

PROVINCIA: RIO NEGRO

LOCALIDAD: VIEDMA

FUERO: CIVIL

INSTANCIA: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

EXPTE. N° 27855/15-STJ-

SENTENCIA N° 87

//MA, 10 de diciembre de 2015.

Reunidos en Acuerdo los señores Jueces del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, doctores Liliana Laura Piccinini, Sergio M. Barotto, Ricardo A. Aparcian, Adriana Cecilia Zaratiegui y Eduardo A. Roumec, con la presencia del señor Secretario doctor Wenceslao Arizcuren, para pronunciar sentencia en los autos caratulados: “OYARZUN RAINQUEO, Nelly c/PROVINCIA DE RÍO NEGRO - POLICIA s/ DAÑOS Y PERJUICIOS (Ordinario) s/CASACION” (Expte. N° 27855/15-STJ-), elevados por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la Tercera Circunscripción Judicial, a fin de resolver el recurso de casación deducido por la actora a fs. 547/549, deliberaron sobre la temática del fallo a dictar, de lo que da fe el Actuario. Se transcriben a continuación los votos emitidos, conforme al orden de sorteo previamente practicado, respecto de las siguientes:

CUESTIONES

1ra.- ¿Es fundado el recurso?

2da.- ¿Qué pronunciamiento corresponde?

VOTACION

A la primera cuestión la señora Jueza doctora Liliana Laura Piccinini dijo:

1.- Antecedentes de la causa: Llegan las presentes actuaciones a conocimiento de este Superior Tribunal de Justicia en virtud del recurso de casación deducido por la actora a fs. 547/549, contra la Sentencia N° 82 de fecha 19 de diciembre de 2014, dictada a fs. 535/540 de autos que resolvió modificar parcialmente la sentencia de Primera Instancia condenado a la Provincia de Río Negro a pagar a la señora Oyarzun Rainqueo, además del daño moral ya reconocido (fs. 434 punto II) la suma de pesos treinta y cinco mil (\$35.000) en concepto de valor vida de su hijo incluida la pérdida de la chance, más un interés del 18% anual desde la fecha del hecho ilícito (24.12.92) hasta el efectivo pago.

2.-Agravios recursivos: La recurrente alega que la sentencia de Cámara es arbitraria porque dispone la indemnización en concepto de valor vida de su hijo incluida la

pérdida de chance en la moderadísima suma de \$35.000, más un interés inédito del 18%. Afirma que el mismo era su sostén económico, que se desempeñaba como albañil, y que si bien dicha actividad no se constituyó, en vida de la víctima, en una fuente de ingresos sostenida a lo largo del tiempo, no hay manera material de que en condiciones normales y habituales sea///.- ///.-tan exiguo el aporte y sostén económico que representaba para su madre. Afirma que el valor otorgado por la Cámara debe ser elevado a, por lo menos, la suma de \$100.000.

Asimismo considera que la baja suma otorgada no es compatible con el concepto de lo necesario para su subsistencia (de la madre). Agrega que de modo injustificado e inaudito, el Juez votante se ha apartado de los criterios consolidados de la Cámara, pues determinó la misma en un guarismo anacrónico, que los Tribunales ya no receptan; y que debió indexar esa tasa a partir del año 2008 llevándola al 24% y a partir del 2014 al 36% anual.

Por último plantea que la sentencia viola el art. 1069 del Código Civil que pregona la integralidad de la reparación, con una clara manda que fue omitida por la sentencia de Cámara en crisis, esto es que debe indemnizarse la ganancia de la que fue privado el damnificado.

3.-Contestación de traslado: Que a fs. 554/557, obra contestación de traslado del recurso por parte de la demandada, quien se circunscribe a solicitar la inadmisibilidad formal del recurso en examen, por entender que los planteos de la actora se refieren a cuestiones de hecho y prueba ajenas al remedio intentado, tales como determinar el quantum indemnizatorio.

4.-Análisis y solución del caso: Ingresando ahora en el análisis de las cuestiones traídas a conocimiento de este Superior Tribunal de Justicia, se advierte que las objeciones que plantea la recurrente a la sentencia de Cámara se dirigen a cuestionar la indemnización otorgada en concepto valor vida de su hijo.

Ante todo es preciso efectuar algunas consideraciones respecto al rubro puesto a análisis en esta instancia, ya que de los fundamentos del recurso en examen no pareciera surgir con claridad a que daño específico se está dirigiendo la actora. Evidentemente, en esta etapa no se encuentran en controversia ni el daño moral ni el daño emergente, ni el lucro cesante. El primero porque ya ha sido concedido anteriormente, y los dos restantes por cuanto la actora no ha logrado demostrar la existencia de los mismos al momento de la sentencia.

