

## Accidente De Transito Rubros Indemnizatorios

### JURISPRUDENCIA

### Accidente de tránsito. Rubros indemnizatorios

Se modifica el

monto indemnizatorio establecido en la sentencia que hizo lugar parcialmente a la demanda de daños y perjuicios derivados de un accidente de tránsito.

En la ciudad de La Plata, a los 29 días del mes de Junio de 2017, reunidos en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Sala Primera de la Cámara Segunda de Apelación, Doctores Jaime Oscar López Muro y Ricardo Daniel Sosa Aubone, para dictar sentencia en los autos caratulados: "SEQUEIRA RODRIGO SEBASTIAN C/ GODOY CESAR MAXIMILIANO S/DAÑOS Y PERJ.AUTOM. C/LES. O MUERTE (EXC.ESTADO) " (causa: 121165 ), se procedió a practicar el sorteo que prescriben los artículos 168 de la Constitución de la Provincia, 263 y 266 del Código Procesal, resultando del mismo que debía votar en primer término el doctor Sosa Aubone. LA SALA RESOLVIO PLANTEAR LAS SIGUIENTES CUESTIONES:

Ira. ¿Es justa la apelada sentencia de fs. 275/283? 2da. ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? VOTACION A la primera cuestión planteada el doctor Sosa Aubone dijo: I. Antecedentes. 1.1. En las presentes actuaciones se dictó sentencia de primera instancia: Haciendo lugar parcialmente la demanda por indemnización de daños y perjuicios promovida por Rodrigo Sebastián SEQUEIRA contra César Maximiliano GODOY, condenando al demandado y a la aseguradora citada en garantía ORBIS COMPAÑÍA ARGENTINA DE SEGUROS S.A., a pagarle al actor dentro del plazo de diez días la suma de \$ 143.000, más intereses a la tasa pasiva más alta fijada por el Banco Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a 30 días, desde el 16/12/2009, con costas. 1.2. Apelaron el actor (fs. 284), quien expresó agravios a fs. 298/305 y la demandada y citada (fs. 287), quien expresó agravios a fs. 308/314, los cuales fueron contestados a fs. 316/319 vta. y 320/321. 1.3. A fs. 322 se llaman autos para sentencia, providencia que está firme y consentida. II. Los agravios. 2.1. La actora se queja del rechazo de la reparación de los daños físicos sufridos y la pérdida de chance. Asimismo considera insuficiente el monto otorgado en concepto de daño moral. Postula la revocación del decisorio y una reparación integral. 2.2. Por su parte, la demandada y citada cuestionan la admisión de la incapacidad psíquica y solicitan su rechazo. A todo evento pide la reducción del monto otorgado. También se agravia del monto otorgado por daño moral, al que considera excesivo. Por último, critica la tasa de interés fijada. III. Análisis de los agravios. 3.1. Normativa aplicable. Siendo que el accidente ocurrió el 16/12/2009, esto es antes de la vigencia del Código Civil y Comercial, la responsabilidad y obligación de resarcir el daño se rigen por la normativa vigente al momento del hecho, esto es el Código Civil (arts. 3, 505, 514, 901, 902, 903, 904, 905, 1067, 1068, 1069, 1083, 1094, 1095, 1113 y cctes., Código Civil; 7, C.C.C.N.), tal como lo ha decidido correctamente el juez de primer grado (fs. 277, ¿considerando? II), sin perjuicio de que en la cuantificación del daño deba efectuarse conforme la ley vigente al momento de la sentencia, lo que supone acudir a las nuevas disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación, entre las cuales se destaca el art. 1746 que establece que "En caso de lesiones o incapacidad permanente, física o psíquica, total o parcial, la indemnización debe ser evaluada mediante la determinación de un capital, de tal modo que sus rentas cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables, y que se agote al término del plazo en que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades. ...?", lo cual lleva a aplicar fórmulas matemáticas a fin de determinar el valor presente de una renta futura no perpetua, constituyendo un parámetro orientativo (de lo contrario no habría "evaluación") que no puede ser omitido por la judicatura a la hora de cuantificar los daños personales por lesiones o incapacidad física o psíquica (ver en este sentido Cám. Civ. y Com., Sala 2da., Azul, causa 61.029, 21/2/2017, RSD. 8/2017, ?O., F.R. por sí y en rep. de sus hijos menores de edad y otros c/Aseguradora Federal Argentina S.A. y otros s/Daños y perjuicios?). Por más que no se comparta la postura de aplicar en nuevo código a la extensión del resarcimiento, al mismo camino se podría arribar bajo el régimen del Código Civil, puesto que la Suprema Corte local, conforme el voto del Dr. de Lázari, había expresado que en la determinación del quantum indemnizatorio, los jueces deben individualizar y ponderar los elementos de juicio que sirven de base a su decisión, a fin de garantizar un eventual control de legalidad, certeza y razonabilidad de lo resuelto (SCBA, Ac. 94.556, 7/4/2010, ?Schidt?; C. 106.323, 19/9/2012, ?V., N.B.?), lo cual se obtiene con la utilización de fórmulas matemáticas en la reparación del daño material físico. Sentado ello, siendo que la responsabilidad establecida en la sentencia arriba firme a esta instancia, debo limitar mi análisis al importe del resarcimiento, a fin de determinar si la indemnización otorgada se ajusta a derecho (arts. 3, 505, 508, 520, 901, 902, 903, 904, 1068, 1069, 1078, 1086, 1109, 1113 y cctes. del Cód. Civil; 7 y 1746, C.C.C.N.), recordando sobre el particular, que la prueba del daño constituye presupuesto indispensable para la condena indemnizatoria, y cuya demostración incumbe a quien reclama, de conformidad a los principios que gobiernan la carga probatoria (art. 375, C.P.C.C.). Ha de tenerse presente, que en la tarea de fijar el alcance y cuantía de la indemnización, no se debe trasponer el área de la equidad y justicia, acotada, por un lado, por el principio de reparación integral y plena, y por otro, con el que impide

lucrar con el daño sufrido, de manera tal que el perjudicado no quede ni más pobre ni más rico de lo que hubiera sido de no acaecer el evento dañoso (conf. CAZEAUX-TRIGO REPRESAS, "Derecho de las Obligaciones". Editora Platense, 1969, 1ª edición T. I, pág. 247).

3.2. Indemnización por incapacidad física. Con relación a los daños físicos, si bien no es correcta la distinción efectuada por el sentenciante de origen, en orden a que si la lesión incapacita y deja secuelas debe ser indemnizada como incapacidad permanente y si incapacita en forma temporaria han de ser indemnizadas como daño moral, ya que deja afuera la reparación del lucro cesante, lo relevante del caso es que el perito médico neurólogo dictaminó que el cuadro que presenta el actor (contractura cervical palpable y rectificación fisiológica en columna cervical) no se puede vincular con estricto rigor científico al evento traumático padecido (ver respuesta al 5to. punto de pericia propuesto por el actor). Además el perito indicó que no surgen signos neurológicos específicos actuales en relación a la especialidad de neurología que puedan vincularse con el hecho traumático (ver respuesta al 8vo. punto de pericia propuesto por la accionante); y que no surge signosintomatología correlacionable con la afección del sistema nervioso en relación a la especialidad de neurología al momento del examen (10/11/2014) que pueda vincularse estrictamente con el hecho traumático (ver respuesta al punto de pericia propuesto por la aseguradora). Con motivo de las observaciones realizadas, el perito indicó que los dolores de cabeza y cervicales que el actor manifestó al momento de efectuársele el examen médico no pueden vincularse con el accidente de tránsito de autos, no surgiendo signos neurológicos específicos, ni electroencefalográficos, ni radiológicos que pudieran vincularse con el accidente ocurrido; y que no se hallaron lesiones óseas en la columna cervical. La crítica que realiza el recurrente, que reitera las graves lesiones sufridas por el actor en el momento del accidente, pierde de vista que las mismas no dejaron signos ni síntomas neurológicos, electroencefalográficos ni radiológicos. Además, remite a las impugnaciones realizadas al peritaje lo cual es improcedente (art. 260, C.P.C.C.). Ello sin perjuicio de que la incapacidad parcial y transitoria que sufrió el actor pueda ser objeto de valoración, para lo cual se requiere una petición expresa, lo cual no ha sucedido en autos, donde el actor, pese a expresar que tuvo una incapacidad del 100% durante los primeros 180 días posteriores al evento dañoso (fs. 26 vta./27) y citar jurisprudencia en orden al daño resarcible (fs. 30/31), cuando concretó el reclamo (art. 330, inc. 3, C.P.C.C.), se limitó a pedir la reparación de los daños físicos de carácter permanente y pérdida de chance (fs. 34, punto "A" y punto "D.1" a fs. 37), por lo que la petición de que se considere la incapacidad generada durante los 120 días posteriores al accidente es improcedente, ya que no sólo sería ingresar a un capítulo no propuesto al sentenciante de origen, lo cual está vedado por el art. 272, del ordenamiento ritual, sino que violaría el principio de congruencia (art. 163, inc. 6, C.P.C.C.) y, por ende, el derecho de defensa en juicio (art. 18, C.N.).

