días aproximadamente), no hace más que determinar al accidente como se dijo, como factor de agravación de secuelas existentes o creación de nuevas. Si bien las testigos comparecientes en la causa, como Ángela Verón (compañera de trabajo), informa que después del accidente la actora estuvo como un año y medio sin trabajar, que después volvió a hacerlo pero que a la fecha de la declaración estaba otra vez de licencia, que la actora realizó fisioterapia, resonancias, etc. y que no ha notado cambios o mejoría en la salud de la misma, que Alejandra Mora responde también que la actora estuvo un año y medio sin ir a trabajar y que el motivo fue el accidente, puesto que después de este empezó a tener problemas. Así también lo hace Nélide Castro (tachada en primera instancia, aunque rechazada la tacha y no existe agravio sobre la misma), quien manifestó que el accidente le ocasionó secuelas en la cervical, rodillas y brazos, que la actora ya no es la misma, que era activa, puesto que salían a caminar, y ya no hace nada de lo que hacía antes, ni siquiera en el trabajo, estas no pueden dar cuenta o distinguir, puesto que se trata de un término estrictamente científico médico, si la causa de dichas licencias, se debe a que el accidente le causó la incapacidad o si este en realidad le agravó la ya existente limitación secuelar que tenía en la columna, reservado si a la opinión de los expertos y esencialmente a los antece-dentes traídos a la causa. En este aspecto es que deseo destacar, que aquellas manifestaciones, limitaciones, sintomatologías dadas por los peritos tienen su raíz en los antecedentes evidenciados en la H.C. traída por la Clínica Francesa del cual desde el 2004 es tratada la actora por cervicobraquialgia derecha y lumbalgia. Adviértase que la misma en aquella época ya sufría rectificación, movilidad reducida, hernia de disco en C4 y C5, como discopatía degenerativa en L5/S1 y que resultó luego exacerbada en el año 2010 cuando luego de operada de hernia de disco (2007), presentaba parestesias en piernas y pies (típico de la lumbociatalgia) o discopatía lumbar y luego parestesia en mano derecha y brazo (relacionado con el compromiso cervical - cervicalgia y cervicobraquialgia). Tales antecedentes deben necesariamente llegar a la conclusión que si el accidente la causó secuelas incapacitantes a nivel de columna, su

