

Rubros Indemnizatorios Tasa De Interes

JURISPRUDENCIA

Rubros indemnizatorios. Tasa de interés

Se eleva el monto de

las indemnizaciones establecidas en la sentencia que hizo lugar a la demanda de daños y perjuicios. Se modifica la tasa de interés para los rubros ?daño a la integridad física? y ?daño psicológico?.

En la ciudad de Mar del Plata a los 14 días del mes de Junio del año dos mil dieciocho, reunida la Excelentísima Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Segunda, en acuerdo ordinario a los efectos de dictar sentencia en los autos: ?HENESTROSA, Etelvina c. AMENDOLARA, Alejandro F. y otro s. Daños y Perjuicios?.

Habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los artículos 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial, resultó del mismo que la votación debía ser en el siguiente orden: Dres. Roberto J. Loustaunau y Ricardo D. Monterisi. El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes: CUESTIONES 1) ¿Es justa la sentencia apelada? 2) ¿Que pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión el Sr. Juez Dr. Roberto J. Loustaunau dijo: I: En la sentencia que obra a fs. 437/448, el Sr. Juez de primera instancia hizo lugar a la demanda entablada por Etelvina Delia Henestrosa contra Alejandro Fernando Amendolara y El Libertador S.R.L. y los condenó a pagar a la accionante la suma de pesos ochenta y ocho mil ochocientos cincuenta (\$ 88.850), mientras que para la citada en garantía ?Protección Mutual de seguros del transporte público de pasajeros? la condena se limitó a la cantidad de pesos cuarenta y ocho mil ochocientos cincuenta (\$ 48.850) incluidos en el monto anterior.

La actora, la demandada y la citada en garantía apelaron y los recursos que les fueron concedidos libremente a fs. 460, han sido fundados a fs. 462, 466, mientras que el de la codemandada ?El Libertador S.R.L.? fue desistido a fs. 469.

II: Los agravios de la actora son: a) Se agravia de la ?baja estimación? respecto del ?daño a la integridad psicofísica y a la salud? que entiende escaso al relacionar las lesiones sufridas y las secuelas con los \$ 50.000 reconocidos en la sentencia. b) Critica de igual modo ?por baja? la cuantificación del daño moral.

III: El único agravio de la citada en garantía es el relativo a la utilización de valores actualizados al momento de sentenciar, con más la tasa de interés pasiva más alta aplicada desde el momento en que se causó el daño. Sostiene el recurrente que se incurre de ese modo en una doble actualización cuanto se toman valores a la fecha de la sentencia - sin darle sustento jurídico a esa decisión - y se agrega además una tasa de interés ?compuesta? como lo es la tasa pasiva más alta, desde el momento del hecho.

Solicita que se aplique una tasa de interés pura del 8 % anual (fs. 466 vta.). IV: El recurso de la actora debe progresar. IV.1: En relación a la reparación por ?daño a la integridad física y a la salud?, el hecho de que la Sra. Henestrosa sea jubilada (es afiliada al PAMI según surge de fs. 224; testigos a fs. 267, 269, 318 respuesta a pregunta 7), es irrelevante a los fines del cálculo, porque ya lo era con anterioridad al accidente, pues como señala Matilde Zavala de González, esa situación es diferente a la de la jubilación que la víctima obtiene a raíz de la incapacidad (?Resarcimiento de daños. Daños a las personas?, ed. Hammurabi, Bs. As. 2005, Tomo 2-a, pág. 339); agrega que está fuera de discusión el derecho a ser indemnizada, si acredita que, pese a su jubilación, desarrollaba una actividad directamente lucrativa, cuyos réditos pierde a raíz de la incapacidad.

Ha acreditado que trabajaba para la empresa de cosméticos ?Mary Kay?, aunque hay diferencia en cuanto a las tareas que desarrollaba. La empresa respondió el oficio que le fuera dirigido a fs. 308, informando que mantenía una relación comercial con la firma desde el 4 de mayo de 2001, ?revendiendo nuestros productos como Consultora de ventas independiente? y que había sido invitada a participar en una Orientación a Nuevas Directoras en Buenos Aires, los días 23, 24 y 25 de febrero de 2011 a la que no asistió. La invitación comprendía alojamiento y almuerzos a cargo de la empresa por un costo estimado de \$ 800 en aquel momento.

Las testigos Scarinci, Staffa y Navarro coincidieron en que era vendedora de esos productos (fs. 267 vta., 268 vta., y 317 vta., respuestas a pregunta), aunque en la demanda sostuvo que ?no pudo volver a trabajar desde el momento del hecho dañoso, y como es directora de maquillaje en la firma Mary Kay, necesita de su presencia y sus sentidos para realizar su actividad? (fs. 79); a fs. 80 vta. reiteró que era ?directora independiente de maquillaje de la firma Mary Kay?, y a fs. 81 vta., que no pudo seguir con su trabajo, ?maquillar? ni ?cumplir con la empresa que representa?.

El tiempo verbal utilizado para responder el oficio de fs. 308 -presente - para decir que ?mantiene? una relación comercial desde 2001, sugiere que la reventa de productos continuaba, por lo menos, hasta el 2 de julio de 2014, que es la fecha de la respuesta. La actora sufrió una fractura de muñeca izquierda a la altura del extremo distal del radio, por la que fue tratada con yeso braquipalmar durante 35 días, lesión cuyo tiempo de consolidación con formación de callo óseo es de 40 días, y esguince de tobillo izquierdo (pericia médica, fs. 408 vta. y 409, puntos de pericia 1 a 3). La fractura puede generar síntomas y signos crónicos, presentándolos al momento de la pericia, ?consecuentes del trauma con fractura?, ya que tiene ?pseudoartrosis del radio?; el esguince es poco frecuente que pase a la cronicidad (puntos de pericia 4 y 5 de fs. 409).

