

Expte: 51.995

Fojas: 430

En la Ciudad de Mendoza a los doce días del mes de diciembre de dos mil dieciséis, reunidos en la Sala de Acuerdos de esta Excma. Cuarta Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario, los señores Jueces titulares, trajeron a deliberación para resolver en definitiva los autos N° 51.995/250.743 caratulados “MONTIVERO, MIGUEL ÁNGEL C/PROVINCIA DE MENDOZA P/DAÑOS Y PERJUICIOS”, originarios del Vigésimo Juzgado Civil, Comercial y Minas de la Primera Circunscripción Judicial, venido al Tribunal en virtud del recurso de apelación planteado a fojas 387 contra de la sentencia de fojas 378/384 y su aclaratoria de fojas 386.-

Practicado a fojas 429 el sorteo establecido por el Art. 140 del Código Procesal Civil, se determinó el siguiente orden de votación: Leiva, Ábalos, Ferrer.-

De conformidad con lo ordenado en el art. 160 de la Constitución Provincial, se plantearon las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA CUESTIÓN:

¿ES JUSTA LA SENTENCIA APELADA?

SEGUNDA CUESTIÓN:

COSTAS.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL SR. JUEZ DE CÁMARA, DR. CLAUDIO F. LEIVA DIJO:

I.- Que a fojas 287 el Dr. Oscar Lui, por la parte actora, y por su derecho, y los Dres. Adrián Lui y Carlos H. Javier Cruzat, por sus derechos, promueven recurso de apelación contra la sentencia de fojas 378/384 que hace lugar parcialmente a la demanda de daños y perjuicios deducida por los Sres. Miguel Ángel Montivero y Elba Rosa Montivero, condenando a la Provincia de Mendoza a abonar la suma de \$ 194.000 a cada uno de los actores, con más los intereses allí precisados; asimismo, la sentencia rechaza el rubro daño material por la ayuda futura que podrían haber recibido de su hijo fallecido.

A fojas 396 este Tribunal ordena expresar agravios al apelante por el plazo de ley (Art. 136 del C.P.C.).

En oportunidad de expresar agravios a fojas 405/411 el Dr. Oscar Lui, por la parte actora, se queja del rechazo del rubro ayuda material por la muerte del hijo; sostiene que por la muerte de su hijo mayor de edad, oficial de Policía, fallecido en la

Penitenciaría de Mendoza, reclamaron los actores la suma de \$ 45.000 por el daño material que dicho suceso les acarreó; que para fundar el rechazo la sentencia considera que adhiere a una postura restrictiva sobre la merituación y procedencia de este daño y que el mismo debe probarse estrictamente y que no se produjo prueba convincente al respecto.

Alega que la decisión estuvo dominada por un preconceito y un prejuicio derivado de que el fallecimiento del hijo de los actores se haya producido estando internado en una penitenciaría como procesado, no como condenada; que este razonamiento meramente conjetural y como simple y primera aproximación a la crítica de su fundamento, no sin decir que dicho fallo no constituye una resolución razonablemente fundada, como lo exige la ley.

Entiende que la procedencia del daño material como pérdida de la chance que sufren los padres por la muerte repentina de su hijo, resulta incuestionable en su entidad; que es tan concreto el daño que es presumido legalmente, atento a que con el fallecimiento se pierde la ayuda futura del hijo, representada para los padres en las expectativas de sostén, apoyo y colaboración ante los problemas y situaciones que la vida expone y puede representar para los progenitores; que en la vejez los padres son asistidos por sus hijos, mencionando simplemente un caso extremo y parcial, con ayudas concretas, traslados, cuidados, etc., sobre toda la gama de ayuda que un hijo efectúa a sus padres y que posee un innegable componente pecuniario; remarca que autorizada doctrina es conteste en desautorizar el criterio de la sentencia de primera instancia, en tanto los padres podrán reclamar la indemnización por este daño, aún tratándose de la muerte de hijos menores o de corta edad, pues está en la experiencia de la vida y no es otra cosa que el derecho que el padre y la madre tienen de contar con que llegados a la vejez tendrán el apoyo y asistencia material de sus hijos.

Agrega que la chance de ayudar futura que reciben los padres por la muerte de un hijo resulta un daño indemnizable; que lo resarcible es la mayor o menor posibilidad de ayudar futura en la vejez y así se consagra en el art. 1.745 inc. c) del Código Civil y Comercial de la Nación; que en el caso erradamente se niega la reparación, cuyo pedimento fue más que prudente y de ninguna manera fue debidamente ponderado; que la víctima contaba con solo 32 años de edad a la fecha de su fallecimiento, era soltero y tenían una relación de ayuda mutua; que los testigos que depusieron a fojas 141/145 son contestes en señalar lo unido que eran los actores con su hijo y que desde el fallecimiento del mismo su situación económica empeoró; sostiene que los padres son de origen humilde, lo que se

corroborar no sólo por su domicilio real, que el padre es fletero y la madre, empleada doméstica; peticona que se haga lugar al rubro analizado y se modifique la sentencia de primera instancia, admitiéndose el daño en la suma reclamada al alegar, con más los intereses a la tasa activa desde la fecha del hecho.

Asimismo, se queja de la insuficiencia de la indemnización por daño moral. En este aspecto, sostiene que la reparación en concepto de daño moral para cada padre por la muerte del hijo fijada en la sentencia es, a todas luces, insuficiente e injusta, apartada de parámetros elementales de ponderación y análisis; que el monto fijado no representa ni el costo del auto más barato 0 km del mercado, e incluso cualquier auto no puede ni debe valer más que el dolor por la pérdida de un hijo.

Indica que el valor actual de las cosas es indispensable para calibrar si una suma indemnizatoria es suficiente o insuficiente puesto que la suma debe servir para placeres compensatorios por lo que resulta indispensable tomar como criterio rector a la hora de indemnizar este tipo de daños el de la realidad económica; que el art. 1.741 del Código Civil y Comercial de la Nación dispone que el monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas; que su parte solicitó en la demanda en la primera mitad del año 2.014, la suma de \$ 250.000 estimada al momento del hecho (28/03/2.013), para cada progenitor, suma razonable, prudente y en consonancia con los valores reclamados, fijados en las sentencias del fuero local, por el mismo daño, y que debió ser fijada a la fecha del hecho, a partir del cual debería aplicársele el interés legal a la tasa activa, hasta el 01/08/2.015, y de ahí en adelante, el interés que mande el Nuevo Código Civil y Comercial.

Alega una errónea determinación de la mora en el rubro daño moral y gastos de sepelio; sostiene que respecto de los gastos de sepelio, la sentencia reconoce la procedencia del rubro otorgando una suma igual a la reclamada, aunque le impone el interés del 5 % anual, sin ninguna justificación; que dicha erogación se realiza en el momento del hecho, por lo que corresponde que los intereses sean fijados desde la fecha del evento dañoso a tasa activa hasta la entrada en vigencia del Nuevo Código, y de allí en adelante los intereses del art. 768 inc. 3 de este cuerpo legal. Con respecto al daño moral, entiende que la suma debe fijarse al momento del hecho, con más los intereses calculados a tasa activa desde esa fecha hasta el 01/08/2.015 en que debe aplicarse el Código Civil y Comercial.

Asimismo, sostiene que la sentencia en todos los rubros señala que debe hacerse según los intereses legales que correspondan, a partir de la fecha de su dictado; entiende el recurrente que la sentencia indetermina los intereses a diferencia de lo

que ocurre en el lapso que va desde la fecha del hecho hasta la sentencia; dice que en el rubro gastos por tratamiento psicoterapéutico, debe aplicarse la tasa activa que cobra el banco de la Nación Argentina sólo hasta la fecha de entrada en vigencia del Nuevo Código Civil y Comercial y de allí aplicar el art. 768 inc. 3° del Código; que lo relativo a los demás rubros los intereses a la tasa activa desde la fecha del hecho hasta el 01/08/2.015 y luego la tasa que regula el art. 768 inc. 3° del Código Civil y Comercial.

