

## Accidente De Transito Pasajero De Remis Rubros Indemnizatorios

### JURISPRUDENCIA

### Accidente de tránsito. Pasajero de remis. Rubros indemnizatorios

Se modifica el monto indemnizatorio y se confirma el resto de la sentencia que hizo lugar a la demanda por daños y perjuicios derivados de un accidente de tránsito, en el cual resultara gravemente lesionada la actora, quien era transportada por un remis que embistió bruscamente la parte trasera de una camioneta que circulaba delante suyo. En la ciudad de Mercedes, Provincia de Buenos Aires, a los 18 días del mes de Diciembre del año dos mil dieciocho, se reúnen en Acuerdo Ordinario los señores Jueces de la Sala Segunda de la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes de la Provincia de Buenos Aires, doctores LAURA INES ORLANDO Y TOMAS MARTIN ETCHEGARAY con la presencia del Secretaria actuante, para dictar sentencia en el Expte. n° 30.863 en los autos: ?SUCEORES DE MONTIVERO MARIA CRISTINA C/MIORI OSCAR DIONISIO Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJ.-RESP EST.-POR USO DE AUTOMOT.(C/LES.O MUERTE) ?.- La Cámara resolvió votar las siguientes cuestiones de acuerdo con los artículos 168 de la Constitución y 266 del Código Procesal. PRIMERA: ¿Es nula la sentencia de fs. 697/708? SEGUNDA: En su caso, ¿es justa en como decidió la responsabilidad de la citada en garantía? TERCERA: También en su caso, ¿es justa en como resolvió los distintos ítems de la indemnización que vienen apelados? CUARTA: ¿Qué resolución corresponde dictar? Practicado el sorteo de ley dio el siguiente resultado para la votación: Dres. Tomás Martín Etchegaray y Laura Inés Orlando.- VOTACION A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA, el señor Juez doctor Tomás Martín Etchegaray dijo: I)- Antecedentes del recurso. Contra la sentencia de fs. 697/708, dictada el 10 de abril de 2018, que hizo lugar a la demanda promovida por María Cristina Montivero, hoy sus herederos, y en consecuencia condenó a Dionisio Oscar Miori y a la citada en garantía ?Liderar Cia. Gral. de Seguros SA? a pagar la suma de \$ 106.800, con más intereses y costas, apelaron la parte actora (fs. 709), y la citada en garantía (fs. 715), recursos que les fueron concedidos libremente (fs. 710 y 716 respectivamente). Convocados a expresar agravios (fs. 720, II), lo hicieron mediante escrito soporte papel la actora (fs. 725/729), y en escrito electrónico ingresado el 06-08-2018 ?Liderar? (fs. 730). Este último mereció réplica de su contraparte (fs. 731/739vta.). Llamados ?autos para sentencia? (fs. 740, II), consentido, y practicado el pertinente sorteo (misma foja, vuelta), quedó la causa en condiciones de ser votada (CPC 34 inc. 3° - c, y 263). II)- Los recurrentes atacan por nulidad la sentencia apelada aduciendo que padece de serios defectos en su fundamentación. De ahí la razón del diseño del tema de ésta primera cuestión. III)- Sabido es que el recurso ordinario de nulidad carece de autonomía. La ley le dedica solo el artículo 253 del CPC, que se limita a decir que el recurso de apelación comprende el de nulidad por defectos de la sentencia, sin detenerse a reglamentar de cuales defectos se trata. Desde ya que en principio se admite que son los defectos de forma del acto en el que se materializó la resolución susceptible de recurso de apelación. En tal sentido, esto es el de las formas procesales (escritura del acto, su data, idioma, firmas, etc.), son causales claras de nulidad la falta de fecha, o de indicación del lugar en que la resolución se dicta: CPC 160, 161, 163 inc. 1°. Pero ya si lo que le falta es la firma del juez (160, 161, 163 inc. 9° CPC), o la resolución no se expresó por escrito (160), se estará no ante un acto nulo, sino inexistente, porque tanto la firma como la escritura son elementos formales, pero constitutivos, del acto procesal de que se trata. De todos modos, también el recurso de nulidad es seguramente la vía procesal más apta para despojar de efectos a tales actos anómalos, o no-actos. Pero los defectos nulificantes también pueden ser de orden sustancial, como lo son la falta de fundamentos en una sentencia interlocutoria (CPC 34 inc. 4° y 161 inc.1°) y con más razón aun en una sentencia definitiva de primera instancia, que además requiere de la cita legal que se aplica (CPC 163 inc. 5°). También se estará ante causales de nulidad cuando el acto no respeta el principio de congruencia (CPC 34 inc. 4° y 163 inc. 6°), es decir que el juez no satisfaga su deber de pronunciarse con sujeción a las pretensiones deducidas en el juicio, tanto respecto de las personas que actúan como de las cuestiones que plantean, y debe hacer la consideración por separado de todas las cuestiones que hacen al objeto del juicio (CPC 163 inc. 3° y 4°). Se tratan la fundamentación y la congruencia, de recaudos sustanciales, porque son los que permiten a la parte conocer el itinerario intelectual del juez, para poder controlarlo y eventualmente refutarlo (CPC 260) en un recurso. Justamente, la falta de esos elementos sustanciales, no le han de permitir al agraviado hacer una crítica de los errores, ya que ella implica desandar el camino del juez hasta encontrar en que punto del mismo hubo un desvío tomado equivocadamente. Y en general, habrá nulidad cuando el dictado de una resolución importa la transgresión de una prohibición expresa (arg. arts. CC 18 y 1037), vg. cuando la sentencia civil precede a la penal (CC 1101). Pero todo otro defecto de la sentencia o resolución que pueda ser subsanado por la apelación, no es materia del recurso ordinario de nulidad. Porque de tal modo el defecto no le causará perjuicio irreparable al recurrente. Sabido es que sin perjuicio no hay nulidad o ?pas de nullité sans grief? (Ibañez Frocham, ?Tratado de los Recursos...?, pág. 204, n° 102). Es que los principios de trascendencia y conservación que consagran los arts.169 y 172 del CPC descartan la

