000693/2017

En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de J. del año dos mil veinte, reunida en acuerdo la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial nro. II con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular, Dr. Ricardo Rubén Enrique Hayes, y asistencia de las señoras juezas de Cámara Dra. María Fernanda Zanatta y Dra. Graciela Mercedes García Blanco, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"C., J. M. c/ C., D. U. y otros s/ SUMARIO", expte. nro. 693/17**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial nro. 2 (expte. nro. 262/09), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código Procesal Civil y Comercial (fs. 898), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. María Fernanda Zanatta, Dr. Ricardo Rubén Enrique Hayes y Dra. Graciela Mercedes García Blanco.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 829/842? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión, la Dra. Zanatta dijo:

El juez de primera instancia hizo lugar a la demanda y condenó al Sr. D. U. C. a abonar en el término de diez días de firme o consentida la presente a la actora, la suma de pesos $949.670 en concepto de incapacidad sobreviniente, gastos médicos, kinesiológicos, de farmacia y movilidad, tratamientos terapéuticos, daño moral, daño moral por fallecimiento del hijo por nacer y pérdida de chance por los daños sufridos por J. M. C.

Asimismo, tal monto compresivo de incapacidad sobreviniente, tratamientos médicos, movilidad y costos de pieza dentaria, tratamientos terapéuticos, asistencia personalizada presente y futura y daño moral de E. N. H., y gastos médicos, kinesiológicos y de movilidad y daño moral de C. K. Desestimó el rubro gastos de sepelio e incapacidad sobreviniente y tratamiento terapéutico por C. K. A. Hizo extensiva la condena a la aseguradora "A. F. A. S.A". Impuso las costas al demandado vencido C. D. U., más la retención impositiva. Reguló los honorarios profesionales.

1. El Recurso:

Contra tal sentencia, se alzaron la actora a fs. 844 y la demandada a fs. 846 mediante recursos de apelación concedidos a fs. 845 y 847 respectivamente.

A fs. 895 se tuvo por desistido del recurso de apelación interpuesto por el demandado.

2. Agravios:

Lucen agregados a fs. 886/894vta. sin que hallaran respuesta de la contraria.

La recurrente cuestiona el *quantum* de las partidas indemnizatorias otorgadas por el juez *a quo*; y la omisión y el rechazo de rubros peticionados.

En primer lugar se refirió a las indemnizaciones que fueran otorgadas en relación a los daños producidos a la Sra. J. M. C. y luego aborda las indemnizaciones concedidas por los daños sufridos por E. H. y por C. K. A..

A fin de concentrar el tratamiento de las cuestiones y facilitar la lectura, haré un breve relato del contexto fáctico procesal en el que se dictó la

sentencia y luego detallaré las críticas de la recurrente.

3. Antecedentes:

El día 17/7/2007 en momentos en que la actora junto a sus dos hijos: E. (a 8 días de cumplir 9 años) y C. (de un año y 9 meses) eran trasladados en el auto Volkswagen Gol conducido por su hermano Sr. R. C., fueron embestidos frontalmente por el demandado, quien perdió la vida en el mismo momento del accidente.

El impacto ocasionó graves lesiones a los ocupantes del Volkswagen gol, y el fallecimiento del hijo por nacer de la Sra. C., quien cursaba un embarazo de 8 meses.

La actora ingresó al Hospital Regional con desprendimiento de placenta, muerte fetal, fractura de húmero izquierdo y de cadera, corte en el labio superior, en la nariz y el pómulo izquierdo. Inmediatamente fue sometida a una cesárea para extraer el feto muerto, y luego a múltiples intervenciones que debió soportar para reducir las fracturas del brazo y la pelvis. Ante la falta de evolución fue trasladada al Hospital de la ciudad de Trelew en febrero de 2008 y fue intervenida en el mes de marzo, permaneció internada un mes en el que se constató un cuadro depresivo por la pérdida de su embarazo, las secuelas padecidas y la lejanía de su familia que estaba en esta ciudad.

Regresó a esta ciudad a la espera de la nueva intervención para colocar otra prótesis de cadera con controles mensuales en la ciudad de Trelew. Durante ese tiempo se manejó en silla de ruedas y/o con andador en tramos cortos, requiriendo asistencia personalizada permanente.

E., sufrió cortes en la cara, pérdida de canino inferior, escoriaciones múltiples en cara y hematoma importante en pierna izquierda. La pequeña C. ingresó al Hospital con un fuerte golpe en la pierna izquierda y lesiones en la piel y lengua. Ambos permanecieron internados 48 h.

La actora reclamó por los daños que sufriera personalmente **a)** indemnización por incapacidad sobreviniente denunciando que se desempeñaba como empleada doméstica y niñera, viéndose impedida de hacerlo en forma definitiva dada su imposibilidad física. Reclamó en este rubro la inclusión del perjuicio psicológico sufrido por la pérdida del hijo por nacer y por la discapacidad física -incluido el daño estético- sufrida en forma independiente del daño moral. Estimó una incapacidad del 75%. **b)** Gastos médicos, kinesiológicos, de farmacia y movilidad, pasados y futuros por la suma de $60.000. **c)** Tratamientos terapéuticos pasados y futuros como consecuencia de las lesiones estimándolo en $60.000 sin perjuicio de establecerse con precisión luego de producirse la prueba **d)** Asistencia personalizada presente y futura atento a la incertidumbre relativa a las futuras intervenciones quirúrgicas a las que será sometida. Consideró razonable la suma de $100.000. **e)** daño moral por la discapacidad física gravísima en forma independiente al padecimiento moral sufrido como consecuencia del fallecimiento del hijo por nacer en la suma de $150.000.

En capítulo aparte reclamó daños padecidos como consecuencia del fallecimiento de su hijo por nacer: **a)** daño moral $150.000, **b)** pérdida de chance de ayuda

futura del hijo por nacer en $150.000 y **c)** gastos de sepelio por $15.000.

Por los daños sufridos por E. y C. reclamó **a)** Incapacidad sobreviniente estimándola en una suma no inferior a $30.000 para cada uno; **b)** tratamientos médicos, movilidad y costos de pieza dentaria por una suma no inferior a $10.000 para E. y $5.000 para C.; **c)** Tratamientos terapéuticos por la suma de $19.200 cada uno y **d)** daño moral en no menos de $55000 para cada uno.

El sentenciante otorgó a la actora por incapacidad sobreviniente la suma de $339.070, monto en el que incluyó $70.000 por daño a la vida de relación; $60.000 por gastos médicos, kinesiológicos, de farmacia, movilidad pasados y futuros; $30.000 por tratamientos terapéuticos pasados y futuros, $21.600 por asistencia personalizada y $100.000 por daño moral. Por el fallecimiento del hijo por nacer, fijó el daño extrapatrimonial en la suma de $150.000; la pérdida de chance en $50.000 y rechazó los gastos de sepelio.

Los daños sufridos por E. los fijó en $20.000 por incapacidad sobreviniente, $40.000 para cubrir tratamientos médicos, de movilidad y costos de la pieza dentaria, $24.000 para atender a tratamiento psicológico y $55.000 por daño extrapatrimonial.

Por último y en relación a los daños sufridos por C., rechazó el rubro incapacidad sobreviniente y tratamiento terapéutico; otorgó $5.000 por gastos médicos, kinesiológicos y de movilidad y $55.000 para responder al daño extrapatrimonial.

4. Análisis de los agravios:

Daños sufridos por J. M. C.

Incapacidad sobreviniente:

La recurrente cuestiona el monto otorgado por incapacidad sobreviniente por exiguo y violatorio del derecho constitucional a la reparación plena. La crítica radica en **a)** la consideración del ingreso del salario mínimo vital y móvil en lugar de la actividad de niñera que la actora desarrollaba y en base a la que debió fijar la indemnización y **b)** en la cuantificación del rubro a valores históricos del salario a la fecha del siniestro. Solicita la revocación de la decisión y la readecuación del monto a valores a la fecha del dictado de la sentencia.

Afirmó que necesariamente debe indemnizarse considerando los valores actuales, pues no existe tasa de interés que pueda impedir la significativa pérdida del poder adquisitivo del dinero en los años que han transcurrido. Transcribió jurisprudencia a efectos de sostener su postura.

Peticionó se revoque el fallo y se readecue el monto fijándolo a los valores al momento del dictado de la sentencia.

El juez, frente a la falta de acreditación de las tareas laborales y los ingresos que denunció percibir la actora, tuvo en cuenta el Salario Mínimo Vital y Móvil del año 2007 ($980 mensuales), consideró los 13 sueldos anuales, la cantidad de años que le faltaban a la actora para llegar a la edad de 75 años y multiplicado por el porcentaje de incapacidad acreditado en la causa (44%) arribó a la suma de $269.070 a la que adicionó $70.000 por la incidencia negativa en su vida en relación, arribando a la suma total de $339.070.

La elección del SMVM para poder cuantificar el daño sufrido resulta acertada frente a la falta de prueba de

ingresos y nivel de vida de la actora, quien necesariamente debió arrimar pruebas que además de acreditar su oficio (empleada doméstica o niñera), que permitieran conocer el valor medio de sus entradas (*cf*. STJCh SD 3/16; 24/2001, 20/SRE/00 y 45/94 entre otras).

De ahí que resulta atinado el parámetro del SMVM, pues la prueba obrante en la causa no acredita el real ingreso de la actora, extremo necesario para cuantificar el daño sufrido.

No obstante, la crítica del recurrente remite necesariamente a la consideración del principio de reparación plena.

Es sabido que el derecho a la reparación integral del daño tiene su base constitucional en el art. 19 de la CN, lo receptaba el Código Civil a partir de la reforma de 1968 y lo reafirma el art. 1740 CCCN en absoluta consonancia con los preceptos internacionales.

Y tanto el derecho a una reparación integral como el derecho a la integridad de la persona en su aspecto físico, psíquico y moral están reconocidos en el plexo convencional incorporado al art. 75 inc. 22 CN (art. 1 DADH, art, 3 DUDH, arts. 4, 5 y 21 del Pacto de San J. de Costa Rica y art. 6 del PIDESC).

Es así como en nuestro sistema el principio de reparación plena, integra o justa, es una de las grandes columnas sobre las que se asienta el sistema de la responsabilidad civil (CSJN “Ontiveros” del 10/8/2017) y se asienta en cuatro reglas fundamentales: el daño debe ser fijado al momento de la decisión sin perder de vista los criterios de realidad económica; la indemnización no debe ser inferior al perjuicio; la apreciación debe formularse en concreto y la reparación

no debe ser superior al daño sufrido (Pizarro, Ramon, D “El principio de la reparación plena del daño. Situación actual. Perspectiva”, Separata de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 1998, cit. por Galdós Jorge Mario, en glosa al art. 1740 en CCYC de la Nación dir. por Ricardo Luis Lorenzetti, ed. Rubinzal Culzoni, T, VIII, p. 494 y sgtes.).

Se trata de lograr una razonable equivalencia jurídica entre el perjuicio y el daño con las limitaciones igualmente razonables que impone el ordenamiento jurídico.

Por ello ha sido un criterio reconocido por la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, conforme el cual el daño debe ser cuantificado a la fecha de la sentencia, en tanto resulta ser el momento más cercano al que se hará efectiva la reparación (Trigo Represas, F.A. – Cazeaux, Pedro N., "Derecho de las obligaciones”, 3ra. ed., La Plata, 1996, t. V, pág. 964 y sus cit., Alterini, Atilio A., "Las deudas de valor no se encuentran alcanzadas por la Ley 23928 de convertibilidad del austral" en LL 1991-B, 1048; Cám.Civ.Com. de Azul, Sala Primera, autos "I., G. M., T., V.A. y T., B. D. c/ M., A. A. s/ Daños y perjuicios", causa 157741-13, del 07/11/2013).

Modalidad que parte de la premisa de que los reclamos resarcitorios versan sobre deudas de valor. En este sentido es amplio el reconocimiento doctrinario del distingo entre obligaciones de dar dinero (en las que el objeto de la obligación es una suma de dinero determinada o determinable al momento de contraer la obligación) y de valor (aquellas en las que la moneda entra en lugar del objeto propio de la obligación y como

sustitutivo de aquel), y fue recogido por el Código Civil y Comercial (art. 772).