Por último, los Dres. Oscar Lui, Adrián Lui y Carlos J. Cruzat alegan una errónea regulación de honorarios a los profesionales que han intervenido por la parte actora.

II.- Que a fojas 414 esta Cámara ordena correr traslado a la contraria de la expresión de agravios por el plazo de ley (Art. 136 del C.P.C.).

A fojas 415/419 comparece el Dr. Carlos Gabriel Galán, por el Gobierno de la Provincia de Mendoza, y contesta el traslado conferido, solicitando el rechazo del mismo. A fojas 422/424 el Dr. Eliseo Vidart, por Fiscalía de Estado, contesta el traslado indicado, asumiendo idéntica posición procesal en esta instancia.

III.- Que a fojas 428 se llama autos para sentencia, practicándose a fojas 429 el correspondiente sorteo de la causa.

IV.- Tratamiento de los agravios relativos al rechazo del rubro daño material de los padres y a la cuantificación del daño moral contenido en la sentencia apelada. Que la responsabilidad que la sentencia apelada le atribuye a la Provincia de Mendoza por la falta de servicio por la muerte del Sr. Miguel Ángel Sebastián Montivero, ocurrida en fecha 28/03/2.013, mientras se encontraba detenido en la Penitenciaría “San Felipe”, no ha sido discutida en esta instancia apelación; sólo ha apelado la parte actora quien se queja del rechazo del rubro daño material de los padres por la ayuda futura del hijo, y por la cuantificación que contiene la sentencia de grado en torno a la indemnización por daño moral, lo que paso a tratar a continuación:

a. Daño material de los padres por la muerte del hijo. Que en el punto VI, subpunto a) de la demanda a fojas 7 vta./8 vta., los Sres. Miguel Ángel Montivero y Rosa Elba Agüero de Montivero reclamaron la suma de \$ 60.000 (\$ 30.000 para cada progenitor), comprensiva del daño cierto provocado a sus mandantes, representado por la pérdida concreta de una fuente de ayuda material en infinidad de formas y actitudes; precisaron que la madre a la fecha del hecho tenía 60 años de edad y trabajaba de empleada doméstica, en tanto que el padre tenía 59 años de edad y lo hacía como fletero. Asimismo, sostuvieron que a los efectos de la concreta estimación de este rubro, se debe tener en cuenta que la pérdida de Miguel Ángel, de sólo 32 años de edad, con más de 40 años de vida útil aproximada, era empleado

policial y tenía un sueldo aproximado de \$ 6.000 y que este ingreso que percibía la víctima no sólo ayudaba a solventar sus gastos sino que fundamentalmente era sostén importante para la necesidad de sus padres. Alegaron que la injusta desaparición de su hijo implicó el daño material consistente en la privación completa de dicha ayuda a los reclamantes; que la ayuda no sólo consiste en la colaboración económica, sino de los servicios que normalmente requieren las personas de edad cuando no puede valerse por sí mismas. Fundan la pretensión en la presunción que emerge de los arts. 1.084/1.085 del Código Civil. En los alegatos de fojas 359/367, reajustan su pretensión, elevándola a \$ 45.000 para cada padre, afirmando que el monto inicial devino en insuficiente por su desactualización, por lo que se eleva en un 50 % lo estimado por los casi 3 años transcurridos entre el hecho y el dictado de la sentencia.

Está claro que el resarcimiento del llamado "valor vida" no importa la indemnización de la vida de la víctima, sino la frustración de la "chance" de los padres, conexas con la pérdida de esa existencia. El "valor vida" reclamado por los padres por la muerte de su hijo está constituido por el perjuicio económico que el fallecimiento les produce por la falta de contribución económica y por el sostén material y afectivo que hubieran recibido de aquél en sus vidas. Lo indemnizable en caso de muerte no es la privación de la vida, sino las disvaliosas consecuencias patrimoniales o espirituales que provoca esa desaparición en personas distintas de la víctima inmediata. (MÁRQUEZ, José Fernand, "Valoración y cuantificación de la pérdida de chances", LLC 2008 (julio), 595-RCyS 2009-I, 41)

La privación de los beneficios actuales o futuros que la vida de una persona reportaba a otros seres, que gozaban o podrían gozar de aquéllos, constituye un daño cierto que debe indemnizarse y que debe medirse no por un supuesto valor económico de la vida de la víctima, sino por la cuantía del daño efectivamente sufrido como lucro cesante por quien obtenía esos beneficios en vida de aquélla o por la pérdida de la chance u oportunidad de haberlos obtenido en el futuro. La pérdida de la chance es un daño cierto, no eventual, pues se frustra ciertamente para otro, una oportunidad que existe como tal, de obtener una ganancia o de evitarse un perjuicio. La indemnización deberá ser de la chance misma y no de la ganancia por lo que aquélla deberá ser apreciada judicialmente según el mayor o menor grado de posibilidad de convertirse en cierta; el valor de la frustración estará dado por el grado de probabilidad. El procedimiento de valuación es arbitrario y queda librado al poder soberano de los jueces, pero esta incertidumbre no excluye que los tribunales se esfuercen en obtener una apreciación lo más precisa posible

considerando la importancia de las chances. (BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “Equitativa valuación del daño no mensurable”, LA LEY 1990-A, 654; también puede verse: MORELLO, Augusto, “Otra vez sobre el valor de la vida humana”, LA LEY 2000-D, 466)

A la hora de evaluar la cuantía del resarcimiento adquiere relevancia el factor temporal, la “chance” se torna más remota cuanto más tiempo faltaría para la concreción del beneficio esperado. Dicho en otros términos, el quantum de la indemnización se halla en relación inversa al tiempo en que debía concretarse la expectativa de ayuda.

En materia de cuantificación de este rubro indemnizatorio, la jurisprudencia ha sostenido, por ejemplo, que “la entidad del daño material que provoca la muerte de un hijo no debe apreciarse en abstracto sino sobre el concreto contexto personal, familiar, social, económico y temporal acreditado por quien reclama la respectiva indemnización” (Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, sala II, 22/10/1998, “M., T. y otra c. Ministerio de Educación y Justicia de la Nación”, DJ 2000-2, 786, con nota de Fernando Alfredo Sagarna). Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de Mendoza ha dicho que “para la fijación justa y equitativa de la indemnización por pérdida de chances, por la muerte de un hijo, debe tenerse en consideración, entre otras circunstancias: la edad de la víctima, sus estudios, si ayudaba o no materialmente a sus padres, su clase social, edad y recursos de los progenitores, de manera que con dicha suma éstos puedan tener acceso a un bien rentable, que asegure en el futuro un mínimo sostén”. (Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala I, 29/11/2.010, expte. N° 98.373, “Casale de González, María Daniela y ot. En J° 163.465/32.256 Casale de González, María Daniela y ots. c/Cons. De Prop. Vistalba Country Club p/D. y P. S/Inc.”, LS 420 – 193)

En un particular precedente de la Corte Federal, que sentó las grandes bases del Derecho de Daños y sus vinculaciones con el Derecho Constitucional, se afirmó que “la fijación de una exigua indemnización en concepto de daño moral por la muerte de los hijos de los actores, torna su carácter sancionatorio en meramente nominal, lesiona el principio del alterum non laedere que tiene raíz constitucional —art. 19, Constitución Nacional— y ofende el sentido de justicia de la sociedad, cuya vigencia debe ser afianzada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación dentro del marco de sus atribuciones”, que “es descalificable la sentencia que rechazó el reclamo de una indemnización por el daño sufrido por los actores a causa de la muerte de tres de sus hijos —en el caso, en un accidente ferroviario—, por considerar que su holgada situación económica impide asegurar la existencia de

una pérdida de tal naturaleza, pues, ello implica una contradicción en tanto si se trata de resarcir una "chance", que por su naturaleza es sólo una posibilidad, no puede negarse la reparación con el argumento de que es imposible asegurar la existencia de un perjuicio, siendo que ello importa exigir una certidumbre extraña al concepto mismo de "chance" y que "apoyo económico que los hijos pueden brindar a los padres no se reduce a lo asistencial y, en determinados medios, puede traducirse más frecuentemente en la colaboración en la gestión del capital familiar, según su envergadura, cuando la edad de los progenitores así lo exija." (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 05/08/1986, "Santa Coloma, Luis Federico y otros c. E.F.A.", La Ley Online)

