

//tencia No.88

MINISTRO REDACTOR:

DOCTOR EDUARDO TURELL

Montevideo, tres de abril del dos mil veinte

VISTOS:

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: **"AA Y OTRO C/ BB Y OTRA - DAÑOS Y PERJUICIOS - CASACIÓN"**, individualizados con el IUE: **2-20905/2016.**

RESULTANDO:

I.- A fs. 149/165, comparecieron AA y CC por sí y en representación de la hija de ambos, DD, y promovieron demanda de daños y perjuicios contra BB y EE.

Expresaron en síntesis, que el 16 de abril de 2015, próximo a las 7.30 hs., CC conducía su motocicleta por Ruta Nacional N° 5, acompañado de AA, en dirección hacia Montevideo y al llegar a la intersección con Camino Francisco Lecocq fue embestido por el vehículo conducido por BB, quien se interpuso en su vía de circulación en el intento de realizar un "giro en U". La propietaria del vehículo es la empresa EE, a la que se demanda en calidad de guardiana jurídica del mismo.

Como consecuencia de la colisión, ambos actores resultaron lesionados. El Sr. CC sufrió fracturas en ambos puños y multifragmentaria en

la pelvis y fue intervenido quirúrgicamente en tres ocasiones y en la última de ellas se le colocaron placas de acero a nivel de las caderas. Estuvo internado desde el día del siniestro, 16 de abril de 2015 hasta el 6 de mayo de ese año, es decir, veintiún días. A la fecha de presentación de la demanda permanecía inhabilitado y presentaba una renguera pronunciada y de valoración incierta (fs. 154 vto.).

Por su parte, la Sra. AA fue ingresada de inmediato al CTI de Casa de Galicia, donde se la valoró como "politraumatizada grave" y se le diagnosticó "fractura de pelvis inestable". Ingresó a la unidad de cuidados intensivos y permaneció en CTI desde el siniestro hasta el 3 de mayo siguiente, es decir, dieciocho días. A continuación, pasó cuatro días en cuidados intermedios al cabo de los cuales fue trasladada a sala común. Se le colocaron fijadores externos para la fractura de pelvis. En función de tomografía computada se le diagnosticó "infarto isquémico en el territorio Silviano derecho superficial y profundo, y constatándose disección de carótida derecho. Permaneció internada un total de treinta y tres días y, a la fecha de presentación de la demanda, continúa inhabilitada, emplea una silla de ruedas y presenta secuelas en cadera y miembro superior, de valoración incierta" (fs. 154 vto., 155).

Según sostuvieron, ambos trabajaban en el FF y el Sr. CC, además, trabajaba como dependiente de la empresa "GG".

Relataron, asimismo, que la Sra. AA había sido notificada por el FF en noviembre de 2014 de una "Recomendación para Ascenso y Prima", ascenso para el que se vio impedida por la inhabilitación médica que padeció como resultado del accidente vial (fs. 155 vto.).

Bajo el título "*lucro cesante pasado y futuro o pérdida de chance*", el Sr. CC reclamó la merma de su ingreso como guardia de seguridad y el pago de indemnización por enfermedad hasta su eventual alta definitiva y/o sentencia definitiva; la diferencia de ingresos futuros, por los próximos treinta años (a la fecha del siniestro tenía 35 años de edad) en mérito a la incapacidad laboral secular que padecerá, la que estimó en un 20% (fs. 156 y 156 vto.).

Por su parte, la Sra. AA reclamó la diferencia de salario respecto al cargo superior al que no pudo ascender debido a la inhabilidad que le causó el siniestro, por lo que resta de su vida laboral útil, es decir, veintinueve años (tenía 36 años a la fecha del accidente). Reclamó lucro cesante futuro por la incapacidad laboral secular que padecerá, la que estimó en un 100%.

Reclamaron daño moral de cada uno de los pasajeros de la motocicleta y daño moral "por rebote" de su menor hija.

II.- A fs. 177/192, comparecieron BB y EE y contestaron la demanda.

