

Accidente De Transito Fallecimiento De La Victima Indemnizacion Seguro Limite De Cobertura Improcedencia

DOMINGO, 10 DE ENERO DE 2021

JURISPRUDENCIA

Accidente de tránsito. Fallecimiento de la víctima. Indemnización. Seguro. Límite de cobertura.

Improcedencia Se confirma la sentencia en lo sustancial que decide, elevándose los montos indemnizatorios y condenándose a la citada en garantía más allá de los límites del seguro, en virtud de su obligación de mantener indemne al asegurado.

En la ciudad de Bahía Blanca, provincia de Buenos Aires, a los 27 días del mes de abril de dos mil diecisiete, reunidos en acuerdo los señores jueces de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial, sala uno, doctores Guillermo Emilio Ribichini, Abelardo Angel Pilotti y Leopoldo Luis Peralta Mariscal, para dictar sentencia en los autos caratulados ?LESCANO, Delia y otro c/ COMPAÑÍA PUNTALTENSE y otros s/ daños y perjuicios?, y practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución Provincial y 263 del código procesal), resultó que la votación debe tener lugar en el siguiente orden: doctores Ribichini, Peralta Mariscal y Pilotti, resolviéndose plantear y votar las siguientes CUESTIONES 1ra) ¿Ha fundado su recurso la citada en garantía apelante a fs. 399? 2da) ¿Se ajusta a derecho la sentencia de fs. 371/377? 3ra) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? VOTACION A LA PRIMERA CUESTION, EL SEÑOR JUEZ DOCTOR RIBICHINI, DIJO: Según resulta del informe del señor auxiliar letrado del tribunal de fs. 447, la citada en garantía apelante a fs. 399, no ha fundado el recurso que le fuera concedido a fs. 407, encontrándose agotado el plazo para hacerlo (art. 260 párr. 1ro CPCC). Así lo voto. Los señores jueces doctores Peralta Mariscal y Pilotti, por iguales fundamentos votaron en el mismo sentido. A LA SEGUNDA CUESTION, EL SEÑOR JUEZ DOCTOR RIBICHINI, DIJO: I. Delia Lescano y Norma Beatriz Barciocco -esta última en representación de sus entonces hijos menores E. F. y O. O. F.-, promovieron demanda de daños y perjuicios contra COMPAÑÍA PUNTALTENSE S.A. y Diego Ariel Navarrete, pidiendo la citación en garantía de ASEGURADORA FEDERAL ARGENTINA S.A. y de MUTUAL RIVADAVIA DE SEGUROS DEL TRANSPORTE PUBLICO DE PASAJEROS -aunque luego la amplió también a LA SEGUNDA SEGUROS GENERALES S.A.-, reclamándoles la suma de pesos setecientos ochenta y seis mil seiscientos seis, o lo que en más o en menos resultara de la prueba a producirse, a consecuencia del accidente de tránsito en el que perdiera la vida el señor Osvaldo Oscar Ferrari el 26 de diciembre de 2008. Relataron los hechos, atribuyendo la causación del siniestro a la mala maniobra efectuada por el demandado Navarrete al comando del colectivo propiedad de la codemandada Compañía Puntaltense S.A., señalando que encerró al ciclista Ferrari haciéndole perder el equilibrio y posteriormente arrollándolo con las ruedas traseras del vehículo de transporte. Precizaron los distintos capítulos indemnizatorios y ofrecieron prueba. II. Se presentó primero Aseguradora Federal Argentina S.A. y respondió la citación. Admitió haber emitido una póliza a favor de Compañía Puntaltense S.A. en relación al colectivo involucrado en el accidente, precisó los límites de la cobertura contratada y manifestó que habría de responder, en los términos del seguro contratado, si mediara condena respecto de su asegurada. Adhirió a los términos de la contestación de demanda y ofrecimiento de prueba de esta última -aunque la misma todavía no se había efectuado- y ofreció, no obstante, medidas probatorias. III. De seguido hizo lo propio la demandada Compañía Puntaltense S.A. Negó los hechos expuestos por los actores y cuestionó la mecánica del accidente narrada por éstos, señalando que la misma resultaba inconsistente con las lesiones que determinaron el fallecimiento de Ferrari. Subsidiariamente objetó la procedencia y cuantificación de los rubros indemnizatorios reclamados. Ofreció prueba. IV. Los actores desistieron de la acción y del derecho en relación al codemandado Diego Ariel Navarrete, y posteriormente también de la citación en garantía de Mutual Rivadavia de Seguros del Transporte Público de Pasajeros y de La Segunda Seguros Generales. Se abrió entonces la causa a prueba, y concluida esa etapa instructoria, dictó el juez de primer grado el pronunciamiento de mérito que motiva los agravios. Tras analizar las probanzas rendidas, concluyó el magistrado que el accidente se produjo al rozar el colectivo al ciclista con elementos que sobresalían de la carrocería, haciéndolo caer y arrollándolo con las ruedas traseras. Sobre esa base estableció que la demandada debe responder por las consecuencias inmediatas y mediatas del hecho dañoso. Adentrándose en la consideración del ?lucro cesante? reclamado, tomó en cuenta que la víctima fatal se desempeñaba en la construcción, y atendiendo a los dichos de los testigos y al valor del jornal básico del medio oficial a partir de agosto de 2015, estimó sus ingresos en la suma de \$ 5000 mensuales. Teniendo en cuenta que su edad al momento del hecho era de 57 años, consideró una expectativa de vida de 18.79 según la tabla de mortalidad argentina 1990/1992 del INDEC. Con esas variables -y un interés del 4 % anual- arribó a un capital de \$ 720000, asignando un 30 % al consumo personal del propio Ferrari, un 10 % al sostenimiento de su madre y un 30 % a cada uno de sus hijos, estableciendo así las sumas de \$ 72000 para Delia Lescano; \$ 216000 para E. F. y \$ 216000 para O. O. F. Desestimó en cambio la pérdida de chance, por no resultar de la prueba