Aquí, comparto el criterio de la juez de grado en el sentido de que tratándose de los padres no opera la presunción iuris tantum contenida en los artículos 1084 y 1085 del Código Civil, pues esta presunción está restringida al caso del cónyuge superviviente y sus hijos menores e incapaces con las salvedades contenidas en la última parte de la norma citada en segundo término; esta previsión se reitera con mejor técnica legislativa en el art. 1.745 inc. b) del Código Civil y Comercial, que dispone que para el caso de muerte la indemnización comprende: "lo necesario para alimentos del cónyuge, del conviviente, de los hijos menores de veintiún años de edad con derecho alimentario, de los hijos incapaces o con capacidad restringida, aunque no hayan sido declarados tales judicialmente; esta indemnización procede aun cuando otra persona deba prestar alimentos al damnificado indirecto; el juez, para fijar la reparación, debe tener en cuenta el tiempo probable de vida de la víctima, sus condiciones personales y las de los reclamantes".

No obstante esta coincidencia inicial, disiento con el rechazo del presente rubro reclamado por los progenitores de la víctima fallecida, en tanto, como se anticipara, y más allá de que no se aplique una presunción de daño material respecto de los padres, lo cierto es que los hijos pueden prestar ayuda económica a sus progenitores, sea en forma actual, o bien en forma futura, debiéndose distinguir ambos supuestos en lo referido a la calificación del rubro. En un caso, se está frente a un daño cierto, en tanto que en el segundo se trata de una pérdida de chance que, en tal carácter, resulta también indemnizable. En este orden de ideas, menciono que el Código Civil y Comercial en el mismo art. 1.745 dispone en su inc. c) que también es indemnizable en caso de fallecimiento "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".

Concretamente la juez sostiene que si bien por la aplicación del principio general del artículo 1.079 del Código Civil todo perjudicado por la muerte de una persona tiene derecho a obtener la reparación del daño sufrido, en el caso, los reclamantes debieron acreditar la procedencia de la reparación pretendida; que ha quedado acreditado que el hijo de los actores vivía con su pareja a quién habría matado razón por la cual se encontraba detenido en el Complejo Penitenciario, más allá de que alguna de las deponentes asegura que el Sr. Montivero vivía al momento de ingresar al penal con sus padres; que surge además acreditado que al momento de ingresar como detenido al complejo Alma Fuerte, se desempeñaba como policía, es decir tenía un trabajo estable; que si bien varios de los testigos informaron que la víctima ayudaba económicamente a sus padres, todos luego manifiestan que esta situación la conocen por oídas y no por haber presenciado algún momento donde el hijo hiciese entrega de alguna suma de dinero a sus progenitores; concluye en que no puede tener por cierto que de obtener la libertad el hijo de los actores, parte de sus ingresos los destinaria para colaborar con la subsistencia de sus padres, máxime teniendo en cuenta la edad del hijo de los actores y el hecho de que resulta probable que éste rehiciese su vida y formara su propia familia a quién estarían dedicados sus ingresos. Máxime cuando al tiempo del fallecimiento del Sr. Montivero sus padres vivían solos y poseían trabajo.

Se ha dicho que “la carga de la prueba de la cuantía del daño en cabeza del damnificado no rige cuando se trata de muerte de los hijos, especialmente menores e incapaces, o solteros y sin descendencia, pues en estos casos se infiere a favor de los padres la existencia de un daño material, cierto y actual, que consiste en la pérdida de una chance, en virtud de la expectativa razonable de que el hijo contribuía a la asistencia material y moral de sus progenitores en la ancianidad”. (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, sala II, 28/03/2000, “O., C. S. c. Zubiaurre S. A. y otros”, LLBA 2000, 1047)

Estoy convencido de que, al menos, el rubro debe ser admitido como una pérdida de chance, si está acreditado que el Sr. Montivero tenía un trabajo estable, si hay testigos que declararon que éste ayudaba a sus padres, por más que los progenitores tuvieran trabajo, y por más que la víctima estuviera privada de su libertad al haber sido procesado por homicidio. En este aspecto, considero que el juzgador debe dejar de lado los eventuales prejuicios que pueden provocarle ciertas situaciones fácticas a las que debe brindar un pronunciamiento judicial. Aquí, en cambio, lo que hay que suponer es lo que puede ocurrir, en base a ciertos datos objetivos, según el curso natural y ordinario de las cosas. Si hay, incluso, testigos que dan cuenta de la

ayuda material que la víctima le proporcionaba a sus padres y que trabajaba como Policía con un ingreso estable, no encuentro la razón por la que se niega la procedencia de este rubro.

Expresamente, el apelante invoca los testimonios rendidos en la causa sobre esta cuestión. Efectivamente, a fojas 141/142 declara el Sr. Sergio O. Palacios, quien en la segunda pregunta dice que Sebastián, según le contaba, era el sostén de sus padres y de la casa; en la segunda repregunta, expresa que él le contaba que ayudaba a sus padres económicamente, pero que nunca podría haber percibido por sus sentidos que les entregara el dinero. Por su parte, a fojas 143 declara el Sr. Jaime D. Emiliano, responde que la víctima tenía muy buena relación con sus padres y que siempre tenían ayuda mutua (segunda pregunta); dice en la segunda repregunta que la familia tenía una calidad de vida buena, porque el padre y el hijo trabajaban. La Sra. Alejandra A. Calderón depone a fojas 198, respondiendo a la primera ampliación, que el Sr. Miguel Ángel Sebastián Calderón ayudaba económicamente a sus padres, y que vivía con sus padres (segunda ampliación); en la tercera ampliación responde que la víctima colaboraba con las tareas cotidianas de la casa; luego en la cuarta repregunta, dice que ayudó a pagar la casa a sus padres.

La descalificación que hace la juez de grado respecto de los testigos en el sentido de que sólo han escuchado – y no percibido por sus sentidos - que la víctima ayudaba materialmente a sus padres, es inatendible, pues, en modo alguno, se le podría exigir a los padres que traigan testigos que hayan conocido o visto que el hijo les prestara efectivamente ayuda material. Este nivel de exigencia en el momento de la valoración de la prueba no se adecuaba a la sana crítica racional (Art. 207 del C.P.C.).

Remarco que, quizás, en el plano de las probabilidades, y aun suponiendo que el Sr. Montivero fuera condenado por homicidio, contrariando con esta suposición el principio de inocencia constitucionalmente reconocido (Art. 18 de la Constitución Nacional), teniendo en cuenta su edad (32 años al momento del fallecimiento), se advierte con facilidad que, recuperada su libertad, podría haberse reinsertado perfectamente en el mercado laboral, excluyéndose del cálculo el tiempo por el cual podría haber estado detenido de haber sido condenado. Aún desde esta perspectiva, valorando circunstancias desfavorables a la pretensión de los actores, estoy convencido de que el rubro debe ser admitido como pérdida de chance a pesar de todas estas consideraciones que – insisto - no son más que suposiciones.