En lo medular, negaron que el accidente se hubiera verificado en las condiciones descriptas por los actores y ofrecieron una versión alternativa: "el co-demandado Sr. BB circulaba en el vehículo marca Chevrolet Corsa matrícula SBS 6067 propiedad de EE, por la calle Camino Lecocq en sentido Norte -próximo a los Accesos de Millán a Ruta 5- en momentos en que se detuvo para dejar pasar un camión y prende el señalero para girar, no existiendo en dicho lugar carteles de tránsito que prohibiera tal maniobra, cuando surgió a su derecha la moto matrícula ATF 115 conducida por el actor CC quien efectuara a alta velocidad y alcoholizado una maniobra indebida de adelantamiento por la izquierda, siendo colisionado en el lateral izquierdo por dicha moto" (fs. 180). "...del parte policial (...) se desprende sin hesitación que la espirometría que se le realizara al Sr. Rosa por el móvil de Policía Caminera (...) dio un resultado positivo de 1.5 grado de alcohol/litro de sangre, siendo que el límite permitido de conducir a ese momento estaba fijado en 0.3 grado de alcohol/litro de

sangre (sic)". Solicitaron se desestimara la demanda por haber mediado hecho de la víctima.

III.- Por sentencia definitiva de primera instancia N° 28/2018 (fs. 685/688), dictada el 8 de junio de 2018, por la Dra. Cristina Crespo a cargo del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 16° turno, se dispuso: *"Desestímase la demanda. Sin especial condenación en el grado. Ejecutoriada, oportunamente archívese"*.

IV.- Por sentencia definitiva de segunda instancia N° 38/2019 (fs. 731/749), dictada el 31 de mayo de 2019, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4° Turno, falló: *"Revócase la sentencia de primera instancia, haciendo lugar parcialmente a la demanda y en su mérito condénase a los demandados a abonar: a) Por concepto de daño moral: al Sr.CC la suma de U\$S8.000 y a la Sra. AA la suma de U\$S12.000, sumas de las que se deberá descontar lo percibido por los mismos por concepto de S.O.A., en la forma establecida en el numeral VII) de la presente sentencia; y a la menor HH la suma de U\$S2.100; en todos los casos con más sus intereses legales desde la fecha del siniestro 16/4/2015 y hasta su efectivo pago. b) Por concepto de daño emergente a los coactores Sr. CC y Sra. AA la suma de \$56.000, con más su reajuste legal de la Ley 14.500 e intereses legales desde el 1/3/2016 como se*

dispusiera en el numeral VIII de la presente sentencia y hasta su efectivo pago. c) Por concepto de lucro cesante pasado al Sr. CC la suma que se determinará de acuerdo a las bases establecidas en el numeral IX) de la presente sentencia, la que es fácilmente liquidable, con sus reajustes e intereses en la forma allí dispuesta y de conformidad al porcentaje de responsabilidad del 70% atribuido a la parte demandada. d) Por concepto de pérdida de chance y de lucro cesante futuro de la Sra. AA, las sumas cuya liquidación se difieren a la vía incidental del art. 378 del C.G.P. según lo dispuesto en el numeral X) de la presente sentencia y de conformidad al porcentaje de responsabilidad del 70% atribuida a la parte demandada. Sin especial condenación procesal”.

V.- La referida sentencia fue aclarada mediante resolución identificada como DFA 0009-000205/2019 SEI 0009-000056/2019, dictada el 18 de junio de 2019 (fs. 758/758 vto.), por la que se dispuso: “...se aclara que en el fallo la suma correcta por concepto de daño moral a abonar a la Sra. AA es de U\$S14.000 y al Sr. Rosa de U\$S8.400, como se estableciera en el nal. VII de la sentencia definitiva dictada en autos por esta Sala. Asimismo se ampliará la Sentencia referida en cuanto al porcentaje que corresponde a la chance de la Sra. AA el que se fija en

el 70%, en mérito a lo expresado en el Nal. X de la recurrida (la misma había sido recomendada para ascenso al grado inmediato superior) y se aclara que efectivamente a los efectos del cálculo del lucro cesante futuro, el sueldo a tomar en consideración a los efectos de lo dispuesto en el Nal. X es el líquido (nominal menos descuentos legales)...”.

VI.- La parte demandada interpuso recurso de casación (fs. 763/772).

Expresó en síntesis que:

- La recurrida valoró erróneamente la prueba en tanto no ponderó debidamente la prueba de espirometría que arrojó un resultado positivo de 1,5 al co-actor CC.

El estado de ebriedad en el que conducía la motocicleta, configura hecho de la víctima que exime de responsabilidad a la demandada y, en consecuencia, el Tribunal debió haber mantenido la desestimatoria de primera instancia o, a lo más, aumentar el porcentaje de incidencia causal correspondiente al co-actor.

- Condenó a los demandados a indemnizar a la Sra. AA por concepto de pérdida de chance basándose exclusivamente en un recaudo que no tiene la aptitud mínima para acreditar la existencia de una probabilidad concreta y, por tanto, la procedencia

de dicho rubro. Tras el recurso de aclaración, el Tribunal estimó la probabilidad de ascenso frustrada en un 70%. Con la prueba de autos, no puede hablarse de probabilidad sino de posibilidad, hipotética y remota, por lo que se solicita se anule la condena a indemnizar la pérdida de chance impuesta por el Tribunal a favor de la Sra. AA.

- Incurrió en error de derecho por cuanto impuso una doble compensación por una misma pérdida, a través de distintas fuentes. Condenó a los demandados a pagar a la Sra. AA por concepto de lucro cesante futuro la suma cuya liquidación difirió a la vía incidental del art. 378 del C.G.P., y de conformidad al porcentaje de responsabilidad del 70% atribuida a la parte demandada. La misma causa agravio por cuanto en las bases de la liquidación no ordenó descontar lo percibido por el FF y/o II por subsidio por enfermedad, pensión o retiro. La no deducción de la pensión que percibió, percibe y/o percibirá la Sra. AA por parte del FF y/o de la II a consecuencia de su licencia médica y posterior retiro del organismo, supone una infracción al principio rector de la reparación, pues sin la detracción referida resultaría enriquecida por la condena.

VII.- Conferido traslado del recurso de casación, fue evacuado por la actora quien

adhirió al mismo, agraviándose en los siguientes términos (fs. 777/790).

- No atribuyó la responsabilidad exclusiva del siniestro a la demandada y en su lugar la fijó en un 70%. Cuestiona la valoración que el Tribunal hizo del resultado de la espirometría, sin tener en cuenta que la misma fue realizada a las 12.35 hs. del día del accidente, habiéndole inyectado, proporcionado calmantes muy fuertes y derivados de la morfina, así como pudieron haber higienizado su boca con algún medicamento, alcohol, lo que pudo incidir notoriamente en el resultado.

Sugiere que aun sin haber estado bajo los efectos del alcohol, nada podría haber hecho para evitar la colisión en tanto a la derecha de la moto transitaba en igual sentido un camión -lo que impedía su visual a la derecha (por donde aparece el auto); la moto transitaba por una vía rápida- vía con dos sendas (90 km/h) y esa vía es la que pretendió atravesar el auto interponiéndose en su trayectoria; pese a todo ello, el automóvil realiza un giro en "U" por delante del camión, lo que era imprevisible para el conductor de la moto y no existe prueba en contrario que atenúe la responsabilidad del demandado en la causación eficiente del accidente. Para el inesperado caso de concurrencia de culpa, esta es ínfima, muy inferior al

30% para el motoneta.

- Desestimó el lucro cesante futuro y/o pérdida de chance reclamado por el Sr. Rosa. El Tribunal desestima el rubro porque el reclamante solicitó la baja voluntaria, habiendo trabajado en la Armada hasta el 30/6/17; así como porque de la pericia resulta no tiene incapacidad específica para las tareas laborales que desempeñaba y se invoca recién al alegar de bien probado - en forma claramente extemporánea - que había dejado su trabajo para cuidar a la esposa. Según el recurrente, tal alegación no fue extemporánea sino superveniente: la demanda se presentó el 25 de mayo de 2016 y la baja se efectivizó el 30/6/2017. No tenían conocimiento al momento de demandar. Asimismo, señala que del examen físico de fs. 632 surge probada la incapacidad del co-actor, disminución significativa de su capacidad laboral.

Sostiene que la sentencia es incongruente en tanto para hacer lugar al lucro cesante de la Sra. AA se admitió que ella sufre de una incapacidad funcional permanente, mientras que para el Sr. CC, si bien se reconoce la existencia de la incapacidad funcional permanente, se rechaza el rubro porque la referida incapacidad no es específica. Deberían ampararse los daños de ambos.

- Respecto a la base de cálculo del lucro cesante y pérdida de chance de la Sra. Domínguez, le causa agravio que el Tribunal haya dispuesto que en el incidente de liquidación deberá calcularse el rubro desde la fecha en que podría haber ascendido y hasta la edad en que el personal subalterno accede al beneficio jubilatorio en la JJ (no siendo la misma edad a la que se accede en el régimen general de la jubilación del B.P.S.), porque lo que solicitó la víctima fue que se considerara la edad de 65 años en base a la "vida laboral útil" del trabajador. Ciertamente es que la edad jubilatoria de ambas Cajas son diferentes, pero advertimos podría jubilarse por ambas (JJ y B.P.S.) y nada impediría que siguiera trabajando por lo menguado del ingreso, como normalmente acontece en el ámbito del FF.

- En cuanto al daño moral reclamado (directo de las víctimas y "por rebote" de su menor hija) sostuvo que lo condenado por el Tribunal no se adecua, no satisface, no repara a los actores, surgiendo de manera evidente esa insatisfacción y que no se ajusta a los parámetros jurisprudenciales actuales, tampoco a la realidad social y menos entendemos a la magnitud del daño probado. Por iguales fundamentos, respondiendo a la magnitud de lesiones e incapacidades de ambos padres, es menguado lo que se condenó para su

hija KK, en U\$S3.000.

VIII.- Recibidos los autos por la Corte (fs. 807), por Decreto N° 2218/2019 se dispuso el pase a estudio y autos para sentencia (fs. 808 vto.).

CONSIDERANDO:

I.- La Suprema Corte de Justicia por unanimidad, desestimaré el recurso de adhesión a la casación deducido por la parte actora y por mayoría conformada por los Sres. Ministros Dres. Elena Martínez, Bernadette Minvielle, Luis Tosi y el redactor, hará lugar parcialmente al recurso de casación de la parte demandada.

II.- Recurso de casación interpuesto por la parte actora en vía adhesiva.

En forma liminar y, a los efectos de facilitar el estudio de la subexámene, cabe señalar con carácter general, que para los Sres. Ministros Dres. Elena Martínez, Luis Tosi, Tabaré Sosa y el redactor, los puntos en los cuales se agravia la parte actora, han sido objeto de dos pronunciamientos coincidentes (art. 268 del C.G.P.). En efecto, tratándose de un proceso en el cual no se demandó a una entidad pública de las previstas en la disposición mencionada, rige plenamente la regla que establece la improcedencia del recurso de casación respecto de

aquellas cuestiones que han sido objeto de dos pronunciamientos concordantes.

En este sentido, comparten el criterio manifestado reiteradamente por la Corporación en cuanto a que *"... la ratio legis del art. 268 del C.G.P. -en la redacción dada por el art. 37 de la Ley 17.243- radica en impedir que se revisen en el grado casatorio aspectos de la controversia sobre los cuales recayeron pronunciamientos jurisdiccionales coincidentes en dos instancias. Por ello, la Corporación entiende que aquellas cuestiones involucradas en el objeto del litigio y a cuyo respecto la decisión de primer grado fue confirmada en segunda instancia se encuentran exiliadas del control en sede de casación (cf. sentencias Nos. 24/2003, 37/2003, 578/2004, 38/2005, 26/2008, 1.851/2011, 852/2012, 263/2013, 892/2014, 179/2015 y 120/2016, por citar simplemente algunas).*

A los fundamentos en que se basa esta posición, la Sra. Ministra Dra. Martínez agrega que, luego de realizar una interpretación sistemática de la disposición en estudio, la limitación referida surge del contexto normativo, pese a que su tenor literal pueda conducir a otra intelección de la regla (mecanismo habilitado por el art. 20 del C. Civil) (Cfm. Sentencia N° 1.976/2017, entre otras).

En efecto, en primera instancia se desestimó la demanda atribuyendo un 100% de responsabilidad a la víctima. Por su parte en segunda instancia, la responsabilidad atribuida a la víctima fue reducida a un 30%, y en su mérito se ampararon parcialmente los rubros reclamados.

Dicho esto, y teniendo presente los agravios articulados por la parte actora, cabe concluir que los mismos son inadmisibles y por tanto comprendidos en la previsión del art. 268 inc. 2° del C.G.P.

Por su parte, la Dra. Minvielle estima que los agravios resultan admisibles por los fundamentos expuestos, desde su ingreso a la Corte en Sentencia N° 652/2017, sin perjuicio de lo cual estima que, por resultar su posición minoritaria en el seno de la Corte, resulta estéril ingresar a examinar el mérito del sector de la impugnación sobre el que, a juicio de quienes conforman la mayoría, está vedado el control en casación.

III.- Recurso de casación interpuesto por la parte demandada.

Básicamente y, más allá de la denominación empleada, los agravios articulados por la parte demandada se circunscriben a: a) la errónea valoración de la prueba en cuanto a la ponderación de la

espirometría positiva; b) la errónea valoración probatoria, en especial del recaudo de fs. 120, a los efectos de la indemnización por concepto de pérdida de chance y; c) la no deducción de la pensión que la co-actora AA, percibió, percibe y/o percibirá por parte del FF y/o II.

