

¿De qué hablamos cuando hablamos de daño resarcible?, Juárez Ferrer, Martín., Publicado en: RCyS 2016-XI , 51 Cita Online: AR/DOC/3150/2016

Sumario: I. Introducción. El fallo en análisis.- II. ¿De qué hablamos cuando hablamos de daño? - III. Conclusiones.

I. Introducción. El fallo en análisis

El fallo en análisis, dictado por la sala segunda de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, utiliza a los fines de la aplicación del art. 1746 del CCC, titulado indemnización por lesiones o incapacidad física o psíquica, la conocida fórmula que se ha propuesto desde la Universidad Nacional del Sur, mediante el trabajo de Hugo Acciarri (1). La decisión judicial acierta en la aplicación de esta fórmula, puesto que se trata de la más sofisticada y precisa herramienta elaborada por la doctrina argentina a fin de cuantificar este tipo de indemnizaciones.

Este fallo, que acierta en la aplicación de la fórmula de valor presente de ingresos futuros (más técnicamente, valor presente de incapacidades sobre la base de considerar ingresos futuros constantes o variables), deja sin embargo algunos interrogantes abiertos, alguno de los cuales intentaré desarrollar brevemente en este comentario, sin intentar dar una respuesta cerrada sino más bien como forma de ampliar el campo de debate sobre estos temas.

Los interrogantes que se plantean pertenecen a dos grupos de tópicos: interrogantes sobre la cuantificación de las incapacidades físicas o psíquicas, e interrogantes sobre la cuantificación del daño moral. Dentro de los primeros, cabe enumerar los siguientes: 1) la indemnización que se manda a pagar, ¿es una indemnización por incapacidad, o es una indemnización por lucro cesante?; 2) ¿cómo debemos estimar las actividades con valor económico pero no remuneradas?; 3) ¿cómo estimar variaciones de ingresos durante la vida laboral de una persona?; 4) ¿qué tasa de interés es adecuado suponer que una persona puede obtener del uso del capital recibido por adelantado —como es el caso de este tipo de indemnización?. En relación a los interrogantes que se plantean en relación a la cuantificación del daño moral, trataré de presentar los siguientes: 5) ¿cuál es el estándar de fundamentación suficiente —es decir, de no arbitrariedad- exigible a los jueces al tomar decisiones de cuantificación de

daños morales?; 6) ¿qué parámetros pueden (e incluso, quizás, deben) tomarse en cuenta a los fines de esta cuantificación?

En este trabajo me concentraré específicamente en el primero de estos interrogantes, que entiendo se relaciona, por una parte, con las distintas concepciones existentes en relación al concepto de daño resarcible, a saber, aquella que postula que debemos entender el daño como lesión a derechos o interés jurídicos, y aquella otra que entiende al daño como las consecuencias fácticas de tales lesiones.

II. ¿De qué hablamos cuando hablamos de daño?

La decisión en análisis es correcta en cuanto utiliza una fórmula completa y sofisticada para el cálculo de indemnizaciones por incapacidad. Sin embargo, la fórmula solo proporciona una suerte de guía para tomar decisiones racionales expresadas en un cuánto sobre el tema, pero no resuelve (ninguna fórmula podría) otros interrogantes, que los jueces en este caso pasan, parece, por alto.

A. Un interrogante, tres abordajes. Concepciones del daño, incapacidad y lucro cesante

El primer interrogante que se plantea tiene que ver con lo que estamos haciendo cuando mandamos a pagar este tipo de indemnizaciones, es decir, cuál es el contenido de esta práctica. Este interrogante puede ser formulado al menos de tres formas, que responden en realidad al mismo problema, pero desde un abordaje distinto en cada caso: 1) ¿qué teoría del daño recoge el Código Civil y Comercial: daño-lesión o daño consecuencia?; 2) ¿corresponde indemnizar la incapacidad sufrida por el damnificado, o bien corresponde indemnizar el lucro cesante?; 3) ¿debemos indemnizar según la incapacidad considerada en abstracto (es decir, con abstracción del impacto en la faz económica de la persona) o bien debemos hacerlo en concreto (atendiendo a las consecuencias que dicha incapacidad produce en el damnificado)?

El interrogante planteado ha recibido ya atención de la doctrina y la jurisprudencia argentina (2) (y también un amplio desarrollo en el derecho comparado), bajo la forma del debate sobre las concepciones de daño resarcible. El debate sobre el concepto del derecho de daño ha ido cambiando su eje, por cuanto durante un largo tiempo estuvo centrado en la cuestión del interés cuya afectación genera (o no) la tutela del derecho de daños, pero entiendo que ese eje de discusión ha quedado prácticamente zanjado por cuanto el CCC contiene una amplia fórmula que protege no solo

derechos subjetivos sino también todo interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, dando solución a los problemas planteados por aquel debate, tales como el resarcimiento del daño sufrido por la pareja que no está vinculada por matrimonio.

