

Lucro Cesante Privacion De Uso

JURISPRUDENCIA Lucro cesante. Privación de uso Se modifica el monto indemnizatorio otorgado en la sentencia que hizo lugar a la demanda resarcitoria de daños y perjuicios incoada con motivo de un accidente de tránsito, y se declara la constitucionalidad de la ley 29328. En la ciudad de Mercedes, Provincia de Buenos Aires, a los ...5... días del mes de mayo del año dos mil quince, se reúnen en Acuerdo Ordinario los señores Jueces de la Sala Segunda de la Excm. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes de la Provincia de Buenos Aires, doctores TOMAS MARTIN ETCHEGARAY Y LUIS TOMÁS MARCHIO con la presencia del Secretaria actuante, para dictar sentencia en el Expte. n° 28459, en los autos: ?DEL RIO HECTOR Y OTROS C/TRANSPORTES ATLANDIDA S.A. Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS ?.- La Cámara resolvió votar las siguientes cuestiones de acuerdo con los artículos 168 de la Constitución y 266 del Código Procesal. PRIMERA: ¿Se encuentra ajustada a derecho la resolución apelada de fs. 366/373? SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? Practicado el sorteo de ley dió el siguiente resultado para la votación: doctores Luis Tomar Marchio y Tomas Martin Etchegaray.- VOTACIÓN: I.- El Sr. Juez de la instancia de origen, dictó sentencia haciendo lugar a la demanda promovida por Hector Damian Del Rio, Monica Recagno y Julio Cesar Del Rio contra los codemandados Transporte Atlantida S.A.C. y Miguel Angel Flores a quienes condenó a abonar las partidas indemnizatorias que despacho con mas intereses y costas. Disconformes la co-demandada Transporte Atlantida, interpone recurso de apelación a fs. 376 y hacen lo propio los coactores a fs. 378 y 386. Arribados los autos a esta Alzada los accionantes sostienen su recurso con la expresión de agravios que luce agregada a fs. 406/419, cosa que no hizo la codemandada apelante, lo que motivo el dictado de la resolución de fs. 422 mediante la cual se declaró desierto el recurso de fs. 376. Una vez firme el llamamiento de autos para sentencia dictado por Presidencia del Tribunal y recién después de practicado el sorteo de ley por parte de esta Sala, quedaron estas actuaciones en condiciones de ser votadas. II.- La sentencia. Dado que arriba firme a esta Alzada todo lo relativo a la atribución de responsabilidad de la parte demandada, únicamente reseñare, sintéticamente, el tratamiento y la solución que dio el sentenciante de la instancia anterior a los diversos rubros indemnizatorios reclamados en demanda. a) Bajo el título ?el reclamo de Héctor del Rio y Mónica Recagno? el a-quo analizó el reclamo por lucro cesante. A tal efecto, tuvo por cierto -sobre la base de dichos testificales- que los reclamantes son personas humildes, que tienen un taller donde trabaja todo el grupo familiar que se dedica a la fabricación de cosas de cuero y que, con una camioneta, viajaban para venderlas. Estimó que el período de convalecencia del Sr. Del Rio fue de diez días. Merituyó también que no existía prueba documental de los ingresos del reclamante. En definitiva, fijó la suma de Pesos \$... para cada uno de ellos. b) Bajo el título ?reclamo de Hector del Rio? el juzgador anterior analizó el reclamo por las secuelas físicas y psíquicas que sufrió, es decir la incapacidad sobreviniente permanente. Luego de perfilar jurídicamente el rubro, destacó que la pericia médica rendida en autos -ofrecida tanto por la parte actora como por la demandada- no fue fehacientemente notificada a la accionante, pese a que tal falencia se hizo saber en la certificación de pruebas. Por ello sostuvo el a-quo que era impropia su utilización. Sentado ello, consideró que las constancias obrantes en autos a fs. 222/225 solo daban cuenta del registro de ingreso a la guardia del reclamante y que las mismas, como así tampoco el hecho de haber sido atendido en el hospital, no eran suficientes para acreditar la existencia de la incapacidad invocada, por lo que desestimo el rubro en cuestión. c) en forma autónoma trato el daño psicológico pedido por Hector del Rio y por Julio Cesar del Rio, y señaló que se advertía la misma falencia de notificación de la pericia, en este caso psicológica, a la parte actora, lo que implicaba su inutilización a los fines de probar el daño reclamado. Concluyó que no obraban en autos otras constancias probatorias y por ello desestimó también el rubro señalado. d) Por último, trato el daño moral reclamado por Hector del Rio y por Julio Cesar del Rio y lo cuantifico en la suma de \$... para cada uno de ellos. Sostuvo a tal efecto que evidentemente los reclamantes sufrieron un daño moral como consecuencia del accidente de autos. e) En lo que respecta a la tasa de interés, fijó la tasa que abona el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones de depósito a treinta días. III.- El recurso de la parte actora. Reseñados de la forma más sintéticamente posible, los agravios de los coactores son: a) Como primer agravio señalan lo que entienden como una omisión de expedirse respecto del rubro lucro cesante. Destacan que evidentemente la suma fijada de \$... tanto para el Sr. Héctor Damian del Rio como para su esposa Mónica Victoria Recagno no contempla el lucro cesante derivado de la pérdida de ingresos generada por la imposibilidad de utilizar el vehículo utilitario que intervino en el accidente y que producto del mismo tuvo destrucción total. Señalan que se tuvo por acreditada la actividad del grupo familiar consistente en talabartería y trabajos en cueros como así también que empleaban el rodado para la venta de la producción familiar por todo el país. Asimismo afirman que también se encuentra acreditado mediante los dichos de los testigos que durante un año y medio se vio privado de utilizar el vehículo dado que no tenía capacidad económica para sustituirlo. Por otro lado sostienen que no

puede dejar de considerarse que en el lapso posterior al accidente la destrucción y consecuente privación del vehículo se superpuso con la incapacitación del actor fijada en un 30% de la total. Asimismo señala que el monto calculado al demandar lo fue a parámetros vigentes al año 2004 y que dado la utilización en demanda de la frase "o lo que en mas o menos resulte de la prueba a producir?" corresponde computar a razón de \$... mensuales como pérdida de ingresos. Por ultimo sostienen que la convalecencia del Sr. Del Rio lejos estuvo de limitarse a 10 dias de reposo. En definitiva, solicitan que se compute la imposibilidad de utilización del utilitario para cuantificar el lucro cesante, y subsidiariamente, para el supuesto que esta Cámara estime que fue debidamente contemplada dicha circunstancia en la sentencia, que se eleve la suma fijada puesto que la reputan irrisoria, arbitraria y absurda (sic).

b) Asimismo se agravan por lo que consideran la desestimación del rubro secuela física y daño psicológico sufrida por Héctor Del Rio y el daño psicológico sufrido por Julio Cesar del Rio. En este sentido protestan que el a-quo no haya tenido en cuenta la pericia médica ni la psicológica. Afirman que el hecho de que tales pericias no hayan sido notificadas a su parte (argumento expuesto por el sentenciante anterior) no es óbice para ponderarlas ya que se torna aplicable el principio de adquisición procesal y que -a contrario de lo expuesto por el a-quo- se los privó del derecho de defensa. Al respecto destacan que se los privan de dichas pericias que daban cuenta de la incapacitación definitiva de ambos, y que -rebatiendo el argumento del juzgador- mal podrían haberla impugnado para que se les redujera o desconociera el grado de las minusvalías en cada caso. Sostienen que una eventual falta de notificación de las pericias a la parte demandada y citada en garantía debería haber sido salvada antes de la sentencia, y que respecto de los actores, al haber desistido de la prueba pendiente de producción debe entenderse que hicieron mérito de la totalidad de la prueba producida en autos. Solicitan subsidiariamente la aplicación del art. 255 inc. 2) del ritual ya que se trata de una prueba no valorada en el decisorio. Continúan destacando que una vez admitidas las pericias rendidas en autos deberá procederse a cuantificar las incapacidades que padecieron y a tal efecto ponen énfasis en las minusvalías que surgen de las pericias señaladas. Solicitan que al cuantificarse se tenga en cuenta la formula "Méndez" y que en la demanda se sujetó el monto requerido "a lo que en mas o en menos resulte de la prueba a producir?". También destacan la variación de valores en lo que respecta al promedio salarial actual respecto del vigente al momento de la demanda y el lucro cesante futuro que sufrirán a causa del accidente. c) También se agravan por la cuantificación del rubro daño moral. Consideran que la suma fijada de \$... es irrisoria, absurda y arbitraria. Solicitan se fije \$... a favor de Héctor del Rio y \$... a favor de Julio Cesar del Rio. d) Por otro lado solicita se declare la inconstitucionalidad de la ley 23928 en tanto prohíbe cualquier mecanismo de actualización. Destacan que dicha prohibición conculca abiertamente el derecho a obtener una reparación integral dado el nivel inflacionario. Acuden al concepto de deuda de valor y a lo dispuesto por el art. 1 de la ley 24283. e) Por último protestan la tasa de intereses fijada en la sentencia en crisis. Traen a colación algunos fallos del fuero laboral para destacar que no difiere la situación fáctica, en tanto se persigue indemnizar una incapacidad. Afirman que la doctrina de la Excma. SCBA en cuanto a la tasa de interés es confiscatoria y violatoria de las garantías constitucionales. IV.- La Solución. Dado que, según advierto, bien puede señalarse que en la expresión de agravios reseñada se entremezclan hechos y conceptos para determinarlos como configurativos de los rubros resarcitorios que se pretenden, estimo necesario efectuar algunas aclaraciones preliminares en relación a los mismos que serán aplicables para resolver el recurso interpuesto. Liminarmente transcribiré parte de lo que dije con mi voto en primer término, que logró unanimidad, en el expediente de esta sala n° 17767 del 28-5-98, publicado en Jurisprudencia Argentina, revista n° 6164 del 20/10/99, pag. 66 y siguientes. Dicho en prieta síntesis expresé en aquella ocasión y lo reitero -en lo que acá interesa- que: 1.- La indemnización por "incapacidad" abarca la total personalidad del individuo pues no se limita a resarcir la capacidad laboral especifica sino también la genérica, extendiéndose a otras manifestaciones de la personalidad como sociales, deportivas, etc.; 2.- La indemnización tendiente a resarcir el "daño moral" propende a indemnizar el quebranto de valores de índole espiritual y de corte superior, como son la paz, la ausencia de padecimientos de cualquier índole, las afecciones legítimas, etc. y de ahí su naturaleza extrapatrimonial.; 3.- Desde el momento que la personalidad humana conforma un todo, el centro de la mira resarcitoria no debe focalizarse en el daño en sí, sino en su repercusión en el ámbito patrimonial o en el extrapatrimonial del lesionado.; 4.- La vida humana no tiene un valor económico por sí misma, motivo por el cual ni la integridad corporal, ni las lesiones (de cualquier índole) son resarcibles por sí mismas.; 5.- Las "lesiones psíquicas" que integran el amplio capítulo de la "sinistrosis", carecen de autonomía; pero no por ello desaparecen del mundo resarcitorio puesto que son susceptibles de configurarse ya como un daño patrimonial indirecto, al afectar la aptitud productora de bienes, ya como un daño no patrimonial directo, al internarse en el territorio del daño moral, o en ambos a la vez...? (todo esto es doctrina que se asienta en lo normado en los arts. 1069, 1078, 1086 y concs. del Cod. Civ.).- Asimismo, es necesario deslindar los rubros incapacidad parcial y permanente y lucro cesante, ambos relacionados a las lesiones padecidas. El rubro lucro cesante abarca el lapso comprendido entre el momento en que se producen las lesiones con el acaecimiento del accidente y el de la finalización de los tratamientos tendientes al completo reestablecimiento del lesionado. A partir de allí, nace el de la incapacidad parcial y permanente siempre y cuando -claro está-, que después de dicho reestablecimiento perdure una minusvalía en el lesionado.

(cfr. esta Sala en expdtes n° 17131 y n° 16830 del 8-4-97 con mi voto en primer término entre otros). De igual modo, rescato lo que exprese votando en primer término en expdte. 24633 del 15-4-08 con respecto a los "porcentajes de incapacidad". Manifesté en aquella oportunidad, que los porcentajes de incapacidad parcial y permanente que arrojan los expertos, son nada más que una de las tanteas pautas orientadoras para el juzgador, la cual -incluso- lejos está de ser la más importante, como lo es en el ámbito de la indemnización "tarifada" del derecho laboral. Acá, en cambio, juega el principio de la "reparación integral", el cual pone la mira en la personalidad íntegra del lesionado (como ya lo dije antes), y no solamente en su aptitud productiva de bienes, como en lo laboral sucede por vía de principio. Lo que en materia civil interesan, entonces y por encima de todo, son las concretas minusvalías que específicamente han dejado en el individuo las consecuencias del accidente. (doct. Arts. 1069, 1086 y concs. del C. Civ.). Otra explicitación quiero efectuar en cuanto a la fijación de montos resarcitorios se refiere. Tengo dicho en causa n° 24275 del 7-11-2006 en la cual voté en primer término con adhesión de mis colegas Dres. Bagattin y Nolfi, que: "...respaldándonos -nada menos- que en las enseñanzas del insigne jurista cordobés, desaparecido, Dr. Alfredo Orgaz...; venimos sosteniendo que las indemnizaciones deben fijarse en base a parámetros que estén lo más próximos posible a la fecha de la sentencia, porque así se brinda más escrupuloso respeto a los principios tanto de la "reparación integral" como al de la prohibición del enriquecimiento sin causa (doc. art. 499, 1069 y concs. del c. civ)...? Todo lo expuesto va dicho, sin mengua del principio procesal de congruencia, ya que no podría despacharse un resarcimiento cuantitativamente mayor que el impetrado al demandar puesto que de lo contrario se dictaría una sentencia "ultra petita" (doc. arts. 163 inc. 6 y 164 del CPCC) y siempre teniendo en cuenta que la frase que normalmente se consigna en demanda relativa a la cuantificación de los rubros, aquella que versa "o lo que en más o menos resulte de la prueba de autos" si bien da cierta elasticidad al juzgador para apartarse del máximo peticionado en demanda no posibilita conceder sumas que superen exorbitantemente a aquellas. Sentado lo expuesto, a continuación tratare cada uno de los rubros sentenciados y protestados por la parte actora, pero antes propondré la solución a la solicitud de actualización de montos indemnizatorios contenida en la expresión de agravios y a la inconstitucionalidad de la norma 23928.- V.- Pretensa inconstitucionalidad de la Ley 23.928. La plantea la actora partiendo de la base de que debiera indexarse las sumas a otorgar hasta el momento del efectivo pago. En la medida en que -lo adelanto- propondré la fijación de los montos resarcitorios en valores lo más próximos al dictado de esta sentencia de Cámara; y a que no le está dado al juzgador emitir pronunciamientos abstractos sobre acontecimientos futuros como lo sería los ulteriores a su pronunciamiento (tal la desvalorización monetaria que podría acaecer desde el dictado de la sentencia hasta el efectivo pago); la pretensión es inacogible. Es que entonces no se encuentra vulnerado derecho de propiedad alguno de la actora a causa de la vigencia legal de las normas que apostrofan. Lo expuesto, sumado a que consabido es que la declaración de inconstitucionalidad de una norma, tal como lo sostiene inveteradamente la CSJN es la "última ratio" (fallos 256:602, 302:166; 307:531; 316:188 entre muchos otros), es decir la última instancia a la que debe acudir, impone desestimar el planteo en análisis. VI.- Actualización Monetaria. La impetra la parte actora. Para repelerla, me limito a transcribir lo dicho por mi colega de Sala Dr. Etchegaray en expdte. 27484 del 22-11-2012 entre muchos otros. Dijo el Dr. Etchegaray: "La parte actora requirió actualización monetaria. Y sabido es que conforme lo dispuesto en el artículo 7 de la ley 23.928 (ley de convertibilidad del austral, B.O. 28 III 91) la añeja práctica judicial de equilibrar la variación de valores entre la fecha de origen de la obligación y el momento del pago mediante mecanismos de corrección quedó desterrada a partir del 1° de abril de 1991. Ello así, al disponer que "...en ningún caso se admitirá la actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deudor, con posterioridad al día 1 del mes de abril de 1991 ...". Y además, el artículo 8 decía que "...los mecanismos de actualización monetaria o repotenciación de créditos dispuestos en sentencias judiciales respecto a sumas expresadas en australes no convertibles, se aplicarán exclusivamente hasta el día 1° de abril de 1991, no devengándose nuevos ajustes por tales conceptos con posterioridad a ese momento". Esas normas se encontraban vigentes cuando el pedido de actualización fue introducido en el texto de la demanda, por lo que parecería que el tema estaba cerrado. Pero los acontecimientos que son del dominio público ocurridos en el país a finales de 2001, con su saga de legislación de emergencia, variaron las condiciones de un modo que impone que al menos tengamos una mirada sobre él. Ya que el artículo 3° de la ley 25.561 (ley de emergencia pública y reforma del régimen cambiario; B.O. del 7 - I - 02) derogó entre otros los arts. 1 y 2 de la ley 23.928 (convertibilidad), con las modificaciones incorporadas por la ley 25.445, que establecían la convertibilidad de la moneda nacional con el dólar de los Estados Unidos de Norteamérica y el Euro. Sistema que era el pilar en el que descansaba la estabilidad monetaria que se prolongó por una década, y justificación económica de la consecuente prohibición de los mecanismos indexatorios. La mencionada ley de emergencia, si bien modificó el artículo 7° de la ley de convertibilidad, repitió su texto en lo que aquí interesa: "...en ningún caso se admitirá la actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos, o repotenciación de las deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deudor...". Por ello es muy claro que la prohibición de indexar fue mantenida por el nuevo régimen. En efecto, el artículo 10 de la ley de convertibilidad modificado dice hoy que "...matiénense derogadas, con efecto a partir del 1° de abril de 1991, todas las normas legales o

reglamentarias que establecen o autorizan la indexación por precios, actualización monetaria ...? Y por si quedaba alguna duda, el artículo 5° del decreto de necesidad y urgencia 214/02 (B.O. 4 - II - 02) aclara, refiriéndose al mecanismo de actualización de las obligaciones de dar sumas de dinero expresadas en moneda extranjera conocido como "pesificación", que "...lo dispuesto en el artículo precedente, no deroga lo establecido en los artículos 7° y 10° de la ley 23.928 en la redacción establecida por el artículo 4° de la ley 25.561. Las obligaciones de cualquier naturaleza u origen que se generen con posterioridad a la sanción de la ley 25.561 (6 de enero de 2002), no podrán contener ni ser alcanzadas por cláusulas de ajuste...? Por todo ello, la pretensión de actualizar no encuentra eco favorable en el texto de la ley vigente, la que tal como lo deje propuesto, estimo que no es inconstitucional. VII.- Lucro Cesante a favor de Héctor del Río y Mónica Recagno. Estimo que asiste razón a los apelantes en cuanto a que al justipreciar este rubro a favor de Héctor Damián del Río y su esposa Mónica Victoria Recagno el juzgador anterior omitió todo tipo de consideración respecto a las pretendidas ganancias dejadas de percibir por dichos actores como consecuencia de la inutilización del utilitario. De la lectura de la sentencia recurrida ninguna mención se advierte al respecto, razón por la cual corresponde que me expida en torno a si efectivamente corresponde computar, dentro de este rubro, la falta de utilización del rodado que, dicen los actores, empleaban para distribuir los productos de cuero que fabricaban. Mi respuesta al respecto es positiva, es decir, que sí corresponde ponderar la falta de utilización del rodado, cuando el mismo estaba afectado a la actividad productiva de los reclamantes, en la incidencia que tuvo en la configuración del lucro cesante. En tal sentido esta Sala en expdte. 18503 del 01-06-99, diferenciando el rubro privación de uso del rodado del de lucro cesante derivado de la inutilización del mismo, dejo dicho que el "lucro cesante" se caracteriza por la circunstancia de que la indisponibilidad de uso origina una pérdida de ganancias (argum. art. 1069 Cod. Civil), lo que se da especialmente cuando los rodados están destinados a ser explotados comercialmente o se hallan afectados a una actividad lucrativa, como sucede con los taxímetros y otros vehículos de transporte de mercaderías o de personas (BELLUSCIO-ZANNONI, "Cod. Civil y ...?"; DARAY, "El tema del daño en los accidentes de tránsito" en E.D., 104-953 esp. Cap. VII en la pag. 961). Sentado lo expuesto, destaco que arriba inmodificable a esta Alzada por falta de recurso de la parte demandada todo lo que tiene por acreditado el juzgador anterior en orden a que los reclamantes son personas humildes, que tienen un taller donde trabaja todo el grupo familiar que se dedica a la fabricación de cosas de cuero y que, con una camioneta, viajaban para venderlas. Ahora bien, las consideraciones recién expuestas en cuanto a la procedencia formal del rubro lucro cesante entroncado en la indisponibilidad del rodado y en cuanto a la actividad del grupo familiar y utilización del utilitario, no implican per se, la procedencia -en la especie- en la extensión reclamada. Ello así porque para que un perjuicio sea indemnizable debe ser cierto y su prueba corre por cuenta del que lo reclama, debiendo a tal efecto probarlo fehacientemente aportando a la causa la información necesaria para su determinación por el juzgador (doc. arts. 1067 a 1069 del C.C. y 375 CPCC). En consecuencia, se impone analizar en que consistió el reclamo y que elementos aportaron los accionantes en su sustento. Marginando lo que señalan en la expresión de agravios (art. 272 CPCC), lo cierto es que en el acto postulatorio de la instancia afirmaron que su camioneta tuvo destrucción total y que recién a los seis meses de producido el accidente su compañía de seguros le indemnizó, por dicho concepto, la suma de \$..., no obstante lo cual señalaron que dicho monto fue insuficiente para adquirir una unidad similar o de aproximado valor calculado en \$... (cfr. fs. 13). Agregaron que a la fecha de la demanda (dos años exactos después del accidente) aún no habían logrado hacerse de otro rodado y reclamaron a razón de \$... mensuales, la suma total de \$... A excepción de la prueba testifical -que fue ponderada por el juzgador anterior para tener por acreditada la actividad del grupo familiar- ninguna otra prueba tendiente a advenir los dichos contenidos en demanda en cuanto a la cuantificación del lucro cesante fue producida. Adviértase que no media prueba alguna en cuanto a la destrucción total del automotor; ni en cuanto a la suma (\$...) que le habría abonado su compañía de seguros ni la fecha en que ello habría acaecido; ni en cuanto a que, en todo caso, dicha suma hubiese resultado insuficiente para adquirir una unidad similar; ni en cuanto a que una unidad similar estaba tasada en \$... y ni en cuanto a los ingresos que efectivamente percibía su grupo familiar, como consecuencia de la venta de los productos de cuero alrededor del país utilizando a tal efecto el utilitario. Nótese que no se ofreció, por ejemplo, prueba dirigida a Rentas de la Provincia de Buenos Aires (actual ARBA) para que informe inscripción impositiva y los tributos que solventaban los actores como para poder inferir posibles ingresos; tampoco se acompañó facturación de los últimos años de las cuales surjan los pretensos \$... mensuales que percibían. Por otro lado, la situación de los accionantes no mejora si se tiene en cuenta que a fs. 344 desistieron de la prueba pendiente de producción y a fs. 345 se los tuvo por desistidos, entre otras, de la prueba pericial mecánica que había sido ofrecida para determinar el daño sufrido por el automotor del actor, y si equivale a destrucción total (sic. cfr. fs. 14vta). En suma todo ello, evidencio una orfandad probatoria que no se condice con la entidad de la suma reclamada de \$... Hace siete años ya, que deje dicho, al tratar en un expediente el reclamo por lucro cesante, que: "...es común observar en estos casos, como por medio de la prueba testifical se pretende acreditar actividades que -de estimarse suficiente a tal elemento convictivo, sin otro soporte probatorio- implicaría lisa y llanamente abrir paso a la informalidad -o dicho con todas las letras- la evasión tributaria. Por medio de testigos se intenta acreditar que el actor tenía una

fábrica de 'sandwichs' pero sin aportar prueba escrita o informativa alguna...?(expdte. n° 24633 del 15-4-08). Lo expuesto es directamente aplicable en la especie, no ya en lo que respecta a la actividad del grupo familiar de los accionantes, porque como se vio fue tenido por acreditado en la instancia de origen y no medió recurso de la parte demandada, pero si en lo que respecta a la entidad de los ingresos mensuales denunciados. No obstante lo expuesto, la falta de acreditación de la entidad del perjuicio sufrido no obsta a que sea estimado aquí y ahora ya que, el perjuicio -perdida de ganancias derivado de la indisponibilidad del utilitario para vender productos de cuero- está legalmente comprobado (art. 165 tercer párrafo CPCC). Naturalmente que al cuantificar el rubro, lo haré 'cautissimo modo' ya que quien debía traer los elementos para facilitar tal tarea no cumplió con su carga probatoria (art. 375 CPCC). En definitiva, comenzando por lo que respecta al tiempo que debe computarse tendré como plazo máximo el de 6 meses contados desde la fecha del hecho puesto que por los propios dichos de actora fue allí donde su aseguradora le indemnizó la destrucción total del rodado, y no habiendo aportado prueba alguna, no le daré entidad a su afirmación relativa a la insuficiencia de tal indemnización para adquirir otro vehículo de tales características. Dejo explicitado que los 6 meses señalados absorben el lapso que abarca desde la fecha del hecho hasta la de la finalización de los tratamientos tendientes al completo reestablecimiento físico del lesionado para el cómputo del lucro cesante. En lo que respecta a la pérdida mensual, y aquí tendiendo presente lo que señale respecto a la cuantificación de los rubros a valores lo más próximos posibles al dictado de la sentencia, la fijare en la suma de \$... ya que los \$... explicitados en demanda no fueron averados por prueba alguna y tampoco se acredita que esta última cantidad fuese obtenida exclusivamente con la venta de mercaderías a través del país utilizando a tal efecto el utilitario.

En suma, por las consideraciones recién expuestas, propongo modificar esta parcela de la sentencia y elevar la suma concedida en concepto de lucro cesante a favor de Héctor del Río y Mónica Recagno a la de \$... en conjunto, o sea \$... para cada uno de ellos.

VIII.- Incapacidad sobreviniente parcial y permanente de Hector del Río. Tal es la correcta denominación que debe darse al reclamo de dicho coactor tendiente a que se le indemnicen las secuelas físicas y psíquicas que dice padecer. Naturalmente que son directamente aplicables las consideraciones que expuse al inicio de la solución en cuanto al perfil jurídico de este rubro, a lo que realmente se indemniza y a la falta de autonomía de la incapacidad psicológica. Por ello tratare aquí el pretense daño psicológico del citado co-actor pese a que en la sentencia en crisis fue analizado en forma autónoma junto con el peticionado por el otrora menor Julio Cesar del Río. Ya reseñé los fundamentos del a-quo para desestimar este rubro y los del accionante para propiciar su revocación, por ello no caeré en tediosas reiteraciones. Nuevamente señalo que comparto lo que sustenta el aquí apelante. En efecto, estimo que no ha sido correcta la decisión del sentenciante anterior de declarar inutilizables las pericias obrantes en autos por considerar que, de lo contrario, se afectaría el derecho de defensa de los accionantes ya que no les fueron notificadas. Ciertamente es que no fueron notificadas ni la pericial medica de fs. 245/252 ni la psicológica de fs. 270/274, pero ello no es fundamento para desechar, sin más, sus constancias. So pretexto de no afectar el derecho de defensa de la parte actora se las declaró inutilizables (cfr. fs. 371vta. primer párrafo y 372 primer párrafo), pero paradójicamente de esta manera de afectó aún más su derecho de defensa de raigambre constitucional. Para decretar inutilizables válidamente dichas constancias probatorias debió el juzgador anterior ordenar, fundadamente y antes del llamamiento de autos para sentencia, su desglose. Permaneciendo agregadas en autos y pese a ello desestimar el rubro en tratamiento por falta de prueba importa incurrir en el mismo vicio que posibilitó a la CSJN elaborar la doctrina del exceso ritual manifiesto en el 'leadign case' 'Colalillo'. Para más, si bien es cierto que en el certificado de prueba obrante a fs. 342 se consignó que ambas pericias no se encontraban notificadas a la parte actora, no es menos cierto que también se consignó que la prueba pericial médica y psicológica ofrecida por dicha parte se encontraba cumplida. Todo lo expuesto, sumado a que sobre las circunstancias relativas a cuál de las partes trajo los elementos convictivos, e incluso (desde luego) por encima de sobre cuál de ambas partes pesaba la carga probatoria pertinente; juega otro principio de mayor rango, como bien lo señalo el apelante, cual es el de 'adquisición procesal' según el cual las pruebas se adquieren para el proceso y no para lo que le convenga a una u otra de las partes, ya que de esta forma se rinde tributo a la consideración relativa a que el derecho es una aspiración 'trascendente' de justicia, en pos de la cual es preciso no renunciar a la búsqueda de la 'verdad de los hechos controvertidos' (doct. Art. 36 inc. 2 del ritual), impone adoptar un diverso criterio al del a-quo y sí ponderar las pericias señaladas. Naturalmente cargará la parte actora con las consecuencias adversas que surjan -en su caso- de su falta de oportuno pedido de aclaraciones, pero solo hasta allí llega el 'castigo' -si se me permite el término- por no haber impulsado su propia notificación de las pericias, no más. En condiciones tales, corresponde me aboque a las concretas minoraciones que, a consecuencia del accidente, permanecen en el Sr. Héctor del Río. Conforme surge de la pericia médica obrante a fs. 245/252 el citado actor ostenta una cicatriz en la zona de su codo izquierdo y una zona indurada sobre la cara lateral de su muslo izquierdo. Ninguna otra consideración puede extraerse de dicho informe pericial como configurativo de una pretensa minusvalía indemnizable en este rubro. Por dichas cicatrices, el perito Dr. Illanes estimó la incapacidad en el orden del 5% de la Total Vida. De su lado, conforme surge de la pericia psicológica el Sr. Del Río padece estrés pos traumático crónico de tipo moderado que le ha generado temores en la repetición de las circunstancias vividas

y producen restricción en la vida social y laboral, malestar en los vínculos familiares y angustia respecto del futuro. Fija la incapacidad en el 25%. No obstante los porcentajes informados por cada uno de los expertos, estimo que las concretas minusvalías informadas no revisten las características necesarias para ser indemnizables dentro de la esfera patrimonial, es decir dentro de este rubro. En efecto, no advierto en que medida puede afectar la cicatriz en el codo (una visible) ni la del muslo izquierdo en la actividad productiva de bienes ni en la vida en relación del lesionado. Por otro lado no considero que las secuelas psíquicas informadas -en la especie- excedan a los padecimientos que son producidos por un accidente y que por vía de principio son indemnizables dentro del daño moral. En definitiva, y sin perjuicio de señalar que al tratar el daño extra-patrimonial ponderare, sí, lo que surge de las pericias aludidas, el rechazo del rubro en tratamiento -bien que con otros fundamentos- debe ser confirmado, lo que así dejo propuesto. IX.- Incapacidad sobreviniente parcial y permanente de Julio Cesar del Rio. Naturalmente que las mismas consideraciones que expuse precedentemente en cuanto a la utilización de las pericias rendidas en autos, son aquí enteramente aplicables. Analizando la pericia psicológica de fs. 270/274 se puede extraer que las secuelas del accidente en este coactor se han manifestado a través de temores y angustias respecto de su futuro, incapacidad de retomar las obligaciones (estudio y trabajo). Asimismo, informó la perito Maria Silvia Just que por su inmadurez al momento del accidente (16 años) y no encontrar alternativas de solución para el problema que atravesaba su familia adoptó una modalidad evasiva que complicó aún más su situación. Determinó la experta la incapacidad de Julio C. del Rio en el 10%. De igual modo al que dejé propuesto en los párrafos precedentes, no considero que las secuelas psíquicas informadas -en la especie- excedan a los padecimientos que son producidos por un accidente y que por vía de principio son indemnizable dentro del daño moral. En definitiva, y sin perjuicio de señalar que al tratar el daño extra-patrimonial ponderaré, sí, lo que surge de las pericias aludidas, el rechazo del rubro en tratamiento -bien que con otros fundamentos- debe ser confirmado, lo que así dejo propuesto. X.- La petición subsidiaria de aplicación del art. 255 inc. 2) del CPCC - Omisión de tratamiento de pericia médica y psicológica. Dado la forma en que he dejado propuesta la solución a los agravios contra el tratamiento del rubro incapacidad sobreviniente, la petición subsidiaria contenida a fs. 411 tercer párrafo, y al margen de cualquier tipo de consideración, deviene abstracta por lo que ningún pronunciamiento corresponde emitir al respecto. XI.- Daño moral para Julio César del Rio y para Héctor del Rio. A lo ya dicho en las consideraciones preliminares, agrego que -en puridad- padecimientos de la índole de los allí referidos como configurativos del ?daño moral?, no se restañan con metálico, motivo por el cual, de lo que en verdad se trata es de brindar a la víctima una ?satisfacción sustitutiva? mediante el común denominador de valores que es el dinero. Esta consideración, cimienta suficientemente el aserto que, este rubro, por su índole misma queda librada más que ningún otro al prudente arbitrio judicial exento de parámetro. Dicho ello, destaco que comparto lo que afirman los apelantes en cuanto a la exigüidad del monto fijado en la instancia de origen (\$... para cada uno de ellos). Aun así, destaco que en modo alguno puede hacerse lugar a lo peticionado en la expresión de agravios a favor Julio César (\$...) ya que ello implicaría apartarse exageradamente del monto requerido en demanda (\$... cfr. fs. 13vta y 14) sin que se adviertan razones excepcionales para desoír abiertamente al principio procesal de congruencia. De todas formas, es indudable que los padecimientos que sufrieron los actores como consecuencia del accidente; de la entidad del impacto producido por exclusiva responsabilidad de la parte demandada (se puede acudir a las fotografías de fs. 7 y 8 para tener una aproximación a ello) y de las minusvalías informadas en las pericias ya citadas de fs. 245/252 (médica) y de fs. 270/274 (psicológica) configurativos del daño moral, no son debidamente resarcidas con \$... En función de lo expuesto, y teniendo en cuenta el carácter resarcitorio que le asiste al daño moral -criterio netamente dominante hoy en día-, pues desempeña la función de satisfacer perjuicios que no sean mensurables con exactitud (conf. Bustamante Alsina, Jorge, Teoría Gral. de la Responsabilidad Civil, Bs. As., 1989, pg. 179 y ss.; Cazeaux Pedro N. y Trigo Represas, F.A., Derecho de Obligaciones, La Plata, 1969, T. I., pg. 251 y ss.) propongo elevar la suma fijada a favor de Héctor del Rio a la de Pesos ... (...) y la fijada a favor de Julio César del Rio a la de Pesos ... (...). Así lo dejo propuesto. XII.- Tasa de Interés. En cuanto al agravio dirigido contra la tasa de interés fijada por el a-quo (tasa pasiva) estimo que es momento, dado un reciente fallo dictado por el Cívero Tribunal Provincial de variar el criterio que esta Sala venía adoptando, plegándose a la doctrina de la Excma. SCBA. En efecto, la Excma. SCBA, por mayoría, viene reafirmando su postura con respecto a que la tasa que corresponde aplicar en supuestos como el de autos es la pasiva, (ver causas L. 94446 "Ginossi" y C.- 101774 "Ponce"). Precisamente, en causa C. 107.210 del 1/09/2010 en un expediente de esta Sala, revocó lo que en el habíamos decidido, en lo que atañe a la tasa de interés, en sentido contrario. En orden a los principios de economía y celeridad procesal, que nos rigen de lege lata (art. 34 inc. 5 ap. e) del CPCC) esta Sala acató lo decidido por el Alto Tribunal, ya que vía recurso de inaplicabilidad de Ley o doctrina legal (arts. 278 y siguientes del rito), habrá de ser su criterio el que a la postre prevalezca. Recientemente la Excma. SCBA en causa ?Zocaró, Tomas Alberto c/ Provincia A.R.T. S.A. y otro s/Daños y perjuicios?, el 11/3/2015, dejó sentado, en definitiva, que la aplicación de la tasa que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en las operaciones de depósito a través del sistema Banca Internet Provincia a treinta días (?tasa pasiva digital?) no violaba su doctrina legal pues la misma era una de las variantes de la ?tasa pasiva? que tal tribunal

considera aplicable para calcular los intereses moratorios. Conforme surge de la página web del Banco de la Provincia de Buenos Aires, de fácil acceso a todos los ciudadanos, la tasa pasiva en su variante denominada "digital" es mayor que la tasa pasiva "común". En condiciones tales, estimo que debe fijarse dicha tasa de interés (tasa pasiva digital) puesto que la misma posibilita, de un modo más eficiente -dado el contexto económico actual- materializar la reparación integral del lesionado y resguarda así su derecho de propiedad, ambos de raigambre constitucional. Otra consideración quiero dejar sentada en favor de la tasa de intereses que propongo, al acuerdo, fijar. Es que, si en expediente de esta Sala n° 23674 del 3/03/2006, por medio de mi voto en primer término al cual adhirieron mis entonces colegas de Sala Dres. Nolfi y Bagattin, adoptamos una tasa de interés superior a la "tasa pasiva digital" con mayor razón aun considero que esta última debe ser aplicable en supuestos como el de autos. Por otro lado destaco que dicha "tasa pasiva digital" ya fue adoptada recientemente por esta Sala, sin bien en el marco de un proceso sobre cobro ejecutivo de alquileres, en expdte. n° 29079 del 23-4-2015. En suma, toda vez que según la Excma. SCBA la tasa que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en las operaciones de depósito a través del sistema Banca Internet Provincia a treinta días ("tasa pasiva digital") no viola su doctrina legal, propongo al acuerdo que a la sumas concedidas por cada uno de los rubros indemnizatorios se le adicionen los intereses devengados desde la fecha del hecho y hasta la del efectivo pago calculándose los a la tasa recién señalada, modificándose en consecuencia ésta parcela de la sentencia. XIII.- Costas de Alzada. De ser compartido mi voto por mi colega de Sala Dr. Etchegaray, el recurso de la parte actora triunfará en lo que respecta al monto del lucro cesante; al del daño moral y en lo relativo a la tasa de interés., pero se frustrará en lo relativo al rubro incapacidad sobreviniente parcial y permanente de los Sres. Julio César Del Rio y Héctor Del Rio; en el planteo de inconstitucionalidad de la Ley 29328 y en su pedido de actualización monetaria. En condiciones tales, reputo ajustado a derecho que la parte demandada cargue con el setenta por ciento (70%) de las costas de Alzada, debiendo la actora soportar el restante treinta por ciento (30%). Bien que con las salvedades que surgen del voto que antecede, a esta primera cuestión VOTO POR LA AFIRMATIVA.- A LA MISMA PRIMERA CUESTION, el Señor Juez Dr. Tomas Martín Etchegaray por iguales razones y fundamentos que los emitidos por el Señor Juez preopinante dio su voto también por la AFIRMATIVA.- A LA SEGUNDA CUESTION: El Sr. Juez Dr. Luis Tomas Marchió dijo: En mérito al resultado de la votación que antecede, el pronunciamiento que corresponde dictar es: 1.- Declarar que no es inconstitucional la Ley 23928.- 2.- Modificar la sentencia de fs. 366/373 en los siguientes aspectos: a) rubro lucro cesante a favor de Héctor del Rio y Mónica Recagno: respecto del cual se eleva la suma concedida a la de Pesos ... en conjunto (\$...; \$... para cada uno de ellos); b) rubro daño moral a favor de Héctor del Rio y Julio César del Rio: respecto del cual se eleva la suma concedida al primero de ellos a la de Pesos ... (\$...) y al segundo de ellos a la de Pesos ... (\$...); c) tasa de interés: respecto de la cual se deja establecido que la aplicable es la tasa que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en las operaciones de depósito a través del sistema Banca Internet Provincia a treinta días ("tasa pasiva digital?"). 3.- Confirmar dicha sentencia en todo cuanto demás decide y fue materia de recurso y agravio. 4.- Imponer el setenta por ciento (70%) de las costas de Alzada a cargo de la parte demandada y el restante treinta por ciento (30%) a la parte actora.- ASÍ LO VOTO.- A LA MISMA SEGUNDA CUESTION: el Señor. Juez Dr. Tomas Martín Etchegaray, por análogas razones, dio su voto también en el mismo sentido.- Con lo que se dió por terminado el acuerdo, dictándose la siguiente: SENTENCIA: Mercedes de mayo de 2015.- Y VISTOS: Que en el acuerdo que precede ha quedado establecido, que la sentencia de fs. 366/373, no obstante algunas modificaciones, se ajusta a derecho.- POR ELLO, y demás fundamentos consignados en el acuerdo que precede SE RESUELVE: 1.- Declarar que no es inconstitucional la Ley 29328.- 2.- Modificar la sentencia de fs. 366/373 en los siguientes aspectos: a) rubro lucro cesante a favor de Héctor del Rio y Mónica Recagno: respecto del cual se eleva la suma concedida a la de Pesos ... en conjunto (\$...; \$... para cada uno de ellos); b) rubro daño moral a favor de Héctor del Rio y Julio Cesar del Rio: respecto del cual se eleva la suma concedida al primero de ellos a la de Pesos ... (\$...) y al segundo de ellos a la de Pesos ... (\$...); c) tasa de interés: respecto de la cual se deja establecido que la aplicable es la tasa que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en las operaciones de depósito a través del sistema Banca Internet Provincia a treinta días ("tasa pasiva digital?"). 3.- Confirmar dicha sentencia en todo cuanto demás decide y fue materia de recurso y agravio. 4.- Imponer el setenta por ciento (70%) de las costas de Alzada a cargo de la parte demandada y el restante treinta por ciento (30%) a la parte actora.- 5.- REGISTRESE. NOTIFIQUESE Y DEVUELVA.-

002447E