

Expte.13-04044135-7/1 "AGUA Y SANEAMIENTO MENDOZA... EN J° 259.077 / 54.068 "GIMÉNEZ..." S/REP."

EXCMA. SUPREMA CORTE:

Agua y Saneamiento Mendoza (AYSAM), por intermedio de apoderada, interpone Recurso Extraordinario Provincial contra la sentencia dictada por la Quinta Cámara de Apelaciones en lo Civil, en los autos N° 54.068/259.077 caratulados "Giménez Hugo Rodolfo y ots. c/ AYSAM p/ Daños y perjuicios".

I.- ANTECEDENTES:

Hugo Rodolfo Giménez, entabló demanda de daños y perjuicios, por \$ 1.868.000, contra Agua y Saneamiento Mendoza (AYSAM), por los conceptos de privación de uso, y daños material, moral y punitivos.

Corrido traslado de la demanda, la accionada la contestó solicitando su rechazo.

En primera instancia se hizo lugar a la demanda por \$ 2.441.000. En segunda se modificó parcialmente el fallo.

II.- AGRAVIOS:

Se agravia la entidad recurrente sosteniendo que la decisión es arbitraria.

Dice que las controversias suscitadas con motivo de la prestación de servicios regulados por la Ley 6044, deben ser sometidos en forma previa y obligatoria al Ente Provincial Regulador del Agua y Saneamiento (EPAS); que en la instancia administrativa, se determinó que su parte no tenía responsabilidad; que la pericia fue realizada

cuatro años después del evento; que la indemnización por daño material, supera el valor que tenía la vivienda al momento del hecho; que no hubo prestación deficiente del servicio, para los daños punitivos; y que no era rol de los jueces elevar el daño moral.

III.- Este Ministerio Público estima que el recurso extraordinario provincial interpuesto debe ser parcialmente acogido.

IV.- La crítica referida a los daños punitivos es atendible, porque dichos daños son una institución excepcional y, como tal, de interpretación restrictiva, sólo aplicable a los casos que su regulación específica determine, no pudiendo ser aplicados por analogía, ya que, de ser generalizados, se corre el riesgo de su aplicación "brutal", indiscriminada, discrecional y a cualquier supuesto, haya o no incumplimiento, haya o no daño, desde un gravísimo y devastador daño ambiental, hasta el simple no pago de un resumen de tarjeta de crédito, lo que desnaturalizará el instituto, terminando por quitarle las loables funciones y finalidades para las que fue creado¹.

En otras palabras, si bien para la aplicación de tales daños hay un amplio margen prudencial y de facultades de los jueces², a la hora de resolver fundada y razonablemente³, debe quedar en

1 Cfr. Brun, Carlos A., "Nuevamente sobre el factor de atribución en la procedencia de los daños punitivos", en RCC y C 2019 (septiembre), p. 146.

2 Cfr. Gregorini Clusellas, Eduardo L., "El daño punitivo y la sanción pecuniaria disuasiva. Análisis comparativo de la proyección de una figura resistida hoy consagrada", en RC y S 2013-X, p. 15.

3 Cfr. Guzmán, Néstor, "Discrecionalidad y justificación. Entre el juez intérprete y el juez creador en el Código Civil y Comercial", p. 181.

claro que no hay derecho a obtener compulsivamente daños punitivos, que se trata de una facultad discrecional, lo que no debe ser confundido con arbitrariedad⁴, máxime si no se acreditó, como en el caso de marras, una conducta especialmente grave o reprobable del dañador, caracterizada por la existencia de dolo o una grosera negligencia⁵, ya que no basta con el mero incumplimiento, al ser necesario, por el contrario, que se trate de una conducta particularmente grave, caracterizada por la presencia de dolo (directo o eventual) o, como mínimo, de una grosera negligencia⁶, porque el instituto tiene un propósito netamente sancionatorio de un daño que resulta intolerable, siendo su finalidad punir graves inconductas y prevenir el acaecimiento de hechos similares⁷.

V.- A los efectos de dictaminar respecto de las restantes censuras, cabe memorar que V.E. ha sostenido que la tacha de arbitrariedad requiere que se invoque y demuestre la existencia de vicios graves en el pronunciamiento judicial consistentes en razonamientos groseramente ilógicos o contradictorios, apartamiento palmario de las circunstancias del proceso, omisión de considerar hechos y pruebas decisivas o carencia absoluta de fundamentación⁸, y que el recurso de inconstitucionalidad es un remedio excepcional ante hechos que la muestren

4 Cfr. López Herrera, Edgardo S., “Daños punitivos en el Derecho argentino. Art. 52 bis, Ley de Defensa del Consumidor”, en J.A., Cita Online: 0003/013877.

5 Cfr. Lorenzetti, Ricardo Luis “Consumidores”, p. 559.

6 Cfr. S.C., expte. 108977 titulado “Castillo en J°”, 11/03/14.

7 Cfr. Furlotti, Silvina, “Los daños punitivos: sentido y alcance del art. 52 bis de la ley 24.240”, en LL Gran Cuyo 2010, octubre, p. 819.

8 L.S. 188-311; 188-446; 192-206; 209-348; entre numerosísimos fallos.

manifiesta, contundente, no siendo procedente cuando sólo media una crítica o ante la mera discrepancia con el fallo impugnado, pues de lo contrario se haría de aquel una instancia ordinaria contraviniendo todo el sistema constitucional recursivo⁹.

La quejosa ha tachado de arbitraria a la resolución en crisis, pero no ha evidenciado, fehaciente ni suficientemente¹⁰, la configuración concreta, acabada y certera de su planteo. En realidad, discrepa, o disiente, con las conclusiones a las que arribó la Cámara en su sentencia cuestionada, donde aquella afirmó, razonablemente, y fundada en las pruebas rendidas, y en derecho, doctrina y jurisprudencia, que:

1) La pericia del Ingeniero Civil H. Martín Obredor, era clara y acreditaba que los daños de la vivienda habían sido provocados por la pérdida de agua, de la cañería subterránea que se encuentra frente a ella, y la relación de causalidad entre la rotura del caño y los daños;

2) el artículo 2 de la Ley 6856 que regula lo atinente a las demandas que entablan los usuarios de servicio y obras públicas, contra los concesionarios y cualquier tipo de prestadores de servicios públicos, dispone que no es requisito previo para la promoción de la demanda, iniciar ni agotar la vía administrativa ante el prestador, entes reguladores ni la administración pública general¹¹;

⁹ L.S. 157-398; L.A. 84-257; 89-357; 91-143; 94-343.

¹⁰ Cfr: Sagüés, Néstor Pedro, Derecho Procesal Constitucional, Recurso Extraordinario, t. 2, p. 195; vid. tb. C.S.J.N., 9/12/86, E.D. 121-276.

¹¹ Cabe subrayar, asimismo, que el artículo 7 de dicha normativa, deroga toda norma que se oponga a la misma, por lo que deben entenderse derogados los artículos 4, inciso 7, y 10 de la Ley 6044.

3) el daño material, costo de construcción del inmueble, se atenía a las conclusiones de la pericia recién indicada, y que era improcedente fijar para el rubro el costo de metro de construcción de una casa de adobe, porque no puede construirse una vivienda de esa estructura¹² y porque la reparación del daño deber ser plena; y

4) la suma otorgada por daño moral no resultaba excesiva, y era ínfimamente mayor a la reclamada en la demanda.

Finalmente, en acopio y en cuanto a la indemnización del daño moral, se ha postulado que la dificultad para cuantificar su reparación reside en la falta de correspondencia entre el vehículo de compensación (dinero) y el objeto (daño moral) a resarcir¹³. Dicha disimilitud entre la materia resarcida y el instrumento resarcitorio, no obsta a una comunidad de valoración jurídica que establezca una interrelación entre ambos, a fin de no dejar desprotegida a la víctima de un sufrimiento inmerecido, apreciación que está librada a los jueces, quienes tienen el poder-deber de fijar, discrecional, prudente y equitativamente, la cuantía de la suma indemnizatoria¹⁴.

A esta altura, se impone transcribir la opinión de Pascual Alferillo, por ser uno de los autores que más ha abordado el tema de la cuantificación de daños, y que ha vertido consideraciones directamente aplicables al *sub lite*, quien ha referido que:

¹² Se acota que en la pericia producida, el experto dictaminó que el código de edificación no permite construir una vivienda con adobe (V. cfr. fs. 285, punto 21) b), de los principales).

¹³ Cfr. Peyrano, Jorge W., "Procedimiento civil y comercial", t. 3, p. 92.

¹⁴ Cfr. Zavala de González, Matilde, "Resarcimiento de daños. Daños a las personas", t. 2a, pp. 589 y 605; Id. Aut., "Artículo 1078", en Bueres, Alberto J. y Elena I. High-ton, "Código Civil y normas complementarias", t. 3A, p. 183; y Leonhardt, Gabriel Marcelo, "Cuantificación del daño moral", en R.C. y S. 2016-XI, p. 17.

1) Cuando se reclama por un menoscabo padecido en la integridad psicofísica social de la persona, no se pide una suma de dinero, sino que se requiere una compensación satisfactiva, es decir, una obligación de valor que mediante el procedimiento judicial se determinará primero, quién será el sujeto pasivo de la obligación de indemnizar y luego qué y cuanto deberá indemnizar;

2) en la actualidad jurídica es muy claro conforme el contenido del art. 772 del Código Civil y Comercial, donde se regla que si la deuda consiste en cierto valor, el monto resultante debe referirse al valor real al momento que corresponda tomar en cuenta para la evaluación de la deuda;

3) es decir, en realidad cuando se coloca una suma dineraria para reclamar el resarcimiento del daño, ello no debe ser interpretado como que se está reclamando una suma de dinero sino que en realidad se acciona por el pago de una deuda de valor que de suyo tiene una naturaleza absolutamente distinta;

4) además de ello, en una sociedad presidida por una economía inflacionaria que inclusive llega a tener cambios de signo monetario, la suma reclamada originalmente por defecto de dicha economía anómala pierde su capacidad adquisitiva y deja de ser representativa del valor indemnizatorio requerido; y

5) cuando se trata de resarcir un daño a la persona, en estricta justicia no se vulnera el principio de congruencia, si a la fecha de la sentencia se fija una suma indemnizatoria superior al monto reclamado¹⁵.

¹⁵ Aut. cit., “La cuantificación del daño a la integridad psicofísica-social de las personas y el derecho transitorio”, en IJ Editores, Cita online: IJ-CXXV-209.

Por último, resta recordar que V.E. ha fallado en causas análogas a la de marras, que las facultades discrecionales de fijación de los montos indemnizatorios, no se encuentran limitadas en la ley procesal sólo a la instancia originaria, pudiendo ser ejercidas en todas y cada una de ellas, en mérito del principio de plena jurisdicción¹⁶.

VI.- Por lo dicho, en conclusión, y de conformidad a los artículos 3, 27, 28 inciso 1 y 29 de la Ley 8.911, esta Procuración General aconseja el acogimiento parcial del recurso extraordinario provincial planteado (Únicamente el agravio analizado en el punto IV.-).-

DESPACHO 12 de agosto de 2020.-



Dr. HECTOR PRADAPANÉ
Fiscal Adjunto Civil
Procuración General