14132/2008

"Fecit, Gustavo Adrián c/ Brabo, Juan Carlos y otros s/ Daños y Perjuicios" (Expte. n° 14.132/2008)

LIBRE N° 626.991 Juzgado Civil n° 15

En la Ciudad de Buenos Aires, capital de la República Argentina, a los días del mes de diciembre del año dos mil trece, reunidos en acuerdo los señores jueces de la Sala "A" de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, para conocer en los recursos de apelación interpuestos en los autos caratulados: "Fecit, Gustavo Adrián c/Brabo, Juan Carlos y otros s/Daños y Perjuicios", respecto de la sentencia de fs. 494/499 el tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver:

¿ES JUSTA LA SENTENCIA APELADA?

Practicado el sorteo resultó que la votación debía realizarse en el siguiente orden: señores jueces de cámara doctores: SEBASTIÁN PICASSO - RICARDO LI ROSI – HUGO MOLTENI.

A LA CUESTIÓN PROPUESTA, EL DR.

SEBASTIÁN PICASSO DIJO:

I. La sentencia de fs. 494/499 hizo lugar a la demanda y condenó a Fabio Ariel Martínez y Juan Carlos Brabo a abonar, dentro del plazo de diez días, la suma de \$ 41.600 a Gustavo Adrián Fecit, con más los intereses y las costas del juicio. Hizo extensiva la condena a Liderar Compañía de Seguros S. A., en la medida del seguro y en los términos del art. 118 de la ley 17.418.

El pronunciamiento fue apelado por el actor, quien se agravia a fs. 517/520 por los importes otorgados por "incapacidad sobreviniente", "gastos de traslados, asistencia médica y farmacia", "daños a la motocicleta", "daño moral" y "daño psicológico", como así también por cuanto la sentencia validó el límite de cobertura establecido en la póliza de seguro. Esta presentación mereció la réplica de la aseguradora a fs. 537/542.

Por su parte, Liderar Compañía de Seguros S. A. se queja a fs. 525/534 por la responsabilidad atribuida a su asegurado. En forma subsidiaria, cuestiona los montos otorgados en concepto de "incapacidad sobreviniente y daño psicológico", "daño moral", "gastos" y "daños a la

motocicleta". Asimismo, se agravia respecto de la tasa de interés fijada en la sentencia en crisis. Esta presentación fue contestada por la actora a fs. 545/546.

II. Previo a todo, debo recordar que el art. 265 del CPCCN exige que la expresión de agravios contenga la crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considera equivocadas. Y en este sentido, el contenido de la impugnación debe consistir en una fundamentación de cada uno de los agravios que se tengan contra las partes del fallo que se consideren equivocadas. Es decir, se relaciona con la carga que le incumbe de motivar y fundar su queja, señalando y demostrando, punto por punto, los errores en que se hubiere incurrido en el pronunciamiento, o las causas por las cuales se lo considera contrario a derecho (Gozaíni, Osvaldo A., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y Anotado, La Ley, Buenos Aires, 2006, t. II, p. 101/102; Kielmanovich, Jorge L., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y Anotado, Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003, t. I, p. 426). En este orden de ideas, bien vale destacar que la mera disconformidad con la interpretación judicial sin fundamentar la oposición, ni concretar en forma detallada los errores u omisiones del pronunciamiento apelado, no constituye la crítica que prescribe la norma (esta sala, 29/12/2011, L. 583.348, 29/09/2011, LL Online AR/JUR/60729/2011, entre muchos otros).

Desde esta perspectiva, adelanto que el recurso de la citada en garantía respecto de la responsabilidad atribuida a los demandados no constituye una crítica concreta y razonada de la sentencia apelada.

En efecto, escuetamente Liderar Compañía de Seguros S. A. pretende cuestionar los fundados términos de la sentencia en crisis brindado su versión de los hechos, pero sin remitirse a prueba alguna del expediente ni mencionar en dónde se encontraría el error en el que habría incurrido la Sra. juez de grado. Esto no hace más que traducir una mera disconformidad con lo decidido en la sentencia en crisis, que esta lejos de constituir la crítica concreta y razonada que exige el art. 265 del CPCCN.

Por estos motivos, propongo a mis colegas que se declare la deserción del recurso interpuesto por la citada en garantía en este punto.

III. Pasaré ahora a expedirme sobre el agravio relativo al límite de cobertura estipulado en la póliza de seguro y cuestionado en esta alzada por el actor.



De las constancias de autos se desprende que el límite de cobertura fue denunciado por la citada en garantía (fs. 328 y vta., punto II). Por su parte, el actor, al momento de contestar el pertinente traslado (fs. 347), se opuso a tal limitación e invocó los fallos plenarios de esta cámara "Obarrio" y "Gauna".

En el *sub lite* no caben dudas de la existencia de tal límite de cobertura, que surge de la póliza (fs. 324/326) y fue confirmado por el perito contador, quien informó: "La cobertura contratada es por Responsabilidad Civil con los siguientes límites: Muerte e incapacidad a terceras personas: \$ 30.000; Daños a cosas de terceros hasta la suma de \$ 100.000; Gastos sanatoriales por persona \$ 1.000; Gastos de sepelio por persona \$ 1.000" (fs. 434 vta., rta. "c"). Este dictamen no recibió el cuestionamiento de ninguna de las partes, por lo que le otorgo pleno valor probatorio (art. 477 CPCCN).

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han coincidido en que la enumeración de los riesgos abarcados por el contrato de seguro y la extensión de la cobertura deben apreciarse literal, restrictiva o limitativamente, y es inadmisible la interpretación analógica o extensiva de la póliza para determinar el riesgo asegurado (esta sala, 19/3/2013, "El Comercio Compañía de Seguros a Prima Fija S. A. c/ C., Félix Rafael y otros s/ Cobro de sumas de dinero", L. n° 608.324). Esta pauta esencial de interpretación debe ser complementada con los principios de buena fe, finalidad y economía del contrato, el principio *in dubio contra estipulatorem* y el predominio de las condiciones particulares por sobre las generales (Campo, Francisco, "El riesgo. Delimitaciones y exclusiones a la cobertura", en *Ciencia, Técnica y Poder Judicial*, Academia Judicial Internacional - La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 26).

Por lo demás, al tratarse de un contrato de consumo, se aplica el art. 37 de la ley 24.240, que establece: "La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa". Este criterio (interpretación contra proferentem) fue expresamente acogido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuyas palabras: "en caso de duda debía considerarse subsistente la obligación del asegurador, que no sólo redactó las condiciones del contrato sino que por ser quien realiza las previsiones de los siniestros mediante cálculos actuariales, estaba en condiciones técnicas de fijar en forma clara, precisa e indubitada la extensión de sus

obligaciones" (CSJN, 6/12/1994, "Berlari, Norma E. c. Omega Coop. de seguros Ltda. y otros", *Fallos* 317:1684).

Aclaro que en la litis no se trata de un seguro de responsabilidad civil contratado por una empresa de transporte público de pasajeros, por lo cual, como lo sostuvo la Sra. juez de grado, no es de aplicación la doctrina sentada por esta cámara en el plenario "Obarrio, María Pía c/Microómnibus Norte S.A. y otro s/ daños y perjuicios (acc. trán. c/les o muerte - sumario) y Gauna, Agustín c. La Economía Comercial S.A. de Seguros Generales y otro s/ daños y perjuicios (acc. trán. c/les. o muerte - sumario)", de fecha 13/12/2006.

Sin perjuicio de ello, entiendo que lo que el actor claramente pretendió es que no le sea oponible el límite denunciado por la citada en garantía. Contrariamente a lo que se decidió en la instancia de grado, juzgo que tal límite resulta irrazonable, contrario a la finalidad que inspira el seguro obligatorio en materia automotriz, y por lo tanto, inoponible a la víctima del siniestro. Tres consideraciones me llevan a concluir de ese modo.

Ante todo, los límites de cobertura que se establecieron en la póliza en estudio coinciden con los fijados en la resolución n° 21.999/1992 de la Superintendencia de Seguros de la Nación, que se cita en la póliza a fs. 325. Ahora bien, esa resolución es de dudosa constitucionalidad, por cuanto, como explica Stiglitz: "se han establecido topes indemnizatorios a favor de las víctimas de la circulación, cuando el daño, como presupuesto de la responsabilidad civil, es tema regulado por el Código Civil donde el principio general es el contrario, ya que lo que se prevé en las normas generales es un sistema de reparación integral (art. 1068), comprensivo incluso del daño moral (art. 1078)" (Stiglitz, Ruben S. – Stiglitz, Gabriel A., Derecho de seguros, La Ley, Buenos Aires, 2008, t. IV, p. 225, ap. 1461 "b").

En segundo término, la resolución data de 1992, cuando el límite de \$ 30.000.- equivalía a U\$S 30.000.- De más está recordar que esas condiciones han cambiado totalmente en la actualidad —a más de veinte años de aquel momento-, con lo que resulta insensato pretender mantener esa suma nominal en claro detrimento de las víctimas.

Finalmente, señalo que la finalidad tenida en cuenta por el art. 68 de la ley 24.4449, que establece el seguro automotor obligatorio –que no es otra que la de proteger a las víctimas de accidentes de tránsito y asegurar su reparación- se vería claramente desvirtuada por la

aplicación de una resolución administrativa que prevé la posibilidad de limitar la cobertura a un monto hoy en día irrisorio. No cabe duda de que, en esos términos, la mencionada resolución —y la cláusula contractual en la que se funda- colisiona con la citada disposición legal —de jerarquía netamente superior en la estructura del ordenamiento jurídico argentino-, por lo que debe ser dejada de lado en los términos de los arts. 28, 31 y concs. de la Constitución Nacional.

Concluyo que el límite de cobertura mencionado es, cuanto menos, inoponible a la víctima del siniestro, sin perjuicio de si puede o no hacerse valer entre las partes del contrato de seguro, cuestión que resulta ajena a esta litis.

Por estas razones, propondré a mis distinguidos colegas la modificación de la resolución apelada en este sentido. Por lo cual, de compartirse mi criterio, la condena respecto de Liderar Compañía de Seguros S. A. deberá ser soportada por esta sin considerar los límites establecidos en la póliza del seguro.

IV. Sentado lo que antecede, corresponde analizar las quejas sobre las partidas indemnizatorias.

a) Incapacidad sobreviniente.

La Sra. juez de grado fijó por este rubro la suma de \$ 25.000 por lesión física, y rechazó lo solicitado por incapacidad psicológica. El actor peticiona la elevación de la suma reconocida en la anterior instancia y cuestiona el rechazo del "daño psicológico". Por el contrario, la citada en garantía entiende que el accidente pudo no ser el único hecho generador de la incapacidad del actor, por lo que no se encontraría probada la relación causal.

Ante todo, es preciso recordar que el daño, en sentido jurídico, no se identifica con la lesión a un bien (las cosas, el cuerpo, la salud, etc.), sino, en todo caso, con la lesión a un interés lícito, patrimonial o extrapatrimonial, que produce consecuencias patrimoniales o extrapatrimoniales (Calvo Costa, Carlos A., *Daño resarcible*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 97). En puridad, son estas consecuencias las que deben ser objeto de reparación (Pizarro, Ramón D. – Vallespinos, Carlos G., *Obligaciones*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, t. 2, p. 640), lo que lleva a concluir en la falta de autonomía de todo supuesto perjuicio que pretenda identificarse en función del bien sobre el que recae la lesión (la psiquis, la estética, la vida de relación, el cuerpo, la salud, etc.). En todos estos casos, habrá que atender a las consecuencias que esas lesiones provocan en la esfera patrimonial o extrapatrimonial de la víctima, que serán, por

lo tanto, subsumibles dentro de alguna de las dos amplias categorías de perjuicios previstas en nuestro derecho: el daño patrimonial y el moral.

En sentido concorde, esta sala ha sostenido en forma reiterada que los perjuicios físicos y psíquicos deben ser valorados en forma conjunta, porque los porcentajes de incapacidad padecidos por el damnificado repercuten unitariamente, lo cual aconseja que se fije una partida indemnizatoria que abarque ambos aspectos ya que, en rigor, si bien conformarían dos índoles diversas de lesiones, se traducen en el mismo daño, que consiste, en definitiva, en la merma patrimonial que sufre la víctima por la disminución de sus aptitudes y para el desempeño de cualquier trabajo o actividad productora de beneficios materiales (esta sala, 12/3/2013, "H., Ricardo Alejandro c/ Empresa Ciudad de San Fernando y otros s/ Daños y Perjuicios", L. nº 610.399; ídem, 22/8/2012, "R., Flavio Eduardo c/ Bayer S.A. y otros", L n° 584.026; ídem, 19/6/2012, "G., Josefina c/ Transporte Escalada S.A.T. y otro s/ daños y perjuicios", L. n° 598.408; ídem, 23/2/2012, "G., Victoria Yasmin c/ M., Pablo y otros s/ daños y perjuicios", LL 18/6/2012, 9; ídem, 1/6/2010, "A., Alfredo Edmundo c/ Transporte Metropolitano General San Martín S. A.", LL Online, cita: AR/JUR/43022/2010, entre muchos otros).

Desde un punto de vista genérico, Matilde Zavala de González define a la incapacidad como "la inhabilidad o impedimento, o bien, la dificultad apreciable en algún grado para el ejercicio de funciones vitales" (Zavala de González, Matilde, Resarcimiento de daños, Hammurabi, Buenos Aires, 1996, t. 2a, p. 343). Ahora bien, es evidente que esa disminución puede, como todo el resto de los daños considerados desde el punto de vista "naturalístico" (esto es, desde el punto de vista del bien sobre el que recae la lesión; vid. Bueres, Alberto J., "El daño moral y su conexión con las lesiones a la estética, a la psique, a la vida de relación y a la persona en general", Revista de Derecho Privado y Comunitario, Daños a la persona, nº 1, Santa Fe, 1992, p. 237 y ss.), tener repercusiones tanto en la esfera patrimonial como en la extrapatrimonial de la víctima. Este último aspecto no puede, a mi juicio, subsumirse en la incapacidad sobreviniente, sino que se identifica, en todo caso, con el daño moral. No coincido, entonces, con quienes engloban en el tratamiento de este rubro tanto a las consecuencias patrimoniales de la incapacidad como otras facetas relacionadas con lo espiritual (la imposibilidad de realizar ciertas actividades no lucrativas que llevaba adelante la víctima, tales como deportes y otras atinentes al esparcimiento y la vida de relación), pues tal tesitura importa, en



puridad, generar un doble resarcimiento por el mismo perjuicio, que sería valorado, primero, para fijar la indemnización por incapacidad sobreviniente, y luego para hacer lo propio con el daño moral.

De modo que el análisis a efectuar en el presente acápite se circunscribirá a las consecuencias patrimoniales de la incapacidad sobreviniente, partiendo de la premisa –sostenida por la enorme mayoría de la doctrina nacional, lo que me exime de mayores citas- según la cual la integridad física no tiene valor económico en sí misma, sino en función de lo que la persona produce o puede producir. Se trata, en última instancia, de un lucro cesante actual o futuro, derivado de las lesiones sufridas por la víctima (Pizarro-Vallespinos, *Obligaciones*, cit., t. 4, p. 305).

Lo hasta aquí dicho en modo alguno se contrapone con la doctrina que sigue actualmente la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a cuyo tenor "cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas de manera permanente, esta incapacidad debe ser objeto de reparación al margen de que desempeñe o no una actividad productiva pues la integridad física tiene en sí misma un valor indemnizable y su lesión afecta diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, social, cultural, y deportivo, con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida" (CSJN, 27/11/2012, "Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ daños y perjuicios"; ídem, Fallos, 308:1109; 312:752 y 2412; 315:2834; 327:3753; 329:2688 y 334:376, entre otros). En efecto, entiendo que el eje de la argumentación del alto tribunal estriba en los siguientes parámetros: a) por imperio constitucional, la reparación debe ser integral; b) ello importa que deben resarcirse todas las consecuencias de la incapacidad, y no únicamente las patrimoniales, y c) a los efectos de evaluar la indemnización del daño patrimonial es insuficiente tener en cuenta únicamente los ingresos de la víctima, pues la lesión de su integridad física afecta también sus posibilidades de realizar otras actividades que, aunque no resulten remuneradas, son económicamente mensurables. Es en este último sentido, a mi juicio, que cabe interpretar la referencia de la corte a que la integridad física "tiene en sí misma valor indemnizable", pues la alternativa (esto es, afirmar que debe asignarse a la integridad física un valor en sí, independientemente de lo que produzca o pueda producir) conduciría al sinsentido de patrimonializar un derecho personalísimo, y asignar artificialmente (¿sobre la base de qué parámetros?) un valor económico al cuerpo de la persona.

Por otra parte, el criterio que se propone en este voto respeta el principio de reparación integral de todas las consecuencias de la incapacidad sobreviniente, aunque distingue adecuadamente según que ellas se proyecten en la esfera patrimonial o en la espiritualidad de la víctima. Respecto del primer punto, y como se verá enseguida, no tomaré en cuenta exclusivamente el monto del salario que el damnificado eventualmente percibiera, sino que evaluaré también la incidencia de la incapacidad en la realización de otras actividades no remuneradas pero patrimonialmente mensurables, así como sus eventuales posibilidades de mejorar su situación laboral o patrimonial por medio de su trabajo.

Establecidos de ese modo la naturaleza y los límites del rubro en estudio, corresponde hacer una breve referencia al método a utilizar para su valuación.

Al respecto me he expedido reiteradamente en el sentido de que, para el cálculo de las indemnizaciones por incapacidad o muerte, debe partirse del empleo de fórmulas matemáticas, que proporcionan una metodología común para supuestos similares. Como dicen Pizarro y Vallespinos: "No se trata de alcanzar predicciones o vaticinios absolutos en el caso concreto, pues la existencia humana es por sí misma riesgosa y nada permite asegurar, con certidumbre, qué podría haber sucedido en caso de no haber ocurrido el infortunio que generó la incapacidad o la muerte. Lo que se procura es algo distinto: efectuar una proyección razonable, sin visos de exactitud absoluta, que atienda a aquello que regularmente sucede en la generalidad de los casos, conforme el curso ordinario de las cosas. Desde esta perspectiva, las matemáticas y la estadística pueden brindar herramientas útiles que el juzgador en modo alguno puede desdeñar" (op. cit., t. 4, p. 317).

Es que no debe olvidarse que el principio de reparación integral —que, como lo ha declarado reiteradamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tiene status constitucional (*Fallos*, 321:487 y 327:3753, entre otros)- importa, como lógica consecuencia, que la indemnización debe poner a la víctima en la misma situación que tenía antes del hecho dañoso (arg. art. 1083, Código Civil). Así las cosas, y teniendo en cuenta que el resarcimiento se fijará en dinero —que, huelga decirlo, se cifra numéricamente-, nada resulta más adecuado que el empleo de cálculos matemáticos para tratar de reflejar de la manera más exacta posible el perjuicio patrimonial experimentado por el damnificado.



Resulta aconsejable, entonces, la utilización de criterios matemáticos que, partiendo de los ingresos acreditados por la víctima (y/o de la valuación de las tareas no remuneradas, pero económicamente mensurables, que ella llevaba a cabo y se vio total o parcialmente imposibilitada de continuar desarrollando en el futuro), y computando asimismo sus posibilidades de incrementos futuros, lleguen a una suma tal que, invertida en alguna actividad productiva, permita a la víctima obtener mensualmente (entre ese margen de beneficios y el retiro de una porción del capital) una cantidad equivalente a aquellos ingresos frustrados por el hecho ilícito, de modo tal que ese capital se agote al término del período de vida económicamente activa que restaba al damnificado. Así se tiene en cuenta, por un lado, la productividad del capital y la renta que puede producir, y, por el otro, que el capital se agote o extinga al finalizar el lapso resarcitorio (Zavala de González, op. cit., t. 2a, p. 521). Si bien los fallos y los autores emplean distintas denominaciones (fórmulas "Vuoto", "Marshall", "Las Heras-Requena", etc.), se trata en realidad, en todos los casos, de la misma fórmula, que es la conocida y usual ecuación para obtener el valor presente de una renta constante no perpetua (Acciarri, Hugo - Testa, Matías I., "La utilidad, significado y componentes de las fórmulas para cuantificar indemnizaciones por incapacidad y muertes", LL, 9/2/2011, p. 2).

Siguiendo la formulación propuesta por los autores citados en último término, emplearé la siguiente expresión de la fórmula:

$$C = A \cdot (1 + i)^a - 1$$

 $i \cdot (1 + i)^a$

Donde "C" es el capital a determinar, "A" la ganancia afectada, para cada período, "i" la tasa de interés a devengarse durante el período de extracción considerado, decimalizada (emplearé una tasa del 4%), y "a" el número de períodos restantes hasta el límite de la edad productiva o la expectativa de vida presunta de la víctima.

Sin embargo, también cabe subrayar que estas pautas de cálculo no tienen por qué atar al juzgador, sino que conducen, simplemente, a una primera aproximación, a un umbral, a partir del cual el juez puede y debe realizar las correcciones necesarias atendiendo a las particularidades del caso concreto (Pizarro-Vallespinos, op. cit., t. 4, p. 318; Zavala de González, op. cit., t. 2a, p. 504). En otras palabras, no corresponde otorgar a la víctima, sin más, la suma que en cada caso resulte de la aplicación de la fórmula mencionada,

sino que ella servirá simplemente como pauta orientadora para, a partir de allí, arribar a un justo resarcimiento según las circunstancias de la causa.

Sentado ello, corresponde aplicar estas pautas al caso de autos. El mismo día del hecho el Sr. Fecit fue atendido en el Hospital Julio de Vedia, en donde se le diagnosticó: "Politraumatismos" (fs. 210/219). El médico que revisó al actor en el marco de la causa penal, a los pocos días del hecho (18/9/2006), describió: "Presenta hematomas en región perineal y inguinal izquierdo de 20 cm. de longitud por 10 cm. de ancho, traumatismo cerrado con hematomas, escoriaciones y edema intrarticular que le imposibilita la marcha de rodilla y tobillo derecho son lesiones que incapacitan laboralmente por menos de un mes carácter LEVES, salvo complicaciones" (sic, fs. 22 vta. de las copias certificadas de la causa penal n° 205.200/2006, "Bravo, Juan Carlos s/ lesiones culposas", en trámite ante la UFI n° 3, del Departamento Judicial de Mercedes, Provincia de Buenos Aires, que en este acto tengo a la vista).

Por su parte, el perito médico designado de oficio informó: "se palpa una callosidad en el borde inferior de la rotula derecha, le ocasiona una limitación funcional leve por el dolor a la movilidad activa y pasiva, de 0° a 130° en la flexión y dorso extensión de la columna lumbar leve, por una contractura paravertebral. El resto del traumatismo no presenta limitaciones funcionales" (sic, fs. 384 vta., "examen físico", y 385, rta. 4ª).

El experto dictaminó que el actor presenta una incapacidad en la esfera física de un 8 % "para la rodilla derecha", y que el resto de los traumatismos no generó incapacidad (fs. 385, rta. 5^a).

No se me escapa que el actor impugnó la pericia a fs. 387/390, en términos similares a los expresados en esta alzada, y que la citada en garantía hizo lo propio a fs. 393, lo que mereció la correspondiente respuesta del perito a fs. 404. Sin embargo, esos cuestionamientos no se encuentran avalados por ningún consultor técnico y no dejan de presentarse como afirmaciones dogmáticas carentes de suficiente fundamento, que no logran desvirtuar las conclusiones del perito designado de oficio, quien, por otro lado, dejó constancia de que no había concurrido ningún consultor de parte al examen médico (fs. 385 vta.).

Es sabido que, aun cuando las normas procesales no acuerdan el carácter de prueba legal al dictamen pericial, si el informe comporta la apreciación específica en el campo del saber del perito, para

desvirtuarlo es imprescindible contar con elementos de juicio que permitan concluir fehacientemente en el error o el inadecuado uso que el experto hubiese hecho de sus conocimientos técnicos o científicos, por lo que, para que las observaciones que formulen las partes puedan tener favorable acogida, es necesario que aporten probanzas de similar o mayor rigor técnico que desmerezcan las conclusiones alcanzadas en el peritaje (esta Sala, 30/11/2012, "G., Aldo Rene y otro c/ Microómnibus General Pacheco S. A. y otros s/ Daños y Perjuicios", L. n° 562.884; ídem, 18/2/2013, "S., Sebastián Nicolás c/ Transportes Metropolitanos General Roca S. A. y otros s/ Daños y Perjuicios", L. n° 534.862, entre muchos mas).

Por lo tanto, otorgo plena eficacia probatoria a la experticia médica presentada en autos (art. 477 CPCCN).

A nivel psíquico, el perito mencionó que no podía hacer la pericia sin un test psicológico y perfil de personalidad del actor (fs. 385, *in fine*). Esto último fue cuestionado por el Sr. Fecit a fs. 387 y vta., punto II, cuestionamiento este que, a su vez, fue notificado al experto a fs. 395 y 397, quien guardó silencio. A pedido del actor, se ordenó la intimación al perito para que contestara las impugnaciones bajo apercibimiento de remoción (fs. 402 vta.), lo que fue notificado a fs. 409, frente a lo cual el galeno guardó nuevamente silencio. Puesta de resalto esta última situación por parte del demandante, y solicitada la remoción del perito (fs. 420), la Sra. juez de grado se remitió a la respuesta del experto de fs. 404, y difirió la cuestión "para ser evaluado en su oportunidad" (fs. 421). En la sentencia en crisis la magistrada de la anterior instancia expresó que era el actor quien tenía el impulso probatorio (art. 377, CPCCN), por lo que no tuvo por probada la lesión en la faz psicológica (fs. 496 y vta.). Ello motiva la queja del Sr. Fecit en esta alzada.

Si bien es cierto que la colega de grado pudo ordenar la realización de una nueva pericia, como lo peticionó el actor, también lo es que este último no activó dicho medio probatorio, ya que consintió la resolución de fs. 421 –y pidió luego la clausura del período probatorio-, y tampoco solicitó la producción de prueba adicional ante esta alzada. Por consiguiente, toda cuestión en torno de estos aspectos es inaudible a esta altura del proceso, en tanto los actos procesales respectivos se encuentran alcanzados por la preclusión.

Es por ello que coincidiré con la Sra. juez de grado y tendré por no probada la incapacidad en la esfera psicológica alegada por el demandante.

Por otra parte, el actor mencionó que al momento del hecho tenía un kiosco en la ciudad de 9 de Julio, Provincia de Buenos Aires, por el que promediaba un ingreso mensual de \$ 2.500, y que al interponer la demanda estaba desocupado (fs. 173 vta., "Dimensión laboral", y 176). Este último extremo fue también mencionado por los testigos en el beneficio de litigar sin gastos (fs. 15, 16 y 17, de aquel incidente n° 14.133/2008), y declarado bajo juramento por el propio actor (fs. 19, punto 2, y 150 del beneficio de litigar sin gastos).

Sin embargo, el demandante no acreditó la ocupación que desarrollaba al momento del hecho -ya que no hay prueba de la existencia del comercio que alegó, ni de las ganancias mensuales que supuestamente percibía por tal actividad-. Así las cosas, se justifica estimar sus ingresos acudiendo a la facultad que otorga a los magistrados el art. 165 del CPCCN. De todos modos, cabe recordar que la prueba del daño -y de su montopesa sobre el actor (art. 377, CPCCN), que es quien debe cargar con las consecuencias del incumplimiento de ese onus. En ausencia de prueba concreta del monto del perjuicio, y si bien puede acudirse a la precitada facultad judicial, debe evitarse que la suma a concederse pueda redundar en un enriquecimiento indebido de la víctima (esta sala, 25/11/2011, "E., G. O. c. Trenes de Buenos Aires S. A. y otro s/daños y Perjuicios", LL 2012-A, 80, RCyS 2012-II, 156; ídem, 8/3/2012, "E., N. E. c. B., C. A. y otros", RCyS 2012-VII, 143; ídem, 22/8/2012, "R., F. E. c. Bayer S. A. y otros s/ daños y perjuicios", RCyS 2012-XII, 148). Por estos motivos, partiré para efectuar el cálculo de una suma mensual de \$ 1.100 a la fecha del accidente (12/9/2006).

En función de lo expuesto, en base a las pautas que resultan de la fórmula mencionada precedentemente -adaptadas a las particularidades del caso-, teniendo en cuenta asimismo las posibilidades de progreso económico del actor, así como el hecho de que la indemnización debe computar también la pérdida de la capacidad de la víctima para efectuar otras actividades no remuneradas, pero mensurables económicamente, propongo al acuerdo confirmar el monto de la partida en estudio (art. 165 del CPCCN).

b) Daño moral.



En la anterior instancia se confirió al Sr. Fecit por este concepto la suma de \$ 15.000.

Aclaro que la afirmación que respecto de este renglón de la cuenta resarcitoria se hace en la expresión de agravios del actor está lejos de constituir la crítica concreta y razonada que exige el art. 265 del CPCCN, por lo que propongo que se declare la deserción del recurso en este aspecto.

Por otra parte, la citada en garantía entiende que el monto otorgado en la sentencia en crisis es elevado y peticiona que se reduzca dicho importe.

Siguiendo a Pizarro, "El daño moral importa (...) una minoración en la subjetividad de la persona, derivada de la lesión a un interés no patrimonial. O, con mayor precisión, una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial" (Pizarro, Ramón D., Daño moral. Prevención. Reparación. Punición. El daño moral en la diversas ramas del derecho, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 31).

En lo que atañe a su prueba cabe señalar que, a tenor del principio que sienta el art. 377 del CPCCN, se encuentra en cabeza de la actora la acreditación de su existencia y magnitud, aunque, en atención a las características de esta especial clase de perjuicios, sea muy difícil producir prueba directa en ese sentido, lo que otorga gran valor a las presunciones (Bustamante Alsina, Jorge, "Equitativa valuación del daño no mensurable", LL, 1990-A-655).

En cuanto a su valuación, cabe recordar lo recientemente señalado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el sentido de que: "Aun cuando el dinero sea un factor muy inadecuado de reparación, puede procurar algunas satisfacciones de orden moral, susceptibles, en cierto grado, de reemplazar en el patrimonio moral el valor que del mismo ha desaparecido. Se trata de compensar, en la medida posible, un daño consumado (...). El dinero es un medio de obtener satisfacción, goces y distracciones para reestablecer el equilibrio en los bienes extrapatrimoniales. El dinero no cumple una función valorativa exacta, el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata solamente de dar algunos medios de satisfacción, lo cual no es igual a la equivalencia. Empero, la dificultad en calcular los dolores no impide apreciarlos

en su intensidad y grado, por lo que cabe sostener que es posible justipreciar la satisfacción que procede para resarcir dentro de lo humanamente posible, las angustias, inquietudes, miedos, padecimientos y tristeza propios de la situación vivida" (CSJN, 12/4/2011, "Baeza, Silvia Ofelia c/ Provincia de Buenos Aires y otros", RCyS, noviembre de 2011, p. 261, con nota de Jorge Mario Galdós).

En otras palabras, el daño moral puede "medirse" en la suma de dinero equivalente para utilizarla y afectarla a actividades, quehaceres o tareas que proporcionen gozo, satisfacciones, distracciones y esparcimiento que mitiguen el padecimiento extrapatrimonial sufrido por la víctima (Galdós, Jorge M., "Breve apostilla sobre el daño moral (como "precio del consuelo") y la Corte Nacional", RCyS, noviembre de 2011, p. 259). La misma idea se desprende del art. 1041 *in fine* del Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado que actualmente se encuentra a estudio del Congreso Nacional, a cuyo tenor: "El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas".

Es ese el criterio que tendré particularmente en cuenta para evaluar la suma que corresponde fijar en el *sub lite* en concepto de daño moral, a la luz de las características del hecho generador, su repercusión espiritual en la víctima, y las demás circunstancias del caso.

Sentado lo expuesto, y teniendo en cuenta las lesiones sufridas por el actor, que surgen de la historia clínica del Hospital Julio de Vedia, las constataciones del medico legista de la causa penal, y lo informado por el perito médico de estas actuaciones (8 % de incapacidad parcial y permanente en la esfera física), todo lo cual ya fue referenciado, así como los demás malestares y angustias que un evento como el de autos pudo haber generado en una persona con las condiciones del Sr. Fecit (29 años al momento del accidente), entiendo que el importe de la partida reconocida en la sentencia de grado no es elevado, por lo que propongo al acuerdo su confirmación.

c) Gastos de asistencia médica y de

farmacia y traslados.

En la anterior instancia se reconoció al demandante la suma de \$ 800 para enjugar estos rubros, lo que recibió las quejas de ambas partes; el actor, para pedir su elevación, y la citada en garantía, en pos de su reducción.



Debo recalcar que en esta clase de gastos (médicos y farmacéuticos) no resulta necesaria una prueba concreta y específica, sino que su erogación se presume en orden a la entidad de los hechos acreditados, aun cuando la atención haya sido prestada en hospitales públicos o por una obra social, de ordinario, no cubren la totalidad de los gastos en que incurren los pacientes (esta sala, 25/6/2013, "R., Jorge Roberto y otra c/ Telefónica de Argentina S. A. y otro s/ Daños y perjuicios", L. n° 405.098; ídem, 24/5/2013, "R. L., Antonieta Jannette c/ M., Jesús Ramón y otros s/ daños y perjuicios", L. n° 562.140, "Q., Ada Noemí y otros c/ M., Jesús Ramón y otros s/ daños y perjuicios", L. n° 562.141 y "R., María Elena y otros c/ M., Jesús Ramón y otros s/ daños y perjuicios" L. n° 562.143; ídem, 27/12/2011, "M., Juan Alberto y otro c/ J., Gustavo Gabriel y otros s/ daños y perjuicios", RCyS 2012-VI, 251).

En este caso, es presumible que el Sr. Fecit haya tenido que realizar erogaciones fuera de lo común para retirarse del nosocomio a su domicilio, y que se haya tenido que desplazar por medios de transporte adecuados y más onerosos, en los días subsiguientes al accidente debatido en autos (esta sala, 4/4/2013, "P., Jaime c/ B., Mario Daniel y otros s/ daños y perjuicios", L. n° 605.352).

Recalco que toda la documentación acompañada a la demanda (fs. 8/18, 19/92, 97, 98 y 99) no fue corroborada por sus emisores, y se encuentra desconocida por los emplazados (fs. 280, ap. "A", 300 vta., ap. "A", y 331, ap. "A"), por lo que no podrá ser tenida en cuenta para justipreciar este ítem.

Por ello, conforme a los antecedentes ya relatados, y de acuerdo al art. 165 del CPCCN, considero que debería confirmarse el importe reconocido en la anterior instancia, el cual se compone de \$ 500 por gastos de asistencia médica y farmacia, y de \$ 300 por traslados, lo que así propongo al acuerdo.

d) Daños materiales.

La anterior sentenciante otorgó por este concepto la suma de \$ 800.

Tampoco en este punto logra el actor articular una crítica concreta y razonada de la sentencia de primera instancia. La mera disconformidad resulta insuficiente para cumplir con la exigencia del art. 265 del CPCCN, razón por la cual propicio que se declare desierta la queja también en este punto.

En cambio, la citada en garantía entiende que

el importe es desproporcionado.

Es cierto que no se ofrecieron puntos de pericia mecánica, como lo sostiene la Sra. juez de grado. Empero, en la causa penal se constataron los deterioros de la motocicleta (fs. 9 de aquellos autos), aunque no está probada la cuantía de estos últimos.

En consecuencia, en los términos del art. 165 del CPCCN, juzgo que la suma fijada en la instancia de grado es equitativa, por lo que propongo que se confirme este aspecto de la sentencia recurrida.

V. La citada en garantía se queja por la manera en que fueron fijados los intereses en la sentencia en crisis.

La colega de grado decidió que debían aplicarse intereses desde la fecha del hecho generador y hasta el pronunciamiento de primera instancia al 15 % anual, y desde allí hasta el efectivo pago a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina. La citada en garantía solicita que se aplique la tasa pasiva desde la fecha del accidente.

La cuestión ha sido resuelta por esta cámara en el fallo plenario dictado en los autos "Samudio de Martínez, Ladislaa c/ Transportes Doscientos Setenta S. A. s/ daños y perjuicios", del 20/4/2009, que estableció, en su parte pertinente: "2) Es conveniente establecer la tasa de interés moratorio. 3) Corresponde aplicar la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina. 4)La tasa de interés fijada debe computarse desde el inicio de la mora hasta el cumplimiento de la sentencia, salvo que su aplicación en el período transcurrido hasta el dictado de dicha sentencia implique una alteración del significado económico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido".

No soslayo que la interpretación del mencionado fallo plenario, y particularmente de la excepción contenida en la última parte del texto transcripto, ha suscitado criterios encontrados. Por mi parte, estimo que una correcta apreciación de la cuestión requiere de algunas precisiones.

Ante todo, el propio plenario menciona que lo que está fijando es "la tasa de interés moratorio", con lo cual resulta claro que – como por otra parte también lo dice el plenario- el punto de partida para su aplicación debe ser el momento de la mora. Ahora bien, es moneda corriente la

afirmación según la cual la mora (en la obligación de pagar la indemnización, se entiende) se produce desde el momento en que se sufre cada perjuicio objeto de reparación. Por lo demás, así lo estableció esta cámara —en materia de responsabilidad extracontractual, pero con un criterio que es igualmente aplicable a los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de una obligación- en otro fallo plenario, "Gómez, Esteban c/ Empresa Nacional de Transportes", del 6/12/1958.

Así sentado el principio general, corresponde ahora analizar si en el *sub lite* se configura la excepción mencionada en la doctrina plenaria, consistente en que la aplicación de la tasa activa "en el período transcurrido hasta el dictado de dicha sentencia implique una alteración del significado económico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido".

En ese derrotero, la primera observación que se impone es que, por tratarse de una excepción, su interpretación debe efectuarse con criterio restrictivo. En consecuencia, la prueba de que se configuran las aludidas circunstancias debe ser proporcionada por el deudor, sin que baste a ese respecto con alegaciones generales y meras especulaciones. Será necesario que el obligado acredite de qué modo, en el caso concreto, la aplicación de la tasa activa desde el momento del hecho implica una importante alteración del significado económico del capital de condena y se traduce en un enriquecimiento indebido del acreedor. En palabras de Pizarro: "La alegación y carga de la prueba de las circunstancias del referido enriquecimiento indebido pesan sobre el deudor que las alegue" (Pizarro, Ramón D., "Un fallo plenario sensato y realista", en La nueva tasa de interés judicial, suplemento especial, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 55).

Así las cosas, no creo posible afirmar que la sola fijación en la sentencia de los importes indemnizatorios a valores actuales basta para tener por configurada esa situación. Ello por cuanto, en primer lugar, y tal como lo ha señalado un ilustre colega en esta cámara, el Dr. Zannoni, la prohibición de toda indexación por la ley 23.928 –mantenida actualmente por el art. 4 de la ley 25.561- impide considerar que el capital de condena sea susceptible de esos mecanismos de corrección monetaria. En palabras del mencionado colega: "La circunstancia de que, cuando se trata de resarcimientos derivados de hechos ilícitos, el juez en la sentencia estima ciertos rubros indemnizatorios a valores actuales –como suele decirse-, a los fines de preservar

en equidad el carácter resarcitorio de la indemnización, no significa que se actualicen los montos reclamados en la demanda o se apliquen índices de depreciación monetaria", pues tales mecanismos de actualización están prohibidos por las leyes antes citadas (Zannoni, Eduardo A., su voto in re "Medina, Jorge y otro c/ Terneiro Néstor Fabián y otros", ésta cámara, Sala F, 27/10/2009, LL Online, entre otros).

Pero más allá de ello, lo cierto es que, aun si se considerara que la fijación de ciertos montos a valores actuales importa una indexación del crédito, no puede afirmarse que la tasa activa supere holgadamente la inflación que registra la economía nacional, de forma tal de configurar un verdadero enriquecimiento del acreedor. La fijación de tasas menores, en las actuales circunstancias del mercado, puede favorecer al deudor incumplidor, quien nuevamente se encontrará tentado de especular con la duración de los procesos judiciales, en la esperanza de terminar pagando, a la postre, una reparación menguada —a valores reales- respecto de la que habría abonado si lo hubiera hecho inmediatamente luego de la producción del daño.

Por las razones expuestas, no encuentro que se configure, en la especie, una alteración del significado económico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido del actor, razón por la cual considero que debería aplicarse la tasa activa, fijada por la doctrina plenaria de esta cámara, desde el momento del hecho dañoso. Empero, en atención a que existe únicamente apelación de la citada en garantía, a fin de no vulnerar el sentido del recurso y evitar consagrar una *reformatio in pejus*, propondré que se confirme el pronunciamiento en este punto.

VI. Finalmente, no desconozco que el art. 303 del CPCCN fue derogado por el art. 12 de la ley 26.853, recientemente sancionada. Sin embargo, en virtud del art. 15 de aquella norma, tal disposición recién entrará en vigor a partir de la efectiva integración y puesta en funcionamiento de los tribunales que allí se crean, razón por la cual hasta ese momento continúa vigente la doctrina plenaria. Ello, a su vez, es coherente con lo decidido por el máximo tribunal nacional en la acordada n° 23/2013.

VII. En atención al éxito obtenido en esta instancia por los quejosos, y considerando el criterio mayoritario de esta sala en relación a la tasa de interés —divergente del que acabo de explicitar, y que seguramente quedará expresado en el voto de mis colegas-, juzgo que las costas

de alzada deberían imponerse en un 50% al actor y en el otro 50% a cargo de la citada en garantía (art. 68 del CPCCN).

VIII. Por todo ello, para el caso de que mi voto fuere compartido, propongo declarar desiertos los agravios del demandante respecto de los rubros "daño moral" y "daño a la motocicleta", los y de la citada en garantía en relación a la responsabilidad que le fue atribuida en el pronunciamiento de grado. Asimismo, mociono hacer lugar parcialmente al recurso del actor y rechazar el de Liderar Compañía de Seguros S. A., y declarar inoponible a la víctima el límite establecido en la póliza del seguro. Por último, postulo confirmar la sentencia en todo lo demás que decide y fue objeto de apelación y agravios. Con costas de alzada en partes iguales al actor y a la citada en garantía.

Finalmente, propicio diferir la regulación de los honorarios profesionales para una vez que hayan sido fijados los correspondientes a la primera instancia.

A la misma cuestión, el Dr. Li Rosi dijo:

Adhiero al muy fundado voto del Sr. Juez preopinante con una aclaración y una excepción.

La aclaración está referida al mecanismo de cálculo del resarcimiento por la incapacidad sobreviniente pues, en tanto el voto que antecede propicia el empleo de criterios de cálculos matemáticos, el suscripto ha reiteradamente sostenido que la reparación, cualquiera sea su naturaleza y entidad, debe seguir un criterio flexible, apropiado a las circunstancias singulares de cada caso, y no ceñirse a cálculos basados en relaciones actuariales, fórmulas matemáticas o porcentajes rígidos, desde que el juzgador goza en esta materia de un margen de valoración amplio (conf. esta Sala, libres n° 509.931 del 7/10/08, n° 502.041 y 502.043 del 25/11/03, 514.530 del 9/12/09, 585.830 del 30/03/12, entre muchos otros).

Sin embargo, dado que finalmente la suma propiciada resulta a mi juicio ajustada a las particularidades del caso, es que, más allá del criterio a través del cual se haya arribado a tal monto, adhiero al resultado finalmente obtenido.

Con esta aclaración, repito, adhiero al voto del Dr.

Sebastián Picasso.

La disidencia queda ceñida, entonces, en punto a la tasa de interés aplicable al caso. En efecto, y de acuerdo a lo establecido por la doctrina plenaria sentada por esta Cámara Civil en los autos "Samudio de Martínez, Ladislaa c/ Transportes Doscientos Setenta S.A. s/ daños y perjuicios" del 20/04/09, sobre el capital reconocido corresponde aplicar la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina.

Al respecto, el Sr. Magistrado de la anterior instancia dispuso que desde el momento de la mora y hasta el pronunciamiento apelado, se calculen los intereses a la tasa de interés del 15% anual, y desde entonces y hasta el efectivo pago, a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina.

En este sentido, comparto el criterio que de imponerse esos intereses desde el origen de la mora, se consagraría una alteración del capital establecido en la sentencia, configurando un enriquecimiento indebido. Es que, como puntualmente sostiene el sentenciante, en la especie se fijaron los montos indemnizatorios a valores actuales, habiéndose ya ponderado la paulatina pérdida de valor de la moneda, siendo ello uno de los factores que consagran la entidad de la tasa aplicada en la referida doctrina plenaria.

No obstante ello, este Tribunal entiende que, en tales casos, desde el momento de la mora y hasta el pronunciamiento apelado, los intereses deben calcularse a la tasa del 8% anual, que representan los réditos puros y, desde entonces y hasta el efectivo pago, a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina.

En consecuencia, con la salvedad expresada y la disidencia sostenida, adhiero al voto del Sr. Juez preopinante.

El Dr. Molteni dijo:

Con la salvedad y el criterio respecto de la tasa de interés que propicia el Dr. Li Rosi, adhiero en lo demás al voto del Dr. Picasso.

Con lo que terminó el acto.

Es copia fiel de su original que obra a fs. del Libro de Acuerdos de la Sala "A" de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.



Buenos Aires, diciembre

de 2013.

Y VISTOS:

Por lo que resulta del acuerdo que informa el acta que antecede, se resuelve: 1) Declarar inoponible al actor el límite establecido en la póliza del seguro; 2) Fijar la tasa de interés desde el momento de la mora hasta el pronunciamiento apelado a la tasa de interés del 8% anual, y desde entonces y hasta el efectivo pago, a la tasa activa cartera general (préstamo) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina; 3) Confirmar la sentencia en todo lo demás que decide y fue objeto de apelación y agravios, y 4) Imponer las costas de alzada en partes iguales al actor y a la citada en garantía.

Difiérese la regulación de los honorarios profesionales para una vez que hayan sido fijados los correspondientes a la primera instancia.

Notifíquese, comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la C.S.J.N. en la forma de práctica y devuélvase.

SEBASTIÁN PICASSO 3 (EN DISIDENCIA PARCIAL)

RICARDO LI ROSI

1

HUGO MOLENI

2