Señalo cuáles fueron las lesiones constatadas por el perito traumatólogo, porque una muñeca fracturada no genera la misma limitación para vender productos de belleza que para maquillar, y aún en este caso,

tampoco sabemos si la izquierda es o no la mano hábil de la actora. Sus ingresos no fueron objeto de prueba. Se limitó a reclamar por el rubro la suma de \$ 80.000 (fs. 81) sin indicar cómo arribaba a ella, perdiendo la oportunidad de acreditarlos incluyendo en el oficio dirigido a Mary Kay preguntas relativas a la alegada ?representación? de la empresa, o a cuánto percibía como ?Consultora de ventas? o ?Directora de maquillaje?, independiente en ambos casos, o, interrogando a los testigos ofrecidos para obtener el beneficio de litigar sin gastos. De todas maneras no puede negarse el daño material resarcible por incapacidad y la pérdida de la aptitud productiva de la persona, en diferentes ámbitos, no sólo el laboral, pues como señala Zavala de González (ob. cit., pág. 335), muchos de los logros socioeconómicos o culturales de mayor importancia se concretan en un estadio más avanzado que el de la llamada ?vida útil?, calculada estadísticamente y como promedio no siempre equivalente en cada caso en particular.

IV.1.1: Para el cálculo de esta indemnización, la misma autora se pronuncia en favor de la que denomina solución amplia, por la que debe computarse no sólo la situación de la víctima al momento del accidente sino también sus concretas posibilidades futuras, el espectro de superación sobre la base de las expectativas efectivas de que gozaba (?Resarcimiento de daños?, ob. cit., pág. 314). Ello nos remite al interrogante que se plantea (ob. cit., pág. 319), en relación a si el valor potencial de la actividad futura -que junto a la situación precedente de la víctima integra la indemnización por incapacidad-, debe resarcirse como daño cierto y a título de lucro cesante -en sentido amplio- o bien únicamente como frustración de una chance. La cuestión, señala, tiene gran importancia práctica, porque en el primer caso, la indemnización debe ser plena y cubrir la totalidad de las ganancias perdidas, sean éstas las inherentes al mejoramiento del status económico preexistente al hecho o bien, las referidas a la actividad productiva que previsiblemente se desarrollaría más adelante; en el segundo, ?lo resarcible es sólo la mutilación de la oportunidad o probabilidad de obtención o aumento de ganancias, lo cual implica la prudencial cobertura de una proporción limitada de los montos pertinentes?.

Agrega que el tema no puede decidirse en abstracto sino en cada caso concreto, y que no siempre la valoración de las posibilidades futuras conduce a una simple chance; en ocasiones, la aptitud productiva importa un título actual no sólo de seguir obteniendo los mismos ingresos sino también de mejorarlos o aumentarlos. ?Dicho título opera con fuerza suficiente para generar un daño futuro (lucro cesante) si se conjugan determinadas circunstancias, entre las que menciona que el damnificado sea joven (ob. cit., pág. 320).

Hugo Aciarri analiza cómo debe caracterizarse el concepto indemnizable denotado por el término incapacidad, las posibles estrategias a adoptar, destacando como claramente preferible en general, por sus ventajas expositivas y de aplicación, a la que parte de mantener el carácter exhaustivo y primitivo de la distinción entre daño patrimonial y extrapatrimonial (esta Cámara, Sala II, exped. n° 156.139, ?Correa Héctor Pablo c. Izaguirre Leandro Favio s. Daños y perjuicios?, sent. del 28-8-2014, R 216 S F°918-22; conclusiones de la Comisión n°2 en las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Universidad de Lomas de Zamora, 27 a 29 de septiembre de 2007), pero pronunciándose por una tercera posibilidad alternativa, que a su criterio, explica de modo más directo la indemnizabilidad de la incapacidad por sí, y que consiste en entender que es daño patrimonial, pero no un componente del lucro cesante (ni siquiera en su versión más lata) ni un tertium genus de daño patrimonial, sino un componente particular del daño emergente (Aciarri Hugo, ?Elementos de Análisis Económico del Derecho de Daños?, Ed. La Ley, Bs. As. 2015, pág. 254, dentro del Capítulo VIII, parágrafo 4: ?El encuadre de la indemnización por incapacidad como daño emergente o lucro cesante. Su indemnizabilidad aún en casos en los que no puede observarse disminución efectiva de ingresos?). Si bien el supuesto de análisis es distinto -el caso de la persona que sigue percibiendo ingresos luego del ilícito-, estimo que las consideraciones relativas a la probabilidad o la previsión sobre cómo la damnificada hubiera podido emplear efectivamente su aptitud productiva, para evaluar si corresponde o no indemnizarla por la incapacidad sobreviniente que reclama (fs. 80, apartado V.1), son aplicables al caso de autos, en que se desconoce qué ingresos obtenía la actora con su actividad. El autor señala finalmente, que no existe una relación de estricta equivalencia entre el ingreso presente de una persona y la cuantificación de su incapacidad; no hay ninguna necesidad conceptual que lleve a valorar la disminución determinada (10 % en este caso), tomando como parámetro aplicar directamente el porcentaje sobre el monto de los ingresos que se toman como pauta para el cálculo. ?Su incapacidad podría haberse visto menguada en esa proporción, pero en una dimensión cuyo valor de mercado sea inferior, porque representa un obstáculo para tareas peor remuneradas. Lo propio, obviamente, puede jugar en sentido inverso. Ambas posibilidades son materia de debate argumentativo estándar en cada proceso?(ob. cit., pág. 259; en igual sentido Iribarne Héctor, ?De los daños a las personas?, ed. Ediar, Bs. As. 1995, pág. 522; Pizarro Ramón Daniel, Vallespinos Carlos Gustavo, ?Tratado de Responsabilidad Civil?, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2017, Tomo I, pág. 749, n°220). Hay que tener en cuenta que si se estima que esta incapacidad permanente de la víctima hubiera tenido un impacto del 10 % en su ?capacidad vital y potencialidad genérica?, no es lo mismo que decir que el valor total de esta capacidad sea del 10 % de la capacidad de generar ingresos. La distinción no es, como se ha señalado, meramente terminológica, sino que tiene impacto en el monto indemnizatorio (Rodríguez Alfaro Carolina, ?Aplicación jurisprudencial de la fórmula ?Aciarri? para cuantificar indemnizaciones por incapacidad?, Thomson Reuters, cita on line AP/DOC/998/2016, comentario a ?Ruiz Díaz c. Krey Meyer? de esta Sala II).