Si, tal como surge del bono de sueldo que se agrega a fojas 153/154, en el mes de enero de 2.013 el Sr. Miguel Ángel Montivero percibió un sueldo neto de \$ 6.577,62, como Policía, personal subalterno, auxiliar, indicándose como fecha de ingreso a las fuerzas policiales el día 01/07/2.004, puede entender que, satisfechas sus necesidades personales, pudo destinar a la ayuda de sus padres un 10 % de su ingreso neto, es decir, \$ 657,76 en forma mensual. Si a esta suma se la multiplica por 12 meses se obtiene un monto anual de \$ 7.893,12. Debe tenerse en cuenta la edad de los padres a la fecha de la muerte (alrededor de 60 años ambos progenitores), por lo que puede estimarse que esa suma podría ser destinada a la colaboración económica de los padres durante un lapso de 15 años, es decir, hasta que los padres llegaran a tener 75 años, lo que permite llegar a la suma de \$ 118.396,80.

En los alegatos, la parte actora reformula la cuantificación del rubro, solicitando se otorgue en vez de \$ 30.000, la suma de \$ 45.000 a cada progenitor por este concepto, suma que a la fecha del dictado de la sentencia de primera instancia, se observa razonable y prudente, a tenor de las facultades emergentes del art. 90 inc 7° del C.P.C., máxime si se tiene en cuenta que lo que se está indemnizando, en el contexto señalado, es la pérdida de chance de ayuda material en el futuro, y que los propios actores reconocen que tienen otro hijo que también podría prestarle ayuda material.

b. Cuantificación de las consecuencias no patrimoniales. En la demanda, los Sres. Agüero de Montivero y Montivero reclamaron la suma de \$ 500.000 por daño moral, precisando que cada uno de los progenitores reclama la suma de \$ 250.000 en forma individual. Alegaron que el hecho traumático, fatal e injusto, que despojara a los actores de uno de sus dos hijos de sólo 32 años de edad, los ha sumido en profundo e intenso dolor espiritual; en los alegatos, sostienen que se debe tener por debidamente acreditada la magnitud del perjuicio y la legitimación, debiendo el reclamo efectuado ajustarse a las mismas pautas que el rubro anterior, aun cuando reconocen que es un rubro dependiente del prudente arbitrio judicial.

Siguiendo en este punto a Zavala de González, puede sostenerse que el daño moral compromete lo que el sujeto “es”, en tanto que el daño patrimonial lesiona lo que la persona “tiene”; las principales vertientes del daño moral residen en lesiones que afectan la vida, la salud o la dignidad de las personas, es decir, su existencia y su integridad psicofísica, espiritual y social. Desde esta perspectiva, se entiende al daño moral más allá de la órbita sensitiva, como un desmejoramiento espiritual o de la personalidad y aunque no haya dolor. Las formas más frecuentes de daño moral

residen en el dolor, la angustia, la tristeza, etc. Por ello, la noción de daño moral ha sido muy subjetivada y emparentada con los sufrimientos síquicos. Dicho perjuicio sería la contrapartida de la felicidad, como estado de bienestar espiritual que gozaba la víctima antes del hecho. Pero es evidente que la dimensión espiritual de la persona no se reduce a su sensibilidad, sino que comprende la existencia intelectual y volitiva, tanto en la soledad como en las relaciones con los demás. (ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, “Resarcimiento de daños. Presupuestos y funciones del Derecho de Daños”, Buenos Aires, Hammurabi, Tomo 4, 1.999, pág. 178 y sgtes.)

Mientras que en materia de daño material, la legitimación activa es amplia, el Código Civil introduce limitaciones a la titularidad de la acción por daño moral; expresa el último párrafo del art. 1.078, modificado por la ley 17.711 que “la acción por indemnización del daño moral sólo competará al damnificado directo; si del hecho hubiese resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos.” Como regla, la ley acuerda legitimación activa únicamente al damnificado directo (víctima inmediata del hecho); por excepción, si el hecho produjo la muerte de la víctima, la ley otorga legitimación activa sólo a ciertos damnificados indirectos: los herederos forzosos (ascendientes, descendientes y cónyuge de la víctima inmediata) (Zavala de González, Matilde, “Resarcimiento de Daños, Presupuestos y funciones del Derecho de Daños”, Tomo 4, Bs. As., Hammurabi, 1.999, pág. 184 y sgtes.)

Ahora bien, Pizarro afirma que difícilmente pueda concebirse un supuesto de daño moral indirecto de mayor gravedad que la muerte de un hijo, por su intensidad y su perdurabilidad; en este sentido, Mosset Iturraspe dice que la vida de los hijos representa para los padres, desde el ángulo de los sentimientos, un valor incomparable; el padre o la madre ven en los hijos el fruto de su amor, la continuación de sus vidas más allá de las propias, y esperan recibir de ellos buena parte del cariño que han depositado, como consuelo y ayuda espiritual en los últimos años de la vida.

Poco importa la edad del damnificado, sea un niño de corta edad, o un adulto, el detrimento espiritual es siempre grave e igualmente relevante para el Derecho; procurar distinciones en base a la edad de la víctima importe un proceder inadmisibles, reñido con las reglas de la experiencia. El monto indemnizatorio debe guardar relación con la entidad del perjuicio experimentado; en pocos supuestos como en éste, deben descartarse indemnizaciones mezquinas, puramente simbólicas que han sido descalificadas por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación. (PIZARRO, Ramón Daniel, “Daño moral. Prevención. Reparación. Punición. El

daño moral en las distintas ramas del Derecho”, Buenos Aires, Hammurabi, 1.996, pág. 235 y sgtes.)

Como se dice reiteradamente, la fijación de sumas indemnizatorias en concepto de daño moral se remite, en definitiva, al prudente arbitrio judicial, tal como lo indica el art. 90 inc. 7° del C.P.C.; en este orden de ideas, ha dicho el Máximo Tribunal de la Provincia: “La determinación monetaria de los daños a la persona, entre ellos, el daño moral, entraña un problema de extrema y especial dificultad. En consecuencia, se recomienda a los jueces evitar la llamada “lotería judicial”, razón por la cual, no resulta arbitrario el uso comparativo de los precedentes judiciales del propio tribunal y de todos los que cumplen actividad jurisdiccional en la Provincia”. (Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala I, expte. N° 91.513, “Burgos, Claudio en j° 9.802/110.922 B.CC C/M.R.A. y otros p/Daños y Perjuicios S/Inconstitucionalidad”, 12/08/2008, LS 391 – 103); las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Lomas de Zamora, en Bs. As., del 27/29 de setiembre de 2007, abordaron el tema de la cuantificación de los daños; tras señalarse que “el sistema de cuantificación judicial de los daños a la persona muestra un panorama de preocupante anarquía que conspira contra los valores seguridad, equidad y justicia”, en particular, respecto del daño moral, se concluyó: “La valoración y la cuantificación del daño moral deben tener en cuenta las pautas empleadas mayoritariamente por pronunciamientos judiciales expedidos en casos razonablemente afines a los efectos de evitar decisorios contradictorios en relación con el tema. A tales fines, resulta altamente conveniente confeccionar tablas comparativas de antecedentes judiciales”.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que: “Aun cuando el dinero sea un factor muy inadecuado de reparación, puede procurar algunas satisfacciones de orden moral, susceptibles, en cierto grado, de reemplazar en el patrimonio moral el valor que del mismo ha desaparecido. Se trata de compensar, en la medida posible, un daño consumado (...). El dinero es un medio de obtener satisfacción, goces y distracciones para reestablecer el equilibrio en los bienes extrapatrimoniales. El dinero no cumple una función valorativa exacta, el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata solamente de dar algunos medios de satisfacción, lo cual no es igual a la equivalencia. Empero, la dificultad en calcular los dolores no impide apreciarlos en su intensidad y grado, por lo que cabe sostener que es posible justipreciar la satisfacción que procede para resarcir dentro de lo humanamente posible, las angustias, inquietudes, miedos, padecimientos y tristeza propios de la situación vivida” (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 12/4/2011, “Baeza,

Silvia Ofelia c/ Provincia de Buenos Aires y otros”, RCyS, noviembre de 2011, pág. 261, con nota de Jorge Mario Galdós); de ello puede extraerse que el daño moral puede “medirse” en la suma de dinero equivalente para utilizarla y afectarla a actividades, quehaceres o tareas que proporcionen gozo, satisfacciones, distracciones y esparcimiento que mitiguen el padecimiento extrapatrimonial sufrido por la víctima (GALDÓS, Jorge M., “Breve apostilla sobre el daño moral (como “precio del consuelo”) y la Corte Nacional”, RCyS, noviembre de 2011, pág. 259).