Seguidamente, se analizarán cada uno de los puntos en cuestión.

III.1.- En cuanto a la errónea valoración de la prueba como causal de casación.

Teniendo presente los agravios articulados, es menester señalar que, en cuanto a la errónea valoración probatoria como causal de casación, no existe consenso entre los integrantes de la Corporación, según se expondrá a continuación.

1) Los Sres. Ministros Dres. Elena Martínez, Bernadette Minvielle, Luis Tosi y el redactor, respecto de la casación fundada en errónea aplicación de las normas de admisibilidad o de valoración de la prueba, adhieren a la posición que entiende que dicha causal se reduce a los supuestos en los cuales se violen las tasas legales en supuestos de prueba tasada; o, en el caso de que corresponda aplicar el sistema de la sana crítica, cuando se incurra en absurdo evidente, por lo grosera e infundada de la valoración realizada (criterio sostenido por la mayoría

de la Corporación en sentencias 408/2000, 52/2010, 4248/20, 594/2013, 640/2017, entre otras).

En este punto corresponde destacar que las reglas de la sana crítica son normas legales de valoración de la prueba, según el claro tenor literal del artículo 270 Código General del Proceso. Por lo tanto, en cuanto normas de Derecho, no están excluidas del control casatorio.

Sucede que, la sana crítica, por su contenido conceptual, imbuido de las reglas de la razón y de la lógica, se viola o desconoce en hipótesis de absurdo o arbitrariedad y no la mera discordancia en la valoración o juicio de hecho.

2) A criterio del Sr. Ministro, Dr. Tabaré Sosa, la valoración realizada por parte del Tribunal de alzada no resulta excluida del control casatorio.

Señala Hitters (citando a Bolaños) que: *"...la problemática del control de la aplicación de las reglas de la sana crítica en casación. En efecto, tiempo atrás se planteó la duda de si dichos preceptos son 'normas jurídicas' o 'simples reglas lógicas' que gobiernan el pensamiento; y la temática no es puramente ateneísta, sino que tiene profundas raíces prácticas, ya que si pudiéramos encarrilar a estas reglas dentro de la primera*

corriente -la tesis normativista- su infracción entraría fácilmente dentro de los limbos de la inaplicabilidad de ley o doctrina legal (art. 279 del cód. de Proced. Civil y Com. De la Prov. de Bs. As.); en cambio si nos adscribimos a la otra postura -la tesis directista- al no constituir dichos esquemas otra cosa que pautas o simples consejos de prudencia, su violación para entrar en el ámbito casatorio debe llegar al extremo del absurdo o de la arbitrariedad" (Hitters, Juan Caros, Técnicas de los recursos extraordinarios y de la casación, 2da ed., Ed. LEP, La Plata, 1998, ps. 459-460).

A juicio del Doctor Tabaré Sosa, el error en la apreciación de la prueba como causal de casación no debe interpretarse restrictivamente, ya que las reglas de la sana crítica y de la experiencia configuran pautas legales consagradas expresamente en la norma procesal, esto es, constituyen "verdaderas leyes o normas de prueba, y por ende su infracción podía [puede] alegarse en casación..." (Cf. Hitters, Juan Caros, Ob. Cit. pág. 460).

En conceptos trasladables, Fernando de la Rúa concluye que "La sana crítica es, pues, un sistema consagrado por las normas jurídicas; su infracción viola éstas..." (de la Rúa, Fernando, El recurso de casación, Víctor P. De Zavalía -Editor-,

Buenos Aires, 1968, pág. 405).

Una transgresión a las pautas legales de valoración probatoria previstas por el artículo 140 del Código General del Proceso constituye causal casatoria, dado que, tal hipótesis resulta subsumible en los supuestos previstos en el artículo 270 y primera parte del artículo 277.3 ejusdem, aun cuando la infracción no pueda ser calificada como grosera, arbitraria o absurda (cf. Van Rompaey, Leslie, Rev. Col. Abog. Urug. No. 137, págs. 6 y ss.).

III.1.a) Agravio relativo a la valoración de la espirometría positiva.

La recurrente se agravia de la valoración probatoria realizada por el Tribunal en cuanto no ponderó debidamente la espirometría, que arrojó un resultado positivo de 1,5 al co-actor CC.

Ahora bien, independientemente de las distintas posiciones señaladas, existe acuerdo entre los Sres. Ministros que suscriben el presente fallo, en entender que la sentencia de segunda instancia realizó una valoración probatoria no desapegada a las reglas legales que rigen en la materia, tal como surge del Considerando VI de fs. 734/740 vto.

Con tales apreciaciones en mente, la Corte estima que lo sustancial del

razonamiento ejercitado en segunda instancia, no reviste las notas que la causal denunciada requiere -en los distintos enfoques señalados por los integrantes de este Colegiado- para arribar a un fallo anulatorio en casación, tal como se analizará seguidamente.

En efecto, se comparte con el *ad-quem*, en cuanto a que si bien está acreditado que el co-actor, conductor de la moto conducía bajo los efectos del alcohol, ello, por sí solo, no es suficiente para concluir que se configuró la eximente de responsabilidad invocada por la demandada, pues no se demostró que incidencia causal tuvo tal circunstancia en el accidente.

Cabe traer a colación los fundamentos expuestos por la Corporación en Sentencia N° 842/2012, que resultan enteramente trasladables al subexamine.

"En sentencia No. 12/2003, la Corte señalaba que la mera inobservancia de una Ley o reglamento no apareja por sí responsabilidad, explicitando que "...siempre que el juez individualice una culpa, deberá, acto seguido, decidir si la misma es causa del daño; se trata de una regla general, enunciada expresamente por el propio art. 1.319: 'por cuyo dolo, culpa o negligencia ha sucedido'. Si la culpa no es causante del daño el demandado debe ser

absuelto.

...Estamos frente a comportamientos particulares que el legislador o el reglamento califican de antemano como culposos, sin perjuicio de que, en situaciones dadas (que serán siempre las menos), esa culpa carezca de trascendencia (al no causar daño) o no exista responsabilidad porque el evento resulta imprevisible... Frente a una eximente de responsabilidad el problema de la culpa desaparece ("Culpa por violación de Leyes y reglamentos", en ADCU, t. IX, págs. 189 y ss.)".

Trasladando tales conceptos al caso de autos atento a las condiciones en que se verificó el siniestro (actuar culposo del conductor del vehículo de los demandados), se concluye que la circunstancia del alcohol en sangre del conductor de la moto, no tuvo la incidencia pretendida por la parte demandada, siendo la solución de la Sala ad-quem, enteramente compartible.

III.1.b) Agravio relativo a la condena del rubro "pérdida de chance".

Sobre el punto, le agravia la valoración, en especial, del recaudo de fs. 120 hecha por la Sala y señala que el referido documento ("Guía de evaluación de desempeño para personal subalterno", que concluye acerca de la Sra. AA: "Recomendada para

ascenso y prima") "no tiene la aptitud mínima para acreditar la existencia de una probabilidad concreta...".

En el caso, los Sres. Ministros, Dres. Elena Martínez, Bernadette Minvielle, Luis Tosi y Tabaré Sosa, estiman que el agravio de la recurrente no cumple con los requisitos exigidos por el artículo 273 del Código General del Proceso.

La parte no cumple con alegar cuál es el concreto motivo de agravio y en qué sentido no comparte la valoración de la prueba realizada por el Tribunal.

Para considerar acreditado dicho requisito, debe indicar en su memorial de agravio dónde se encuentra vulnerado el límite de razonabilidad en la ponderación de la prueba. El recurso de casación debe evitar hacer desarrollos de carácter general y debe procurar desarrollar un esquema argumental concreto y específico con relación a lo que es objeto de la crítica (Cf. MOLINA SANDOVAL, Carlos A.: "Recurso de Casación", ADVOCATUS, 1ª Edición, Córdoba, 2016, pág. 232). Tal exigencia no se cumple con meras manifestaciones de disconformidad a lo resuelto por el *ad quem*. Por el contrario, se debe efectuar un análisis de cada medio probatorio en particular y en forma global hilando un razonamiento que permita al decisor observar el sobrepajamiento en el límite de la razonabilidad de las

conclusiones arribadas por la Sala.

Por su parte, el redactor, a diferencia de lo sostenido por los distinguidos colegas, considera que la parte cumplió, aunque sea mínimamente, con alegar cuál es el concreto motivo de agravio y en qué sentido no comparte la valoración de la prueba realizada por el Tribunal. Véase que a fs. 767 imputa a la Sala un proceder arbitrario en su valoración, al soslayar el informe del Director de Recursos Humanos de la JJ de fecha 17/7/2017, que en síntesis establece que el ascenso de la co-actora AA, se concretaría si se cumple con las condiciones de aprobar el examen y que se generara la vacante correspondiente y por tanto los ascensos no son de manera automática.