colectada posibilidades ciertas de mejora. En cuanto al daño moral, desestimó el reclamo formulado al respecto por su madre Delia Lescano. Con fundamento en lo dispuesto por el art. 1078 del CCiv, sostuvo el juzgador que en caso de muerte de la víctima solo tienen acción los herederos forzosos, y en la especie existen hijos de la víctima que excluyen a la madre, no presentándose un supuesto extraordinario que permita descalificar a la norma por arbitraria o irrazonable. Acogió en cambio el rubro en relación a sus hijos, otorgando la suma de \$ 150000 a cada uno. Ello así, condenó a la demandada Compañía Puntaltense S.A. a pagar a los actores la suma de pesos ochocientos cuatro mil -\$ 804000- (según aclaratoria dictada a fs. 383), con más un interés del 8 % anual desde la fecha del hecho hasta la del pronunciamiento, y de allí en adelante a la pasiva que paga el Banco de la Provincia en sus depósitos a treinta días. Hizo, además, extensiva la condena a Aseguradora Federal Argentina S.A. -hasta el límite a su cargo según los riesgos cubiertos en el contrato-, e impuso las costas a la demandada y citada en garantía. V. Se alzaron los actores, la demandada y la citada en garantía, pero esta última no sostuvo su recurso como quedó acordado en la cuestión anterior. Los demandantes fundaron su protesta en el memorial que corre agregado a fs. 429/436, y la demandada en la presentación glosada a fs. 437/441. Se quejan aquéllos, en primer lugar, de los ingresos tomados en cuenta por el juez para establecer el ?lucro cesante?. Sostienen que consideró el jornal básico de un medio oficial, cuando de las declaraciones rendidas en la causa surge su condición de oficial albañil. Afirman que además computó solo 30 horas semanales de labor, cuando lo normal en dicha actividad son 9 horas diarias y 44 semanales. Manifiestan que también los agravia que el juez haya estimado un consumo personal del orden del 30 %, siendo que el señor Ferrari se trasladaba en bicicleta y compartía con su madre los gastos ordinarios de vivienda y manutención. A todo evento, sostienen que ello importaría computar un ingreso mensual de \$ 6822 (70 % de 9746), y no los \$ 5000 que consideró el magistrado. Señalan que ello elevaría el rubro a la suma de \$ 847327 en vez de los \$ 720000 establecidos en la instancia de origen.

La demandada, en cambio, considera equivocado que se compute el jornal del medio oficial de la construcción, pues sostiene que no se acreditaron en autos sus ingresos, ni que se tratara de un trabajador mensualizado, debiendo entonces concluirse que solo laboraba como tal aleatoriamente, y tomarse, en consecuencia, en el mejor de los casos, el salario mínimo, vital y móvil, citando el precedente ?Borda? de la sala II de este tribunal. Asimismo, postula que el 30 % determinado para sus gastos personales es poco, y por ende, lo destinado a su grupo familiar exagerado. Señala que ello se desprende de lo decidido en sendos precedentes de este tribunal -uno de cada sala- en los que se habría estimado ese porcentaje en un 50 %. De otro lado, plantea la demandada que, si por aplicación del precedente ?Borda? se determina la indemnización a valores lo más cercanos posibles al momento de la sentencia, se le causa un gravamen irreparable desde que el límite de la cobertura del seguro permanece fijo. Sostiene que no mediando depósito en pago de la suma asegurada que permita una inversión a plazo fijo que evite su depreciación, la indemnidad que debe garantizar la aseguradora resulta desnaturalizada, desde que el asegurado deberá afrontar una sentencia cuyos montos indemnizatorios se ajustaron al momento del pronunciamiento, obteniendo en cambio de la compañía el pago de un monto que ha permanecido congelado, siendo, por lo demás, que ha incidido determinantemente en ello la duración del proceso. Sostiene, entonces, que para mantener la garantía de indemnidad, la aplicación del precedente ?Borda? debe llevar implícita la actualización del límite de cobertura con idénticos parámetros. Se duelen los actores, en segundo lugar, de que se haya tomado en cuenta una expectativa de vida de 18,79 años -según la tabla de mortalidad 1990/1992- y no la de 22 años que resulta de su versión 2008/2010, citando el fallo recaído en la causa ?Sargado? del 10 de mayo de 2016. Sostienen que con aplicación de esas variables, el capital necesario para obtener la renta futura ascendería a la cantidad de \$ 1281611, la que proponen sea repartida en función de lo que le corresponde a cada actor, indicando que O. F. debiera recibir un 60 %, ya que acrece lo que los otros legitimados dejan de percibir por fallecimiento o finalización de la obligación a cargo de la víctima, destacando, asimismo, la discapacidad que porta. La demandada, a su turno, dice que es equivocado tomar como variable solo la edad de la víctima, sin tener en cuenta la de los beneficiarios de la indemnización. Así, sostiene, aunque aquél tuviera una expectativa de vida de 18.79 años, resulta ilógico tomar íntegramente ese período en el caso de su señora madre, Delia Lescano, quien solo sobrevivió 5 años a su hijo, como surge del certificado de defunción agregado a la causa. Afirma que igualmente resulta exagerado suponer que la asistencia económica de Ferrari se prolongaría durante 18.79 años en relación a su hijo E., que al momento del accidente ya tenía 15 años de edad. Señala que ello supondría que la víctima lo mantendría hasta los 34 años, cuando a esa edad es más probable que fuera éste quien contribuyera con el padre y no viceversa. Manifiesta que dado el nivel socio cultural de ambos, la ayuda económica a E. no se prolongaría más allá de los 18 años, pues a esa edad ya habría ingresado al mercado de trabajo, de una manera formal o informal. A todo evento postula que esa contribución debiera extenderse solo hasta los 21 años, momento en el que cesaría la obligación alimentaria de Ferrari respecto de su hijo. Se quejan también los actores, de que el juez desestimara el rubro ?pérdida de chance?. Afirman que según resulta de las declaraciones rendidas, Ferrari no solo era contratado como albañil, sino que asimismo era ?tantero?, es decir que trabajaba también por su cuenta. Argumentan que con 25 años de experiencia y el crecimiento que tuvo el rubro con posterioridad a su fallecimiento, la chance de incrementar sus ingresos era cierta, y la estiman en un 30 % de lo cuantificado para el