origen obedece a dolencias que actúan como factor concausales y condicionantes al accidente y así deben ser estimados, considerando al accidente, solo como un factor de agravación de las mismas pero no exclusivamente en su origen. Así observo que si bien las pericias establecen un porcentaje de incapacidad similar, su conformación resulta distinta, puesto que la neurológica asigna exclusivamente dicho porcentaje (15%) a una cervicobraquialgia postraumática (cuando la misma ya se padecía conforme a los antecedentes y los estudios realizados); la clínica engloba y no discrimina qué porcentaje de incidencia tiene el síndrome cérvico-cefálico, cuánto la lumbociatalgia y que incidencia la tendinosis de hombro derecho (18%); haciéndolo solo la traumatológica la cual asigna un 5% a cada una de las dolencias, cervicalgia y cervicobraquialgia, lumbociatalgia y periartritis de hombro respectivamente, aunque como se ha venido citando, si bien menciona a las dos primeras como agravación de dichas dolencias, no especifica que margen de incidencia debe asignarse a la nueva causa (accidente) y cuál a la causa preexistente. En definitiva no puede entonces calcular la incapacidad sin antes estimar la contribución causal que aquellas dolencias presentaban como secuelas incapacitantes, porque y parafraseando al perito dicho 15% o a la suma dicho 10% no es del total? sino por el contrario de la capacidad previamente disminuida de la actora a causa de sus dolencias degenerativas. En definitiva atento a la carencia de discriminación de la causa como de los factores concausales con incidencia en la determinación de la incapacidad y atento a la gravedad de la dolencia previa estimo justo del 10% estimado por el traumatólogo en cuanto a porcentual sobre el que inciden los antecedentes estimar que el 50% del mismo debe asignarse a dicha concausal, por lo que estimo que el presente accidente ha causado como secuela incapacitante un 10% del total. 6°) No obstante la modificación del porcentual de la secuela, conforme a las pautas que desarrollaré, entiendo que el monto otorgado por la a quo no debe ser modificado, puesto que representa una justa indemnización de la indemnización que presenta una relación causal adecuada con el accidente. Me explico. Es que cuando uno procede a la determinación de la indemnización distintos son los factores que deben evaluarse como la edad, sexo, estado civil, ocupaciones habituales, nivel socio-económico, siempre ponderando lo afirmado por la Corte Suprema de la Nación que sostiene que la incapacidad debe ser objeto de reparación al margen que se desempeñe o no una actividad productiva, puesto que la integridad física tiene en sí misma un valor indemnizable su lesión afecta diversos aspectos de la personalidad al margen laboral, tales como el doméstico, social, cultural, deportivo con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida (CSJN, Fallos: 308:1109; 312:2412, S. 621.XXIII, originario, 12-9-95). Por otra parte y sin perjuicio que el Código Civil y Comercial de la Nación todavía no entra en vigencia pero sin duda su pauta ponderativa debe resultar útil a los fines del establecimiento de la indemnización por incapacidad, a los fines de fijar un caudal adecuado, tomaré en cuenta el criterio utilizado por este (art. 1746) a los fines de establecer dicho resarcimiento, es decir la determinación del capital de modo que sus rentas cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables y que se agote al término del plazo en que pueda continuar realizando sus actividades. Como las actividades