Bajo el vocablo incapacidad he de computar a los efectos de una reparación plena o integral -que ha sido receptada expresamente por el art. 1740, C.C.C.N. y encuentra base en los arts. 17 y 19, C.N.- a) la lesión en sí misma como ofensa a la integridad corporal del individuo (incapacidad estrictamente física); b) el detrimento que ello produce en su aptitud de trabajo (incapacidad laboral); c) el menoscabo que además, apareja en su vida de relación toda, al amenguar y dificultar sus interrelaciones con los otros en el plano social, cultural, hogareño, lúdico, sexual, etc., al lado de similares inconvenientes e impedimentos en sus relaciones con las cosas (para lo que puede utilizarse la denominación de incapacidad o disminución de la capacidad integral del sujeto); y e) el daño o incapacidad psíquica o psicológica (ver en este sentido voto del Dr. Roncoroni en las causas L. 70.185, del 23/10/2002 y Ac. 90.471, del 24/5/2006). Dicho criterio amplio ha sido receptado por el art. 1738, del C.C.C.N. Ello, sin perjuicio de que el daño a la persona ("daño a la persona misma") puede obrar sus consecuencias en dos planos de interés jurídico, igualmente tutelables (indemnizables): el material y el moral. En tal sentido, la afectación estética, al igual que la incapacidad física y la psíquica, pueden influir en uno y en otro aspecto, o no. Esta repercusión es una cuestión concreta propia de cada caso. De ahí que, distinguir el daño estético, físico y psíquico a los fines de resarcir la incapacidad resultante, obra solamente como una cuestión de buen orden y claridad en la pretensión contenida en la demanda (o en la reconvencción), pero no se trata estrictamente de daños autónomos: uno y otro convergen (o pueden convergir) para determinar la secuela de incapacidad, que es lo indemnizable (daño causado). Sin perjuicio de ello, todos los sufrimientos o privaciones que el damnificado haya padecido en sus más "altos afectos" (plano extrapatrimonial), pueden ser también valorados para la reparación del daño moral (es útil en este rumbo, acudir a la segunda parte del art. 1738 del C.C.C.N., que le asigna la calidad de bienes jurídicos tutelables a los derechos personalísimos de la víctima, integridad personal, salud psicofísica, afecciones espirituales legítimas y al proyecto de vida de la persona, que viene a reafirmar lo que sostenía la jurisprudencia). Y no hay en esto doble indemnización por la misma causa, sino que se trata de resarcir a la persona por la totalidad de menoscabos que la hayan afectado en la integridad material y espiritual que constituye (art. 5-1, convención Americana sobre Derechos Humanos) (conf. esta Cámara, Sala I, causas B-87.389, del 31/10/98, RSD. 64/98, según voto del Dr. Sosa; 95.640, del 13/9/2001, según voto del Dr. Marroco). Ahora bien, la incapacidad sobreviniente comprende las secuelas o disminuciones físicas o psíquicas que pudieren quedar luego de completado el período de recuperación o restablecimiento -lo cual ha sido designado en el nuevo código como la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima- (conf. SCBA, Ac. 42.528, 19/6/90, "Ac. y Sent." 1990-II, 539; Ac. 54.767, 11/7/95; Ac. 79.922, 29/10/2003), lo que no

puede confundirse con lucro cesante, que consiste en el resarcimiento de las ganancias dejadas de percibir durante el tiempo que haya demandado la curación de la víctima -contemplado en el nuevo código en el art. 1738- (SCBA, Ac. 52.258, 2/8/94; Ac. 75.918, 21/11/2001; C. 96.838, 24/8/2011, por mayoría -el voto de la minoría no propicia el cambio de doctrina-; C. 95.167, 5/12/2012), siendo reparaciones que no resultan excluyentes entre sí (SCBA, Ac. 52.258, 2/8/94). En consecuencia, siendo que no hubo incapacidad permanente alguna, el rechazo efectuado por el sentenciante de origen, con sustento en el dictamen pericial médico, se ajusta a derecho, debiendo confirmarse lo decidido al respecto (arts. 163, 164, 260, 261, 266, 272, 330, 354 inc. 1, 375, 384 y 474, C.P.C.C.). Por último, con relación al rubro "pérdida de chance", el que fue rechazado en la instancia de origen por considerar que está absorbido por la incapacidad sobreviniente, y que es eventual e hipotético y que por lo tanto no es reparable (fs. 281 vta.). La pérdida de chance, que era admitida en la jurisprudencia con anterioridad a su consagración en el art. 1738 del C.C.C.N., requiere para su otorgamiento que su contingencia sea razonable y guarde adecuada relación de causalidad con el hecho generador, situación que se diluye frente a la inexistencia de incapacidad física de carácter permanente. Si bien es cierto que la pérdida de chance requiere para su admisibilidad la concurrencia de una probabilidad de generar una ventaja económica y el actuar antijurídico de un tercero que priva de la oportunidad de participar de un evento o disputa de resultado incierto, en el que se habría definido (ver jurisprudencia citada por el recurrente a fs. 302), siendo que el mismo se requirió dentro del daño físico y se sustenta en la imposibilidad de desarrollar actividades laborales que requieran esfuerzo físico, pérdida de oportunidades para conseguir trabajos adecuados a su capacidad laboral y pérdida de posibilidad de continuar con su carrera futbolística, que considera limitada por las lesiones físicas producidas, corresponde confirmar lo resuelto en la instancia de origen (arts. 163, 164, 260, 261, 266, 272, 330, 354 inc. 1, 375, 384 y 474, C.P.C.C.).