La doctrina que se ha ocupado del concepto de derecho de daño se debate entre dos concepciones: una primera concepción entiende al daño como lesión a un derecho o a un interés no reprobado (concepción del daño-lesión), mientras que la otra entiende al daño como la repercusión en el patrimonio o en el ámbito espiritual de tales lesiones a derechos o intereses. No se trata de una discusión meramente terminológica, sino que tiene muy importantes consecuencias en la configuración de todo el derecho de daños (3).

Las consecuencias de esta discusión se vinculan a las otras dos preguntas que, como dije, forman parte del mismo interrogante pero desde un distinto abordaje. La adopción de una posición sobre las concepciones del daño condiciona la respuesta a las preguntas de si lo que debemos hacer es resarcir la incapacidad o el lucro cesante, y de si debemos indemnizar la incapacidad con abstracción de su impacto en el patrimonio o la espiritualidad, o bien debemos hacerlo teniendo en cuenta ese impacto.

En este sentido (y dejando de lado la reparación del daño moral), la adopción de la concepción de daño-lesión implica que, ante el suceso dañoso sufrido por la persona, que se traduce en una incapacidad, la incapacidad es resarcible per se, aun cuando esa incapacidad no se traduzca en una merma patrimonial actual. Por el contrario, la adopción de la concepción de daño-consecuencia postula que la incapacidad es solo resarcible en cuanto provoca una efectiva pérdida económica. Por esta razón, la expresión "indemnización por incapacidad" puede ser vinculada a una concepción de daño-lesión, mientras que la expresión "indemnización por lucro cesante" se refiere a la idea de daño-consecuencia.

Al mismo tiempo, la adopción de la concepción de daño-lesión compromete con un análisis de la incapacidad en abstracto, por cuanto lo que interesa es la pérdida de un derecho, el derecho a la integridad física o psíquica, que se traduce en una incapacidad física o psíquica, que afecta la capacidad de tener actividades económicamente valiosas (ya que los impedimentos a la realización de actividad que no tienen contenido patrimonial se traducen en un daño moral). La concepción de daño-consecuencia entiende que no basta con que haya incapacidad para que haya daño resarcible, sino que este solo se configura cuando tal incapacidad o tal lesión tiene una consecuencia en el patrimonio de la persona.

El fallo en análisis, sin explicitar fundamentos, parece enrolarse en la concepción de daño-lesión, puesto que de la acreditación de una incapacidad del 5,87% deriva directamente una indemnización por incapacidad sobreviniente.

B. Las concepciones de daño en perspectiva descriptiva

El interrogante planteado puede ser abordado tanto desde una perspectiva descriptiva de las normas en juego (una descripción del sistema normativo), o bien desde una perspectiva también descriptiva, pero incluyendo aquí las normas tal como son entendidas y aplicadas por los tribunales y la doctrina (es decir, mediante una descripción de la práctica); este es el sentido de la tercera pregunta recién formulada. Este interrogante también puede ser abordado desde una perspectiva prescriptiva, es decir, explicando cuál es la solución más justa, según el estándar que se escoja (constitucionalidad, justicia, eficiencia, etc.); este es el sentido de las dos primeras preguntas formuladas en el párrafo anterior.

Empecemos por el enfoque descriptivo de las normas en juego, es decir, la perspectiva descriptiva acotada al análisis de las normas. En este sentido, entiendo que hay razones tanto para considerar que el CCC adopta en relación al concepto de daño la concepción de daño-lesión, es decir, aquella que lo identifica el daño con la lesión a un derecho (o interés no ilegítimo) del damnificado (4), como para considerar que se adopta una concepción de daño-consecuencia, es decir, aquella que lo identifica como la repercusión, en la faceta patrimonial, de una lesión a un derecho o interés no ilegítimo.

Para sostener que el CCC adopta la concepción de daño-lesión podemos dar las siguientes razones:

1. El artículo 1737, que se titula "concepto de daño", indica que este se produce se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio o un derecho de incidencia colectiva.