Ahora bien, a pesar de dicho matiz, considera el redactor que la valoración probatoria realizada por el Tribunal respecto a la configuración del rubro "pérdida de chance", en virtud de los fundamentos expresados por la Sala en el Considerando X de fs. 746/746 vto, podrá compartirse o no, pero se vislumbra arbitrariedad, ilogicidad o irracionalidad en su razonamiento.

III.2.- Agravio relativo a la no detracción del importe de la indemnización de la co-actora AA, de su haber derivado del sistema de Seguridad Social.

La parte demandada se agravió porque la Sala no dispuso descontar de las bases de la liquidación del lucro cesante de la co-accionante AA, el importe de lo que ella recibió, recibe y recibirá del organismo de Seguridad Social respecto del cual ella está o estuvo afiliada como efectivo del Ministerio de FF-JJ.

La Corte, en mayoría, conformada por los Dres. Elena Martínez, Bernadette Minvielle, Luis Tosi y el redactor, amparará el agravio deducido, anulando en el punto la decisión recurrida.

En efecto y como sostuvo la Corporación en Sentencia N° 1.216/2018: *"Sobre esta cuestión, cabe revalidar lo sostenido por la Corte en la sentencia N° 413/1997: "La no deducción de la pensión referida dispuesta por los órganos de mérito supone claramente una infracción al principio rector de la reparación, según el cual éste implica reponer al damnificado (...) en la misma situación económica en que se encontraría si el hecho ilícito no hubiera tenido lugar (art. 1.319 C. Civil, sentencias Nos. 661/95, 865/95 y 200/97).*

"El criterio de la Sala es erróneo en tanto supone reconocer una doble compensación por una misma pérdida, a través de distintas fuentes: esto es, la reparación de un daño

inexistente, lo que es contrario a la idea central de la responsabilidad. La consideración hecha por Gamarra en el sentido de que el derecho de la pensión surge cualquiera sea la causa de la muerte no resulta, a juicio de esta Corporación, decisiva, en tanto deja de lado el hecho concreto de que el cobro efectivo de la pensión (o si se quiere, el adelantamiento de su percepción) fue provocado en la especie por el hecho ilícito (aunque no pueda decirse que fuera causado por él (v. sent. N° 865/95))”.

“La reparación no implica procurar ganancias sino restablecer tan exactamente como sea posible el equilibrio que ha sido destruido por el hecho ilícito, reponiendo a la víctima (...) en la situación en que se encontraría si el referido no hubiera tenido lugar (v. Savatier, 'Traité de la responsabilité civile', t. 2, pág. 188). (...) la Corte por mayoría acoge este agravio y ordenará descontar las sumas percibidas por la cónyuge supérstite por concepto de pensión”.

En igual sentido se han expedido diversos Tribunales de Apelaciones, como, por ejemplo, la Sala Civil de 4° Turno (sentencia N° 129/2014), la Sala Civil de 6° Turno (sentencias Nos. 16/2010 y 128/2010) y la Sala de Trabajo 2° Turno (Sentencia N° 238/2016).

Por su parte, el Dr. Tabaré Sosa no comparte este criterio por los argumentos que expondrá en su discordia.

IV.- La conducta procesal desplegada por las partes ha sido correcta, no dando mérito a especial condenación en gastos causídicos.

Por estos fundamentos, la Suprema Corte de Justicia,

FALLA:

ANÚLASE LA RECURRIDA ÚNICAMENTE EN CUANTO NO DISPUSO DESCONTAR DEL HABER DE SEGURIDAD SOCIAL EL IMPORTE DE LA INDEMNIZACIÓN POR LUCRO CESANTE A FAVOR DE LA SRA. AA; DESESTIMÁNDOSE EN LO DEMÁS.

SIN ESPECIAL CONDENACIÓN PROCESAL.

HONORARIOS FICTOS 40 B.P.C.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y OPORTUNAMENTE, DEVUÉLVASE.

DRA. ELENA MARTÍNEZ
MINISTRA DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DR. EDUARDO TURELL
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DR. LUIS TOSI BOERI
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DR. TABARÉ SOSA AGUIRRE
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DISCORDE EN PARTE: Voto

por desestimar el agravio

relativo a la no detrac-

ción del importe de la

indemnización de la co-actora AA, de su haber derivado del sistema de seguridad social, por lo subsiguiente.