Resulta clarificador de la indemnización que corresponde por los daños sufridos, el

nuevo Código Civil y Comercial por cuanto, se mencionan partidas o rubros resarcibles que no contenía el Código Civil, tal como, la pérdida de chances, la cual ya era admitida por la doctrina y la jurisprudencia. Así en su art. 1738, establece: “La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de///.- ///2.-chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad corporal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida”. A su vez en la última parte del art. 1739 señala que “La pérdida de chance es indemnizable en la medida que su contingencia sea razonable y guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador”; y a su vez el art. 145, Indemnización por fallecimiento, dispone que: En caso de muerte la indemnización debe consistir: c) la pérdida de chance futura como consecuencia de la muerte de los hijos...”.

Al respecto Lorenzetti ha expresado que: “El daño al patrimonio afecta o conculca intereses patrimoniales individuales o colectivos que integran la esfera de actuación lícita del damnificado. El daño patrimonial se bifurca en el daño emergente y el lucro cesante. Según la clásica diferenciación, el daño emergente consiste en el perjuicio efectivamente sufrido, en el empobrecimiento, disminución o minoración patrimonial que produjo el hecho nocivo. El lucro cesante se configura con la, pérdida del enriquecimiento patrimonial razonablemente esperado, o sea la frustración de las ventajas, utilidades, ganancias o beneficios de los que se privó al damnificado. Rige aquí el parámetro de la razonabilidad, conforme el curso natural y ordinario de las cosas (art. 1727) en orden a la previsibilidad de las consecuencias (arts. 1725 y 1726). Por ejemplo, las ganancias que no percibirá el dueño de un taxi o remís durante el tiempo en el que el automóvil estará fuera de circulación para ser reparado. Ambos tipos de daños (emergente y lucro cesante) pueden concurrir de modo conjunto o por separado. En los dos casos el daño debe ser cierto al momento de la sentencia. (...) 2. En la pérdida de chances lo que se frustra es la probabilidad o expectativa de ganancias futuras, en las que lo que se indemniza no es todo el beneficio esperado (caso del lucro cesante) sino de la oportunidad perdida; el ejemplo típico del caballo de carrera que no llega a tiempo para la competencia hípica privando a su dueño de la expectativa de ganar el premio; el empleado que por las secuelas permanentes no podrá ascender en el escalafón laboral; el jugador de fútbol que no pudo continuar con su carrera deportiva ascendente; el daño

material de los padres por la muerte de su hijo menor. La pérdida de chances puede tener repercusiones patrimoniales o no patrimoniales, como el padecimiento y aflicción por la pérdida de la capacidad de engendrar.”. (Ricardo Luís Lorenzetti, Código Civil y Comercial de la Nación, Comentado, T* VIII, págs. 848/845). ///.-

///.- Siguiendo con este análisis, pero ya circunscribiéndonos al examen del perjuicio sufrido por la madre por la pérdida de chance o ayuda futura, corresponde aclarar que el mismo es un daño autónomo, constituido por el menoscabo futuro cierto que corresponde a la esperanza, con contenido económico que constituye para una familia, la vida de un hijo que muere como consecuencia de un hecho ilícito; y que existen dos etapas claramente diferenciadas, una corresponde al estudio de su existencia, y la otra que corresponde a la cuantificación de los perjuicios resarcibles.

La primera de ellas, que consiste en la verificación de que la madre de la víctima contaba con chance cierta de obtener el beneficio reclamado, es decir en la certeza de la pérdida de las expectativas o de las probabilidades objetivas de obtener un beneficio; y este parámetro ya ha sido determinado por la sentencia sub examine, luego que este Cuerpo declarara la nulidad por falta de fundamentación suficiente de la anterior sentencia de Cámara que entendió que no se había probado la existencia de esa posibilidad. Entonces, determinada la existencia de la chance, y no habiendo sido recurrida dicha cuestión por parte de la demandada, no puede volver a discutirse la procedencia de la acción instaurada; quedando en análisis únicamente la segunda consecuencia trascendental de la concepción de la pérdida de chance que propugnamos, esto es el monto o la cuantía de los perjuicios que resultan de dicho daño.

