

## Danos Y Perjuicios Indemnizacion Dano Moral Cuantificacion Del Dano

### JURISPRUDENCIA

### Daños y perjuicios. Indemnización. Daño moral. Cuantificación del

daño Se hace lugar a la demanda de daños y perjuicios en forma parcial, reduciendo el monto indemnizatorio, ya que el monto determinado por el a quo resultaba una suma excesiva conforme a los padecimientos y secuelas del accidente. Asimismo, a fin de determinar el daño moral se recurre al nuevo Código Civil y Comercial en sus arts. 1737, 1738, 1740 y 1741. En Mendoza, a los 23 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° 129.854/51.041 caratulados "GARIBOTTI MARÍA ESTER C/ EMPRESA PROVINCIAL DE TRANSPORTE DE MENDOZA P/D Y P?", originarios del GEJUAS n° 2 de la Primera Circunscripción Judicial, venidos a esta instancia en virtud del recurso de apelación interpuesto a fs. 462 contra la sentencia de fs. 410/8. Llegados los autos al Tribunal, se ordenó expresar agravios al apelante, lo que se llevó a cabo a fs. 475/9, quedando los autos en estado de resolver a fs. 489. 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? SEGUNDA CUESTION: Costas. SOBRE LA PRIMERA CUESTION EL DR. COLOTTO DIJO: 1°) La sentencia de la instancia precedente glosada a fs. 410/8 acogió la acción resarcitoria promovida por la demandante, sra. María Ester Garibotti contra la Empresa Provincial de Transporte de Mendoza, Protección Mutual de Seguro del Transporte Público de Pasajeros por la suma de pesos ... (\$...) con más intereses e impuso costas. 2°) El decisorio fue recurrido por la citada la que al expresar agravios, manifestó disconformidad con el fallo apelado. Así se agravia respecto de la admisión del rubro incapacidad sobreviniente, puesto que del análisis de la prueba puede concluirse que no se encuentra acreditada dicha incapacidad con carácter permanente y menos que tenga un concreto perjuicio patrimonial, que además resulta factible su mejoría, siendo relativa su definitividad. Que el a quo otorga indemnización por \$ ... sin fundamentos, que las pericias carecen de sustento objetivo y científico, adoleciendo de vicios graves de elaboración, lo que hace cuestionable su valor probatorio. Agrega que no se ha acreditado el nexo de causalidad de las lesiones, las que le asigna el carácter de leves, las que no pueden vincularse con el siniestro de marras. Entiende que las subjetivas manifestaciones, no existe prueba que acredite la incidencia perjudicial ocasionada por la incapacidad. Califica de excesivos los montos otorgados e improcedente el reclamado en este rubro. Entiende además que resulta incongruente puesto que no establece con el debido fundamento, en forma concreta y congruente cuáles hechos juzga probados y en consecuencia por qué arriba a las conclusiones que determinan que es justo y prudente fijar la indemnización. Considera que lo que se indemniza es la incidencia perjudicial que la misma lesione determine en el caso concreto a su vez entiende que el daño no se presume sino que debe acreditarse. Concluye que no surge probado el padecimiento, a lo que agrega que existe un elemento de consideración esencial, dado por la edad de la víctima, puesto que tenía esta 69 años al momento del evento, lo que no justifica el fallo cuál es la merituación que realiza para otorgar semejante indemnización atendiendo a las pautas de la vida útil, actividad laborativa futura, etc., solicita se adopte la fijación prudencial del monto y requiriendo este sea disminuido a \$ .... Denuncia también la falta de motivación con respecto al daño moral, el cual además de las deficiencias apuntadas, considera que ni está probado que realizara tratamiento alguno, excepto el farmacológico y menos aún fundada la sintomatología que le refiere el perito con relación al evento. Tampoco ha acreditado la supuesta aflicción espiritual, cambios anímicos durante su convalecencia, pero aún si este fuera el caso, más allá de la lógica del perjuicio el monto acordado no reconoce precedente jurisprudencial alguno, tornándose en un enriquecimiento sin causa, puesto que a comparar con monto acordados el mismo resulta exagerado y excesivo, solicitando sea disminuido a \$ .... 3°) A fs. 482/3 contesta la actora el traslado del recurso solicitando el rechazo del mismo con costas. 4°) Es importante recordar que la sentencia judicial necesita legitimarse en algo más que en un mero hecho de fuerza, dado que el derecho no es solamente voluntad o poder, sino también - y principalmente - justicia. De ahí que la sentencia tenga que mostrar que sigue principios de justicia, y la manera de verificar la conformidad de ella con tales pautas axiológicas es, precisamente, mostrando los fallos el porqué se dictan (Werner Goldschmidt "Justicia en democracia", Rev. La Ley 87-384). Vale decir que la motivación responde a la necesidad de justificar la razonabilidad del mandato judicial, es fuente de justificación de la sentencia (Néstor Pedro Sagües, "El recaudo de la fundamentación como condición de la sentencia constitucional" en Rev. E.D. 97 - 943). Por ende la falta de motivación adecuada de la sentencia, dando los fundamentos por los cuales admite o rechaza la acción, resultan ser el pilar sobre el cual se estructura la misma, por lo que la ausencia de la misma, determinaría la génesis de una resolución desmotivada, caprichosa y por ende arbitraria, debiendo en consecuencia y parafraseando a

nuestro Superior Tribunal que ? La tacha de arbitrariedad requiere que se invoque y demuestre la existencia de vicios graves en el pronunciamiento judicial , consistentes en razonamientos groseramente ilógicos o contradictorios , apartamiento palmario de las circunstancias del proceso , omisión de considerar hechos y pruebas decisivas , o carencia absoluta de fundamentación ? (Sup. Corte Mza , Sala I , L.S. 188 - 311 y 446 ; 190 -161 ; 194- 279 ; 195-465 ; 196 -446 , 198- 257 , entre varios mas). En los presentes y sin perjuicio que este Cuerpo no puede resolver sobre la arbitrariedad de un fallo, reservado exclusivamente a la Suprema Corte de Justicia, y solo rever la justicia del fallo apelado, no se advierte carencia absoluta de fundamentación, disgregación ilógica de la misma y por ende voluntarismo del a quo, sino que este ha fallado, conforme a las constancias de autos, al material aportado por las partes y en análisis de la misma determina y justifica el resultado por ella expresado en la sentencia apelada. En el caso de autos el a quo ha justificado su decisión no solo en la acreditación de las lesiones como en la prueba de las secuelas incapacitantes dejadas por dichas lesiones en la persona de la actora. Discrepo en consecuencia con el apelante en cuanto a la supuesta carencia motivacional imputada al inferior sino por el contrario en la fundamentación correcta de la sentencia y en la apoyatura de dichos fundamentos en soporte probatorio asequible. Así se observa que el agravio pretende hacer notar la incorrecta valoración probatoria del juez, que la incapacidad no tiene carácter permanente y menos considera que tenga un concreto perjuicio patrimonial, que además resulta factible su mejoría, siendo relativa su definitividad. Si bien la labor del juez a quo ha sido lo suficientemente concreta, específica e indicativa del material probatorio analizado bajo el principio de la sana crítica racional y con ello determina la admisión del rubro en este estadio apelado, las conclusiones a las que arriba se comparten, máxime cuando se encuentra apoyado en soporte instrumental. Es de advertir que si bien y ello también lo reconozco, la pericia médica, resulta concisa y no explica científicamente las lesiones de la víctima, aunque las conclusiones a las que arriba tienen correlato con soporte documental agregado a la causa como la historia clínica (HC) de la Clínica Schchweizer S.R.L. (fs. 342/9) y en la cual se destaca y reitero la reducción y osteosíntesis de cabeza humeral, bajo anestesia general, consistente en una placa con tornillos; consta, además, la realización de 10 sesiones de FKT; luego, otras sesiones más; no obstante el instrumento clínico indica que -a posteriori- padeció fiebre, no se constatan signos de infección en la zona operada; administran ciprofloxacina, se constata herida con buena evolución, continuando con ATB hasta nuevo control el 13-05-2006, donde se verifica en cultivo de hueso diversos gérmenes; con posterioridad, se retira tutor por proceso infeccioso; Luego se cambia ATB a levofloxacina. Presenta mejoría en parámetros infecciosos, pero se detecta a los Rx signos de osteomielitis. Recién el 01-08-2006 se suspende tratamiento de ABT por buena evolución y se da el alta infectológica. El 16-08-2006, Rx constata secuelas de osteomielitis y surge un nuevo tratamiento de FKT que es realizado por la paciente. El 01-11-2006 el Dr. Fornes firma el alta médica con incapacidad a determinar, lo cierto es que no puede admitirse la totalidad de las conclusiones allí arribadas. Si bien como se apunta y que en principio descartaría la asignación del carácter ?leve? dado por la apelante a la lesión sufrida por la sra. Garibotti, cuando la H.C. revela que la misma tuvo que ser sometida casi durante un año de tratamiento médico desde la fecha del accidente (28-11-2005) hasta el alta médica (01-11-2006), con asistencia permanente a FKT (fisiokinesioterapia), etc. Se agrega que conforme al resultado de la anamnesis y examen físico, en el que se concluye que la actora presenta cicatriz de 12 cm. de longitud hiperpigmentada, los movimientos del hombro están limitados, existe atrofia muscular e impotencia, falta de fuerza muscular en miembro hábil, por todo lo cual, considera que la actora presenta fractura de cabeza humeral a tres fragmentos de hombro derecho con osteosíntesis y secuelas, que le genera una incapacidad parcial y permanente del 30 %, según baremos de Santiago Rubinstein, es lo que lleva al convencimiento al a quo sobre el margen de incidencia que dicha secuela tuvo sobre la persona de la actora. Sin embargo y ello debo destacarlo, el perito además de ser conciso y no explicitar los fundamentos técnicos y científicos por los cuales considera a las secuelas incapacitantes como consecuencias del accidente en estudio, presenta una contestación de impugnación impersonal, general, casi en formulario tipo, hablando de los principios universales de la medicina, que esta no es una ciencia exacta, de la innecesariedad de acompañar estudios complementarios, pero que nada dice concretamente respecto de dichas impugnaciones y llamativamente similar, por no decir idéntica a otras tantas contestaciones que he tenido oportunidad de observar en otros casos venidos a examen, de este auxiliar de la justicia que al parecer no dimensiona la responsabilidad que ello implica y que debe asumir. Llama la atención también que se arrimen conclusiones periciales sin siquiera haber constatado los antecedentes de la actora, menos aún la Historia Clínica agregada a la causa. Esta labor del perito, deficientemente cumplida, su función no alcanza solo con verificar si la actora, la cual no es su paciente, presenta o no secuelas incapacitantes, producto del examen físico. Debe analizar los antecedentes de esta, solicitar si corresponde estudios complementarios, contestar puntualmente las impugnaciones, observaciones y aclaraciones que se le solicitan y no escudarse en fundamentos genéricos, en la inexactitud de la ciencia para no justificar, que esa es la única manera, las razones de sus conclusiones, cuando resulta evidente que las mismas resultan deficientes o al menos incompletas. Sin embargo tal deficiencia no puede resultar en beneficio de la accionada, quien fue la que debía haber insistido en que el perito contestase las impugnaciones en debida forma o en su caso haberlo citado a audiencia para formular y requerir las aclaraciones del caso. Este

Tribunal ha entendido que la falta de trámite o concreción del mismo (y dentro del cual debe subsumirse supuestos como los del referente) perjudica a quien hizo la impugnación y no a quien ofreció la prueba, pues la incidencia que se abre con la impugnación es de interés de la parte que formuló las observaciones. La carga de la prueba sobre las explicaciones que debía dar el perito a tales observaciones correspondía a quien las formuló por ser hechos obstativos y no las produjo (art. 179 del C.P.C.) (3° C.C. - expte.: 33930 - Caggia, Estela Irene y o/s c/ Giarratana Brallard, Hugo Alberto p/ D. y P. - Fecha: 03/05/2012). Otro tanto ocurre con la pericia psicológica del cual no solo se ha realizado e informado conforme a los test que la especialidad indica en el caso y en el que arroja la presencia de un Trastorno Adaptativo Crónico con estado de ánimo depresivo y ansioso, por lo cual, considera que la víctima padece de una R.V.A.N. Grado II (depresiva), asignándole una incapacidad parcial y permanente causalmente atribuible al hecho dañoso del 10 %, la cual si bien fue impugnada y ésta debidamente contestada por la perito, no existe por su parte en los alegatos crítica concreta y específica sobre la carencia de científicidad de la misma, por lo que los fundamentos que se aporta, resulta ser un mero disenso más que una crítica certera a la valoración de dicho material probatorio. Es por ello y con relación a las pericia estudiadas resulta entonces y conforme a las pautas establecidas en la apelación inadmisibles pensar que el diagnóstico de las secuelas determinadas por los expertos no resulte adecuada, no se encuentre ajustada a la realidad de los hechos y menos aún que no tenga relación causal adecuada con las lesiones sufridas, por cuanto cuentan con soporte de acreditación en las pruebas anteriormente referenciadas, no existe fundamento científico que se invoque o razones de peso que aconsejen desestimarlas o en su caso no se ha cumplido correctamente con la labor impugnatoria, por lo que ello me lleva al convencimiento sobre la admisibilidad de tales pruebas, como su importancia a tener en cuenta y por consiguiente justificar la valoración de ellas efectuadas por el a quo.

En lo que respecta a la carencia de motivación que supuestamente habría incurrido el a quo respecto del monto que estima suficiente para indemnizar la incapacidad sufrida, contamos que el mismo en una primera lectura de la sentencia impugnada, da los fundamentos por los cuales estima admisible otorgar la suma finalmente condenada por los cuales no puede hablarse de desmotivación. Adviértase que los pilares sobre los cuales se asienta la referida cuantificación se encuentran referidos ya sea en cuanto a la edad que tenía la actora al tiempo de producirse el accidente, a las actividades que ésta realizada al margen del ámbito material laborativo, a la dificultad de sobrellevar dicha incapacidad, máxime cuando la edad. Ello hace que la indemnización que se otorgue tenga que respetar dichos lineamientos. En el caso de autos y sin determinar ab initio la consideración eficaz de algún método de cuantificación, en la medida en que tengan estos en cuenta las circunstancias personales de la víctima y no una simple tarifación, no se advierte que la suma condenada resulte excesiva. Por el contrario se observa que esta, resulta prudente y razonable, conforme a los padecimientos sufridos, a la importancia de las manifestaciones secuelares que presentan vinculación causal con el accidente y a las circunstancias personales de la víctima. Adviértase y en ello coincido tal como lo he pronunciado en un reciente voto (Expte. n° 33.670, caratulados: ?Carranzani Matías Miguel c/ Salas Eduardo y Ots. p/ D y P, 8/6/2015), que conforme a las pautas ponderativas que hoy debe resultar útil a los fines del establecimiento de la indemnización por incapacidad, ( criterio utilizado por el art. 1746 CCyCN próximo a entrar en vigencia) a los fines de establecer dicho resarcimiento, es r 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. 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 ). Aunque aclaro que dichas pautas de cálculo 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 o/s. 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, 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). Así y siguiendo las pautas establecidas por el a quo se observa que las referidas fórmulas arrojan los siguientes guarismos: 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 - 30% - 69 años - 75 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 - 30% - 69 años - 75 años Tasa de interés (anual): 4% Monto indemnizatorio: \$ ... Fórmula utilizada: Méndez 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 - 30% - 69 años - 75 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 - 30% - 69 años - 75 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. Aunque si bien en cuanto al torno de la aplicación estricta de dicho principio de rogación y frente a la manera actual de observar el principio de congruencia (evidentemente en crisis) el rigor procesal ha desaparecido en aras de la ?justicia del caso?, por lo que me permito incluso ampliar el coto que consideró mi colega, resultando propicio aún que se hubiese justificado, al menos en esta instancia recursiva la adecuación actual de los montos solicitados al momento de demandar. Sin embargo aquella facultad de actualizar los montos al momento de establecer en las diferentes y concluyentes etapas del proceso, como se dijo es derivación razonada de la petición de la parte y no facultad o resorte exclusivo del sentenciante, puesto que aquel principio de congruencia, si aliviado por las circunstancias antedichas, necesariamente requiere de la actividad diligente de la parte en ofrecerle al juzgador un monto que al día de su presentación estime justo y dicho coto no puede ser sorteado por quien resuelve, so pena de dictar sentencia extra petita. Por consiguiente y frente a dicho monto establecido y frente a que la utilización exclusiva de las fórmulas otorga una suma excesiva conforme a los padecimientos y secuelas irrogadas por el accidente, lo que sumado a que la pretensión de la actora, ya actualizada en los alegatos se concretó en la suma allí expresada, entiendo que el agravio debe ser admitido aunque parcialmente por lo que a tenor de las facultades previstas por el art. 90 inc. 7° C.P.C. estimo justo otorgar la suma de pesos ... (\$...) al día de la sentencia de primera instancia. 5°) Con respecto al daño moral, entiendo que debe correr la misma suerte que la estimada en anteriores apartados para la incapacidad. 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 expresamente 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 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 encuentren 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: electrodomésticos, 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 hartamente difícil 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 hacinas 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 ? 1ª Nom-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. - nº 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, que tramitó un proceso infeccioso, que su tratamiento fue extendido, que tuvo que ser sometida a dos intervenciones quirúrgicas, que incluso tuvo una repercusión estética, que su estado psicológico quedó resentido a causa del accidente, que la misma no obstante ser jubilada perdió la posibilidad de seguir trabajando en las tareas administrativas contables, ello lleva a la conformación del daño moral criticado por la apelante pero evidentemente asequible a los ojos de un profano. 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 al exterior, como medio de satisfacción por la incapacidad aquejada y sin dudas paliará suficientemente el daño moral sufrido. En dicha inteligencia el monto acordado por el a quo resulta suficiente para costear dicho viaje, aunque y conforme a las limitaciones impuestas por la petición de la parte y su falta de actualización de los montos referidos, hago extensivo lo ya expuesto en apartados anteriores con respecto a la medida del daño indemnizable, cuando no existe en la oportunidad procesal correspondiente dicha mención, por lo que entiendo y estimo justo disminuir el caudal indemnizatorio, otorgando por este rubro un total de \$ .... Voto en esta cuestión por la negativa. A la misma cuestión, por sus fundamentos, los Dres. MÁRQUEZ LAMENA y MASTRASCUSA, adhieren al voto que antecede. **SOBRE LA SEGUNDA CUESTION EL DR. COLOTTO DIJO:** Entiendo que deben ser aplicadas a la parte actora. Resulta aplicable la jurisprudencia de la Corte Provincial que estima que: ¿La imposición en costas en los daños y perjuicios en la instancia de apelación, conforme hayan prosperado los recursos de las partes, no significa desconocer el principio sentado en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos referido a que las costas y gastos deben entenderse comprendidos dentro del concepto de reparación integral, porque el actor tiene derecho a ser resarcido de esos gastos en la medida en que se conecten causalmente con la parte de la pretensión que se reconoce?. (SCJM - Sala I - Expte.: 104447 - Mutual Rivadavia de Seguros del Transporte Público de Pasajeros y Ots. En Jº 133.082/33.481 Sánchez, Yesica Paola C/ Transp. Bartolomé Mitre S.R.L. P/ D. Y P. (Con Excep Contr. Alq.) P/ Rec.Ext.de Inconstit/casación - 17/12/2012 ). Así voto A la misma cuestión, por sus fundamentos, los Dres. MÁRQUEZ 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) Admitir parcialmente el recurso de apelación de la citada a fs. 462 en contra de la sentencia dictada a fs. 410/8 de fecha 15 de setiembre de 2014, la que por consiguiente se modifica en cuanto a los montos que fueron objeto del recurso debiendo quedar redactada de la siguiente manera: ¿I) Hacer lugar parcialmente a la demanda de daños y perjuicios promovida por la Señora María Esther Garibotti contra la Empresa Provincial de Transporte de Mendoza y Protección Mutual de Seguros del Transporte Público de Pasajeros, y en consecuencia condenar a estos a pagar a la actora, en el término de DIEZ DÍAS de quedar firme la presente, la suma de PESOS ... (\$....-), con más los intereses conforme a pautas señaladas en el considerando respectivo. II.- Desestimar cualitativamente la pretensión incoada por el rubro Lucro Cesante por la suma de PESOS ... (\$...)-. III.- Imponer las costas a la demandada y citada en garantía en lo que la demanda es admitida y a la actora en lo que su pretensión es rechazada (art. 35 y 36 ap. I del C.P.C. y 4 a y b Ley 3641/69, modif. Dec. Ley 1304/75). IV.- Regular los honorarios de los profesionales intervinientes, sin perjuicio de los complementarios que pudieren corresponder, de la siguiente forma: A) Por lo que la demanda prospera: Dres. GUILLERMO BARRERA SODERMAN en la suma de PESOS ... (\$...), SABINA BARRERA en la suma de

PESOS ... (\$...), MARIA ROSA LOMBARDO en la suma de PESOS ... (\$...), CONSTANTINO PIMENIDES en la suma de PESOS ... (\$...), MARCELA PIMENIDES y GUSTAVO FABIAN GIMENEZ en la suma de PESOS ... (\$...) a cada uno, PEDRO GARCIA ESPETXE en la suma de PESOS ... (\$...), ARIADNA FALASCHI en la suma de PESOS ... (\$...), MARCELO CAGGIANO en la suma de PESOS ... (\$...), MARIA ANGELICA GAMBOA en la suma de PESOS ... (\$...), ESTEFANIA CORTIJO YAÑEZ y LUIS IGNACIO BOULIN en la suma de PESOS ... (\$...) a cada uno, PAOLA ROITMAN y MARIELA VIDELA en la suma de PESOS ... (\$...) a cada una. B) Por lo que la demanda es rechazada: Dres. CONSTANTINO PIMENIDES en la suma de PESOS ... (\$...), MARCELA PIMENIDES y GUSTAVO FABIAN GIMENEZ en la suma de PESOS ... (\$...) a cada uno, PEDRO GARCIA ESPETXE en la suma de PESOS ... (\$...), ARIADNA FALASCHI en la suma de PESOS ... (\$...), MARCELO CAGGIANO en la suma de PESOS ... (\$...), MARIA ANGELICA GAMBOA en la suma de PESOS ... (\$...) ESTEFANIA CORTIJO YAÑEZ y LUIS IGNACIO BOULIN en la suma de PESOS ... (\$...) a cada uno, PAOLA ROITMAN y MARIELA VIDELA en la suma de PESOS ... (\$...) a cada una, GUILLERMO BARRERA SODERMAN en la suma de PESOS ... (\$...), SABINA BARRERA en la suma de PESOS ... (\$...), MARIA ROSA LOMBARDO en la suma de PESOS ... (\$...) por su actuación en autos (arts. 2, 3, 4, 13, 30 y 31 Ley 3641/69. modif. Dec. Ley 1304/75).- V.- Diferir la regulación de honorarios del profesional firmante a fs. 408 vta. hasta tanto aclare en debida forma su nombre, apellido y número de matrícula (art. 50 VI C.P.C.). VI.- Regular los honorarios de los peritos intervinientes de acuerdo a lo establecido en el considerando respectivo de la presente, de la siguiente manera: Dr. JORGE ALBERTO GANUN y Lic. MARIA FERNANDA RIZZO en la suma de PESOS ... (\$...) a cada uno, por la labor profesional prestada en autos. VII.- Regular los honorarios devengados en resolución de fs. 97/99, conforme el dispositivo III de la resolución de la Excm. Tercera Cámara Civil, Comercial y Minas de fs. 161/164, sin perjuicio de los complementarios, de la siguiente forma: Dres. GUILLERMO BARRERA SODERMAN en la suma de PESOS ... (\$...), MARIA ROSA LOMBARDO en la suma de PESOS ... (\$...), CONSTANTINO PIMENIDES, PEDRO GARCIA ESPETXE, MARCELA PIMENIDES y GUSTAVO FABIAN GIMENEZ en la suma de PESOS ... (\$...) a cada uno, y ARIADNA FALASCHI en la suma de PESOS ... (\$...) (art. 14 Ley 3641/69, modif. Dec. Ley 1304/75). VIII.- Adiciónese el impuesto al valor agregado (I.V.A.) a los profesionales que denuncien y acrediten en debida forma la calidad de responsables inscriptos.-andados en forma solidaria, y a la citada en garantía in solidum con los primeros. 2º) Imponer las costas de Alzada a la actora y citada en la medida de sus vencimientos (art. 36 C.P.C.). 3º) Regular los honorarios profesionales en la alzada a los dres. Marcelo Caggiano, Luciano Segura Walrond y María Rosa Lombardo en la suma de pesos ... (\$...), ... (\$...) y ... (\$...), respectivamente (art. 15 ley 3.641). 4º) Regular los honorarios profesionales en la alzada diferidos a fs. 161/4 a los dres. Guillermo Barrera Soderman, Constantino Pimenides, Gustavo Fabián Giménez, Marcelo Caggiano y María Angélica Gamboa, en la suma de pesos ... (\$...), ... (\$...), ... (\$...), ... (\$...) y ... (\$...), respectivamente (art. 15 ley 3.641). Notifíquese y bajen. Dr. Gustavo COLOTTO Juez de Cámara Dra. Graciela MASTRASCUSA Juez de Cámara Dr. Sebastián MARQUEZ LAMENA Juez de Cámara Dra. Alejandra Iacobucci Secretaria de Cámara

003991E