2. El artículo 1746 es quizás la más importante de las normas del Código Civil y Comercial que permite sostener la adopción de la concepción de daño-consecuencia. Este artículo se titula indemnización por lesiones o incapacidad física o psíquica, para luego hacer referencia a que la indemnización debe ser evaluada de acuerdo a la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables, completando esto con la idea de que en el supuesto de incapacidad permanente se debe indemnizar el daño [en relación a esta

mención la norma es unívoca, y creo que solo puede hacer referencia a la concepción del daño-lesión, ya que el su-puesto fáctico de esta específica cláusula es la incapacidad sin consecuencias] aunque el damnificado continúe ejerciendo una tarea remunerada.

Para sostener que el CCC adopta la concepción de daño-consecuencia podemos dar las siguientes razones:

1. Los artículos 1710 y 1771, que hacen referencia a la prevención del daño, parecen utilizar un concepto de daño-consecuencia, ya que hablan de agravamiento del daño (es decir, de las consecuencias negativas de la afectación a un derecho o interés no ilegítimo).

2. Los artículos 1726, 1727 y 1728 hacen referencia a las consecuencias dañosas que son reparables. Si bien no son totalmente concluyentes, parecen identificar daño con las consecuencias negativas derivadas de la afectación a derechos o intereses.

3. El artículo 1738 indica que la indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención [todo lo cual no es mencionado, en absoluto, en el art. 1746, titulado indemnización por lesiones o incapacidad física o psíquica] y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos. En todo el artículo parece que el daño se produce cuando la lesión a un derecho a un interés tiene una repercusión disvaliosa en el patri-monio o la persona, es decir, permite sostener que se basa en la teoría del daño-consecuencia.

4. El artículo 1741 se titula indemnización de las consecuencias no patrimoniales lo que permite sostener que lo indemnizables, nuevamente, son las pérdidas fácticas y no las pérdidas normativas.

5. El artículo 1745 hace referencia a que la indemnización por fallecimiento, lo que pareciera indicar que lo resarcible es el hecho del fallecimiento mismo, es decir, que el artículo está construido bajo la concepción del daño-lesión. Sin embargo, el contenido del artículo desmiente esta impresión, ya que indica cuales de las consecuencias deri-vadas de un fallecimiento deben ser consideradas a la hora de indemnizar, lo que cla-ramente lo ubica en la concepción del daño-consecuencia.

De esta primera indagación entiendo que el resultado es ambiguo, y que hay elementos de peso tanto para considerar que el CCC adopta la concepción de daño-lesión como que adopta la de daño-consecuencia. La cuestión, entonces, no puede ser resuelta mediante el método de interpretación literal de la norma, ni tampoco mediante el método de interpretación sistémica, por lo que debe abordarse mediante otros métodos, cosa que no abordaremos en este trabajo (pero sí en otro que se encuentra en preparación).

La segunda indagación que propuse se refiere a la forma en que la práctica (a sabiendas de los problemas de ambigüedad que presenta esta expresión), en un sentido sociológico, como resultado habitual del conjunto de interacciones entre los actores que trabajan con estas reglas (es decir, abogados, tanto de damnificados como de compañías aseguradoras, y jueces, y otros actores tales como liquidadores de seguros). En relación a esta indagación, creo que la respuesta habitual (aunque esto debería ser demostrado con un estudio empírico que no abordaré aquí) es la adopción de la teoría del daño-lesión. El fallo en comentario es una buena muestra de esta práctica, ya que no se pregunta por el impacto del porcentaje de incapacidad del damnificado en la realización de sus actividades económicamente valiosas (laborativas y no laborativas), sino que se limita a, una vez verificada la incapacidad mediante la pericia, mandar a pagar una indemnización por lucro cesante (sin reparar en la filiación de daño-consecuencia que tiene esta denominación).

C. Las concepciones de daño desde la perspectiva prescriptiva

Analizando la cuestión desde una mirada prescriptiva, solo enfocaré el problema a través de una de las posibles formas de análisis, que es el de la constitucionalidad de una u otra solución. En este sentido, creo que la cuestión es también ambigua, por cuanto el derecho constitucional a la reparación integral no impone ni la indemnización de la incapacidad sufrida per se, ni las consecuencias, sino que deja esa opción librada al legislador. El derecho a la reparación integral puede ser razonablemente reglamentado en forma de un derecho de daños en clave de daño-lesión o de uno en clave daño-consecuencia, y no impone de ninguna manera la adopción de un sistema de indemnizaciones por incapacidades en concreto o en abstracto.