Es decir que los planteos efectuados por la recurrente se circunscriben, en esencia, a una discrepancia con el monto indemnizatorio fijado por el a quo en el rubro lucro cesante; y aquí corresponde advertir que cualquier intento de que este Superior Tribunal revise el quantum indemnizatorio establecido en la sentencia de grado, sin que se haya invocado y probado la existencia de absurdo o arbitrariedad resulta inviable ya que sólo supuestos de gravedad extrema como los mencionados podrían habilitar la revisión extraordinaria que implica esta instancia. Lo contrario significaría merituar prueba y considerar cuestiones de hecho, transformando esta vía en una tercera instancia ordinaria, cuando el objeto en la casación, es el control de legalidad de los fallos y la unificación jurisprudencial, no el acierto estimativo de los fallos traídos a revisión. (Conf. STJRS1 - Se. Nº 13/14, in re: “N., E. A. J. H. s/ Queja).

Y si bien la recurrente funda sus agravios en la supuesta arbitrariedad de la sentencia,

cierto es que, por una parte no expresa de modo certero en que consistiría la misma, y por///.- ///3.-otro confunde los parámetros que se deben seguir a los efectos de la cuantificación del daño en cuestión. En efecto, el recurrente hace especial hincapié en que la baja suma otorgada no es compatible con el concepto de lo necesario para su subsistencia (de la madre), sin considerar que el daño reclamado sólo trata de indemnizar una chance u oportunidad y dentro de ello, lo que se espera de los hijos es sólo apoyo, ayuda, y no solventar todos los gastos de manutención de los padres. Es decir que lo que está en juego es la ganancia futura perdida, por lo que para poder determinar la cuantificación del perjuicio habrá de determinarse cuál era el monto de esa ganancia, y sobre ese resultado, calcular la probabilidad de que ese resultado se produjera.

Al respecto se ha dicho que: “lo que se indemniza a los familiares del difunto no es la propia vida perdida, sino las consecuencias patrimoniales que el deceso ha ocasionado a esos terceros...la indemnización que se conceda debe guardar estrecha relación con el daño efectivamente sufrido...analizado en concreto pues...el perjuicio es la medida de la indemnización”. Nociones que comparten Mosset Iturraspe-Kemelmajer de Carlucci-Gherzi-Stiglitz-Parellada-Echevesti, en “Responsabilidad Civil” (Ed. Hammurabi, Bs. As., 1992, p. 265, b). Con similar encuadre, Matilde Zavala de González (“Resarcimiento de Daños”, Daños a las personas, Hammurabi, Bs. As., 1993, p. 27) señala que los sujetos diferentes del extinto, sobre quienes pueda repercutir el fallecimiento de éste, no pueden reclamar “todo” lo que la vida mutilada representaba, pues los valores anexos a ella no eran para goce exclusivo de los demás, sino también para el propio titular antes de morir.

En lo que respecta al planteo de absurda valoración de la prueba, hay que destacar que la recurrente además de no indicar cuales serían las producidas en autos que fueron erróneamente valoradas, tampoco indica en que consistiría la supuesta absurdidad y como sería el razonamiento -a su entender- lógico a seguir. Por el contrario en autos se advierte que el criterio del juzgador estableció puntualmente las pautas sobre las cuales se efectuó el cálculo del monto del rubro en cuestión, sin que se advierta que se haya apartado de las que se consideran comunes a esta clase de procesos, dentro del margen que el prudente arbitrio judicial les otorga. Es decir se han considerado las posibilidades de acrecentar sus ganancias durante el tiempo probable de vida, las circunstancias personales, sexo, edad, grado de cultura, posición socio-económica, estado familiar, como asimismo la edad del fallecido, etc.. A ello, cabe agregar que la proyección futura

de la ayuda de los hijos a los padres debe ser///.- ///.-apreciada con prudencia, y que si bien el exiguo o importante nivel de posibilidades con que contaba la parte interesada no puede ser valorado en esta etapa para determinar la certeza en el otorgamiento del rubro, ello no quita que sea tenido en cuenta a los efectos de determinar el quantum del perjuicio.

Tampoco puede prosperar el agravio referido a la alegada violación del art. 1069 del Código Civil, donde afirma que la sentencia afecta el principio de la integralidad de la reparación. Ello así pues aquí la recurrente únicamente se limita a afirmar que la Cámara no ha ordenado un quantum indemnizatorio acorde a las circunstancias de la causa. Pero omite explicar de modo contundente cuáles eran las circunstancias que se debieron valorar para llegar a un resultado distinto al que se arribó en estos autos; máxime aún cuando el sentenciante ha explicado de modo preciso en que parámetros se basó a los efectos de determinar el quantum indemnizatorio que hoy, de acuerdo al monto de condena (\$35.000) a la fecha del hecho ilícito (24.12.92) aplicando los intereses determinados (18% anual), da un monto aproximado de \$180.000.

