

Accidente De Transito Citada En Garantia Defensa De No Seguro Falta De Denuncia Del Siniestro

DOMINGO, 10 DE ENERO DE 2021

JURISPRUDENCIA

Accidente de tránsito. Citada en garantía. Defensa de no seguro. Falta de denuncia del siniestro En el marco de un juicio por daños y perjuicios, en el que se persigue el resarcimiento a raíz del accidente de tránsito sufrido por el actor, se revoca la sentencia apelada en cuanto admite la defensa de no seguro, la que se rechaza, haciéndose extensiva entonces la condena a la citada en garantía se modifica la sentencia apelada, elevando las sumas fijadas para el co actor en concepto de incapacidad física y daño moral.

///la Ciudad de Morón, Provincia de Buenos Aires, a los 07 días del mes de Marzo de 2017, reunidos en la Sala de Acuerdos del Tribunal, los Señores Jueces de la Excm. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, del Departamento Judicial de Morón, Doctores Felipe Augusto Ferrari y Roberto Camilo Jorda, para pronunciar sentencia en los autos caratulados: "AYALA SERGIO RENE Y OTRO/A C/ CAGNOLA ROZA PAOLA Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS? MO-18006-2008, 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, manteniéndose tal integración en la Sala sin perjuicio de la nueva composición de la misma (Acuerdo Extraordinario Nro.806) a tenor de lo establecido en el Acuerdo extraordinario Nro 806 de este Excelentísimo Tribunal con relación a los expedientes en trámite a la fecha del cambio de autoridades, resolviéndose plantear y votar la siguiente: _

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) A fs. 506 y sgtes. de estos actuados dicta sentencia el Señor Juez Titular del Juzgado de Primera Instancia Civil y Comercial N° 1; la aludida sentencia condena a CAGNOLA ROZA, PAOLA GABRIELA y ROZA OLGA MARIA a pagar a SERGIO RENE AYALA la suma de \$ 63.500 (Pesos sesenta y tres mil quinientos) y a MARIA JOSEFA ROMERO la suma de \$ 1.300 (Pesos un mil trescientos); rechaza la citación en garantía de ZURICH ARGENTINA COMPAÑIA DE SEGUROS S.A.; el alzamiento apelatorio contra la aludida sentencia hace a la intervención de esta Sala II de la Cámara de Apelaciones del Fuero.- 2)

Apelan las partes: a.- Los actores a fs.519, concedido libremente a fs.548 se mantiene a través de la expresión de agravios de fs.556/569, replicada a fs. 585/591.- b.- La demandada Olga Maria Roza a fs.527, se le concede libremente a fs.528, las quejas obran a fs.574/578 contestadas a fs.585/591.- 3) Agravios de las partes: a.- De los actores: el rechazo de la citación en garantía y los montos condenados, amén de la tasa de interés.- b.- De la co demandada: el monto otorgado en concepto de daño físico, el monto otorgado en concepto de daño psíquico y gastos de tratamiento, el monto otorgado en concepto de daño moral, el monto concedido en concepto de gastos y el rechazo de la citación en garantía.- 4) Firme el llamado de ?autos?, se sortea del orden de votación, quedando en primer término el infrascripto.-

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.- Aclaro, de todo comienzo, que no llega cuestionada la atribución de responsabilidad, sino que los agravios de las partes se circunscriben a los rubros resarcitorios y la tasa de interés.-