La distinción tiene vital importancia en orden a la estimación o apreciación del valor de la indemnización integral o plena por daños a la integridad psicofísica y profundiza su importancia en periodos inflacionarios, sobre todo cuando existe prohibición de indexar como el que se viene desarrollando en nuestro país, profundizándose desde mediados de esta década.

La Suprema Corte bonaerense ha resuelto que los jueces se hallan facultados para fijar el *quantum* indemnizatorio tanto a la fecha del hecho como al momento de dictar sentencia y aún diferirlo a las resultas del procedimiento que considere pertinente (art. 165, CPCC), todo a fin de lograr una mejor reparación del daño causado (SCBA, en causas 44.415, 101.107, 117.926 en igual sentido este tribunal, Sala II causas n° 131.976, 131.833, 130.138, 159.764, entre otros; CCiv. y Com., de Mar del Plata, Sala II, 24/10/2018- "A. P. c/ B. C. W. y ot. s/ daños y perjuicios" - Cita: MJ-JU-M-114871-AR - MJJ114871 - MJJ1 14871 y más recientemente en "V. N. B. c/ D. R. y otros s/ daños y perjuicios" 26/12/2018- Cita: MJ-JU-M-123090-AR - MJJ123090 - MJJ123090).

En igual sentido se ha resuelto que cuando se trata de indemnizar deudas de valor, los daños deben valorarse y fijarse los montos al momento más cercano en que se hará efectiva la reparación.

Por supuesto, ello no obsta a que a petición de la parte accionante, los montos indemnizatorios sean fijados a valores históricos a la fecha del hecho, variando en consecuencia la tasa de interés a aplicar.

Y así, me he pronunciado en el marco dado por el límite de los agravios que han sido expresados en distintos antecedentes de esta alzada y el principio de congruencia.

Las lesiones sicofísicas causadas a la actora no han sido cuestionadas, y vale reseñarlas. La actora, a la edad de 27 años, como consecuencia de un hecho sumamente violento –choque frontal de vehículos quedando atrapada en el vehículo hasta que pudo ser extraída por los bomberos-; las distintas intervenciones a las que fue sometida en el primer momento y estando totalmente consciente, la cesárea, reducción e inmovilización con yeso branquipalmar colgante del brazo izquierdo y tracción esquelética de miembro inferior izquierdo; osteosíntesis de humero y de pelvis. Luego aparecieron Infecciones a repetición que requirieron *toilettes* mecánicos quirúrgicos en tres oportunidades (17/8/207; 22/1/2008 y 7/2/2008), en la última de las cuales se retiró el material de osteosíntesis y se colocó nueva tracción esquelética. En junio nuevamente fue intervenida para retirar osteosíntesis. A partir de allí, comenzó su rehabilitación, con alta sanatorial en la ciudad de Trelew, pero con controles ambulatorios y plan de tratamiento antibiótico para una nueva intervención de reemplazo total de cadera que fue realizada finalmente en el mes de septiembre de 2009, con alta definitiva en agosto de 2010.

Perdió el 44% de su capacidad vital, viéndose limitada para realizar las tareas con la que se ganaba la vida durante todo el tiempo de rehabilitación que mínimamente debe considerarse de dos años.

Queda patentizada la afectación irremediable a bienes jurídicos superiores, como lo son el derecho a la integridad psicofísica, a la salud en su amplio espectro.

En el caso, los términos de los agravios expresamente ponen de manifiesto lo exiguo de la indemnización por haber sido computada a valores vigentes en el 2007 con posterioridad a 10 años de la fecha del accidente, sin que la tasa de interés fijada absorba los efectos del proceso inflacionario que se disparó en forma desmedida desde el año 2016 a la fecha.

La indemnización fijada en $339.070 resulta sensiblemente inferior a la que correspondería de calcularse la misma si se tiene en cuenta que se trata de una deuda de valor y que el SMVM vigente al momento del pronunciamiento de primera instancia, ascendía a $8.860, y al vigente actualmente que es de $16.875 (RES. 6/2019 CNEPySMVyM) y ello determina que es objetivamente inequitativo para resarcir un perjuicio de tal entidad.

Fácilmente se advierte la pauta: en dos años se depreció la mitad y que la tasa de interés activa fijada en la sentencia por los 13 años que lleva el proceso no alcanza a cubrir la depreciación. Véase que si al SMVM tenido en cuenta de $980 se adiciona 340,97% correspondiente a la tasa de interés fijada ($3.341,50), apenas cubre la cuarta parte del SMVM vigente a la fecha. La pulverización del crédito es patente.

De allí que no pueda corroborarse la indemnización fijada en la instancia de grado, aun cuando deba calcularse teniendo en cuenta el SMVM -pues el ingreso percibido por la actora no fue acreditado- pero a

valores actuales para lograr la reparación integral y justa teniendo en cuenta las variables de la economía.

Seguiré la fórmula utilizada por el juez de grado, habida cuenta que -en lo sustancial- no ha sido objeto de crítica.

Siendo ello así, la indemnización asciende a la suma de $4.633.200 ($16.875 x 13 x 48 x 44%) al que adicionaré un 10% que juzgo prudente para estimar el valor económico de las restantes aptitudes productivas, que no son estrictamente laborales y que no son previstas por el SMVM ($460.000). El total de la indemnización por incapacidad parcial y permanente asciende a $5.093.200, monto por el cual propongo que progrese el rubro y se haga lugar al agravio en estudio.

La fijación del *quantum* de la deuda de valor, al momento de pago (arg. *cf.* art. 772 del CCiv.Com.) determina que la tasa de interés sea determinada específicamente.

Pues si bien el momento desde el que corren los intereses moratorios en la deuda de dinero es igual al de la deuda de valor: desde que se produjo el perjuicio (art. 1748 del CCiv.Com.), la tasa de interés que resarce el daño moratorio es distinto en la deuda de dinero que en la deuda de valor.

En la deuda de dinero, la depreciación monetaria es parte del perjuicio ocasionado por el retardo. Por ende, en un régimen donde está prohibido el ajuste de capital mediante mecanismos indexatorios, es justa la aplicación de una tasa bancaria que refleje dicha depreciación (*v. gr.*, tasa activa).

En el caso, habiéndose cuantificado la deuda según el SMVM vigente al presente no hay depreciación

monetaria por lo que para este rubro la utilización de un tasa pura desde la fecha del hecho hasta la de la sentencia es una razonable herramienta que pretende evitar resultados que pueden ser calificados de injustos, cual es el caso del damnificado que recibe el capital aumentado (representado aquí por la cuantificación actual del valor reclamado), y a la vez, sobre dicho capital percibiría el accesorio de los intereses a una tasa (activa o pasiva) solo justificable en épocas de aguda inflación. La concurrencia de dos correctivos encaminados al mismo fin, produciría, a favor del damnificado, un enriquecimiento sin causa.

Por ello, cuando se fije un *quantum* a valor actual, debe emplearse el denominado interés puro a fin de evitar distorsiones en el cálculo y determinación del crédito, el cual, en este caso propongo establecerlo en el 6% (seis por ciento) anual, que corresponderá ser impuesto al crédito indemnizatorio desde la fecha del hecho (17/7/2007) y hasta el momento tenido en cuenta para la evaluación de la deuda (arts. 772 y 1748, CCCN), en el caso se establece hasta los 10 días de notificada la presente. De allí en más será de aplicación la tasa activa fijada por el juez *a quo*.

Daño psicológico:

El segundo agravio, es fundado con base en dos argumentos: a) denuncia confusión porque el juez consideró que no es procedente indemnizar el daño psicológico sufrido y además el respectivo tratamiento terapéutico aconsejado. Arguye que ese razonamiento es erróneo y que son dos rubros completamente diferentes que deben ser cuantificados por separado; y b) se queja por la omisión de indemnizar el daño psicológico sufrido

como daño autónomo o como integrante de la incapacidad sobreviniente. Dijo que se encuentra suficientemente probado en autos su padecimiento y consecuente procedencia en el informe del Lic. en Psicología J. M. F. M. (fs. 673/682) que detalló el cuadro y desarrolló los síntomas padecidos, determinando que su conducta encuadra en la definición de reacciones vivenciales anormales neuróticas de grado IV con manifestación depresiva, y estimando un porcentaje de incapacidad del 30%.

Solicitó que lo expuesto sea considerado en tanto dichos padecimientos y porcentaje de incapacidad no han sido tenido en cuenta a la hora de valorar la incapacidad sobreviniente y tampoco se lo ha considerado como daño autónomo.

La crítica no es admisible. La pretensión de valorar el daño psicológico de manera autónoma está vedado a esta alzada conforme a lo dispuesto por el artículo 280, párrafo primero, del Código ritual, según el cual el tribunal de alzada no podrá fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia. No procede que la Cámara trate argumentos no propuestos en los escritos introductorios de la demanda, contestación o reconvención, en su caso. La expresión de agravios no es la vía pertinente para introducir nuevos planteamientos o defensas que debieron deducirse en el correspondiente estadio procesal. Y esta regla es coherente con la naturaleza jurídica del recurso de apelación, en el sentido que no importa un nuevo juicio en el cual sea admisible la deducción de pretensiones u oposiciones ajenas a las que fueron objeto de debate en la instancia precedente (*cf.* Fassi-

Yáñez, "Código Procesal Civil y Comercial comentado, anotado y concordado", t. II, pág. 500).

De la lectura de la demanda, surge que la actora solicitó que las afecciones físicas, estéticas y psicológicas de carácter patológico sufridas por la actora y que ocasionaran una incapacidad sobreviniente sea indemnizada en ese rubro.

En cuanto a su consideración dentro de la partida por incapacidad sobreviniente, pese a la cita jurisprudencial que efectuó el sentenciante, entiendo que habiendo considerado la incidencia negativa en su vida de relación el daño y cuantificado fue considerado como integrante del rubro.

Y sin abundar sobre aquello que es jurisprudencia consolidada de esta alzada en cuanto a la carencia de autonomía del trastorno psíquico como un tercer tipo de daño con independencia del daño patrimonial o extrapatrimonial, lo cierto es que en el caso no puede ser considerado en forma autónoma.

Para que proceda su indemnización, la perturbación del equilibrio espiritual o de la personalidad asume en el daño psicológico el nivel de las patologías y requiere para su determinación el auxilio de la psiquiatría o de la teoría psicoanalítica. Se caracteriza por ser irreversible o irrecuperable. Afecta al individuo en actividad laborativa de poder desempeñarse, como en su capacidad en su vida de relación o capacidad para disfrutar de la vida y para su fijación tiene importancia según se lo pida como grado de incapacidad laborativa o si se incluyen o no los costos del tratamiento, o si se lo reclama en forma autónoma o integrando otros rubros.

En el caso, el recurrente solicitó como integrante de la incapacidad sobreviniente, también los costos de tratamiento y además su valuación dentro del daño extrapatrimonial.

De allí que el duelo patológico que observa el perito actuante, en el caso, fue considerado en la incapacidad sobreviniente y el daño extrapatrimonial, y la queja está subsumida en la impugnación de los montos que efectuó y que por esta vía se están revisando.

En consecuencia, rechazo el agravio.

Gastos médicos de futuro:

En su tercera queja se alzó contra la omisión de considerar los costos de recambio de las prótesis de cadera en el rubro "gastos médicos, kinesiológicos, de farmacia y movilidad, pasados y futuros".

Solicitó que se readecue el rubro incrementándolo por los montos previstos en la pericia médica referidos a los intercambios de prótesis indicados por la perita cada 15 años cuyo costo a la fecha del dictamen era de $1.200.000 para cada reemplazo.

Toda vez que la actora señaló expresamente que el rubro se acrecentará teniendo en cuenta las nuevas intervenciones quirúrgicas y tratamientos de rehabilitación que deberán ser merituadas y en general supeditó el reclamo a lo que surgiere de la prueba a rendirse, frente a lo dictaminado por la perita médica a fs. 767vta., en el punto 6, la queja es admisible y razonable.