Al respecto la Corte Suprema de la Nación ha dicho que: “Que con relación al daño emergente resultante de la falta de sostén material que se deriva de la muerte del hijo, no rige la presunción iuris tantum contenida en los artículos 1084 y 1085 del Código Civil. Por consiguiente, y si bien, por la aplicación del principio general del citado artículo 1079, todo perjudicado por la muerte de una persona tiene derecho a obtener la reparación del daño sufrido, la reclamante debe acreditar su procedencia (arg. Fallos: 318:2002 y causa CSJ 201/1987 (23-B)/CS1 “Bustamante, Elda y otra c. Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios”, antes citadas). Con la declaración testifical de fs. 387 se ha intentado demostrar que Meza sostenía económicamente a su madre con su trabajo en la empresa Tecnia S.R.L., pero esta prueba aislada no es suficiente para acreditarlo (v. también las declaraciones de fs. 47, 48 y 52 del beneficio de litigar sin gastos). En su escrito de demanda la actora reconoció que en 1994 trabajó como auxiliar de enfermería en un instituto psiquiátrico “Complejos Asistenciales S.A.” en Resistencia, y que dejó ese trabajo a fines de ese año debido a que le adeudaban cuatro meses. También manifestó que en 1995 se desempeñó como enfermera particular y que percibía la suma de \$400 por mes (fs. 12/13 y fs. 4 vta. del beneficio de litigar sin gastos). Por su parte a fs. 564/567 se acreditó que la actora está inscripta en la ANSeS como dependiente de “Complejos Asistenciales S.A.” desde enero de 1993 hasta julio de///.- ///4.-1995 (v. también fs. 587/596). De manera coincidente la AFIP contestó a fs.

575/579 que realizó aportes como empleada hasta julio de 1995. Debe tenerse en cuenta también que Héctor Meza sostenía a su concubina y a su hijo, nacido el 20 de septiembre de 1995, y que su empleador -Domingo Enrique Pastori- declaró que trabajó para él desde el primero de enero de 1994 hasta su deceso y que en 1995 percibía una remuneración mensual de \$340; extremos que impiden considerar que hiciese frente a otros gastos diarios que los que demandaba la atención de aquellos. Tales antecedentes permiten afirmar que la muerte de Héctor César Meza no ha ocasionado a su madre un perjuicio patrimonial, a la época del deceso, que torne procedente el resarcimiento pretendido (Fallos: 332:2842). Que, en cambio, con relación a la pérdida de la “chance” entendida como la posibilidad de ayuda futura, que también se reclama (fs. 13 vta.), este Tribunal se ha pronunciado por su admisibilidad aún 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 Código Civil, y verosímil según el curso ordinario de las cosas (conf. doctrina de Fallos: 321:487; 322:1393). De acuerdo con las constancias obrantes en la causa y en el incidente de beneficio de litigar sin gastos, que corre por cuerda, resulta razonable admitir que la muerte de Meza importó la frustración de una posible ayuda material, pues una comprensión objetiva y realista de la situación económico social de la familia permite inferir con probabilidad suficiente su cooperación futura, habida cuenta de la modesta situación patrimonial de la actora. La pérdida de la “chance” aparece aquí con la certeza necesaria para justificar su resarcimiento, por lo que en uso de las facultades conferidas por el art. 165 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación y en razón, además de los elementos de juicio antes referidos, y el alcance del requerimiento formulado al respecto en el escrito inicial (fs. 14), se la fija en \$100.000 (Fallos: 303:820; 308:1160; 322:621; y 323:3564); señalándose que no se considera como parámetro los ingresos de Meza a la época del accidente sino los correspondientes al salario mínimo, vital y móvil vigente.” (CSJN, Se. del 14/07/2015, in re: “M., D. c. Provincia de Corrientes y otros s/ daños y perjuicios”, Cita online: AR/JUR/24411/2015).

Por último, corresponde resolver el planteo efectuado por la recurrente respecto a la tasa de interés aplicada por la Cámara para el resarcimiento del rubro en cuestión. Aquí se agravia de que el sentenciante se ha apartado de los criterios consolidados en dicha circunscripción al determinar la misma en el 18% anual; y que debió indexar esa tasa a///.- ///.-partir del año 2008 llevándola al 24% y a partir del 2014 al 36% anual. Evidentemente dicho agravio tampoco puede prosperar, pues la actora pretende que este

Cuerpo aplique una tasa de interés que no se condice con la doctrina legal de este Superior Tribunal de Justicia sobre la materia, y no se expresan motivos adecuados para que este Cuerpo se aparte del criterio reiteradamente sostenido sobre esta cuestión. Con lo cual, de haberse sujetado el pronunciamiento de Cámara a la doctrina legal se debió establecer los intereses en base a la tasa “Mix” desde el hecho (24.12.92) hasta el 23/5/10, y de ahí en adelante de acuerdo con la tasa activa cartera general -préstamos- nominal anual vencida a 30 días BNA (Doctrina “Loza Longo” Se. N° 43/10 STJ.); que lejos está de la que propone el recurrente. Sin embargo, este criterio ya no puede ser fijado en esta instancia, pues la aplicación de la doctrina legal en materia de intereses en todo el período que ha apreciado la Cámara, redundaría en un menoscabo a la recurrente ya que el porcentaje sería inferior al reconocido con una tasa constante del 18% anual; provocando un supuesto de reformatio in pejus, con la consecuente afectación del derecho al debido proceso y la garantía de la defensa en juicio.

5.-Decisión: En definitiva, no se advierte que la Cámara haya incurrido en algún desacierto jurídico como intenta demostrar el recurrente en la forma de determinar el daño por pérdida de chance, ni que se haya incurrido en la arbitrariedad alegada. MI VOTO por la NEGATIVA.

A la misma cuestión los señores Jueces doctores Sergio M. Barotto y Ricardo A. Aparcian dijeron:

ADHERIMOS a los fundamentos expuestos en el voto de la doctora Piccinini, VOTANDO en IGUAL SENTIDO.

A la misma cuestión la señora Jueza doctora Adriana Cecilia Zaratiegui y el señor Juez Subrogante doctor Eduardo A. Roumec dijeron:

Atento a la coincidencia de los votos precedentes, NOS ABSTENEMOS de emitir opinión.

A la segunda cuestión la señora Jueza doctora Liliana Laura Piccinini dijo:

Por las razones expuestas al tratar la primera cuestión propongo al Acuerdo: I) Rechazar el recurso de casación interpuesto por la parte actora a fs. 547/549 de autos. II) Imponer las costas por su orden en razón de tratarse de una temática opinable (art. 68, 2do. párr. del CPCyC.). III) Regular los honorarios profesionales por sus actuaciones en esta///.-///5.-instancia extraordinaria, al doctor Rodolfo L. Rodrigo, en el 25%; y a los doctores Roberto Stella y Laura I. Lorenzo -en conjunto-, en el 30%; todos a calcular sobre los honorarios que le sean regulados a cada representación, por sus actuaciones en Primera Instancia (art. 15 L.A). ES MI VOTO.

A la misma cuestión los señores Jueces doctores Sergio M. Barotto y Ricardo A. Apcarian dijeron:

ADHERIMOS en un todo a la solución propuesta en el voto que antecede.

A la misma cuestión la señora Jueza doctora Adriana Cecilia Zaratiegui y el señor Juez Subrogante doctor Eduardo A. Roumec dijeron:

NOS ABSTENEMOS de emitir opinión (art. 39 L.O.).

Por ello,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

R E S U E L V E:

Primero: Rechazar el recurso de casación interpuesto por la parte actora a fs. 547/549 de las presentes actuaciones

Segundo: Imponer las costas de esta instancia extraordinaria a la recurrente perdedora (art. 68 del CPCyC.).

Tercero: Regular los honorarios profesionales por sus actuaciones en esta instancia extraordinaria, al doctor Rodolfo L. Rodrigo, en el 25%; y a los doctores Roberto Stella y Laura I. Lorenzo -en conjunto-, en el 30%; todos a calcular sobre los honorarios que le sean regulados a cada representación, por sus actuaciones en Primera Instancia (art. 15 L.A).

Cuarto: Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvase. FDO. LILIANA LAURA PICCININI JUEZA - SERGIO M. BAROTTO JUEZ - RICARDO A. APCARIAN JUEZ - ADRIANA CECILIA ZARATIEGUI JUEZA - EN ABSTENCION (ART. 39 L.O.) - EDUARDO A. ROUMEC JUEZ SUBROGANTE - EN ABSTENCION (ART. 39 L.O.) - ANTE MI: WENCESLAO ARIZCUREN SECRETARIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA.

TOMO: I

SENTENCIA N° 87

FOLIO N° 310/314

SECRETARIA: I