Entiendo que es posible plantear casos en que uno u otro sistema resulte intuitivamente injusto para algunos, pero creo que no es posible zanjar la cuestión haciendo referencia a concepción moral o de juicio de valor ya que por mi parte, tomando posición meta-ética, la corrección de una determinada moral puede ser subjetiva u objetiva, pero aun en el caso de ser objetiva resulta muy difícil verificar con procedimientos científicos la corrección de esa propuesta moral (5). Ello quiere decir que, a mi juicio, la

idea de justicia no proporciona tampoco argumentos dirimientes para una u otra posición.

Por mi parte, entiendo que si bien no existen argumentos racionales dirimientes a favor de una u otra opción, la concepción más justa es la de daño-lesión, ya que resarce pérdidas de derechos que siempre pueden traducirse (al menos en potencia) en daños, más allá de que no siempre sea sencillo acreditar (y a veces incluso pueden ser difícil de alegar, en virtud de la mediación de la relación entre damnificado y abogado) en el marco del juicio y sus tiempos.

Finalmente, creo que es importante considerar otro tipo de argumentos a favor de una u otra posición, que si bien no zanján la cuestión en un sentido prescriptivo, sí ayudan a entender la configuración de la práctica en el sistema jurídico argentino. En primer lugar, es posible acudir a argumentos de autoridad. En este sentido, la jurisprudencia de la Corte se ha manifestado en forma persistente en relación a que no debe evaluarse los daños de la persona humana en su faz exclusivamente laboral, y que no se trata de medir en términos monetarios la exclusiva capacidad económica de las víctimas, lo que vendría a instaurar una suerte de justicia compensatoria de las indemnizaciones según el capital de aquéllas o según su capacidad de producir bienes económicos con el trabajo, puesto que las manifestaciones del espíritu también integran el valor vital de los hombres (6). Entiendo que la Corte se pronuncia aquí por un criterio de daño-lesión, que, como hemos visto, tiene una vinculación tenue con el impacto patrimonial de las lesiones a los derechos para centrarse, en cambio, en las pérdidas normativas o de derechos.

En segundo lugar, es posible acudir a un argumento analógico que resulta de especial importancia. Como es sabido (7), el desarrollo del moderno derecho de daños proviene de al menos dos vertientes, una de las cuales se vincula a los accidentes de tránsito (primero con ferrocarriles, luego con los automóviles) y a los accidentes laborales. Por ello resulta interesante analizar cómo funciona el concepto de daño en el marco del derecho del trabajo, en relación a los accidentes laborales. El sistema resarcitorio creado por la Ley de Riesgos del Trabajo y sus modificatorias se basa en una concepción del daño que lo identifica con la lesión a derechos o a intereses no ilegítimos, sin referencia alguna a la repercusión de esa lesión (o incapacidad) en el patrimonio del trabajador. Del hecho de que en el sistema resarcitorio de accidentes laborales la concepción utilizada sea la de daño-lesión no permite establecer concluyentemente que en el sistema resarcitorio común (del Código Civil y Comercial) se utilice esa concepción, pero sí permite una extensión analógica de esta solución, teniendo en cuenta la ambigüedad normativa ya descripta antes.

D. La concepción de daño utilizada en la decisión

Entiendo que la decisión en análisis utiliza, como anticipé, una concepción de daño resarcible como daño-lesión. Ello se evidencia de la lectura detenida del considerando IV.3 de la sentencia, ya que aun cuando se comienza hablando de lucro cesante (lo que lleva la cuestión al terreno de las consecuencias patrimoniales de la incapacidad), la decisión se toma en base al porcentaje de incapacidad determinado por la pericia médica, que es un 5,87%.

La sentencia en análisis, y esto es una práctica sumamente extendida, utiliza alternativamente las expresiones "indemnización por incapacidad" e "indemnización por lucro cesante", como si estas expresiones fueran equivalentes, cuando tienen una filiación dogmática distinta, por cuanto una se asocia a la concepción de daño-lesión y la otra a la de daño-consecuencia.

Al momento de proceder a la cuantificación de la indemnización se utiliza la fórmula de valor presente de ingresos futuros constantes y variables, pero no se hace mención alguna a la efectiva pérdida de ingresos que sufre o podría sufrir el actor, e incluso, al final de este considerando se habla de un "capital representativo de rentas futuras frustradas", sin que se haya hecho referencia alguna al modo en que dicha incapacidad efectivamente la generación de ingresos.

En este sentido esta sentencia confirma lo dicho arriba, en relación a que la práctica del derecho de daños está fuertemente orientada a la concepción del daño como lesión.

E. La utilización de fórmulas matemáticas y la concepción del daño

La sentencia en análisis también pone en evidencia que la utilización de fórmulas matemáticas para calcular el daño derivado de incapacidades no impone la adopción de una u otra concepción y, por el contrario, es compatible con ambas.