laborales y si bien al momento de las testimoniales se dicen que no se retomaron, no existe prueba que permita determinar que la licencia fue definitiva o se extendió por más tiempo (un informe a la DGE hubiera sido muy útil para hacerlo), debe considerarse que se pudo retomar aunque con disminución de sus aptitudes físicas, por lo que debe ponderarse que la secuela resulta permanente per o debe estimarse la continuidad de dicha minusvaloración hasta el cumplimiento de su edad productiva. Es así que la referida norma (art. 1.746 CCyCN) establece pautas para la fijación del resarcimiento mediante la utilización de criterios matemáticos que, partiendo de los ingresos acreditados por la víctima (y/o de la valuación de las tareas no remuneradas, pero económicamente mensurables, que ella llevaba a cabo y se vio total o parcialmente imposibilitada de continuar desarrollando en el futuro), y computando sus posibilidades de incrementos futuros, lleguen a una suma tal que, invertida en alguna actividad productiva, permita a la víctima obtener mensualmente (entre ese margen de beneficios y el retiro de una porción del capital) una cantidad equivalente a aquellos ingresos frustrados por el hecho ilícito, de modo tal que ese capital se agote al término del período de vida económicamente activa que restaba al damnificado. Así se tiene en cuenta, por un lado, la productividad del capital y la renta que puede producir, y, por el otro, que el capital se agote o extinga al finalizar el lapso resarcitorio (Zavala de González, Tratado de Daños a las Personas, t. 2a, p. 521). En cuanto a la utilización de las referidas fórmulas las que en sus distintas denominaciones (fórmulas "Vuoto", "Marshall", "Las Heras-Requena", "Vuoto II" etc.), se trata en realidad, en todos los casos, de la misma fórmula, que es la conocida y usual ecuación para obtener el valor presente de una renta constante no perpetua (Acciarri, Hugo - Irigoyen Testa, Matías I., "¿Algunas acotaciones sobre las fórmulas para cuantificar daños personales?", Publicado en: RCyS 2011-VI, 22). Sin embargo, debo resaltar que dichas pautas de cálculo si bien resultan ser las que el Código Civil y Comercial establece, entiendo que no tienen por qué indefectiblemente atar al juzgador, sino que lo deben guiar hacia el umbral, a partir del cual el juez puede y debe realizar las correcciones necesarias atendiendo a las particularidades del caso concreto (Pizarro-Vallespinos, Instituciones de Derecho Privado - Obligaciones, t. 4, p. 318; Zavala de González, op. cit., t. 2a, p. 504). La razón de dicha salvedad encuentra su fundamento, en el hecho del deber de respetar la doctrina de la Corte Provincial (Sala I) que se inclina hacia la fijación prudencial del monto del resarcimiento, a través de la

ponderación de todas las variables de incidencia, sin descartar ninguno de los métodos tradicionales utilizados como baremos o parámetros de determinación, siendo la única limitación el resultado irrazonable a que pueda conducir. En este aspecto, según la doctrina de este Cuerpo, cualquiera sea el método empleado, los parámetros rectores deben estar fijados por los principios derivados de la prudente equidad y concretamente acotados por la realidad que toca evaluar, sin que sea desechable ab initio, ningún método de fijación del daño. Es decir que, si bien ab initio no descarta la aplicación de fórmulas matemáticas, tampoco se sujeta a ellas de un modo fijo, apartándose de su aplicación cuando el resultado al que se arriba resulta irritante, ya sea por su exigüidad o excesividad?.