En conceptos trasladables, el Maestro GAMARRA, enseña que, *"tal como entiende la Corte Suprema de Italia [...] acompañada por la doctrina de ese país [...] aquí, el hecho ilícito es solo ocasión del surgimiento de la pensión; porque la misma está destinada a generarse por cualquier causa de muerte, e igualmente habría nacido en ausencia de esta particular causa. A lo cual puede agregarse que el Estado cuando surge la pensión (y lo mismo puede decirse respecto de la jubilación) lo hace en cumplimiento de obligaciones que han tenido la contrapartida de las sumas que el funcionario aportó durante el desempeño de sus tareas. Por consiguiente, en tanto que el derecho positivo no consagre una subrogación a favor del Estado (tal como ha sucedido en países más avanzados legislativamente, como Francia, por ej.), el damnificado que recibe pensión o*

jubilación mantiene íntegra su pretensión indemnizatoria contra el autor del daño..." (Gamarra, Jorge, Tratado de Derecho Civil Uruguayo, FCU, Montevideo, 2000, tomo XIX, p. 252, 253).

En esta inteligencia la jurisprudencia con acierto, ha señalado con referencia al pago de la indemnización y las imputaciones que, en su caso, corresponde efectuarle, que los ingresos por concepto de Seguridad Social no deben ser objeto de deducción.

Así, algunos se basan en que el título de percepción de la pensión (BPS) es distinto e independiente del resarcimiento (véase el señero precedente publicado en LJU c. 4.105 (TAC 1° del año 1955 -Caso Zolessi con Ferrocarril-), LJU 13.105 (TAC 8° 34/1996) y LJU 15.244 (TAC 1° 323/2004); TAC 5° No. 56/1998 en LJU 13.679 que consignaba que ello era sí porque el pago de pensión se realiza en cumplimiento de obligaciones generadas por los aportes vertidos). Otros fundan la solución en que el ilícito es sólo ocasión del surgimiento de la pensión y en que el criterio contrario conduce a un enriquecimiento injusto del ofensor (colección cit. c. 15.505 -SCJ No. 160/2006) y c.15.674-SCJ 205/2007).

Tal como expresó la Corte en la antes nominada Sentencia No. 160/2006, "...

siguiendo la opinión de Gamarra (cf. Tratado... tomo XIX, p. 252, 253), (...) el hecho ilícito es solo ocasión del surgimiento de la pensión, porque la misma está destinada a generarse por cualquier causa de muerte e igualmente habría nacido en ausencia de esta particular causa. [...] En enfoque coincidente, beneficiar al causante del perjuicio con una detracción equivalente al monto del servicio pensionario conduciría a su enriquecimiento injusto (art. 1308 del CC) al trasladar a los organismos de previsión social la obligación reparatoria íntegra que sobre él recae (cf. Sent. N° 177/03 en ADCU N° XXXIV, p. 385/386, c.846, jurisprudencia y doctrina allí citadas)..."

En la también antes citada Sentencia No. 323/2004 del TAC 1°, los Dres. Vázquez y Couto expresaron en discordia que se comparte: *"...El beneficio que se percibió por la pensión del Banco de Previsión Social no está vinculado a una indemnización por el daño causado que se reclama a las demandadas, sino que se percibe en base a otros fines (...) En la medida en que el derecho positivo no consagra una subrogación en favor del Estado, el damnificado que percibe el beneficio mantiene íntegra su pretensión indemnizatoria contra el autor del daño, ya que el beneficio de la previsión del Banco de Previsión Social es a quien reúne las condiciones requeridas. Resulta*

inaplicable la compensación del daño con beneficio (compensatio lucri cum danno) (cf. Gamarra: Tratado de Derecho Civil Uruguayo, t. XXIII, p. 109) [...] existe doctrina que niega el derecho de accionar contra el ofensor, salvo por lo que refiere al daño que el beneficio no cubre [...] Sin embargo, dicha posición no resulta compartible, ya que se encuentra fundada en la naturaleza indemnizatoria de la pensión del Banco de Previsión Social, cuando esta no tiene por finalidad resarcir los daños causados por el hecho ilícito y se cuantifica con total independencia del perjuicio causado (cf. Jorge Gamarra, Tratado de Derecho Civil Uruguayo, t. XIX vol. I, Seg. Edición p. 252/253), por lo que no correspondía el descuento de la referida pensión como sostuvieron los demandados...".

DR. GUSTAVO NICASTRO SEOANE
SECRETARIO LETRADO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA