

## Accidente De Transito Rubros Indemnizatorios Incapacidad Fisica Parcial Y Permanente Prueba Pericial Medica

### JURISPRUDENCIA

### Accidente de tránsito. Rubros indemnizatorios. Incapacidad física

parcial y permanente. Prueba pericial médica En el marco de un juicio por daños y perjuicios, se modifica el monto de ciertos rubros indemnizatorios y se confirma la sentencia en los restantes aspectos que decide y ha sido materia de agravio.

///la Ciudad de Morón, Provincia de Buenos Aires, a los 24 días del mes de Mayo de 2016, reunidos en la Sala de Acuerdos del Tribunal, los Señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Segunda, del Departamento Judicial de Morón, Doctores Felipe Augusto Ferrari y Roberto Camilo Jorda, para pronunciar sentencia en los autos caratulados: "SAYAGO FAVIO ALEJANDRO C/ BENITEZ CRISTOFORO GUSTAVO Y OTRO/A S/ DAÑOS Y PERJ.AUTOM. C/LES. O MUERTE (EXC.ESTADO)? MO-3885-2012, habiéndose practicado el sorteo pertinente -art. 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires- resultó que debía observarse el siguiente orden: FERRARI-JORDA, resolviéndose plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES 1º ¿Es ajustada a derecho la resolución apelada? 2º ¿Que pronunciamiento corresponde dictar?

VOTACION A LA PRIMERA DE LAS CUESTIONES PROPUESTAS EL SEÑOR JUEZ DOCTOR FERRARI, dijo:

I.-ANTECEDENTES 1) La Sala II de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial Departamental debe resolver los recursos de apelación deducidos contra la sentencia que a fs.320/330 de las actuaciones dictara la Sra. Juez Titular del Juzgado de liminar instancia N°9; el fallo en crisis condeno a CRISTOFORO GUSTAVO BENITEZ a pagar a FAVIO ALEJANDRO SAYAGO la suma de \$ 190.350 (Pesos ciento noventa mil trescientos cincuenta) intereses y costas, condena extensiva a la aseguradora FEDERACION PATRONAL SEGUROS S.A. 2) Apelan las partes: a.- La actora a fs.331,el recurso se le concede libremente a fs.333 se mantiene mediante los agravios expresados a fs.-352/363 replicados por la Aseguradora a fs.391/392.- b.- La citada en garantía lo hace a fs.338, recurso que concedido con efecto libre a fs.339 se funda a través de las quejas de fs 366/369 contestadas por la actora a fs.373/388.- 3) Agravios de las partes: a.- De la actora: el rechazo de la incapacidad física parcial y permanente; la cuantificación del daño psicológico y tratamiento que considera bajo; la reducida fijación de los gastos; igual queja respecto de los daños materiales; el monto acordado para resarcir el daño moral; la tasa de interés.- b.- De la citada en garantía: la atribución de responsabilidad; la cuantificación del daño psicológico; el acogimiento de la privación de uso del móvil del actor; la recepción del daño moral.- 4) Firme el llamado de autos? se procede al sorteo del orden de votación.- II.- LEGISLACION APLICABLE Es inicial faena del Tribunal determinar, bajo que ordenamiento legal, juzgaremos las apelaciones que debemos resolver; así lo imponen los Arts. 171 de la Const. Provincial; 34 inc. 4 y 163 inc.6 del C.P.C.C.- Ello sin perjuicio que el distingo no aparece de vital trascendencia habida cuenta lo normado por el Art. 1113 del C.C.A. y los Arts.1723, 1726, 1757, 1769 y cc. del C.C.C.-

Ingresando en el tema estimo que para juzgar la responsabilidad debemos apoyarnos en la normativa vigente al ocurrir los hechos o sea el Art.1113 del C.C.A; Aida Kemmelmajer de Carlucci enseña que ?si la Cámara revisa una sentencia relativa a un accidente de tránsito aplica la ley vigente al momento de ese accidente; en Agosto de 2015 la revisará conforme al Art.1113 del C.C.A, no porque así resolvió el Juez de Primera Instancia sino porque la ley que corresponde aplicar es la vigente al momento que la relación jurídica nació, o sea el del accidente?(autora citada ? El Art.7 del Código Civil y Comercial y los expedientes en tramite en los cuales no existe sentencia firme? en La Ley 2015-B-pág 1146); el Art.7 del CCC y el 3 del CCA son conceptualmente iguales: la nueva ley rige para los casos ?in fieri? o en su curso de desarrollo al tiempo de su sanción: no rige para los hechos pasados que quedaron sujetos a la ley anterior pues juega allí la noción de ?consumo jurídico?.- Incluso si todo el procedimiento se llevó a cabo partiendo de la base que los hechos estaban sujetos a determinado régimen, orientándose en tal sentido toda la actuación procesal, el cambio de ordenamiento jurídico para decidir no es cuestión que incumba solo al ?iura novit curia? sino también a lo que pudieran haber actuado las partes; al entrar en vigencia un ordenamiento que no era el vigente al inicio del proceso su aplicación podría incluso afectar el derecho de defensa (Art.18 Const. Nacional) esencialmente en cuestiones fácticas y probatorias.-

III.-ENCUADRE JURIDICO Estamos ante la colisión entre un automóvil y una moto razón por la cual el tema resulta subsumido por la norma insita en el Art.1113 del CCA en la reforma de la ley 17711 que recepitó en nuestro Derecho la teoría objetiva del riesgo creado ? con ? o ?por? las cosas; en el primer caso, daño causado ?con las cosas?,se considera responsable al dueño o guardián, presunción ?iuris tantum? que es a cargo de aquel desvirtuar demostrando que de su parte no hubo culpa; en el caso del daño causado ?por las cosas? deberá acreditar la culpa de la víctima o de un tercero ajeno; y en el caso que la cosa hubiere usado contra su voluntad será indemne de responsabilidad.- Teniendo en cuenta al carácter indudablemente tuitivo de la teoría del riesgo la prueba exculpatoria debe ser terminante, asertiva y de interpretación restrictiva(esta Sala causas 53.490 R.S. 297/07;

38.180, R.S. 115/09; 63.829, R.S. 92/14); no debe quedar ningún atisbo de duda al respecto pues de lo contrario la teoría objetiva sería desvirtuada por una interpretación laxa que desvirtuaría su objetivo.- IV.- LA SENTENCIA Dinamiza favorablemente la demanda: 1) Descarta toda prejudicialidad penal por cuanto las actuaciones en sede represiva fueron archivadas; no obstante ello las considera prueba ?adquirida? para este proceso civil.- 2) Meritúa la contumacia procesal del demandado que en momento alguno compareció a los autos.- 3) Tiene en cuenta la testimonial de fs.265 que avala la versión del actor conforme a la cual fue embestido por el automóvil del demandado.- 4) Con dichos fundamentos condena la demandado en su doble carácter de conductor y propietario del automotor.- 5) Hace extensiva la condena a la Aseguradora Federación Patronal Seguros SA con los alcances del contrato vinculante.- 6) Ya en el tratamiento y cuantificación de los resarcimientos desestima el reclamo por incapacidad física sobreviniente; indemniza la incapacidad transitoria con la suma de \$ 1258 (Pesos mil doscientos cincuenta y ocho).- 7) Hace lugar a la incapacidad psicológica mensurándola en la suma de \$90.000 (Pesos noventa mil); acoge igualmente los gastos de tratamiento por la suma de \$ 41.600(Pesos cuarenta y un mil seiscientos).- 8) Cuanto al daño moral atribuye \$ 50.000(Pesos cincuenta mil).- 9) Los gastos menores los recepta hasta la suma de \$ 1.000 (Pesos mil); los de reparación de la moto del actor en \$ 4.500 (Pesos cuatro mil quinientos) y la privación de uso de dicho móvil en la suma de \$ 2.000 (Pesos dos mil).- Tal en prieto raconto la sentencia en crisis.- V.- LOS AGRAVIOS.-

Previo su tratamiento he formado convicción que las expresiones de agravios que sustentan los recursos que nos convocan satisfacen -en principio-las exigencias del Art.260 del ritual local; ello sin perjuicio de proponer la sanción de deserción que edicta el Art.261 en los casos de manifiesta falencia argumental o inexistencia de concreta crítica.- Tal lo dicho, por obvias razones metodológicas, he de comenzar abordando la atribución de responsabilidad y mas luego los reclamos admitidos o denegados.- 1) LA RESPONSABILIDAD La citada en garantía se agravia por la atribución de responsabilidad queja que propongo se rechace por los siguientes motivos: La única razón con la cual la apelante funda su disconformidad es su afirmación conforme a la cual el motociclista circulaba ?sin casco?.- Tal afirmación queda totalmente desvirtuada por la testimonial de fs.265; allí el declarante, sin que nadie se lo preguntara, manifiesta que ?el muchacho que iba en la moto llevaba casco; al caer dio muchas vueltas y se le desprende el casco? (textual fs.265 vta.) de lo cual se deduce que aquel llevaba el casco pero al rodar por la embestida del automóvil aquella protección se le desprendió.- Evalúo el testimonio aludido y le confiero pleno valor probatorio: a.- No esta comprendido en las generales de la ley.- b.- Pasaba circunstancialmente por el lugar.- c.- Da convincente razón de su dicho.- d.- Sus dichos no están desvirtuados por ninguna otra prueba allegada a los autos.- e.- Al no haber concurrido a la audiencia donde el testigo declaró la Aseguradora declinó la oportunidad de repreguntarlo.- f.- La apelante no planteó el test de idoneidad del Art.456 del CPC lo que debió hacer en la instancia de origen.- g.- La idoneidad del testigo se presume y quien afirme lo contrario tiene la carga de probarlo (Arts.375 del rito).- h.- El Judicante tiene amplias facultades para apreciar el valor probatorio de la testimonial siempre que lo haga en función de las constancias de autos apreciadas conforme las reglas de la ?sana critica?; y en la faena de caracterizar dichas reglas tal menester es por demás de diáfano: ?es el conjunto de preceptos para juzgar la verdad de las cosas libre de error o de vicio? (Falcon Enrique ?Tratado de la Prueba? TºI pág.555); ?es el sistema que concede al Juez la facultad de apreciar libremente la prueba, pero respetando las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia (De los Santos Mabel ?El Juez frente a la prueba? en J.A. 1996-I-652); es ciencia derivada de la formación académica del Juez y de su experiencia del mundo, en tanto el Judicante debe tener en cuenta el común acontecer como elemento que hace a los hechos que debe dirimir (esta Sala causa MO-22566/09; SCJBA, Ac. y Sent:1959-IV-587; 1963-II-169; 1963. III-766; 1974-III-487; 1979-I.527; Arazi Roland-Falcón Enrique, ?Código Procesal Civil y Comercial de la Pcia. de Buenos Aires, Anotado y Comentado? Tº I pág.804).- Despejado el tema de la responsabilidad postulo se confirme tal aspecto de la sentencia.- 2) INCAPACIDAD FISICA SOBREVINIENTE a.- La sentencia rechaza indemnizar la incapacidad física sobreviviente parcial y permanente con fundamento en la pericial realizada en autos y la carencia de nexo causal entre el hecho y las alegada incapacidad; meritúa igualmente que el actor volvió a trabajar (fs. 325 vta. párrafo segundo).- b.- Contra la desestimación se alza el actor tildando a la sentencia de ?absurda y arbitraria?;lejos esta la sentencia de ameritar tales descalificaciones; que no se coincida con la misma mal puede configurar la extrema falencia que aquellos conceptos implican; al margen de lo dicho paso a ocuparme puntualmente de las quejas del actor.- c.- Lo dicho a fs.352 párrafo III.-1 hasta 352 penúltimo párrafo, no constituye agravio en los términos del Art.260 del rito; son consideraciones genéricas y no aquellas críticas concretas que aquella norma hace menester.- d.- La prueba por excelencia para determinar la existencia y alcance de la incapacidad física parcial y permanente es la pericial medica; brinda al Magistrado conocimientos científicos que éste, por lo general, desconoce; ello sin perjuicio de la facultad que dimana del Art.474 del CPCC que hace al aforismo que el Juez es ?peritum peritorium?.- De la pericial médica y sus explicaciones surge que el actor padece, causalmente relacionada con el evento dañoso, una incapacidad parcial y permanente del 27,1% (fs.290 punto IV) lo cual es citado por la propia sentencia (fs.325 párrafo segundo in fine).- A ello aduno: Primero: del dicho concordante de los testigos Videla (fs.192), Berenguer (fs.194) y Salgueiro (fs.195)

surge que el actor no está en condiciones de practicar deportes como sí hacía antes del accidente; ello es demostración de la incapacidad que porta.- Segundo: dichas declaraciones testimoniales tienen pleno valor probatorio; aparte de la concordancia resaltada supra, no están comprendidos en las generales de la ley y dan convincente razón de sus dichos.- Tercero: a fs. 292 último párrafo el perito médico informa que "debido a las limitaciones que se han observado en el examen clínico el actor tendría obstáculo para sortear un examen preocupacional donde se requiera indemnidad funcional física?.- Cuarto: a fs.325 vta. párrafo cuarto la sentencia menciona que conforme surge del beneficio de litigar sin gastos acollarado, un año y cinco meses después del accidente el Sr. Sayago comenzó a trabar en AYSA; ello no implica que el actor tenga la "indemnidad funcional física" de la cual nos habla el perito.- La Sala utiliza como uno de los elementos para dimensionar las incapacidades la teoría del "calcul au point"; que implica una pauta inicial, objetiva y adecuada a las singulares circunstancias de cada caso particular; en base a la misma se asigna a cada punto de incapacidad porcentual informado por el perito un determinado valor dinerario; pero lo reitero: ello en forma alguna implica atarse a una fatal operación matemática sino una pauta inicial que se adecuara a aquellas circunstancias en juzgamiento. En tal orden ideas hemos dicho que "la Sala viene utilizando en la actual y anteriores integraciones, como una de las pautas para cuantificar la indemnización por incapacidad física, la teoría del "calcul au point" que elaborada por el ex-Juez de esta Sala Dr. Héctor Normando Conde, a partir de su voto en la causa "Suarez Delfina C/ Villalba Marcelino S/ Daños y Perjuicios", causa nro. 37.152 R.S. 302/97, da una base para que, a partir de la misma, y adecuándola a las cambiantes circunstancias de cada caso, se llegue a una fijación de monto justa y equitativa; y recalco que el "calcul au point" no implica que el Tribunal se ciña a "pautas matemáticas o rígidas, sino que tome una base aplicable al común de los hombres; el "calcul au point" consiste fundamentalmente en acordar un determinado valor dinerario a cada punto de incapacidad; hemos dicho así en numerosos fallos que "...conforme a la misma se fija un valor concreto por cada punto de incapacidad; el "calcul au point" implica fijar un valor dinerario por cada punto de incapacidad tomando tal cálculo como base que podrá variar -lo reitero- conforme a las circunstancias de cada caso sujeto a juzgamiento; debo recordar los claros y eruditos fundamentos que sobre el particular expuso al fundar su voto el ex-juez de ésta Sala Dr. HECTOR NORMANDO CONDE que con la adhesión de sus colegas de ese entonces Dres. ROBERTO CESAR SUAREZ y SEVERO JOSE CALOSSO hizo sentencia en la causa 37.152; dijo en la oportunidad la Sala que hoy integro "...para lograr una solución justa y equitativa hemos establecido el valor del punto de incapacidad (base objetiva) en la suma de \$ 1000 que en principio se multiplica por el porcentaje de incapacidad estimado por el perito, aclarando que en los casos en que concurren varios porcentajes que informan menoscabos en diversos aspectos de la persona, no se suman sino que se van calculando sobre la capacidad residual que los anteriores han determinado..."; comparto "in totum" tales fundamentos a los cuales me remito resaltando que ese "calcul au point" es la base objetiva de reparación de un sujeto común, ubicado en una edad promedio al lapso general de expectativa de vida, base a partir de la cual el Juez apreciara las circunstancias de cada caso particular tornando racional la recordada discrecionalidad del 474 del rito: personalidad, actividades laborales y sociales, relaciones familiares, jéndole de las lesiones, influencia de los detrimentos en la vida de relación y en definitiva todos aquellos elementos de juicio que surgen del plexo probatorio adunado que tornen "justo" al par que "legal" el resarcimiento lo que -dicho sea de paso- constituye una de las funciones elementales de la jurisdicción; ese cúmulo de circunstancias que nos pondrán aquí y ahora frente al "ser humano concreto" posibilitaran la flexibilización en más o en menos del "calcul au point." (esta Sala en causa N° 43.263 R.S. 194/01, entre otras).- De lo dicho, se desprende que en la actualidad tal teoría del "calcul au point", fija para cada punto de incapacidad un valor dinerario de mil pesos (\$ 1.000); y es en este aspecto en el cual habré de proponer a mis colegas una modificación, no ya en el aspecto de fondo de tal teoría, sino en la cuantificación que hace de cada punto de incapacidad; ocurre que la estimación de mil pesos (\$ 1.000) por punto se fija en "pocas de estabilidad monetaria en las cuales el poder adquisitivo de nuestra moneda tenía idéntica paridad con el dólar estadounidense, divisa que se ha tomado como indicador de aquella estabilidad, esto -dicho sea de paso- sin hacer disquisiciones de otra índole sobre el tema; ocurre que a partir de la serie de medidas económicas instrumentadas desde fines de Diciembre de 2.001 aquella paridad desapareció operándose una devaluación de nuestro signo monetario que por pública y notoria no requiere mayores comentarios ni pruebas; y siendo tal mantener el valor hasta ahora vigente por el "calcul au point" implicaría tomar una base que no se corresponde con la realidad, base que incluso agrediría el principio de reparación integral de que nos habla el art.1.083 del C.C.A.; los jueces, no podemos permanecer ajenos a las realidades socio-económicas que nos rodean. Actualmente, dicho valor referencial asciende a la suma de \$9.000 (esta Sala en causa C12-53797, R.S.159/15).- En torno al calcul au point se han escuchado voces discordantes con la misma que, llevando el tema a un enfoque bizantino, enarbolan un principio por todos aceptado: la indemnización de la incapacidad sobreviniente, en el ámbito civil, no debe ceñirse a cálculos matemáticos e infranqueables, en ello estamos de acuerdo; pero también estamos convencidos que la cuantificación de aquellas minusvalías no puede limitarse a la mera voluntad (que por tal se emparenta con la arbitrariedad) de quien debe cuantificar el daño.- Necesariamente debe existir un punto de partida objetivo, un parámetro a partir del cual, la jurisdicción actúe objetivamente; y ello

bien lo ha resaltado el Supremo Tribunal Provincial en el antecedente "schmidt" (causa L 94556, del pasado 7 de abril de 2010).- Me pregunto que pauta objetiva tendríamos a nuestro alcance prescindiendo del "calcul au point", como punto objetivo de partida adecuado a las particularidades de cada caso, para consagrar el valor justicia respecto de cada caso a juzgar, partiendo de la base que cada persona implica una individualidad propia e irrepetible y llego a la conclusión que ningún sistema tan idóneo que a mayor abundamiento, se basa en informes periciales elaborados en función de principios científicos.- Por lo dicho opino debe revocarse la sentencia en tanto deniega indemnizar la incapacidad física parcial y permanente, haciendo lugar a dicho reclamo.- En lo referente a la cuantificación del mismo propongo se fije la suma de \$ 230.000 (Pesos doscientos treinta mil) ello partiendo del "calcul au point" en función de las circunstancias del caso: 25 años de edad al momento del hecho, sexo masculino y de las condiciones económicas que surgen de los autos sobre beneficio de litigar sin gastos que corren por cuerda (ver, especialmente, fs. 30/2, 50/1, 56/58 y 61).- 3) INCAPACIDAD PSIQUICA SOBREVINIENTE.- TRATAMIENTO.- a.- Tanto el actor como la citada en garantía, si bien en las antípodas conceptuales, se agravan por la cuantificación de los aludidos aspectos del daño material.- b.- Cuanto a la incapacidad el accionante sostiene que la misma es del 20% y no el 10% como decide la sentencia; funda tal aserto en la conclusiones de la pericial de fs.245/246 y explicaciones de fs.270; en base a ello se agravia de los fundamentos sentenciales en tanto la misma sostiene que el evento dañoso actuó como- concausal de la incapacidad y reduce en el porcentaje antedicho a la incapacidad sobreviniente; concretamente el apelante arguye que no existió tal concausalidad por lo cual el accidente fue el único origen de la minusvalía.- La asiste razón: de la pericial de fs. 245/246 y explicaciones de fs. 270, de las cuales no encuentro razones objetivas y científicas para apartarme (Art. 474 del C.P.C.C.) surge que el accidente de autos fue el desencadenante de la incapacidad no habiendo existido la concausalidad que la sentencia menciona.- Ello así postulo al Acuerdo que, acogiendo el agravio y realizando el pertinente cálculo residual, detrayendo el monto acordado por incapacidad física, se indemnice la incapacidad psíquica con la suma de \$131.130 (Pesos ciento treinta y un mil ciento treinta).- También se agravia el accionante por la reducción que la a quo efectúa de los gastos de tratamiento fijándolos en un 50% lo cual funda en el argumento de la concausalidad esgrimido para reducir el porcentual de incapacidad; al tratar el tema he descartado tal concausa, lo cual hace que el agravio deba ser acogido revocando la reducción efectuada por la a-quo.- Colofón: postulo al Acuerdo que, haciendo lugar al agravio del actor la indemnización por el daño psíquico se fije \$ 131.130 (Pesos ciento treinta y un mil ciento treinta); y cuanto a los gastos de tratamiento en la suma de \$ 41.600 (Pesos cuarenta y un mil seiscientos); ello de acuerdo a la pericial validada supra.- c.- Lo precedentemente opinado hace que proponga el rechazo de los agravios de la citada en garantía; sin perjuicio de ello los fundamentos de dicho recurso no se bastan a sí mismos, bordeando el límite de la deserción.- En el escrito de agravios la aseguradora insiste sobre la supuesta "concausalidad" que en el punto b.- he descartado; en el punto 3.- de fs.367vta. transita sobre consideraciones genéricas de la incapacidad psíquica; en el párrafo cuarto de fs.368 nos dice que el actor es "joven, soltero, sin cargas de familia, con empleo y que vive con sus padres"; considero que tales consideraciones lejos están de demostrar la inexistencia de daño psíquico.- 4) GASTOS.- a.- En la cita que realiza a fs. 261 la asistencia letrada del actor evidencia tener claro conocimiento de la jurisprudencia de la Sala; reiteradamente hemos dicho que los "gastos menores" médicos, de farmacia y traslados deben ser reconocidos al margen de la comprobantes instrumentales, por cuanto los mismos es corriente que no se otorguen o bien no se conserven; el único recaudo para su admisión es su razonabilidad en función de las circunstancias del caso (esta Sala causas 56023 R.S. 275/09 entre otras).- Seguidamente el accionante con cita de lo resuelto por la Sala en la causa MO-24328-2010 postula que este aspecto del daño material se eleve a la suma de \$ 4000 (Pesos cuatro mil); para así pretenderlo deja de lado que cada caso que la Judicatura debe resolver tiene sus propias connotaciones que aquella debe apreciar para conjugar lo legal con lo justo, así me lo han enseñado mi larga trayectoria en el ejercicio de la Abogacía y la experiencia acumulada desde mi incorporación a la Magistratura, todo lo cual constituyen elementos de la "sana crítica".- En cuanto al monto establecido, vemos que en la demanda se ha afirmado la realización de gastos por la suma de \$1000 (un mil pesos) -ver fs. 78vta.-; conste que se está reclamando por gastos "ya realizados" y no por gastos futuros; luego, por mas que se hubiera dejado abierto el reclamo "a lo que en mas o en menos surgiera de la prueba" lo cierto es que aquí no hay un problema de prueba, sino de afirmación: si se dijo gastada una suma, ello no depende de la prueba, sino -insisto- de lo que se afirmó en el escrito de demanda (art. 330 del CPCC; esta Sala en causa nro. 26302-2009, R.S. 70/16).- Luego, a mi modo de ver, no es dable fijar un monto mas alto, debiéndose confirmar entonces el establecido en la sentencia.- 5) DAÑOS MATERIALES Están referidos a la reparación del móvil del actor; la a-quo hizo lugar al reclamo fijando la partida en la suma de \$ 4.500 para lo cual tuvo en cuenta el presupuesto de fs.31 y la pericial de fs. 294 y sgtes.- Se disconforma el actor sosteniendo que el aludido monto se fijo a la fecha del hecho.- Con todo, de las constancias del proceso no surgen elementos (objetivos) en los que podamos apoyarnos para elevar el monto establecido en la forma pretendida por el accionante, no siendo -a mi modo de ver- dable suplir la prueba específica mediante consultas -o cálculos- efectuados en base a elementos que no han sido incorporados a las actuaciones.- Propongo, entonces, se desestime el agravio.-

6) PRIVACION DE USO El recurso de la citada en garantía en el punto no satisface, en modo alguno, las exigencias del art. 260 del CPCC; nótese, en tal sentido, que los agravios son traídos en un brevísimo párrafo que en modo alguno alcanza el nivel de suficiencia que dicha norma exige, quedando irrefutados los postulados en que el a quo se apoyó para decidir como lo hizo (ver fs. 329/vta.).- Consecuentemente, la declaración de deserción parcial es la solución que, a mi juicio, debe adoptarse.- 7) DAÑO MORAL a.- Reiteradamente nos hemos expedido sobre el concepto y el objetivo de la reparación del daño moral; hemos dicho que el mismo apunta a resarcir los detrimentos intangibles y espirituales de la víctima, en la medida que el bienestar económico puede proporcionar parcelas de bienestar que morigeren aquellos padecimientos; de carácter extracontractual, de "lege data" lo es "in re ipsa" (Art. 1078 del CCA); no tiene carácter punitivo sino reparatorio (esta Sala en causas no es necesaria prueba alguna de su existencia (esta Sala causas n° 44.116 R.S 621/01; 33.982 R.S 146/04); no está relacionado con la incapacidad física.- b.- La sentencia apelada hizo lugar al mismo fijándolo en la suma de \$ 50.000 (Pesos cincuenta mil) lo cual es materia de agravio tanto del actor como de la citada en garantía.- c.- El actor lo considera reducido; teniendo en cuenta sus circunstancias personales relacionados con sexo, edad, lesiones físicas y psíquicas, la incapacidad que le ha quedado (todo ya relacionado en mi voto), los tratamientos y atenciones médicas a las que debió someterse, como así también las circunstancias mismas del evento dañoso, habré de proponer a mi Colega de integración la elevación del rubro a la suma de \$110.000 (Pesos ciento diez mil).- d.- Cuanto al agravio de la aseguradora aspira a la reducción del monto, para lo cual quita toda entidad a las lesiones padecidas por el actor; todo su discurso transita por minimizar aquellas consecuencias lo cual he demostrado en este voto que no se ajusta a la realidad en juzgamiento.- Ergo: he formado convicción en el sentido que la queja no amerita ser receptada.- 8) TASA DE INTERES La sentencia fijó la tasa de interés pasiva de lo cual se agravia la parte actora que solicita se aplique la tasa BIP o sea la que paga al Banco Pcia. de Buenos Aires para los plazos fijos digitales.- La procedencia de la petición deviene indudable; la opinión de la Sala al respecto quedo ampliamente fundada en la sentencia dictada en autos "PAEZ HUGO LUIS Y OTRA C/D.U.V.I SA s/DAÑOS Y PERJUICIOS" causa C2-51697 R.S, 111/2015 del 2 de Junio de 2015, parcialmente citada por el actor en su expresión de agravios; dijimos en dicha causa con voto del Dr. GALLO al cual adhirió el Infrascripto que "En cuanto a la tasa de interés, vemos que la Sra. Juez a quo dispuso la aplicación de la tasa que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones de depósito a plazo fijo a treinta días (ver fs. 598vta.).-Los actores objetan este temperamento y piden la aplicación de la tasa activa o, subsidiariamente, la tasa pasiva digital (BIP) por los argumentos y fundamentos que allí esgrimen; es del caso resaltar que la demandada, y su garante, se mantienen totalmente silentes frente a tal impetración.-Abordando el punto cabe destacar que, invariablemente (causas 48.351, R.S. 879/04; 56.021, R.S. 59/09; 49.026, R.S. 179/09; 56.448, R.S. 317/09, 47.889 R.S. 214/12; entre otros), desde este Tribunal se ha venido aplicando la tasa pasiva, en sintonía con reiterados precedentes de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (originariamente, Ac. 43.858, "Zgonc Daniel R y otro v Asociación Atlética Villa Gesell" fallo del 21/5/91 y posteriores en el mismo sentido, incluso luego de abandonado el régimen de convertibilidad, causa L. 77248, "Talavera, Severiano contra Digital S.RL. y otros. Daños y perjuicios", fallo del 20 de Agosto de 2003; y en las más recientes Ac. C 101.774 "Ponce"; L 94.446, "Ginossi"; 49.439 "Cardozo"; 68.681 "Mena de Benitez"; L 80.710, "Morinigo" del 9 de Mayo de 2012, entre infinidad de otras), desechando expresamente -de este modo- la aplicación de la tasa activa (causa nro. 45.638 R.S. 195/12).-Es del caso, incluso, tener en cuenta que la Suprema Corte descarta la aplicación de la tasa activa argumentando que la misma incluye componentes que en nada se compadecen con los intereses que debe afrontar el incumplidor moroso.-Luego, estimo que no son de recibo las quejas actoriles en cuanto pretenden que se modifique la sentencia y se mande a aplicar la tasa activa.-En cambio, sí juzgo atendible el planteamiento subsidiario que apunta a que dispongamos la aplicación de la tasa pasiva digital (BIP).-La jurisprudencia provincial, en algunos casos, ha admitido la aplicación de esa tasa (C. Civ. y Com. Mar del Plata, sala 2ª, 9/9/2014, "Avila, Rosa A. c/ Transportes 25 de Mayo SRL y ot. s/ ds. y ps.; C. Civ. y Com. Junin, 4/11/2014 "Remy Juan Domingoc/ Viora Orlando S/Daños Y Perj").-Incluso, y esto es fundamental para que opine como lo hago, recurridas que fueron sentencias en las cuales se había ordenado su aplicación, la casación local rechazó el recurso no considerando violentada su doctrina (SCBA, 11/3/2015, "Zoccaro, Tomas Alberto c/ Provincia ART s/ daños y perjuicios", 06/05/2015, "Tarelli, Walter Santos contra Ministerio de Seguridad. Enfermedad Profesional" y, de la misma fecha, "Marmol, Mabel Susana contra Dirección General de Cultura y Educación. Enfermedad Profesional").- La doctrina, a su turno, si bien en materia laboral y criticando la no aplicación de la tasa activa, ha sostenido que de aplicarse la tasa pasiva, la que corresponde es la tasa pasiva digital (véase Klun, Adolfo - Klun, Rodolfo L., Juicio crítico acerca de las tasas de interés aplicadas a los litigios laborales en la provincia de Buenos Aires, en LLBA 2015 (mayo), 368).-En este contexto, es necesario recordar que el art. 622 del Código Civil establece que "el deudor moroso debe los intereses que estuviesen convenidos en la obligación, desde el vencimiento de ella. Si no hay intereses convenidos, debe los intereses legales que las leyes especiales hubiesen determinado. Si no se hubiere fijado el interés legal, los jueces determinarán el interés que debe abonar". De tal suerte, y en casos como el presente, al no haber intereses convencionalmente fijados por las partes, ni tampoco

una tasa indicada por la ley, será resorte del órgano jurisdiccional la determinación de la tasa de interés a aplicar en orden a conjugar la reparación del llamado "daño moratorio".-Y en tal faena, computando las circunstancias económicas actuales (de público y notorio conocimiento) entiendo que -hoy en día- la tasa que mejor se acomoda a la reparación efectiva del daño moratorio, dentro de los límites antes enunciados en cuanto al tipo de tasa a utilizar, es la tasa pasiva informada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires para plazo fijo digital a 30 días. Para explicarme, debemos acudir a las mencionadas tasas, que pueden consultarse en [http://www.bancoprovincia.com.ar/Content/docs/tasas\\_frecuentes.pdf](http://www.bancoprovincia.com.ar/Content/docs/tasas_frecuentes.pdf).-Tenemos que, para el año 2008, la tasa pasiva (depósitos a plazo fijo a 30 días) fue del 6,5% anual, que se mantuvo hasta el 2/8/2013, cuando se elevó al 9%, hasta el 19/12/2013, en que se elevó al 10%, a 10,5% el 16/1/2014 y a 11% desde el 28/1/2014.-Mientras tanto, la tasa para plazo fijo digital a 30 días, comienza en 2008 al 12%; para principios de 2012 se encontraba al 15,5%, llegando a fines de 2013 al 18,10%, a fines de 2014 al 23,37% y al 1/5/2015 al 22,83%. -Frente a lo dicho, creo que ha de quedar en claro que no parece para nada razonable la fijación de tasas -en los últimos tres años- que oscilan entre el 6,5 y el 11% anual (tasa pasiva común) y que -incluso- para algunos períodos se sitúan por debajo de la evolución de los índices de precios al consumidor proporcionados por el Indec.-Sí, en cambio, se ajusta algo más a las circunstancias económicas de estos tiempos (evolución de los costos de vida, erosión progresiva del valor de la moneda), la fijación de las tasas informadas por el Banco de la Provincia de Buenos Aires para los plazos fijos digitales en tanto operan por encima de tales índices y se erigen en cifras prudentes y razonables como forma de hacer frente al daño moratorio (incluso cabe considerar que si se hubiera colocado el dinero a plazo fijo, el inversor hubiera lógicamente procurado la opción más conveniente, que es esta, siendo tal el rédito que podría haber obtenido); ajustándose ello, incluso y tal lo señalado, a la pautas dadas por la Suprema Corte (advirtase que no se están tomando tasas activas) que ha convalidado la aplicación de estas tasas?.- Hoy, incluso, son más los tribunales provinciales que se han plegado a la utilización de esta tasa (C. Civ. y Com. La Matanza, sala 1ª, 17/9/2015, "Tipitto Viviana Maria Ofelia Y Otro C/ Malerba Alberto Y Otro S/ Daños Y Perjuicios"; C. Civ. y Com. Azul, sala 2ª, 8/10/2015, "Castro, Gabriel Antonio C/ Marcovecchio, Martin Maria S/ Cumplimiento De Contrato" y 22/10/2015, "Ortiz Oscar Manuel c/ Sena Carlos Alberto s/ Cobro sumario sumas de dinero"; c. 2ª Civ. y Com. La Plata, sala 3ª, 15/10/2015, ""G. F. A. J. C/ R. R. P. S/ incidente de ejecución de honorarios").- Asimismo lo ha hecho la Sala 3ª de este mismo tribunal (autos "Wippi Gabriel c/ Saini, Eduardo s/ ds. y ps." fallo del 27/10/2015) e incluso es la postura a la que también se ha plegado el Dr. Roberto Camilo Jorda, integrando la Sala II en causa nro. C5-48448 (R.S. 266/2015) y, recientemente, en un reestudio del tema la Sala I de esta Cámara en autos "Dominguez, Mariano C/ Segur Part S.A. y otro S/ ds. y ps." resolución del 25 de febrero del corriente año.- Propondré, entonces y por todos los fundamentos expuestos, que si mi postura es compartida se modifique la resolución apelada, disponiendo que al capital de condena se apliquen intereses a la tasa informada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires para sus plazos fijos digitales, a 30 días, desde la fecha del hecho y hasta el efectivo cumplimiento de la condena.- Tales los fundamentos en función de los cuales propongo al Acuerdo se haga lugar al agravio del actor y se fije la tasa BIP como aditamento de intereses al capital.- VI.- COSTAS DE LA INSTANCIA El Art.68 del C.P.C.C. adopta en materia de costas el principio objetivo resarcitorio preconizado por Chiovenda; en función del mismo postulo que las costas de la instancia se impongan en el 10% al actor y un 90% a la aseguradora.- Por los fundamentos dados votando la cuestión propuesta lo hago, PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA A LA PRIMERA CUESTIÓN PROPUESTA EL SR. JUEZ DR. JORDA DIJO: Adhiero en un todo al voto que antecede, no sin hacer alguna aclaración conceptual solo en lo que hace a la tarifación del monto resarcitorio en concepto de incapacidad física sobreviniente.- He venido sosteniendo (véase mi voto en causa de la Sala I nro. 57.137 R.S. 5/2010) que la cuantificación de la incapacidad no puede sujetarse a apreciaciones abstractas o de cualquier índole dogmática, exponiendo que -en mi parecer- debe descartarse la aplicación mecánica de formulas matemáticas o actuariales.- Allí también dejé aclarado que los porcentajes de incapacidad constituyen un elemento a considerar entre una multiplicidad de variables tales como la edad, el sexo, la actividad, la magnitud de la minusvalía confrontada en el contexto de las peculiaridades del sujeto damnificado.- Concretando: ni debemos tarifar montos mecánica o matemáticamente (multiplicando porcentajes de incapacidad por cierta cantidad dineraria) ni tampoco debemos (ni podemos) abstraernos de los porcentuales de incapacidad informados pericialmente (que, por su especificidad técnica, nos acercan a la real entidad del perjuicio, cfe. arts. 384, 472 y 474 del C.P.C.C.).- Es necesario conjugarlo todo, teniendo como norte el principio de reparación integral (art. 1083 del Código Civil) en el contexto de las específicas circunstancias de cada supuesto que tengamos para decidir (art. 171 in fine Const. Pcial.).- Sobre tal plataforma conceptual, y ya en lo que hace específicamente a este caso concreto, comulgo con el voto que precede en cuanto a la cuantificación del importe indemnizatorio para el reclamo por incapacidad física sobreviniente. Ello así en tanto y en cuanto el distinguido Colega que ha votado en primer término, si bien ha tenido en cuenta el porcentual de incapacidad, ha articulado tal parámetro con las restantes circunstancias del caso (edad, sexo, magnitud del daño).- Es cierto que el Dr. Ferrari menciona el sistema del "calcul au point", pero no lo es menos que se ocupa de advertir que ello de ninguna manera implica someterse a cálculos materiales, infranqueables sino establecer una pauta que se debe

adecuar a las cambiantes circunstancias de cada caso (de hecho, advierto que la suma a la que llega lejos no es el fruto de la mera de multiplicación del porcentaje de incapacidad por un monto determinado).- Luego y en tanto -a mi modo de ver- el importe propiciado se ajusta a la entidad del perjuicio comprobado mediante los elementos de juicio que ha ponderado mi Colega (en análisis que comparto), adhiero a su propuesta en cuanto a la cuantía del rubro incapacidad física sobreviniente que indica en su voto.- Con tal aclaración conceptual atinente a la cuantificación de los importes resarcitorios, compartiendo todos los restantes aspectos del voto anterior por sus mismos fundamentos, adhiero al mismo dando el mío **PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA A LA SEGUNDA CUESTION EL SEÑOR JUEZ Dr. FERRARI** dijo: Si mi colega de integración comparte el primer voto deberá decidirse: 1) Revocar la sentencia de autos en los siguientes aspectos: la incapacidad física del actor a la cual se hace lugar por la suma de \$ 230.000 (Pesos doscientos treinta mil); el monto de la indemnización por incapacidad psíquica sobreviviente que se eleva a la suma de \$ 131.130 (Pesos ciento treinta y un mil ciento treinta); el monto de los gastos de tratamiento psicológico que deberán elevarse a la suma de \$ 41.600 (Pesos cuarenta y un mil seiscientos); el resarcimiento del daño moral que se eleva a la suma de \$ 110.000 (Pesos ciento diez mil); declarar desierto el recurso de la citada en garantía en cuanto al rubro "privación de uso", modificar la resolución apelada en cuanto a la tasa de interés, disponiendo que al capital de condena se apliquen intereses a la tasa informada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires para sus plazos fijos digitales, a 30 días, desde la fecha del hecho y hasta el efectivo cumplimiento de la condena; y, finalmente, confirmar la sentencia en los restantes aspectos que decide y ha sido materia de agravio.-

2) Costas de la instancia: 10% a la parte actora y 90% a la Aseguradora (Arts. 68 y 71 del C.P.C.C.)- Así lo voto **A** la misma cuestión, el Señor Juez Doctor **JORDA**, por iguales consideraciones y fundamentos a los expuestos precedentemente, adhiere votando en el mismo sentido que el Señor Juez Dr. Ferrari.- Con lo que terminó el Acuerdo, dictándose la siguiente: **SENTENCIA AUTOS Y VISTOS: CONSIDERANDO:** Conforme al resultado obtenido en la votación que instruye el Acuerdo que antecede, **SE REVOCALa** sentencia de autos en los siguientes aspectos: la incapacidad física del actor a la cual **SE HACE LUGAR** por la suma de \$ 230.000 (Pesos doscientos treinta mil); el monto de la indemnización por incapacidad psíquica sobreviviente que **SE ELEVA** a la suma de \$ 131.130 (Pesos ciento treinta y un mil ciento treinta); el monto de los gastos de tratamiento psicológico que **SE ELEVA** a la suma de \$ 41.600 (Pesos cuarenta y un mil seiscientos); el resarcimiento del daño moral que **SE ELEVA** a la suma de \$ 110.000 (Pesos ciento diez mil);**DECLARANDO DESIERTO** el recurso de la citada en garantía en cuanto al rubro "privación de uso", **MODIFICANDO** la resolución apelada en cuanto a la tasa de interés, disponiendo que al capital de condena se apliquen intereses a la tasa informada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires para sus plazos fijos digitales, a 30 días, desde la fecha del hecho y hasta el efectivo cumplimiento de la condena y **CONFIRMANDO** la sentencia en los restantes aspectos que decide y ha sido materia de agravio.- **Costas de Alzada, 10% a la parte actora y 90% a la Aseguradora (Arts. 68 y 71 del C.P.C.C.)- SE DIFIERE** la regulación de honorarios para su oportunidad (arts. 31 y 51 del Dec. Ley 8.904/77).- **REGISTRESE. NOTIFIQUESE. DEVUELVA SE.-**

009815E