Se destaca además que el punto de pericia y lo dictaminado al respecto no fue impugnado por la contraparte.

Frente a las pruebas obrantes en la causa, y el principio de reparación plena la solución se impone.

De manera que al monto de condena debe adicionarse como tratamiento futuro o gasto médico futuro, la suma de $2.400.000, suma que lógicamente devengará intereses a la tasa fijada por el juez *a quo* a partir de la fecha de la pericia (4/9/2015).

Pérdida de chance de ayuda futura por fallecimiento del hijo por nacer:

En el cuarto agravo se ocupó de cuestionar la exigua cuantificación otorgada a su entender por el rubro pérdida de chance relativa al hijo por nacer.

Arguyó que ofreció concretos argumentos de cuáles serían las chances perdidas por el fallecimiento del hijo por nacer, teniendo en cuenta su incapacidad física como consecuencia del siniestro, restringiendo las posibilidades de desarrollar tareas remuneradas teniendo en cuenta lo dispuesto por la profesional médica, además de que no podrá atravesar ningún examen psicofísico con éxito a fin de ingresar a un nuevo trabajo, la ayuda del niño por nacer en el desarrollo de su vida sería crucial.

En el caso de la pérdida de "chance" lo reparable es la pérdida de un probable beneficio, probabilidad que es tal en cuanto se basa en lo que de ordinario sucede.

El sentenciante ponderó para la fijación del rubro que la actora está limitada funcionalmente pero efectúa tareas laborales y ciertamente dijo que la actora no ofreció concretos argumentos de cuáles serían las chances perdidas por el fallecimiento del hijo por nacer.

Sin duda la procedencia del rubro no merece objeción, aun cuando el juez tuvo reparos, lo concedió.

El cuestionamiento está dado por el *quantum* acordado.

En los casos como el presente, en que no existen ingresos por parte del hijo, debe hacerse un "pronóstico póstumo", es decir apreciar en perspectiva la entidad de esa frustración de apoyo material y espiritual (RC J 15024/13) y extraer de los distintos indicios de la causa el monto de la indemnización.

En el caso, se trata de un hijo no nacido, pero con serias posibilidades de nacer con vida y sano de no haber sido por el luctuoso hecho en fecha cercana al parto; la edad de su madre al momento del deceso (27 años); el monto necesario para la subsistencia del individuo, la existencia de dos hermanos más en igualdad de condiciones y deberes y acudiendo a pautas de prudencia y antecedentes de este tribunal, la suma acordada por el juez *a quo* resulta razonable. No debe perderse de vista que la pérdida de chance no permite más que una reparación moderada y adecuada a las circunstancias de la causa, pues tal ayuda potencial no pasa de ser una chance condicionada a futuras variables, algunas inciertas (Jorge Mosset Iturraspe, “El valor de la vida humana”, ed. Rubinzal Culzoni 1983, p 144 y sgtes.)

Rechazo el agravio.

Gastos de sepelio:

El quinto agravio lo dirigió a cuestionar el rechazo del rubro gastos de sepelio. El rechazo del rubro por falta de acreditación del gasto resulta infundado y amerita su revocación.

Ha sido objeto de pronunciamiento por ambas salas de esta Cámara la procedencia del rubro sin necesidad de prueba concreta. Pues producida la muerte de la víctima, las erogaciones por sepelio integran los gastos a resarcir (*cf*. art 1084 CC) y se deben aunque la parte no haya aportado prueba de su efectivo pago, puesto que se trata de gastos de necesaria realización para cuya determinación es necesario ponderar la situación económica del causante y de su familia (Sala B, SD 37/2001; Sala A, 44/2019).

Sin hesitaciones, la doctrina y jurisprudencia han consagrado que los gastos funerarios indemnizables son los realizados "de acuerdo con la condición y fortuna de la persona fallecida, así como con los usos y costumbres del lugar, incluyéndose coronas y flores" (*cf*. Trigo Represas-López Mesa, "Tratado de responsabilidad Civil", T.IV-, LL 2004, p. 747; en idéntico sentido ver Bueres, "Cód. Civ. Comentado", ed Hammurabi, Bs. As., p. 248 en glosa al art. 1085).

Con base en lo expuesto y la prueba que los restos del hijo por nacer efectivamente fueron inhumados en la Sección 6, Bebe Fila 24, Fosa 7 del Cementerio Oeste de esta ciudad (fs. 58), cabe presumir conforme el orden natural de las cosas, que fueron sus padres o su madre, en este caso, quien debió hacer frente a los gastos del funeral de su hijo.

Corresponde por tanto viabilizar la partida por la suma pretendida toda vez que la misma no ha sido controvertida y resulta razonable.

Se estima la partida por la suma de $15.000 que devengaran los intereses fijados por el juez *a quo* desde el día del evento dañoso (17/7/2007).

Daño extrapatrimonial:

Su sexto cuestionamiento lo constituye el monto fijado para resarcir el daño extrapatrimonial (moral).

Cuestiona al sentenciante por no brindar para ello fundamentos, salvo referencias en cuanto a por qué entiende que procede el rubro. Advirtió que el monto de $100.000 es exiguo considerando la gravedad de los padecimientos sufridos por las intervenciones, traslados e internaciones en nuestra ciudad como fuera de ella, como así también la circunstancia de que deberá someterse en el futuro a nuevas intervenciones frente a la necesidad del cambio de la prótesis de cadera.

Concluyó en que la suma debe ser readecuada y no inferior a $500.000 sin que resulte limitante el monto estimado en la demanda en orden al tiempo transcurrido y el poder adquisitivo del dinero.

En forma previa al análisis del agravio, recordaré que la actora reclamó resarcimiento del daño extrapatrimonial sufrido por la "discapacidad física gravísima" la suma de $150.000 y por "el fallecimiento de su hijo por nacer "la suma $150.000 (fs. 164 y fs. 164vta.). El juez cuantificó el daño extrapatrimonial por la discapacidad física en la suma de $100.000 y en la suma de $150.000 por el fallecimiento del hijo por nacer.

Sin perjuicio de considerar que el daño en la esfera extrapatrimonial de la actora es uno solo y por la totalidad de la vivencia dañosa, dado que ha optado por parcelarlo y así fue dispuesto en la sentencia, y se agravia ahora solamente del monto otorgado por el juez *a quo* por las lesiones físicas gravísimas, al punto me

remitiré sin dejar de ponderar la suma de $150.000 que deviene firme.

No es cierto que el juez no haya dado fundamentos. Si bien en el acápite 5) de fs. 838vta. referido al daño moral fue escueto, a fs. 833/834 detalló pormenorizadamente los dictámenes periciales médico y psicológico de los que se extraen la gravedad de las lesiones sufridas, la existencia del daño, el impacto emocional y físico que tuvo el episodio.

Ello significa que las particularidades que surgen de la prueba rendida en la causa se tuvieron en cuenta y que detalle al tratar el primer agravio.

Durante todo el periodo de convalecencia de las distintas intervenciones a las que fue sometida, solo se movilizó con silla de ruedas y muletas.

Asimismo cabe puntualizar que desde el accidente además de haber sufrido la pérdida de su hijo por nacer, al que no puedo ver “porque era mejor que no lo viera”, sin poder despedirse; estuvo alejada de sus dos hijos de 9 y 2 años respectivamente hasta el mes de setiembre, y desde que debió ser trasladada a Trelew (en enero de 2008) atravesando un cuadro de angustia, depresión y duelo que el perito psicólogo describió como patológico, y que sin dudas produjo un daño vincular en la relación con sus hijos.

Específicamente, la pericia psicológica dejó evidenciadas las dos vertientes de significación negativa para la actora: la resignificación negativa de su vida futura, tanto laboral económica, como vincular y familiar y otra en donde la pérdida de la plena autonomía motriz está asociada a un daño a la integridad corporal y narcisista de la actora. Explicó claramente

que con la mecánica del accidente dejó una impronta traumática subjetiva puesto que el golpe mortal en el cráneo del nonato fue producto de la misma fractura y desplazamiento del acetábulo (la porción articular cóncava de la superficie de la pelvis, formada por el ilion, el isquion y el pubis, a la cual se articula la cabeza del fémur, con lo que se forma la articulación de la cadera).

Otra circunstancia ponderable es el prolongado periodo de recuperación médica que se extendió con internaciones mediante, a más de dos años, lapso durante el cual la actora perdió completamente su autonomía motriz y sufriendo gran dolor físico, medicada con opiáceos, alejada no solo de su ocupación laboral y de sus dos hijos por largos períodos de tiempo, sino también de los espacios sociales y con total dependencia de sus familiares.

A todo ello se remitió la sentencia. Es decir, la falta de argumentación es falaz.

No obstante, debo coincidir con el recurrente que frente a tamaña vulneración de sus derechos extrapatrimoniales, la edad en que se produjo el accidente -27 años- y las circunstancias del mismo, la gravedad del cuadro de salud que motivó el traslado a la ciudad de Trelew, la realización de varias cirugías, los controles ambulatorios, la necesidad de rehabilitación y demás prácticas detalladas por el perito médico, la cuantificación de la partida resulta exigua.

Estos trastornos físicos y psíquicos que el accidente generó en la víctima impidieron

definitivamente la realización que la joven hizo de su plan de vida.

Mucho más exiguo resulta si se tiene en cuenta incidencia del aspecto psíquico.

La inmensidad de estos perjuicios, la edad de la víctima, la permanencia de las secuelas, los antecedentes en casos análogos dan sustento razonable para elevar el monto de la partida a la suma de $250.000.

La valoración de esta partida es efectuada a la fecha del evento dañoso, en atención a los términos del agravio y considerando, como dije antes que los jueces se hallan facultados para fijar el *quantum* indemnizatorio tanto a la fecha del hecho como al momento de dictar sentencia. Por tal razón mantengo la tasa interés fijada por el juez *a quo* y desde la fecha del evento.

Daños padecidos por E. H.

Incapacidad sobreviniente:

El séptimo agravio se dirigió a cuestionar la cuantificación del rubro incapacidad sobreviniente fijado en la suma de $20.000 por exigua e infundada.

Sostuvo que el juez incumple con la obligación impuesta a los magistrados que establece que todas las decisiones deben estar debidamente motivadas.

Dijo que el monto otorgado no guarda relación con la incapacidad padecida, pues debió considerarse la edad y la repercusión futura durante toda la vida estimada, considerando al menos un hipotético ingreso promedio en orden a la clase socio cultural a la que pertenece.

Denuncia que el sentenciante no valoró razonablemente la magnitud de las lesiones y secuelas físicas y psicológicas definitivas padecidas por E., por

lo que a su entender debe readecuarse el monto teniendo en cuenta las secuelas incapacitantes y estableciendo una suma considerada a valores actuales por tratarse de una deuda de valor.

El juez tuvo en cuenta el grado de incapacidad que determinó la pericial médica no controvertida en autos del 3,8%.

En este sentido la crítica esta huérfana de contenido y trasunta una mera disconformidad con el monto otorgado sin dar otras razones que pueda extraerse de las pruebas rendidas para estimar la partida en un monto superior.

Daño psicológico:

El octavo agravio reproduce lo sostenido en el segundo agravio, que ya fue tratado correspondiéndole idéntica respuesta.

Pieza dentaria:

En su novena crítica señaló que el sentenciante omitió considerar el valor de la reparación de la pieza dentaria de E. quien debido al siniestro sufrió la pérdida aludida. Advirtió que como el perito odontólogo indicó que la duración de la prótesis se garantiza hasta 10 años de su colocación, debe estimarse el recambio a futuro hasta el promedio de vida. Estimó que serán necesarios realizar al menos 6 recambios en el futuro.

No es cierto que el juez omitió considerar la reparación de la pieza dentaria pues, tuvo en cuenta el valor señalado en la pericia de fs. 727 (entre $10.000 y $13.000), el tratamiento de ortodoncia (entre $24.000 y $28.000) y además lo solicitado como tratamientos médicos y de movilidad. En consecuencia, la suma de

$40.000 otorgada por la partida no resulta infundada ni omitió considerar el implante.

Con relación al recambio futuro, no estimo razonable la previsión de seis implantes necesarios, pues ello implica desconocer que conforme el curso natural y normal de las cosas el deterioro dentario aparece razonable y lógico.

Cierto es que la temprana edad en que sucedió la pérdida de la pieza a causa del accidente merece considerar la necesidad de un recambio (a los 28/30 años, dado que el de los 18 años primero que se podía realizar, según pericia, fue contabilizado). Propongo entonces en uso de la sana crítica racional y las facultades del art. 167 del CPr., elevar la partida en $13.000 para atender a posibles recambios del implante dentario.

Claro que la partida devengará intereses a partir de la fecha de la pericia, pues los valores fueron informados a tal fecha (25/6/2014).

Daños sufridos por C. A.

Incapacidad sobreviniente:

Dijo que el juez de la instancia de grado bajo el argumento de que la perita médica no adjudicó incapacidad a su hija rechazó el rubro incapacidad sobreviniente, incurriendo en contradicción, ya que en el considerando "D" n° 2 estableció con respecto a los gastos médicos, kinesiológicos y de movilidad, que le asiste razón a la peticionante dado que como consecuencia del accidente la menor sufrió lesiones de las que dan cuenta la pericia médica.

Argumentó que tanto de la pericial psicológica como de la pericial médica se desprenden las secuelas

psicofísicas sufridas por la niña luego del accidente y el significativo aumento de la dependencia de ella hacia su entorno familiar, lo que no ocurría con anterioridad al accidente, aun cuando la pericia médica no establezca grado de incapacidad redituable en términos laborales.

A su entender, debe ponerse énfasis en la situación particular vivida, ya que tan solo con un año y ocho meses de vida fue participe de un siniestro de tal magnitud que generó una repercusión psicológica subjetiva que la afecta hasta la actualidad.

Expuso que sufrió todos los padecimientos posteriores al accidente, y se ha perdido de compartir tiempos de recreación y aprendizaje de la vida diaria con su madre, generando una evidente dificultad para su formación la que se encontraba en plena etapa de crecimiento, instrucción y desarrollo, siendo esos años de vida la base de su formación como persona adulta y del desarrollo de su personalidad.

Peticionó en razón de lo expuesto se fije una suma indemnizatoria razonable en relación a las secuelas sufridas y que resulte adecuada al momento del dictado de la sentencia.

La queja no procede.

Es preciso recordar, ante todo, que el daño, en sentido jurídico, no se identifica con la lesión a un bien (las cosas, el cuerpo, la salud, etc.), sino, en todo caso, con la lesión a un interés lícito, patrimonial o extrapatrimonial, que produce consecuencias patrimoniales o extrapatrimoniales (Calvo Costa, Carlos A., “Daño resarcible”, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 97). En puridad, son estas consecuencias las que deben ser objeto de reparación (Pizarro, Ramón

D. – Vallespinos, Carlos G., “Obligaciones”, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, t. 2, p. 640), lo que lleva a concluir en la falta de autonomía de todo supuesto perjuicio que pretenda identificarse en función del bien sobre el que recae la lesión (la psiquis, la estética, la vida de relación, el cuerpo, la salud, etc.). En todos estos casos, habrá que atender a las consecuencias que esas lesiones provocan en la esfera patrimonial o extrapatrimonial de la víctima, que serán, por lo tanto, subsumibles dentro de alguna de las dos amplias categorías de perjuicios previstas en nuestro derecho: el daño patrimonial y el moral.

En el caso, si bien la niña permaneció internada 48 h en el Hospital Regional por haber sufrido heridas múltiples superficiales en región abdominal y en ambas piernas que requirieron curaciones planas y control; herida cortante en lengua que no requirió tratamiento, no se han comprobado consecuencias en la esfera patrimonial, y tampoco presenta dificultades vinculares en el ámbito familiar ni en otros órdenes de participación más amplios. No manifestó menoscabo en su rendimiento escolar ni alteraciones de su conducta que indiquen incumbencias emocionales dañosas (pericia psicológica fs. 681vta.).

Son estas razones bastantes para rechazar la queja en el punto.

Daño extrapatrimonial de E. y C.:

Por último cuestionó en forma conjunta las sumas indemnizatorias en concepto de daño moral, fijadas para sus hijos.

Sostuvo que en orden al tiempo transcurrido desde la promoción de la demanda hasta el dictado de la

sentencia y teniendo en consideración que los montos consignados en la demanda fueron solo estimados bajo la fórmula y/o lo que en más o en menos resulte de la prueba a rendirse, no resultan limitativos para el reclamo y aparecen actualmente como desactualizados y carentes de valor indemnizatorio.

Señaló que las sumas de $55.000 otorgadas a cada uno lejos está de reparar plenamente el daño sufrido.

Afirmó que el sentenciante debe estimar los valores indemnizatorios al momento del dictado de la norma individual, lo que ha omitido, careciendo de poder adquisitivo la suma asignada.

Manifestó que no obstante el juez *a quo* refirió al fallecimiento del hermano por nacer, el largo periodo de recuperación de la madre, la escena dramática del siniestro y demás circunstancias, no se ven reflejados en la suma indemnizatoria, la que por su insignificancia carece de valor reparatorio respecto de tan significativo sufrimiento espiritual que atravesaron los niños.

Es cierto que lo peticionado en la demanda no limita al sentenciante cuanto se ha hecho bajo la fórmula "de lo que en más o en menos surgiere de la prueba a rendirse", pero como hemos reiteradamente sostenido, el daño extrapatrimonial se determina en función de la entidad que asume la modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir y por la repercusión que tal minoración determina en el modo de estar de la víctima, que resulta siempre anímicamente perjudicial. El dolor, la pena, la angustia, la inseguridad, etc., son solo

elementos que permiten aquilatar la entidad objetiva del daño moral padecido.

Y todo ello debe ser valorado prudencialmente por el juez, tomando en cuenta las circunstancias objetivas del caso concreto (Pizarro, Ramón D., "Valoración del daño moral", en La ley, 1986-E-828, cit. en López Mesa - Trigo Represas, ob.cit., p. 170, en similar sentido, Pizarro, D., Vallespinos, Carlos, "Instituciones de derecho privado. Obligaciones", ed. Hammurabi, t. II, p. 641).

Desde esta óptica, he reparado en la naturaleza del accidente, la edad de los pequeños al momento del mismo -muy especialmente- las lesiones físicas sufridas y el informe del perito psicólogo que los evaluó. No advierto razones para variar la conclusión a la que arribó el sentenciante de primera instancia en cuanto a su cuantificación, la suma fijada por el juez *a quo* no es exigua ni desproporcionada.

Por el contrario, a la luz de la prueba reseñada a cuyos resultados la actora supeditó su pretensión- el monto consignado en el fallo apelado luce prudente y razonable (arts. 34 inc. 4°, 165 último párr. y ccdts. CPCC, 1741 Y cctes. del CCyCN).

Cuantificado al momento del evento dañoso, del rubro lleva intereses desde la fecha del mismo a la tasa fijada por el juez *a quo*.

5. Costas y Honorarios:

La modificación en los montos de las partidas que propongo no modifica la calidad de vencidos de los demandados, de allí que las costas de primera instancia se mantienen en tanto los demandados resultan vencidos.

Las de esta instancia por la misma razón se imponen a los demandados en tanto no se ha revocado la atribución de responsabilidad.

Los honorarios de primera instancia se deben fijar teniendo en cuenta el resultado del litigio, su valor económico, las pautas arancelarias de aplicación (arts. 6 a 8 y concordantes de la Ley XIII-4 DJPCh), el mérito, eficacia, calidad y extensión de las labores desarrolladas, y especialmente la celeridad impuesta en orden a la trascendencia moral y económica para las partes, por lo que propongo fijar a favor del Dr. N. D. en el 17% del monto del proceso y los de la Dra. L. F. M. en el 12%; los del perito accidentólogo J. D. A. en el 2%, los del perito psicólogo J. M. F. M. en el 3%, los de la perita médica M. F. G. en el 3% y los del perito odontólogo J. N. N. en el 2% calculados sobre el monto del proceso que resulte de la liquidación a practicarse.

Los de esta instancia propongo, en un todo de acuerdo con las previsiones del artículo 5 de la ley arancelaria y por aplicación de las escalas del artículo 13 del mismo ordenamiento, regularlos para el Dr. N. D. en el 28% de los que le fueron fijados en la anterior instancia.

En todos los casos con más la alícuota del IVA si correspondiere.

A la segunda cuestión, la Dra. Zanatta dijo:

Propongo como fórmula postulatoria la siguiente:

1) Hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto por la parte actora, fundado a fs. 886/894, contra la sentencia de fs. 829/842, con los alcances de los puntos siguientes.

2) Revocar parcialmente el punto 1 de la parte resolutoria de la sentencia aludida y readecuar el monto de condena elevando los resarcimientos por incapacidad sobreviniente, que se fijan en la suma de $5.093.200, por daño extrapatrimonial de la Sra. M. J. C., en la suma de $250.000, gastos y tratamientos médicos futuros por recambio de prótesis de cadera en la suma de $2.400.000 y gastos de sepelio en la suma de $15.000, y asimismo elevar la partida por recambio de pieza dental de E. H. en la suma de $13.000 con más los intereses fijados según los considerandos respectivos.

3) Confirmar la imposición de costas de primera instancia e imponer las de la alzada a los demandados vencidos.

4) Regular honorarios en la forma propuesta.

A la primera cuestión, el Dr. Hayes dijo:

Vienen estos autos a mi conocimiento con motivo del recurso de apelación que contra la sentencia de grado interpusiera la parte actora (fs. 844, agravios fs. 886/894).

I. *Antecedentes*:

En breve síntesis, y en lo que aquí interesa, diré que la Sra. J. M. C., por derecho propio y en representación de sus hijos menores E. N. H. y C. K. A., promovió demanda sumaria por daños y perjuicios contra el Sr. D. U. C. y contra los sucesores del Sr. R. C., por la suma de pesos un millón trescientos ocho mil cuatrocientos ($1.308.400.) y/o lo que en más o en menos resulte de la prueba a producirse en autos, con más sus intereses desde la fecha del siniestro, la actualización monetaria si eventualmente correspondiese al momento de dictar sentencia y las costas del proceso. Pidió se cite

en garantía a A. F. A. SA. Relató hechos. Identificó y cuantificó los rubros objeto de reclamo. Ofreció prueba. Reservó el caso federal. En oportunidad se presentó la citada en garantía. Opuso al progreso de la acción excepción de prescripción, la que fuera luego rechazada. En subsidio, contestó demanda. Negó hechos. Impugnó el reclamo económico. Ofreció prueba. Reservó el caso federal. Pidió se rechace la demanda impetrada, con costas. La acción fue desistida contra los sucesores del Sr. R. C. Se presentó el demandado D. U. C. a contestar demanda. Cumpliendo con el imperativo procesal, negó hechos. Desconoció documental. Dio su versión de los hechos. Ofreció prueba. Pidió se rechace la acción incoada en su contra, con costas. Producida que fue la prueba ofrecida por las partes, pasaron los autos a despacho para resolver.

La sentencia dictada en la instancia de grado hizo lugar a la demanda, y en consecuencia condenó al Sr. D. U. C. a abonar a la actora a la Sra. J. M. C., en el término de diez días de firme o consentido el fallo, la suma de pesos $949.670 en concepto de incapacidad sobreviniente, gastos médicos, kinesiológicos, de farmacia y movilidad, tratamiento terapéuticos, daño moral, daño moral por fallecimiento del hijo por nacer y pérdida de chance por J. M. C., incapacidad sobreviniente, tratamientos médicos, movilidad y costos de pieza dentaria, tratamientos terapéuticos, asistencia personalizada presente y futura y daño moral de E. N. H., y gastos médicos, kinesiológicos y de movilidad y daño moral de C. K. H.. Desestimó los rubros gastos de sepelio e incapacidad sobreviniente y tratamiento terapéutico por C. K. A. Hizo extensiva la

condena a la aseguradora “Aseguradora Federal Argentina S.A” para que responda dentro de los límites señalados en el considerando respectivo. Impuso las costas al demandado vencido Sr. D. U. C. Reguló los honorarios de los profesionales intervinientes.