¿lucro cesante?. En cuarto término se agravan de lo decidido respecto del daño moral. En cuanto herederos de la coactora Delia Lescano -madre de la víctima- se quejan de que se haya desestimado el rubro a su respecto. Sostienen que media una errónea interpretación del art. 1078 CCiv por parte del juez a quo, dado que hoy resulta mayoritaria la corriente jurisprudencial que considera que dicho artículo se refiere a todos los que revisten la condición de herederos forzosos, independientemente de que en el caso concreto la existencia de descendientes desplace la vocación de los ascendientes. Afirman que tal es la doctrina de la casación bonaerense según lo resuelto en la causa Ac. 85356, ¿Ojeda, Mirta Yolanda y otro c/ Provincia de Buenos Aires (Servicio Penitenciario) s/ daños y perjuicios?. Sin perjuicio de ello, afirman que en el caso la víctima convivía con ella, lo que particulariza la procedencia del agravio. A continuación se duelen del monto fijado para compensar el daño moral que les fuera reconocido a ellos. Afirman que si bien el juzgador estableció que la mejor manera de hacerlo es a través de su costo de reversión, fijándose una suma que resulte adecuada para adquirir los bienes y servicios que mitiguen el sufrimiento, omitió luego dar las razones por las que entendió que la establecida resulta suficiente para cumplir con dicho objetivo. Afirman, en cambio, que la fijada -\$ 150000 para cada uno- no tiene la entidad necesaria para ello, proponiendo que se aumente la misma a la cantidad de \$ 350000, pues así podrían destinarla a la adquisición de un automóvil 0 Km. de media gama y remodelar en parte su modesta vivienda, agregándole mobiliario, electrodomésticos o la instalación de gas. De seguido se quejan de la tasa de interés establecida por el juzgador para el período posterior a la sentencia. Con sustento en la jurisprudencia de este tribunal, reclaman que se fije la tasa pasiva plazo fijo digital y no la común reconocida en el pronunciamiento. Finalmente, se duelen de que el juez haya impuesto las costas a la compañía aseguradora ¿en la medida del seguro?. Afirman que las mismas resultan ser obligaciones accesorias de la principal asumida por la citada en garantía, que tiene por finalidad mantener indemne el patrimonio del asegurado por cuanto deba a un tercero. Sostienen que la compañía tuvo la oportunidad de limitar la acreencia que fuera a devengarse por tales conceptos poniendo a disposición el monto máximo asegurado, y al no hacerlo, asumió entonces los gastos totales por la defensa que intentó, adquiriendo así plazo para diferir la exigibilidad de su obligación en perjuicio tanto del tercero como del asegurado. Cita en su apoyo un fallo de la casación y otro de la sala II de este tribunal, agravio que es compartido por la demandada. Los agravios de los actores fueron replicados por la demandada, y a su turno los de ésta por aquéllos, sin que en esas presentaciones se introduzcan argumentaciones novedosas que ameriten su reseña, sin perjuicio de su oportuna consideración en lo que resulte pertinente. Me aboco, entonces, al tratamiento de los recursos, los que abordaré de manera conjunta dado que existen protestas cruzadas respecto de los mismos puntos. VI. Debemos tratar, en primer término, los variados y opuestos cuestionamientos que se vierten en torno a las variables empleadas para determinar el lucro cesante futuro, es decir la ayuda de la que se vieron y verán privados quienes recibían la asistencia directa e inmediata de la víctima: su madre, Delia Lescano, y sus hijos E. y O. O. F. (arts. 1069, 1084 y 1085 CCiv). El primer punto de controversia lo constituyen los ingresos a tomar en cuenta para efectuar el cálculo. En este sentido, está probado en autos, e incluso reconocido por la demandada, que el señor Ferrari se desempeñaba como albañil. Pero fuera de los dichos estimativos de los testigos que lo contrataron para la realización de esas labores o las ejecutaron con él -el maestro mayor de obras Prieto a fs. 300, y el albañil Moncada a fs. 308-, no hay otra prueba concreta de la cuantía a que ascendían aquéllos. No obstante, encontrándose debidamente probado -según los concordantes testimonios referidos, que advierto creíbles y suficientemente fundados en la razón de sus dichos- que tal era su oficio, y que lo ejercía de manera continua y habitual, tanto por cuenta propia como a las órdenes de su ocasional contratista, sería contrario al principio de reparación integral mensurar su aptitud productiva remitiéndolo al ¿cajón de sastre? del salario mínimo, vital y móvil. Sobre todo si se atiende al elevado grado de informalidad que caracteriza el desarrollo de esa actividad (arts. 1083 CCiv; 384 y 456 CPCC). Luego, me parece más adecuado a la realidad de los hechos probados en el expediente, tomar en cuenta la escala remuneratoria vigente correspondiente a su convenio colectivo de trabajo 76/75, que estipula a partir del 1º de enero de 2017, un salario básico horario de \$ 63,09 para el Oficial albañil (v. www.uocra.org). Categoría en la que entiendo corresponde encuadrarlo, porque así lo califica el maestro mayor de obras que solía contratarlo -Prieto a fs. 300-, y porque es la que mejor se acomoda a la edad y experiencia que tenía la víctima. Multiplicando ese valor horario por 44 horas semanales de labor -que es la extensión normal máxima de la semana laborable (art. 11 CC 76/75)- arribamos a un valor de \$ 2775,96, el que multiplicado, a su vez, por 4 semanas, nos da un ingreso mensual actual de \$ 11103,84, compatible con el modesto nivel de vida que llevaba Ferrari. VII. La cuestión que sigue es, naturalmente, qué porción de estos magros ingresos destinaba a la manutención de los reclamantes en autos. De un lado su anciana madre -con quien convivía y que terminara falleciendo en el curso del proceso (v. certificado de fs. 403)-, y del otro sus dos hijos menores -uno de ellos discapacitado-, quienes convivían con la madre y ex pareja de Ferrari, afectada a su vez de una discapacidad que le impide trabajar. El juez de primer grado detrajo un 30 % para el consumo personal de la víctima, y distribuyó el 70 % que volcaba a la asistencia familiar en un 30 % para cada hijo, y un 10 % para su señora madre. Las partes disputan acerca del remanente que se reservaba Ferrari, pues mientras los actores reputan todavía excesivo el 30 % estimado en la sentencia -¿siendo que se trasladaba en bicicleta y que compartía con su madre los gastos ordinarios de vivienda y