IV.1.2: Para cuantificar el rubro, pueden utilizarse las pautas que brinda el art. 1746

del CCCN, porque como indica Aída Kemelmajer de Carlucci, la existencia del daño se rige por la ley vigente al momento del hecho, pero el modo de liquidar puede estar regido por la ley vigente al momento de la cuantificación (?La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes?, segunda parte, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2016, pág. 261; esta Sala II, exped. n°137.518, ?Santecchia Guillermo Juan y ot. c. Basile Rubén Alfredo y ot. s. Daños y perjuicios?, sent. del 14-2-2018, R 27-S F° 125/87; exptes. n°165.213 y 165.214, ?Taddey Vanesa c. Maciel Eduardo y otro s. Daños y perjuicios?, y ?Cerizola Dante Oscar c. Maciel Eduardo y otro s. Daños y perjuicios?, sent. única del 4-6-2018, R 138-S F° 723/39; CCCAzul, Sala II, exped. n°2-60896-2015, ?Soudrelle María José c. Ferraro Jáuregui Luciano Francisco y otro s. Daños y perjuicios?, sent. del 14-6-2016; CNCiv. Sala A, ?D. V. A. C. c. A. A. M. J. A. y otros s. Daños y perjuicios?, sent. del 14-6-2017, en RCyS-2017-IX-152, cita on line AR/JUR/38915/2017, considerando II del voto del Dr. Picasso). Ante la falta de prueba sobre el efectivo ingreso, el a quo tomó como pauta para el cálculo, entre otras, la del salario mínimo, vital y móvil (al tiempo del hecho y al momento de la sentencia, fs. 443 vta. tercer párrafo), decisión que no fue cuestionada por las partes; es la que ha utilizado reiteradamente esta Sala cuando no se ha podido acreditar la cuantía de los ingresos tomados como base para reparar, y de acuerdo a los valores más próximos a la sentencia (arg. art. 772 del CCCN; SCBA, causa C. 101.107, ?Arbizu Víctor Esteban y otros c. Provincia de Buenos Aires s. Expropiación inversa?, sent. del 23-3-2010; causa C. 117.926, ?P.M.G. y otros c. Cardozo Martiniano Bernardino y otros s. Daños y perjuicios?, sent. del 11-2-2015; Alterini Atilio, Ameal Oscar, López Cabana Roberto, ?Derecho de Obligaciones?, ed. Abeledo Perrot, Bs. As. 1995, pág. 266; esta Sala II, exped. n°131.976, 131.833 y 130.138, ?Suárez Jorge Oscar y otra c. Mesa Argentino Enrique s. Daños y perjuicios?, ?Caparrós María Soledad c. Mesa Argentino Enrique s. Daños y perjuicios?, ?Royal Sunalliance Seguros Argentina SA c. Mesa Argentino Enrique s. Repetición de sumas de dinero?, sent. única del 16-3-2016, R 56-S F°269/93, exped. n°136.476, ?Lattanzi Vicente c. Henrik Daniel y otros s. Daños y perjuicios?, sent. del 31-11-2008, R 594 (S) F° 4158/67; causas ?Taddey? y ?Cerizola? citadas). El último importe del SMVM establecido por Resolución n°3-E/2017 del Consejo Nacional del Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo, Vital y Móvil (www.trabajo.gov.ar), a partir del 1-1-2018 asciende a la suma de \$ 9500.

