

Caida Al Tropezar Con Un Pozo Responsabilidad De La Municipalidad

JURISPRUDENCIA

Caída al tropezar con un pozo. Responsabilidad de la Municipalidad

Se revoca la sentencia apelada y se hace lugar a la demanda entablada contra la Municipalidad de Las Heras por los daños y perjuicios que sufriera la accionante al tropezar con un pozo existente en la vía pública y caer al suelo. En Mendoza, a los 27 días del mes de julio de 2017, 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° 220.845/51.894 caratulados ?PEREIRA SILVIA ESTELA C/ MUNICIPALIDAD DE LAS HERAS p/ D Y P?, originarios del Vigésimo Juzgado Civil, Comercial y Minas de la Primera Circunscripción Judicial, venidos a esta instancia en virtud del recurso de apelación interpuesto a fs. 300 contra la sentencia de fs. 295/8. Llegados los autos al Tribunal, se ordenó expresar agravios a la apelante, la que ejerció su derecho en Alzada quedando los autos en estado de resolver a fs. 355. Practicado el sorteo de ley, quedó establecido el siguiente orden de estudio: Dres. COLOTTO, MASTRASCUSA y MARQUEZ LAMENA. 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 la instancia precedente rechazó la acción resarcitoria promovida por la demandante, Silvia Estela Pereira en contra de la Municipalidad de Las Heras y le impuso las costas. 2°) La parte actora se alzó en contra de dicha sentencia, expresando agravios a fs. 309/22, manifestando disconformidad con el fallo apelado. Luego de relatar los antecedentes de la causa, se agravia por la valoración de la prueba, puesto que considera que la a quo valora erróneamente el material probatorio rendido en la causa. En primer lugar y en cuanto a la negación del valor probatorio de la testigo Bertolini, dice que el razonamiento carece de lógica puesto se basa en la circunstancia de ser la testigo vecina de la actor al momento de interponer la demanda y el de no haberlo manifestado al momento de la audiencia. Dice que esta no fue tachada por la contraria, lo que vulnera el principio de contradicción, que se advierte la incongruencia de la sentenciante sin apreciar la prueba en su conjunto y solo descartándola por ser vecina la testigo, hecho no negado ni ocultado por su parte, lo que en nada obsta su declaración y que en los casos en que el magistrado dudase del valor de dicha prueba debe basar su criterio en razones suficientes y contundentes y no en meras sospechas fundadas en circunstancias irrelevantes. Agrega que la juez desconoce aparentemente los principios que gobiernan el derecho de daños y que pone de relieve a la víctima, lo que debería haber apreciado y que el hecho de ser vecina y conocer al a víctima en nada implica que sean amigas o tenga interés en el pleito. En cuanto a la negación del valor probatorio del testimonio de Piña, relata que ratifica el valor de la declaración de Bertolini y que la juez debió explicar las incongruencias en la que incurrió el testigo y que son suficientes para llevarla a un estado de sospecha, lo que niega haberlo realizado, más cuando el testimonio fue preciso y coherente y tampoco fue tachado. Destaca la importancia aún la de declaración del testigo único, ofreciendo jurisprudencia al respecto. Denuncia la incorrecta valoración del resto del material probatorio, en especial de la instrucción preventiva practicada del cual dice no puede aseverarse que el pozo existía al momento del hecho, lo que es cierto pero que el referido pozo no tiene los aspectos de haberse generado el día de la medida, lo que sumado a las declaraciones y fotografías adjuntadas puede concluirse que el pozo existió el 16/10/2009. Por otro lado la a quo se apoya en la H.C. la que cuenta con escuetos relatos efectuados por el médico de guardia, los que se condicen con los certificados y el relato de los hechos pero que erróneamente y sin declaración de Pereira, el fecha 22/10/2009 el sr. Sgroi expone que la actora había padecido una caída anoche, lo que resulta una incorrecta interpretación y error de tipeo, reiterando que la H.C. no fue suscripta por la actora. Además al resaltar la fecha de atención en la Clínica Francesa el 29/10/2009 en donde el dr. Torrecilla expone que la actora vuelve a ser atendida por el trauma de rodilla, la jueza vuelva a ser arbitraria y en manera inquisidora interpreta literalmente que la actora padeció otra caída en pozo de su altura, cuando en realidad la lógica lleva a pensar que la actora le comentó al médico de guardia que se había caído en un pozo desde su altura y que a raíz de la lesión que padece, estando más débil, le generó que vuelva a caerse. En relación a la instrumental y en especial de la H.C. y certificados médicos, recuerda que padece síndrome post menisctomía de rodilla izquierda y que conforme a pericia médica, esta padecía de inestabilidad que provocaba caídas repentinas y que llevaron a tener que intervenirla quirúrgicamente, por lo que no puede tomarse el simple párrafo de un médico de guardia como prueba en contra de la actora, debiendo la juez entender que la actora fue atendida, que el relato de los hechos y pruebas se condicen con la H.C. y que tiene correlato con lo declarado por los testigos, por lo que se hubiese analizado en conjunto la decisión hubiese sido opuesta. Concluye que existen indicios concretos del hecho y que debe apelarse a las reglas de la sana crítica racional y máximas de experiencia para completar los claros que pueden surgir de la actividad probatoria. 3°) A fs. 333/5 contesta el Municipio