En materia de cuantificación de las consecuencias no patrimoniales, el art. 1.741 in fine del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación establece que “el monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas”. El Código puede aplicarse a la cuantificación de los daños ocurridos con anterioridad a su entrada en vigencia (Art. 7°), si la sentencia es dictada con posterioridad a la misma, pues es este el momento en que el juzgador debe proceder a determinar la extensión de la indemnización; el daño en sí y sus presupuestos se rigen por las normas vigentes al momento de su acaecimiento, aunque la cuantificación debe regirse por las normas del Código Civil y Comercial que resultan aplicables al caso.

Aquí, la juez estimó el rubro daño moral en la suma de \$ 170.000 para cada progenitor a la fecha de la sentencia; se expone en la sentencia que en cuanto a la determinación de sumas indemnizatorias en concepto de daño moral, se sabe que el Juez no está sujeto a reglas fijas; que su reconocimiento y cuantía depende del arbitrio judicial, para lo cual basta la certeza de que ha existido, sin que sea necesaria otra precisión. (Art. 90 inc. 7° del C.P.C.); especialmente, tiene en cuenta que en el mes de noviembre del 2013, la Corte de Mendoza indemnizó a una madre a quién su hijo menor también se había suicidado en el penal, la suma de pesos ochenta mil (\$80.000) lo que equivalía en ese entonces a doce mil trescientos siete dólares (U\$S 12.307) teniendo en cuenta que para esa fecha la divisa cotizaba a seis pesos con cincuenta (\$6,50) cada dólar; aplicadas las reglas precedentes al caso en estudio y teniendo en cuenta lo dispuesto por el art. 1.078 C.C., dadas las particularidades del caso, la edad que tenía el hijo de los actores al momento de su fallecimiento (32 años), las circunstancias en que falleció –suicidio- y teniendo en cuenta que como es sabido uno de los mayores dolores es el que se produce ante la pérdida de un hijo y tomando como pauta orientativa los montos que por este rubro ha entregado nuestro Superior Tribunal, estima justo y equitativo (art. 90 inc. 7 del

C.P.C.), fijar a la fecha de este pronunciamiento por el daño moral, la suma de \$ 170.000 para cada uno de los progenitores.

Revisar la suficiencia o insuficiencia de la cuantificación del daño moral hecha por los tribunales inferiores, es una tarea que ofrece muchas dificultades y su corrección encuentra justificación sólo en caso de indemnizaciones excesivamente bajas o altas en relación a la realidad económica y las circunstancias del caso, porque de lo contrario va a resultar imposible demostrar error en la decisión del a quo, que justifique la enmienda del fallo. (Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Contenciosoadministrativo de la Nominación de Río Cuarto, 24/10/2014, “C., G. J. y Otros c. F., J. C. y Otro s/ ordinario”, La Ley Online; cita Online: AR/JUR/55969/2014)

El recurrente pretende que se admita el monto reclamado en la demanda, no obstante la manifestación de reajuste de los montos que realiza en la etapa de alegatos. A ello, postula adicionar los intereses calculados a tasa activa desde el día del hecho, lo que aparece improponible. Sabido es que por regla general los daños deben fijar en la sentencia, por lo que el daño moral es un típico caso en que el juez determina prudencialmente la cuantificación en el momento de sentenciar conforme a los valores vigentes a esa fecha. De todos modos, el monto indemnizatorio que concede la juez de grado debe ser elevado, pues han transcurrido 3 años desde el hecho y la suma peticionada en la demanda se observa como razonable a la fecha de la sentencia de primera instancia (\$ 250.000), con más los intereses que precisaré en el apartado siguiente. La Suprema Corte de Justicia de Mendoza confirmó una sentencia que había reconocido a los padres por la muerte de un hijo la suma de \$ 200.000 a cada uno de ellos en los autos “Fernández José Manuel En J° 117.186/51.507 Cazon Guerra, José Y Ots. C/Fernández, José Manuel S/ D. Y P. (Accidente de Tránsito) P/ Recurso Ext. de Inconstitucionalidad”, de fecha 25/02/2016.

El apelante insiste en el mismo monto reclamado en la demanda, aunque pretende que a ese monto se le aplique la tasa activa, por lo que estimo que el monto puede ser elevado a la suma peticionada, valorada a la fecha de la sentencia. No se ha cuestionado este aspecto que, en general, no tiene controversia en la jurisprudencia provincial.

Ahora bien, en punto a la cuantificación, la suma reconocida debe ser ponderada a la luz de las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que el dinero puede desempeñar en casos como el de autos, con todas las dificultades que ello implica. Ya se dijo que no hay dolor más grande que la pérdida de un hijo. Por ello entiendo

que la suma de \$ 250.000 para cada progenitor es una indemnización que puede permitir acceder a un automóvil 0 km., y que de ese modo, puede explicarse la sustitución y la compensación que puede desempeñar la indemnización, con todas las salvedades que ese dolor de los padres debe significar, todo ello valorado conforme a lo establecido en el art. 90 inc. 7° del C.P.C..

V.- Tratamiento de los agravios relativos a los intereses aplicados en la sentencia apelada: Que, tal como fuera reseñado más arriba, la parte actora, en esta instancia recurrente, se queja de diversos aspectos vinculados a los intereses que la sentencia apelada aplica a los diversos rubros que admite; concretamente, la sentencia admite los siguientes rubros indemnizatorios: a) Daño moral: se fija la suma de \$170.000 para cada uno de los progenitores; esta Cámara eleva el monto a \$ 250.000 para cada progenitor; b) Tratamiento psicoterapéutico: Se establece la suma de \$ 20.000 para cada progenitor, monto que se fija a la fecha de la presentación del informe pericial (20/04/2.015); c) Gastos de sepelio: Se determina la suma de \$ 8.000, fijada a la fecha de la sentencia de primera instancia. En el considerando V, la juez explica que a los rubros cuantificados a la fecha de la sentencia, corresponde aplicar los intereses previstos por la Ley 4.087 desde la fecha del hecho y hasta la sentencia de primera instancia, y de allí en adelante, los intereses legales que correspondan; al rubro que fue cuantificado a una fecha diferente, corresponde adicionar los intereses previstos en la Ley 4.087 desde el momento del hecho y hasta esa fecha y de allí en adelante, los intereses legales que correspondan. Este Tribunal admite el rubro daño material por la ayuda económica que los padres podían recibir de su hijo en la suma de \$ 45.000 a cada uno de sus progenitores, valorados a la fecha de sentencia de primera instancia.

a) La obligación resarcitoria configura una típica deuda de valor; sabido es que ésta tiene una naturaleza distinta a la obligación de dinero o de cantidad, y que la diferencia atiende específicamente al objeto debido: así, la suma de dinero puede constituir el objeto propio de la relación jurídica con lo cual nos encontramos con una cabal obligación de dar sumas de dinero (también llamada obligación pecuniaria o de cantidad), por ej. la obligación de pagar el precio en la compraventa; o bien esa suma dineraria puede entrar en la relación jurídica como un subrogado del objeto debido y sólo en el acto del cumplimiento, y entonces nos encontramos con la obligación de valor, en la cual el objeto debido no es el dinero sino un determinado "valor" o "utilidad" o "ventaja patrimonial" que debe o ha de procurar el deudor al acreedor; pero que en definitiva se satisfará con una suma de signos monetarios destinados a cubrir ese "quid" o "valor debido", en atención a

que el dinero es el común denominador de los valores. Tal es el caso, típico de la indemnización de daños y perjuicios. (CASIELLO, Juan José, ¿Es inconstitucional la prohibición de indexar? LA LEY 17/06/2010, -LA LEY 2010-C, 709); vale agregar que la preservación de la intangibilidad de las deudas de valor cuenta con respaldo doctrinario de las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, realizadas en setiembre de 2.003, habiéndose declarado que “ni los preceptos de la ley 23.928 ni los de la ley de emergencia, han podido alcanzar las deudas de valor, por ser una categoría conceptual esencialmente distinta e independiente de las deudas dinerarias.”