declaración de nulidad cuando las irregularidades pueden ser remediadas. Así, vg., se ha dicho que no ocasionan la nulidad de la resolución la falta de mención del plazo otorgado para el cumplimiento de la condena (CPC 163 inc. 7°), o la falta de pronunciamiento sobre costas (CPC 183 inc. 8°), ya que a la Alzada le es permitido decidir sobre esos puntos omitidos en las condiciones del CPC 273. Es de ver que el apelante, en el agravio ?A? rotulado ?fundamentación de la sentencia?, para pedir la nulidad, se limita a pretender encorsetar en general los argumentos de la a-quo para desestimar su defensa de ?no seguro? en las categorías jurídicas comprendidas en el abanico de causales de ?sentencia arbitraria?, creación pretoriana de la Corte Suprema Nacional para dar cabida a revisión de fallos notoriamente injustos pero que no ingresaban a su conocimiento natural según la letra del art. 14 de la ley 48, sino cuando se generó esa apertura por vía de una interpretación extensiva de la garantía constitucional a un debido proceso (CN 18); causales magistralmente descriptas por Genaro Carrión en ?El recurso extraordinario por sentencia arbitraria?, obra que funge como telón de fondo de la pretensa nulidad articulada en la expresión de agravios. En el caso, los argumentos del a-quo existen, y su eventual error es materia de tratamiento del recurso de apelación, que confirma o revoca, pero que no anula. Argumentos que por tratarse de eventuales errores in judicando, son perfectamente abordables en ésta instancia. Pero en ese capítulo el recurrente no señala ningún argumento en particular como arbitrario. Después, ya en fundamento de la apelación, se queja de la interpretación que la a-quo hizo de las condiciones establecidas en la póliza, y en el dictamen del perito contador. Como se ve, los argumentos traídos para fundar una inexistencia de fundamentos como causal de nulidad de la sentencia no son aptos para que a ésta última se la declare nula. Porque, como ya he dicho, los argumentos o fundamentos están, fueron expresados y apoyados en normas jurídicas, por lo que su eventual error no significa que no existan. Como en el caso ocurre: si se tiene que discutir un argumento, como luego lo hace el apelante, es porque ese argumento existe. Y si existe, por más errado que esté, la sentencia que en él se apoya no será nula por falta de fundamento, sin perjuicio que sea revocable por argumento errado. A ésta primera cuestión la voto por la NEGATIVA. A LA MISMA PRIMERA CUESTION, la Dra. Orlando aduciendo análogas razones, dio su voto también por la negativa.- A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA, el señor Juez doctor Tomás Martín Etchegaray dijo: I)- Corresponde aclarar que a ésta instancia llega firme la sentencia en punto a la declarada responsabilidad del demandado Miori en el hecho, tema sobre el cual ninguna de las partes que apelaron vertió agravio. Y el demandado Miori ni siquiera apeló. II)- En cuanto a la cuestión aquí planteada, es de ver que en la sentencia se relacionó que en la demanda se sostuvo que la Sra. María Cristina Montivero, el 12 de septiembre de 2006, sufrió lesiones graves mientras era transportada por un remis automotor conducido por Miori, el que embistió bruscamente la parte trasera de una camioneta que circulaba delante suyo en la misma dirección. Que al contestar, la citada en garantía ?Liderar? alegó suspensión y falta de cobertura porque a la fecha del siniestro la cuota estaba impaga, de lo que se derivó la suspensión de cobertura que funciona como una acción (sic; ¿sanción?) por mora del asegurado. Que cuando Miori contestó la demanda se opuso a la exclusión de cobertura alegada por ?Liderar?. Dijo que el siniestro no le fue rechazado, y que además el asegurador afrontó el pago del siniestro que le reclamó un tercero pese a lo dudoso de su viabilidad jurídica. Que al asumir el siniestro aceptó la cobertura. Dijo que la póliza estaba vigente pues contrató seguro como remisero, y que para mantener su licencia debía acreditar mes a mes ante el municipio estar al día con su seguro. Que la póliza la contrató con el Sr. Lizaur, quien era el que percibía el importe de las cuotas, para lo que había una tolerancia de algunos días. Que la primera cuota la pagó el 19-05-2006, la segunda el 22-06-2006, la tercera el 1°-08-2006, y así mes a mes. Consideró (punto II) que el demandado Miori acompañó recibos de pago de las cuotas, los que fueron reconocidos por Lizaur, quien en el mismo acto declaró testimonialmente ser productor de seguros, que era productor de ?Liderar?, que el demandado sin ser cliente suyo está en su cartera desde hace largo tiempo, que le denunció el siniestro, que tenía cobertura porque estaba al día con el pago del seguro a la fecha del accidente. Que sabe que Miori hizo la denuncia del siniestro en la compañía y que no se lo rechazaron. A otras preguntas respondió que él cobraba en su oficina y le giraba a la compañía, los vencimientos del 1 al 15 los giraba el día 25, y los del 15 al 30 el día 10 del mes siguiente, pero que él les entregaba los recibos al cliente cada vez que le pagaban. Que Miori siguió asegurado en la compañía. Que el testigo Ferrari, conductor de la camioneta que Miori embistió, declaró que se presentó en la compañía, ?Liderar?, hizo el reclamo, y le pagaron los daños. Que de pericia contable (fs. 513/523) surge que de la compulsa de los libros de ?Liderar? constató que la póliza de autos correspondiente al rodado de Miori fue emitida el 19-05-2006, vigente hasta el 19-11-2006; y que se registró el pago de sus 5 cuotas el día 14-11-2006, y no al vencimiento de cada una de ellas. En base a tales pruebas, la a-quo hizo aclaraciones: dijo que no hay controversia en que Lizaur estaba facultado para realizar las operaciones inherentes a la actividad económica que desarrollaba; que la ley de seguros en sus arts. 53, 54 y 55 reconoce dos categorías de intermediarios, los agentes institorios representantes del asegurador facultados para realizar tareas jurídicas, y la de los productores asesores (agentes no institorios) con actividad esencialmente material, salvo algunos actos jurídicos secundarios como por ejemplo la percepción de la prima y entrega de recibos. Que Lizaur está comprendido en la segunda categoría. Que de la pericia contable surge que al perito no se le facilitó documentación que permitiera reconstruir en que fecha ?Liderar? recibió los pagos, omisión cuyas consecuencias debe

soportar, con más razón debido a la documentación aportada por Miori, la declaración testimonial del productor Lizaur, el fuerte indicio que significa el pago a un tercero por el mismo siniestro, la falta de cumplimiento por parte de ?Liderar? de la intimación de fs. 463 (se la intimó a poner a disposición del perito contador la documentación que éste requiriera), y la documentación en fotocopia obrante en fs. 8 de la IPP 205621 ?Miori Oscar s/Lesiones Culposas - Víctima Montivero María Cristina? consistente en licencia de conductor de Miori, cédula de identificación del automotor, y recibo de pago del cupón con vencimiento el 19-09-2006 firmado con fecha 05/09/2006. Además tomó en cuenta que la cuestión se encuentra ?iluminada? por el derecho del consumidor, de raigambre constitucional, que otorga preeminencia a la parte más débil de la relación como lo es el consumidor, por lo que corresponde rechazar la excepción (sic) de falta de legitimación entablada por la citada en garantía. Remató con la transcripción de párrafos de un fallo de la SCBA que no identificó, en el que se habría resuelto que a despecho de un dictamen pericial que sostenía que la póliza estaba suspendida por falta de pago, el perito aclaró que tal respuesta se había basado en lo informado por la propia compañía. Y que la citada en garantía no rebatió adecuadamente el argumento de la alzada de que de aquel dictamen solo pueden extraerse las fechas de vencimiento de las cuotas, la rendición del pago y su registración, más no la de la fecha de la recepción de ese pago. Que la registración del pago se hizo cuando el agente lo rindió, pero no de cuando él los recibió. III)- En su recurso (escrito electrónico, segundo agravio), ?Liderar? afirma que de la pericia contable surge que la póliza se encontraba impaga a la fecha del evento, y que por ende suspendida la cobertura. Se agravia porque el a-quo refiere que la eventual demora en que incurra el mandatario en hacer ingresar el pago de la prima, de pagos (las constancias) de fecha anterior al siniestro, hacen presumir la concesión de crédito. Que ese fundamento no surge ni de la ley ni de las condiciones particulares del seguro, y lo que hizo el a-quo es una interpretación arbitraria. Transcribe la cláusula 33, y trae fallos que con cita del art. 31 de la ley 17418 admiten la defensa de falta de pago de la póliza como defensa legítima por estar nacida con anterioridad al siniestro, cuando por esa falta de pago se suspendió la cobertura, etc. IV)- La parte actora le respondió en extenso libelo (fs. 731/739) en el que señaló que de la misma pericia surge que el perito no tuvo un acceso irrestricto a los libros de la compañía, sino que se debió limitar a los que le mostraron. Sin perjuicio de dejar señalado que la citada en garantía ni siquiera alegó haber rechazado el siniestro dentro del plazo de 30 días del art. 56 de la ley 17.418, lo que acarreó la aceptación del siniestro y de su cobertura. Para explayarse seguidamente sobre todas las constancias que como prueba en contrario de lo afirmado por Liderar aportaron actora y demandada, puntualizadas con acierto en la sentencia. V)- La solución que propongo, me adelanto en decirlo, es confirmar la sentencia en ésta fase. Por lo que relacioné de los fundamentos de la a-quo, y si los contrastamos con los razonamientos del apelante, casi estoy tentado a proponer una deserción recursiva, no por la inidoneidad de lo argumentado, sino por su insuficiencia, al haber dejado sin atacar asertos esenciales y constitutivos del criterio de la sentencia. Como lo son el que un agente no institorio como el productor-asesor Lizaur se encontraba habilitado para recibir el pago de la prima y documentarlo con la entrega de un recibo; o que el recibo de pago de la prima acompañado por Miori datado y firmado el 05-09-2006 (es decir una semana antes del siniestro) que vencía el 19-09-2006, fue averdado por reconocimiento expreso de su emitente el productor Lizaur; o que está acreditado que la citada en garantía ?Liderar? no le facilitó al perito documentación que le permitiera reconstruir la fecha en que ella recibió el pago de la prima; o que probado el extremo que ?Liderar? le pagó los daños causados al tercero Ferrari en el mismo hecho constitutivo del siniestro implica un fuerte indicio de que ese siniestro fue aceptado por el asegurador. Y dirimente es que no contradijo al a-quo en que la materia de ésta cuestión está ?iluminada? por (comprendida dentro del) el derecho del consumidor. Esos claros asertos del a-quo, al no ser confutados, son premisas que vienen firmes a ésta instancia, y por ende irrevisables por la Alzada (CPC 260 y 261), suficientes de por sí para desechar la queja del apelante, quien por otra parte interpretó que el a-quo dijo lo que no dijo: que las demoras toleradas en el pago implicaban que ?Liderar? concedía crédito. No encontré en el texto de la sentencia que se hubiera expresado esa idea como fundamento. Pero más fuerte aun que aquel cúmulo probatorio aceptado, lo es a mi criterio que la citada en garantía no negó haber incurrido en la conducta que le atribuyó el demandado Miori en su responde, en el sentido que al no rechazarle el siniestro dentro de los 30 días, la ley se lo dio por aceptado (art. 56 ley 17418). Negativa que ?Liderar? tuvo oportunidad de expresar conforme CPC 484 tercer párrafo, dentro del plazo para contestar el traslado corrido a fs. 100, y que la hubiera habilitado procesalmente para ofrecer prueba al respecto, ya que sobre ella pesó la carga de probar su pronunciamiento de rechazo del siniestro. Que era muy sencilla de concretar: una mera CD dirigida a Miori comunicándole ese rechazo. A mayor abundamiento, me permito transcribir algunos párrafos de mi voto en ?Giorello c/García?, causa n° 27951 de ésta Sala, del 08-04-2014, en el que traté, precisamente, la defensa de no pago y suspensión de cobertura que un asegurador interpuso, cuando había recibos firmados de pago hechos al productor, rendidos tal vez tardíamente a la empresa. Dije allí, entre otros conceptos, lo siguiente: ?No se discute que la falta de pago de la prima produce automáticamente la suspensión de la cobertura (art. 31 ley 17418). El asegurador se desliga de la garantía hasta que el asegurado se coloca nuevamente en las condiciones del seguro. Sin perjuicio de lo cual, debe las cuotas vencidas y las que venzan en el futuro. La suspensión de la cobertura funciona como una pena privada, como una sanción a la mora.

Los pagos efectuados con posterioridad solo tiene la virtud de rehabilitar la cobertura, pero no con retroactividad sino para el futuro (SCBA, Ac. 33598 del 15-04-1986, D.J.B.A. t. 130, p. 397, y AyS, 1986-I-367). Cuando el asegurador acepta el pago con posterioridad al vencimiento implica sólo que consiente la continuación del contrato?. ... que sea que la firmante del recibo revistiera la calidad de agente institorio (art. 54 ley 17418) o de productor o agente de seguro con facultad para percibir la prima (art. 53 ley citada), es lo cierto que en ambos supuestos ella se desempeñaba como mandataria de la aseguradora, y en condición tal el pago que se le hizo es considerado como si lo hubiera recibido personalmente su mandante (arts. 207, 221, 222, 223 Cód. Comercio; 731 inc. 1º, 1869, 1872, 1873, 1874, 1892, 1946 Cód. Civil)...? ... ?la cuestión del tardío ingreso del pago de la prima en la empresa era una cuestión que debían arreglar entre ellos...? (me refería al asegurador y al productor) ... ?Las conductas de las partes con respecto a la forma en que se realizó el pago de la prima deben ser analizadas al influjo del estándar jurídico de la buena fe, el que si bien en nuestra legislación positiva vigente sólo encuentra normativa específica dentro del ámbito de los contratos civiles (CC 1198 primer párrafo), es indiscutible ocupa una función señera en la vida de todo acto jurídico, y sobremanera en el campo del contrato de seguro, dada su estructura propia -de adhesión y con cláusulas predispuestas- y la posición que en él tienen las partes (arts. 1, 3, 4, 11, 17 y concordantes ley 17418) (Cám. Civ. y Com. 2ª, sala 1ª, La Plata, 19-12-2000, Maidana c/Martínez, JUBA B253953; y Cam. Civ. y Com. 1ª Lomas de Zamora, Tebecheri c/Serantes del 30-03-2004, JUBA B2550372). Tratándose de un contrato de adhesión como es el de seguro, las cláusulas deben ser interpretadas del modo más favorable al consumidor (arts. 3, 37 y concordantes de la ley 24.240), siendo a cargo de quien impuso los términos de la convención, la prueba de los hechos en que se funda. A despecho de la pretendida aplicación exclusiva obligatoria de la forma electrónica para la realización de los pagos, la aseguradora citada en garantía no acreditó que esa forma (modo de pago) fuera la que en la práctica aplicaba su asegurado, y que no le había nunca aceptado otro modo de cancelación de su obligación. Ese hecho no fue siquiera invocado. Por otra parte, además de reconocer su firma en el recibo, y que el mismo ostenta el membrete de la citada en garantía, la agente productora Tello sostuvo que de hecho la única vía de pago de las primas era que ella los recibía para luego rendirlos a la empresa. El demandado ya había pagado (sin observaciones) las 5 cuotas anteriores a la 6ª que se dijo impaga, y luego siguió pagando, siempre del mismo modo: a la Sra. Tello. Fue, entonces, costumbre de la empresa recibir los pagos de esa forma, sin manifestar oposición (CC 919 y su doct.). La interpretación negocial no se agota en la letra del contrato. Si bien toda interpretación debe comenzar por el análisis del texto, cabe no perder de vista la finalidad o intención del negocio, y atender el sentido y comportamiento de las partes en su mutua relación, específicamente el de costumbre en el ámbito de que se trate (arts. 217 y 218 Cod. Comercio; y art. 1198 Cód. Civil) y de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender. Lo único a tener en cuenta no es, entonces, el mero instrumento en que se materializó el acuerdo, sino el negocio jurídico contractual en su integridad, incluyendo el comportamiento de las partes, antes, durante y después de la conclusión del contrato. El Cód. de Comercio autoriza a tener en cuenta la costumbre en las relaciones comerciales, no solo en cuanto a los efectos de los contratos sino también de los hechos (SCBA, Ac 38752, sentencia del 01-03-1988, Baltar c/Tognetti, AyS 1988-I-221). La pericia contable nos muestra que, de pretenderse aplicar a rajatabla la letra fría del contrato, jamás Baldivares tuvo cobertura asegurativa. Véase que todas las fechas de vencimiento de las cuotas del premio son el día 14, y los pagos están contablemente asentados los días 8, 5, 7, 10, etc., pero del mes siguiente (fs. 280, respuesta al punto 10º). Lo que significaría no que no hubo seguro en ningún momento, interpretación totalmente antifuncional (¿qué sentido tenía, entonces, que se pagara regularmente la cuota del seguro?). Lo que corresponde deducir es simplemente que el asegurador aceptaba los pagos con ese cierto descalce. Obró así, hasta que hubo una denuncia de siniestro ... Interpretar que pese a los pagos que hizo regularmente, Baldivares careció en todo momento de cobertura, sería aceptar que se trata de una persona torpe en extremo o que pretendió beneficiar a su asegurador. Lo que resulta impensable en quien ejerce el comercio y se presume persona capaz. No creo necesario extenderme más para fundar mi opinión en el sentido que a la cuestión corresponde que la vote, y así lo hago, por la AFIRMATIVA.

A LA MISMA SEGUNDA CUESTION, la Dra. Orlando aduciendo análogas razones, dio su voto también por la afirmativa.-  
A LA TERCERA CUESTION PLANTEADA, el señor Juez doctor Tomás Martín Etchegaray dijo: D)- Los agravios por el rubro incapacidad psicofísica. En la demanda se pidió por incapacidad física, estimada en un 15%, \$ 80.000; y por incapacidad psicológica, \$ 20.000. La citada en garantía apelante pidió esencialmente la desestimación de ambos, y respecto de la psicológica predicó su no autonomía respecto de la total persona, y que además se confunde con el daño moral. En la sentencia el a-quo fijó en \$ 75.000 la incapacidad física y en \$ 10.000 la psicológica, pero las unificó dosificando el rubro incapacidad en \$ 85.000. El recurrente reitera en sus agravios la improcedencia de ambas, para lo que sostiene que las secuelas en la rodilla fueron sobrevaluadas, que las cicatrices no le produjeron (recuerdo que la actora falleció -ver fs. 340- y el juicio lo prosiguen sus hijas herederas) a la actora ninguna alteración funcional. En cuanto a la psicológica, dice de su improcedencia, y a todo evento que el monto acordado luce exagerado por no haber tomado en cuenta circunstancias personales de la víctima como concausales. La solución que propongo es modificar la sentencia éste aspecto. Para la ley, está incapacitada toda persona que padezca una alteración

funcional, permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implique desventajas considerables para su integridad familiar, social, educacional o laboral (art. 2° de la ley 22.431,; sancionada y promulgada el 16-03-1981, bajo la denominación de Ley del Sistema de Protección Integral de los Discapacitados). La incapacidad, como rubro del resarcimiento indemnizatorio por hecho ilícito, es la secuela o disminución física o psíquica que pudiera quedar luego de completado el período de recuperación o restablecimiento, en la medida que aquellas incidan en el patrimonio del afectado, ya sea afectándolo directamente en sus ingresos corrientes, ya indirectamente en sus potencialidades y consecuentes expectativas legítimas (esto último abarca los conceptos que la imaginación de los reclamantes ha tratado de introducir en el espectro indemnizatorio bajo denominaciones tales como "daño vital", "pérdida de chances", y otros por el estilo). La indemnización por "incapacidad" abarca, como gustaba definirlo el Dr. Marchiό, la total personalidad del individuo, pues no se limita a resarcir la capacidad laboral específica sino también la genérica, extendiéndose a otras manifestaciones de la personalidad como sociales, deportivas, etc. (su voto en causa 17.767 del 28 de mayo de 1998 difundido en JA t, 1999-IV, pág. 293 y sgtes. comentado por Santiago Rubinstein). Desde ya que siempre tomando en consideración que para integrar el rubro, la afectación a estas manifestaciones se toma en cuenta en la medida que incidan en lo económico. No se debe perder de vista que se trata de la reparación de un daño material y por ende patrimonial-económico, y que en su dosificación debe atenderse a las circunstancias particulares del damnificado, debiendo establecerse no sólo en función del aspecto laborativo y sus consiguientes ingresos, sino de todas las actividades del sujeto y de la proyección que la secuela del infortunio tiene sobre la personalidad integral de quien la sufre, apreciando a tal fin la naturaleza de las lesiones y el grado de minusvalía que generan, edad, actividad que desarrolla productiva de sus ingresos, estado civil, existencia de hijos menores, etc., para cuantificar la merma material ocasionada por el hecho ilícito. En cuanto a los porcentajes de incapacidad parcial y permanente que arrojan los expertos, son nada más que una de las tantas pautas orientadoras para el juzgador, la cual -incluso- lejos está de ser la más importante, como lo es en el ámbito de la indemnización tarifada del derecho laboral. Acá, en cambio, juega el principio de la "reparación integral", el cual pone la mira en la personalidad íntegra del lesionado, y no solamente en su aptitud productiva de bienes, como en lo laboral sucede por vía de principio. Lo que en materia civil interesa, entonces y por encima de todo, son las concretas minusvalías que específicamente han dejado en el individuo las consecuencias del accidente (doct. arts. 1069, 1086 y concs. del C. Civil). La determinación del resarcimiento, o cuantificación del daño, debe ser realizada prudencialmente, con ponderación lógica, aproximada y compensatoria de la disminución sufrida por el causante en su aptitud para generar bienes, sin sujeción a cálculos aritméticos ni tablas matemáticas con cómputos ya de ingresos o de los años en que incidirá, exclusiva y precisamente, sino atendiendo a pautas de razonabilidad en función de la edad, condición social y económica, capacidad laboral, esos ingresos meritados desde esa óptica, etc. Eso es lo que entendió en su momento la S.C.B.A. (DJBA, 109-338, n° 16, ídem, 119-457, entre muchos), para determinar el monto de la indemnización para los beneficiarios, por la pérdida de una vida humana. Hoy, empero, prepondera el criterio que para valorar el daño se debe acudir a formulas matemáticas o financieras, y también a estadísticas, como método que, además de permitir mantener coherencia con lo resuelto en otros casos, constituiría un modo transparente de fundamentación judicial tal que admita el control por los justiciables. Se ha dicho que la utilización de esas fórmulas no era incompatible con las disposiciones del código de Vélez, pero hoy está impuesta en el CCyCN para los casos en que éste rige. Sin embargo, entiendo que la aplicación de formulas matemáticas (Vuoto, Méndez, etc.) no puede ser hecha de oficio por el juez sin que exista una petición expresa en ese sentido, y el cálculo concreto sea realizado por medio de una pericia actuarial, ya que el tema escapa a los conocimientos del juez -que es nada más que un abogado- y naturalmente a sus funciones como tal, que de ordinario no es un experto en manejar formulas financieras. En cuanto a la incapacidad psíquica, que propongo tratarla en conjunto con la física, coincidiendo con la a-quo, es de recordar que, como sostenía el Dr. Marchiό cuando integraba ésta Sala, las lesiones psíquicas que integran el amplio capítulo de la "sinistrosis", carecen de autonomía; pero no por ello desaparecen del mundo resarcitorio puesto que son susceptibles de configurarse ya como un daño patrimonial indirecto, al afectar la aptitud productora de bienes, ya como un daño no patrimonial directo, al internarse en el territorio del daño moral, o en ambos a la vez (sentencia en causa 17.767 del 28-05-1998 en "Durán c/Barbosa", publicada en J.A. 1999-IV-293 con nota de Santiago Rubinstein). Es que si bien en el plano de las ideas no se puede dudar de la autonomía conceptual que poseen las lesiones a la psiquis -el llamado daño psíquico o psicológico- (al igual que el denominado daño estético), cabe desechar en principio -y por inconveniente- que a los fines indemnizatorios estos daños constituyen un "tertium genus", que deban resarcirse en forma autónoma, particularizada e independiente del daño patrimonial y del daño moral. Porque tal práctica puede llevar a una injusta e inadmisibles doble indemnización (SCBA C 108063 S 09/05/2012; C 100299 S 11/03/2009; Ac 90471 S 24/05/2006). En este rubro, el de la determinación de la entidad de la incapacidad psicofísica, son determinantes las pericias médicas. La pericia de médico traumatólogo (fs. 356/358: presentada en el expediente el 07-12-2012, esto es cuando la actora ya había fallecido, lo que ocurrió 12 días antes de cumplir 62 años: ver fs. 340) dice que la examinó e identificó a Montivero como persona de 62 años pero sin decir en

que fecha practicó el examen. En anamnesis hizo constar que la causante es diabética, y sufre de cardiopatía e hipertensión arterial. No casualmente, en la partida de fs. 340 se lee como causa del óbito ?paro cardio respiratorio no traumático-Diabetes mellitas?. En el escrito de fs. 347 la parte actora pidió se intimara a los peritos que ya habían examinado a su madre, a realizar sus informes con los elementos que tengan. El perito médico traumatólogo refirió que la Sra. Montivero solo tenía en la muñeca derecha una dorsiflexión de 70°, cuando en la izquierda ese valor era de 80°, y el resto de los rangos de motilidad tenían valores normales y habituales. Que la rodilla derecha era estable, con buena motilidad, con iguales valores a la izquierda. Que tiene cicatrices ?puntuales? por donde ingresó el instrumental artroscópico. No encontró elementos de lesión en el ojo derecho del que le refirió la actora haber sufrido desprendimiento de retina, sin perjuicio de señalar que esa lesión es consecuencia frecuente de la diabetes y la hipertensión. Tampoco encontró ninguna referencia en los obrantes médicos de un traumatismo de cráneo que la actora le relató, ni encontró consecuencia alguna de esta lesión. Y que de ninguna de las radiografías de rodilla derecha, mano y muñeca, y parrillas costales, se aprecia lesión ósea. Que la incapacidad de la actora está consolidada y es del 11,8% (método de la incapacidad restante).

A su turno el perito médico psiquiatra dictaminó (fs. 363/365vta.) (observo que que en su relato de los antecedentes no acertó ni con la edad de la peritada -habló de 60 años- , ni con la fecha del accidente -lo situó en 1996- , dio por hecho que sufrió un traumatismo de cráneo con pérdida de conocimiento que el perito médico desechó, y que sus lesiones óseas consistieron en fracturas, tampoco admitidas en la pericia médica) que la causante sufre de neurosis de angustia con componentes depresivos, que consideró relacionado causalmente con el hecho de autos. Añadió que hubo un cambio de carácter en la actora atribuible al traumatismo de cráneo con pérdida de conocimiento, y en base siempre a ese traumatismo de cráneo determina una incapacidad del 35%. Le critico que se ratifica la inexistencia de ese traumatismo de cráneo con pérdida de conocimiento por los dichos de los testigos Bottafuoco y Portillo. La primera dijo que vio el accidente, y que al acercarse al auto Fiat vio que la pasajera era su vecina Montivero, ?...quien se encontraba mareada y la sentaron en el cordón esperando a la ambulancia del hospital. Que se quejaba de un dolor abdominal, de un dolor en la pierna y en el brazo y muñeca...?(fs. 420, respuesta 2). El segundo dijo que se encontraba presente en el momento en que ocurrió el hecho, que describe como el embestimiento del auto a la camioneta Traffic, y que ?...la actora estaba sentada atrás, no pudo bajar sola, la ayudaron a bajarse, la sentaron en el cordón y llamaron una ambulancia. Que el testigo observó que tranquilizaban a la actora y siguió su camino...? (fs. 422, segunda respuesta). A mi criterio, los valores en dinero que otorgó el a-quo no se compadecen con la real situación de la actora, con su edad próxima a la de jubilarse, y que producto de sus dolencias físicas no relacionadas con el hecho de autos (diabetes, hipertensión) falleció a poco más de 5 años del suceso por causas naturales. Su incapacidad no aparece entonces valuable en la suma otorgada, por lo que propongo que se la reduzca a la de \$ 60.000. II)- Las apelaciones por el rubro daño moral. En la demanda se solicitó por él la suma de \$ 50.000, y la citada en garantía pretendió su desestimación. La sentencia otorgó solo \$ 20.000. Como es de esperar, la actora reclamó en ésta instancia que se eleve esa suma, en tanto la citada en garantía volvió a pedir por el rechazo liso y llano del rubro, y en subsidio que se redujera el monto. Si partimos de la idea que se entiende por daño moral ?la privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor precioso en la vida del hombre y que son la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los más sagrados afectos? (Arturo Acuña Anzorena, ?Estudios sobre responsabilidad civil?, pág. 64); y SCBA, Ac. 35.579, sent. del 22-IV-1986; Ac. 39.019 del 31-V-1988; Ac. 40.197. del 21-II-1989; Ac. 40.082 del 9-V-1989; Ac. 46.353, del 22-XII-1992; Ac. 52.258, del 2-VIII-1994; Ac. 54..767, del 11-VII-1995; Ac. 55.774 del 14-V-1996, etc.), resulta indudable que si hay algo bien probado (prueba ?in re ipsa?) en éste proceso es que en el caso este rubro procede. La actora no solo padeció sufrimientos en el accidente en sí mismo (dolor, temor, susto), sino también en el proceso curativo (yeso primero, operación después, finalmente rehabilitación) y ya ?curada? en su transcurrir por la vida con las secuelas de las lesiones (pérdida de movilidad y elasticidad en la pierna y muñeca, etc.). Es decir, no hay dudas que sufrió afección a valores preciosos de su personalidad, como lo son su integridad física y su tranquilidad de espíritu. No necesito extenderme para que se conozca lo difícil que resulta para el juez valorar (traducir en dinero: CC 1083) el daño extrapatrimonial que llamamos daño moral (CC 1078), ya que comprende valores inasibles. Al punto que la doctrina reconoce que la cuantificación del daño moral es un asunto actualmente librado a la personal apreciación y decisión del Magistrado, sin más guía que su intuición al efecto de esclarecer la equidad de la suma indemnizatoria (Matilde Zabala de González, ?Resarcimiento de Daños?, II, pág. 611). Desde hace mucho tiempo he tratado de seguir en éste tema los consejos de un conocido autor, quien predica que se debe ponderar que la indemnización por daño moral en el hecho ilícito no debe ser una suma simbólica; tampoco debe producir un enriquecimiento injusto; debe atender a la gravedad del daño; debe ser una suma que le permita a la víctima compensar el dolor sufrido con un placer a disfrutar; y debe tener la razonabilidad de ser pagable por el ofensor dentro del contexto económico del país y el general estándar de vida (Moset Iturraspe, ?Diez reglas...?, L.L., 1994-A-728). Una prudente apreciación de los elementos reseñados me persuade que la dosificación de la ?a-quo? fue exigua. Propongo que se lo eleve a \$ 40.000. III)- Agravios de la citada en garantía por el rubro gastos y costos de tratamientos no documentados. En la demanda se habían pedido

\$ 1.800, los que fueron concedidos en esa suma exacta en la sentencia, a despecho que ?Liderar? había pedido su rechazo ... por no estar documentados. Los gastos asistenciales que se admiten en éstas condiciones, es decir, aquellos no documentados, no pasan de esos gastos menores de los que de ordinario no se otorgan ni se exigen comprobantes (taxis, propinas), porque se considera humanamente aceptable que por extravíos, apuros, ignorancia, la propia naturaleza del servicio, o alguna otra circunstancia conexas a esa difícil situación en que se halló inmersa la causante no se los haya obtenido o no se los conserve. Pero, eso sí, se trata, como dije, solo de gastos menores, como ser de propinas, fármacos de menor entidad, algún traslado aislado y no sistemático, alguna vianda ocasional, etc. El carecer de prueba directa sobre ellos, hace que su admisión solo pueda ser estricta, y que se exija una razonable concordancia con la naturaleza de los gastos de curación ciertos y efectivamente comprobados. Nunca cuando se trata de honorarios profesionales, adquisición de medicamentos específicos o elementos ortopédicos, viajes, estadías o viáticos, etc., ya que lo contrario importaría no solo dejar la duda flotando en un terreno que debe imperar la certeza, sino también alentar la informalidad de un modo incompatible con el régimen impositivo. Entiendo que la suma fijada por el a-quo se ajusta a esos parámetros. En éste aspecto propongo que se lo confirme. IV)- Agravio final: la tasa de los intereses. Acá ya no fue puesta en tela de juicio la procedencia de los intereses, sino solo la tasa que aplicó el a-quo, que, según predica el recurrente, se aparta de la doctrina de la SCBA sobre el punto. La SCBA, en causa ?Zocaró?, el 11 de marzo de 2015, desestimó un recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley contra un fallo del Tribunal de Trabajo n° 1 del Departamento La Plata, que había dispuesto aplicar intereses a la tasa que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en las operaciones de depósito a través del sistema Banca Internet Provincia a treinta días, vigentes en los distintos períodos de aplicación, lo que se conoce como ?tasa de interés pasiva digital?, que se agravaba por considerar que esa tasa transgredía la doctrina legal de la Corte en la materia (causas ?Ponce? y ?Ginosi?). La SCBA consideró no demostrada la vulneración de su doctrina sobre los intereses, ya que el fallo atacado, precisamente, se basa en ella (JUBA B3550771). El 1° de agosto de 2015 entró en vigencia el CCyCN, que en su art. 768 respecto de la tasa de los intereses moratorios, dice que se determina 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. Esta norma es de aplicación inmediata a los intereses que se devenguen desde la indicada fecha, porque ellos son una consecuencia surgente, que no se había operado hasta esa fecha, de la relación obligacional generada por el hecho ilícito, rigiendo para tal supuesto el efecto inmediato de la ley posterior (CCyCN 7; Kemelmajer de Carlucci, Aída, ?La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes?, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, pág. 28). Se aplica el inc. ?c?, ya que no se conoce que al respecto exista acuerdo de partes (?a?), ni tampoco hay una ley especial ad hoc (?b?). Con relación a esta norma, el 15 de junio de 2016, la SCBA se volvió a pronunciar sobre el tema de la tasa de los intereses moratorios en causa C. 119.176, ?Cabrera c/Ferrari s/Daños y perjuicios?, y por mayoría resolvió aplicar el inc. ?c? del art. 768 del CCC, en consonancia con la vigente doctrina dimanante de los fallos ?Ponce? y ?Ginosi?, diciendo ahora que los intereses moratorios de la obligación de reparar el daño causado por un hecho ilícito acaecido con anterioridad al 1° de agosto de 2015, deberán liquidarse según la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires 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, desde la fecha del hecho dañoso hasta el día de su efectivo pago (arts. 622 y 623, Código Civil de Vélez Sarsfield; 7 y 768, inc. ?c?, Código Civil y Comercial de la Nación; 7 y 10, ley 23.928 y modif.) (JUBA B420187). Esa era la doctrina de la SCBA vigente a la fecha de la sentencia. La tasa de intereses que en ella se decidió es la misma que la recién expuesta. Pero muy recientemente la SCBA dictó dos fallos que la variaron sustancialmente (Vera, causa 120536 del mes de abril de 2018, y Nidera, causa 121138 del 03 de mayo de 2018). En ellos se dispuso que cuando se condena a pagar montos a valores actuales, los intereses se devengarán entre la fecha del hecho y la sentencia a una tasa del 6% anual, y recién desde allí hasta el efectivo pago a la tasa pasiva más alta fijada por el Bco. Pcia. Bs. As. en sus depósitos a treinta días. Esta Cámara, Sala I, ya acogió esta doctrina en ?Torre?, expte. n° 116.912 del 03-07-18, y ?Peralta?, expte. n° 117.051 del 23-10-2018. Propongo acoger la queja del recurrente y modificar la sentencia en la tasa de intereses, que será la recién mencionada. Así hacer es lo que preserva el acatamiento que por razones de economía y celeridad procesal se le debe a la SCBA. Con las salvedades que surgen de los distintos puntos, puedo afirmar que voto en ésta cuestión por la AFIRMATIVA. A LA MISMA TERCERA CUESTION, la Dra. Orlando aduciendo análogas razones, dio su voto también por la afirmativa.- A LA CUARTA CUESTION PLANTEADA, el señor Juez doctor Tomás Martín Etchegaray dijo: En atención al acuerdo logrado en la votación que antecede, la resolución que corresponde adoptar es declarar que no es nula la sentencia de fs. 697/708; que se la modifica en la indemnización de la incapacidad psicofísica, que se reduce a la suma de \$ 60.000; que también se la modifica en el rubro daño moral, el que se lo eleva a la suma de \$ 40.000; se la modifica en cuanto a que la tasa de los intereses será del 6% anual entre la fecha del hecho y la de ésta sentencia, y de allí hasta el efectivo pago a la tasa pasiva más alta que aplica el Banco de la provincia de Buenos Aires en los depósitos a treinta 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. Y confirmar la sentencia en todo lo demás que fue materia de apelación y agravio. Distribuir las costas de Alzada en un 60% a cargo de la citada en garantía, y 40% a la actora (CPC 71). Tal es mi voto. A LA MISMA CUARTA CUESTION, la señora Jueza Dra. Orlando aduciendo análogas razones, dio su voto en el mismo sentido. Con lo que se dio por terminado el acuerdo dictándose la siguiente SENTENCIA Mercedes, 18 de Diciembre de 2018.- Y VISTOS: CONSIDERANDO: Lo que surge del acuerdo que antecede, se RESUELVE: 1) Declarar que no es nula la sentencia de fs. 697/708 2) Modificarla en cuanto a la indemnización de la incapacidad psicofísica, la que se reduce a la suma de \$ 60.000; que también se la modifica en el rubro daño moral, el que se lo eleva a la suma de \$ 40.000; se la modifica en cuanto a que la tasa de los intereses será del 6% anual entre la fecha del hecho y la de ésta sentencia, y de allí hasta el efectivo pago a la tasa pasiva más alta que aplica el Banco de la provincia de Buenos Aires en los depósitos a treinta 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. 3) Confirmar la sentencia en todo lo demás que fue materia de apelación y agravio. 4) Distribuir las costas de Alzada en un 60% a cargo de la citada en garantía, y 40% a la actora (CPC 71). NOTIFÍQUESE. REGÍSTRESE. DEVUÉLVASE. 037345E