(Suprema Corte de Justicia de Mendoza - Sala I - Expte.: 91979 - Jofré Beatriz En J° 125.412 Jofré Beatriz C/ Luconi Ruiz Fernando Gabriel P/ D. y P. S/ Inc. Cas - 06/10/2008 - LS393-053; n° 103263 - Torres Méndez Javier Guillermo En J° Torres Méndez Javier Guillermo C/ Municipalidad de Lujan de Cuyo y ots. P/ D y P S/ Inc - 05/11/2012).

Conforme a dichos lineamientos entiendo que resulta necesario realizar el juicio de valor respecto del material probatorio alcanzado, verificando además si el monto pretendido por la actora y admitido por la a quo con la reducción del porcentual de incapacidad aquí determinado, mediante la utilización de la fórmula matemática (fórmula de valor presente de una renta periódica no perpetua), se arriba a una suma que y conforme lo entiende la Corte Provincial no se arribe a resultados ?irritantes?, en tal caso debido a su exorbitancia o su exigüidad. En otras palabras, no corresponde otorgar a la víctima, sin más, la suma que en cada caso resulte de la aplicación de las fórmulas mencionadas, sino que si bien deberá aplicarse, deben observarse las circunstancias de la causa, resultando como se dijo ineludible aclarar que debe exponerse las razones por las cuales se incrementa y disminuye el monto resultante, para no quedar en una mera declaración dogmática

(Alferillo, Pascual E. ? Valoración y cuantificación de la incapacidad sobreviniente de la persona ? Publicado en: LA LEY 13/11/2012 , 5 ? LA LEY 2012-F , 357).

En autos contamos que se trata de una persona de mediana edad (41 años al momento del accidente), que trabaja como celadora dependiente de la Dirección General de Escuelas, que cuenta con el secundario completo, que es separada con hijos, por lo que la necesidad de trabajar resulta evidente. A los fines de tomar como base indemnizatoria, se estima que atento a la labor denunciada y no existiendo otra prueba en autos se tomará como base el salario consignado por la a quo en su sentencia de \$... al 2011, conforme al bono de sueldo cuya copia obra a fs. 9. Descarto que dicho salario se encuentra actualizado, por lo que si bien no se adjuntó al día de la fecha, el caudal de dichos emolumentos, considero que debe establecerse una base de \$... a los fines de dicho cálculo. Así y siguiendo las pautas establecidas se observa que las referidas fórmulas arrojan conforme a la adecuación del porcentual de incapacidad aquí fijado los siguientes guarismos:

Fórmula utilizada: Vuoto Datos de la víctima ? Ingresos de la víctima: ? Frecuencia de percepción de ingresos: ? Porcentaje de incapacidad: ? Edad al momento del hecho dañoso: ? Edad productiva límite (jubilación): ? \$... ? Mensual ? 10% ? 41 años ? 65 años Tasa de interés (anual): 6% Monto indemnizatorio: \$...

Fórmula utilizada: Las Heras-Requena Datos de la víctima ? Ingresos de la víctima: ? Frecuencia de percepción de ingresos: ? Porcentaje de incapacidad: ? Edad al momento del hecho dañoso: ? Edad productiva límite (jubilación): ? \$... ? Mensual ? 10% ? 41 años ? 65 años Tasa de interés (anual): 4% Monto indemnizatorio: \$...

Fórmula utilizada: Marshall Datos de la víctima ? Ingresos de la víctima: ? Frecuencia de percepción de ingresos: ? Porcentaje de incapacidad: ? Edad al momento del hecho dañoso: ? Edad productiva límite (jubilación): ? \$... ? Mensual ? 10% ? 41 años ? 65 años Tasa de interés (anual): 4% Monto indemnizatorio: \$...

Fórmula utilizada: Fórmula Polinómica Datos de la víctima ? Ingresos de la víctima: ? Frecuencia de percepción de ingresos: ? Porcentaje de incapacidad: ? Edad al momento del hecho dañoso: ? Edad productiva límite (jubilación): ? \$... ? Mensual ? 10% ? 41 años ? 65 años Tasa de interés (anual): 4% Monto indemnizatorio: \$...

Por otra parte debe tenerse en cuenta que este Tribunal en actual confirmación, ha sostenido que la suma reclamada en la demanda y no elevada en los alegatos fija el techo posible del resarcimiento, no solo por principio de congruencia sino por imperio del de justicia rogada (3° C.C., autos n° 34.930, ?Lucero, Diego Eduardo y otros c/ Carabajal Núñez, Rubén Alberto y otros p/ daños y perjuicios?, 15/04/2015; n° 50.899, Silva, Pablo Alberto c/ Canizo, Gustavo Luis p/ d. y p.?, 04/06/2015). En dichos antecedentes, el colega preopinante al cual adherí, consideró que el principio de justicia rogada, el cual si bien no se encuentra explícito como tal en ninguna norma procesal, como sí lo está en modernos ordenamientos rituales (por ejemplo: art. 216, Ley de Enjuiciamiento Civil de España), surge como derivación del principio dispositivo que domina todo el proceso civil. En autos por otra parte y habiendo apelado la citada y por aplicación del principio de la reformatio in peius, este Tribunal "ad-quem" no puede modificar la resolución apelada poniendo en peor situación al recurrente que la resultante del pronunciamiento recurrido, por lo que estimo que no obstante la adecuación del porcentaje de incapacidad, el monto otorgado por la a quo resulta adecuado, matemática y jurídicamente aceptado como caudal que resarza las secuelas incapacitantes que el accidente aquí estudiado ha irrogado a la actora.

Por consiguiente y frente a dicho monto establecido, frente a que la utilización exclusiva de las fórmulas otorga una suma excesiva conforme a los padecimientos y secuelas irrogadas por el accidente, la aplicación de la reformatio in peius es que considero que y a tenor de las facultades previstas por el art. 90 inc. 7° C.P.C. estimo justo ratificar la suma otorgada por la a quo es decir la de otorgar

la suma de pesos ... (\$...) al día de la sentencia de primera instancia. 7º) En cuanto al daño moral debo señalar que en reiterados pronunciamientos he mencionado la admisión del presente rubro el que supone reparar las consecuencias extrapatrimoniales sufridas a causa del accidente, ya sea por cuanto este le ocasionaron consecuencias negativas en su persona, ya sea como respuesta al agravio de la personalidad e integridad psicofísica que a causa del hecho ilícito fue gratuitamente agraviado, ya sea por la repercusión que dicho infortunio ha dejado en la psiquis, en el fuero íntimo y en la personalidad del sujeto. En definitiva se tratar de reparar las consecuencias del ilícito en la esfera extrapatrimonial, enmarcando a la modificación disvaliosa del espíritu, derivada de la lesión a un interés no patrimonial, que resulta perjudicial con las capacidades volitiva, intelectual o sensitiva y que se traduce en un modo distinto de estar, anímicamente perjudicial (PIZARRO, Ramón D., "Daño moral", Ed. Hammurabi, pág. 559 y ss.). El Código Civil y Comercial elemental directriz, no obstante su falta de entrada en vigencia pero esencialmente importante a los fines de establecer las pautas de interpretación del Código Civil actual, adhiere, a dicho concepto de daño, es decir a identificarlo con la lesión a un derecho subjetivo ("derecho") y a un interés lícito o de hecho ("no reprobado por el ordenamiento jurídico") -art. 1737-.

Considera que habrá daño extrapatrimonial cuando se afecte un derecho subjetivo de tal naturaleza, que tenga "proyección moral", o toda vez que se lesione un interés extrapatrimonial, susceptible de reparación, comprendiendo los derechos e intereses de incidencia colectiva. Es decir que el Código Civil y Comercial (CCYCN) consagra expresa-mente el principio de reparación plena (art. 1740), entendido a tal como un derecho constitucional reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (muestra de ello son los fallos en "Santa Coloma c. Ferrocarriles Argentinos", 05/08/1986 y "Ruiz c. Estado Nacional, 24/05/1993) en base a los arts. 14, 17, 19, 33, 42, 75 inc. 22 de la Constitución Nacional y que en reiteradas oportunidades este Tribunal que tengo el honor de integrar a receptado en numerosos fallos. Dicho principio de reparación plena, como bien lo indica la doctrina se manifiesta en las pautas que dicho cuerpo normativo recepta en cuanto a la valoración y cuantificación de la indemnización, que comprende las repercusiones patrimoniales y extrapatrimoniales del ilícito, y este último aquí como rubro indemnizable lo considera como "las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida" (art. 1738), "ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas" (art. 1741). Frente a la disyuntiva entonces de fijar el daño moral en forma prudencial, con el riesgo propio que ello insume, puesto que debe uno resultar muy cuidado so y razonable para estimar, ya que de lo prudente a lo imprudente hay un solo paso y de allí resulta muy fácil caer al abismo de la arbitrariedad, el permanente subjetivismo utilizado por nosotros los jueces al momento de estipularlo, hace que dicho factor prudencial termine siendo imprudente, cuando no existen posturas claras y explícitas de su conformación, ante la carencia de motivación suficiente que no responde al interrogante del por qué se llega a dicho monto y no a otro, la utilización de criterios comparativos, los cuales si bien tornan propicia una forma de control del sistema, no desoigo las voces críticas que lo tildan como el ?promedio de distintas discrecionalidades?, dificultades a la orden la determinación de dicho daño moral a los ojos del juez de primera instancia que puede o no coincidir con el Tribunal de Apelación y ello no significa en modo alguno que estos se encuentre mal estipulados, sino subjetivamente distinta su apreciación, lo que conlleva inseguridad jurídica, puesto que el justiciable se termina manejando a ciegas, al no saber cuánto debería reclamar, cuál sería su satisfacción justa y prudente, a la luz de sus propios ojos, a los del juez de primera instancia y según cual juez le resuelva, o a la luz del Tribunal de Apelación que lo revea y también según cuál de ellos le toque en suerte. Evidentemente la determinación prudencial no ha sido la directriz con la que se ha gobernado el nuevo Código Civil y Comercial a los fines de establecer las pautas de ponderación a la que nos debemos ajustar los operadores jurídicos a partir de su sanción, por lo que no pude entonces abonarse en el día de hoy, siendo tan próxima la puesta en marcha de la norma de fondo, con criterios de valoración si bien otrora aceptados, hoy por hoy, en crisis a la luz de la nueva normativa. El nuevo Código establece como criterio valorativo a la ponderación de las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas indemnizatorias a otorgar. Dicha forma de ponderación elegida por el Código de fondo próximamente vigente no resulta una novedad, puesto que ha sido criterio ya utilizado por la Corte Nacional y algunos Tribunales Nacionales y Provinciales inferiores, a los fines de encontrar una regla o unidad de medida a dicha consecuencia extrapatrimonial. Vale decir es tratar de encontrar una estandarización del daño moral recurriendo a bienes preciables de la vida que procuren satisfacción en el sujeto y que sean utilizados para compensar el padecimiento sufrido en su esfera extrapatrimonial. Ese fue el criterio que utilizó la Corte Suprema de Justicia de la Nación al resolver que: ?Aun cuando el dinero sea un factor muy inadecuado de reparación, puede procurar algunas satisfacciones de orden moral, susceptibles, en cierto grado, de reemplazar en el patrimonio moral el valor que del mismo ha desaparecido. Se trata de compensar, en la medida posible, un daño consumado (...). El dinero es un medio de obtener satisfacción, goces y distracciones para reestablecer el equilibrio en los bienes extrapatrimoniales. El dinero no cumple una función valorativa exacta, el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata solamente de dar algunos medios de satisfacción, lo cual no es igual a la equivalencia. Empero, la dificultad en calcular los dolores no impide apreciarlos en su intensidad y grado,

por lo que cabe sostener que es posible justipreciar la satisfacción que procede para resarcir dentro de lo humanamente posible, las angustias, inquietudes, miedos, padecimientos y tristeza propios de la situación vivida? (CSJN, 12/4/2011, "Baeza, Silvia Ofelia c. Provincia de Buenos Aires y otros", RCyS, noviembre de 2011, p. 261, con nota de Jorge Mario Galdós). Es como bien lo explicitaba la doctrina al comentar dicho fallo cuando afirma que: ¿el daño moral puede ¿medirse? en la suma de dinero equivalente para utilizarla y afectarla a actividades, quehaceres o tareas que proporcionen gozo, satisfacciones, distracciones, esparcimiento que mitiguen el padecimiento extrapatrimonial. Por ejemplo, salir de vacaciones, practicar un deporte, concurrir a espectáculos o eventos artísticos, culturales o deportivos, escuchar música, acceder a la lectura, etc. El dinero actúa como vía instrumental para adquirir bienes que cumplan esa función: electro-domésticos, artefactos electrónicos (un equipo de música, un televisor de plasma, un automóvil, una lancha, etc.), servicios informáticos y acceso a los bienes de las nuevas tecnologías (desde un celular de última generación a un libro digital). Siempre atendiendo a la "mismidad" de la víctima y a la reparación íntegra del daño sufrido? (Galdós, Jorge Mario daño moral (como "precio del consuelo") y la Corte Nacional, RCyS 2011VIII, 176 RCyS 2011XI, 259, AR/DOC/2320/2011). Como se dijo ciertos Tribunales imbuidos por la doctrina de la Corte Nacional adoptaron como propio el criterio de establecer una suma aproximativa al dolor experimentado estableciéndose, como unidad de medida a la indemnización sustitutiva ya mencionada. Así se puede mencionar como antecedente el fallo dictado por la Sala II de la Cámara de Apelaciones de Bahía Blanca, ("C., M. C. c. Banco de Galicia y Bs. As. S.A. s/ Nulidad de acto jurídico", del 28/08/14 ? LL del 08/10/14, con comentarios -en el mismo ejemplar- de Bernardo Saravia Frías "Determinación del monto de los daños punitivos" y Matías Irigoyen Testa "Aplicación jurisprudencia de una fórmula para daños punitivos?"), en el cual y frente a un caso de responsabilidad bancaria, el referido Tribunal ponderó que las dificultades y sinsabores sufridos por la actora podrían compensarse con un viaje de buen nivel durante un fin de semana largo y en compañía de otra persona, o con la compra de un producto suntuario como un televisor de alta tecnología, afirmándose finalmente que a cualquiera de esas cosas se podría acceder con la suma de \$..., que es la que finalmente se fijó como indemnización para este rubro. Ahora bien y como lo apunta el fallo reseñado, las indemnizaciones sustitutivas, es decir aquellas fundadas en la teoría de los placeres compensatorios, también presentan puntos oscuros o dificultades al momento de ser aplicada, tal como ocurre frente a los supuestos de "daños irreparables", como es el caso de la muerte del hijo, en el cual y a mi humilde entender resultaría difícil encontrar algún bien que pudiese sustituir o compensar el dolor que sufren los padres por tamaña pérdida, por lo que se torna harto dificultoso su determinación. Algunos Tribunales, en aplicación de dicha tesis, han tratado de compensar tal irreparable pérdida con la adquisición de una vivienda (en el caso de la muerte de un hijo, sus padres ocupaban hacinados con cinco hijos en dos habitaciones, en una casa sin terminar, por lo que a fin de paliar el dolor de la pérdida, se condenó a la entrega de una suma necesaria para la adquisición de otro inmueble con las comodidades necesarias, vendiendo el que ya poseían) (Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Contencioso-administrativo de 1a Nominación de Río Cuarto ?1aNom-26/03/2012- Partes: Rivarola Adrián Miguel Ceferino y Aldana Marina Fogonza c. Ángel Marcelino Aguirre, Juan Andrés Allasia y ?J. y M. Repuestos? Soc. de Hecho s/demanda ordinaria - (expte. N° 473436) ? LLC2012 (mayo), 453). Por otra parte dicha teoría exige a los fines de cuantificar el daño moral tener en cuenta la condición económica y social de la víctima, de modo que la indemnización habrá de ser menor o mayor en función de dicha circunstancia. A priori también dicha posición resulta objetable, por cuanto se produciría una discriminación a la hora de estimar los bienes sustitutos, ya que si se establece una suma de dinero menor como placer sustituto a una persona de buen pasar económico, el placer compensatorio que pudiese obtenerse con dicha suma, evidentemente no satisfaría a dicha persona, que sí podría hacerlo para una persona humilde. En tal caso no podría hablarse de discriminación cuando frente a una situación similar y aún frente a dos personas de condiciones económicas distintas la reparación no obstante plena e integral, sea igual para ambos y su diferencia no se determine por su condición económica sino por circunstancias personales del sujeto totalmente desnudas de cualquier posibilidad de acceso a bienes sustitutos. Así la Cámara de Apelaciones en lo Civil de Azul, Sala I refiere a modo de ejemplo, cómo, frente a un similar hecho lesivo, la indemnización sustitutiva, varía según las circunstancias particulares de las víctimas. Se refiere que ? si dos familias son víctimas de un mismo corte de suministro eléctrico que se extiende por varios días o semanas, estimo valioso tener en cuenta para fijar el daño moral la cantidad de miembros que integran cada familia, sus edades, su mayor necesidad de suministro eléctrico en razón de alguna situación especial (ej. personas ancianas que no pueden bajar o subir escaleras), más no la situación socioeconómica de ambas familias. Inclusive la estrechez económica podría ser un elemento para incrementar la indemnización del daño moral, ya que la familia humilde no tiene -en el ejemplo dado- la posibilidad de alojarse en un hotel mientras dura el apagón, o de ir en auto a un supermercado para adquirir alimentos frescos? (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, sala I, ?Zampieri, Miguel Á. c. Banco de Galicia Sucursal Tandil s/ daños y perj. incump. contractual (exc. estado)? ? 22/12/2014 ? LLBA 2015 (marzo) , 211 ? RCyS 2015-VI , 117). La Cámara Nacional en lo Civil, sala A, en autos n° 45.848, ?Santillán, Karina Edith y otros c/ Bernstein, Luis y otros s/ Daños y perjuicios? (con voto de Sebastián Picasso) de noviembre de 2014, también consideró plausible la