Los intereses que se imponen a la obligación de reparar daños integra el derecho constitucional que tienen las víctimas de ser resarcidas, de manera integral, derecho fundado en el art. 17 y 19 de la Constitución Nacional y en el art. 21 del Pacto de San José de Costa Rica, con rango constitucional, según lo establecido por el art. 75 inc. 22 de la Constitución. (LORENZETTI, Ricardo, “La influencia del Derecho constitucional en el Derecho Privado”, Revista de Derecho Comercial y las Obligaciones, Buenos Aires, Depalma, 1.998, Tomo 31, pág. 355 y sgtes.; LORENZETTI, Ricardo L., “Fundamento constitucional de la reparación de los daños”, en “Aniversario de la Constitución Nacional”, BIDART CAMPOS, Germán (Director), Buenos Aires, La Ley, 2003, pág. 106; Rivera, Julio César. “El Derecho Privado Constitucional”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, “Derecho Privado en la reforma constitucional”, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1.994, N° 31, pág. 27 y sgtes.; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída R., “La Ley sobre Riesgos del Trabajo 24.557 y los principios generales del Derecho de Daños desde la óptica del Derecho Constitucional”, en "Revista de Derecho Privado y Comunitario", "Accidentes", pág. 265 y sgtes.)

b) Que el recurrente se queja de los intereses aplicados en la sentencia apelada; pretende que el daño moral, la pérdida de chance de ayuda futura – rechazado en la instancia precedente, y admitido por este Tribunal - y los gastos de sepelio sean fijados a los valores que propone a la fecha del hecho, correspondiendo, en su entendimiento, de que la tasa aplicable es la activa desde ese momento en adelante, sin perjuicio de los intereses posteriores al 01/08/2.015 en que entrara en vigencia el Código Civil y Comercial de la Nación.

En lo que aquí interesa, y en función del concreto agravio de la recurrente, recuerdo que la Suprema Corte de Justicia de Mendoza ha sostenido que “cuando una sentencia determina los daños al momento de su dictado, corresponde que los intereses se devenguen a la tasa prevista en la ley 4.087” (Expediente: 61875,

“Cahiza Armando Ángel en J: Hernández de Chilardi Energía Mendoza SE Daños y perjuicios – Casación”, 21-08-1998, LS 282 – 231); que “los daños deben ser fijados al momento de la sentencia, consecuentemente la suma de condena devengará intereses a la tasa anual del 5% (ley 4087) desde el día del hecho hasta la fecha de dictado de la sentencia y desde allí en adelante corresponde liquidar los intereses a la tasa activa promedio del Banco de la Nación Argentina hasta su efectivo pago”. (Expediente: 68195, “Velazquez, Patricia y otra en J: Velásquez, Patricia y ot. Cristóbal Moreno López Daños y Perjuicios – Casación”, 29-09-2000, LS 297 – 307) También ha afirmado que “cuando se realiza una estimación de los daños al momento de la sentencia, los montos de tal modo reconocidos han sido establecidos con su actualización, por lo que hasta ese momento, lo único que se debe son los intereses de la ley 4.087 previstos para cuando se trate de montos que reflejen valores actualizados. En el supuesto de valores determinados en función de gastos o erogaciones que ya fueron efectuados, los intereses moratorios se fijan a partir del momento en que aquellos sean exigibles, es decir cuando el perjuicio se concreta, con la consiguiente merma del patrimonio que los intereses tienden a reparar”. (Expediente N° 75307 – Fiscalía de Estado en J: Díaz Alejandra y ots. Dirección General de Escuelas Daños y Perjuicios – Inconstitucionalidad – Casación”, 15-08-2003, LS 327 – 040; en el mismo sentido: expediente N° 77485, “Dirección Provincial de Vialidad en J: 114.602/27.279 Lázaro, Lidia Noemí Paiva, Santos Argentino y otros Daños y Perjuicios S/Casación”, 21-05-2004, LS 336 – 209)

En función de este criterio jurisprudencial reiterado en la Provincia, la queja del recurrente en este aspecto no puede ser admitida; si el monto se fijó, como lo dice la sentencia, a la fecha de su dictado, en seguimiento del criterio expuesto, no hay razón para apartarse del mismo. Respecto del rubro tratamiento psicoterapéutico, la juez fijó el monto a la fecha del dictamen pericial psicológico (20/04/2015), imponiendo hasta ese momento la tasa prevista por la ley 4.087, y de allí en adelante, los intereses legales que correspondan.

La indemnización se fijó a valores actuales, por lo que sólo corresponde aplicar una tasa pura que sea resarcitoria del daño moratorio producido a la víctima, desde el hecho y hasta la sentencia, y que no contenga escorias inflacionarias. Por esta razón, no puede atenderse el agravio relativo a la supuestamente errónea determinación del daño moratorio respecto de los gastos de sepelio, que fueron valorados, y se dice expresamente en la sentencia, a la fecha de su dictado, con más los intereses de la Ley 4.087 desde el hecho hasta la resolución apelada.

El tratamiento psicológico fue valorado a la fecha de la presentación de la pericia psicológica por lo que, en este caso, deben aplicarse los intereses de la Ley 4.087 desde el hecho hasta el 20/04/2.015 y desde esta fecha hasta el 31/07/2.015 deberá aplicarse la tasa activa del Banco de la Nación conforme al Plenario Aguirre de la Suprema Corte de la Provincia de Mendoza, sin perjuicio de lo que diré respecto de los intereses aplicables a partir del 01/08/2.015, fecha de entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación.

Destaco, para terminar con este tema, que el apelante pudo pedir la elevación de los montos indemnizatorios en lugar de perseguir que el mismo se incremente por la aplicación de una tasa activa de interés desde el hecho, siendo que se tratan de rubros que se estiman al momento de la sentencia, con excepción de lo que he dicho respecto del tratamiento psicológico en que cabe admitir que los intereses se calculen del modo indicado en el párrafo anterior.

c) Que la actora apelante se queja de los intereses que dispone aplicar la juez a partir del dictado de la sentencia. La resolución apelada es de fecha 29/04/2.016. Precisamente, el agravio del apelante, en este aspecto relativo al tramo temporal de intereses, es que se dejan indeterminados los intereses que deben aplicarse al presente caso. Pide la aplicación del art. 768 inc. 3° del Código Civil y Comercial, citando un precedente de este Tribunal.

Con la entrada en vigencia del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, el art. 7 que reproduce el art. 3 del Código Civil -texto según ley 17.711-, salvo en lo que se refiere a la aplicación retroactiva de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo, dispone: “A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo.”

El nuevo Código dispone la aplicación inmediata de dicho cuerpo legal a las consecuencias no consumadas de las relaciones jurídicas existentes al momento de su entrada en vigencia. Siendo un supuesto de ello el nuevo régimen instaurado en materia de intereses (KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “La aplicación del Cód. Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes”, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2015, pág. 148). El estadio procesal en el que el expediente

se encuentra (primera o ulterior instancia) no afecta la aplicación de las normas de transición dispuestas al efecto por el nuevo Código Civil y Comercial (KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “El artículo 7 del Cód. Civil y Comercial y los expedientes en trámite en los que no existe sentencia firme”, LA LEY, Suplemente del 22/04/2015).

Mientras el responsable no satisfaga la obligación de resarcir, ésta tiene como efecto, entre otros, producir intereses; si una ley nueva varía el tipo de interés, a partir de ese momento, los intereses que devengue la obligación se calcularán de acuerdo a las nuevas tasas y esto es lo que se denomina efecto inmediato de la ley posterior y no vulnera el principio de la irretroactividad. (MOISSET DE ESPANÉS, Luis, “Irretroactividad de la ley y el nuevo art. 3 (Código Civil) (Derecho Transitorio)”, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba – Dirección General de Publicaciones, 1.976, pág. 43)

Con relación a los intereses devengados a partir de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y hasta el efectivo pago, en materia de daños y perjuicios, al ser una consecuencia no agotada de la relación jurídica que diera origen a esta demanda, la tasa que resulte aplicable para liquidarlos por imperio del art. 768 del citado ordenamiento, nunca podrá ser inferior a la activa, pues ante la falta de pago en tiempo de la indemnización y dadas las actuales circunstancias económicas iría en desmedro del principio de la reparación plena del daño que se ha causado al pretensor (ver art. 1.740 del mismo Código). (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B, 09/09/2015, “Mapfre Argentina Art S.A. y Otros c/ Kazsdan Ernesto y Otros S/Interrupción De Prescripción (ART. 3.986 C.C)”, EL DIAL EXPRESS 14-10-2015)

El art. 768 del Código Civil y Comercial establece: “Intereses moratorios. A partir de su mora el deudor debe los intereses correspondientes. La tasa se determina: a) por lo que acuerden las partes; b) por lo que dispongan las leyes especiales; c) en subsidio, por tasas que se fijen según las reglamentaciones del Banco Central.” En los Fundamentos del Anteproyecto, expresa la Comisión su decisión de no aludir en la norma a una tasa específica "porque se considera que hay supuestos de hecho muy diversos y es necesario disponer de mayor flexibilidad a fin de adoptar la solución más justa para el caso".

Ahora bien, la situación en la Provincia de Mendoza presenta la particularidad de que existe una Ley (n° 7.198) que fija la tasa legal de interés, pero que fue declarada inconstitucional por el plenario “Aguirre” de la Corte Provincial (Suprema Corte de Justicia de Mendoza, en pleno, expte. N° 93.319, “Aguirre,

Humberto por sí y por su hijo menor en j° 146.708/39.618 Aguirre, Humberto c/OSEP P/Ejecución de sentencia s/Inconstitucionalidad”, 28/05/2009, LS 401 – 215); por ende, en la actualidad, la situación debe encuadrarse dentro del inc. c) del art. 768 del Nuevo Código.

Al respecto, puntualiza la doctrina que este inciso tiene alguna dificultad en su interpretación porque el Banco Central fija diferentes tasas y además existen dos tipos muy difundidos y cualificados como son la tasa pasiva que se utiliza para pagarles a los depositantes ahorristas y la tasa activa que los bancos cobran a los mutuarios. Por lo tanto, quedaría como tarea de los jueces, en ausencia de pacto o de la ley, la aplicación de la tasa de interés, siempre dentro del cuadro de tasas que publica el Banco Central de la República Argentina (RIVERA, Julio César – MEDINA, Graciela, “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Buenos Aires, La Ley, 2.014, Tomo III, pág. 97).

En las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, realizadas en Bahía Blanca los días 1 a 3 de octubre del presente año, la Comisión N° 2 “Obligaciones” abordó la cuestión de las obligaciones de dar dinero, ocupándose de los intereses; allí, se concluyó por mayoría que “la previsión del artículo 768 inciso c no implica la delegación al Banco Central de la fijación de la tasa, sino que siempre será el juez el que la determinará. Las tasas fijadas por las reglamentaciones del Banco Central servirán como pauta que podrá ser utilizada por el juez en esta tarea”, en tanto que la minoría postuló que “la previsión del artículo 768 inciso c implica la delegación al Banco Central de la fijación de la tasa”. Por unanimidad, se concluyó: “Es necesario que al determinar la tasa de interés moratoria se fije aquella que aliente el cumplimiento en tiempo propio por el deudor.”

Para Formaro, mientras la parte final del art. 622 del Código Civil aludía a la tasa de los "bancos oficiales", el precepto vigente (art. 768, inc. c), CCyC) remite ahora a las reglamentaciones del Banco Central. Del mismo modo se procede al remitir, en materia de sumas debidas por alimentos, a la "tasa de interés equivalente a la más alta que cobran los bancos a sus clientes, según las reglamentaciones del Banco Central" (art. 552, CCyC), al igual que se lo hace, por ejemplo, en el ámbito de los contratos bancarios (art. 1381, CCyC). Es decir, se deriva a las reglamentaciones para seleccionar la tasa (con mayor precisión en torno a los alimentos) y en modo alguno se delega a la entidad monetaria la fijación de intereses moratorios para los diversos supuestos que la realidad lleve a los tribunales. El objeto de la solución legal no es quitar la posibilidad de seleccionar la tasa pertinente, sino establecer la elección entre las tasas que acepta el Banco

Central de la Republica Argentina. Y en torno a ello se presentan dos posibilidades interpretativas: la primera, acudir a las tasas que aplican las diversas entidades bancarias —públicas o privadas, provinciales o no— según autoriza el Banco Central; la segunda, recurrir a las tasas publicadas directamente por el citado Banco Central —reduciéndose entonces la variedad de tasas posibles en las distintas jurisdicciones del país—. (FORMARO, Juan J., “Aplicación de la ley en el tiempo y los intereses moratorios judiciales. Cese de la vigencia de la doctrina de la Suprema Corte de Buenos Aires”, LA LEY2015-F, 1153)

Está claro que debe optarse por las razones expuestas antes de la vigencia del Nuevo Código por la tasa activa y no por la tasa pasiva. La directiva del nuevo Código es que el juez aplique una tasa según la reglamentación del Banco Central. En general y hasta el momento, la tasa activa del Banco de la Nación Argentina, aplicada a partir del plenario Aguirre, es inferior a las tasas que dispone el nuevo Código, por lo que, a pesar de que no exista reglamentación al respecto, y mientras la misma se dicta, entiendo que el juez debe seleccionar una de las tasas activas que publica el Banco Central, debiendo tenerse en cuenta el mismo al momento de practicarse la liquidación correspondiente.

En conclusión, corresponde aplicar a partir del 01/08/2015 los intereses calculados a una tasa activa que publica el Banco Central de la República Argentina en su página oficial, según la variación correspondiente a los diversos tramos temporales en que se vayan devengando, conforme a lo establecido en el art. 768 inc. c) del Código Civil y Comercial de la Nación.

VI.- Tratamiento del recurso de apelación por honorarios. Que los profesionales que asistieron a la parte actora, Dres. Oscar A. Lui y Carlos H. Javier Cruzat, deducen recurso de apelación en virtud de lo establecido por el art. 40 del C.P.C., alegando que la sentencia ha incurrido en un notorio defecto en la regulación de los honorarios por lo que prospera la demanda; que la sentencia por lo que prospera el reclamo regula el 16 % a los profesionales de los actores, cuando se debe regular el 18 % en forma conjunta, conforme a las pautas que brinda la Ley arancelaria; solicita se reajuste la regulación que contiene la sentencia apelada.

El artículo 40 del C.P.C. determina la procedencia del recurso de apelación para todas las regulaciones de honorarios incluidas en sentencia o autos o pronunciadas por separado y conforme a él la apelación puede ser interpuesta por los interesados, ya sea el profesional a favor de quien se practica la regulación como quien deba pagarla. Este recurso debe tramitarse sin sustanciación y ello significa la eliminación del contradictorio en la alzada. El apelante no tiene necesidad de

fundar el recurso ni el apelado de contestar. No obstante, se les concede a los interesados la posibilidad de presentar un escrito alegando sus razones a favor o en contra de la regulación dentro de los tres días de notificarse por cédula el decreto que llama autos para resolver.

Está claro que la validez constitucional de los honorarios regulados no depende exclusivamente de la magnitud del juicio ni del interés del litigante a quien incumbe su pago, pues asimismo interesa a la justicia de la regulación el mérito de la labor desarrollada, ya sea por su jerarquía intrínseca o por su complejidad, según los casos o la responsabilidad profesional que comprometen. La regulación de honorarios debe guardar relación con las tareas de los profesionales. La determinación de honorarios desproporcionados con el monto de la condena y la naturaleza de la labor cumplida, viola las garantías constitucionales de la propiedad y de la defensa en juicio. Así como no sería válida una regulación ínfima, tampoco puede serlo la que fijara un honorario exorbitante, ajeno a toda proporción con los intereses controvertidos o la suma que percibe la parte como consecuencia de la actuación profesional.

Tomando como base regulatoria el monto admitido, la sentencia de primera instancia procedió a regular los honorarios por lo que prospera la demanda a los Dres. Oscar A. Lui (6% del 100%) en la suma de \$ [REDACTED] Carlos Javier Cruzat (2% del 100%) en la suma de \$ [REDACTED] Adrian Lui (8% del 100%) en la suma de \$ [REDACTED] con más los complementarios que pudieran corresponder (Arts. 2, 3, y ccs. Ley 3641).

La queja de los recurrentes no puede ser admitida, pues de la compulsión del expediente se observa que los tres profesionales que actuaron por los actores no lo hicieron en todas las actuaciones procesales correspondientes a las tres etapas en que se divide el proceso a los fines regulatorios. Así, se le asignó el porcentaje total al Dr. Oscar A. Lui cuando en la etapa probatoria no tuvo intervención en las audiencias, en tanto que el Dr. Carlos H. J. Cruzat, sólo tuvo intervención en la etapa introductoria, incluyendo la medida asegurativa de prueba. La juez especificó el porcentaje que le asignó a la labor de cada profesional, lo que se corrobora con la efectiva intervención profesional del caso, por lo que debe readecuarse la regulación en función del nuevo monto de condena (\$ 638.000) por los rubros que se admiten en su totalidad.

VII.- En consecuencia, corresponde rechazar el recurso de apelación de honorarios y admitir parcialmente el recurso de apelación promovido a fojas 387 por la parte

actora contra de la sentencia de fojas 378/384 y su aclaratoria de fojas 386, conforme se ha expuesto en las consideraciones vertidas en la presente resolución.

ASÍ VOTO.

Sobre la primera cuestión, los Dres. MARÍA SILVINA ÁBALOS y CLAUDIO ALEJANDRO FERRER adhieren por sus fundamentos al voto que antecede.

SOBRE LA SEGÚNDA CUESTIÓN, EL SR. JUEZ DE CÁMARA, DR. CLAUDIO F. LEIVADI-JO:

Las costas deben imponerse a la parte recurrida que resulta vencida no correspondiendo imposición en costas por la variación del monto concedido en concepto de Daño Moral atento al carácter netamente subjetivo del rubro, sujeta su fijación al prudente arbitrio judicial. (Confr. LS 191:231, LS 191:290) (arts. 35 y 36 del C.P.C.); respecto del recuso de apelación por honorarios, corresponde omitir pronunciamiento sobre costas atento a la expresa disposición del art. 40 del C.P.C.

ASÍ VOTO.

Sobre la segunda cuestión, los Dres. MARÍA SILVINA ÁBALOS y CLAUDIO ALEJANDRO FERRER adhieren al voto precedente.

Con lo que se dio por concluido el presente acuerdo dictándose sentencia, la que en su parte resolutive dice así:

SENTENCIA:

Mendoza, 12 de diciembre de 2.016.

Y VISTOS:

Por lo que resulta del acuerdo precedente, el Tribunal

RESUELVE:

1° Admitir parcialmente el recurso de apelación promovido a fojas 387 por la parte actora y en consecuencia, modificar la sentencia de fojas 378/384 y su aclaratoria de fojas 386, que queda redactada del siguiente modo: "I.- Hacer lugar parcialmente a la demanda y en consecuencia, condenar a GOBIERNO DE LA PROVINCIA DE MENDOZA a pagar a los actores: a) MIGUEL ÁNGEL MONTIVERO la suma de PESOS TRESCIENTOS DIECINUEVE MIL (\$ 319.000) y b) ELBA ROSA AGÜERO de MONTIVERO la suma de PESOS TRESCIENTOS DIECINUEVE MIL (\$ 319.000) im-portes que deberán hacerse efectivos en el plazo de diez días de firme la presente, con más los intereses determinados en la presente resolución, hasta el efectivo pago.- II.- Imponer las costas a la parte demandada perdidosa y a los actores por el rubro cualitativamente rechazado (art. 36 inc. I. Ley 3641).- III.- Regular los honorarios profesionales por lo que prospera la demanda a los Dres. Oscar A. Lui (mat. 2314) (6% del 100%) en

la suma de PESOS [REDACTED] (\$ [REDACTED]); Carlos Javier Cruzat (mat. 4554) (2% del 100%) en la suma de PESOS [REDACTED] (\$ [REDACTED]), Adrian Lui (mat. 7226) (8% del 100%) en la suma de PESOS [REDACTED] (\$ [REDACTED]); Mario Falconi (mat. 1845) (50% del 4% del 70% del 100%) en la suma de PESOS [REDACTED] (\$ [REDACTED]); Gabriel Galan (50% del 2% del 70% del 100%) en la suma de PESOS [REDACTED] (\$ [REDACTED]); Pedro Garcia Espetxe (mat. 2166) (50% del 4% del 70% del 100%) en la suma de [REDACTED] (\$ [REDACTED]) y Hugo Ferrero (mat. 3428) (50% del 6% del 70% del 100%) en la suma de PESOS [REDACTED] (\$ [REDACTED]) con más los complementarios que pudieran corresponder (Arts. 2, 3, 13, 31 y ccs. Ley 3641). IV.- Regular los honorarios profesionales a la perito psicóloga por lo que prospera la demanda en la suma de PESOS [REDACTED] (\$ [REDACTED]).-

2° Imponer las costas de alzada a la parte recurrente vencida (Arts. 35 y 36 del C.P.C.).

3° Regular los honorarios de los profesionales intervinientes en esta vía impugnativa de la siguiente manera: a los Dres. OSCAR LUI en la suma de Pesos [REDACTED] (\$ [REDACTED]), ADRIAN LUI en la suma de Pesos [REDACTED] (\$ [REDACTED]), CARLOS H. JAVIER CRUZAT en la suma de Pesos [REDACTED] (\$ [REDACTED]), GABRIEL GALAN en la suma de Pesos [REDACTED] (\$ [REDACTED]), ELISEO VIDART en la suma de Pesos [REDACTED] (\$ [REDACTED]) y HUGO H. FERRERO en la suma de Pesos [REDACTED] (\$ [REDACTED]) (Art. 2, 3, 4, 13, 15 y 31 L.A.) Los honorarios regulados son sin perjuicio de los complementarios que correspondan, dejando expresamente establecido que al momento de practicarse liquidación deberá adicionarse el Impuesto al Valor Agregado (I.V.A.) a los profesionales que acrediten la calidad de responsables inscriptos.

4° Rechazar el recurso de apelación de honorarios de los profesionales y omitir pronunciamiento a tenor del art. 40 del C.P.C.

CÓPIESE, REGÍSTRESE, NOTIFÍQUESE Y BAJEN.

CL/EG/5904

Dr. Claudio F. Leiva
Dr. Claudio A. Ferrer
Juez de Cámara
Juez de Cámara

Dra. María Silvina Ábalos
Juez de Cámara

Dra. Andrea Llanos
Secretaria de Cámara