Es posible utilizar la fórmula de valor presente de ingreso futuro constante o variable para el cálculo de una indemnización por incapacidad con la concepción de daño-lesión, ya que para ello simplemente basta con introducir entre las variables el porcentaje de incapacidad, con independencia de la consecuencia que dicha incapacidad produzca.

Esta fórmula también puede ser perfectamente utilizada bajo la concepción del daño-consecuencia: si resulta la incapacidad determinada por el perito tiene un impacto dis-tinto en el patrimonio del damnificado, habrá que incorporar, en vez del porcentaje de incapacidad, el porcentaje de ingresos efectivamente perdidos por el damnificado (y aquí el impacto de la incapacidad —o la incapacidad en concreto- puede ser o no dis-tinto de la incapacidad en abstracto).

Desde la concepción del daño-consecuencia es posible objetar el hecho de que se mande a pagar una suma de dinero por un daño patrimonial que no viene a corregir una pérdida efectivamente sufrida. Entiendo que sin embargo es posible acudir al concepto de pérdidas normativas ya mencionado arriba, puesto que es posible valorar que la pérdida de un derecho representa un detrimento económico, cuya dificultad de valoración puede subsanarse utilizando como indicador los ingresos del damnificado.

III. Conclusiones

La sentencia analizada presenta una serie de cuestiones muy interesantes vinculadas al concepto de daño resarcible, la utilización de la fórmula de valor presente de ingresos futuros y la cuantificación del daño moral. Esta sentencia utiliza correctamente la fórmula matemática, y en ese sentido constituye un importante paso adelante (8) en la adopción de las fórmulas como herramientas para racionalizar y justificar la cuantificación de indemnizaciones por incapacidad o lucro cesante.

Aquí se han discutido cuestiones relacionadas con las distintas concepciones del daño resarcible, y como ello impacta en las decisiones de cuantificación a tomar en casos de daños a la integridad física o psíquica. La concepción de daño-lesión entiende que el daño se configura con la lesión a un derecho o interés no reprobado (arg. art. 1737 CCC), con independencia de las consecuencias y repercusiones de esa lesión, mientras que la concepción de daño-consecuencia exige la presencia de una repercusión económica disvaliosa para dar lugar a una indemnización por lucro cesante.

En relación a los interrogantes plantados, puede responderse que: 1) el Código Civil y Comercial no es concluyente respecto de que concepción del daño adopta, ya que coexisten reglas que permiten sostener tanto una como otra teoría. Sin embargo, existen argumentos autoritativos (jurisprudencia de la CJSN) y analógicos (sistema de LRT) de los cuales es posible derivar razones (no concluyentes) para la adopción de la concepción del daño-lesión. La práctica habitual del derecho de daños (es decir, las interacciones de los actores del sistema: justiciables, abogados, jueces) muestra que, en caso de responsabilidad civil donde hay lesiones, constatada la incapacidad frecuentemente se da por probada la afectación

patrimonial, lo cual implica una implícita adopción de la concepción del daño lesión. 2) desde una mirada prescriptiva, no existen razones constitucionales concluyentes para afirmar que debemos indemnizar incapacidades en abstracto o en concreto, o que debemos indemnizar la lesión a derechos o intereses o su impacto o repercusión patrimonial. Personalmente, entiendo que la concepción más justa es la de daño lesión, por las razones ya mencionadas.

Finalmente, cabe destacar que la adopción de la fórmula matemática para calcular indemnizaciones derivada de daños a la integridad física o psíquica es una herramienta que permite racionalizar y justificar cuantificaciones de daños, sin comprometer la distinta decisión de adoptar una u otra concepción de daño, ya que puede ser utilizada tanto para cuantificar indemnizaciones por incapacidad como indemnizaciones por lucro cesante. Las fórmulas pendientes dejan abierto el interrogante respecto de qué hablamos cuando hablamos de daño resarcible.

(1) ACCIARRI, Hugo. Fórmulas y Herramientas para Cuantificar Indemnizaciones por incapacidad en el nuevo Código. LA LEY, 2015-D, 677.

(2) Entre muchos otros, abordan el tema: CALVO COSTA, Carlos, Daño Resarcible. Buenos Aires, Hammurabi, 2005; DE LORENZO, M., Federico. El daño injusto en la responsabilidad civil. Buenos Aires, AbeledoPerrot, 1996; ORGAZ, Alfredo, El daño resarcible. Córdoba, Lerner, 1980 (3° Edición); OSSOLA, