



ACUERDO N° 44 .- En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, a los ocho días del mes de octubre del año dos mil veinte, en Acuerdo, la Sala Procesal Administrativa del Tribunal Superior de Justicia, integrada por la Dra. **MARÍA SOLEDAD GENNARI** y el Dr. **ROBERTO GERMÁN BUSAMIA**, con la intervención de la titular de la Secretaría actuante, Dra. **Luisa A. Bermúdez**, procede a dictar sentencia en los autos caratulados "**HERNÁNDEZ, ELIZABET GENOVEVA C/ PROVINCIA DEL NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA**", Expediente **OPANQ1 N° 4310 - Año 2013**, procedentes de la Oficina Judicial Procesal Administrativa de la I Circunscripción Judicial. Conforme el orden de estudio y votación pertinente, el señor Vocal **Doctor ROBERTO GERMÁN BUSAMIA** dijo: **I.-** Llegan las presentes actuaciones a esta Sala Procesal Administrativa, en virtud de los recursos de apelación interpuestos por la actora (fs. 224/232) y por la demandada (233/237) contra la sentencia definitiva de primera instancia recaída en autos (fs. 209/221).

A fs. 238, en la instancia de origen, se concedieron ambos recursos y se corrió traslado de sendos agravios, siendo contestados por la actora a fs. 240/245 y por la demandada a fs. 246/vta.

Mediante nota de elevación que luce a fs. 248 se remitieron las actuaciones a esta Sala.

II.- La sentencia definitiva de primera instancia dispuso hacer lugar a la demanda interpuesta por la actora contra la Provincia del Neuquén, encontrando a esta última responsable por la deficiente prestación del servicio de policía de seguridad (falta de servicio), y condenándola a abonar la suma de \$1.985.900 con más intereses y costas.

Para así decidir se fundó en la proyección que ejerce en sede civil la existencia de una sentencia penal previa (artículo 1102 C.C.), y así tuvo por acreditado que en horas de la madrugada del día 19/12/2012, encontrándose Claudio Salas (agente policial) de servicio, mató a Braian Hernández (hijo de la actora). El hecho luctuoso se produjo cuando el agente policial, valiéndose de su arma reglamentaria, disparó sin causal de justificación o exculpación alguna contra el menor que se encontraba en un vehículo, haciendo un uso desproporcionado de la fuerza -lo que habitualmente se denomina "gatillo fácil"- ocasionando la muerte de la víctima (cfr. Ac. 15/2014 y Sentencia 41/2013).

Aclaró que en razón de que el hecho había sucedido el 19/12/2012, esto es, con antelación a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial (Ley 26.994), los presupuestos de la responsabilidad se regirían por los estándares pretoriamente elaborados a partir de las normas del Código Civil derogado, vigente al momento del hecho antijurídico. Pero para la cuantificación de los daños, aplicaría el Código Civil y Comercial en la inteligencia que debía realizarse de acuerdo a la ley vigente al momento en el que la sentencia fija su extensión o medida.

En función de ello, estimó los daños consistentes en: a) pérdida de chance, en la suma de \$27.443,35; b) gastos de tratamiento psicológico, en la suma de \$18.000; y c) daño moral -incluyendo daño Expediente OPANQ1 N° 4310 - Año 2013 psicológico- en la suma de \$1.940.400. Asimismo, dispuso que dichos montos devengarían intereses, los que se calcularían a la tasa activa del Banco Provincia del Neuquén, de la siguiente forma: a) para el rubro pérdida de chance, desde la fecha del hecho dañoso y hasta el efectivo pago; b) para los gastos de tratamiento, desde la fecha de la pericia hasta el

efectivo pago; y c) para el daño moral, desde la fecha de la sentencia hasta el efectivo pago.

III.- La actora alega que la sentencia incurre en arbitrariedad por la forma en que se determinan los daños, tanto patrimoniales como extrapatrimoniales.

1.- Con relación al daño patrimonial, argumenta que el Juez, pese a utilizar como forma de cálculo la fórmula matemática financiera, sólo contempla un 5% del resultado que arroja, haciendo una proyección errada sobre la colaboración o ayuda económica que el hijo de la actora eventualmente podría haber contribuido en el hogar familiar para el sostenimiento del mismo, apartándose de los principios que el Código Civil y Comercial establece en sus artículos 1740 y 1746.

Señala que justamente es en las familias más modestas donde sucede con mayor frecuencia que los hijos colaboren económicamente con los padres. En este contexto, teniendo en cuenta las características familiares de la actora, que fueron oportunamente probadas, considera que existía un alto grado de probabilidad de que la familia del menor dependiera -en un futuro próximo- del aporte que el mismo pudiera hacer a fin de mantener la economía familiar.

En función de ello, estima que la indemnización otorgada por el Juez no constituye una reparación integral ya que, aun computando los intereses previstos en la sentencia, la suma reconocida asciende a \$88.747,71, monto que en el contexto de una economía estable -que no es el caso de este país- podría devengar una escasa renta mensual de \$3.105 en un año, lo que desnaturaliza el sentido y objetivo de la ley.

Afirma que el A quo debió considerar ajustar la fórmula utilizada en base a los principios emanados del Código Civil y Comercial, tales como la labor resarcitoria (artículos 1708 y 1709), la inviolabilidad de la persona humana (artículo 51), la reparación plena (artículo 1740), los objetivos de la

responsabilidad civil en conjunto con el deber de prevención (artículos 1708 y 1710) en cuanto constituyen elementos para cuantificar el valor de la vida humana y las repercusiones por pérdida de chance que refieren a la injustificada e ilícita muerte del menor, así como valorar la conducta del que infligió el daño (artículo 1725).

En especial, cuestiona el paralelismo que el Magistrado afirma realizar en la determinación del *quantum* de la indemnización, tomando como referencia los autos "Paterniti Cavilla, Roxana c/ Provincia del Neuquén y otros s/ APA", donde fallara indemnizando la muerte de un menor en función del 25% del resultado arrojado por aplicación de la fórmula matemática-financiera.

Indica que desconoce la diferencia de criterio que llevó al Magistrado a una solución distinta en las Expediente OPANQ1 N° 4310 - Año 2013 presentes actuaciones. Aventura que quizás en el precedente, el Juez consideró que existía un futuro más promisorio porque la víctima estaba en condiciones de iniciar una carrera universitaria, situación que no se le permitió al hijo de la aquí actora dado que se truncó su vida a la joven edad de 14 años.

Refiere que el pronunciamiento apelado arriba a conclusiones inconsistentes en la cuantificación del daño, dado que sólo utiliza cálculos aritméticos, soslayando estimar el conjunto de los elementos de convicción aportados en la causa que arrojan precisiones sobre cómo sucedieron los hechos, sus circunstancias particulares y, especialmente, aquellas características que atañen a la víctima (edad, expectativa de vida, condición económica y social), determinantes para ajustar los resultados arrojados por la utilización de la fórmula matemática-financiera, tendientes a otorgar una reparación integral del daño causado.

Con cita de doctrina y jurisprudencia atinente, explica que lo que se llama elípticamente "la valoración de la vida humana" no es otra cosa que la medición de la cuantía del perjuicio que sufren aquellos para los que el causante producirá, desde el instante en que esta fuente de ingresos se extingue, o sea que lo que se mide en signos económicos no es la vida misma que ha cesado sino las consecuencias que recaen sobre otros patrimonios por la brusca interrupción de una actividad creadora y productora de bienes.

En función de ello, solicita se deje sin efecto lo determinado por el A quo en el punto aludido y se haga lugar al monto estimado por la actora en su demanda, al que se arriba por aplicación de la fórmula de cálculo respectivo pero contemplando las circunstancias que fueron omitidas en el pronunciamiento apelado.

2.- En relación con el *quantum* indemnizatorio reconocido en concepto de daño extrapatrimonial por considerarlo escaso afirma que el Magistrado enuncia pautas que determina arbitrariamente como aplicables al caso, volviendo a comparar los hechos de éste con el precedente "Paterniti", donde se asignó en concepto de daño moral a la madre por la muerte del hijo, la suma de \$500.000 al 30/08/2017, que entonces equivalían -a una cotización promedio de \$17.50- a la suma de USD 28.000; alegando que, al tratarse este caso de un homicidio difícil de explicar, le concedía un 10% más de indemnización que en el antecedente citado, es decir, el equivalente a USD 30.800 a la cotización vigente a la fecha de la sentencia (\$63), con más intereses desde la sentencia.

En concreto, el apelante cuestiona:

a.- Inaplicabilidad de iguales pautas de juzgamiento para casos similares. Explica que este caso se trata de un homicidio ocasionado por un dependiente de la policía

provincial, lo que resulta aberrante, causando un impacto mayor en los sentimientos de la actora. Cuestiona que se lo asimile al caso "Paterniti" ya que lo único similar entre ambos casos, es la muerte de un menor de edad, pero no las causas y la forma en que se produjo.

Argumenta que la variación en el porcentaje debió haber sido mayor en este caso y mejor fundamentada en su Expediente OPANQ1 N° 4310 - Año 2013 comparación con el precedente citado, porque resulta arbitrario disponer que sea un 10% más sin decir en qué se funda para así decidir.

Señala que, en especial, el caso de la muerte de Braian Hernández no sólo tuvo amplia repercusión en los sentimientos de la actora, ya que se trató de una muerte por "gatillo fácil", sino que conmocionó por su gravedad a todo el pueblo neuquino, organizándose marchas populares solicitando justicia y castigo para el agente que ocasionó su muerte, además de la participación y pedido de distintas organizaciones no gubernamentales (ONG) de defensa de los Derechos Humanos, a fin de solicitar al Estado provincial una postura de respeto y protección de los ciudadanos más desprotegidos.

Todo ello, afirma, recrudece el dolor de una madre que se vio privada de ver crecer a su hijo, provocándole mayores sufrimientos, siendo revictimizada una y otra vez durante la instancia de sustanciación del proceso penal, hasta la condena del homicida del menor.

b.- Ausencia de consideración de la pericia psicológica realizada en autos. Cuestiona que no se haya contemplado que, a la fecha de la pericia, la actora tenía un 25% de incapacidad, que presentaba un cuadro depresivo, lo que seguramente y en virtud de no haber podido acceder a un tratamiento psicológico adecuado, se haya incrementado a la fecha de la sentencia, lo que no fue tomado en consideración.

Controvierte que se haya considerado los gastos de un tratamiento psicológico, pero no se tuvo en cuenta los que puedan producirse por un tratamiento psiquiátrico, que seguramente necesite por la entidad de los daños.

Asegura que la pericia da cuenta que esta situación de dolor se acrecienta día a día para la actora. Dice que intensifica ese dolor la posición asumida por la misma demandada, a través de la Fiscalía de Estado, que en su contestación de demanda y a lo largo de todo el juicio, intenta justificar el accionar del policía homicida, a fin de lograr demostrar la existencia de algún eximente que disminuya la responsabilidad.

c.- En tercer lugar, observa que en el pronunciamiento se omite referenciar cuál es el criterio que aplica para la determinación del daño moral, lo que objetivamente lleva a concluir en una valoración errada. Refiere que el Código Civil y Comercial, en punto a la reparación del daño moral, prescribe que debe fijarse ponderando "las satisfacciones sustitutivas y compensatorias" que pueden procurar las sumas reconocidas (artículo 1741 CCC), las que estima no han sido expuestas ni consideradas por el Juez.

En particular, afirma que no se contempló que la actora es auxiliar de servicios con una familia a cargo; que continúa trabajando para la demandada en la misma escuela frente a cuya puerta mataron a su hijo; que todos los días debe pasar por el lugar donde se produjo el hecho reviviendo su dolor; que no se le otorgó un cambio de funciones o de lugar de trabajo, a pesar de haberlo solicitado; que continúa viviendo junto a su familia en el mismo barrio donde se produjo el hecho, sin que su situación económica le permita mudar su residencia habitual. Expediente OPANQ1 N° 4310 - Año 2013.

Desde este lugar, estima que la indemnización acordada no otorga satisfacciones sustitutivas ni ponderatorias de los padecimientos sufridos y reiterados en el tiempo. Manifiesta que la suma acordada no le permite mudarse a otra vivienda, ya que el poder adquisitivo de la indemnización otorgada es mucho menor que el equivalente otorgado en el precedente "Paterniti". Aclara que aun cuando la indemnización se encuentra referida al dólar -moneda más estable que el peso argentino- no se determina de qué forma ese valor puede resarcir y buscar un mejoramiento en las condiciones de vida que actualmente padece la accionante por el daño sufrido.

Dice que todo ello convierte a la decisión en arbitraria, porque lo que se expresa en los fundamentos se diluye en el alcance de su fallo, atenuando la responsabilidad de la demandada, y contrariando lo dispuesto por el artículo 1742 del CCC, siendo un hecho doloso el que causó la muerte del hijo de la aquí apelante.

Por ello propicia la revisión del fallo en relación con el monto determinado, el que estima debe ser más cercano al demandado por la actora en su escrito inicial (\$3.275.000).

d.- En párrafo aparte, se agravia por la fecha en que el Magistrado fija para el cómputo de los intereses, indicando que contraría el artículo 1748 del CCC, en tanto allí se prescribe que el curso de los intereses comienza desde que se produce cada perjuicio.

Afirma que más allá de que la víctima -directa o indirecta- de un hecho lesivo no sufre la totalidad del daño moral el día mismo de su acaecimiento, se entiende pacíficamente que el débito resarcitorio por daño moral es debido desde ese momento, por cuanto allí tiene su génesis.

Interpreta que si el Magistrado determina que la presente causa debe ser juzgada dentro del marco de lo

dispuesto por el Código Civil y Comercial, debe aplicar la legislación en todo su contenido y no sólo en aquellas partes que, según su criterio, se ajustan al fallo.

En consecuencia, solicita que se proceda a reformular la sentencia, con relación a este rubro, indicando que los intereses deben correr desde el momento del hecho que produjo el perjuicio, más allá del tipo y tasa que se fije en función a cada periodo, por el que transitó el presente proceso.

Formula petitorio y solicita se haga lugar a la apelación impetrada, con costas a la contraria.

IV.- A fs. 233/237 la Provincia del Neuquén interpone recurso de apelación contra el pronunciamiento de fs. 209/221 y expresa agravios.

En primer lugar, se alza contra la aplicación que el A quo hace de un régimen de responsabilidad civil del cual el Estado se encuentra expresamente excluido.

Explica que si bien conforme al artículo 7 del Código Civil y Comercial (CCC) -citado por el Juez en la sentencia como fundante de la aplicación del marco normativo cuestionado- el nuevo régimen debe aplicarse a las consecuencias jurídicas no agotadas o no operadas de la relación jurídica constituida bajo la ley anterior, es Expediente OPANQ1 N° 4310 - Año 2013 manifiestamente improcedente o ilegal aplicarlo a este caso, puesto que nos encontramos frente a un caso de responsabilidad del Estado, expresamente excluido del régimen previsto en la nueva legislación civil (artículos 1764 y 1766 del CCC).

En función de ello estima que el pronunciamiento apelado deviene nulo, por estar sostenido sobre el andamiaje de un sistema de responsabilidad inaplicable al caso concreto.

En segundo lugar, se agravia por el mecanismo de cuantificación que utilizó el Magistrado para determinar la

indemnización; en particular, su equivalencia con una moneda que no tiene curso legal.

Señala que las partes no han planteado -ni existe en la sentencia- una declaración de inconstitucionalidad del artículo 4 de la Ley N° 25.561 que prohíbe la repotenciación de deudas, por lo que niega estar obligado a pagar una actualización en función del poder adquisitivo de la moneda de uso corriente.