II. *Análisis de los agravios*:

Contra el decisorio se alzó la parte actora. Cuestionó en sendos agravios: Respecto de la actora Sra. J. M. C. a) el irrisorio monto para rubro incapacidad sobreviniente – la violación del derecho constitucional a la reparación plena; b) la confusión de rubros que importa la omisión de indemnizar separadamente los costos por tratamientos psicológicos y el daño psicológico; c) la escandalosa omisión de considerar los costos de recambios de prótesis de cadera en el rubro “Gastos médicos, kinesiológicos, de farmacia y movilidad, pasados y futuros”; d) exigua cuantificación del rubro pérdida de chance relativa al hijo por nacer; e) rechazo del rubro gastos de sepelio; f) el irrisorio monto en concepto de daño moral; g) omisión de considerar la actividad; respecto de E. H. h) exigua cuantificación del rubro incapacidad sobreviniente – arbitraria decisión sin fundamento; i) confusión de rubros – omisión de considerar daño psicológico – inexistencia de reparación plena e integral; j) omisión de considerar la reparación de la pieza dentaria; respecto de C. K. A.; k) arbitrario y contradictorio rechazo del rubro incapacidad sobreviniente; y respecto de E. H. y C. A. l) las irrisorias sumas indemnizatorias en concepto de daño moral fijadas en la sentencia.

Diré, ante todo, que tal como lo tiene dicho nuestro máximo tribunal “los jueces no están obligados a

ponderar una por una y exhaustivamente todas las constancias de la causa, sino sólo aquellas que estimen conducentes para fundar sus conclusiones (Fallos, 311:571) y para la correcta solución del litigio (311:836), y tampoco están obligados a tratar todas las cuestiones propuestas por las partes ni analizar los argumentos utilizados que a su juicio no sean decisivos (301:970 y 311:1191)".

Asimismo anticipo que, atendiendo al detallado relato que comprende tanto la plataforma fáctica del caso como los principales argumentos que componen la queja del apelante y que es desarrollado en el enjundioso voto de mi estimada colega preopinante, me eximiré de incurrir en reiteraciones innecesarias que entiendo solo dilatarían la extensión de mi juzgamiento.

Entonces, en principio, y en virtud de la letra del artículo 7 del Código Civil y Comercial, resulta de aplicación al caso la ley vigente al momento en que se constituyera la relación jurídica, esto es cuando acaeciera el acto ilícito del que derivara el daño que aquí es reclamado, razón por la que corresponde sea juzgado a la luz de las disposiciones del anterior Código Civil.

Sin perjuicio de ello, corresponde aclarar que resulta aquí procedente hacer excepción a esta regla en lo que respecta a las normas relativas a la cuantificación del daño, dado que ellas no se refieren a la constitución de la mentada relación jurídica (obligación de reparar), sino solo a las consecuencias de ella, y no varían la naturaleza ni la extensión de la indemnización que tiene derecho a percibir la víctima, pues se limitan a sentar una pauta para su

liquidación. En este sentido sostiene la Dra. Kemelmajer de Carlucci: “Hay cierto acuerdo en que debe distinguirse entre la existencia y la cuantificación del daño. La segunda operación debe realizarse según la ley vigente en el momento en que la sentencia determina la medida o extensión” (Kemelmajer de Carlucci, Aída, “La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes”. Segunda parte, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, p. 234).

Bien, entrando en la solución, destaco que ya he tenido oportunidad de expedirme en ocasiones anteriores respecto de la cuantificación de los daños en relación con el momento en que corresponde se efectúe la misma, adhiriendo a que el crédito de la víctima se identifica con una deuda de valor y no dineraria, razón por lo que debe establecerse su *quantum* a la época de la sentencia en resguardo del principio de la reparación integral.

En tal inteligencia, he dicho ya que, como ha sostenido reiteradamente nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, el mentado principio de reparación integral tiene estatus constitucional (Fallos, 321:487 y 327:3753, entre otros) y ello importa, como lógica consecuencia, que la indemnización debe poner a la víctima en la misma situación que tenía antes del hecho dañoso (art. 1083, Código Civil), o bien acercar lo máximo posible su realidad a dicho momento.

Señalo sobre ese piso, que autorizada doctrina nacional ha sostenido: "la indemnización de resarcir que pesa sobre el agente, damnificante o victimario, constituye una deuda de valor y no deuda de dinero". Así, "si el resarcimiento… tiende a desmantelar el daño, reintegrando o colocando a la víctima en la situación

anterior a su producción, ya sea de un modo específico o bien por equivalente, dinerario o no, es razonable concluir que cuando la indemnización se paga en dinero su importe debe cubrir todo el 'valor' del detrimento o menoscabo y que solamente merced a la liquidación de la deuda de resarcimiento se transforma de deuda de valor a deuda de moneda" (Mosset Iturraspe, Jorge: "Responsabilidad por daños" - Rubinzal - Culzoni Editores - Santa Fe - 1998 - T. I - pág. 406 y ss.)

El doctor Lorenzetti comparte esta conceptualización y agrega: "Hay una realización de lo justo en la sentencia de daños y una instrumentación de ello en la liquidación dineraria… Partiendo de esta base conceptual se llega a la conclusión de que la obligación de resarcir no es determinada sino determinable y que esta última debe concretarse atendiendo al carácter sustitutivo de la reparación dineraria; no hay modificación del objeto" (Lorenzetti, Ricardo L.: "La emergencia económica y los contratos" - Rubinzal - Culzoni Editores - Santa Fe - 2002 - pág. 319)

Por su parte, Mosset Iturraspe explica que una tesis pacífica en doctrina y jurisprudencia concluye, como consecuencia de tratarse de una deuda de valor, que: "a) A la indemnización, sea resultado del incumplimiento de la obligación o acto ilícito, no son aplicables los principios nominalistas y, b) Para liquidar la indemnización o fijar el capital, se impone la elección del día de la sentencia como el más cercano al momento de la reparación real…" (ob. cit.).

Resulta asimismo sumamente valiosa la opinión de López Mesa y Trigo Represas, cuando expresan -siguiendo a Jourdain-: "el derecho a la reparación de la víctima

nace el día de producción del daño. Desde esa fecha el derecho existe en principio; pero él no se encuentra todavía fijado en su cuantía. El crédito debe todavía tornarse líquido, es decir, valuado y expresado en moneda. La deuda del responsable aparece, así como una deuda de valor… susceptible de variación y que resta aún determinar" (López Mesa, Marcelo y Trigo Represas, Félix A.: "Tratado de la responsabilidad civil. Cuantificación del daño" - LL - Bs. As. - 2006 - pág. 34).

A su vez, los autores nombrados, luego de citar jurisprudencia comparada que reconoce a la deuda resarcitoria como deuda de valor respecto del momento en que el daño debe ser evaluado, expresan: "el análisis anterior conduce a evaluar el daño lo más tarde posible, siendo lo ideal determinar el monto del daño a ser pagado el mismo día de pago. Pero como ello es imposible en la práctica, la jurisprudencia ha admitido la cuantificación del daño en la sentencia de fondo, lo que permite a los jueces tener en cuenta todas las variaciones del daño anteriores a la sentencia".

Sobre tales conceptos que, reitero una vez más, he expresado en votos anteriores y por tanto exponen mi invariable criterio sobre la cuestión, y respecto de la indemnización por incapacidad sobreviniente, entiendo que bien puede tomarse el valor del salario mínimo vital y móvil como punto de partida para el cálculo de la indemnización, pero para ello juzgo incorrecto que, a la luz de lo conceptos que antes vertiera, se utilice el correspondiente a la fecha del siniestro, evidentemente depreciado en exceso como graficara la colega preopinante, sino que precisamente ha de tenerse

en cuenta el que corresponde a este momento en que ha de establecerse la cuantía de la partida.

En tal contexto, a partir octubre 2019 el SMVM 2019 = $16.875 (Res. 6/2019 CNEPySMVyM7), por lo que empleando las variables de cálculo de la fórmula utilizada por el señor juez de grado –método que no fuera cuestionado– pero modificando el monto del SMVM tendríamos: $16.875 x 13 x 48 x 44%, lo que arroja un monto por el rubro de $4.633.200, al que considero adecuado sumar un porcentaje equivalente al 10% de la suma resultante toda vez que además, para cuantificar la indemnización por incapacidad sobreviniente deben analizarse las características particulares del caso y las condiciones personales de la víctima en orden a definir con cierto grado de proximidad en qué medida la incapacidad puede gravitar en sus actividades habituales, es decir en el conjunto de su proyecto de vida, que desde luego excede el mero ámbito laboral. Por ello, propondré que el rubro prospere por un monto de $5.093.200. Respecto de los intereses, en atención haberse determinado el quantum de la deuda de valor, estimo pertinente fijar una tasa pura del 6% anual desde la fecha del siniestro hasta la de esta sentencia. A partir de entonces generará intereses a la tasa activa del Banco de la Nación Argentina.

En segundo lugar y respecto del daño psicológico, como lo sostiene Bueres, ya el Código Civil de Vélez Sarsfield contemplaba dos categorías de daño: el daño patrimonial y el daño moral. Al primero se referían los arts. 519, 1068 y 1069, en tanto que al segundo los arts. 522 y 1078. Las lesiones a la estética, a la psique, a la vida de relación y a la persona en general

-en sus bienes esenciales- no son daños, sino menoscabos de índole material, los cuales pueden ser fuentes de daños resarcibles (o injustos) si conculcan intereses económicos o espirituales. "El daño moral y el daño patrimonial constituyen las dos categorías de daño resarcible, sin que pueda hablarse de la existencia de un tercer género: solo existe el daño patrimonial y el extrapatrimonial (moral) (*cf*. Bueres, Alberto J., "El daño moral y su conexión con las lesiones a la estética, a la psique, a la vida de relación y a la persona en general", Rev. de Der. Priv. y Comunitario, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1992, N° 1, pág. 263; coinciden Iribarne, Héctor Pedro, "La cuantificación del daño moral", Rev. del Derecho de Daños n° 6, Rubinzal Culzoni, 1999, pág. 187; Zavala de González, Matilde, "Resarcimiento de daños", T. 2a – "Daños a las personas", Hammurabi, Bs. As., 1993, pág. 33).

Si bien es cierto que algunos autores aislados han postulado la independencia de ciertos daños, como el estético, considerándolo un *tertium genus*, vale decir una tercera categoría autónoma del daño material y el daño moral, no cabe duda ya que tal corriente de pensamiento ha perdido fuerza en virtud de los sólidos argumentos sustentados por autorizada doctrina en la materia. Idéntico razonamiento resulta válido, para la pretendida autonomía del daño psicológico o la psique.

Es que, desde un punto de vista estrictamente ontológico, vale la pena transcribir la lúcida observación de Zavala de González cuando sostiene que no deben confundirse las lesiones que puede inferir un determinado hecho con el o los daños resarcibles que aquellas lesiones pueden producir. La lesión entraña la

afectación de determinada esfera de la persona. El daño versa sobre las concretas consecuencias o efectos disvaliosos, es decir, consiste en el producto o resultado negativo de la violación del derecho, del bien o del interés de la víctima (Zavala de González, Matilde, ob. cit., T. 2a pág. 73). Y esto último es lo indemnizable.

En efecto, comparto el pensamiento de destacada doctrina que afirma que lo que se indemniza son las secuelas de las lesiones, y no las lesiones en sí mismas, resultando de aplicación el principio sustentado por la jurisprudencia respecto a que en el caso de lesiones el monto indemnizatorio se determina sobre la base de las secuelas y no a las lesiones en sí (Highton, Elena "Accidentes de tránsito. Daño Resarcible como lucro cesante y daño emergente en caso de lesiones a las personas, desde la óptica de los jueces", en Accidentes de Tránsito-II, T. 2, Rubinzal Culzoni, pág. 62 y sig.). De allí que el eventual daño reclamado y su resarcimiento han de ser considerados dentro de las esferas ya mencionadas, razón por la que el agravio no resulta procedente y debe ser rechazado.