3.3. Incapacidad psíquica. Con relación a la incapacidad psíquica, el juez de primer grado consideró, con sustento en la pericia de fs. 231/234 vta., que el material de la litis produjo en el actor una discontinuidad de su vida de relación social, laboral, vivencia personal de su cuerpo, que modificaron su equilibrio emocional, generándole un trastorno en su adaptación al medio leve a moderado, no pudiendo elaborarse al momento del examen; que presenta un 15% de incapacidad (ver respuesta al punto 4to. de pericia del actor). En función de ello, circunstancias personales de la víctima (20 años a la fecha del evento dañoso, soltero, estudios secundarios incompletos, realización de fútbol como práctica deportiva en la liga amateur platense, vive con sus padres, que no trabaja, desocupado, de escasos recursos económicos), otorgó la suma de \$ 100.000. Asimismo rechazó el rubro "tratamiento psicológico" por no haber sido peticionado en la demanda. La crítica de la citada y demandada no pasa de ser una mera discrepancia subjetiva con el juzgador, ya que prescinde de los fundamentos del sentenciante, que ha seguido al experto y se limita a discutir la aptitud profesional del experto y forma en que se debe realizar una pericia, prescindiendo del contenido de la experticia (arts. 260 y 261, C.P.C.C.). A mayor abundamiento destaco que si bien el dictamen pericial no es vinculante para el órgano judicial, el apartamiento de las conclusiones establecidas por el experto debe encontrar apoyo en razones serias, fundamentos razonables que demuestren que la opinión del experto se encuentra reñida con las leyes de la lógica o máximas de la experiencia, o que existen elementos probatorios de mayor eficacia, situación que no se da en autos (arts. 384 y 474, C.P.C.C.). Luego el recurrente cuestiona la suma otorgada, con sustento en que la misma es elevada con relación al daño sufrido y condiciones personales de la víctima, e importa la cantidad de \$ 6.666.66 por punto de incapacidad (fs. 311 y vta.). Con estos elementos debo ponderar si la suma otorgada de \$ 100.000 es alta, para lo cual las fórmulas matemáticas constituyen un parámetro sumamente útil, lo que en modo alguno excluye la valoración conforme las reglas de la sana crítica aplicada a las circunstancias del caso (art. 384, C.P.C.C.). En función de lo expuesto, debo emplear un criterio objetivo y subjetivo (arts. 1086, Código Civil; 1738, 1740 y 1746, C.C.C.N.; 384, C.P.C.C.), ayudado por dos importantes principios, como son la prudencia y la razonabilidad, sin dejar de lado la equidad, que han sido receptados por el derecho positivo en los arts. 907, segunda parte, y 1069, segunda parte, ambos del Código Civil y 1738, 1739, 1742 y 1750, C.C.C.N. Como primer parámetro para medir la razonabilidad de la reparación se puede acudir a las fórmulas matemáticas que se utilizan en el ámbito laboral (conf. art. 14, ley 24.557), donde la reparación con un salario base de \$ 8060 (salario mínimo vital y móvil conforme Resol. 2/2016 del CNEPSMVM), ya que la indemnización debe ser fijada a valores actuales (en el caso "Arostegui, Pablo Martín c/Omega ART S.A. y Pamental Peluso y Cía. S.R.L." causa A.436.XL, del 8/4/2008, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, descalificó la utilización de una renta mensual a valores históricos, postulando la consideración del valor actual de la renta, y destacó que la propia L.R.T. sigue el concepto de "valor actual" del dinero en su art. 49, disposición final segunda, punto 3 y el art. 14.2.b, a los efectos de la aplicación de los topes), multiplicado por 53 por porcentaje de incapacidad por coeficiente de edad [edad/65=3,25], hubiera determinado la suma de \$ 208.250,25. Ello sin perjuicio de la calidad de desocupado del actor, pero es un parámetro útil a los efectos de ponderar que la reparación otorgada no es excesiva, aunque debe ponderarse que conforme la ley de riesgos del trabajo hay un tope mínimo de \$ 713.476 por el porcentaje de incapacidad, lo que arroja un total de \$ 107.021,40, lo cual me permite inferir que la reparación otorgada no debe ser disminuida. Es que la reparación tarifada otorgada por la ley especial de riesgos del trabajo no debería ser superior a la que se otorga en función del

derecho civil, donde el ámbito de valoración es mayor. En virtud de lo expresado, estimo que corresponde confirmar la reparación establecida en la instancia de origen en concepto de "daño psíquico" (arts. 19, C.N.; 12, Constitución de la Provincia de Buenos Aires; 163, 164, 165, 260, 261, 266, 330, 354 inc. 1, 375, 384, 401, 456 y 474, C.P.C.C.; 505, 901, 903, 1067, 1068, 1069, 1083 y cctes. Código Civil; 7 y 1738, 1740 y 1746, C.C.C.N.).

3.4. Daño moral. 3.4.1. El juez fijó la suma de \$ 40.000 en concepto de daño moral, lo cual ha sido considerado bajo por el actor y alto por el demandado. 3.4.2. Llegan sin crítica los argumentos del sentenciante en orden a que las lesiones sufridas por el actor en base al peritaje médico de fs. 215/217 (traumatismo de cráneo con pérdida de conocimiento, excoriaciones múltiples, mínima pérdida de líquido cefalorraquídeo por oído derecho, con una puntuación del 15/15 por escala de Glasgow, hipoacusia derecha con acúfenos y trastornos de equilibrio) y constancias incorporadas a fs. 186/194 (historia clínica) (arts. 260 y 261, C.P.C.C.). A ello se agregan las repercusiones psíquicas que da cuenta el peritaje psicológico de fs. 231/234 vta. (el accidente modificó el equilibrio emocional del actor generándole un trastorno en su adaptación al medio leve a moderado que no se ha podido reelaborar). 3.4.3. Tal como reiteradamente se ha sostenido, las indemnizaciones en esta parcela no deben guardar necesariamente proporcionalidad con el daño material, pues su fijación como monto depende del hecho generador y se halla sujeta al prudente arbitrio judicial merituando las circunstancias que rodearon el hecho, edad, y sexo de la víctima (arts. 1078, Código Civil, 165 y 384 del C.P.C.C.; SCBA, Ac. 21.311, Ac. 21.512, Ac. 31.583, Ac. 41.539). A su vez, debe ponderarse el dolor humano como agravio concreto a la persona, y más allá de que se entienda que lo padecido no es susceptible de ser enmendado, es lo cierto que la tarea del juez es realizar "la justicia humana" y con ello no hay enriquecimiento sin causa ni se pone en juego algún tipo de comercialización de los sentimientos. No hay "lucro", porque este concepto viene de sacar ganancia o provechos, y en estos supuestos de lo que se trata es de obtener compensaciones ante un daño consumado; y un beneficio contrapuesto al daño, el único posible para que se procure la igualación de los efectos, dejando con ello en claro el carácter resarcitorio que se asigna al daño moral (conf. Belluscio, Código Civil Anotado, t. 5, pág. 110 citando a pie de página a CNCiv., Sala C, L.L. 1978-D, 645, y a Mosset Iturraspe; esta Cámara, Sala III, causas B-83.346, RSD. 164/96; y B-79.317 RSD. 49/95; 89.362, RSD. 71/99). Asimismo valoro, que han de primar normas de prudencia y razonabilidad sin incurrir en demasías decisorias para evitar que el reclamo se transforme en fuente de enriquecimiento indebido, o en un ejercicio abusivo del derecho (nota art. 784, 1077, 1078 del C. Civil, esta Cámara, Sala III, causas B-84.430, RSD. 37/97 y B-83.966, RSD. 77/97). Conforme a ello, a las apreciaciones teóricas que han sustentado mi análisis, considerando las lesiones padecidas (que han sido descriptas), sus consecuencias a nivel de los sentimientos: angustia, dolor que le provocó el traumatismo y lesiones padecidas, y haciendo uso del arbitrio judicial, estimo que la suma peticionada debe ser fijada en la de PESOS OCHENTA MIL (\$ 80.000), modificando en este aspecto la sentencia apelada (arts. 163, 164, 165, 330, 354 inc. 1, 375, 384 y 474 del Cód. Procesal; arts. 1078 y 1083 del Cód. Civil).

3.5. Tasa de interés. 3.5.1. En cuanto a la tasa de interés fijada en la sentencia, considero que debe admitirse la queja de la demandada. 3.5.2. Tal como lo ha venido argumentando mi colega, el Dr. López Muro (causa 118.439, 8/9/2015, RSD. 148/2015), con cita del gran maestro Alberto Molinario ("Del interés lucrativo contractual y cuestiones conexas", Revista del Notariado, 725, pág. 1573), con cuya opinión concuerdan los clásicos del derecho y la economía, el interés no es sino una de las "especies" que tiene el género "renta". La renta es la diferencia que para su titular produce un capital: si el "capital" es trabajo, su renta se llama "salario u honorarios", si el capital es un inmueble, la renta serán los cánones locativos, si el capital es una máquina, la renta será el resultado de vender los productos maquinados o manufacturados descontándole el costo, si el capital tiene forma de derechos (por ejemplo una patente de invención) su renta serán los "royalties" o regalías que se pagarán por su uso, si el capital tiene forma monetaria, su renta se llama interés. Destaco esto porque, como puede advertirse, la renta, por ser un accesorio, una consecuencia del uso de los distintos capitales, no puede evaluarse sin tomar en cuenta el tipo de capital que la origina. De allí la inconveniencia de predicar la aplicación de una determinada tasa de interés para todos los supuestos. 3.5.3. En principio y en teoría, en un sistema económico racional, la renta "bruta" de cada tipo de capital tiene dos componentes: el que permite recomponer el capital, subvenir a su mantenimiento y desgaste y el que permite al titular del capital retirar un excedente llamado comúnmente ganancia o retribución neta. Cuando se trata del "interés" del dinero, la existencia de "unidades productivas" de servicios financieros o entidades bancarias, hace que sea menos transparente el cálculo de la efectiva "renta" del dinero o interés, pues el interés que se paga a los bancos no es el interés del dinero, sino que además del costo de reposición del dinero, entran los gastos de la empresa financiera, más la ganancia de ésta (esta Sala, causa 118.439, 8/9/2015, RSD. 148/15, según voto del Dr. López Muro). En este sentido, la Suprema Corte ha dicho que la tasa activa tiene incorporado, además de lo que corresponde por el "precio del dinero", un plus constituido por el costo financiero propio de las entidades que se dedican a la intermediación de capitales (SCBA, por mayoría, A. 71.170, 10/6/2015, RSD. 188/2015), aunque para justificar la no aplicación de dicha tasa a otros sujetos. 3.5.4. No es ocioso destacar que en el caso de autos se está frente a un interés resarcitorio, que es una subespecie del interés moratorio que se aplica a la reparación de las consecuencias de un hecho ilícito, y tiende -al igual que el moratorio- a resarcir

la privación de un capital (en tanto los compensatorios, también llamados retributivos o lucrativos, se adeudan como contraprestación o precio por el uso del dinero, sin necesidad de mora del deudor; y los punitivos son los que emergen como una sanción a raíz del incumplimiento). En el Código Civil los intereses moratorios están regulados en el art. 622, que establece que en caso de mora de una obligación dineraria, el deudor siempre debe pagar intereses (presunción de daño) a la tasa que hubiesen fijado las partes; en su defecto, en los que la ley determinara; o, en su ausencia, los que el juez fije. Tratándose de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual, la determinación judicial de la tasa de interés generó diversas interpretaciones. La vigencia de la ley de convertibilidad 23.928 puso fin a los procedimientos de actualización por desvalorización monetaria de créditos de cualquier orden a partir del 1° de abril de 1991, siendo susceptibles de repotenciación los créditos de origen anterior a esa fecha y sólo hasta el 31 de marzo de 1991. Al derogarse los sistemas indexatorios se volvió al sistema tradicional de tasas de interés que habían regido las relaciones contractuales en períodos de normalidad. Y esto surge del Dec. 941/91 que estableció entre las facultades concedidas a los jueces la de indicar la tasa de interés aplicable (conf. Gerardo García Petit y Susana Gómez Machado, "Obligaciones emergentes del derecho del trabajo. Procedimiento para pactar las tasas de interés aplicables?", Doctrina Laboral, tomo 7, Diciembre 1991/Diciembre 1993, Errepar). En cierta manera ello importó un retorno al nominalismo monetario. Aunque no debe perderse de vista que lo prohibido, a estar a lo dispuesto en el art. 7° de la ley 23.928, es la actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquier fuere su causa, haya o no mora del deudor, con posterioridad al 1° del mes de abril de 1991. En realidad ¿el legislador no ha vedado un resultado sino un mecanismo. Ha prohibido la indexación por precios, no que las tasas de interés sean o puedan ser superiores. De lo contrario sería incongruente la absoluta libertad de contratación al respecto, que en otra parte de la misma Ley se establece (art. 623 C.C. reformado)? (Rougés, "Ley de convertibilidad e intereses", L.L. 1995-C, 1321) (del voto del Dr. de Lázari, en causa Ac. 60.168, del 28/10/97, DJBA 154-115). A raíz de la ley de 23.928, la Corte Suprema, en los autos "Y.P.F. c/Corrientes, Provincia de y Banco de Corrientes s/Cobro de australes", del 3/3/92, dispuso que a partir del 1° de abril de 1991 regirá la tasa de interés pasiva promedio que publica el Banco Central de la República Argentina, ya que de lo contrario, la "desindexación" perseguida por la ley de convertibilidad mediante la supresión de los procedimientos de actualización sustentados en la utilización de indicadores, "quedaría desvirtuada por la aplicación de la tasa de interés activa, ya que ésta, especialmente a partir de la vigencia de la nueva ley, ha superado sustancialmente a los índices de precios que venía aplicando este Tribunal, por lo que no mantiene "incólume el contenido económico" sino que genera en el patrimonio del acreedor un enriquecimiento incausado". La postulación de la tasa pasiva fue reforzada con el fallo de la CSN, del 10/6/92, "López, Antonio Manuel c/Explotación Pesquera de la Patagonia S.A. s/accidente-acción civil" (L.L. 1992-E, 48), donde por mayoría se casó el fallo que en materia laboral había determinado la aplicación de la tasa activa, sobre la base de lo expresado en el caso "YPF c/Corrientes" citado, por considerar a la tasa activa un instrumento en reemplazo de la 'indexación' cuya supresión marca la ley 23.928. Además se consideró que con su aplicación se desvirtuaría dicha ley y se afectaría el 'proceso de estabilización' de la economía iniciado con las leyes 23.696 y 23.697, y que con ello se alimentaría la inflación y afectaría el mantenimiento de los valores. Similar camino fue seguido por la Suprema Corte de Provincia de Buenos Aires, quien ha dicho la Suprema Corte provincial que a partir del 1° de abril de 1991, corresponde aplicar a los créditos pendientes de pago reconocidos judicialmente la tasa de interés que abone el Banco de la Provincia de Buenos Aires en los depósitos a treinta días, vigente durante los distintos períodos de aplicación y por aquellos días que no alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo será diario (art. 622, Código Civil y 8° ley 23.928) (ver causas Ac. 43.448, 21/5/91, DJBA T. 142, pág. 191, Ac. y Sent. 1991-I, 773; Ac. 43.858, 21/5/91, J.A. 1991-IV, 3, Ac. y Sent. 1991-I, 788; Ac. 48.827, 23/12/91; Ac. 49.987, 16/6/92; L. 49.809, 7/7/92, L.L. 1994-B, 258; Ac. 38.680, 28/9/93; L. 50.107, 21/12/93; L. 57.567, 14/11/95, DJBA T 150, pág. 604; L. 57.681, 14/11/95; L. 58.171, 20/2/96; L. 60.380, 20/8/96, DJBA 151-236; L. 60.225, 25/11/97, DJBA 154-147; Ac. 57.803, 17/2/98; Ac. 72.204, 15/3/2000; L. 87.190, 27/10/2004). También se dijo que cuando no exista determinación convencional o legal, a partir del 1/4/91, los intereses moratorios serán liquidados exclusivamente sobre capital reajustado (art. 623 C.C.) conforme la tasa de interés que pague el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a 30 días, vigente al inicio de cada uno de los períodos comprendidos y por aquellos días que no alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo será diario con igual tasa (arts. 8 ley 23.928; 622 y 1197, C.C.) (SCBA, 5/4/94, Ac. 49.923, "Junta Nac. de Granos c/Sbaizero, Juan A.?", J.A. 1994-IV, 731; L. 49.590, 1/6/93; L. 48.490, 29/9/92; L. 53.443, 6/9/94; L. 62.148, 1/7/97, "Morales, José G. c/Indeco S.A. s/Indemnización enfermedad accidente y art. 212 L.C.T., DJBA 153-177; L. 66.830, 18/11/97, DJBA 154-135; ídem, 26/10/99, "Wesner, Roberto c/Provincia de Buenos Aires?", D.T. 2000-B, 1999). Es así como en el ámbito bonaerense se extendió la aplicación de la tasa pasiva, salvo en aquellos supuestos en que la ley establecía la aplicación de la tasa activa (v.gr. arts. 52 y 53, dec. ley 5965/63; 41, ley 24.452). Cuando se postuló la aplicación de la tasa activa consideró que ello era un modo encubierto de actualización que estaba vedado por los arts. 7 y 10 de la ley 23.928 (Ac. 92.667, 14/9/2005, entre muchas otras). Ahora bien, la temática de la tasa de interés aplicable siguió haciendo camino en la órbita de la Corte nacional.

Es así que la Corte Suprema Nacional, variando el criterio sentado -por mayoría- en el caso "López, Antonio Manuel c/Explotación Pesquera de la Patagonia S.A. s/Accidente-acción civil", expresó que la determinación de la tasa de interés a aplicar en los términos del art. 622 del C.Civ. como consecuencia del régimen establecido por ley 23.928, queda ubicada en el espacio de la razonable discreción de los jueces de la causa que interpretan dichos ordenamientos sin lesionar garantías constitucionales, en tanto sus normas no imponen una versión reglamentaria única del ámbito en cuestión (CSN, 17/5/94, ?Banco Sudameris c/Belcam S.A. y otra?, J.A. 1994-II, 690; D.T. 1994-B, 1975; L.L. 1994-C, 30). Es más, en cierto supuesto dicho tribunal ha expresado -por mayoría- que los intereses deberán liquidarse según la tasa que percibe el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones de descuento (CSN, 15/12/98, ?S., M. C. c/Provincia de Buenos Aires y otros?, E.D. 182-742). Ahora bien, a partir del caso ?Banco Sudameris? ciertos tribunales -fundamentalmente en el ámbito nacional- han comenzado a manejarse con mayor plasticidad en cuanto al otorgamiento de la tasa de interés al caso concreto, apartándose de concepciones rígidas y uniformes. Mientras la economía se mantuvo estable, la temática no generó mayores problemas. La problemática se agudizó con la crisis desatada hacia fines del 2001 y el retorno de la inflación, pese a lo cual la ley 25.561 de Emergencia Pública (B.O. 7/1/20029), mantuvo la prohibición de utilizar fórmulas o mecanismos de actualización -tal vez porque entiende que ello empeoraría aún más el proceso inflacionario-, lo cual hizo que la aplicación de la tasa de interés que el Banco de la Provincia de Buenos Aires paga en sus operaciones de depósitos a treinta días (tasa pasiva que se venía aplicando como ?doctrina legal? desde la ley de convertibilidad en la provincia de Buenos Aires), genere que ciertos deudores vean licuado su crédito. Pese a ello, la Suprema Corte provincial se mantuvo firme en la aplicación de la tasa pasiva, incluso para obligaciones laborales y alimentarias, ya que consideró que la aplicación de la tasa activa importaba una pretensión indexatoria (causas B. 49.139 bis, 2/10/2002; Ac. 86.304, 27/10/2004; L. 85.591, 18/7/2007; L. 90.139, 11/6/2008).

3.5.6. La cuestión varió a partir del caso ?Zocaro? (RI. 118.615, del 11/3/2015), donde la Suprema Corte provincial consideró que la aplicación de la tasa pasiva digital (tasa de interés que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en las operaciones de depósito a través del sistema Banca Internet Provincia -BIP- a treinta días, con vigencia desde el 19/8/2008) no viola la doctrina legal y marcó una apertura en orden a la elección judicial de la tasa pasiva aplicable. Tal es así que ha consagrado la tasa pasiva más alta (ver SCBA, causa C. 119.176, del 15/6/2016, citada por el sentenciante de origen), lo cual debe adaptarse a las circunstancias del caso. En función de lo expuesto considero que el juez debe determinar la tasa pasiva que corresponde de acuerdo al capital en cuestión. No es lo mismo una reparación donde se han fijado valores históricos que una que se ha efectuado con criterio de actualidad, donde el capital será mayor. Aplicar la misma renta para ambos casos, teniendo un mismo punto de arranque, significa cerrar los ojos a la realidad económica y prescindir de la finalidad que tienen los intereses de compensar la privación del capital. Por ello, la crítica que realiza el apelante en orden a la improcedencia de la tasa pasiva más alta es atendible, ya que la reparación ha sido ponderada a valores actuales.

3.5.7. Ahora bien, a partir del 1/8/2015, que entró a regir el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, la cuestión pasó a estar regulada por el art. 768, referido a ?intereses moratorios?, que establece textualmente: ?A partir de su mora el deudor debe los intereses correspondientes. La tasa se determinará: a) por lo que acuerden las partes; b) por lo que dispongan las leyes especiales; c) en subsidio, por tasas que se fijen según las reglamentaciones del Banco Central?. A diferencia del art. 622 del Código Civil, ya no se difiere a los jueces la fijación de la tasa moratoria, sino que se sustituye la determinación judicial por la del Banco Central de la República, en un intento patente de que sea la autoridad monetaria, dentro de sus políticas sobre la materia, quien fije una tasa que puede tener importantes efectos macroeconómicos (la referencia es similar al parámetro fijado por el art. 8° del Dec. 529/91, modificado por Dec. 959/91, el que determinó que el B.C.R.A. deberá publicar mensualmente la tasa de interés pasiva promedio, que los jueces podrán disponer que se aplique a los fines previstos en el art. 622 del Código Civil). La cuestión se completa con el art. 1747, del C.C.C.N., que establece que ?El resarcimiento del daño moratorio es acumulable al del daño compensatorio o al valor de la prestación y, en su caso, a la cláusula penal compensatoria, sin perjuicio de la facultad morigeradora del juez cuando esa acumulación resulte abusiva?; y el art. 1748 del mismo código que textualmente reza: ?El curso de los intereses comienza desde que se produce cada perjuicio?.

3.5.8. Tiene dicho esta Sala que la tasa fijada para el cálculo de los intereses moratorios debe resarcir el perjuicio que al acreedor ocasiona el incumplimiento oportuno de una obligación que se ha cuantificado en moneda corriente porque quien inmoviliza su dinero, lo hace, en principio, a cambio de una renta que debe, mantener al menos el valor real o adquisitivo de la moneda (por eso para ciertos economistas, la tasa de interés debe ser siempre positiva). Sin embargo la tasa de interés no puede ser considerada como una cláusula de ?ajuste?, ya que su función económica no es la de mantener el poder adquisitivo del capital adeudado (causa 109.300, 11/9/2014, RSD. 176/2014).

3.5.9. En función de lo expuesto, en el caso de autos, donde el accidente se produjo el 16/12/2009 y desde dicha oportunidad cabe computar los intereses, y la reparación ha sido ponderada a valores actuales, considero que la tasa fijada en la sentencia debe ser modificada en favor de la tasa pasiva que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones de depósito a treinta (30) días vigente durante los distintos períodos de aplicación, que es la que mejor se acomoda a la reparación

integral (arts. 622 y 1083, Código Civil; 384, C.P.C.C.). Ahora bien, como los valores han sido fijados con criterio de actualidad, a partir del dictado de la sentencia, los intereses se deberán liquidar conforme la tasa pasiva más alta que pague el Banco de la Provincia de Buenos Aires. Por su parte, a partir de la entrada en vigencia del C.C.C.N. (1/8/2015) se seguirá devengando dicha tasa, salvo que el Banco Central de la República Argentina estableciera la tasa aplicable, conforme lo normado por el art. 768 inc. ?c? del C.C.C.N. (arts. 3 y 622, Código Civil; 7, 768 y 1747, Código Civil y Comercial de la Nación). Voto por la NEGATIVA. A la primera cuestión planteada el señor Juez doctor López Muro dijo que por análogas razones a las merítadas por el colega preopinante adhería a la solución propuesta y en consecuencia también votaba por la NEGATIVA. A la segunda cuestión planteada el Sr. Juez Dr. Sosa Aubone dijo: Atendiendo al acuerdo alcanzado, corresponde y así lo propongo, revocar parcialmente la sentencia recurrida en cuanto a la indemnización por ?Daño moral? que se fija en la suma de PESOS OCHENTA MIL (\$ 80.000) y la tasa de interés fijada, que quedará establecida en la pasiva que pague el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones de depósito a treinta días y a partir del dictado de la sentencia será la pasiva más alta que pague dicho banco, sin perjuicio de que si el Banco Central de la República Argentina estableciera la tasa aplicable, conforme lo normado por el art. 768 inc. ?c? del C.C.C.N., en cuyo caso se seguirá aplicando esta última. Postulo que las costas de segunda instancia se distribuyan por su orden atento la existencia de vencimiento parcial y mutuo (arts. 68 y 71, C.P.C.C.). ASI LO VOTO. A la segunda cuestión planteada el señor Juez doctor López Muro dijo que por idénticos motivos votaba en igual sentido que el doctor Sosa Aubone. Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente: SENTENCIA POR ELLO, y demás fundamentos expuestos, se revoca parcialmente la sentencia recurrida en cuanto a la indemnización por ?Daño moral? que se fija en la suma de PESOS OCHENTA MIL (\$ 80.000), y la tasa de interés, que quedará establecida en la pasiva que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones de depósito a treinta (30) días, y partir del dictado de la sentencia la pasiva más alta que paga dicho banco, la cual se seguirá devengando hasta la fecha del efectivo pago, salvo que el Banco Central de la República Argentina estableciera la tasa aplicable, conforme lo normado por el art. 768 inc. ?c? del C.C.C.N., en cuyo caso se seguirá aplicando esta última. Costas de segunda instancia por su orden. REG. NOT y DEV. 019160E