manutención?-, la demandada lo considera muy escaso, citando precedentes del tribunal que lo establecieron en el 50 %. Se trata, como es obvio, de cuestiones de hecho extremadamente contingentes y específicas de cada expediente, sobre las que no pueden establecerse reglas generales. Está claro, en la especie, que sus hijos -de 15 y 11 años al momento del accidente- dependían, virtualmente, de la asistencia que les brindaba, dada la imposibilidad de trabajar que afecta a la señora Barciocco (v. declaración testimonial de fs. 244 y certificado de fs. 361). Y también lo está que subvenía a las necesidades de su anciana madre -con quien convivía- dado que ésta sólo gozaba de una modesta pensión (declaración testimonial de fs. 250). Con ese panorama, y sus magros ingresos, no podía quedarle mucho para su consumo estrictamente personal. De todos modos, considero exagerada la estimación efectuada en primera instancia de que asignaba el 60 % de sus ingresos a la manutención de sus hijos. Aun computando la edad de los menores, la discapacidad de uno de ellos, y la dependencia casi absoluta que éstos tenían de su asistencia, no parece verosímil que volcara en su favor más del 45 % de sus entradas. Porque, como ya he señalado, también debía sustentar los gastos del hogar que compartía con su madre, que poco podía contribuir al respecto (art. 384 CPCC). Asignaré, entonces, un 20 % de sus ingresos a su hijo E., y un 25 % de los mismos a su hijo O. O., en atención a la discapacidad que éste porta. Y aunque me parece escaso el porcentaje del 10 % fijado en la instancia de origen respecto de la ayuda que recibía la señora Delia Lescano -dado que al convivir con ella y soportar en gran medida los gastos de la casa, dicha asistencia se confundía, parcial pero significativamente, con su remanente consumo personal-, los actores se conforman con esa asignación (v. fs. 431 párr. 1ro). VIII. El período a computar es otro punto de fricción. No hay duda de que a este respecto asiste razón a la demandada. Porque es evidente que lo relevante aquí no es el tiempo de sobrevivencia esperable de Ferrari, sino el del mantenimiento esperable de su ayuda económica, que varía en función de cada uno de los beneficiarios. En el caso de su madre Delia Lescano -que tenía 84 años al momento del accidente y falleció 5 años después durante el curso del proceso-, no puede sino computarse ese plazo. En el caso de sus hijos, se presentan dos realidades diferentes. De un lado E., que tenía 15 años al momento de la muerte de su padre. Obviamente, en su caso no era esperable que lo mantuviera sino hasta la edad en que probablemente ingresara al mercado de trabajo, y pudiera procurarse así su propio sustento. Propondré, entonces, a su respecto, un período de 6 años, que supone prolongar la asistencia paterna hasta que hubiera cumplido los 21, en coincidencia con el cese de la obligación alimentaria tanto bajo el régimen del Código Civil como del nuevo Código Civil y Comercial (arts. 265 párr. 2do y 658 párr. 2do, respectivamente). Descarto, entonces, la improponible pretensión de los actores de que se compense tal privación por el período de expectativa de vida del alimentante -lo que implicaría ser mantenido por él hasta los 37 años-, pero también la más limitada de que lo fuera hasta los 25, sobre la base de que pudiera continuar una carrera universitaria o una capacitación profesional que le impidiera trabajar, tal como lo prevé ahora el art. 663 del CCivCom. Y ello, porque es de suyo inverosímil que pudiera pretender esa asistencia extraordinaria, atendiendo al modesto nivel socio económico en que se desenvolvía la familia (art. 384 CPCC). En cambio, muy otra cosa corresponde resolver respecto de su hermano O. El nombrado padece una discapacidad parcial y permanente de tipo motora y visual -v. certificado de fs. 25, autenticado a fs. 362, y declaración testimonial de fs. 244-, que muy probablemente tornara necesaria la asistencia de su progenitor hasta el fallecimiento de este último. Es el único caso, entonces, en que corresponde computar la expectativa de vida de Ferrari, la que, de acuerdo a lo previsto en las Tablas abreviadas de mortalidad por sexo y edad 2008/2010 del INDEC, era de 22 años para un varón de entre 55 y 59 años en la provincia de Buenos Aires. Con estas variables -el 10 % de \$ 11103,84 durante 5 años para Delia Lescano; el 20 % de \$ 11103,84 durante 6 años para E. F.; el 25 % de \$ 11103,84 durante 22 años para O. O. F.-, y la misma tasa de interés del 4 % anual empleada por el juez de primer grado, la utilización de la conocida fórmula polinómica de renta futura arroja los siguientes resultados: Para Delia Lescano: CALCULO DE RENTA FUTURA FORMULA UTILIZADA : $(1 + v)^n - 1$ $I = a * \frac{v(1 + v)^n}{(1 + v)^n - 1}$ $a = \text{Capital} * 13 * \text{Incapacidad}$ $v = \text{Porcentaje anual de interés}$ $n = \text{Vida probable}$ $a = 1110.38 * 13 * 100.00 = 14434.9400$ $I = 14434.9400 * \frac{(1 + 4.00)^5 - 1}{(1 + 4.00)^5 - 1}$ $I = 64261.788239$ Para E. F.: CALCULO DE RENTA FUTURA FORMULA UTILIZADA : $(1 + v)^n - 1$ $I = a * \frac{v(1 + v)^n}{(1 + v)^n - 1}$ $a = \text{Capital} * 13 * \text{Incapacidad}$ $v = \text{Porcentaje anual de interés}$ $n = \text{Vida probable}$ (Censo 2010) $a = 2220.77 * 13 * 100.00 = 28870.0100$ $I = 28870.0100 * \frac{(1 + 4.00)^6 - 1}{(1 + 4.00)^6 - 1}$ $I = 151340.543476$ Para O. O. F.: CALCULO DE RENTA FUTURA FORMULA UTILIZADA : $(1 + v)^n - 1$ $I = a * \frac{v(1 + v)^n}{(1 + v)^n - 1}$ $a = \text{Capital} * 13 * \text{Incapacidad}$ $v = \text{Porcentaje anual de interés}$ $n = \text{Vida probable}$ (CENSO 2010) $a = 2775.96 * 13 * 100.00 = 36087.4800$ $I = 36087.4800 * \frac{(1 + 4.00)^{22} - 1}{(1 + 4.00)^{22} - 1}$ $I = 521504.335584$ Considero, además, que asistía a este último una expectativa cierta de acrecer esa ayuda en la medida en que Ferrari se fuera descargando de la obligación de asistir a su madre y a su otro hermano. Propongo, entonces, concederle un 10 % adicional durante los 16 años de sobrevivencia de su padre, en los que no compartiría su asistencia con su abuela y hermano: CALCULO DE RENTA FUTURA FORMULA UTILIZADA : $(1 + v)^n - 1$ $I = a * \frac{v(1 + v)^n}{(1 + v)^n - 1}$ $a = \text{Capital} * 13 * \text{Incapacidad}$ $v = \text{Porcentaje anual de interés}$ $n = \text{Vida probable}$ (CENSO 2010) $a = 1110.38 * 13$

$*100.00 = 14434.9400$ $I = 14434.9400 * [(1 + 4.00)^{16.00} - 1] / (4.00 (1 + 4.00)^{16.00})$ $I = 168200.187962$ IX. No es de recibo, en cambio, la protesta de los actores respecto a la desestimada pérdida de chance de que Ferrari fuera a mejorar sus ingresos. No hay ningún elemento en autos que sustente objetivamente esa probabilidad, teniendo en cuenta la edad que ya tenía al momento del siniestro y el modesto nivel socio económico en el que se encontraba después de desempeñarse tantos años en el oficio (art. 384 CPCC). Ello así, computando todos estos antecedentes y circunstancias, y ponderando las peculiares condiciones personales de cada uno de los beneficiarios -la edad, necesidades y fallecimiento de la señora Delia Lescano; la edad y condiciones personales de E. F.; la edad y discapacidad que afecta a O. O. F.-, tomando como insoslayable mojón de referencia los valores a que se arriba por aplicación de la fórmula de renta futura, y atendiendo al carácter determinativo de la pretensión ejercitada, propongo que se acuerde a la señora Delia Lescano -hoy sus herederos- la suma de \$ 64000 (pesos sesenta y cuatro mil); a E. F. la cantidad de \$ 151000 (pesos ciento cincuenta y un mil); y a O. O. F. la cantidad de \$ 690000 (pesos seiscientos noventa mil) (arts. 1068, 1069 y 1083 CCiv).

X. El turno del daño moral. Ciertamente, procede la queja en relación a la desestimada legitimación de la señora Delia Lescano para reclamar el daño moral padecido por la muerte de su hijo, sobre la base de que el texto del art. 1078 la restringe a los "herederos forzosos", y en la especie existen hijos de la víctima que la desplazan en el orden sucesorio. El juez de primer grado levanta una objeción hace largo tiempo superada, porque es doctrina consolidada de la casación, que basta el carácter de "heredero forzoso" en abstracto -e indisputablemente una madre lo es (arts. 3567, 3592 y 3594 CCiv)-, con independencia de que en el caso concreto la reclamante resultara desplazada por herederos más próximos como los hijos de la víctima. Esta es la posición de la Suprema Corte de la Provincia desde la causa "Ojeda" -Ac. 82.356, sent. del 1-IV-2004-, y ha sido reiterada por ese alto tribunal en precedentes más recientes, como el recaído en C. 107.608, "Mercado, Adriana y otros contra Falcón, Luis Orlando y otro. Daños y perjuicios"; y su acumulada "Sucesores de R. d. A., E. y otra contra Falcón, Luis Orlando y otros. Daños y perjuicios", del 5/12/2012, en concordancia, por otro lado, con lo también sostenido desde antes por la Corte Suprema Nacional en las causas "Frida A. Gómez Orue de Gaete y otra c/ Pcia. De Buenos Aires s/ Daños y Perjuicios", del 3-XII-1993 y "Badín c/ Prov. De Bs. As.", sent. del 7-VIII-1997, entre otras (v., asimismo, de esta sala, Expte. 142.092 "Echavarría, Héctor M. y otros c/ Troncoso, Jorge O. y otra s/ daños y perjuicios").

Agrego que la legitimaria originaria falleció durante el curso del proceso, y se han presentado en autos los hijos de la víctima como herederos suyos por derecho de representación de su padre premuerto (v. fs. 394/397 y 403/405), no existiendo entonces impedimento para que continúen el reclamo y se lo reconozca en esta instancia (arts. 1099, 3279, 3410, 3417 y 3549 CCiv).

Para cuantificarlo, hemos de acudir, como siempre, a la doctrina de los goces compensatorios, consistente en procurar al dañado el acceso a bienes, obras, servicios o emprendimientos, que le brinden alguna oportunidad de regocijarse o contentarse, y de ese modo equilibrar o compensar, siquiera en parte, el montante de dolor, displacer o sufrimiento experimentados a consecuencia del hecho ilícito. Cometido difícilmente lograble en la mayoría de los casos, y con mayor razón cuando la causa del sufrimiento es nada menos que la pérdida de un hijo. Por añadidura, en el final mismo de la vida, y cuando ese hijo convive en la propia casa, y constituye el soporte material y espiritual de una existencia acosada por el peso de los años y las necesidades económicas. Ciertamente, no puede haber duda de que el impacto que ha debido sufrir Delia Lescano por la abrupta y trágica desaparición de Osvaldo Oscar Ferrari ha sido fortísimo, y amerita, entonces una proporcional compensación. En la necesidad de mencionar, concretamente, el bien, obra o servicio a tomarse como referencia del valor que, en alguna medida, pudiera paliar semejante padecimiento, atendiendo a la edad, condición social y comprometida situación socio económica que atravesara la señora Delia Lescano tras la muerte de su hijo (v. declaración testimonial de fs. 250), considero como alternativas plausibles la refacción o equipamiento de su vivienda para hacerla más confortable, la posibilidad de procurarse ayuda doméstica y/o disponer de algún ahorro para afrontar con mayor tranquilidad esos últimos años de vida. Con ajuste a esos parámetros, podría fijarse una suma muy superior a la que reclaman los recurrentes en su memorial de agravios -¿se peticiona una indemnización que ascienda a la suma de Pesos Ciento Cincuenta Mil (\$ 150.000)? (SIC, a fs. 433 vta., 4to párr)-, pero el principio de congruencia nos impide, entonces, traspasar ese límite, quedando el rubro determinado en esa cantidad (arts. 163 inc. 5 CPCC; 1078 CCiv).

XI. Con respecto a los hijos de la víctima, y atendiendo, igualmente, al criterio del costo de reversión, resulta evidente que el monto establecido por el juez de la instancia anterior -\$ 150000 para cada uno- se muestra insuficiente. Porque está claro que dicha suma no alcanza ya para adquirir un automóvil 0 Km del rango más modesto -cuyo valor arranca hoy en los \$ 200000 (v. www.carone.com.ar)-, y mucho menos para adquirir uno de gama media y acceder, además, a la posibilidad de refaccionar o equipar su vivienda como propician los recurrentes. No puede dudarse tampoco en este caso, del fuerte impacto que han debido sufrir E. y O. F., quienes perdieron abruptamente a su padre cuando apenas contaban con 15 y 11 años de edad, en un contexto signado por las carencias materiales y las dificultades de salud tanto de este último como de la madre de ambos. Atendiendo a esa situación, y a lo que expresamente refieren en su expresión de agravios como posibles goces compensatorios, propongo que se acuerde a E. F. la suma de \$ 250000 (pesos doscientos cincuenta mil), y a O. O. F. la de \$ 350000 (pesos trescientos cincuenta mil), pues es dable presumir que dada su

menor edad y discapacidad, la desaparición súbita y trágica de su papá ha debido golpearlo con mayor intensidad aun que a su hermano (arts. 384 CPCC; 1078 CCiv).

XII. La queja de la demandada en relación a la asimetría que se plantea entre las indemnizaciones concedidas -que se fijan sobre la base de valores actuales- y el monto asegurado que limita la responsabilidad de la aseguradora -que por el contrario permanece congelado en los términos de la póliza oportunamente tomada- tiene verdaderamente sustento, pero su remedio está en manos del legislador y no de los jueces. Y así digo, porque la compensación adeudada a los dañados importa una obligación de valor, que como tal, debe cuantificarse en fecha lo más cercana posible a la sentencia. En cambio, la aseguradora se ha comprometido a responder hasta una determinada suma dineraria, cuya actualización -mal que nos pese- continúa prohibida a tenor de la vigencia de los arts. 7 y 10 de la ley 23928, texto según ley 25561. Advierto, en tal sentido, que muy recientemente, tanto el Congreso Nacional, como el Poder Ejecutivo Nacional en ejercicio de la función legislativa, han ratificado tácita pero inequívocamente la vigencia genérica de esa prohibición. Ello resulta de la sanción de la ley 27271 -B.O. del 15/09/2016-, llamada "CASA DE AHORRO. Sistema para el fomento de la inversión en vivienda", normativa que crea instrumentos de ahorro, préstamo e inversión denominados en UVIs, cuyo valor se actualizaría mensualmente por el índice del costo de la construcción (posteriormente el Banco Central cambió la denominación a UVAs, y dispuso su actualización por el CER, basado en el índice de precios al consumidor). El art. 21 de ese régimen legal, dispone expresamente que "Las disposiciones de la presente ley se encuentran exceptuadas de lo dispuesto por los arts. 7 y 10 de la ley 23928 y sus modificatorias", habilitación excepcional que no hace sino confirmar la vigencia de la prohibición general. En la misma línea, el P.E.N. dictó el decreto de necesidad y urgencia 146/2017 -B.O.: 7/03/2017-, cuyo art. 5 exceptúa expresamente de la prohibición indexatoria de los arts. 7 y 10 de la ley 23928, a los instrumentos allí enumerados -préstamos con garantía hipotecaria; valores negociables con o sin oferta pública; contratos de obra y otros vinculados a la construcción, comercialización o financiamiento de viviendas-, los que podrán denominarse en UVAs y actualizarse por el Coeficiente de Actualización de Referencia. Finalmente, es sabido que el más alto tribunal del país ya se pronunció sobre la constitucionalidad de esos remanentes artículos de la ley de convertibilidad, en un caso donde, precisamente, se debatía la operatividad de una cláusula convenida en un acuerdo de pago recaído tras el dictado de la sentencia en un juicio de daños y perjuicios, en el que se habían acordado cuotas en pesos que en cada vencimiento debían alcanzar para adquirir una determinada cantidad de dólares estadounidenses. La Corte Suprema dejó sin efecto los pronunciamientos de primera y segunda instancia que habían convalidado su validez declarando la inconstitucionalidad de esos artículos de la ley 23928, pues dijo que ello implicaría desconocer el objetivo antiinflacionario buscado por las leyes federales que establecieron la prohibición genérica de la "indexación" (CSJN, "Massolo, Alberto Jorge c/ Transporte del Tejar S.A.", 20/04/2010, Fallos 333:447, criterio mantenido en "Belatti, Luis Enrique c/ F.A. s/ cobro de australes", del 20/12/2011).

XIII. Entre tantos agravios cruzados, hay uno común. Ambas partes se duelen de que el juez haya impuesto las costas a la compañía aseguradora "en la medida del seguro", pues afirman que las mismas resultan ser obligaciones accesorias de la principal asumida por la citada en garantía, y tiene por finalidad mantener indemne el patrimonio del asegurado por cuanto deba a un tercero. Sostienen que la compañía tuvo la oportunidad de limitar la acreencia que fuera a devengarse por tales conceptos poniendo a disposición el monto máximo asegurado, y al no hacerlo asumió entonces los gastos totales por la defensa que vanamente intentó. Podría decirse que el agravio no es todavía actual, desde que la compañía no ha invocado aun una limitación específica al respecto. Y que la fórmula genérica "en la medida del seguro", no significa solo y necesariamente en la medida de la póliza contratada, sino también en la medida de las reglas imperativas contenidas en la ley regulatoria que aquélla no puede contrariar. A efectos de despejar esta cuestión, abordo entonces la protesta conjunta de las partes, reiterando lo que ya tuve oportunidad de señalar en anteriores precedentes de esta sala, en su anterior integración (v. Exptes. Nro. 133.565 del 25/08/2009 y Nro. 143.740 del 27/11/2014). Sostuve en esas causas, que al establecer el asegurador un límite a las costas e intereses, entra en colisión con la obligación que tiene de mantener indemne al asegurado por cuanto deba a un tercero en razón de la responsabilidad prevista en el contrato (art. 109 ley 17418), pues el art. 110 de esa misma ley establece que la garantía del asegurador comprende el pago de los gastos y costas judiciales y extrajudiciales para resistir la pretensión del tercero. Por cierto no desconozco que las cláusulas contractuales se redactan conforme lo determina la autoridad de control, es decir, la Superintendencia de Seguros de la Nación, pero en la medida en que las mismas limiten la cobertura de costas e intereses resultan violatorias de normas imperativas (arts. 109, 110 y 111 ley 17418), resultando por lo tanto abusivas y nulas, debiendo tenerse por no escritas (arts. 1066 CCiv y art. 37 inc. b) Ley de Defensa del Consumidor), en tanto importa una restricción a los derechos del asegurado de ser mantenido indemne hasta el límite de la suma asegurada, y en consecuencia a ser resarcido también de los intereses, gastos y costas en una medida proporcional si el monto de condena lo superara (art. 111 párr. 2do Ley 17418; v. Rubén S. Stiglitz "Derecho de Seguros", 5ta. ed., La Ley, T.I, pág. 593). Asimismo, en el Expte. Nro. 142.112, "Alonso, Juan José y otra c/ Molfino, Sergio Alberto y otro s/ daños y perjuicios", citando la doctrina legal de la casación dejé expresado que "...más allá de la suma asegurada, se observa una obligación complementaria del asegurador que

comprende el pago de los gastos y costas judiciales y extrajudiciales para resistir la pretensión del tercero (arg. arts. 109, 110, 111, ley 17.418; conf. Stiglitz, Rubén, "Derecho de Seguros", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, 2ª edic. actualizada, tomo II, pág. 255/257; Halperín, Isaac, "Seguros", Depalma, Buenos Aires, 2001, 3ª edic. actualizada y ampliada por Barbato, Nicolás, págs. 650, 703), la que, por un lado, atento su fuente legal, imperativa, no resulta susceptible de limitación convencional, tornándose nula toda cláusula de la póliza de seguros por medio de la cual se pretenda retacear la extensión de dicha adicional carga de la aseguradora... (arts. 11, 109, 110, 111 y ccdtes., ley 17.418; 3, 4, 10, 37, 38 y ccdtes., ley 24.240; conf. Stiglitz, Rubén, "Derecho de Seguros", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, 2ª edic. actualizada, tomo II, pág. 262); ... Así, si la sentencia de condena o, en su caso, la transacción desborda la obligación patrimonial del asegurador, será el asegurado quien asuma el daño no cubierto, sin perjuicio de la garantía a cargo del primero en torno a intereses y costas (art. 110, ley 17.418), conforme a la regla proporcional regulada por su art. 111 (conf. Stiglitz, Rubén S. y Schneider, Diego A., "Alcance de la pretensión del damnificado contra el asegurado/concursado y el asegurador condenados concurrentemente", "La Ley", 2008-B-970). (S.C.B.A. en C. 96.946, "Labaronnie, Osvaldo Pedro y otra contra Madeo, Leonardo y otros. Daños y perjuicios" del 4/11/2009)...?. En idéntico sentido, un precedente de la sala II de este tribunal: Expte. 145.730, "Mercado Dora Beatriz y otros c/ Martín Diego Leonel y otros s/ daños y perjuicios". XIV. Un último agravio debemos tratar, y es de recibo. Se trata de la tasa de interés moratorio que corresponde aplicar desde el dictado de la sentencia (no ya la de primera instancia sino ésta misma). En función de las consideraciones que este tribunal ha hecho en los Exptes. Nro: 142.862 del 29/04/2014; 143.740 del 27/11/2014, entre otros, por su sala uno; Exptes. Nro. 142.860 del 15/05/2014; 143.225 del 24/06/2014; 143.521 del 14/08/2014, entre otros, por su sala dos, acerca de la sustancial diferencia existente entre la inverosímil tasa pasiva común que informa el Banco de la Provincia, y la real con que remunera a sus inversores -publicitada en la propia página web oficial de la institución como "Plazo fijo digital", y hoy recogida en la página web oficial de la Suprema Corte como "Tasa pasiva- Plazo fijo digital", que por cierto duplica a la primera, es ésta la que debe aplicarse cuando se condena a pagar la tasa pasiva (v., en este sentido lo resuelto con fecha 26 de marzo de 2015, por la Cámara Civil y Comercial, Sala I, de Lomas de Zamora en la causa N° 71.489 "Aguilera Azucena Petrona c/ El Puente SAT y otro/a s/ daños y perjuicios", y por la propia Suprema Corte de la Provincia en L-118615, "Zocaró Tomás Alberto c/ Provincia A.R.T. S.A. y otro s/ daños y perjuicios", del 11 de marzo de 2015). Voto por la NEGATIVA. A LA PRIMERA CUESTION, EL SEÑOR JUEZ DOCTOR PERALTA MARISCAL, DIJO: Adhiero al voto del distinguido colega que abre el acuerdo, aclarando que lo atinente al alcance con que la citada en garantía debe soportar las costas lo acompaño por acatamiento de la doctrina legal de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires citada en el voto precedente, que por elementales razones de economía procesal debe seguirse, sin que esto implique abrir juicio sobre la cuestión, pues es innecesario. En estos términos, acompaño el voto del Dr. Ribichini. A LA PRIMERA CUESTION, EL SEÑOR JUEZ DOCTOR PILOTTI, DIJO: Adhiero al voto del Dr. Guillermo Ribichini que abre el acuerdo, en los mismos términos y con idéntica aclaración a la efectuada en segundo término por el Dr. Peralta Mariscal. Voto por la NEGATIVA. A LA SEGUNDA CUESTION, EL SEÑOR JUEZ DOCTOR RIBICHINI, DIJO: Por lo acordado al votarse la cuestión anterior, corresponde declarar desierto el recurso de apelación concedido a fs. 407; y modificar la sentencia apelada, estableciendo el monto de las indemnizaciones por lucro cesante futuro correspondientes a Delia Lescano -hoy sus herederos- en la suma de pesos SESENTA Y CUATRO MIL (\$ 64000); a E. F. en la cantidad de pesos CIENTO CINCUENTA Y UN MIL (\$ 151000); y a O. O. F. en la suma de pesos SEISCIENTOS NOVENTA MIL (\$ 690000); fijando la compensación por daño moral correspondiente a E. F. en la suma de pesos DOSCIENTOS CINCUENTA MIL (\$ 250000) y la correspondiente a O. O. F. en la cantidad de pesos TRESCIENTOS CINCUENTA MIL (\$ 350000); aclarando que los intereses, gastos y costas deberán ser íntegramente soportados por la aseguradora, con límite en la parte proporcional del monto de condena que le corresponda atender; disponiendo que los intereses posteriores a la sentencia se devengarán a la tasa pasiva plazo fijo digital; y revocarla en cuanto rechazó la indemnización por daño moral reclamada por Delia Lescano -hoy sus herederos-, estableciendo su monto en la cantidad de pesos CIENTO CINCUENTA MIL (\$ 150000); y finalmente confirmarla en todo lo demás que fuera motivo de agravio. Corresponde, asimismo, imponer las costas de alzada a la demandada que resulta sustancialmente vencida (art. 68 CPCC). Así lo voto. Los señores jueces doctores Peralta Mariscal y Pilotti, por iguales fundamentos votaron en el mismo sentido, por lo que se SENTENCIA: AUTOS Y VISTOS: CONSIDERANDO: Que en el acuerdo que precede ha quedado resuelto que no expresó agravios la apelante de fs. 399, y que no se ajusta totalmente a derecho la sentencia apelada (arts. 1066, 1068, 1069, 1078, 1083, 1084, 1085, 1099, 3279, 3410, 3417, 3549, 3562, 3567, 3594 CCiv; 109, 110 y 111 párr. 2do ley 17418; 37 inc. b ley 24240; 7 y 10 ley 23928 según ley 25561; 21 de la ley 27271; 5 Dcto. P.E.N. 146/2017; 163 inc. 5, 260 párr. 1º, 384 y 456 CPCC). POR ELLO, se declara desierto el recurso de apelación concedido a fs. 407 (art. 261 CPCC); y se modifica la sentencia apelada, estableciéndose el monto de las indemnizaciones por lucro cesante futuro correspondientes a Delia Lescano -hoy sus herederos- en la suma de pesos SESENTA Y CUATRO MIL (\$ 64000); a E. F. en la cantidad de pesos CIENTO CINCUENTA Y UN MIL (\$

151000); y a O. O. F. en la suma de pesos SEISCIENTOS NOVENTA MIL (\$ 690000); fijándose la compensación por daño moral correspondiente a E. F. en la suma de pesos DOSCIENTOS CINCUENTA MIL (\$ 250000) y la correspondiente a O. O. F. en la cantidad de pesos TRESCIENTOS CINCUENTA MIL (\$ 350000); aclarándose que los intereses, gastos y costas deberán ser íntegramente soportados por la aseguradora, con límite en la parte proporcional del monto de condena que le corresponda atender; disponiéndose que los intereses posteriores a la sentencia se devengarán a la tasa pasiva plazo fijo digital; y se la revoca en cuanto rechazó la indemnización por daño moral reclamada por Delia Lescano -hoy sus herederos-, estableciéndose su monto en la cantidad de pesos CIENTO CINCUENTA MIL (\$ 150000); confirmándose en todo lo demás que fuera motivo de agravio. Con costas de alzada a la demandada que resulta sustancialmente vencida (art. 68 CPCC). Hágase saber y devuélvase.

025295E