IV.1.3: A la hora de efectuar el cálculo de la indemnización, entre las múltiples opciones creadas por doctrina y jurisprudencia, esta Sala II viene aplicando la fórmula diseñada por el Dr. Hugo Acciarri, quien ha propuesto un método de cuantificación superador de los preexistentes, y además ha creado una sencilla herramienta de cálculo (en planillas de Excel) que permite verificar, controlar y eventualmente impugnar la decisión adoptada (esta Cámara, Sala II, exped. n°161.169, ?Ruiz Díaz José Aurelio c. Kreymeyer Iván y otra s. Daños y perjuicios?, sent. del 18-8-2016, R 196-S F°1035/48; exped. n°162.661, ?Barcos Carlos Alberto c. Depaoli Andrés Hernán s. Daños y perjuicios?, sent. del 10-11-2017, R 279-S F°1412/32; véase, Acciarri, Hugo, A. "Fórmulas y herramientas para cuantificar indemnizaciones por incapacidad en el nuevo Código", publicado en: *La Ley*, 15/07/2015, 1; del mismo autor, «Planilla para el cálculo del valor presente de incapacidades sobre la base de considerar ingresos futuros constantes o variables, ciertos o probables», y aplicativo Excel, ambos disponibles en el sitio web del Departamento de Derecho de la Universidad Nacional del Sur: www.derechouns.com.ar -último día de visita, 26-10-2017-; en forma complementaria, seguiré en lo sucesivo las ideas expuestas en Acciarri, Hugo - Irigoyen Testa, Matías, "La utilidad, significado y componentes de las fórmulas para cuantificar indemnizaciones por incapacidades y muertes", publicado en: *La Ley*, 09/02/2011, 1, *La Ley* 2011-A, 877; de los mismos autores, ?Algunas acotaciones sobre las fórmulas para cuantificar daños personales?, publicado en: RCyS 2011-VI, 22). Su fórmula es la que sigue: En ella, [A1...An] corresponde al ingreso implicado para el período anual 1...n =ingreso por porcentaje de incapacidad; [i], corresponde con la tasa de descuento para cada período anual computado, [e1...en], corresponde a la edad al momento en que debería percibirse cada suma correspondiente al ingreso anual A1...An y ["P"] refiere a la probabilidad de que en el período A (de A2 hasta An) se perciba un ingreso incrementado -positiva o negativamente-respecto del ingreso del período precedente (An-1). Hay que tener en cuenta que cuando utilizamos fórmulas, nos estamos refiriendo a la faz patrimonial de las actividades o dimensiones afectadas -vida de relación, actividades sociales, esparcimiento, deportivas, labores hogareñas-. Si no se reclama el daño patrimonial derivado de la disminución de las aptitudes productivas no remuneradas, la indemnización de esa merma se proyecta en la esfera extrapatrimonial (Acciarri Hugo A., ?Elementos...?, ob. cit. pág. 243). En la demanda no está claramente delimitado cuáles han sido los daños sufridos en una y otra esfera, pues se advierte que los hechos configurativos del daño a la integridad física (incapacidad) y del daño moral se superponen o reiteran, haciendo hincapié en no haber podido asistir a una capacitación en Buenos Aires (fs. 80 vta. último párrafo y 81, fs. 81 punto C), y no en la concreta repercusión patrimonial sufrida. A fin de proceder a la carga de datos que me permita obtener la renta capitalizada que prescribe el art. 1746 del CCCN (sistema que con anterioridad a la vigencia del nuevo código ya había sido utilizado por la Sala II de esta Cámara, en exped. n°117.500, ?Capatto Graciela c. Setten Juan s. Daños y perjuicios?, sent. del 29-4-2007, R 70 -S F°465/472), voy a tomar en cuenta las siguientes variables: i) Edad inicial: 69 años (nació el 6-10-1948, fs. 3; he optado por la opción a) del Instructivo de uso de la Planilla para el cálculo mencionada, www.derechouns.com.ar; art. 772 del CCCN, esta

Cámara, Sala II, exped. 161.169 y 162.661 citados), es decir la edad que tiene al momento del dictado de esta sentencia. Ante la imprecisión del reclamo, que enuncia un monto sin indicar límites temporales, tendré en cuenta los datos publicados por el Indec para la provincia de Buenos Aires, sobre la expectativa de vida para las mujeres que es de 78,69 años (www.indec.gov.ar, ?Población?, punto 3: Proyecciones de mortalidad, Esperanza de vida al nacer por sexo en la Provincia de Buenos Aires). ii) Porcentaje de incapacidad: 10 % determinado por la pericia a fs. 409. iii) Tasa de descuento: se aplica una tasa de interés puro del 4 % anual (sin el componente inflacionario), que se va a descontar por el adelanto de sumas futuras (exped. 161.169 y 162.661). iv) Los ingresos y períodos de percepción: Ante la falta de prueba, a los fines de la carga de datos para obtener la renta correspondiente a este parcial, tomaré en cuenta como ingreso inicial el salario mínimo vital y móvil que, como adelanté, asciende a la suma de \$ 9500 (a partir del 1-1-2018). No tengo en cuenta el probable S.A.C. porque tanto la actora como la empresa ?Mary Kay? afirmaron que trabajaba en forma independiente. v) La posibilidad de incremento: en atención a que he elaborado una proyección presuntiva de ingresos, y a la edad de la víctima, no computo probables incrementos en el período a calcular. Aplicadas estas variables al aplicativo referido, que se agrega por separado formando parte de esta sentencia, se pueden controlar tanto los datos como el resultado, y analizar la representación gráfica de ellos y de la evolución prevista, tomando los ingresos presumidos sólo como parámetro para la cuantificación. Para cada año de ingreso probable de la actora, la columna de la derecha representa el ingreso anual presunto proyectado y la columna de la izquierda el valor esperado del ingreso. El cálculo para indemnizar este rubro arroja así la suma de \$ 84.762,78. i) La indemnización correspondiente al período transcurrido entre el momento del hecho -17 de febrero de 2011- y la actualidad, tal como apunta con acierto Acciarri, no constituye un ingreso futuro frustrado sobre el cual corresponda aplicar la mentada fórmula sino un ingreso pasado ya perdido, que debe ser cuantificado como una deuda ordinaria en mora (aut. cit., ?Planilla para el cálculo del valor presente de incapacidades sobre la base de considerar ingresos futuros constantes o variables, ciertos o probables?). Con el mismo criterio mencionado, consistente en fijar las indemnizaciones al momento más próximo a la sentencia (arg. art. 772 del CCCN, exped. n°131.976, 131.833 y 130.138 ya citados), entiendo que corresponde tomar el valor actual del salario mínimo vital y móvil (\$ 9500), y aplicarle el porcentaje de incapacidad (10 %), de lo que resulta la suma de \$ 950. En esta etapa anterior debo efectuar una distinción entre el lucro cesante, que no fue reclamado (ver demanda punto V ?daños? a partir de fs. 80; art. 330 inc. 3 del CPCC), y la incapacidad propiamente dicha, pues como señala Matilde Zavala de González (ob. cit., pág. 241), "las consecuencias materiales o económicas atinentes a los llamados lucro cesante e incapacidad no varían en lo fundamental, de modo que no hay verdadera diferencia - esencial u ontológica - entre esos rubros en lo que hace al daño mismo. En ambos casos nos hallamos ante un lucro cesante, solo que en la primera hipótesis éste se conecta con la etapa terapéutica y hasta el momento del restablecimiento, y en la segunda hipótesis se atiende a secuelas no corregibles sino luego de un mayor plazo (incapacidad transitoria) o bien no subsanables en modo alguno (incapacidad permanente)" (la cursiva y resaltado me pertenecen). El tiempo que se necesita para la consolidación de la lesión sufrida con formación de callo óseo, es de acuerdo a la pericia, de 40 días (fs. 409), por lo que computaré el período transcurrido entre el 29 de marzo de 2011 (40 días desde el 17 de febrero del mismo año) y la fecha de esta sentencia. Habiendo transcurrido 7 años y 2 meses (86 meses) resulta una indemnización de \$ 81.700 por este parcial ($950 \times 86 = 81.700$, nuevamente sin computar SAC). El monto total para indemnizar el rubro asciende así a la suma de \$ 166.462,78 ($\$ 84.762,78 + \$ 81.700 = \$ 166.462,78$). IV.2: El a quo fijó una indemnización para reparar el daño moral de \$ 20.000 teniendo en cuenta las lesiones sufridas, la edad de la actora, las secuelas, el 10 % de incapacidad física y el contenido del informe psicológico que le permitieron concluir que el accidente había afectado su libertad individual y las actividades que hacen a la vida de relación (fs. 444 vta.). La accionante había reclamado \$ 40.000 (fs. 81 vta.), y por ello ahora, en escueta crítica, solicita la elevación ?teniendo en cuenta los padecimientos físicos y psíquicos sufridos? (fs. 464). Zavala de González señalaba que ?el cuánto por daño moral constituye un inmenso agujero negro en la galaxia del derecho de daños? (Zavala de González Matilde, ?Cuánto por daño moral?, Ed. Hammurabi, Bs.As. 2005, pág. 77), y como pauta interpretativa, puede tomarse en cuenta que el art. 1741 del CCCN establece que el monto indemnizatorio de las consecuencias no patrimoniales ?debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que puedan procurar las sumas reconocidas?. El apuntamiento racional del monto de la reparación del daño moral, pasa principalmente por fijar sumas indemnizatorias similares a los correspondientes a iguales perjuicios, razón por la cual no se requiere otra argumentación que lo escaso o excesivo comparado a situaciones semejantes, con detalle de los motivos por los cuales el modo de estar disvalioso, y diferente al que tenía la víctima antes del hecho dañoso, no se encuentra suficientemente reparado por la suma otorgada (Zavala de González Matilde, ?Cuánto por daño moral?, ob. cit., pág. 80 y sgtes.; Carlos Viramonte y Ramón Daniel Pizarro, ?Cuantificación de la indemnización por daño moral en la jurisprudencia actual de la Sala Civil y Comercial del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba: el caso L. Q.? en La Ley Córdoba 2007, Junio página 465; esta Sala II, exped. 155.233, ?Hartman Nilda c. Antunno José y ot. S. Daños y perjuicios?, sent. del 20-2-2014, R 39S F°169/74; exped. n°158.539, ?Salas Rubén c. Agüero Angel y ot. s. Daños y perjuicios?,

sent. del 7-7-2015 R160 S F°782/99). Para evaluarlo tendré en cuenta: a) la afectación física padecida por la actora, establecida en la pericia en un 10 % (fs. 409), y el lapso que insumió la consolidación de la lesión. b) las afecciones espirituales descritas en la pericia psicológica de fs. 237-238, presentada en julio de 2013, que señala que luego de realizar algunos cuestionarios, se evidencian síntomas de trastorno por estrés postraumático (fs. 237 vta.), y trastorno de angustia por agorafobia (fs. 238), con una alteración de sus esferas emocional, social y laboral (fs. 238), sin que el cuadro haya decrecido en el tiempo transcurrido hasta la realización de la pericia. La profesional describió presencia de inseguridad, baja autoestima y recomendó terapia durante dos años, con una frecuencia semanal, con opción a un año más con frecuencia quincenal (fs. 238 vta.). Las circunstancias analizadas determinan, de conformidad con las pautas utilizadas por esta Sala II (causas n° 144.251, 141.569, 134.633, 135.128), que la reparación fijada resulte insuficiente en orden a la satisfacción del crédito por indemnización del daño moral, por lo que propondré al acuerdo que se la eleve a la suma de pesos cuarenta mil (\$ 40.000) reclamada en la demanda, a fin de otorgar una indemnización similar frente a perjuicios iguales (esta Sala II, exped. n°147.147, ?Dona Marta Beatriz c. Farmacia Musceta SCS s. Daños y perjuicios?, sent. del 10-6-2011, R89(S) F°496/500; n°133.387, ?Lescano Pabla c. Escariz Hugo s. Daños y perjuicios?, sent. del 2-11-2011, R249 (S) F°1276/80; exped. n°152.306, ?Cataldo Héctor Enrique c. Transportes 25 de Mayo y otros s. Daños y perjuicios?, sent. del 14-3-2013, R 44S F°181/88; exped. n°157.719, ?Chuliber Elaba Ethel c. Supermercados Mayoristas Makro s. Daños y perjuicios?, sent. del 3-9-2015, R 225 S F°1103/5; exped. n°156.139, ?Correa Héctor Pablo c. Izaguirre Leandro Favio s. Daños y perjuicios?, sent. del 28-8-2014, R 216 S F°918/22; exped. n°155.233, ?Hartman Nilda c. Antunno José y otro s. Daños y perjuicios?, sent. del 20-2-2014, R 39 S F°69/74; exped. n°144.183. ?Gómez García Macarena c. Leiva Juan Carlos s. Daños y perjuicios?, sent. del 25-3-2014, R 90 S F°331/6; exped. n°154.206, ?Catalán Jorgelina del Carmen c. Transportes 25 de Mayo SRL s. Daños y perjuicios?, sent. del 19-9-2013, R 224 S F°991/3; expediente n°128.711, ?Rodríguez Miriam c. Transporte Ómnibus Gral. Pueyrredón s. Daños y perjuicios?, sent. del 2-2-2016, R 2S F°5/12; exped. n° 159.096, ?Bañuls Adriana Elena c. Noblia Olga Miriam s. Daños y perjuicios?, sent. del 3-5-2016, R 101-S F°514/28, entre otras). V: Considero que el recurso de la citada en garantía también debe progresar. a) Conforme la doctrina legal de la SCBA, ?los jueces se hallan facultados para fijar el quantum indemnizatorio tanto a la fecha del hecho como al momento de dictar sentencia y aún diferirlo a las resultas del procedimiento que considere pertinente -art. 165, C.P.C.C.-, todo a fin de lograr una mejor reparación del daño causado? (causas 44.415, 117.926; 58.663 ?Díaz? sentencia del 13-II-1996: 60.168 ?Venialgo sentencia del 28-X-1997; 59.337 ?Quiroga?, sentencia del 17-II-1998; en igual sentido este Tribunal Sala II causas n° 131.976, 131.833, 130.138, 159.764, entre otras ?...el momento al cual corresponde realizar la cuantificación del daño, es el más cercano al efectivo pago resultando aplicable a esta decisión el art.1083 de la ley 340 (modificada por ley 17.711), similar al art. 1740 del CCyC que prevé además la reparación ?plena?, en coincidencia con el art.772 del mismo ordenamiento?). La doctrina legal citada, incluía implícitamente las sumas destinadas a reparar daños entre las deudas de valor, en el sentido que siempre les ha reconocido la doctrina, aún antes de la vigencia del actual art. 772 del Código Civil y Comercial (Alterini, Atilio A ?Las deudas de valor no se encuentran alcanzadas por la ley 23.928 de convertibilidad del austral en LL 1991-B,1048), habiendo referido recientemente la SCBA que la solución se adecua a lo que prescribe esa norma (causa 120.536 del 18.4.18 ?Vera, Juan c. Provincia de Buenos Aires?). Se evita así, recurrir al desplazamiento de un nominalismo que tiene ?considerables excepciones expresas? (SCBA 120.536 considerando II.3.e.vii) o que pese a quedar ?vacío de contenido? (Ariza, Ariel ?Senderos del nominalismo? en LL 2010-F,635 con cita de Félix A. Trigo Represas, Casiello-Mendez Sierra, y Alterini), ha sido ratificado por la jurisprudencia (CSJN, ?Massolo, Alberto Jorge c/ Transporte del Tejar S.A?, 20/04/2010; SCBA: B 49.193 BIS "Fabiano, Julio Esteban contra Provincia de Buenos Aires (P. EJEC.). Incidente de determinación de indemnización?). Por ello la doctrina que aquí se cita ha sostenido la determinación del valor de reparación del daño al momento del efectivo pago, como modo de paliar las injusticias que genera el nominalismo, y sin tener que recurrir a la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 7 y 10 de la ley 23.928 ratificados por la ley 25.561 (Ariza, Ariel ?Senderos del nominalismo? en LL 2010-F,635 con cita de Félix A. Trigo Represas, Casiello-Mendez Sierra, y Alterini), con mayor viabilidad si cabe, luego de que éstas fueran admitidas en el art. 772 del Cód. Civil y Comercial en la medida en que ello implica una confirmación por ley posterior de que el sistema no es incompatible con las normas relativas al nominalismo (arts. 7 y 10 de la ley 23.928). b) En lo que hace a la tasa de interés, ha quedado modificada recientemente la doctrina legal de la SCBA, que esta Sala II seguía. Hasta Abril de 2018, la mayoría de nuestro Superior Tribunal resolvía que los intereses moratorios deben liquidarse desde el día del hecho dañoso y sin distinguir según el tipo de rubro indemnizatorio que se trate o el valor actual o histórico que hubiere sido tenido en cuenta para su cuantificación dineraria?(Cabrera, Pablo David contra Ferrari, Adrián Rubén. Daños y perjuicios? causa C. 119.176, del 15/06/2016). Incluso se ha reseñado expresamente que la decisión recaída en ?Cabrera...? fue motivada por un recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto contra la sentencia dictada por la Sala Segunda de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Bahía Blanca, en la cual modificó la sentencia de primera

instancia que, a su turno, había hecho lugar a una demanda de daños y perjuicios por un accidente de tránsito. La Alzada había modificado algunos rubros indemnizatorios y, en lo que respecta a la tasa de interés moratoria, había fijado la aplicación de una alícuota del 4% anual desde la fecha del accidente hasta el dictado de la sentencia, y desde ese momento hasta el efectivo pago -junto al resto de los conceptos concedidos- de acuerdo a la tasa pasiva que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires.? Tal criterio fue reiterado unos pocos meses después en la causa "Padín, Martín Aníbal contra Municipalidad de Olavarría. Daños y perjuicios" (SCBA, C. 116.930, sent. del 10/08/2016) donde la Casación señaló (ahora expresamente) que no se configura una doble actualización cuando a un rubro indemnizatorio calculado a valores actuales se le aplica una tasa moratoria desde la fecha del hecho: los intereses moratorios -afirmó el Máximo Tribunal- se reconocen ipso iure desde la fecha de la mora y no constituyen un modo de actualización del capital sino que buscan resarcir el daño que al actor ocasiona el incumplimiento del deudor y poseen como causa la privación al dueño del capital que el deudor no tiene derecho a retener (fallo cit., considerando "3.e" del voto del Dr. Pettigiani)? (los párrafos entrecomillados fueron extraídos del voto del Dr. Monterisi en la causa 161.257). El cambio de criterio se advierte en la causa ya citada (Vera, Juan c. Provincia de Buenos Aires? n° 120.536; ídem 121.134 del 3.5.18 ?Nidera c. Provincia de Bs.As.?) donde la mayoría recordó que la SCBA ha sido cuidadosa en no identificar la estimación de los rubros indemnizatorios a valores actuales, con la utilización de mecanismos indexatorios de ajuste o reajuste según índices, pues la operación matemática de estos últimos es diferente del justiprecio de un valor según la realidad económica existente al momento en que se pronuncia el fallo, aunque ambos se asemejan en cuanto evidencian una respuesta frente al impacto negativo de factores económicos notorios, como los derivados de las altas tasas de inflación experimentadas a partir de la pasada década (considerandos II.3.e.ii y II.3.e.vii, causa Vera), por lo que concluye que ?cuando sea pertinente el ajuste por índices o bien cuando se fije un quantum a valor actual, ..., en principio debe emplearse el denominado interés puro a fin de evitar distorsiones en el cálculo y determinación del crédito?, para luego establecer la alícuota en el 6% anual. Por ello, si se toman en cuenta valores actuales para el cálculo de la indemnización, entiendo que no puede mantenerse la tasa fijada en la sentencia, pues implicaría otro ajuste más por la misma causa, generando un enriquecimiento indebido. Es que la adopción de los valores más cercanos a la sentencia atiende al carácter de ?deuda de valor? de la reparación del daño, y como tal consiste en cantidades determinables a ese momento o al más inmediato anterior, pero también la tasa de interés ?nominal?... ?contiene una fuerte previsión por depreciación de la moneda? (Villegas y Schujman ?Intereses y Tasas? Abeledo-Perrot Bs.As.1991 p. 103) con lo que la incidencia del mayor valor se incorporaría dos veces. Dicho de otro modo: la aplicación simultánea a un mismo crédito del valor ?actual? (por el más cercano a la sentencia) del capital y el accesorio a una tasa ?nominal?, en palabras de la mayoría de la SCBA, ?conduce a un resultado desproporcionado, que sobrestima la incidencia de ciertos componentes sin causa justificada y arroja un resultado que excede de la expectativa razonable de conservación patrimonial? (considerando II.3.e.i.i.i causa ?Vera?). De allí que la Corte Provincial haya decidido aplicar la tasa pura hasta ?el momento tenido en cuenta para la determinación de la deuda?, pues de aplicarse una tasa nominal - ?incidida por la inflación? (Alterini, A.A. ?La tasa de interés en la recomposición de la deuda dineraria? en Temas de responsabilidad civil edit. Ciudad Argentina, Bs.As.1995, p.143) - se estaría computando el valor ?actual? y también esa previsión que toma en cuenta el mayor valor de los bienes frente al signo monetario. La Sala II que integro ha receptado la nueva doctrina legal de la SCBA, en la sentencia única dictada en las causas ?Taddey Vanesa c. Maciel Eduardo y otro s. Daños y perjuicios?, y ?Cerizola Dante Oscar c. Maciel Eduardo y otro s. Daños y perjuicios?, del 4 de junio de 2018 (exped. n°165.213 y 165.1214, citados). Al adherir a mis argumentos en esa sentencia, mi distinguido colega de Sala, agregó: ?Adviértase que no se trata de modificar el interés que percibe el actor como complemento que se devenga ex lege y que tiene como función indemnizar el daño moratorio (esto es, aquel que sufre el acreedor por el retraso del deudor en el cumplimiento de la obligación). Por el contrario, el sistema de liquidación que ahora propone la Suprema Corte local ... lo que permite es evitar que los intereses moratorios terminen cumpliendo una función que -en principio- no le es propia: mantener el contenido económico de un capital que, en este caso en particular, ya se encuentra expresado en valores actuales (art. 622 del Cód.Civ. -Ley 340- y 768 y sig. del Cód.Civ.Com. -Ley 26.994-)? (con cita del criterio concordante seguido por la CSJN en el fallo "Fontana, Mariana A. c/ Brink's Argentina S.A. y ot.", sent. del 03/10/2017, en el que la Corte reiteró su posición -o al menos lo hizo implícitamente- al resolver que la utilización de tasas bancarias para liquidar intereses sobre un capital estimado a valores actuales es una modalidad "que exhibe una evidente orfandad de sustento" -considerando 8°-). c) De este modo, el recurso de la citada en garantía debe progresar, y corresponde modificar la sentencia estableciendo que para los rubros ?daño a la integridad física? y ?daño psicológico?, debe aplicarse una tasa pura del 8 % anual, en atención a lo expresamente solicitado a fs. 466 vta. (art. 163 inc. 6 del CPCC), desde que se produce cada daño (arg. art. 1748 del CPCC) y hasta el momento de la determinación del valor, que a mi juicio, es aquél a partir del cual no se produce la superposición de incrementos que se ha buscado evitar, y que para cada rubro se determina en el siguiente considerando. VI: La forma en que he propuesto que se resuelva el recurso de apelación de la citada en garantía, me obliga a efectuar una precisión sobre los intereses establecidos en la

sentencia de primera instancia. El a quo decidió que se liquidaran a la tasa pasiva más alta que aplica el Banco de la Provincia de Buenos Aires desde la fecha del hecho (SCBA, causa C. 119.176, ?Cabrera?, sent. del 15-6-2016) para todos los rubros, con excepción de los gastos médicos y de farmacia (fs. 447). VI.1: En razón de lo expuesto, respecto al rubro daño a la integridad física, considero que debe distinguirse entre el monto estimado como deuda en mora (considerando IV.1.3 apartado i) y el calculado en base a la fórmula matemática (considerando IV.1.3), tanto en lo relativo a la tasa de interés a aplicar como al inicio de su cómputo. i) Con respecto al primero, es decir la suma de \$ 81.700, habiendo cuantificado este aspecto del daño sufrido en base al valor del salario mínimo fijado a partir del 1.1.2018, y por imperio de la doctrina de la SCBA reseñada, corresponde ajustar la condena accesoria de intereses, disponiendo que con relación a este rubro del daño se calculan a la tasa ?pura? del 8% anual desde el 29.3.2011 (fecha de la consolidación de la lesión ósea según la pericia médica, luego de la cual se estableció la incapacidad; art. 1748 del CCCN) hasta el 1.1.2018, y a partir de allí y hasta el efectivo pago, a la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos en sus depósitos a treinta (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 debe ser diario con igual tasa (SCBA ?Vera? ya citada conf. arts. 622 y 623, Código Civil de Vélez Sarsfield; 7 y 768 inc. "c", Cód. Civ. y Com.; 7 y 10, ley 23.928 y modif.). ii) Al monto calculado mediante la fórmula matemática (\$ 84.762,78), deberá aplicarse la tasa fijada en el fallo de primera instancia, pero calculada a partir del vencimiento del plazo de diez (10) días de notificada esta sentencia, en razón de que contempla períodos de ingresos que aún no se hubieran producido (esta Sala II, exped. n°161.169, ?Ruiz Díaz José Aurelio c. Kreymeyer Iván y otra s. Daños y perjuicios?, sent. del 18-8-2016, R 196-S F° 1035/48 ya citada). VI.2: En relación al rubro ?daño psicológico?, en el que se ha cuantificado el costo del tratamiento aconsejado por la perito, el último valor ?actual? o más próximo a la sentencia es el determinado en el dictamen pericial con fecha 10 de julio de 2013 (fs. 238 vta.), por lo que los intereses deberán ser liquidados a la tasa pura del 8 % anual hasta esa fecha -10.7.2013-, y a partir de allí y hasta el efectivo pago a la tasa fijada en el considerando 6 de la sentencia de primera instancia (fs. 446 vta.). Por las razones y citas legales expuestas voto por la NEGATIVA El Sr. Juez Dr. Ricardo D. Monterisi votó en igual sentido y por los mismos fundamentos. A la segunda cuestión el Sr. Juez Dr. Roberto J. Loustaunau dijo:

Corresponde: I) Hacer lugar al recurso de la actora y elevar el monto de las indemnizaciones por ?daño a la integridad física? y daño moral, a las sumas de \$ 166.462,78 y \$ 40.000 respectivamente, modificando así la sentencia de primera instancia. II) Hacer lugar al recurso de apelación de la citada en garantía Protección Mutua de Seguros del Transporte Público de Pasajeros, y modificar la sentencia apelada, disponiendo que para los rubros ?daño a la integridad física? y ?daño psicológico?, los intereses deberán ser liquidados a las tasas y desde el momento que para cada uno de ellos se establece en los considerandos VI.1 y VI.2. III) Imponer las costas de segunda instancia por el recurso de la accionante a la citada en garantía y a la demandada en atención a su contestación de fs. 477-478, y por el de la citada en garantía a la actora (art. 68 del CPCC). IV) Se difiere la regulación de honorarios para la oportunidad del art. 31 de la ley 14.967. ASÍ LO VOTO El Sr. Juez Dr. Ricardo D. Monterisi votó en igual sentido y por los mismos fundamentos. SENTENCIA Con fundamento en el acuerdo precedente se dicta la siguiente sentencia: I) Se hace lugar al recurso de la actora y se modifica la sentencia de primera instancia, elevando el monto de las indemnizaciones por ?daño a la integridad física? y daño moral, a las sumas de \$ 166.462,78 y \$ 40.000 respectivamente. II) Se hace lugar al recurso de apelación de la citada en garantía Protección Mutua de Seguros del Transporte Público de Pasajeros, y se modifica la sentencia apelada, disponiendo que para los rubros ?daño a la integridad física? y ?daño psicológico?, los intereses deberán ser liquidados a las tasas y desde el momento que para cada uno de ellos se establece en los considerandos VI.1 y VI.2. III) Las costas de segunda instancia por el recurso de la accionante se imponen a la citada en garantía y a la demandada en atención a su contestación de fs. 477-478, y por el de la citada en garantía a la actora (art. 68 del CPCC). IV) Se difiere la regulación de honorarios para la oportunidad del art. 31 de la ley 14.967. Regístrese. Notifíquese personalmente o por cédula (art. 135 del CPCC). Devuélvase

033322E