posibilidad de integrar los preceptos que integran el Código Civil y Comercial como fuente inspiradora de la interpretación de las normas del Código Civil que todavía se encuentra vigente, por considera que recogen la opinión doctrinal y jurisprudencial mayoritaria respecto de los diversos puntos del derecho civil (vid. el punto II.I.1.2. de los fundamentos del anteproyecto presentado por la Comisión Redactora) y que, sobre todo, reflejan la decisión del legislador actual acerca de cómo deben regularse los distintos aspectos de la vida civil de nuestro país. Precisamente por eso, sus normas, avalando entonces nuestra postura, incluso antes de su entrada en vigencia, deben ser tenidas en cuenta por los jueces en tanto manifestación de la intención del legislador, que como es sabido es uno de los criterios rectores en materia de interpretación normativa. En el referido caso el cual se trataba de un reclamo indemnizatorio iniciado por las hijas menores de edad (3 años y 9 meses, y 7 meses al momento del accidente) de quien resultara su padre, fallecido en un accidente y por la cual se tuvo en cuenta el criterio rector anteriormente referenciado para evaluar la suma en concepto de daño moral, a la luz de las características del hecho generador, su repercusión espiritual en la víctima, y las demás circunstancias del caso. En el orden provincial contamos como antecedente cercano al fallo dictado por la Segunda Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza en la cual, avalando también la aplicación de la teoría de los placeres compensatorios y frente a un caso de responsabilidad de los medios de prensa por publicaciones periodísticas, condenó a resarcir el daño moral sufrido por el actor (profesional del foro) entendiendo que la suma condenada por la jueza de primera instancia, dadas las características personales tenidas en cuenta, sirven para adquirir otros bienes que compensen o sustituyan el daño padecido, a modo de ejemplo emprender un viaje con su familia, cambiar su automotor, adquirir nuevos productos tecnológicos, remodelar su hogar, en fin recurrir a otros bienes que le permitan reestablecer su faz extrapatrimonial?. (C.C. 2º, voto dra. S. Furlotti, in re in re Escobar, Luis Gabriel c. Uno Gráfica S.A. s/ d y p? 26/11/2014 (Publicado en: LLGran Cuyo 2015 (mayo) , 414 ? RCyS 2015-VI , 159). También este Tribunal, con diferente conformación, procedió a utilizar el referido criterio al afirmarse: ?... que el dañado, o el dolorido, puede con el dinero compensar las lesiones soportadas, sea buscando distracciones que hagan más soportables los padecimientos, sea viajando o permitiéndose un lujo o la posibilidad de brindar a un ser querido la satisfacción de una necesidad, sea en fin, prodigándose al prójimo con actos de caridad o buscando placeres de tipo material? (3º C.C. - n° 32.255, carat. ?Imparato Felipe Luis c/ Municipalidad de la Capital de Mendoza P/D. y P.? - 8/09/2010 - Mastrascusa-Staib-Gianella) En definitiva, admitiendo como pauta ponderativa establecida por la norma de fondo el referido criterio de las indemnizaciones sustitutivas, deberá fijar el daño moral en la medida en que se acredite o presuma que el menoscabo de tales bienes ha generado una lesión en los intereses del sujeto reclamante (El daño extrapatrimonial en el Código Civil y Comercial - Meza, Jorge Alfredo, Boragina, Juan Carlos, Publicado en: RCyS 2015-IV, 104). En el presente y a los fines de valorar una indemnización sustitutiva deben observarse las circunstancias que rodearon al caso, es decir una persona de sexo femenino, adulta, la cual si bien se encontraba afectada en su columna, el accidente actuó como factor de agravación de las mismas, si bien no transitó por tratamientos extensos, si estuvo impedida de continuar trabajando o realizando actividades recreativas, como caminar , ello lleva a la conformación del daño moral criticado por la apelante pero evidentemente asequible. Ello hace que el monto que debía fijarse debe cubrir el valor del bien elegido al efecto del consuelo?, el que debe resultar suficiente para permitirle a modo de ejemplo costear un viaje por ejemplo a las Cataratas del Iguazú, como medio de satisfacción por la incapacidad aquejada y sin dudas paliará suficientemente el daño moral sufrido. En dicha inteligencia el monto acordado por la a quo resulta suficiente para costear dicho viaje, aunque y conforme a las limitaciones impuestas por la petición de la parte, la reformatio in peius e entiendo y estimo justo ratificar el caudal indemnizatorio si bien ya ordenado aquí adecuado a la incapacidad sufrida, otorgando por este rubro un total de \$ Voto A LA PRIMERA CUESTIÓN por la afirmativa. A la misma cuestión, por sus fundamentos, los Dres. MARQUEZ LAMENA y MASTRASCUSA, adhieren al voto que antecede. SOBRE LA SEGUNDA CUESTION EL DR. COLOTTO DIJO: Las costas de esta instancia deben serle impuestas a la apelante, (arts. 35, 36 ap I del C.P.C.). Así voto A la misma cuestión, por sus fundamentos, los Dres. MARQUEZ LAMENA y MASTRASCUSA, adhieren al voto que antecede. Con lo que terminó el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta: SENTENCIA: Mendoza, 23 de junio de 2015 Y VISTOS: El acuerdo que antecede, el Tribunal RESUELVE: 1º) Rechazar el recurso de apelación interpuesto a fs. 263 por la citada en garantía en contra de la sentencia dictada a fs. 243/51 de fecha 30 de octubre de 2014, la que en consecuencia se confirma 2º) Imponer las costas de Alzada del recurso a la citada apelante a. 3º) Regular los honorarios profesionales en la alzada a los Dres. Ulises Darío Morales, Liliana López Maida, Marcelo Caggiano y Luciano Segura Walrond en la suma de pesos ... (\$...), ... (\$...), ... (\$...) y ... (\$...), respectivamente (art. 15 ley 3.641). Notifíquese y bajen.- Dr. Gustavo A. Colotto Juez de Cámara Dr. Sebastián Márquez Lamena Juez de Cámara Dra. Graciela Mastrascusa Juez de Cámara Dra. Alejandra Iacobucci Secretaria de Cámara Correlaciones: CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN - Daño resarcible (arts. 1737 a 1748) 002621E