Indica que el Magistrado decide "dolarizar" el "mercado judicial", comparando el presente infortunio con aquel acaecido en los autos "Paterniti". Refiere que las situaciones de ambos procesos son distintas, pero son asimiladas por el A quo en función de existir en ambas el deceso de un menor y que, luego de dolarizar la indemnización acordada en aquellos actuados, decide otorgar un 10% más a la actora en esta causa, realizando una conversión entre ambas monedas con la excusa de mantener incólume el valor indemnizatorio.

Se queja la apelante porque no sólo el dólar no fue el parámetro utilizado oportunamente en el precedente citado a los fines de acordar la indemnización, sino que la actualización monetaria, como así la variable financiera de cotización en mercado de valores de la moneda extranjera dólar, resulta un mecanismo ajeno, ilegal e innecesario para cuantificar o repotenciar la indemnización que se quiere dar, traduciendo arbitrariedad e incongruencia en la decisión.

Afirma que, en la práctica, la legislación aplicable y la doctrina legal vigente indican que la forma adecuada y legal de actualizar valores en pesos, en el caso, para los daños y perjuicios, será la de computar intereses conforme la tasa activa a partir del 01/01/08.

A fin de graficar la distorsión que produce el método utilizado por el Juez, realiza un comparativo

utilizando el mismo punto de partida -indemnización otorgada en el caso "Paterniti"- al que incrementa en un 10% -conforme lo estima el A quo- y calcula intereses a tasa activa desde la fecha de la sentencia recaída en aquella causa hasta el pronunciamiento apelado, lo que arroja un monto total de \$1.024.239,22.

Luego, recuerda que, aun en el caso de haberse contraído la obligación en dólares -lo que aquí no ocurre-, el artículo 765 del CCC habilita a que el deudor dé cumplimiento a la misma otorgando su equivalente en moneda de curso legal.

Concluye que, en definitiva, el valor dólar estadounidense no es parámetro válido ni legal en nuestro país para determinar deudas en pesos, ni actualizaciones o repotenciaciones, y tampoco constituye un índice Expediente OPANQ1 N° 4310 - Año 2013 corrector de la inflación. Aclara que el valor volátil del dólar, si bien tiene efectos cambiarios sobre la economía de los países, principalmente en actividades industriales y/o comerciales de exportación e importación, no guarda relación en su fluctuación con el costo de vida, ni con la inflación; por el contrario, su valor responde a muy distintos parámetros de los que representan el valor efectivo del peso de curso legal en el mercado interno.

Finalmente, alega que el procedimiento de dolarización que efectuó el Juez en su sentencia no fue peticionado por ninguna de las partes, lo que torna a la sentencia en incongruente y arbitraria, traduciendo una manifiesta ilegalidad.

En función de ello, solicita se revoque la sentencia en lo que es materia de agravio, con expresa imposición de costas a la contraria.

V.- A fs. 238 se conceden ambas apelaciones y se corre traslado de los agravios a sus contrarias.

A fs. 240/245, la actora contesta los agravios de la apelación deducida por la demandada Provincia del Neuquén.

En relación con el primer agravio expresado, afirma que el mismo pronunciamiento explica que la aplicación de normas y principios del Código Civil y Comercial a la presente causa, resulta de la ausencia de normas locales, o de falta de adhesión de la Provincia del Neuquén a la Ley Nacional N° 26.994. Indica que, frente al vacío legal existente, emerge la correcta aplicación de la Ley Civil común, por analogía y como el medio del derecho que más responde a la reparación del daño causado, con ecuanimidad y justicia para ambas partes.

Alega que la falta de una legislación específica impone al juez el cumplimiento de este requisito formal de excepción, que hace que la responsabilidad del apelante deba ser juzgada dentro del ámbito legal del derecho común, luego de acreditada la ocurrencia del hecho, la existencia del daño y la relación de causalidad entre ambos, puntos que el sentenciante toma en cuenta para condenar a la demandada. Observa que la demandada en ningún momento se considera agraviada por haberlo encontrado responsable del daño, por la falta de exculpación de su dependiente, ni porque se haya tenido acreditado la relación causal entre el hecho y el daño, cuestiones que han quedado firmes a esta altura. Afirma que su única objeción es respecto a la ley aplicable, pero no refiere el porqué de su disconformidad ni cuál es el marco normativo aplicable al caso. Por ello, solicita se rechace este agravio infundado.

Con respecto al segundo agravio, manifiesta que en ningún pasaje de la sentencia el A quo intenta dolarizar la deuda a cuyo pago se condena a la demandada.

Con citas de fragmentos del fallo, la actora afirma que el Magistrado explica que, tratándose de una deuda de valor, cobra importancia el momento de su determinación o

cuantificación. Para ello, toma como referencia la decisión recaída en un fallo que él considera similar -opinión que no comparte, aclara- y, a Expediente OPANQ1 N° 4310 - Año 2013 los efectos de otorgarle un valor real al presente, compara el monto de lo sentenciado a pagar en el caso testigo y transforma ese valor a su equivalente en dólares al sólo efecto de determinar el valor adquisitivo de la obligación impuesta a la demandada; luego adiciona un 10% -en razón de considerar la gravedad del hecho- y nuevamente convierte el resultado arrojado a la moneda de curso legal, considerando la cotización oficial actual de la moneda extranjera.

Juzga que todas las elucubraciones y fundamentos de dolarización de la deuda, así como el impedimento legal alegado por la demandada en su apelación, constituyen una errada interpretación del pronunciamiento, que no refleja un cuestionamiento serio sobre el fundado razonamiento del fallo el que -admite- puede resultar equívoco pero no es antijurídico.

Concluye que la apelante sólo discrepa con la postura adoptada por el Magistrado pero no logra fundamentar acabadamente su recurso, por lo que solicita se lo rechace, con costas a su cargo.

VI.- A fs. 246 obra contestación de los agravios expresados por la actora, por parte de la Provincia del Neuquén.

Replica que la apelante, lejos de expresar agravios, manifiesta una mera disconformidad con los términos y conclusiones de la sentencia, dejando intactos los fundamentos jurídicos que el A quo utiliza para fundar su decisión.

Más específicamente, sostiene que la quejosa omite concretar, ubicar, especificar vicios y defectos de la sentencia que puedan erigirse como errores *in iudicando*, fundando su recurso en tergiversaciones de los argumentos

judiciales a fin de lograr elevar los montos de condena, cayendo en una reiteración de los términos de su demanda.

Asimismo, pretende incorporar un marco legal inaplicable al caso de autos, conforme la fecha de ocurrencia del mismo, pretendiendo que la cuantificación de la obligación de reparar se remita al Código Civil y Comercial a fin de utilizar nuevos parámetros que eleven la indemnización, incumpliendo el mandato de irretroactividad de la ley.

Defiende la valoración de la prueba que realiza el Magistrado a fin de mensurar el daño moral y la decisión a la que arriba, la que considera fruto de una derivación lógica de las probanzas y circunstancias de autos, sin perjuicio de no coincidir con aquellos aspectos que fundan los agravios expresados oportunamente.

Por ello, solicita se rechace el recurso intentado por la actora, con costas a su cargo.

VII.- A fs. 253/256 el Señor Fiscal General propicia el rechazo de sendos recursos de apelación y la confirmación de la sentencia de grado.

Luego de afirmar que ambos recursos fueron interpuestos en tiempo y forma, con relación al primer agravio expresa que el Magistrado adelantó que juzgaría el caso de acuerdo a las reglas, principios y estándares pretorianamente elaborados a partir de normas de derecho común, y así lo hizo recurriendo a citas de precedentes Expediente OPANQ1 N° 4310 - Año 2013 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Remite al dictamen del Fiscal Jefe obrante a fs. 189/95 reiterando que, ante la ausencia de normas de derecho público local que regulen la cuestión, la responsabilidad del Estado es de raigambre constitucional y su tratamiento jurídico debe efectuarse recurriendo a la aplicación de disposiciones de derecho común o algún principio general de derecho. Aclara que el pronunciamiento de grado sólo recurrió

a la aplicación del Código Civil y Comercial en forma analógica, frente a la ausencia de normas locales sobre el tópico, lo que convierte en infundadas las críticas de la Provincia al respecto.

Con relación al daño patrimonial, advierte que el fallo tomó en consideración la pérdida de chance de una ayuda económica futura que la víctima podría haber dado a la actora, reparando en que la cuantía de la indemnización se halla en relación inversa al tiempo en que debería concretarse la expectativa de asistencia. Asegura que se ponderó las circunstancias patrimoniales de la accionante, su edad laboral activa restante, empleo y cargas de familia. Aclara que el fallo, si bien remite al precedente "Paterniti", no funda ese rubro en el mismo, sino que pondera adecuadamente las variables que rodean al caso en especial.

Destaca que la estimación hecha por la actora en su demanda no considera los datos de la víctima, su hipotética productividad y la correspondiente chance de asistencia a su madre, sino que toma como punto de partida el volumen de ingresos de la madre y su restante vida laboral activa, lo que resulta a todas luces lejano al rubro que se pretende indemnizar.

Descarta el agravio relativo al daño psíquico o gastos de tratamiento, puesto que el Magistrado no hizo más que seguir la pretensión actoral, al referenciar la indemnización a las resultas de la pericia psicológica obrante en autos.

Finalmente, respecto a la cuantificación del daño extrapatrimonial, dice que el Juez de grado citó el artículo 722 del CCC que prevé la posibilidad de expresar el valor en una moneda sin curso legal que sea habitualmente usada en el tráfico.

Asegura que el Juez argumentó su decisión suficientemente, considerando que se trataba de valorar con actualidad una deuda de valor -a diferencia de una obligación de dar una suma de dinero-, que resultaba idónea para acceder a esos bienes, calculando el interés desde la sentencia, acto en el cual se concretizaba y generaba la obligación de dar un capital.

Estima que la fundamentación del proceso lógico que sirvió al Magistrado para establecer el valor de la deuda, se encuentra suficientemente argumentado y responde a parámetros de justicia, razón por la cual considera que los agravios expresados deben ser rechazados.

VIII.- En los términos de los artículos 6, párrafo final, Ley N° 2979, y 4, inciso "a", Ley N° 1305 -texto Ley N° 2979- esta Sala Procesal Administrativa resulta competente para entender en el presente recurso de apelación contra la sentencia definitiva de primera Expediente OPANQ1 N° 4310 - Año 2013 instancia.

Realizada la verificación de la forma de concesión de los recursos de apelación (cfr. artículo 276 del CPCyC), se advierte que los mismos han sido concedidos libremente y han sido fundados tempestivamente.

Cumplidos los recaudos exigibles para la intervención revisora que se solicita a este Cuerpo, y verificado que se han superado las exigencias y cargas, sin mengua a garantías procesales, corresponde ingresar a la consideración de los argumentos con los que los apelantes instan la revisión del fallo de grado.

IX.- Luego de realizado el relato pormenorizado de los agravios expresados por ambas partes y analizado el pronunciamiento apelado, es preciso adelantar que habrá de confirmarse las conclusiones a las que arribó el Juez de grado en lo relativo a la existencia de los presupuestos de la

responsabilidad demandada y a la extensión de los rubros indemnizatorios reconocidos, en tanto constituyen una derivación razonable de los hechos alegados y probados en la causa.

Sin embargo, deviene necesario realizar algunas consideraciones con relación a los desarrollos argumentales contenidos en el pronunciamiento, en tanto la forma en que han sido expuestos -incluso contrariando la jurisprudencia de esta Sala en algunos aspectos- ha merecido el cuestionamiento de ambos apelantes, traduciendo criterios que no son compartidos por este Cuerpo.

IX.1.- En esa inteligencia, y siguiendo una sistematización lógica de los planteos introducidos por las apelantes, se abordará, en primer lugar, el agravio relativo al régimen jurídico aplicable al caso.

En el desarrollo del apartado "IV" se describió en forma detallada el cuestionamiento que la demandada hace con relación al marco jurídico que estima debe regir la cuestión sentenciada.

Sucintamente, se indicó que la Provincia solicita la nulidad del pronunciamiento en tanto estima inaplicable a la responsabilidad del Estado las previsiones del Código Civil y Comercial, en función de la expresa exclusión contenida en los artículos 1764 y 1766 de dicho cuerpo normativo.

Asiste razón a la demandada en que la responsabilidad del Estado es una materia que pertenece al derecho público local cuya regulación es resorte de cada provincia, y que el Código Civil y Comercial -Ley N° 26.994- avala tal interpretación al excluir expresamente la aplicación del Capítulo 1 del Título V "Otras fuentes de obligaciones" a la responsabilidad del Estado, en forma directa o subsidiaria.

Esta circunstancia no escapa al entendimiento del Juez de grado que efectúa una referencia expresa a ello

indicando que *"Es cierto que el CCC establece expresamente que las disposiciones sobre responsabilidad contenidas en el capítulo I de su título V no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa o subsidiaria (art. 1764 inaplicabilidad de normas). Sin embargo, para cuantificar los daños habrá de acudirse analógicamente a dicho plexo, por ausencia Expediente OPANQ1 N° 4310 - Año 2013 de normas y principios de derecho público vigentes y aplicables porque, en rigor de verdad, es el único cuerpo de normas que reglamenta en forma sistemática el principio de no dañar contenido en el artículo 19 de la Constitución Nacional."* (fs. 213 vta.).

Admitido, entonces, que la ausencia de una norma general que a nivel provincial sea inmediatamente aplicable a la materia, debe superarse mediante la técnica de la analogía, correspondiendo acudir al estatuto más cercano que regule una temática similar -formulando las adaptaciones necesarias en su caso- resta preguntarse si la remisión que efectúa el Juez al Código Civil y Comercial es la adecuada en función de la pretensión entablada y los hechos del caso o debió acudirse a otra normativa.

El A quo aborda el problema del marco jurídico aplicable en varios fragmentos de su fallo.

Así, señala que: *"... en materia de derecho de daños debe distinguirse entre la configuración de los presupuestos de responsabilidad, que se rigen por la ley vigente al momento de la constitución de la relación jurídica generadora de dicha responsabilidad (en el caso la fecha de acaecimiento del hecho dañoso) de aquellas consecuencias jurídicas no agotadas o no operadas de la relación jurídica constituida bajo la ley anterior, que quedan alcanzadas por el CCC de conformidad con la norma de derecho transitorio (art. 7)."*

Luego agrega que: *"Hay consecuencias de los hechos dañosos que no son instantáneas, sino que se prolongan en el tiempo, como el daño moral, que en definitiva se estima al momento de la sentencia, debido al sufrimiento sostenido desde el hecho hasta este acto jurisdiccional o al menos hasta la fecha de la pericia.*

La cuantificación del daño que es la formulación y determinación de la indemnización que realiza el juez, necesariamente debe efectuarse conforme a la ley vigente en el momento en que la sentencia determina su medida, es decir la fecha de su expedición."

Para concluir que: *"si la determinación de la medida y extensión del daño o la valoración de la cuantía indemnizatoria debe efectuarse al momento en el que el juzgador reúne los elementos de prueba aportados en el proceso y realiza su juicio de ponderación de los mismos fijando la referida condena, dicho juicio de valor debe realizarse conforme a las reglas que determina la ley vigente al momento de su determinación"*. De los términos citados, se desprende que el Juez desdobra el análisis del caso en dos momentos distintos -ocurrencia del hecho ilícito y dictado de la sentencia- interpretando que el derecho aplicable resulta diferente en cada uno de ellos, como consecuencia de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial -Ley N° 26.994-.

Sabido es que la hermenéutica del derecho transitorio se vincula necesariamente con la seguridad jurídica, desde que importa el estatuto normativo bajo el cual ha de regirse una determinada situación o relación jurídica y otorga previsibilidad a las partes al entablar una acción judicial tendiente al reconocimiento de sus Expediente OPANQ1 N° 4310 - Año 2013 derechos.

No se soslaya que -en la mayoría de los casos- las situaciones o relaciones jurídicas no son realidades instantáneas desde el punto de vista del tiempo material, sino sucesiones de hechos, conductas, actos y consecuencias que se producen a lo largo del tiempo.

En efecto, *"la vida de una relación o una situación jurídica tiene un punto de nacimiento y uno de extinción, más o menos distantes temporalmente. Cada una de las circunstancias que se producen en ese lapso debe ser regulada adecuadamente. El problema aparece cuando se produce un cambio en la ley durante el tiempo de vida de la relación o situación jurídica, y esto obliga a resolver qué norma ha de aplicarse, qué efectos podrá seguir teniendo la norma anterior y qué efectos tendrá la nueva norma respecto a cada aspecto de la situación jurídica"* (Bueres - Highton, Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencia, tomo I-A, pág. 9. 1ª edición, 1ra reimpresión, Ed.- Hammurabi, Buenos Aires, 2003).

Es por ello que la interpretación y aplicación del artículo 7° del Código Civil y Comercial que intenta regular el derecho transitorio, no ha sido un tema exento de controversias tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, siendo particularmente arduo discernir la aplicación de la nueva estructura iusprivatista a los procesos en trámite.

El mencionado artículo 7° del Código Civil y Comercial (Ley N° 26.994) define, en lo que aquí es relevante, la eficacia temporal de la nueva ley, expresando que *"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."*

Aquí radica el eje central que permite interpretar qué ley resulta aplicable a los procesos de daños en trámite durante la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial. Cabe precisar que su redacción no varía sustancialmente de aquella contenida en el artículo 3° del Código Civil de Vélez (ref. Ley N° 17.711) -salvo en su último apartado-, razón por la cual la exégesis doctrinaria y jurisprudencial desarrollada con motivo de su aplicación conservan plenamente su validez actual.

Kemelmajer de Carlucci -integrante de la Comisión redactora del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación- en su libro *"La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes"* afirma que tanto la doctrina como la jurisprudencia son coincidentes en que la responsabilidad civil se rige por la ley vigente al momento del hecho antijurídico dañoso.

Reconoce que existen discrepancias en torno a diferenciar qué se entiende por "elementos constitutivos" y por "consecuencias del ilícito" dado que, como se ha señalado, la nueva ley rige las consecuencias que no están consumadas al momento de la entrada en vigencia. Expediente OPANQ1 N° 4310 - Año 2013 Pero, concluye, *"el daño no es una consecuencia, sino un elemento constitutivo del régimen de responsabilidad, y ésta es la razón por la cual rige la ley vigente al momento del hecho y no la posterior"*.

Al tratar específicamente el tema de la responsabilidad civil, cita la jurisprudencia interpretativa posterior a la entrada en vigencia de la Ley N° 17.711 -que incorporó el artículo 3° al C. C. de Vélez-.

Allí indica que: *"...b) con motivo de la modificación del C.C. por la ley 17.711 el plenario de la Cámara Nacional Civil del 21 de diciembre de 1971 decidió que "No corresponde aplicar la nueva norma del artículo 1078 del*

CC cuando el hecho dañoso fue anterior a la puesta en vigencia de la ley 17.711". La razón es que el daño no es una consecuencia del ilícito, sino un elemento constitutivo. (...) c) En el mismo sentido, se resolvió no aplicar el nuevo 1.117 (Ley 24.830) si la ley entró en vigencia mientras el proceso estaba tramitándose, o sea, el hecho dañoso acaeció durante la vigencia de la ley anterior. (...) e) ... la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto que, en materia de accidentes de trabajo, rige la ley imperante en el momento en que el hecho se produjo.", etc. (Kemelmajer de Carlucci, Aída, pág. 27/28 y 101/2 ed. Rubinzal-Culzoni, Sta. Fe, 2015).

Posteriormente, en un comentario crítico a la Acordada 194 dictada por la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de la ciudad de Trelew (15/04/2015) se refiere expresamente a la aplicación de la nueva ley a los procesos en trámite y, luego de expresar su postura respecto a que "el hecho de que se haya dictado una sentencia que no se encuentra firme no influye sobre cuál es la ley aplicable", expone: "Si la Cámara revisa una sentencia relativa a un accidente de tránsito, aplica la ley vigente al momento de ese accidente; en agosto de 2015 la revisará conforme el artículo 1113 del Código Civil, no porque así lo resolvió el juez de primera instancia, sino porque la ley que corresponde aplicar es la vigente al momento en que la relación nació (o sea, el del accidente). En cambio si la apelación versara sobre consecuencias no agotadas de esas relaciones, o lo que atañe a la extinción de esa relación (por ej. una ley que regula la tasa de interés posterior al dictado de la sentencia de primera instancia), debe aplicar esa ley a los períodos no consumidos; más aún, debería aplicarla también a los consumidos si la ley ha establecido su carácter retroactivo y no se vulneraran derechos constitucionalmente amparados" (cfr. autora citada "El artículo 7 del Código Civil y Comercial y

los expedientes en trámite en los que no existe sentencia firme", LL 22/04/2015, Cita online AR/DOC/1330/2015).

Lorenzetti, por su parte, afirma en referencia al artículo 7° del CCC que: *"La norma, siguiendo el Código derogado, establece la aplicación inmediata de la ley a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las que se constituyeron o se extinguieron cumpliendo los requisitos de la ley anterior no son alcanzadas por este efecto inmediato.. Expediente OPANQ1 N° 4310 - Año 2013 Las "consecuencias" son todos los efectos de hecho o derecho que reconocen como causa una situación o relación jurídica existente. (...) la ley es retroactiva si se aplica a una relación o situación jurídica ya constituida o extinguida, o a efectos ya cumplidos bajo la ley anterior"*. (cfr. Lorenzetti, Ricardo Luis "Código Civil y Comercial Comentado" T. I, pág. 47, ed. Rubinzal- Culzoni, Sta. Fe, 2014).

López de Zavalía, acota *"La ley tiene aplicación inmediata sobre todas las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No afecta a la relación tal como ella existió antes, pues sólo toca sus consecuencias a partir de la ley."* (Cfr. "Irretroactividad de las leyes", LA LEY 135-1485, en particular p. 1941).

Por último, Julio Rivera -cuya polémica con la Dra. Kemelmajer en torno a la interpretación del artículo 7° del C.C.C. ha merecido varios artículos doctrinarios- interpreta que la nueva ley no puede ser aplicada a los procesos en trámite salvo que expresamente se prevea la aplicación retroactiva.

Así afirma *"el efecto inmediato del derecho nuevo está sujeto al mismo límite que la aplicación retroactiva, esto es, no puede afectar garantías constitucionales. En relación a los juicios en trámite la aplicación inmediata produce una afectación inconstitucional de la garantía de*

defensa en juicio, si las partes no tienen -como mínimo- la oportunidad de invocar, alegar y probar sobre el derecho "nuevo", pues no es de aplicación el principio iura curia novit en tanto no es un derecho que las partes pudieron haber invocado. La sustancial diferencia es que el derecho vigente es conocido -y por lo tanto las partes pudieron ajustar sus pretensiones a él e invocarlo o no pues de todos modos si no lo hacían podría suplirlo el juez-, mientras que en la situación que nos ocupa las partes lisa y llanamente no pueden conocer algo que no existe. [] Y, como hemos señalado antes, puede conducir incluso a la vulneración del principio de congruencia si de la aplicación del derecho "nuevo" resultara una sentencia que no reflejara las pretensiones de las partes. El principio de congruencia está ligado a la garantía del debido proceso según la misma Corte Suprema de Justicia de la Nación". (cfr. Rivera Julio, "Política legislativa y judicial en materia de derecho transitorio", Acad. Nac. De Derecho 2016 (dic), 12/12/2016, 5; publicado también en LA LEY Cita online AR/DOC/4009/2016).

Como se advierte, la doctrina nacional no es unánime en la aplicación del derecho de transición, pero aun aquellos que se encuentran en posturas antagónicas (para el caso, los juristas Kemelmajer de Carlucci y Rivera) coinciden -aunque por diversos motivos- en que en los procesos de daños, la ley aplicable es la vigente al momento de producirse el evento dañoso -la primera, porque entiende al "daño" como elemento constitutivo de la obligación de responder y, en cuanto tal, se rige por la ley vigente al momento de su constitución; y el segundo, porque interpreta que la nueva ley no puede aplicarse a los procesos en trámite, sin afectar garantías constitucionales salvo retroactividad expresa-. Expediente OPANQ1 N° 4310 - Año 2013 Este criterio -aplicación de la ley vigente al momento del hecho- ha sido receptado por la

jurisprudencia pacífica de este Cuerpo a través de sus distintas integraciones (cfr. Ac. 41/19 "Mondaca", entre otros).

Ergo, aun cuando se admitiera que la producción del daño moral no es instantánea, sino que el sufrimiento comienza con el hecho antijurídico y continúa en el tiempo, ello no convierte al mismo en una "consecuencia" de la situación o relación jurídica fuente de la obligación de reparar. El daño es un elemento constitutivo de la responsabilidad y la sentencia que lo reconoce es declarativa de su existencia así como de la consecuente obligación de repararlo, debiendo retrotraerse al momento en que aconteció el hecho ilícito que constituye su causa fuente a fin de aplicar el derecho que regía dicha situación. En función de ello, la determinación de la medida o extensión del daño debe realizarse según la normativa vigente al tiempo de los hechos que lo originaron, independientemente del momento en que el A quo lleve a cabo esta tarea.

En el caso de autos, el hecho antijurídico que tuvo como resultado la muerte del menor Braian Hernández tuvo lugar el 19/12/2012, la acción resarcitoria fue entablada el 24/07/2013, la litis fue trabada el 12/12/2013, la causa se abrió a prueba en febrero de 2014, y la pericia psicológica - de la que hace mérito el A quo para estimar la extensión del resarcimiento por daño moral- fue realizada el 23/09/2014. Es decir, tanto el hecho ilícito como la acción entablada para lograr su resarcimiento y aun la prueba de su existencia, tuvieron lugar bajo la vigencia del Código Civil, siendo la sentencia -de fecha 8/11/2019- el único acto jurídico producido con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 26.994. La desconexión de dicho estatuto normativo con el caso juzgado, surge evidente.

Sin embargo, coincidimos con Kemelmajer en que la mayoría de las normas del Código Civil y Comercial (...) "*no deberían causar problemas de derecho transitorio porque sólo recogen y ordenan el articulado del CC y su doctrina y jurisprudencia interpretativa*" (Kemelmajer de Carlucci, ob. cit. pag. 158/9).

Ello se presenta como relevante a los fines de rechazar el planteo de nulidad de la Provincia demandada, en tanto más allá del estatuto jurídico aplicable - distinto de aquel al que remite por analogía el Juez- lo cierto es que la quejosa no expresa de qué forma la aplicación de la normativa del Código Civil y Comercial la perjudica o se aparta de lo que debió haberse fallado, ni tampoco identifica cuáles cláusulas debieran estar excluidas de la interpretación analógica por tratarse de la responsabilidad de un ente regido por el derecho público.

Desde esta perspectiva, y sin dejar de ratificar la doctrina judicial que avala que la ley que rige la relación generada por el hecho ilícito dañoso es la vigente al momento de la producción del daño (cfr. Ac. 41/19 entre otros), deberá desestimarse el planteo de nulidad introducido por la demandada por improcedente.

X.- Despejada esta cuestión, cabe abocarse al Expediente OPANQ1 N° 4310 - Año 2013 tratamiento de los restantes agravios.

La actora cuestiona la indemnización otorgada en concepto de **daño patrimonial** por considerarla escasa.

Se agravia porque el Juez: a) sólo contempla el 5% del resultado arrojado por la fórmula matemática financiera, cuando en rigor las probabilidades de que, en un futuro, el menor contribuyera con la economía familiar se incrementan cuanto más estrecha es la situación económica de sus padres o familiares directos; b) la sentencia se remite al precedente

"Paterniti" como referencia para el cálculo de la indemnización para luego apartarse de él; y c) la indemnización otorgada no es integral, no repara en los parámetros receptados por el Código Civil y Comercial ni contempla las circunstancias particulares que rodean al caso, ateniéndose a meros cálculos aritméticos.

Ahora bien, la sentencia apelada parte de un precedente de este Cuerpo, donde se expresa que *"el resarcimiento del valor vida es... en función de la asistencia económica que les prestaba al ocurrir su muerte o la ayuda que hubieran podido esperar de ella."* (TSJ, Ac. 19/98 del Registro de la Sala Civil).

Por tal motivo, el pronunciamiento sólo contempla lo que menciona como *"pérdida de chance"... dado que reconoce que "no consta que el fallecido prestara asistencia económica a su madre ni que trabajara, lo que permite inferir que su desaparición no le ocasionó a la época del deceso un perjuicio patrimonial cierto y actual que torne procedente el resarcimiento por lucro cesante"*.

Luego, indica que *"la chance se torna más remota cuanto más lejano es el tiempo que falta para la concreción del beneficio esperado"*. Aquí radica una de las diferencias con el caso "Paterniti" que permite al Juez apartarse de aquella indemnización. En aquel caso, el fallecido contaba con 18 años, se encontraba en condiciones de iniciar estudios universitarios y no tenía hijos a cargo. A más de ello, su condición de hijo único hacía más plausible que fuera la única posibilidad de asistencia filial en un futuro.

En cambio, en el presente pronunciamiento contempla que *"esa posibilidad de ayuda era lejana si tenemos en cuenta que la víctima era un niño de catorce años que cursaba la escuela primaria..."*, además de que su madre, al momento del hecho, contaba sólo con 33 años, lo que implicaba al menos 20

años de vida laboral activa por delante. Ello, sumado a la existencia de otros hermanos del fallecido, fueron las circunstancias particulares tenidas en cuenta por el Juez que tornaron más escasas las chances -o menos probables- de que, en un futuro, el menor pudiera asistir económicamente a su madre.

Por otra parte, cabe señalar que las fórmulas matemáticas financieras no son absolutas, sino que sirven de referencia o punto de partida, a partir de la cual pueden calcularse las indemnizaciones por daños, no siendo más que un parámetro a considerar por el juez, el que deberá estimar la indemnización realizando una adecuada ponderación de las circunstancias particulares del caso (edad de la víctima, profesión, salario que percibía o podría percibir, etc.), proceder que se Expediente OPANQ1 N° 4310 - Año 2013 evidencia en el fallo cuestionado.

Desde esta perspectiva, el agravio expresado se torna infundado desde que el pronunciamiento utiliza una fórmula matemática financiera como punto de partida para realizar una estimación de la indemnización correspondiente en caso de muerte, centrando sus esfuerzos en hacer mérito de las condiciones particulares de la víctima y de su entorno, a fin de realizar una proyección -que no deja de ser hipotética- sobre la chance o posibilidad de que existiera una ayuda futura económica a la madre, que se vio frustrada por el temprano deceso del hijo.

En función de ello, el resultado al que arriba el Juez no aparece como arbitrario sino como una derivación lógica de la ponderación adecuada de todas las circunstancias probadas que rodearon la muerte del menor.

La diferencia entre la indemnización reconocida y el monto peticionado en la demanda se debe a que la accionante realizó el cálculo resarcitorio considerando su propio ingreso

salarial al momento del hecho, que multiplicó por la cantidad de años de vida laboral útil que le restaban a la víctima, sin realizar deducciones de ningún tipo, ponderando variables inapropiadas para estimar la ayuda económica que un hijo podría hipotéticamente brindar a su madre durante su etapa laboralmente productiva.

Por lo motivos expresados, cabe desestimar el agravio en los términos en los que se encuentra planteado.

XI.- En relación con la reparación otorgada en función de los **daños extrapatrimoniales** reconocidos en la sentencia -comprensivo del daño moral y del psicológico-, varios son los cuestionamientos de los apelantes.

Sintéticamente, la actora cuestiona: a) el parámetro utilizado por el Juez para arribar al monto indemnizatorio, el que juzga arbitrario al referirse a la causa "Paterniti" cuyos hechos -asegura- difieren sustancialmente de la presente acción; b) que no se haya considerado la incapacidad del 25% arrojada por la pericia psicológica como factor de incremento de la indemnización; c) ausencia de identificación de las "satisfacciones sustitutivas y compensatorias" (artículo 1741 del CCC) que podría alcanzar con las sumas reconocidas, las que estima debieron permitir a la actora mudarse de domicilio; y d) fecha a partir de la cual reconoce el cómputo de los intereses, que estima debió retrotraerse al momento del acaecimiento del daño.

Por su parte, la demandada también controvierte el procedimiento por medio del cual el Juez cuantifica los daños extrapatrimoniales, entendiendo que el pronunciamiento contiene una arbitraria dolarización de la indemnización -moneda que no tiene curso legal-, vulnerando la expresa prohibición contenida en el artículo 4 de la Ley N° 25.561.

Puestos a considerar ambos agravios, y más allá de señalar la postura contradictoria que asume la actora con

respecto a la utilización del antecedente "Paterniti" -primero insiste en que la indemnización por "perdida de chance" debe ser igual a la acordada en dicho Expediente OPANQ1 N° 4310 - Año 2013 caso (25%), para luego, en ocasión de calcular el *quantum* del daño extrapatrimonial, cuestionar la identificación con aquel caso por tratarse de una muerte ocurrida en otras circunstancias- lo cierto es que la técnica utilizada por el Juez a fin de mesurar el daño, recurriendo comparativamente a algún caso análogo donde también acaeció la muerte de un menor, es un recurso que se presenta, en principio, como adecuado -aunque no es el único existente- a los fines de otorgar iguales consecuencias jurídicas a circunstancias similares, que otorguen previsibilidad a las indemnizaciones reconocidas por la jurisprudencia en caso de daños, en pos de la seguridad jurídica.

Mas ello no implica un acatamiento absoluto a lo anteriormente decidido, que excluya una adecuada ponderación de aquellas variables que otorgan singularidad al caso particular, sin perjuicio de exigirse una mayor carga argumentativa para su apartamiento.

Es que, en definitiva, el recurso utilizado por el Juez dista de lo que se conoce como la "doctrina del precedente" -o del autoprecedente, en este caso- como regla de derecho creada jurisprudencialmente a la cual debe necesariamente ajustarse el Magistrado para fallar en idénticas circunstancias. El valor del precedente, si bien es deseable en determinadas circunstancias, no es una máxima de ley en nuestro derecho ni tampoco una obligación constitucional a la cual deban los magistrados ajustar sus decisiones bajo pena de nulidad.

Aclarado ello, cabe realizar algunas consideraciones con relación al agravio de ambas partes referido al

procedimiento utilizado por el A quo para estimar la extensión del **daño extrapatrimonial**.

Del pronunciamiento apelado surge que el Magistrado, a los fines de calcular el monto indemnizatorio por la muerte de Braian Hernández, parte de comparar las circunstancias expuestas con aquellas similares presentes en el caso "Paterniti" fallado en Agosto de 2017, donde debió ponderarse el daño moral de una madre por la muerte de su hijo. Así, en tanto en aquella causa el fallecimiento se produjo por una mala praxis médica, el A quo juzgó conveniente estimar un 10% más de la indemnización allí otorgada por considerar que, al ser un homicidio difícil de explicar, existía una causal de intensificación del daño.

Hasta aquí, el recurso comparativo utilizado por el Juez es plenamente válido y motivado.

El problema se presenta cuando, en la inteligencia de que la indemnización que debía acordarse constituye una "deuda de valor" y guiado por la idea de realizar una "estimación actual" del monto resarcitorio mediante la relación con "algún bien que mantenga el valor en el tiempo", dolariza la indemnización acordada en el caso "Paterniti", le agrega un 10% más en función de la intensificación del sufrimiento que provoca una muerte en estas circunstancias, y luego pesifica el monto final, arribando a la suma de \$1.940.400, a la cual agrega intereses que deberán computarse a tasa activa del BPN desde la fecha de la sentencia y hasta su efectivo Expediente OPANQ1 N° 4310 - Año 2013 pago.

La razón o motivación de estas conversiones cambiarias no fueron explicitadas en el fallo, aun cuando en el punto 7a, bajo el título "*Carácter de deuda de valor de la indemnización por daño moral y momento para su determinación como tal*", dedica largos párrafos a sostener que "*lo que hay que medir en números no es el daño sino las satisfacciones que*

puede lograr cada indemnización”, y hace expresa referencia al artículo 1741 del CCC en cuanto prescribe que “el monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas”, para agregar luego que “se trata de explicitar el valor de ciertos bienes y de ciertos servicios en contextos cambiantes” (cfr. fs. 218 vta.).

Aun reparando en que el fallo no ha fijado la indemnización en “dólares estadounidenses” -como lo insinúa la demandada-, su referencia como unidad de medida tampoco resulta adecuada en tanto no constituye un patrón estable que se encuentre al margen de las variables macroeconómicas del país, que mantenga su “valor en el tiempo”, ni tampoco su cotización de mercado refleja en forma fehaciente la devaluación de la moneda argentina en el transcurso del tiempo. Basta para ello una mirada a la realidad actual, donde la divisa dólar tiene diferentes valores en el mercado cambiario, según la operatoria que se lleve a cabo, sin detenerse a considerar las restricciones existentes para su adquisición.

El costo de la divisa dólar responde a diferentes variables macroeconómicas que no traducen fielmente el incremento del costo de vida, ni la devaluación existente en una plaza cambiante como la de nuestro país. Y mucho menos representa un bien sustitutivo o compensatorio del sufrimiento que se intenta resarcir.

Ciertamente el procedimiento de convertir a valor dólar los montos indemnizatorios otorgados anteriormente para luego volver a pesificarlos al valor oficial de la divisa al momento de la sentencia, evidencia el proceso intelectual seguido por el Juez para arribar a un *quantum* indemnizatorio, pero no constituye una técnica razonable de adecuada ponderación y justificación de la extensión del daño que se

pretende resarcir, dando lugar a yerros interpretativos que dificultan la comprensión de las partes destinatarias del fallo.

Ello sumado a la insistencia del Juez en estimar el daño moral al momento de la sentencia a "valores actuales", reconociendo intereses a tasa activa del Banco Provincia del Neuquén desde la fecha del pronunciamiento, soslayando la jurisprudencia de esta Sala Procesal Administrativa al respecto, ha provocado el desconcierto de ambas partes y motivado los cuestionamientos al pronunciamiento en la inteligencia de que el proceder judicial arribó a soluciones injustas.

Esta Sala -in re "Mondaca" (Ac. 47/19)- ha tenido oportunidad de pronunciarse respecto a la estimación del daño moral a la fecha de la sentencia, en función de "valores actuales" expresando: Expediente OPANQ1 N° 4310 - Año 2013 "En este punto, se disiente con la forma en que el Juez de grado ha estimado el monto resarcitorio, ya que al establecer una suma a "valores actuales" -esto es, al momento de sentenciar- debió prever los intereses desde la fecha de la mora - 1/08/2008- y hasta el efectivo pago, debiendo fijar una tasa de interés que únicamente contemple una compensación por la falta de cumplimiento oportuno de la obligación de indemnizar.

En efecto, los intereses compensatorios o lucrativos son los que se deben por el goce del capital ajeno, "se adeudan como contraprestación o precio por la utilización de un capital ajeno". En cambio, los intereses moratorios se deben en concepto de indemnización por el menoscabo que sufre el acreedor frente a la mora del deudor en el pago de su obligación dineraria. Representan la reparación del retardo imputable al obligado. Su fundamento radica, entonces, en la circunstancia de que el deudor -con su incumplimiento- priva ilegítimamente al acreedor de su derecho a percibir el capital

y, como consecuencia de ello, debe reparar el daño causado (cfr. Pizarro, Ramón y Vallespinos, Gustavo Instituciones de Derecho Privado, Hammurabi, Bs. As. 1999, T 1, p 403).

Ahora bien, los intereses que integran la reparación de un daño causado extracontractualmente son, en principio, moratorios y tienen por objeto resarcir la falta de cumplimiento oportuno de la obligación de indemnizar. Así lo reconoce autorizada doctrina "los intereses indemnizatorios o resarcitorios son también moratorios pues al responsable se le impone la obligación de reparar el daño causado a partir del momento mismo de su producción, operando la mora automáticamente desde ese instante" (cfr. autores cit., "Los intereses en la responsabilidad extracontractual", Sup. Esp. Intereses 02/07/2004, pág. 75; Zavala de González, Matilde y Moreno, Graciela Melania "Los intereses en la responsabilidad civil", JA 1985 IV 713).

(...) El hecho de haber fijado el valor indemnizatorio extrapatrimonial a la fecha de la sentencia, no impide el reconocimiento de aquellos intereses que se deben por "el incumplimiento oportuno de la obligación de reparar", los que debieron ser reconocidos en el pronunciamiento.

No obstante, la tasa de interés que se fije en este último caso, debe contemplar únicamente la demora en el pago de la obligación resarcitoria, es decir, una tasa que no contenga el componente inflacionario.

Rodolfo González Zavala lo explica con claridad al mencionar que "si lo correcto es considerar el valor actual de las satisfacciones y si los intereses arrancan cuando el daño moral se produjo, la clave está en la cuantía de la tasa de interés. En estos casos pareciera inadecuado emplear tasas con ingredientes que, además de resarcir la mora, buscan paliar la inflación. Habría aparentemente una duplicidad. Se estaría computando dos veces (con los intereses y los valores

actuales) la depreciación monetaria registrada entre el hecho y la condena (cfr. González Zavala, Rodolfo M. "Satisfacciones sustitutivas y compensatorias" RCCy C 2016, pág. 38).

Expediente OPANQ1 N° 4310 - Año 2013 Este Tribunal ha mantenido el criterio del precedente "Alocilla" (Ac. 1590/09) sobre la doble función que cumple en la actualidad la tasa de interés activa que utiliza el Banco Provincia del Neuquén en sus operaciones de descuento ordinarias, expresando que "en el contexto económico actual, corresponde aplicar una tasa de interés que contemple la expectativa inflacionaria y no sólo que compense la falta de uso del dinero: Si la tasa de interés aplicada se encuentra por debajo de la línea trazada por la evolución de la inflación incumplirá el mandato legal de mantener incólume la condena y lesionará la garantía constitucional al derecho de propiedad, amén de colocar al deudor moroso en mejor situación que la del cumplidor; por encima de aquel índice, será preciso advertir en qué medida el paliativo "interés" deja de cumplir esa función para convertirse en una distorsión del correcto sentido de la ley (cfr. Acuerdo 21/04 del Registro de la Secretaría de Recursos Extraordinarios Civil)."

Desde estas premisas, teniendo en cuenta el contexto económico y la evolución operada en las tasas de interés y los índices inflacionarios durante el período comprendido entre enero de 2000 a la fecha, este Cuerpo ha estimado los resarcimientos a valores históricos vigentes a la fecha de la mora -esto es, desde que se produce cada perjuicio-, utilizando una tasa de interés mixta -promedio entre la activa y pasiva- desde el dies a quo hasta el 01/01/2008 y desde allí en adelante, una tasa de interés activa.

En función de ello, las posibilidades a las que se enfrenta el juez al momento de sentenciar abarcan: a) la fijación de un monto indemnizatorio a valores históricos,

efectuando una cuidadosa determinación del momento de producción de cada detrimento. A dicha suma cabrá aplicarle una tasa de interés que contemple tanto la depreciación monetaria como la tardanza en la reparación (cfr. criterio Alocilla); o b) estimar una suma resarcitoria a valores actuales vigentes al momento de sentenciar, contemplando una tasa de interés moratorio desde el momento de producción del perjuicio que se intenta indemnizar hasta el oportuno pago.” (Ac. 47/19).-

Como se advierte, el Magistrado de grado no contempló ninguna de las opciones mencionadas. Aun así, la suma que acuerda en concepto de daño moral, resulta razonable en tanto pondera adecuadamente aquellos parámetros objetivos que surgen de la pericia psicológica, de las testimoniales y de las restantes probanzas de la causa.

Es que, puestos en la faena de calcular nuevamente el daño moral bajo los parámetros seguidos por la jurisprudencia pacífica de este Cuerpo, y ponderando especialmente que la muerte de un hijo es una situación antinatural, el mayor dolor al que puede exponerse a una madre, las circunstancias particulares que rodearon el caso, que se trató de una muerte absolutamente injusta a manos de un agente policial, la intensificación del sufrimiento que padeció la actora en función de la repercusión mediática que tuvo el hecho y la Expediente OPANQ1 N° 4310 - Año 2013 identificación del caso como de “gatillo fácil”, la situación particular de la actora -madre sola a cargo de la crianza y cuidado de tres hijos-, la corta edad del menor al momento del hecho, y demás consideraciones que formula la pericia psicológica con relación a la existencia un daño psicológico que debe ser indemnizado, el monto indemnizatorio acordado en la sentencia apelada aparece como razonable, en tanto importa una estimación de **\$600.000** al momento del hecho, suma a la que

deberán agregarse los intereses devengados desde la mora (19/12/2012) y hasta el efectivo pago, a una tasa activa que utiliza el Banco Provincia del Neuquén para sus operaciones de descuento ordinario. Ello totaliza la suma de **\$1.940.886,71** a la fecha de la sentencia (08/11/2019), arrojando una escasa diferencia de \$486,71 con la indemnización acordada por el Juez en el pronunciamiento apelado.

En función de lo expuesto, los agravios deberán ser desestimados y confirmados los rubros y montos indemnizatorios reconocidos en la sentencia de primera instancia.

XII.- Por todo ello, corresponde el rechazo íntegro de ambos recursos de apelación en cuanto ha sido materia de agravio y cuestionamiento, con la consecuente confirmación del fallo de grado en la medida y por los fundamentos que se dejan determinados, con costas a los recurrentes en el orden causado.

Los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, se regulan en el 25% de lo que se fije para los honorarios de primera instancia, a los que actuaron en igual carácter (artículo 15 L.A.). **ASÍ VOTO.**

La Señora Vocal **Doctora MARÍA SOLEDAD GENNARI** dijo: comparto la línea argumental desarrollada por el Dr. Busamia, como así también sus conclusiones, por lo que emito mi voto del mismo modo. **MI VOTO.**

De lo que surge del presente Acuerdo, por unanimidad, **SE RESUELVE:** **1°)** Rechazar sendos recursos de apelación interpuestos por la actora ELIZABET GENOVEVA HERNÁNDEZ y la demandada PROVINCIA DEL NEUQUÉN, imponiendo las costas en el orden causado. **2°)** En consecuencia, se confirma la sentencia de grado obrante a fs. 209/221 de conformidad a las consideraciones efectuadas en el presente pronunciamiento. **3°)** Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 25% de lo que se regule en primera

instancia, a los que actuaron en igual carácter (artículo 15 L.A.) **4°)** Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

Dr. ROBERTO GERMAN BUSAMIA

Dra. MARIA SOLEDAD GENNARI

Dra. LUISA A. BERMÚDEZ - Secretaria