Consecuentemente, y en lo que hace a los rubros resarcitorios, ha resuelto esta Sala en la causa nro. 53.797 (R.S. 159/2015), que: "la solución es la misma que en materia de responsabilidad: decía la Dra. Kemmelmajer de Carlucci -en la obra anteriormente citada- que el daño no es una consecuencia sino un elemento constitutivo del régimen de responsabilidad y esta es la razón por la cual rige la ley vigente al momento del hecho y no la posterior; señalando categóricamente que la mayoría de las reglas establecidas en los artículos 1708 y siguientes se aplican solo a los daños producidos después de Agosto de 2015 (KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, La aplicación, cit., p. 28 y 158). En el mismo sentido, ha explicado Moisset de Espanes que ?la obligación de resarcir es una relación jurídica que se establece entre la víctima y el responsable, en virtud de la ley, cuando se reúnen los requisitos o presupuestos de hecho necesarios para que ella se configure. Uno de los presupuestos básicos es el daño sin el cual no va a nacer la obligación de resarcir; queremos destacar, entonces, que el daño no es consecuencia de la relación jurídica de responsabilidad, sino que es causa constitutiva de esa relación. Para que nazca la obligación de resarcir es menester que se reúnan todos los presupuestos que la ley exige y, en especial, el daño? (MOISSET DE ESPANES, Luis, El daño moral y la irretroactividad de la ley, JA 1972 Serie Cont.-13, 352).

Distinguiendo, con mucha claridad, efectos de consecuencias se ha dicho que efectos son las derivaciones necesarias de un hecho o acto; y que, por estar incorporados en él, se regirían siempre por la ley existente en el momento de su constitución (LAVALLE COBO, Jorge E., en AA.VV., Código Civil y leyes complementarias, BELLUSCIO, Augusto C. (dir) - ZANNONI, Eduardo A. (coord), T 1, p. 21). En suma: para el juzgamiento de los montos resarcitorios vinculados con los daños

producidos al momento de acontecer el hecho, corresponderá aplicar el ordenamiento jurídico vigente en aquella época".- Y en cuanto a la defensa de no seguro, la ley respectiva no ha cambiado, lo que aventa cualquier tema de derecho intertemporal.- Aclarado ello, podemos pasar al análisis de las quejas.-

III.- EL CASO A DIRIMIR 1) Narra el actor Ayala que en el mes de Marzo de 2008, en horas de la tarde viajaba en un automóvil Peugeot propiedad de la coactora Romeo.- Continúa su relato exponiendo que detrás del aludido vehículo circulaba un Ford Ecoesport conducido por la demandada Cagnola Rosa.- En la encrucijada sita en Colombia esq. Soldado Molina, Pdo. de Merlo, el Peugeot fue embestido en su parte trasera por el Ford sufriendo Ayala heridas de consideración.- Aclara que la demandada el 5 de Marzo de 2008 realizó una exposición civil reconociendo su responsabilidad.- 2) Se presenta la Aseguradora de la demandada y opone la defensa de "no seguro", falta de legitimación sustancial pasiva que funda en la omisión de su asegurada de denunciar el siniestro dentro de tercero día de ocurrido.- 3) Debidamente notificadas la demandada no contestan la demanda por lo cual se decreta su rebeldía, que a la postre cesa.-

IV.- LOS AGRAVIOS. SU TRATAMIENTO Las expresiones de agravios que sustentan los recursos concedidos logran sortear la sanción de deserción que por falencia argumental estatuye el Art.261 del C.P.C.C.; y para ello tengo en cuenta el criterio de elasticidad que, privilegiando el Derecho de Defensa del justiciable (Art.18 de la Const. Nacional) utiliza la Sala (causas 58.604, R.S.141/14).- Nuestra jurisdicción revisora esta limitada a los concretos agravios que estiman las partes (Art.266 in fine del C.P.C.C.).- 1) Se agravia la actora -y también la demandada- por la parcela sentencial que hizo lugar a la defensa de "no seguro" opuesta por la garante traída a los autos.- En el presente caso la Aseguradora fundó su defensa en la concreta violación de los Arts. 36, 46, 47, 115 y cc. de la ley 17418 y la ausencia de denuncia del siniestro.- Desde esta Sala hemos dicho que "la sanción prevista en el Art. 47 de la ley 17.418 para el supuesto que el asegurado no haya efectuado la denuncia que establece el Art.46 de dicho cuerpo legal sólo alcanza al Asegurado incumplidor en su relación con la aseguradora; tal sanción no alcanza a la víctima del hecho que es un tercero en aquella relación contractual; dicho tercero es titular de un privilegio que le permite resarcirse del daño sufrido con exclusión del asegurado o de los eventuales acreedores de este; ello, de conformidad con lo normado por el Art. 118, primer párrafo, de la ley 17.418; tal "derecho" de la víctima se incorpora a su patrimonio en el momento de ocurrir el siniestro y siendo que a la víctima sólo le son oponibles las causas de caducidad del seguro nacidas con anterioridad y no con posterioridad al ocurrimiento del riesgo, es de concluir que la admisión de la defensa de no seguro por omisión de denuncia del asegurado a la aseguradora, no sólo se opone a lo "supra" expuesto, sino que afecta un "derecho adquirido" y por ende, la garantía constitucional de la propiedad (Art.17 CN); a lo cual, agregó que fácil sería vulnerar los derechos de la víctima de un siniestro con una eventual connivencia entre asegurado -que no realiza la denuncia- y aseguradora -que por la no realización de la misma declina su responsabilidad; destaco tal posibilidad -no por que ello se avizore en estas actuaciones- sino para patentizar a que extremo de inequidad se podría llegar por tal camino" (esta Sala en causa nro. 44.630 R.S. 399/02).- Por lo demás, en el ámbito de la Suprema Corte de Justicia se ha sostenido que "las consecuencias derivadas de la falta de denuncia del siniestro en los términos de los arts. 46, 47 y 115 de la ley 17.418, no comprenden la serie de defensas que el art. 118 de la Ley de Seguros permite oponer al asegurador- en el caso la "defensa de no seguro"-, en la medida que configura una situación necesariamente posterior al infortunio" (Sup. Corte Bs. AS., C 101813 fallo del 06/06/2011, "Cabrera, Juan Carlos y otros c/Cárdenas, Raúl Augusto y otros s/Daños y perjuicios", voto de la mayoría).- Consecuentemente, y a raíz de lo dicho, no comparto la conclusión del sentenciante en cuanto a la admisión de la defensa en cuestión, la que -si mi propuesta es compartida- habrá de repelerse, haciéndose extensiva entonces la condena a la citada en garantía Zurich Argentina Compañía de Seguros S.A.- 2) Actora y demandada cuestionan, también, el dimensionamiento del rubro incapacidad física para Sergio Rene Ayala en la suma de \$20.000 (Pesos veinte mil).- En la especie debemos recordar, antes que nada, que por incapacidad física sobreviniente debe entenderse toda disminución en la salud, que afecta a la víctima en sus posibilidades laborativas y de relación, y que es consecuencia inmediata de la producción del accidente, prolongando sus efectos por cierto tiempo o en forma permanente.- A través del art. 89 del C. Penal y del art. 1.086 del C. Civil se tiende a tutelar como bien jurídico la integridad física en el más amplio sentido, como fundamental derecho a la personalidad.- El individuo tiene derecho a su integridad física, pues la salud y la citada integridad no son solo un bien jurídicamente tutelado, cuyo quebrantamiento (doloso o culposo) debe ser reparado, sino que, además, constituye un valor en cuya protección está interesado el orden público (el suscripto en causa de esta Sala n° 30.973 R.S. 389 bis/1.993, entre muchas otras).- Por otra parte esta Sala (causa 35.878, R.S. 354/96) ha señalado que al repararse una incapacidad sobreviniente el juez contempla las posibilidades o chances frustradas o cercenadas, según las cualidades personales del sujeto y que debe atenderse que las incapacidades no solo limitan las posibilidades de trabajo sino a todas las que pertenecen al área de actuación de la víctima.- Para su dimensionamiento la S.C.J.B.A. tiene dicho que "los Jueces deben individualizar y ponderar los elementos de juicio que sirven de base a su decisión....la fijación del resarcimiento por daños y perjuicios debe ser determinada en base a elementos objetivos que resulten de la causa, proporcionando los datos necesarios para que puedan ser reconstruidas las operaciones aritméticas que a tal fin se efectúen

(Causas Schmidt, L 94556 del 10/IV/2010; Acosta, L 32113 del 7/VII/ 1985; Busto, L 41087 del 14/III/1989; Migliore, L 55802 del 14/XI/1995).- En función de lo dicho la Sala utiliza para dimensionar la incapacidad física, de antaño y hogañeo, el método conocido como "calcul au point"(causas 33945, R,S 192/95; 37512, R.S. 302/97; 43.263, R.S. 194/01; C-6 49861).- Y en tal orden de razonamientos el calcul au point consiste en asignar a cada punto porcentual de incapacidad física informado por la pericia un determinado valor dinerario; no implica atarse fatalmente a tal cálculo sino, lo reitero, partir de una base objetiva y adecuarla a las diferentes circunstancias de cada caso que se plantea.- Actualmente, el valor referencial que se adopta -de acuerdo a las circunstancias económicas imperantes- es de \$13.000 (esta sala en causa 56.382 R.S. 2/2017).- Por lo demás, sabido es que la "probatio probatissima" de la incapacidad física sobreviniente es la pericial medica pues allega al Juez conocimientos especiales sobre alguna ciencia; sin perjuicio de ello aquel tiene la facultad de pedirle explicaciones, puede apartarse de su dictamen e incluso removerlo siempre que exprese las concretas razones para así hacerlo (Arts. 457, 472 a 474 del C.P.C.C.).- En el caso, la pericial de fs. 396/397 informa que el actor Ayala tiene una incapacidad física parcial y permanente del 5% correspondiendo el 50% al accidente y el 50% a preexistencias; el experto menciona las concretas repercusiones que genera este menoscabo físico; ergo su incapacidad indemnizable es del 2,5%; no encuentro razones para apartarme de tal informe por lo cual le confiero pleno valor probatorio.- Tal lo dicho, la sentencia acuerda para indemnizarla la suma de \$20.000.- Considero reducida tal suma.- La Sala aplica para dimensionar esta minsuvalía la teoría del "calcul au point?"; pero ello no implica un fatal cálculo matemático sino que se deben tener en consideración las circunstancias del caso concreto y específico.- Consecuentemente, ponderando la entidad del menoscabo, las circunstancias personales del actor (35 años de edad, remisero, casado, con dos hijos y las condiciones socio económicas que surgen de los autos sobre beneficio de litigar sin gastos que corren por cuerda), entiendo que la suma fijada debe elevarse a la de \$25.000 (veinticinco mil pesos).- 3) Tercer agravio del actor Ayala es no haberse hecho lugar al "lucro cesante?.- a.- La sentencia trato el tema a fs.512 bajo el título "incapacidad sobreviviente (lucro cesante)?.- b.- La incapacidad sobreviniente fue indemnizada (ver supra punto 2); el lucro cesante no fue tratado pese a que se introdujo en la demanda (fs.19) por lo cual supliré la omisión.- c.- El lucro cesante solo puede indemnizarse por separado de la incapacidad física sobreviniente cuando se prueban en forma terminante ganancias dejadas de percibir; de lo contrario se subsume en aquella indemnización; de lo contrario se incurriría en una duplicidad de indemnizaciones con el mismo origen.- d.- No encuentro acreditadas, con las características expuestas, las ganancias que el lucro cesante hace menester.- e.- Lo dicho hace que postule al Acuerdo el rechazo del lucro cesante impetrado por el apelante.- 4) Actora y co demandada objetan, aunque con diversos enfoques, la parcela del fallo referente al menoscabo psíquico.- La sentencia acuerda \$30.000 en concepto de daño psíquico y \$2.500 para gastos de tratamiento.- De todo comienzo, es necesario tener en cuenta que el daño psíquico implica un desglose del daño material (esta Sala en causa nro. 51.973 R.S. 46/06, entre muchas otras), carente de autonomía ontológica, implicando solo un desglose de aquel gran rubro resarcitorio, útil para una mejor cuantificación del perjuicio.- Abordo, inicialmente, el cuestionamiento de la co demandada en cuanto al daño psíquico, vinculado con la coexistencia del daño y el tratamiento (ver fs. 576).- Ahora bien, la pericial de la especialidad (psicológica) es bien clara cuando dice que existe una incapacidad del 5%, siendo la misma -según la experta- parcial y transitoria; por lo demás, la perito aconseja la realización de un tratamiento psicológico, en las condiciones que describe.- Luego, el carácter transitorio del menoscabo (informado pericialmente) sumado al consejo especializado tocante a la realización de un tratamiento, tornan -desde mi punto de vista- improcedente el resarcimiento de un menoscabo permanente (que no lo hay) y sí hacen procedente los gastos de tratamiento.- Al respecto, tiene dicho la Sala que en el caso de tratarse de secuelas reversibles deben mandarse a abonar los pertinentes gastos de tratamiento (arg. art. 1086 C. Civil; esta Sala en causa nro. 53.494 R.S. 97/07, entre otras).- Así, y por tales razones, no corresponde acoger el reclamo vinculado con una incapacidad psíquica permanente.- Queda por ver qué hacer con los gastos de tratamiento.- El Sr. Juez de Grado fijó la suma de \$2500.- La experta nos habló de un tratamiento de frecuencia semanal durante un año estimando el costo de cada sesión en \$150 (Pesos ciento cincuenta).- No se debe pasar por alto que los valores fijados por la pericia lo fueron al mes de Agosto de 2012.- Teniendo en cuenta lo expuesto y el principio de reparación integral que establece el Art. 1083 del C.C.A. estimo el valor actual de cada sesión en la suma de \$ 300 (Pesos trescientos) lo cual hago con fundamento en la facultad que me confiere el Art. 165 ultimo párrafo del C.P.C.C., las máximas de la experiencia y lo resuelto por la Sala en casos análogos (esta Sala en causa nro.66999 R.S. 7/16).- Así, la suma que correspondería por gastos de tratamiento sería de \$15.600 (quince mil seiscientos pesos).- Consecuentemente, no procediendo el resarcimiento de la incapacidad permanente, y sí procediendo el resarcimiento de los gastos de tratamiento, por la suma antes fijada, es a dicha suma a la que deberá reducirse la globalmente fijada por el a quo, acogiendo así parcialmente los recursos de ambas partes.- 5) Es también agravio común (de actor y co demandada) la suma fijada por daño moral.- Cabe entonces recordar que el daño moral extracontractual lo es "in re ipsa" y tiene carácter resarcitorio (Art.1078 del C.C.A.).- Resarce los padecimientos intangibles y espirituales de la víctima en tanto el bienestar económico puede proporcionar parcelas de

bienestar que morigeren aquellos padecimientos; para su dimensionamiento se deben tener en cuenta todas las circunstancias que hacen a la personalidad y actividades de la víctima.- La sentencia, teniendo en cuenta lo expuesto en a.- lo dimensionó en la suma de \$ 10.000(Pesos diez mil); ello con fundamento en lo dispuesto en los Arts. 1078 del C.C.A.; 165, 375, 384 y 474 del C.P.C.C.- c.- Teniendo en cuenta las circunstancias relacionadas precedentemente, la índole del menoscabo psicofísico sufrido, las secuelas permanentes que le han quedado al actor, tratamientos a los que debió someterse, como así también las circunstancias del hecho en sí mismo, propongo que el monto se eleve a la suma de \$15.000 (Pesos quince mil) haciendo así lugar al recurso del actor Ayala.- 6) A fs.465 y vta. la accionante Maria Josefa Romero se agravia por el monto fijado para resarcir el daño material consistente en los gastos de reparación de su móvil.- El a quo los fijó en la suma de \$1.300 (Pesos mil trescientos) que la apelante considera reducidos.- Para dirimir la queja es de remitirse a la pericial mecánica obrante a fs. 487/492; considero que dicha experticia está debidamente fundada respondiendo concretamente a los puntos propuestos por lo cual le acuerdo pleno valor probatorio (Art. 474 del C.P.C.C.).- A fs.490 in fine/491 se informa un valor historico de \$1302 (Pesos mil trescientos dos); pero a fs.492, punto 6.2 el perito dictamina que el costo, a la época de presentación de su dictamen, asciende a la suma de \$ 4.785 (Pesos cuatro mil setecientos ochenta y cinco) suma a la cual postulo se eleve el monto condenado, haciendo así lugar al recurso de la apelante.- 7) Es agravio de la co demandada la suma reconocida en concepto de gastos (\$1.000).- Esta Sala tiene dicho que los gastos menores (farmacia, traslados, medicamentos) son resarcibles sin la exigencia de exhibición de comprobantes formales lo cual responde a una realidad diaria, basada en el común acontecer en el cual se asienta la "sana crítica"; por lo general tales comprobantes o no se entregan o no se conservan; el único recaudo para receptorlos es su "razonabilidad" en orden a las circunstancias del caso (Causa 56023 R.S. 275/09 entre otras).- En función de tales parámetros, tenemos probado que el co actor sufrió efectivamente (como consecuencia del hecho) un menoscabo físico; las constancias de fs. 234/43 del presente y 2vta. de la causa penal, acreditan su atención médica concomitante al hecho; el testigo Cornejo (fs. 275) nos habla de la utilización de un cuello ortopédico.- Sentado ello, teniendo en cuenta la efectiva existencia de un menoscabo físico y la índole de las lesiones, entiendo que la suma fijada no se perfila elevada, por lo que promoveré su confirmación.- 8) Postrer agravio a tratar es el relativo a los interés del capital de condena.- La sentencia condeno al pago de intereses sin especificar la tasa de los mismos (fs. 518 punto 1º), falencia que la parte actora objeta, solicitando se aplique la tasa BIP del Banco de la Provincia de Buenos Aires.- La asiste razón; así lo ha resuelto la Sala en diversos pronunciamientos (Causa, C2-51607, R.S.. 111/15 entre otras) considerado que dicha tasa es la que mejor contempla el principio de reparación integral del Art.1083 del Código de Velez.- En tal sentido se ha expedido la Sala votos del Dr. José Luis Gallo con adhesión del Infrascripto (causa 51.607 R.S.111/15 del 2 de Junio de 2015 entre otras).- Recalco que la aplicación de la tasa BIP no implica actualización alguna: se trata de una tasa pasiva, corresponde a una operación de depósitos a treinta días y se liquida sin incurrir en ninguna forma de capitalización.- La Sala se ha expedido sobre el particular; dijimos en la causa indicada precedentemente 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 otras), 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 Atlético 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 mas 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 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 (adviértase que no se están tomando tasas activas) que ha convalidado la aplicación de estas tasas.- Propondré, entonces y por tales fundamentos, 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, y para los períodos en que no exista dicha tasa, a la indicada en el fallo apelado".- 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.- A todo esto debo agregar que no estoy perdiendo de vista la solución adoptada por la SCBA en la causa C. 119.176 ("Cabrera") del 15 de junio de 2016, aunque aquí no cabe entrar a ponderar ninguna otra variante de la tasa pasiva, desde que lo que se pide (concretamente) en los agravios es la aplicación de la tasa pasiva digital.- En suma, promoveré el acogimiento del recurso actoril en este aspecto, con la condigna modificación de la sentencia, en cuanto a la tasa de interés que corresponderá aplicar, mandando a aplicar al capital de condena intereses a la tasa pasiva digital del Banco de la Provincia de Buenos Aires.-

VI.- COSTAS DE LA INSTANCIA El Abate Giuseppe Chioventa, preconizó en materia de costas el principio objetivo-resarcitorio: objetivo por cuanto la condena implica su imposición; resarcitorio pues provoca el reintegro al ganancioso de los gastos efectuados en su defensa.- Ello así, propongo que las costas de la instancia se distribuyan en un 10% a la actora y en un 90% a la demandada y citada en garantía, atento el resultado propuesto para los recursos (arts. 68 y 71 del CPCC).- Por los fundamentos expuestos votando la cuestión propuesta lo hago, **PARCIALMENTE POR LA NEGATIVA 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 tarificación del monto resarcitorio en concepto de incapacidad 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 tarificar 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 aludido montos resarcitorio por incapacidad sobreviniente. Ello así en tanto y en cuanto el 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 aun 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. Asimismo la variación del valor referencial por punto de incapacidad a la que alude el distinguido Colega-el que la Sala II en su actual composición ha adoptado-no resulta determinante en el caso específico de autos en tanto y en cuanto, como se enfatizara, el monto fijado lejos se encuentra de configurar un mero cálculo matemático. Luego y en tanto -a mi modo de ver- el importe fijado en concepto de incapacidad sobreviniente 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 de los montos 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 NEGATIVA.** 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 apelada en cuanto admite la defensa de no seguro, la que habrá de repelerse, haciéndose extensiva entonces la condena a la citada en garantía Zurich Argentina Compañía de Seguros S.A. en los términos de la póliza vinculante (art. 118 ley 17.418).- 2) Modificar la sentencia, elevando las sumas fijadas para el co actor Ayala en concepto de incapacidad física y daño moral, a las sumas de \$25.000 (veinticinco mil pesos) y \$15.000 (quince mil pesos); y la fijada para la co actora Romero a la de \$4.785 (Pesos cuatro mil setecientos ochenta y cinco).- 3) Asimismo, reducir la suma fijada para el co actor Ayala en lo relativo al menoscabo psíquico (daño psíquico y tratamiento) a la de \$15.600 (quince mil seiscientos pesos).- 4) Modificar la sentencia, en cuanto a la tasa de interés que corresponderá aplicar, mandando a aplicar al capital de condena intereses a la tasa pasiva digital del Banco de la Provincia de Buenos Aires.- 5) Confirmar el fallo apelado en lo relativo al rubro gastos.- 6) Imponer las costas de la instancia en un 10% a la actora y en un 90% a la demandada y citada en garantía, atento el resultado propuesto para los recursos (arts. 68 y 71 del CPCC).- 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 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 REVOCA** la sentencia apelada en cuanto admite la defensa de no seguro, la que **SE RECHAZA**, haciéndose extensiva entonces la condena a la citada en garantía Zurich Argentina Compañía de Seguros S.A. en los términos de la póliza vinculante (art. 118 ley 17.418); **SE MODIFICA** la sentencia apelada, **ELEVANDO** las sumas fijadas para el co actor Ayala en concepto de incapacidad física y daño moral, a las sumas de \$25.000 (veinticinco mil pesos) y \$15.000 (quince mil pesos); y la fijada para la co actora Romero a la de \$4.785 (Pesos cuatro mil setecientos ochenta y cinco) y **REDUCIENDO** la suma fijada para el co actor Ayala en lo relativo al menoscabo psíquico (daño psíquico y tratamiento) a la de \$15.600 (quince mil seiscientos pesos). Asimismo, **SE MODIFICA** la sentencia, en cuanto a la tasa de interés que corresponderá aplicar, mandando a aplicar al capital de condena intereses a la tasa pasiva digital del Banco de la Provincia de Buenos Aires, **CONFIRMANDO** el fallo apelado en lo relativo al rubro gastos.- Costas de Alzada, en un 10% a la actora y en un 90% a la demandada y citada en garantía, atento el resultado propuesto para los recursos (arts. 68 y 71 del CPCC).- **SE DIFIERE** la regulación de honorarios para su oportunidad (arts. 31 y 51 del Dec. Ley 8.904/77).- **REGISTRESE. NOTIFIQUESE. DEVUELVA.**-

015911E