En relación con los gastos médicos, kinesiológicos, de farmacia y movilidad, pasados y futuros, advierto que de las constancias de estos actuados se verifica en efecto la omisión que señala el apelante. No se ha tenido en cuenta lo señalado al punto 6 (fs. 767vta.) respecto de los recambios necesarios de prótesis total de cadera y el costo allí estimado por la experta. Destaco que la pericia médica no fue objeto de impugnación por la parte demandada, razón por la que oportunamente adquirió debida firmeza.

En razón de ello, admitiré parcialmente el agravio de la actora elevando el monto de la partida a la suma de $2.400.000, comprensiva del costo estimado que representan los dos recambios de prótesis y que surge del dictamen pericial. Atento a la fecha de la presentación del informe (04/09/2015), corresponde que el monto genere intereses desde entonces y hasta su efectivo pago a la tasa ya dispuesta por el señor juez de grado, que no fuera cuestionada en el recurso en tratamiento.

Respecto de la siguiente queja y la pérdida de chance futura por fallecimiento del hijo por nacer. El señor juez de grado admitió el reclamo por la partida por lo que el cuestionamiento de la apelante se centra exclusivamente en el monto ortigado por el juzgador.

La Corte Federal ha dicho que la supresión de una vida, aparte del desgarramiento del mundo afectivo en que se produce, ocasiona indudables efectos de orden patrimonial como proyección secundaria de aquel hecho trascendental, y lo que se mide en signos económicos no es la vida misma que ha cesado, sino las consecuencias que sobre otros patrimonios acarrea la brusca interrupción de una actividad creadora, productora de bienes (CSJN, "F., A. O. v. B., J. A. y Provincia de Buenos Aires s/ sumario/daños y perjuicios", S 11/05/1993, Fallos 316:912; "F., P. M. v. Provincia de Buenos Aires s/ daños y perjuicios", JA 1995-II-193. Fallos 317:100) y de igual forma se pronuncia la doctrina (*cf*. Llambías, Jorge J., "La vida humana como valor económico", JA Doc. 1974-624 y ss.; Orgaz, Alfredo, "La vida humana como valor económico", ED 56-549).

A la luz de lo referido, lo que se valora no es la vida misma sino las consecuencias que se generan hacia otros sujetos; precisamente por el cese de la posibilidad de esta actividad creadora en el futuro que la muerte elimina. O sea, que corresponde desentrañar la eventual privación de los beneficios actuales o futuros que la vida de la niña podía haber llegado a reportar a la actora.

Por otra parte, de este modo se siguen los lineamientos de la corte federal, según la cual si lo que se persigue es resarcir "la chance" que -por su propia naturaleza- es sólo una posibilidad, no puede negarse la indemnización con el argumento de que es imposible asegurar que de la muerte vaya a resultar perjuicio, pues ello importa exigir una certidumbre extraña al concepto mismo del daño de cuya reparación se trata, cuya existencia, por otro lado, no cabe excluir, en función de la corta edad del fallecido pues, aún en casos como el *sub examine*, es dable admitir la frustración de una posibilidad de futura ayuda y sostén para los progenitores, expectativa legítima (art. 367 del Código Civil) y verosímil según el curso ordinario de las cosas (*cf*. CSJN, "Recurso de hecho deducido por la actora en la causa P., J. D. y otra c/ C. M. del S. S.A.", del 17/03/1998, "Fallos", 321-487; ver también Fallos:
303:820; 308:1160; 316:2894). (CNApel. en lo Civil, Sala B en autos "Z. S. A. y otro c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros s/ daños y perjuicios – resp. Profesional" 09-02-2108).

En dicho contexto, estimo que a la luz de las probanzas de autos, teniendo en cuenta la edad de la

actora al momento del siniestro, el estado del embarazo, considero que resulta baja la suma concedida por el rubro, la que propondré elevar a $200.000, y que generará intereses a la tasa dispuesta en la sentencia de grado desde la fecha del siniestro y hasta su efectivo pago.

En relación con el cuestionamiento siguiente, vinculado al rechazo de los gastos de sepelio, adelanto que el planteo del actor debe ser atendido, desde que no existe razón que justifique lo decidido, por aplicación del criterio que unánimemente ha sostenido la jurisprudencia de esta alzada

Deben ser objeto de reparación los gastos de sepelio y también los de féretros, flores, etc. y ante la ausencia de prueba de su monto, resulta de aplicación la regla del art. 165 Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Capel. Civil y Comercial, Santiago del Estero en autos “Crespi Vda. de Pierre, L. R. c/ A. P. de R. H. y/u otros s/ Indemnización Daños y Perjuicios”, 25-06-03).

En esa inteligencia, resultando innecesario dar mayores fundamentos, admitiré el agravio del apelante y reconoceré la admisión de la partida pretendida en la suma de $15.000, que generará intereses a la tasa dispuesta en la sentencia de grado desde la fecha del siniestro y hasta su efectivo pago.

Respecto ahora de la queja relacionada con el monto otorgado por el daño moral, tengo dicho ya en anteriores votos que además de estar receptado en los arts. 522 y 1078 del Cód. Civil (bajo cuyas normas corresponde juzgar el presente), el daño o agravio moral ha adquirido rango constitucional a través del art. 75 inc.

22 de la Constitución nacional, pues en los artículos 5 y 11 del Pacto de San José de Costa Rica (Ley 23054) encuentra recepción y tutela dicho bien jurídico. (SCJBA, Ac. 57.531, 16-2-99, "S., L. c/ Provincia de Buenos Aires - Ministerio de Salud y Acción Social s/ demanda contencioso administrativa").

Comparto en tal sentido, la corriente que sostiene: "Sabido es que el daño moral supone la privación o disminución de aquellos bienes que tienen valor principal en la vida del hombre, tales como son – entre otros- la paz, la tranquilidad, el espíritu, el honor, y los más sagrados afectos, etc. Es jurisprudencia consolidada de este Tribunal que el daño moral tiene su carácter resarcitorio y no punitivo ni ejemplar, y su cuantía no debe guardar necesaria relación con el daño de carácter patrimonial. Así para su determinación debe partirse del propio afligido, ya que de lo que se trata es de paliar, por un medio inidóneo pero considerado subjetivamente eficaz por quien lo pide, un estado espiritual irreparable subjetivamente" (CCiv. y Com. San Isidro, Sala II, 3011-98, "V. c/ L. s/ ds. y ps.").

Al respecto, bien cabe recordar que se ha dicho: "La afectación de la integridad física o psíquica que arroja una secuela que impide temporaria o definitivamente el restablecimiento del estado de cosas de que gozaba la persona con anterioridad al suceso dañoso, habrá de indemnizarse adecuadamente de acuerdo con las particulares circunstancias de cada caso" (CCiv. y Com. Morón, Sala 2da, 23/10/84, JA, 1985I646).

Es por ello que la protección de la persona humana en toda su compleja dimensión vital, en su "mismidad" como solía decir el maestro Germán Bidart Campos, en

opinión que comparto, constituye preocupación permanente del quehacer jurídico.

Ahora bien, para su cuantificación, corresponde tener en cuenta los argumentos que ya vertiera al atender el primer agravio del apelante, en el entendimiento que resultan de aplicación independientemente de que la indemnización se corresponda con el daño patrimonial o extrapatrimonial. Así lo he resuelto ya en anteriores ocasiones, dado que el daño moral representa asimismo una deuda de valor que debe ser dimensionada en época contemporánea a la sentencia.

Entonces, si bien advierto que la argumentación propuesta por el recurrente no se condice exactamente con lo expresado en el decisorio apelado, desde que el señor juez de grado identificó y delimitó correctamente las variables que ponderó para establecer la cuantía de la partida, teniendo presente antecedentes de esta alzada en referencia a montos otorgados en procesos en relación al daño moral, como así también las constancias de la causa, particularmente la prueba pericial psicológica (fs. 673/690), elevaré el monto correspondiente al rubro, el que resulta comprensivo tanto del daño extrapatrimonial por discapacidad física y de aquel provocado por la pérdida del hijo por nacer a la suma total de $750.000, la que generará intereses a la tasa pura del 6% desde la fecha del siniestro y hasta la de esta sentencia. A partir de entonces generará intereses a la tasa activa del Banco de la Nación Argentina.

Ingresando a continuación en los agravios vinculados a los daños padecidos por el niño E. H. El

primer cuestionamiento –y séptimo en orden de presentación– se vincula con la incapacidad sobreviniente. Siguiendo el idéntico hilo argumental al que he venido haciendo referencia, y el momento al que corresponde fijar el *quantum* indemnizatorio, entiendo innecesario reiterar lo que he expresado antes y que juzgo suficiente para fundar mi decisión, por lo que admitiré la queja y propondré elevar el monto por el rubro a $40.000, suma que generará intereses desde el evento dañosos y hasta su efectivo pago a la tasa ya dispuesta por el sentenciante.

Respecto del daño psicológico, el agravio será rechazado por los fundamentos a los que me refiriera en el marco de la segunda queja del recurrente.

Por último y en relación con la pretensión derivada del cambio de pieza dentaria, advierto que el señor juez de grado tuvo en cuenta los valores señalados en la pericia odontológica (fs. 727), por lo que el monto que concediera ostenta fundamento, a contrario de lo que indica el apelante. Ahora bien, coincido en que parece no haber tenido en cuenta la cantidad de recambios de la pieza dentaria. Sin perjuicio de ello, la sana crítica indica que difícilmente una persona concurra en el transcurso de su vida a efectuarse seis recambios del mismo diente, lo que se juzga en consecuencia excesivo. Más allá de ello, y en virtud de las facultades concedidas por el art. 167 del ordenamiento ritual actual elevaré la suma por el rubro a $53.000, la que generará intereses a la tasa dispuesta en el fallo en crisis desde la fecha de la pericia (25-06-14) y hasta su efectivo pago.

Continuando el análisis, y respecto de los daños sufridos por C. A. La queja no puede proceder en tanto no existen elementos que justifiquen el otorgamiento de indemnización por incapacidad sobreviniente, es decir, independientemente de las consecuencias inmediatas del siniestro por las que la niña fuera hospitalizada 48 h, no se verificaron demás elementos que den cuenta de que exista alguna incapacidad a ser reparada, razón por la que no resulta ajustado a derecho la concesión de indemnización por la partida. El agravio debe rechazarse.

Por último, en cuanto al reclamo del daño moral de los menores E. y C., que fuera cuestionado en único punto, ya me he referido en el presente a la importancia del reconocimiento del daño extrapatrimonial, como así también lo he hecho en referencia a su naturaleza y al momento en que debe atenderse su cuantificación. Es en ese orden que mantendré idéntica postura, y en el entendimiento que las sumas otorgadas por la partida resultan a mi juicio insuficientes, propondré sean elevadas a $150.000 para cada uno de los menores, las que generarán intereses a la tasa pura del 6% desde el momento del hecho y hasta la fecha de esta sentencia. A partir de entonces generará intereses a la tasa activa del Banco de la Nación Argentina.

Resta resolver la cuestión de costas y honorarios, que, en atención a como se resuelve, deben ser objeto de readecuación por imperio de la letra del art. 282 del ordenamiento procesal provincial. Aún con ello, y atendiendo a la naturaleza de la acción, mantendré las costas de la instancia de grado en cabeza de los demandados, y lo propio haré con las generadas por la

actuación ante esta alzada, todo ello en virtud del principio general de la derrota (art. 69 CPCCCh). Difiero la regulación de los honorarios profesionales para el momento del acuerdo.

A la segunda cuestión, el Dr. Hayes dijo:

Por lo expuesto, y de compartir mis distinguidas colegas de Sala mi voto, propongo al acuerdo la siguiente fórmula:

1) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto y en consecuencia revocar la sentencia de grado, disponiendo los siguientes montos de capital para las partidas indemnizatorias. Daños actora J. M. C.: incapacidad sobreviniente $5.093.200; gastos médicos, kinesiológicos, de farmacia y movilidad, pasados y futuros $2.400.000; chance futura por el fallecimiento de hijo por nacer $200.000; gastos de sepelio $15.000; daño moral $750.000. Daños hijo E. H.: incapacidad sobreviniente $40.000, pieza dentaria $53.000, daño moral $150.000. Daños hija C. A.: daño moral $150.000. Cada una de las sumas generará intereses desde la fecha y a la tasa dispuesta en el considerando respectivo.

2) Imponer las costas de ambas instancias a los demandados vencidos (arts. 69 y 282 CPCCCh).

3) Diferir la regulación de los honorarios profesionales para el momento del acuerdo.

A la primera cuestión, la Dra. García Blanco dijo:

Por apelación de la parte actora contra la Sentencia Definitiva nro. 79/2017 (fs. 829/432) del Juzgado Civil nro. 2, vino a mi conocimiento en tercer orden, por no existir coincidencia entre los Sres. camaristas respecto de algunos de los rubros

resarcitorios que fueron motivo de queja, que detallaré seguidamente, haciendo saber que conforme lo dispuesto por el art. 274 del código ritual, hare uso de la facultad de abstención de expedirme sobre aquellas cuestiones en que no hay disidencias puesto que se conformó la mayoría legal.

1. Pérdida de chance por ayuda futura del hijo por nacer: cuestiona la accionante el monto acordado por el juez *a quo* de $50.000.

En cuanto a este rubro recuerdo que al fallecer un niño, es dable admitir que se ha frustrado para los progenitores una posibilidad de ayuda futura y sostén, que constituye una expectativa legítima y verosímil según el curso normal y ordinario de la vida, más aún en medios familiares de condición humilde (Fallos 303:820, 308:1160). El cálculo de la pérdida de chance futura se efectúa con base en probabilidades, pero dentro del abanico de especulaciones deben considerarse aquellas que mayor grado de certeza ofrezcan respecto a su acaecimiento.

En este aspecto de especulaciones, ante el fallecimiento del hijo menor de edad se genera una presunción de daño en relación con los padres (la cual se extiende a todos aquellos que tengan la guarda de un menor fallecido). Se reconoce la posibilidad de reclamar como indemnización la pérdida de chance de ayuda futura, que comprende la pérdida de chance de asistencia material en la ancianidad, lo que se justifica porque según el curso normal y ordinario de las cosas, los hijos tienden a brindar ayuda material y espiritual a los padres en esa etapa de la vida (*cf.* arg. art. 1745, inc. c., del CCCN y arts. 1079 y 266 del Código Civil

derogado y arts. 537 y 671 inc. C, del CCCN, que establecen que pesa sobre los hijos la obligación de brindar alimentos a los padres cuando las circunstancias así lo requieran). En definitiva, los padres tienen el derecho de invocar una "chance" de ayuda material, lo cual importa un devenir normal y previsible. Pero estrechamente relacionado con ello está dada, en la situación del presente caso en que el niño no había nacido, la problemática de la indemnización por frustración de chance que padecen los progenitores al fallecer sus hijos. La Corte Suprema de Justicia nacional recogió el criterio de que, aun cuando por su naturaleza la chance no es sino una posibilidad, la negación de una indemnización de esa especie con el argumento de que resulta imposible asegurar que de la muerte vaya a resultar perjuicio alguno importaría exigir una certidumbre extraña al concepto mismo del daño de cuya reparación se trata (CSJN, 17/03/98, "P. J. D. y otra c/ C. M. del S. S.A.").

Al respecto, el CCCN establece en el art. 1745, inc. c: "En caso de muerte, la indemnización debe consistir en: … c) la pérdida de chance de ayuda futura como consecuencia de la muerte de los hijos; este derecho también compete a quien tenga la guarda del menor fallecido".

"La norma crea una presunción de daño de los padres cuando el fallecido es su hijo, ampliando la misma a todos aquellos que tengan la guarda de un menor fallecido. Se reconoce así la posibilidad de reclamar como indemnización la pérdida de chance de ayuda futura ante el fallecimiento de los hijos (…). La presunción comprende, en el caso de muerte de los hijos, la pérdida

de chance de asistencia material en la ancianidad, lo que se justifica porque según el curso normal y ordinario de las cosas, los hijos tienden a brindar ayuda material y espiritual a los padres en esa etapa de la vida. Por otro lado, se ha juzgado que, a tenor de los artículos 1079 y 266 del Código Civil derogado y arts. 537 y 671 inc. c del CCCN, pesa sobre los hijos la obligación de brindar alimentos a los padres cuando las circunstancias así lo requieran. El máximo tribunal se ha pronunciado por la procedencia de la pérdida de chance de ayuda futura de los progenitores, aun para el supuesto de muerte de hijos menores, pues es dable admitir la frustración de aquella posibilidad de sostén para los progenitores, expectativa legítima de acuerdo con lo dispuesto por el art. 367 del Cód. Civil, y verosímil según el curso ordinario de las cosas" (*cf*. doctrina de Fallos: 321:487; 322:1393) (CSJN, "M., D. c. Provincia de Corrientes y otros s/ daños y perjuicios", 14/07/2015, La Ley Online: AR/JUR/24411/ 2015).

Teniendo en cuenta que tanto la doctrina como la jurisprudencia que referencia considera la viabilidad del rubro para el resarcimiento, debe efectuarse una justa y adecuada estimación en ese marco de las circunstancias del caso y del curso normal de probabilidades, actividad que realizaban los progenitores, situación económica en la que se encontraban, posibilidades futuras del difunto y demás circunstancias que posibiliten justificar debidamente el rubro y la más elemental de todos los factores, el niño debía primero nacer vivo.

El intento se centra en estimar con el mayor grado de factibilidad posible cuál hubiera sido la ayuda a brindar, en un tiempo futuro, a su madre.

En el caso que tengo bajo análisis, el niño no llegó a nacer, la madre tenía en ese momento 27 años, lo que el sentido común básico me lleva a afirmar que considero en primer término que debía nacer vivo, lo que implica una suposición porque cursaba el octavo mes de embarazo, la madre debía criarlo, apoyar, espiritualmente, brindarle educación al niño y posterior adolescente, durante no menos de dieciocho años, para poder pensar en la asistencia del hijo a la madre, y a ello agrego que a la edad de la Sra. J. C. al momento del accidente, tendrá recién 45 años cuando el hijo tuviera 18, lejos estoy de pensar en una anciana que requiere asistencia, por lo cual, la inversión previa resulta un freno para evaluar un resarcimiento por pérdida de chance para un futuro lejano, en relación al lapso en que acaecería frente a estas circunstancias, es remoto, e hipotético, lo que me lleva a pensar en elevado el monto de $50.000 fijado por el juez de grado, no considero factible ese importe, en base a lo dicho la cifra debería ser muy inferior .

Pero sabido es que “reformatio in peius” es una locución latina, que puede traducirse en español como "reformar a peor" o "reformar en perjuicio", utilizada en el ámbito del Derecho Procesal. La expresión se utiliza cuando, tras un recurso de apelación el tribunal encargado de dictar una nueva sentencia resuelve la causa empeorando los términos en que fue dictada la primera sentencia para el recurrente como consecuencia exclusiva de la interposición de su recurso.

Ahora bien, la Constitución de la Nación Argentina no menciona expresamente la prohibición de la *reformatio in peius*, pero se deriva del derecho de defensa consagrado el artículo 18. Pero este máximo tribunal, afirmó en varios fallos que se trata de una garantía constitucional, y su inobservancia implica la afectación al debido proceso y al derecho de defensa, por ello rechazo el agravio y confirmo en el monto fijado por el a quo.

Decidida la cuestión sobre el monto de condena por resarcimiento por pérdida de chance, que implicó que adoptara la decisión coincidiendo con la Dra. Zanatta, aun con argumentos diversos, considero que se ha conformado mayoría, puesto que conforme se ha venido sosteniendo desde la modificación legal introducida que otorga facultad de no emitir el voto en caso de concordancia entre los preopinantes, y a mayor precisión el STJ de la provincia ha dicho: "la circunstancia que un magistrado haya tratado con mayor relevancia en su voto no significa discordancia pues los jueces son libres de decidir los elementos que forma la convicción, siempre que se ajusten a los criterios de valoración de las pruebas, establecido en el orden procesal, y a todo evento llegan por distintos caminos a idéntica conclusión (voto Dr. Torrejón, sent. def. del 1-6-98), más aún: "la mayoría de los votos concordantes debe coincidir en la solución de cada uno de los puntos o capítulos que integran la litis, no necesariamente debe exigirse la existencia de fundamentos iguales, sino cada juez debe dar sus fundamentos aunque no sean los mismos o difieran de los dados por los otros miembros.

Es que si fuera necesaria la coincidencia de fundamentos la exigencia de votos individuales resultaría un requisito sin sentido, pues no sería otra cosa que exigir una reiteración de fundamentos por cada miembro del tribunal. Por lo que considero que para determinar si existe mayoría, en aquellos supuestos en que los votos se apoyan en argumentos distintos, lo que debe sopesarse es que estos no se excluyen jurídicamente entre sí de manera que no tengan afinidad acumulativa indispensable (STJ causa 000A 000026 fecha 20-10-99).

La necesidad de coincidencia en la solución de cada uno de los puntos o capítulos que integran la litis, no significan sin más que sea exigible la existencia de fundamentos iguales, cada juez puede dar sus fundamentos aunque no sean los mismos o difieran de los dados por los otros porque si fuera necesaria la coincidencia de fundamentos, la exigencia de votos individuales resultaría un requisito sin sentido pues no sería otra cosa que exigir una reiteración de argumentos para establecer si existe mayoría definitiva en aquellos supuestos en que los votos se apoyan en fundamentos distintos (STJCh, SI nro. 88/SRE/04, SD nro. 45/SRE795 SI nro. 124/SRE/06 entre otras).

2. Daño Moral: este rubro de resarcimiento, tanto para la Sra. J. como para los hijos E. y C., es materia de disidencia entre los Sres. camaristas que me precedieron; los abordaré en forma conjunta.

Son coincidentes los jueces que decidieron previamente, quienes han definido extensamente el daño extrapatrimonial en su existencia y alcance con distintas posiciones exclusivamente en punto a la valuación.

Lo único que voy a agregar es que luego de disputas doctrinarias de más de un siglo sobre la procedencia de resarcimiento de este daño, actualmente ya nadie duda que se está frente a una afectación de la persona en sus distintas facetas, es un daño a la persona, aun cuando carezcan de una faz patrimonial deben ser resarcidas mediante una compensación económica.

En un aspecto conceptual, he de reiterar lo que muchas veces dije en oportunidades anteriores, aquel referido a que el daño moral debe ser entendido en una doble función, como sanción ejemplar al proceder reprochable y como reparación a quienes padecieran las aflictivas consecuencias de dicho proceder.

Si bien no desconozco que una parte de la doctrina y jurisprudencia por demás respetable así lo entiende, me inclino por considerar que se trata exclusivamente de una reparación del daño sufrido por el damnificado. Sabido es que el resarcimiento de los daños puede llevarse a cabo: i) con una reparación "in natura", en la que se reestablece materialmente el estado de cosas que existía antes del acto ilícito; o ii) con una reparación pecuniaria, en la que se compensa el menoscabo sufrido por medio de su equivalente en dinero. El art. 1083 del CCiv. establece que "el resarcimiento de daños consistirá en la reposición de las cosas a su estado anterior, excepto si fuera imposible, en cuyo caso la indemnización se fijará en dinero. También podrá el damnificado optar por la indemnización en dinero". Así, siendo imposible la reposición de las cosas a su estado anterior, la reparación siempre se traducirá en una obligación de dar sumas de dinero, con el objetivo que el patrimonio de la víctima sea restablecido

cuantitativamente en sus valores menoscabados. De ese modo, ha de quedar eliminada la diferencia que existe entre la situación actual del patrimonio y aquella que habría existido de no suceder el acto ilícito. Esta diferencia constituye, en principio, el daño resarcible (Orgaz, Alfredo, "El daño resarcible", ed. Bibliográfica Argentina, Bs. As., 1952, p. 143).

La regla general en materia de reparación es que el responsable debe resarcir todo el daño causado por su acto ilícito, sin que tenga carácter de pena, sino de indemnización. Tal postura surge de los artículos 1068, 1069, 1077, 1078, 1079, 1082 y 1109 del CCiv. En este sentido, no veo que la reparación a las "modificaciones disvaliosas del espíritu" (Pizarro, D., "Reflexiones en torno al daño moral y su reparación", J.A., 17.09.86) presente características particulares respecto a los restantes perjuicios indemnizables que ameriten apartarse del principio general de nuestro Código Civil.

Acótese que la ley al referirse al daño en cuestión, siempre habla de reparación (*cf*. arts. 522, 1077, 1078, 1079, 1081, 1109, 1110 CCiv) y nunca de pena o sanción (v. en tal sentido, "Orgaz, Alfredo, "El daño moral: ¿Pena o reparación?, ED 79-857).

En síntesis, en mi parecer la indemnización del daño moral tiene carácter exclusivamente resarcitorio. Este criterio, por lo demás, ha sido seguido en reiteradas oportunidades por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos: 184: 52; 311:1018; 316:2894; 318:1598; 321:1117; 325:1156; 326:847; 327:5991; 328:4175; 329:2688; 329:3403; 329:4944; 330:563; etc.).

En el estado actual del derecho argentino, la determinación de la cuantía de la indemnización por daño moral constituye un problema de solución aleatoria y subjetiva. Ello es así, evidentemente por la falta de correspondencia entre un perjuicio espiritual y el patrón dinerario con que se resarce. Pero además debido a que falta todo un criterio normativo regulador, que establezca algunas pautas comunes, con lo cual el tema queda abandonado a la intuición y discrecionalidad judicial (Bueres, A., "Código Civil...", Tomo 3-A, pág. 182, ed. Hammurabi-99).

Es veraz que no hay dos daños morales idénticos, por lo cual su agrupamiento resulta difícil, pero existe doctrina que sustenta la posición que algunos daños morales son parecidos y solo así se concibe que los tribunales tengan en cuenta fallos anteriores con el objetivo de armonizar decisiones entre casos análogos (Matilde Zavala de González, "¿Cuánto por daño moral?" LL 1998-E-1058).

No puede aspirarse a una objetivación total de los elementos de juicio para fijar el daño moral, sí que partiendo de ciertos parámetros comunes el juez deberá luego llegar a la cifra que estima justa de acuerdo a las especiales circunstancias de cada caso concreto. Siendo para ello imprescindible conocer permanentemente los montos que se están manejando por la jurisprudencia, como base del cálculo sobre la cual luego harán los ajustes particulares atendiendo a criterios subjetivos (Venturini, Beatriz, "El daño moral en nuestra jurisprudencia y en el derecho comparado", LL 1993-D 151 cit.).

El daño moral debía identificarse con el dolor, con el sufrimiento, la tristeza, la angustia o la desolación, se afecta la vida de relación, las lesiones excedían ampliamente la faz no patrimonial, que evidentemente tenía como eje a la persona humana en su integralidad, además de superar el obstáculo de la procedencia del resarcimiento en doctrina y jurisprudencia, lo que ocurrió desde hace bastante tiempo atrás, pero en la actualidad y con una nueva legislación civil, se pretendió dar un encuadre al difícil tema de cuantificar. Actualmente, con la doctrina de los placeres compensatorios, a mi modo de ver se abren nuevas dificultades por cuanto es de difícil labor determinar cuál sería para una persona determinada una satisfacción compensatoria porque está íntimamente ligada a la subjetividad de cada individuo.

Se está en un área de incertidumbre conocer cuál sería el bien o servicio susceptible de satisfacer ese interés no patrimonial que resarza el menoscabo sufrido. En síntesis, los jueces seguimos teniendo sobre muestra decisión la misma incertidumbre que cuando se aplicaba la teoría de los montos que utilizaba la jurisprudencia en situaciones análogas; dicho esto, fundamentaré el motivo de mi determinación.

En aras de esta labor, tengo en consideración que la J. C., tenía 27 años, padeció de internaciones en varios nosocomios en esta ciudad y en Trelew e intervenciones quirúrgicas y a la fecha no han concluido porque según las pericias médicas a las que hicieron referencia los votos que me precedieron, que concluye que no adquirió plena salud, que va a necesitar atención médica, otras operaciones, cambio de prótesis, lo que

implica que al sufrimiento padecido inmediatamente después del accidente de tránsito, tiene que seguir sometiéndose a mayores padecimientos.

Para calcular, habitualmente utilizo un placer compensatorio como las vacaciones, posiblemente para la actora pueda ser una buena vía para aplacar su sufrimiento, aun en este momento que existe una restricción para movilizarse a raíz de la pandemia mundial, aunque considero que no va a ser eterna y en algún momento tenga la posibilidad de pasear por el país. Pero para la determinación no puedo olvidar la duración de este pleito, que el accidente fue 17/7/2007, entonces pienso en varios viajes vacacionales.

Consultado páginas de viajes en internet, tomo por como ejemplo unas vacaciones en cataratas del Iguazú (provincia de Misiones), uno de los puntos de interés de nuestro país, llegar a Buenos Aires un pasaje hoy (sitio de aerolíneas) $7.300, de esa ciudad a Iguazú $2537, en sitio de Kayak, hoteles de oferta en Buenos Aires, $2.500, a ello hay que agregar los días de estadía en cataratas hoteles de $7.200 a $11.000 son valores de los sitios de turismo habitación doble, próximos al parque nacional sin vista a las cataratas del Iguazú, hay que agregar excursiones, comidas en ambas ciudades, si a ello le agrego que viaja con su pareja y sus hijos, en busca de disfrutar, lo cual puedo llevar a multiplicar por cuatro los viajes, y por dos las estadías en hoteles con habitación doble. No menos de 5 viajes de vacaciones, (del año 2007 al 2020 fueron 13 años hasta la sentencia). Como dije, esta postura actual es especulativa por lo tanto se encuentra en el marco de discrecionalidad de los jueces, entonces para brindar

mayor punto de referencia para la determinación del monto, calculo lo que cuesta renovar todo el mobiliario de una casa.

Por ejemplo una mesa de comedor moderna en el sitio de Falabella (un negocio como tantos otros que publican en internet), está en un valor de $135.000 – moderna, vidrio con base de metal-, en muebles viejos y usados el valor está alrededor de $150.000 a $80.000, siguiendo en internet en mercado libre un modular para televisión, $56.690, sillas individuales, también en mercado libre entre $6.000 y 12.000, si compra 6, $72.000. Vajillero, $11.000. Pasando al dormitorio y teniendo en consideración que la Sra. J. C. tiene problemas en su cuerpo, por lo cual debo pensar en una cama cómoda, www.bedtime.com.ar o el sitio de Mercado Libre de la marca L. C., $223.000 a $136.000 en oferta, mesas de luz para sommiers $12.000 a $8.000 en Mercado Libre, por dos, son $24.000 a $16.000.

A toda esta renovación hogareña hay que agregar ropa de cama, aparatos de iluminación, vajilla, televisor nuevo, etc., por lo que encuentro que la suma propuesta por quien me precedió es adecuada.

Estos argumentos, y revisados los antecedentes de este cuerpo que integro en situaciones análogas (S.D N° 11/20) me llevan a concluir que la suma de $750.000 propiciada por el Dr. Hayes resulta apropiada como resarcimiento para la Sra. J. C. que al ser calculados al día de la sentencia los intereses desde el evento dañoso a esta fecha son a la tasa pura del 6% hasta la presente sentencia y a partir de ello, a la tasa activa del Banco de la Nación Argentina para operaciones de descuento.

Con relación a los niños, que actualmente son adolescentes, pueden optar por algún viaje fuera del país a cualquiera de los parques de diversiones que existen (ej. Orlando en EE.UU.). Hay que valorar que deben convertir el dinero argentino en moneda estadounidense, que los pasajes aéreos son también en dólares, la comida, el traslado desde esta ciudad. Para C. puedo pensar en un viaje en grupo de quinceañeras, que suelen organizarse esta ciudad, que también son valorados en dólares estadounidenses. Por ello y sin dejar de mencionar que estoy en el terreno especulativo porque el dolor espiritual sigue siendo difícil de dimensionar, aun en esta nueva legislación y, sobre todo, que no fue factible contar con la posibilidad de indagar sobre la personalidad de estos niños/as involucrados en el accidente. Que si bien tuvieron lesiones físicas, ya superadas, los cierto es que atravesaron por grandes sufrimientos emocionales, no solamente por tener que pasar por los exámenes médicos y recuperaciones en sus cuerpos, sino también que su madre estuvo ausente a raíz de sus propias dolencias y que indudablemente en una edad tan temprana requieren más atención y cuidados, por ello adhiero *in totum* a la propuesta del Dr. Hayes, incluyendo los intereses a tasa pura del 6% desde el evento dañoso hasta la sentencia y a partir de la misma a la tasa activa para operaciones de descuento del Banco de la Nación Argentina.

En cuanto a la incapacidad de E. H. no existe coincidencia entre los magistrados. El inferior tuvo en cuenta la pericia médica de fs. 767; el dictamen dio cuenta de que fueron heridas cortantes superadas con analgésicos, y por ello otorgó la suma de $20.000, no

encuentro en el memorial de agravios argumentos para apartarme del monto fijado por el juez *a quo*, por ello propicio la confirmación, coincidiendo con la primera votante, al haber sido calculados al momento del hecho corresponde se aplique la tasa activa para operaciones de descuento del Banco de la Nación Argentina.

A la segunda cuestión, la Dra. García Blanco dijo:

Resumiendo, conformo mayoría con la Dra. Zanatta en la confirmación del monto por la pérdida de chance por el hijo por nacer por los argumentos que desplegué, y en el monto de resarcimiento por incapacidad sobreviniente del niño E. H. y los intereses, por haberse calculado al día del evento en capital de condena.

Con el Dr. Hayes coincido en los montos por resarcimiento por daño moral para la Sra. J. C. y para los niños/as E. y C. con los intereses que propició.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar, con las disidencias parciales señaladas, la siguiente **SENTENCIA**:

1) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la parte actora.

2) Revocar parcialmente la sentencia de grado de fs. 829/842, disponiendo los siguientes montos de capital para las partidas indemnizatorias: para la actora J. M. C., incapacidad sobreviniente, cinco millones noventa y tres mil doscientos pesos ($5.093.200); gastos médicos, kinesiológicos, de farmacia y movilidad, pasados y futuros, dos millones cuatrocientos mil pesos ($2.400.000); chance futura por el fallecimiento de hijo por nacer, cincuenta mil pesos ($50.000); gastos de sepelio, quince mil pesos ($15.000); daño moral,

setecientos cincuenta mil pesos ($750.000); para el hijo E. H., incapacidad sobreviniente, veinte mil pesos ($20.000), pieza dentaria, cincuenta y tres mil pesos ($53.000); daño moral, ciento cincuenta mil pesos ($150.000); para la hija C. A., daño moral, ciento cincuenta mil pesos ($150.000). Cada una de las sumas generará los intereses fijados en los considerandos respectivos.

3) Imponer las costas de ambas instancias a los demandados vencidos.

4) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en primera instancia al Dr. N. D. en el diecisiete por ciento (17%), a la Dra. L. F. M. en el doce por ciento (12%), al perito accidentólogo J. D. A. en el dos por ciento (2%), al perito psicólogo J. M. F. M. en el tres por ciento (3%), a la perita médica M. F. G. en el tres por ciento (3%) y al perito odontólogo J. N. N. en el dos por ciento (2%), porcentajes a calcular sobre el monto total de condena del presente juicio, con más el IVA si correspondiera.

5) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en la alzada al Dr. N. D. en el veintiocho por ciento (28%) de lo regulado a su parte por la labor en la instancia de grado, con más el IVA si correspondiera.

6) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

MARÍA FERNANDA ZANATTA
Jueza de Cámara

RICARDO RUBÉN ENRIQUE HAYES
Presidente

GRACIELA MERCEDES GARCÍA BLANCO
Jueza de Cámara

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2020 DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "CyC"

MARCELO ANDRÉS NICOTERA
Secretario de Cámara