------En la ciudad de Esquel, Provincia del Chubut, República Argentina, a los días del mes de febrero del año dos mil diecinueve, se reúne en Acuerdo la Excma. Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, bajo la presidencia del Dr. Günther Enrique Flass y la asistencia de los Sres. Jueces de Cámara Dres. Jorge L. Früchtenicht y Claudio A. Petris, a fin de dictar sentencia definitiva en los presentes autos caratulados: ***"S., O. S. c/ Ñ., M. D. y otro c/ Daños y Perjuicios***" (Expte. N°: 198 – Año: 2018 CANO), venidos en apelación a esta Alzada.---------- -----

Practicado a fs. 427 el sorteo establecido por el art. 271 de C.P.C. y C., correspondió el siguiente orden para la votación: Dres. PETRIS –FLASS – FRÜCHTENICHT ----------

-----Acto seguido se procedió a plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Es justa la sentencia apelada de fs. 385/394 y vta. y aclarada a fs. 402/403? y **SEGUNDA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.-

------A la PRIMERA CUESTIÓN, el Dr. PETRIS, dijo:----------

-----Llegan estos autos a conocimiento del Tribunal con motivo de las apelaciones que las partes interpusieran a fs. 397, 399 y 400 contra la sentencia dictada en la causa y que fueran concedidas a fs. 401.----------

-----La sentencia fue dictada a fs. 385/394 y vta., hizo lugar a la demanda de daños y perjuicios promovida por O. S. Santander contra M. D. Ñ. y B. A. S. y los condenó a abonar a la actora la suma de $719.520 con más los intereses y las costas del juicio. Hizo extensiva la condena a la citada en garantía "La Perseverancia Seguros S.A.". Reguló honorarios profesionales.----------

------La actora expresó agravios a fs. 411/415 quejándose de la cuantificación del daño moral otorgado por la sentenciante en la suma de $600.000, señala que ninguna suma de dinero podría sustituir la pérdida irreparable de su hija ocurrida en noviembre del año 2014, se detiene en el valor del dólar a esa data, en el fallo "García Docampo", en el tiempo transcurrido y la depreciación notable de la moneda, en el salario mínimo vital y móvil y la cantidad que representa el monto acordado, concluyendo el agravio afirmando que debió acordarse el monto pedido en la demanda.--

------Como punto B a fs. 413 se detiene en la valoración de la prueba confesional de los demandados y su incomparecencia y la operatividad de la

confesión ficta y el reconocimiento habido por lo que la demanda debió prosperar en todos sus rubros por la suma de $1.384.800.----------
------A fs. 416/417 expresa agravios la codemandada S., quejándose del monto establecido en la sentencia por el rubro daño moral por considerarlo excesivo, siendo su segundo agravio la condena de la perdida de chance por la suma de $91.520 dado que no se puede frustrar lo que no existe o resulta meramente hipotético (fs. 417), que no existe ninguna constancia en la causa que permita tener por reconocido de que a la actora se le haya cercenado la posibilidad de percibir aportes futuros de un 20% de los eventuales ingresos calculados sobre el salario mínimo vital y móvil del momento del hecho.-----
----Pide se rechace el rubro.----------
----A fs. 418/419 expresa agravios la tercera citada en garantía reproduciendo los agravios de la codemandada S., esto es el monto de condena del daño moral que fijó la sentencia puesta en crisis y la procedencia de la perdida de chance también establecido, a las cuales me remito en homenaje a la brevedad.----------
Sustanciados los memoriales, fueron respondidos a fs. 421/423.----------
-----A fs. 426 se llamó autos para dictar sentencia, providencia firme y consentida por los justiciables, practicado el sorteo de ley a fs. 427, desinsaculado a votar en primer término, procedo en este acto a emitir mi voto, bajo las previsiones de los arts. 168 y 169 de la Constitución de la Provincia del Chubut.----------
-----Atento el contenido de los agravios que cuestionan el monto de condena del daño moral por bajo y por elevado y la viabilidad del rubro pérdida de chance, los voy a tratar de manera conjunta, esto es actora y demandada y citada en garantía.----------
--------Adelanto que las quejas no han de prosperar, al menos así lo he de proponer al Pleno que integro.----------
-----La jueza de origen otorgó en concepto de daño moral la suma de $600.000. La actora solicitó $1.200.000 en la demanda (fs. 116 “in fine”).--
-----Para así decidir argumentó la magistrada que la muerte súbita e inesperada de un hijo constituye el mayor dolor para una madre y que no existe dolor comparado, padecimiento que queda relevado de todo gravamen

probatorio pues se lo tiene demostrado “in re ipsa” (fs. 390 vta. considerado cuarto).----------

---------Luego precisó la normativa aplicable vigente a la época del infortunio y razonó que en la demanda no se explicó los parámetros a tener en cuenta para fijar la indemnización, habiéndose solo citado el precedente “Garcia Docampo” donde se trató de situaciones distintas (fs. 391 vta. ap. Segundo).-

-----Ya he sostenido, que el daño moral es la lesión en los sentimientos que determina dolor y sufrimientos físicos, inquietud espiritual o agravio a las afecciones legítimas y en general, toda clase de padecimientos insusceptibles de apreciación pecuniaria. Su traducción en dinero se debe a que no es más que el medio para enjugar de un modo imperfecto pero entendido subjetivamente como eficaz por el reclamante, un detrimento que de otro modo quedaría sin resarcir. De lo que se trata es de reconocer una compensación pecuniaria que haga asequibles algunas satisfacciones equivalentes al dolor moral sufrido. En su justiprecio, ha de recurrirse a las circunstancias sociales, económicas y familiares de la víctima y de los reclamantes, porque la indemnización no puede llegar a enriquecer en contra del principio de la razón natural (doctrina art. 499 del Código de Vélez).-----

-----En esta especie de daño no se exige prueba específica y surge por el solo hecho de la acción antijurídica. Es carga del obligado probar su inexistencia (art. 1058 del Código de Vélez).----------

-------El daño moral es aquel que afecta principalmente los derechos y atributos de la personalidad, de carácter extrapatrimonial y, su reparación tiene por objeto indemnizar el quebranto que supone la privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor fundamental en la vida del hombre y que son: la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los más sagrados afectos. No requiere prueba específica en cuanto ha de tenérselo por demostrado por el solo hecho de la acción antijurídica (art. 1078 del Código Civil y su doctrina; S.C.B.A., 13-6-89, “Miguez, Rubén y otros s/ Comarca S.A. y otro”, L. 40.790 – El Derecho T°136, pág. 526).----------

---------La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha impuesto la doctrina que establece que el daño moral tiene carácter resarcitorio, el que surge de textos legales expresos (arts. 522 y 1078 del Código Civil), no teniendo que guardar relación con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio

a éste (Santa Coloma, L. F. y otros c/ Empresa Ferrocarriles Argentinos", Agosto 5 de 1986, ED. T° 120, pág. 648; "Forni, Francisco y otros c/ Ferrocarriles Argentinos s/ Indemnización de Daños y Perjuicios", F-439. XXI, Setiembre 7 de 1989).----------

-----Como bien dice Von Ihering, "Ouvers Choisies", Paris, 1893, T.II, págs. 154, 155 y 159, el que sufre un perjuicio debe serle reparado no solamente por las pérdidas pecuniarias sino también por las restricciones llevadas a su bienestar, a sus conveniencias por los disgustos, las agitaciones del espíritu que le han sido causadas. La persona, según estos autos, puede ser lesionada por lo que es y por lo que tiene en sus relaciones con el mundo exterior.-----

------No puede dejarse de considerar que la reparación del agravio moral corresponde no sólo por lo dispuesto por los arts. 522 y 1078 del Código Civil, sino por lo establecido ahora por la Constitución Nacional al jerarquizar los tratados como el Pacto de San José de Costa Rica (art. 75 inc. 22 y en el C.C.C.N. en el art. 1738.----------

-----Es obvio que desde una especial y respetable concepción de la ética puede mirarse a la reparación del daño moral como un apartamiento de las rigurosas exigencias que tal ética formula a quienes deseen seguirla. Pero no cabe que los jueces se guíen, al determinar el derecho, por patrones de moralidad que excedan los habitualmente admitidos por el sentimiento medio, pues como lo señala Cardozo, "los jueces deben dar vigor con sus sentencias a la moralidad corriente de hombres y mujeres de conciencia recia" ("The nature of the justicial process", U.S., Yale University Press, 1973, p. 106). En efecto, la decisión judicial no ha de reemplazar las opciones éticas personales cuya autonomía también reconoce el art 19 de la Constitución Nacional.----------

----Respecto a la cuantificación de este rubro se ha interpretado que no tiene por qué haber vinculación porcentual con los daños materiales, y tampoco puede considerarse que sea un aspecto complementario y accesorio (conf.: ED. 61-520), habiéndose agregado en forma conteste que no existiendo ninguna relación forzosa entre el perjuicio material y moral, la reparación de este daño debe determinarse ponderando esencialmente la índole del sufrimiento entre otras cuestiones (conf.: Rep. LL, 1983-A-I, pag. 642). La CANE también ha entendido que no cabe someter la proporcionalidad de resarcimiento de agravio moral por ostentar un carácter autónomo (conf.: S.D. 2, 194/94).----------

------Para establecer el quantum del daño moral debe ponderarse su carácter reparador, la gravedad del hecho, los padecimientos soportados por el afectado.----------

------Tal reparación tiende a garantizar la integridad de la indemnización, debe fijarse por el Juez y con criterio de equidad.----------
-----No puede ser medido en sí mismo por un procedimiento material o matemático como lo pretende ahora en la Alzada la actora cuando en la demanda no sometió ese procedimiento a la jueza de origen (ver fs. 115 pto. 1 y vta. y fs. 116; ver fs. 412 y ss.).----------
-----Pues juega el valladar del art. 280 del C.P.C.C. que edicta: "El Tribunal no podrá fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia. No obstante, deberá resolver sobre los intereses y daños y perjuicios, u otras cuestiones derivadas de hechos posteriores a la sentencia de primera instancia".----------
------Tampoco guarda analogía con el precedente que se invoca en la pieza de agravios, se trata de casos distintos que ninguna coincidencia guardan como para determinar el monto que allí estableciera.----------
------Por todo eso, merituando además las circunstancias del caso y que la valoración de la prueba con la que intenta expresar agravios queda librado al prudente arbitrio judicial para la tarifación que aquí interesa, el monto deberá mantenerse, al haber sido también apelado por alto (doctrina art. 167 del C.P.C.C.).----------
-----Así lo voto yo.----------
----Respecto a la procedencia del rubro pérdida de chance que cuestionan S. y la citada en garantía "La Perseverancia Seguros S.A.", la jueza de origen acordó la suma de $91.520 (fs. 393 vta. ap. segundo).----------
Para arribar a ese monto argumentó primero que es la chance (fs. 392 in fine), luego la edad de la hija fallecida al momento del accidente (16 años), sus estudios, las normas constitucionales aplicables y arts. 1738 y 1748 del CCCN (fs. 392 vta.), para culminar en los cálculos pertinentes sobre la base del salario mínimo vital y móvil, el criterio de la CANO y el porcentaje del 20% de sus ingresos (fs. 393), por el período pedido (fs. 119 vta. y 120).------

------Pasando por alto tales razonamientos fácticos y jurídicos, se limitaron los recurrentes a sostener que no existen constancias que permitan tener por inexorable y fatal ese resultado (fs. 417 y 419), no haciéndose cargo justamente que la chance es una expectativa o probabilidad de una ganancia o beneficio futuro, su evaluación y estimación no se funda en la ganancia o la perdida concreta como lo es el lucro cesante, sino en una ganancia o pérdida probable y lo normado expresamente por el actual art. 1746 del CCCN-------

-----La expresión de agravios, como acto procesal que es, no alcanza con el "quantum discursivo", sino que la "qualitae" hace a la esencia de la crítica razonada, por lo tanto, no basta con disentir con el pronunciamiento, pues disentir no es criticar de modo tal que el recurso debe bastarse a sí mismo. En consecuencia, tanto los disensos subjetivos como la exposición retórica de la posibilidad de haberse interpretado las pretensiones o sus defensas de modo distinto al llegado por el "a quo", si bien constituyen características propias del debate dialéctico, no lo son de la impugnación judicial que se pretende.----------

-----No demuestra el error sentencial, si es que lo hubo y las partes del fallo que no lograron ser atacadas a través de la técnica recursiva pertinente arriban firmes a esta Alzada y resultan pues inmodificables (doctrina art. 268 del C.P.C.C.).----------

-----Los agravios se rechazan. Así lo voto yo.----------

----Costas de Alzada a los apelantes vencidos en cada uno de sus recursos, atento el resultado habido y lo dispuesto en el art. 72 del C.P.C.C.----------

----A IDÉNTICA CUESTIÓN, el Dr. FLASS, dijo:----------

-----El Dr. Petris ha reseñado con suficiente detalle los hechos planteos y pretensiones esgrimidos en la causa. Solo resta analizar los agravios expresados**:**----------

--------El monto de condena del daño moral:----------

-----Voy a comenzar recordando que la segunda instancia no es un nuevo juicio. En consecuencia, las conclusiones a las que llegó la Sra. Juez de grado serán analizadas exclusivamente en atención a las quejas impetradas.-

---

------Ambas partes se agravian por el cálculo del daño moral. La actora lo considera exiguo y para argumentar su postura hace una comparación respecto a otro caso resuelto por este Tribunal. También que, mediante la confesión ficta se tenga a la demandada por conforme con las sumas que en el pliego respectivo se incluyeron.----------

------En cuanto a la demandada sostiene que no hubo prueba del daño y que no se siguieron los parámetros expresados por Mosset Iturraspe.----------

Adelanto que, en mi voto, propondré se confirme la sentencia de grado por insuficiencia argumental de los agravios.----------

--Respecto a los argumentos de la actora, he dicho ya en numerosas ocasiones que el resarcimiento por daño moral no debe, ni puede, ser tarifado. Esto significa que no se puede criticar el cálculo del daño moral efectuado en una sentencia, mediante la comparación de lo condenado en otro juicio.----------

------El cálculo del daño moral, que es una de las más difíciles cuantificaciones, depende de una gran cantidad de factores que hacen a circunstancias propias e irrepetibles de cada caso que, por ser únicas, no se transmiten a otros. Criticar lo condenado en un caso, comparándolo con lo condenado en otro, no es expresar agravios, ni puede considerarse una argumentación suficiente.----------

------No obstante ello, aun cuando se pudiera pensar en cierta tarifación del daño moral, la crítica efectuada por el recurrente devendría igualmente improcedente.----------

-----En lo concreto, lo que pretende el recurrente es que se tenga en cuenta la fecha en que ocurrió el daño en el caso "García Do Campo" y se indexe la suma condenada en aquella oportunidad, hasta la fecha en que ocurrió el deceso de Sabrina Belkis González. Propone como parámetro de indexación el valor dólar o el valor del salario mínimo vital y móvil.----------

------El resarcimiento de daño moral es una obligación de valor. Es costumbre de esta jurisdicción calcularlo al momento de la sentencia y no al del hecho lesivo. En consecuencia si lo que pretendía el recurrente era indexar lo condenado en una causa para aplicarla a otra (cosa que ya dije: no corresponde) debió haber tomado las fechas de las sentencias y no las de los

hechos lesivos.----------
--El segundo argumento que utiliza la actora recurrente es que, según su criterio, el demandado confesó, en forma ficta, que el monto del daño moral era de $1.384.800.----------
Nuevamente se equivoca.----------
En la séptima pregunta de las absoluciones de posiciones, se le pide a los absolventes que juren como que es cierto que la demanda deba prosperar por la suma $1.384.800.----------
-----Conforme lo dispone el artículo 415 del C.P.C. y C., las posiciones deben versar sobre puntos que se refieren a la actuación personal del absolvente.--
---------El absolvente no está en condiciones de saber cual es demérito espiritual padecido por la contraria, ni mucho menos su cuantía. En consecuencia mal puede confesar lo que no sabe, ni tiene posibilidad de saber.----------
-----Por otro lado y según explica el artículo 427, solo la confesión expresa genera semiplena prueba, no así la confesión ficta que debe ser analizada conforme a la circunstancias, pero, principalmente, a que los hechos confesados sean "personales".----------
-----Por todo lo expuesto propongo al Pleno se rechace el agravio bajo análisis. Así lo voto.----------
-----También se agravia la tercera citada en garantía, pues considera elevada la suma reconocida en concepto de daño moral. No obstante al pretender rebatir el cálculo lo hace en atención a dos consideraciones.----------
---La primera de ellas es que no se probó el daño moral, cuando, a su entender debió ser acreditado.----------
------Este Tribunal ya ha dicho en reiteradas ocasiones que el daño moral se prueba in *"re ipsa"*. Sorprende que un nuevo planteo sobre una cuestión remanida no obligue a reiterar criterios.----------
------El daño moral es algo que ocurre en el ámbito exclusivamente subjetivo del individuo y como tal no es susceptible de ser probado.----------
--------Lo único que podría ser objeto de prueba son las exteriorizaciones que se hacen del padecimiento. Cosa muy distinta al padecimiento mismo.------
-----Las exteriorizaciones dependen de las características idiosincráticas de

cada individuo. Hay quien sufre en silencio y quien expresa vehemente sus estados de ánimo. No significa que uno sufra más que el otro, solo que uno lo expresa y el otro no. Si se exigiera una prueba de la exteriorización de daño moral se estaría premiando al expresivo y perjudicando al sobrio, sin ninguna justificación para ello.----------

----Reitero el daño moral no necesita ser probado.----------

----En la segunda crítica que intenta el recurrente, transcribe los puntos que según Mosset Iturraspe se deben analizar para que la indemnización del daño moral sea adecuada y dogmáticamente se afirma que ellos no se produjeron en la causa.----------

-----Hay un doble error de lógica en el recurrente que, inexplicablemente se aferra a dos dogmas.----------

------En primer lugar no basta con citar una doctrina sino que hay que argumentarla. Hay que explicar porque lo que dice el doctrinario es correcto y porque lo que dice la sentencia no lo es. Citar una doctrina divergente con la sentencia no es expresar agravios, es solo mostrar una opción que, aunque fuera plausible, no evidencia la arbitrariedad de la sentencia. Solo manifiesta un disenso.----------

------En segundo lugar no basta con enunciar un conjunto de consideraciones y decir que ellas no fueron tomadas en cuenta en la sentencia. Hay que explicar en forma puntual y detallada donde está el error de esta última y como es que se apartó de la regla expresada. Solo a modo de ejemplo. Mosset Iturraspe dijo que se debe tener en cuenta la edad de la víctima. El recurrente debía explicar a este Tribunal como es que, a su criterio, la edad de la víctima hubiera ameritado una indemnización menor a la concedida. No lo hizo y su omisión condena al fracaso el agravio bajo análisis.----------

------2) La pérdida de chance:----------

------El recurrente impugna la indemnización por pérdida de chance al sostener que *"no hay ninguna constancia rendida en la causa que permita tener por inexorable y fatal ese resultado, con lo cual se trata de una afirmación arbitraria carente de todo soporte probatorio"*.----------

------La queja no puede funcionar. La única explicación que encuentro para

que el agravio se intente argumentar de esa forma, es un grave error respecto al concepto de pérdida de chance.----------

------La chance es una probabilidad potencialmente razonable de que algo ocurra. Por definición su resultado no es ni “inexorable”, “ni fatal”.----------

------El recurrente se queja de que la chance no es inexorable ni es fatal. Olvida que ninguna chance lo es, pero ello no obsta a la procedencia del rubro.----------

------Solo a modo de docencia cabe explicar que lo que se indemniza bajo el rubro pérdida de chance no es frustración de un resultado (lucro cesante), sino la perdida actual y cierta de la posibilidad de que ese resultado pueda llegar a ocurrir bajo una relación de causalidad habitual.----------

-----Es posible y habitual que los hijos ayuden sus padres en la vejez. La muerte de su hija privó a la actora de esa posibilidad. La muerte de su hija debe ser indemnizada como perdida, no de un lucro cierto y fatal, sino solo de una chance. Tal como lo hizo la sentencia que propongo sea confirmada. Así lo voto.----------

------Resta referirme a las costas de esta instancia y, en atención al resultado propuesto cada apelante vencido deberá asumir las costas de su recurso. Así lo voto.----------

------A la SEGUNDA CUESTIÓN, el Dr. PETRIS, dijo:----------

-----Conforme lo expuesto al analizar la primera cuestión propongo al Pleno: **1) CONFIRMAR** la sentencia apelada; **2) IMPONER** las costas de la presente instancia a los apelantes vencidos en cada uno de sus recursos; **3) REGULAR** los honorarios profesionales de los Dres. H. L.

C. y A. A., en conjunto y proporción de ley, en el 5%, los del Dr. S. A. B. en el 2,75% y los del Dr. E. S. en el 2,75%, en todos los casos del monto del proceso a determinarse, más el IVA si correspondiere (art. 13 de la Ley XIII N°: 4) por sus actuaciones en esta instancia.----------

------A IDÉNTICA CUESTIÓN, el Dr. FLASS, dijo:----------

-----En consonancia con lo manifestado en ocasión de votar a la primera cuestión, propongo al Acuerdo: **1) CONFIRMAR** la sentencia apelada; **2) IMPONER** las costas de Alzada debiendo cada apelante vencido asumir las

de su recurso; **3) REGULAR** los emolumentos de los Dres. H. L. C. y A. A., en conjunto y proporción de ley, en el 5%, los del Dr. S. A. B. en el 2,75% y los del Dr. E. S. en el 2,75%, porcentajes todos a calcular del monto del proceso que se determine, con el IVA pertinente (art. 13 de la Ley XIII N°: 4) por sus actuaciones en esta instancia.----------
----------Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictarse la siguiente:----------

----------S E N T E N C I A----------

-----Y VISTO: Por los fundamentos del Acuerdo precedente, la Excma. Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, ***resuelve:***----------

------1) CONFIRMAR la sentencia apelada.----------

----------**2) IMPONER** las costas de la presente instancia a los apelantes vencidos en cada uno de sus recursos (art. 72 CPCC).----------

----------**3) REGULAR** los honorarios profesionales de los Dres. H. L. C. y A. A., en conjunto y proporción de ley, en el 5%, los del Dr. S. A. B. en el 2,75% y los del Dr. E. S. en el 2,75%, en todos los casos del monto del proceso a determinarse, más el IVA si correspondiere (art. 13 de la Ley XIII N°: 4) por sus actuaciones en esta instancia.----------

-------4) REGÍSTRESE, notifíquese y devuélvase.----------

----------La presente sentencia es dictada por dos Jueces de Cámara por haberse alcanzado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17 del Digesto Jurídico de la provincia) y no haber hecho uso el Dr. Jorge L. Früchtenicht de la facultad que le asiste conforme a lo dispuesto por el art. 274, último parte, del C.P.C. y C.----------

CLAUDIO A. PETRIS **GÜNTHER E. FLASS**

REGISTRADA BAJO EL N° CANO DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS DEL AÑO 2019. CONSTE.