demandado, haciendo lo propio Fiscalía de Estado a fs. 341/3, antes que en mérito a las consideraciones expuestas solicitan el rechazo de los agravios. 4°) APROXIMACIÓN A LA RESPONSABILIDAD SOBRE COSAS INERTES - LA RELACIÓN CAUSAL Se ha dicho con acierto que la acción antijurídica no será punible si no mediase entre el hecho imputable y el daño una relación o nexo de causalidad, puesto que el daño se constituye en el efecto del obrar antijurídico imputable que reviste, en consecuencia el carácter de causa; constituyendo el nexo causal en un presupuesto de la responsabilidad civil. Así debe recordarse que en el caso que se pretenda una indemnización por daños causados, deberá acreditarse, ya en el terreno probatorio, la vinculación fáctica entre la situación dañosa que se invoca y el sindicado o imputado como responsable ya sea por su propio acto o porque es dueño o guardián de la cosa que cometió el daño. Además deberá establecerse la extensión de la situación disvaliosa cuyo resarcimiento se reclama, debiendo determinarse cuáles fueron las consecuencias negativas que derivaron del hecho que se imputa al responsable. En el caso del demandado este podrá eximirse total o parcialmente si es evidente la influencia causal de acontecimientos extraños o acredita que los daños invocados y eventualmente acreditados no derivaron adecuadamente del hecho que señala la víctima como causal generadora del daño pretendido resarcir. (cf. Rodolfo González Zavala, "Prueba del nexo causal?", en Revista de Derecho de Daños, 2003/2). La jurisprudencia en opinión coincidente, establece la imprescindibilidad de acreditar aquella relación o nexo de causalidad para que proceda la indemnización resarcitoria que se solicite, debiendo la prueba de dicho nexo causal ser indubitable estando a cargo del damnificado su acreditación. En el caso y cuando los supuestos daños provienen del riesgo de una cosa inerte no rige para la misma la presunción de causalidad que sí lo hace respecto de las cosas en movimiento, ello debido al rol mecánicamente pasivo que asumen, por lo que el solo hecho del contacto material, no deriva la responsabilidad del dueño o del guardián. Por lo tanto corresponde a la parte actora probar no solo el contacto material con la cosa inerte, sino también justificar el riesgo o vicio de dicha cosa y la relación de causalidad entre estos y el perjuicio. La Corte Nacional tiene dicho que "cuando la víctima ha sufrido daños que imputa al riesgo o vicio de la cosa, a ella incumbe demostrar cuando se trata de cosas inertes, la posición o el comportamiento anormal de la cosa o su vicio (CSN 19//11/91, fallos 314-1507). Los Tribunales inferiores afirman que: "debe acreditar el papel causal que jugó la cosa inerte en la dinámica del daño a través de la demostración de una posición o comportamiento anormal"(C.C. de San Martín, Bs. As., sala II, 16/5/2002, "Terrazo c/ Edenor S.A. s/d. y p.). También se ha resuelto que: "En el supuesto de cosas inertes, la probabilidad de intervención causal de la cosa es menor que si se tratase de cosas en movimiento. Las cosas inertes no son causa, si no presentan alguna anomalía y dicha calidad de inercia tiene relevancia en el plano de la carga de la prueba. La víctima no tiene que probar la configuración del riesgo de la cosa, bastándole la demostración del daño causado y en contacto con la cosa riesgosa; pero cuando se trata de cosas inerte, recaerá sobre la víctima la carga de la prueba del comportamiento o posición anormales de la cosa" (C.N.Civil, Sala D, 14/8/2000, LL 2000-F-702 y Rev. Responsabilidad civil y seguros, año III, n° 1, 2001, pg. 131); de manera que si esta cosa mantuvo su rol pasivo o ha tenido un comportamiento normal, no puede considerarse que exista incidencia causal que determine la responsabilidad objetiva ya del dueño o del guardián. Que es preciso distinguir dentro de la categoría de las cosas inanimadas aquellas cosas que se mueven bajo la acción de una fuerza cualquiera (ley de gravedad, vapor, electricidad, etc.) y las cosas inertes, es decir aquellos objetos que por su naturaleza están destinados a permanecer quietos, como por ejemplo: el piso, una escalera, una pared, un árbol, un automóvil estacionado, o una tapa de medidor. En consecuencia, cuando la cosa es inmóvil por naturaleza, e igualmente participa en el evento de daño, corresponde a la víctima dar prueba del rol activo que ha desempeñado no obstante su inercia, lo que equivale a dar cuenta de su "comportamiento anormal". El carácter inerte, pasivo o inmóvil de la cosa no obsta a su posible encuadramiento dentro del régimen específico de responsabilidad previsto por la normativa siempre y cuando la víctima justifique que la cosa se comportó, situó o posicionó de una manera anormal (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, 30/04/2004, "Almirón, Miguel c. Gómez, Sergio y otro", La Ley, periódico 08/04/2005, 7; en el orden provincial 1° C.C., n° 39263 - Ríos, Jorge Mario C/ Lillo, Raúl Orlando P/ Daños Y Perjuicios (Accidente de Tránsito) - 28-02-2008 - LS170 - Fs.218, 3° C.C. 27202 - Psarudakis, Rosa Irene - Municipalidad de la Capital de la Provincia de Mendoza s/ Daños y Perjuicios - 23/12/2002 - LS098 - 244; 33.300, "Salinas Miguel Andrés y o/s. c/ Coop. Emp. Eléctrica de Godoy Cruz Ltda. p/ D y P?", 06/2011; 50.377, "Corvalán María Edith c/ Municipalidad de Las Heras p/D. Y P, 08/2014). Vale decir que el requisito de la "anormalidad", requiere que la cosa se encuentre en una posición o estado que fuera susceptible, normalmente, de crear un daño; dicho de otra manera, si era anormal o normal por su posición, su instalación o su comportamiento. La doctrina nacional (Pizarro), como la jurisprudencia admiten en forma pacífica la responsabilidad objetiva por el riesgo o vicio de la cosa que puede pesar sobre el dueño o guardián de cosas inertes emplazadas peligrosamente en lugares de circulación peatonal y vehicular. La cuestión no ofrece dificultades cuando se trata de cosas inertes que ofrecen o presentan un grado de peligrosidad intrínseco o natural; en cambio, es más conflictiva en caso contrario, supuesto en el cual es menester alegación y prueba categórica de dicha riesgosisdad. Dicho de otro modo: el actor debe argumentar y demostrar en qué consiste ese riesgo, como opera, o lo que es igual, porqué la cosa inerte es riesgosa. No basta con caerse al piso, resbalarse o

chocarse con un buzón. Se requiere además, que la víctima demuestre el carácter "anormal" del estado, posición o comportamiento de la referida cosa inerte, sea el piso, montículo de tierra, etc.- Por otra parte el mero contacto de la cosa inerte con la víctima no puede presumirse la posición anormal de aquélla. En definitiva, la regla general es que la víctima y en aplicación del art. 1113, parte 2º, párr. 2º del Cód. Civil, deberá demostrar no solo el daño causado y el contacto con la cosa, sino además cuando se trata de cosas inertes, deberá probar el comportamiento o posición anormal de la cosa. Este Tribunal en reiteradas ocasiones se ha pronunciado sobre el régimen de responsabilidad respecto de dichas cosas inertes al decir que: "Los obstáculos sobre la calzada excavaciones, pozos, zanjas, montículos de escombros, arena o tierra que producen daños a personas o bienes, determina la aplicación del art. 1113 del CCI, máxime cuando el montículo se encuentra en la calzada, lugar específico del desplazamiento de los vehículos, porque se introduce un riesgo para la circulación, por lo que debe ser debidamente señalado. Los montículos se rigen por los mismos principios, ya provengan de obras públicas o particulares, por lo que el dueño de la obra que dejó tierra acumulada sobre la calle, provocando daños a un automovilista, debe responder por los mismos." (C.C. 3º, Expte: 192.693, "PEÑA /C SIBILA, , SCJ MENDOZA LS 191 246, Reg: S065 150).- 5º) Así los apelantes critican el fallo por considerar errónea la valoración probatoria realizada por el a quo. Debe recordarse que nuestra Ley adjetiva (art. 207 C.P.C.) manifiesta plenamente la vigencia del principio valorativo de la prueba por el método de la sana crítica racional. Dicha regla de valoración probatoria supone la existencia de ciertos principios generales que deben guiar en cada caso la apreciación de la prueba, excluyendo la discrecionalidad del juzgador. En consecuencia al valorar las pruebas a través de la regla de la sana crítica implica la unión entre la aplicación de los principios de la lógica y la experiencia (?máximas de experiencia?), sin abstracciones de orden intelectual y que propenda a asegurar un eficaz razonamiento. Por ello que este sistema de valoración ha sido definido como el método científico que tiene por objeto determinar cuál de las posiciones del pleito es la correcta, en punto a los hechos afirmados para incluirla dentro del plexo de la norma abstracta, y así aplicar el derecho a la cuestión planteada (Falcón, Enrique M., Tratado de la Prueba, Astrea, Buenos Aires, 2003, t. I, p.573 y ss.). Y en aplicación de dichas reglas de la sana crítica racional es que el magistrado resulta soberano en la selección de las pruebas, pudiendo preferir unas y descartar otras. La sola omisión de considerar el examen de determinada prueba, no configura agravio atendible si el fallo apelado contempla y decide aspectos singulares de la cuestión y la resuelve con otros elementos de juicio (CNCom. Cap. B, 22/4/91. LL, 1991-C-339). La realización por el Juez de la labor de reconstrucción histórica de los hechos, por medio del análisis del material probatorio allegado a la causa, excluye el establecimiento apriorístico de criterio alguno, que distorsionaría la pureza del análisis. Por eso, la sana crítica racional, obliga al Juzgador a analizar los elementos de convicción legalmente reunidos en la causa, confrontándolos, cuando fueren opuestos o diferentes, escogiendo aquellos que a luz de la razón, la experiencia y el sentido común, aparezcan como verdaderos (3º C.C., nº 27.925, ?Taballione Luis y ots. c/ Renna Rafael y ots. p/ D y P?, 28/05/2004, LS 104-32). Es que resulta de vital importancia el acompañamiento de la prueba por la parte interesada, puesto debe recordarse que la misma, tiene por finalidad la verificación de los hechos, no la averiguación de los mismos, ya que la función del Juez no es averiguar, esa es la función de las partes, pero no de juzgador (Conf. SENTIS MELENDO ?La prueba?, ps 11 /12). Conforme a dichas reglas de la sana crítica entiendo que las causas por las cuales desecha los testimonios vertidos en la causa no cuentan con argumentos suficientes como para ser ratificados, máxime cuando en el caso tales pruebas no fueron ni impugnadas ni tachadas por la contraria. Adviértase que el único motivo por el cual se desecha el testimonio de Bertolini sería en que su declaración no sería convincente ni objetiva por resultarle llamativo a la sentenciante que la deponente refiera conocer a la actora sólo por el accidente y en realidad resulta vecina. Deseo destacar que el hecho de ser vecina en primer lugar no la invalida, sino que hasta resulta normal que en este tipo de eventos quienes resultan vecinos de la zona sean los testigos de no solo la anormalidad de la cosa que causa el daño sino también del accidente que pueda ocurrir y el hecho que haya manifestado en primer lugar no comprenderle las generales de la ley no demostrarse parcialidad en su declaración, no desmerece su testimonio máxime cuando este aparece no solo convincente sino además coincidente con el testimonio de Piña del que también la a quo destaca. Adviértase que el testigo no solo dio cuenta de cómo fueron las circunstancias relativas al accidente, en especial la existencia del pozo, su ubicación (Independencia y Molinero Tejeda), sino también resulta lógico su testimonio cuando afirma haber observado a la actora con su pierna adentro del pozo, su bebé llorando y que además se encontraba una señora con ella, la que le prestó el celular, porque la actora no tenía. Coincidentemente con ello y del que tampoco surge el motivo por el cual se desecha su testimonio es la declaración de Piña, la que también relata las circunstancias relativas al accidente, es decir el tropiezo, que la actora tenía la pierna metida dentro del pozo, ensangrentada, y que esta justamente le prestó su celular para hacer una llamada, indicando en forma precisa también el lugar en el que se encontraba el referido pozo. Pozo del cual desmerece la inspección ocular justamente admitida por esta, cuando se sabía a ciencia cierta que la misma verificaba el estado de los hechos al momento de practicarse y que luego indica que solo puede admitirse que esta sólo acredite que a la fecha de llevarse a cabo existía un pozo. Si ese era el resultado esperado en el mejor de los casos (verificar que actualmente existía el pozo pero después no tomarla en

consideración), me interrogo cuál era el sentido de despacharla y de manera cautelar. El hecho es que en una correcta interpretación puede darse cuenta que unidos el hecho denunciado a la logicidad de los testimonios vertidos en la causa, la coincidencia entre estos y el acta de inspección ocular que el Oficial de Justicia del Tribunal a quo que realizó a fs. 58 de los presentes obrados, el cual se efectuó dos años después del evento dañoso y con idénticos resultados a los declarados, es decir todavía se encontraba el pozo, solo que en tal caso se había puesto una tapa de hormigón que lo tapa parcialmente por lo que sigue entrañando una peligrosidad evidente, revela una desidia alarmante dicha circunstancia. A ello se agrega que la demandada en la absolución de posiciones le interroga a la actora para que jure como es verdad que al momento del accidente circulaba con su bebé en brazos, dando a entender la justificación del acaecimiento del hecho dañoso, agregándose en las referidas posiciones que no solo ubicaban el referido pozo (salvo que en tal caso el interrogante es si se encontraba fuera o dentro de la zona peatonal o la existencia de mojones que impiden el cruce), pero que agrega otro elemento de prueba importante a los fines de evaluar la ocurrencia del hecho. En lo que si destaco con la sra. Juez a quo es que si bien revelan la falta de atención médica el mismo día del evento, debe darse cuenta que no nos encontramos frente a un accidente de tránsito y con lesiones expuestas, sino con un síndrome meniscal que puede haber motivado que la atención médica no se realizase inmediatamente de acaecido el hecho, pero que conforme al incremento del dolor rotuliano que el movimiento anormal de la rodilla hizo al producirse la caída de la misma, resulta justificada que en forma contemporánea haya recibido atención. No estamos hablando que la consulta con el médico traumatólogo se haya realizado a varios días o semanas de la fecha que se denuncia haber sufrido la referida caída sino a escasos días de la misma (22/10/09), estableciéndose que fue imposible examinarla debido al dolor. La circunstancia que se tome exclusivamente lo que consigna el médico en la H.C. (fs. 236) y que indica que cae de su propia altura ?anoche? debe tomarse de la misma manera de la atención realizada a escasos días de la primera consulta, en donde se consigna que por atención de trauma de rodilla izquierda la actora se cae de su altura en pozo ?nuevamente?. Los médicos y menos en una guardia, no pueden dar por comprobado el relato que le realizan sus pacientes, justamente por una cuestión lógica, los mismos no se encuentran presentes al momento del hecho, ello no significa que debe restarse importancia a lo que estos manifiestan pero que generalmente y máxime cuando se trata de un escueto resumen de lo acontecido, que pueda entenderse que ello pueda determinar la acreditación del evento dañoso. Por consiguiente no puede tomarse a pie juntillas un relato confuso de los hechos, no puede tenerse en cuenta que la actora ?haya caído nuevamente a un pozo? por su inestabilidad rotuliana, sino justamente porque se cayó en un pozo y ello trajo aparejado el trauma de rodilla hizo que se cayese nuevamente y de allí la reiteración de la consulta médica. Si nos encontramos entonces que dos testigos de los cuales se pretende justificar la inadmisibilidad de su declaración, cuando ambos relatos son coherentes y acreditan el hecho dañoso y a uno de ellos, porque la juez no lo considera convincente porque al parecer la mujer falseó que la conocía (Bertolini) y a la par desmerece el relato también coherente de Piña, por que como se trata de un testigo único (en realidad no es un testigo único sino que termina siéndolo porque la juez a quo desmerece el testimonio de Bertolini) el mismo no se encontraría apoyado en otra prueba, cuando justamente en días posteriores al denunciado como acaecimiento de la caída, la actora reiteradamente concurre por el dolor rotuliano , interno (no externo), no se trata de una fractura expuesta, sino de un síndrome meniscal (esguince de rodilla) (fs. 204) es a mi entender no interpretar en forma correcta el plexo probatorio lo que determina la admisión del recurso. 6°) Con respecto al Municipio debemos recordar también los lineamientos básicos en la cual nuestra Suprema Corte de Justicia, manifiesta, deben cumplimentarse para determinar la responsabilidad del Estado (Norton c/ Municipalidad de Godoy Cruz por Ordinario s/ Inconstitucionalidad, LS 267-496, ?Torres c/ Depto. Gral. de Irrigación?, entre otros), a saber: 1) Hay un derecho de daños con principios comunes, sin perjuicio de que la responsabilidad del Estado por actos lícitos tiene especiales particularidades. 2) En consecuencia, en principio, es aplicable a la responsabilidad del Estado el art. 1074 CCiv. O sea, para que el Estado responda por sus actos omisivos, es menester que exista deber de actuar; existe omisión antijurídica cuando es razonable esperar que el Estado actúe en determinado sentido para evitar los daños en la persona o en los bienes de los particulares; se requiere, entonces, que el Estado o sus entidades incumplan una obligación legal, expresa o implícita... 3) Dado que la obligación puede ser implícita, basta la existencia de tres requisitos: a) Un interés normativamente relevante, sea en la relación cualitativa o cuantitativa; b) Necesidad material de actuar para tutelar ese interés; c) Proporcionalidad entre el sacrificio que comporta el actuar y la utilidad que se consigne en el accionar... 4) El deber omitido debe ser una verdadera obligación, un deber concreto y no un deber que opere en dirección genérica y difusa; en definitiva, es menester que se trate de una obligación a cuyo cumplimiento la administración pueda ser compelida... 5) La responsabilidad del Estado por omisión en el ejercicio de su poder de policía no debe ser analizada con criterios rígidos o inflexibles; dependen del lugar, objeto o índole de la actividad o de las personas, pues el ejercicio del poder de policía es contingente, circunstancial, no uniforme, fijo o igual en todos los casos o situaciones. Consecuentemente, no siempre es una obligación de resultado...". Mata sostiene, que el sistema de responsabilidad aquiliana del Estado, en particular, el denominado poder de policía, debiera constituir un modelo de equilibrio en que la obligación de reparar el daño injustamente

inferido no lo transforme en portador de los infortunios de la sociedad porque, en definitiva, una política expansiva en tal sentido, da lugar al quebranto cíclico del Estado, con la secuencia de quitas y esperas, típicas de las leyes de emergencia. (MATA, Ismael, "Responsabilidad del Estado por el ejercicio del poder de policía" en "Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público", Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Ed. Ciencias de la Administración, Div. Estudios Administrativos, Buenos Aires 2001, p. 169). En la relación al caso específico y con relación a los bienes del dominio público, López Mesa y Trigo Represas, consideran que la responsabilidad del Estado por la falta de servicio, se sustenta en que existe en cabeza de este, la obligación de garantizar a los particulares el uso y goce de los bienes de dominio público, en forma tal que se encuentren en condiciones de ser utilizados sin riesgo, lo que lo torna responsable en forma extracontractual. López Mesa señala que, para que una omisión que ocasione perjuicio a otro genere responsabilidad civil, es necesario que una disposición de la ley impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido; principio éste que, según el criterio de destacados autores extranjeros y nacionales, habría seguido a la teoría tradicional de origen romano, conforme a la cual la omisión sólo habrá de dar lugar a la responsabilidad del autor, cuando la ley imponga la obligación de cumplir el hecho omitido. (Trigo Represas, Félix López Mesa, Marcelo, "Tratado de la responsabilidad civil", Buenos Aires, La Ley, 2004, Tomo IV, pág. 121). Omisiones que según la doctrina nacional no requiere que exista un mandato expreso de la ley no cumplido bastando el incumplimiento (implícito por cierto) del deber general de obrar con prudencia. Debemos recordar que el art. 1074 del C. Civil, dispone que "toda persona que por cualquier omisión hubiese ocasionado un perjuicio a otro, será responsable solamente cuando una disposición de la ley le impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido", por lo que para que se configure la responsabilidad del Estado por omisión se requiere, que dicho Estado actúe frente a una situación en la cual se encuentre obligado a actuar, no requiriendo que dicha obligación esté contenida en forma expresa en la norma. Nótese que es un hecho fijado que el accidente en cuestión ocurrió sobre la calle Independencia y Molinero Tejera de Las Heras por lo que los interrogantes que se suscitan, se encontrarían dados, a) ¿situado el lugar del evento dañoso, el mismo se desarrolló en un bien del dominio público?; b) en caso que la respuesta sea negativa, ¿ fue en un lugar sometido a jurisdicción municipal?; c) ¿ el Municipio se encontraba obligado a velar por la seguridad de los transeúntes?; d) De ser admitido, ¿incumplió la obligación a su cargo (sea expresa o implícita) de ejercer un debido control?. Las respuestas dan por resultado que la responsabilidad del Municipio aparece patente por cuanto cuenta la obligación por su parte de velar por la custodia de sus calles (art. 11 ley 1079) sin perjuicio del dominio que tiene sobre las mismas, por lo que debía velar por la conservación de la misma, de la cual evidentemente hizo caso, puesto que a dos años de ocurrido el evento, el pozo sigue existiendo. 7°) Hago saber que este Tribunal ha puesto de relieve en diversos pronunciamientos (16/12/11, N°119.840/ 33.543, ?Abezu, Daniel Fernando c/ La Motta, Cayetano Carlos Daniel por p/ d y p (accidente de tránsito)?; 02/05/12, n° 83.777/33.213, ?Corvalán Alejandro Francisco y ots. c/ Urzai Bustos, Roberto Ángel y ots. p/ D. y P.?; 34.031, ?Paz Rosa Iris c/ El Cacique S.A. p/ d. y p.? -18/06/2012; 51.372, ?Campos Aníbal Alberto y Ot. Pshm c/ Leopoldo Caparros y ots. p/ d. y p.? - 26/07/2016; 51.292, ?Ortolano, Margarita Nélica c/ Municipalidad de Capital p/ d. y p.?, 22/08/2016, entre otros) que la incapacidad jurídicamente considerada no es igual a la incapacidad que se establece en materia laboral. Distinción que resulta ser no solo el eje para la valoración o cuantificación del rubro, sino esencialmente para establecer si desde el punto del derecho civil se ha configurado el daño concerniente a la integridad psicofísica del sujeto que revela secuelas incapacitantes para su vida material. Es que el concepto de incapacidad sobreviniente a distinción de la establecida en ámbito laboral, no solo abarca las limitaciones que en dicho orden puedan afectar al sujeto, sino que en su entramado resulta concebido con mayor amplitud, por cuanto aquella minusvalía pueda afectar no solo la capacidad laborativa genérica sino el desarrollo normal de la vida de relación. Zavala de González, quien no comulga con la tesis que el daño físico es indemnizable per se, sino en tanto y en cuanto pueda trasladarse al ?daño económico? concluye que "...el menoscabo a la incolumidad de la persona en todas las facetas existenciales (productivas o no) incide siempre y de un modo marcado en la dimensión espiritual de la vida, pero por su parte lo productivo debe ser comprendido de una manera amplia al efecto de mensurar debidamente el perjuicio económico que sufre un incapacitado? (Zavala de González Matilde, Resarcimiento de Daños, Vol. 2a, ?Daños a las personas?, pág. 109). En consecuencia dicho rubro no solo se comprende a la incapacidad laborativa, sino que abarca todas las consecuencias negativas que en el orden, social, cultural, doméstico y deportivo acarrea tal secuela. Deseo resaltar que en numerosos antecedentes la Corte Provincial ha sostenido que "La incapacidad debe compensar no sólo lo que el sujeto ha dejado de ganar, sino la disminución física en sí misma; en otros términos, una persona tiene derecho a que su cuerpo no sufra otros deterioros que no sean los que por su propia naturaleza la vejez produce" (L.S 254-149; 271-89). Parafraseando a la doctrina, lo que realmente interesa es tratar de colocar al damnificado en la misma situación en que se hallaba antes del suceso dañoso, y ella debe ser la directriz hacia la cual apuntar con independencia de los términos o expresiones utilizadas y sin caer en dogmatismos estériles que impidan el acceso a una solución justa e integral. No debe perderse de vista que la "guerra de las etiquetas" o debate acerca de la denominación que corresponde dar a tales o cuales daños, así como la "guerra de las autonomías" o

debate sobre si esos daños integran la categoría de los morales o patrimoniales, o por el contrario, si tienen autonomía o forman una categoría propia, distinta, es un quehacer menor, que no hace al fondo de la cuestión y en el cual se pierde muchas veces la contemplación del tema central (Mosset Iturraspe "El daño fundado en la dimensión del hombre en su concreta realidad" Rev. de Derecho Privado y Comunitario, T.1, pág. 39 N° 23, Rubinzal Culzoni, 1992). Dicho derecho a la reparación integral del daño fue desarrollado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en distintos fallos fundándose en el mandato "alterum non laedere" el cual, vinculado a dicha idea de reparación y con raíz constitucional (art. 19 C.N.), trasciende al ámbito del derecho privado y en especial a los resarcimientos fundados en el Código Civil y Comercial de la Nación sino que expresa un principio general que se aplica a cualquier disciplina jurídica. Así en el precedente "Aquino" (CSJN, "Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A." - 21/09/2004 - Fallos 308:1109, 1115), la Corte Nacional determinó que resultaba inconstitucional una indemnización que no fuera "justa", puesto que "indemnizar es eximir de todo daño y perjuicio mediante un cabal resarcimiento", lo cual no se logra "si el daño o el perjuicio subsisten en cualquier medida" (Fallos, 268:112,114, considerandos 4° y 5°) y que "... la incapacidad debe ser objeto de reparación, al margen de lo que pueda corresponder por el menoscabo de la actividad productiva y por el daño moral, pues la integridad física en sí misma tiene un valor indemnizable". En el fallo "Coco" (CSJN C 742 XXXIII - "Coco, Fabián c/ Pcia. de Buenos Aires p/ daños y perjuicios" - 29/6/04, Fallos 327:2722) el Superior Tribunal dijo que: "Cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas en forma permanente, esta incapacidad debe ser objeto de reparación, al margen de lo que puede corresponder por el menoscabo de la actividad productiva y por el daño moral, ya que la integridad física tiene por sí misma un valor indemnizable y su lesión comprende a más de aquella actividad económica, diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, cultural o social con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida". Por su parte en el fallo "Arostegui", la Corte entendió que toda reparación debe ser comprensiva de todos los daños sufridos por la víctima: la incapacidad física, laboral y psíquica, el daño moral, la pérdida de ganancias y los perjuicios de la vida de relación social, deportiva y artística, la pérdida de chance de ascenso en la actividad profesional y la lesión estética, etcétera. Así precisó que: "La incapacidad del trabajador, por un lado, suele producir a éste un serio perjuicio en su vida de relación, lo que repercute en sus relaciones sociales, deportivas, artísticas, etcétera, y que por el otro, debe ser objeto de reparación, al margen de lo que pueda corresponder por el menoscabo de la actividad productiva y por el daño moral, pues la integridad física en sí misma tiene un valor indemnizable... En el ámbito del trabajo, incluso corresponde indemnizar la pérdida de "chance", cuando el accidente ha privado a la víctima de la posibilidad futura de ascender en su carrera" (CSJN, "Arostegui, Pablo Martín c/ Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo SA y Pametal Peluso y Compañía S.R.L.", 08/04/2008). 8°) Sentado los referidos principios sobre los cuales se guía la reparación a indemnizar corresponde en este estadio analizar si la incapacidad denunciada ha sido verificada, de la que anticipo su acreditación. Debo recordar antes que a los fines de establecer el margen de incidencia secuelar que ha dejado en las personas el daño sufrido resulta importante y en algunas oportunidades imprescindible recurrir a la pericia médica, máxime cuando esta involucra aspectos técnicos como la lesión sufrida, qué repercusiones tuvo en la víctima, las secuelas dejadas, el impacto de la mismas en la vida de relación y laboral de la misma, etc. Coincido entonces en que estos casos la jurisprudencia mayoritaria resulta concluyente al afirmar que "el juez no puede hacer mérito de conocimiento técnico sobre la materia del dictamen del perito; ello así, podrá desecharlo por carencia de fundamentación, por la fuerza de convicción de otras pruebas que concurran en la especie o por otras causas, pero no oponiendo consideraciones propias de la ciencia, arte o técnica del perito, pues tal conducta puede resultar "peligrosa" (Voto adherente del Dr. Mirás, CNCiv. sala E, 31/5/1996, DJ 1996-2-434); consecuentemente, "cuando el peritaje aparece fundado en principios técnicos y no existe otra prueba que lo desvirtúe, la sana crítica aconseja aceptar el dictamen, pues el perito actúa como auxiliar de la justicia y contribuye con su saber, ciencia y conciencia a esclarecer aquellos puntos que requieren conocimientos especiales" (CNCiv. sala D, 20/6/1990, JA, 1990-IV-129; sala F, 24/8/1982, ED, 102-329) (Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, sala I - Sechter, David c. Municipalidad de la Capital de la ciudad de Mendoza 25/10/2004 - LLGran Cuyo 2005 (junio), 552). Por consiguiente si en autos se ha rendido pericias y no existen elementos de convicción que permitan contradecir el mérito técnico de la misma, la decisión jurisdiccional si se funda en los términos de dicha labor científica resulta autosuficiente y se sostiene como tal. Se ha rendido pericia médica la que no fue impugnada por las partes y en la que el especialista indica que la actora padece marcha disbásica y claudicante. Por otra parte constata con R.M.N. y Rx la anormalidad de su miembro inferior izquierda, estableciéndose como secuela actual un síndrome post meniscectomía de rodilla izquierda con limitación en la movilidad y como se dijo con alteración de marcha, fijándose un 15% de incapacidad. En cuanto a la pericia psicológica se considera una manifestación secuelar leve, del cual si bien se la estima en el orden del 10% entiendo que el margen de incidencia es menor al determinado, cuando la actora no solo se presenta confiada en sí misma, con seguridad y salvo ciertas alteraciones del sueño que solo acentúan su personalidad de base como la falta de alteraciones en el pensamiento, concentración y memoria hacen que debe ser considerado si bien al momento de dimensionar el daño moral no así en cuanto a la incapacidad

sobreviniente. Es por ello que fijo la referida secuela en el orden del 15 % 9º) Las deudas de valor y la necesidad de su cuantificación al momento de ser dictada la sentencia. El argumento por el cual debe guiarse el cálculo indemnizatorio lo constituye en que la obligación resarcitoria se trata de una deuda de valor, la que conforme lo dispone el art. 772 CCyCN establece que "si la deuda consiste en cierto valor, el monto resultante debe referirse al valor real al momento que corresponda tomar en cuenta para la evaluación de la deuda...?". El Código incorpora la distinción entre las obligaciones de dar sumas de dinero y las obligaciones de valor, estableciendo que si la deuda consiste en cierto valor, el monto resultante debe referirse al valor real al momento que corresponda tomar en cuenta para la evaluación de la deuda. El precepto establece que en el supuesto de que el interés del acreedor persiga obtener un valor medible en dinero, la cantidad de moneda a entregar para satisfacerlo debe cuantificarse al momento en que deba evaluarse (Herrera, Caramelo y Picasso, Código Civil y Comercial Comentado., tº III, ed. Infojus).

Dichas deudas de valor no solo cobran importancia en su época de determinación o cuantificación sino principalmente cuando nos encontramos frente a una inestabilidad financiera y económica por la realidad que vive el país, por lo que dicho artículo constituye la esencia por la cual el juez debe velar por cuantificar a valores actualizados. Es que a diferencia de las deudas de dinero en las deudas de valor si bien puede monetizarse el objeto debido (conversión de dicho valor en una suma de dinero) no es el dinero precisamente su objeto sino un determinado valor, utilidad, o ventaja patrimonial que debe el deudor al acreedor, y que en definitiva se satisfará con una suma de signos monetarios destinada a cubrir ese "quid" o "valor debido", en atención a que el dinero es el común denominador de los valores. (cf. Casiello, Juan José, Publicado en: LA LEY 06/03/2014, 06/03/2014, 1 - LA LEY2014-B, 514 - LA LEY06/03/2014, 1). En dicha diferencia radica el comportamiento de una y otra clase de deuda frente al fenómeno económico de la inflación, puesto que en una deuda de dinero la misma se cancelará dándole al acreedor una suma igual a la que constituye el objeto de la obligación (principio nominalista), por lo que cualquier tipo de depreciación monetaria debería soportarlo el acreedor, mientras que las deudas de valor son "sensibles" a las variaciones u oscilaciones que experimente el signo monetario, de allí que se pondera que si bien no se adeuda una suma de dinero, deberá cubrirse con moneda corriente un "valor" o un "quid" patrimonial que es el objeto debido; es por ello que la doctrina entiende que debe necesariamente ponderarse cual es el valor actual o poder adquisitivo del signo monetario corriente para determinar qué cantidad de numerario cubrirá efectivamente el "valor" que cancela la deuda. (Casiello, ob. cit., Alterini, A. A., "Desindexación de las deudas. El valor real y actual de lo debido según la ley 24.283", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, pp. 15/17; también, en ese mismo pensamiento, la declaración de las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, reunidas en Rosario en 2003, que por su Comisión N° 2 trataron el tema "Obligaciones de dinero y de valor. Situación actual", en libro "Congresos y Jornadas Nacionales de Derecho Civil" publicación de la Facultad de Derecho de la UBA, la ley, Buenos Aires, 2005, pp. 221/222.5). Coincido en que desde la sanción de la ley de convertibilidad y actualmente, la doctrina afirma que las obligaciones de valor no están alcanzadas por esta ley, por lo que estas quedan excluidas del principio nominalista y por ende ajenas a la prohibición de indexar (ver 2ª C.C. Mendoza, 51.498, caratulados: "Serrano Gustavo Claudio C/ Márquez Solís Franco Adriano P/ D. Y . P. (Acc. de Tránsito)" y la doctrina allí citada, v.g. Parellada, Carlos "Aproximación a algunos aspectos del régimen de la ley 23.928 (la llamada ley de convertibilidad), en Convertibilidad del Austral, Estudios Jurídicos, Cuarta Serie, Moisset Espanés (coord.), Ed. Zavalía, BsAs, 1991, p. 131; Pizarro, Ramón y Vallespinos, Carlos en Instituciones del Derecho Privado?, Ed. Hamurabi, BsAs, 1999, tomo I, p. 383 y 384; Lorenzetti, Ricardo Luis, "La emergencia económica y los Contratos, Rubinzal Culzoni, BsAs., 2002. p. 162 a 164). De allí como se viene afirmando que si las mismas se encuentran ajenas al principio nominalista que gobierna a las obligaciones de dar sumas de dinero, si hay inflación, la deuda se determinará al momento del pago, conforme al valor que tenga el bien (Lorenzetti, op. cit. p. 164), máxime cuando estas no se encuentran alcanzadas por la prohibición de indexar (contenida en la ley 23.928 y confirmada por ley 25.561) (2ª Cam. Civ., ídem). Por otra parte no debe desconocerse que la parte actora expresamente solicita la adecuación de los montos en la etapa de sus alegatos y reiterado su reclamo como eje de sus agravios en esta segunda instancia, por lo que y con mayor razón no solo se cuenta con el interés de la parte en fijar el valor que actualmente representaría su reclamo, sino hoy con la manda específica que el CCyCN entiendo que resulta hoy obligación del juzgador fijar en forma específica el valor actual al momento de resolver (aún frente a la carencia de petición expresa de la parte), todo a los fines de resguardar a esta realidad económica como eje o directriz sobre la cual deberá fijarse este valor actual precisamente de aquel reclamo indemnizatorio que como se dijo representa una deuda de valor. Debo entonces reconocer como bien lo apunta la 4ª Cámara Civil que: "Hay apartamiento de la realidad económica cuando al resultado al que la sentencia llega no se corresponde en forma objetiva y razonable con los valores en juego, desentendiéndose de las consecuencias patrimoniales que el fallo produce." Y que "no hay violación al principio de congruencia cuando se valora la realidad económica, en especial el proceso inflacionario siempre que el valor reclamado en la demanda sea lesivamente inferior a los montos que para casos semejantes, se otorgan al momento de la sentencia."(4ª C.C. - n° 50.202/41.241, "Moheda, Carla Flavia c/ Casol, Mario Ricardo y Ots. p/ D. y P. (Accidente de Tránsito, 5/02/2014, publicada en Rev. Foro de Cuyo, tomo 135), también n°

39.790/50.252, ?Rosta, Fernando Alberto c/Franco, Débora p/D. y P. (Accidente de Tránsito)? - 05/03/14). Kemelmajer de Carlucci menciona como derivaciones de este criterio las siguientes reglas: a) Los mecanismos de actualización sólo constituyen arbitrios tendientes a obtener una ponderación objetiva de la realidad económica, mas cuando por el método de su aplicación, quizás correcto para otras hipótesis, se arriba a que pueden ser calificados de absurdos frente a dicha realidad; b) No puede hablarse de vulnerabilidad de la cosa juzgada sino, por el contrario, de su mantenimiento, cuando se trata de reducir la pauta indexatoria contenida en un fallo en los casos en que por medio de su aplicación irrestricta dicho arbitrio, conducente a mantener incólume la significación económica de la condena, torna a ésta en objetivamente injusta ante la realidad económica vigente al momento del pago. (Kemelmajer de Carlucci, Aída R., ?El criterio de la realidad económica en las sentencias de la Corte Federal que liquidan daños y otras cuestiones económicas en el ámbito de la responsabilidad civil?, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, N° 21, ?Economía y Derecho?, Santa Fe, Rubinzal Culzoni Editores, 1999, pág. 191 y sgtes.). Por consiguiente si las deudas de valor no se encuentran sujeta a la prohibición de indexación o de actualización (art. 4 ley 25.561), cuando el art. 772 CCyCN manda a ajustar o cuantificar ?al valor real al momento que corresponda tomar en cuenta para la evaluación de la deuda...? va de suyo, que la obligación de indemnizar la disminución funcional que sufre la parte actora, es una deuda de valor, motivo por el cual puede y sin que ello implique violación al principio de congruencia, conceder una suma de dinero, aún mayor a la peticionada, no sólo porque dicho monto debe ser fijado al momento de la sentencia, sino porque además la accionante sujetó a lo que en más o menos surja de las pruebas producidas, por lo que corresponde en este supuesto y conforme a lo ya expuesto la determinación de la indemnización pretendida. Adviértase que como he venido anticipando la regla a la cual debe establecerse el cálculo de la indemnización por incapacidad, es el utilizado por el art. 1746 CCyCN, ley vigente a los fines de establecer dicho resarcimiento, dado por 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 y que debe ser tomada en cuenta aún cuando la víctima no tenga actividad económicamente redituable. Vale decir que la única forma de calcular ese capital, teniendo en cuenta todas las variables mencionadas por el artículo, es el empleo de fórmulas matemáticas, y es prístino que la ley está imponiendo su utilización por los jueces para el cálculo de las indemnizaciones por incapacidad sobreviniente (Picasso, Sebastián, ob. Cit., p. 469). En cuanto a la utilización de las referidas fórmulas en sus distintas denominaciones (fórmulas "Vuotto", "Marshall", "Las Heras-Requena", ?Vuotto II? etc.), se ha dicho con acierto que 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 dicha regla 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 pero evidentemente dando las razones por los cuales entiende que debe indemnizarse en más o en menos de la suma finalmente obtenida con el empleo de dicho método de cálculo (Pizarro-Vallespinos, Instituciones de Derecho Privado - Obligaciones, tº. 4, p. 318; Zavala de González, op. cit., t. 2a, p. 504). 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, con el criterio de la realidad económica se arriba a una suma que debe calificarse como suficiente indemnización comprensiva de los padecimientos sufridos. 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 esta 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 tomaré en cuenta que la actora cuenta hoy con 38 años de edad, sin actividad específica, puesto que en esto la actora no ha acompañado siquiera una sola prueba sobre la cual se sostenga su medio de vida, es más adviértase que en la consulta psicológica, el dato que se tiene es que viviría actualmente en Maipú en una casa prestada, por una persona de confianza, que se encuentra sin trabajo aunque realizó tareas de limpieza en un jardín maternal. Es por ello que tomaré tales circunstancias como un factor a los fines de fijar la cuantificación ponderando que a la fecha de la sentencia, los valores aunque se trate de un trabajo informal no deben rondar más allá de los \$ 5.000. La carga de acreditar un medio efectivo de trabajo, las posibilidades de hacerse con el sustento diario, el aporte efectivo que al sostenimiento del hogar realizase, es carga de la actora y no puede suplirse exclusivamente con la mención a la aplicación de un SMVM cuando precisamente aquel indica como base no solo un sueldo testigo sino además relacionado con un empleo formal pero que bajo ningún aspecto puede llegar a representar fielmente las circunstancias fácticas en las que se encuentra la actora o la posibilidad de esta de mejorar demostrando alguna habilidad laboral especial como posibilidad para conseguirse su sustento y el de su familia. Que aplicando los datos

traídos a mención y en aplicación de la referida fórmula arrojan los siguientes guarismos: Fórmula utilizada: Vuoto Datos de la víctima Ingresos de la víctima: \$ 5000 Frecuencia de percepción de ingresos: Mensual Porcentaje de incapacidad: 15% Edad al momento del hecho dañoso: 38 años Edad productiva límite (jubilación): 65 años Tasa de interés (anual): 6 % Monto indemnizatorio: \$ 128.802 Por consiguiente corresponde en este caso su estimación conforme al valor arrojado por la fórmula con las variables que luego se detallarán. Debo aclarar que si bien hoy las fórmulas matemáticas son aceptadas como método de cuantificación conforme a la nueva normativa, no debe olvidarse que la Corte Suprema en el célebre fallo ?Arostegui? (CSJN, 08/04/2008, ?Arostegui, Pablo Martín c. Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo SA y Pametal Peluso y Compañía S.R.L?) , si bien expresó que para evaluar el resarcimiento pleno del daño fundado en el derecho civil no se deben aplicar fórmulas matemáticas (aunque hoy se impone como se dijo), entendió que ?... el resarcimiento en material civil se trata de una tarifa distinta en apariencia de la prevista en la Ley de Riesgos del Trabajo, pero análoga en su esencia pues, al modo de lo que ocurre con ésta, sólo atiende a la persona humana en su faz exclusivamente laboral, vale decir, de prestadora de servicios, ya que lo hace mediante la evaluación del perjuicio material sufrido en términos de disminución de la llamada total obrera y de su repercusión en el salario que ganaba al momento de los hechos, proyectado hacia el resto de la vida laboral de aquélla. Tal criterio de evaluación, por lo reduccionista, resulta opuesto frontalmente al régimen jurídico que pretende aplicar, dada la comprensión plena del ser humano que informa a éste. Al respecto, la doctrina constitucional de esta Corte tiene dicho y reiterado que el valor de la vida humana no resulta apreciable tan sólo sobre la base de criterios exclusivamente materiales ya que no se trata de medir en términos monetarios la exclusiva capacidad económica de las víctimas, lo que vendría a instaurar una suerte de justicia compensatoria de las indemnizaciones según el capital de aquéllas o según su capacidad de producir bienes económicos con el trabajo, puesto que las manifestaciones del espíritu también integran el valor vital de los hombres.? Si bien consideró que no es necesario recurrir a criterios matemáticos ni tampoco son aplicables los porcentajes fijados en la ley de accidentes de trabajo, aunque pueden ser útiles como pauta genérica de referencia, sino que deben tenerse en cuenta las secuelas, los efectos que éstas puedan tener en el ámbito de la vida laboral de la víctima y en su vida de relación. Por consiguiente al declarar inaplicable en el ámbito civil la pauta ponderativa y comparativa de la LRT, no se impone su aplicación sin perjuicio que el método de cálculo utilizado tome en cuenta dichas variables (Vuoto) pero sin perder el norte respecto de las circunstancias que en más o en menos pueden tomarse siempre atendiendo a las condiciones de la víctima y a la prueba efectiva de la incidencia que ha tenido dicha incapacidad en su esfera personal, deportiva, social y de relación además de la laboral. En el caso de autos aquel monto estimado y conforme a las pautas establecidas en los precedentes invocados hacen que el resultado alcanzado por la fórmula sea considerado también en base a las circunstancias acreditadas en autos, de la cual como he destacado ha resultado bastante lacónica la actividad probatoria de ella, por lo que no puede tomarse conocimiento de qué manera la incapacidad estimada ha repercutido en su vida. Por consiguiente entiendo que aquel monto resultante de la fórmula utilizada deberá ser detráido en el orden del veinte por ciento por cuanto no puede con ello suplirse una actividad deficiente en la acreditación de la incapacidad. Es por ello que entiendo que debe estimarse el daño actual en la suma de \$ 103.000 al día de expedición de esta sentencia. 10°) En referencia a los gastos médicos entiendo debe admitirse parcialmente el rubro requerido, puesto que en él dice no descartar sesiones de FKT como gastos futuros y teniendo la posibilidad de hacerlo, mediante la prueba pericial médica e interrogando al especialista sobre la necesidad de tratamientos futuros ni siquiera lo menciona en sus puntos de pericia. Por lo demás dice que afrontó gastos extraordinarios y nada de ello se comprueba, puesto que el referido rubro si bien es dable presumirlo frente a la necesidad que impone la atención médica frente a una incapacidad comprobada, no puede constituirse en una fuente presuncional de montos que no se justifican, máxime cuando la cirugía artroscópica fue afrontada por la Obra Social. En definitiva entiendo admitir parcialmente el referido rubro en la suma de \$ 1.000 al día de la presente sentencia. 11°) Con respecto al daño moral, entiendo que el mismo debe ser admitido. En reiterados pronunciamientos he mencionado la admisión del presente rubro el que supone reparar las consecuencias extra patrimoniales 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 extra patrimonial, 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 esencialmente importante a los fines de establecer las pautas de interpretación del Código Civil bajo el amparo del cual se dicto la sentencia impugnada, 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 extra patrimonial cuando se afecte un derecho subjetivo de tal naturaleza, que tenga

"proyección moral", o toda vez que se lesione un interés extra patrimonial, susceptible de reparación, comprendiendo los derechos e intereses de incidencia colectiva. Es decir que el Código Civil y Comercial (CCCN) 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 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 extra patrimoniales 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 cuidadoso 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 extra patrimonial. Vale decir es tratar de encontrar una estandarización del daño moral recurriendo a bienes apreciables de la vida que procuren satisfacción en el sujeto y que sean utilizados para compensar el padecimiento sufrido en su esfera extra patrimonial. 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 restablecer el equilibrio en los bienes extra patrimoniales. 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", Cris, 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 extra patrimonial. 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). 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 restablecer su faz extra patrimonial?. (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) 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 extra patrimonial 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, de las características personales ya mencionadas, en la cual no puede dejarse de obviar que ha existido comprobación de secuelas definitivas de carácter incapacitante físicas aunque si bien han existido repercusiones psicológicas, las mismas son evaluadas como afectación espiritual constitutivas del daño moral. Por consiguiente el monto que debía fijarse para cubrir el valor del ?bien elegido al efecto del consuelo?, no puede representar más allá que la suma que resulte suficiente como para que la actora puede adquirir una moto scooter. Obsérvese que en una moto tipo de la indicada ronda en el monto fijado para el daño moral (Zanella Styler 150 Lt)

(<http://motos.mercadolibre.com.ar/scooters/mendoza/mendoza/2017/ciclomotores-50cc-0-50-cc>) el que se valúa en el orden de los \$ 35.000 al día de esta sentencia. Voto en esta cuestión por la negativa. Sobre la misma cuestión propuesta los Sres. Jueces de Cámara, Dra. Graciela Mastrascusa y dr. Sebastián Márquez Laméná, dijeron: Que por lo expuesto precedentemente por el miembro preopinante, adhiere al voto que antecede. **SOBRE LA SEGUNDA CUESTION EL DR. COLOTTO DIJO:** Las costas de esta instancia deben serle impuestas a la partes apeladas (arts. 35, 36 del C.P.C.). Así voto A la misma cuestión, por sus fundamentos, los Dres. MASTRASCUSA y MARQUEZ LAMENA, adhieren al voto que antecede. Con lo que terminó el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta: **SENTENCIA:** Mendoza, 27 de julio de 2017 **Y VISTOS:**

El acuerdo que antecede, el Tribunal **RESUELVE:** 1º) Admitir el recurso de apelación interpuesto a fs. 300 por la actora en contra de la sentencia dictada a fs. 295/8 de fecha 16 de marzo de 2016 , la que por consiguiente se revoca, debiendo quedar redactada de la siguiente manera: ?I.- Hacer lugar a la acción de indemnización de daños y perjuicios promovida por la Sra. ESTELA SILVIA PEREIRA contra la MUNICIPALIDAD DE LAS HERAS en consecuencia, condenar a la parte demandada a abonar en el plazo de DIEZ DÍAS de quedar firme la presente la suma de PESOS CIENTO TREINTA Y NUEVE MIL (\$ 139.000), con más los intereses calculados a una tasa pura del 5% anual desde la fecha del hecho hasta la fecha de la expedición de esta sentencia (27/7/17) y desde allí la tasa que cobra el Banco Central de la República Argentina para la operaciones de préstamos (art. 768 inc. c del C.C. y C.) hasta su efectivo pago. II.- Imponer las costas a la parte demandada vencida (art. 35 y 36 ap. I del C.P.C.). III.- Regular honorarios profesionales a los Dres. Federico Colonnese, María Paula Yannelli, Priscila Baroni en la suma de pesos once mil ciento veinte (\$ 11.120), cinco mil quinientos sesenta (\$ 5.560) y cinco mil quinientos sesenta (\$ 5.560) respectivamente sin perjuicio de los honorarios complementarios que correspondan (art. 2, 3, 4 inc. a, 13 y 31 de la Ley nº 3.641). En cuanto a los honorarios de los representantes de la demandada y Fiscalía de Estado omitir su regulación conforme al art. 1 ley 5.394.- IV.- Regular los honorarios profesionales a los peritos Dr. Fernando Enrique Cuartara y psicólogo lic. Fernando Álvaro Bustos, en la suma de pesos cuatro mil (\$ 4.000) a cada uno.? 2º) Imponer las costas de Alzada a la parte apelada (art. 36 C.P.C.).

3º) Regular los honorarios profesionales en la alzada a los dres. Federico Colonnese y Priscila Baroni en la suma de pesos tres mil (\$ 3.000) y diez mil (\$ 10.000), respectivamente (art. 15 ley 3641). En cuanto a los honorarios de los representantes de la demandada y Fiscalía de Estado omitir su regulación conforme al art. 1 ley 5.394.- Notifíquese y bajen.- Dr. Gustavo Colotto Juez de Cámara Dra. Graciela Mastrascusa Juez de Cámara Dr. S. Márquez Laméná Juez de Cámara Dra. Alejandra Iacobucci Secretaria de Cámara 019913E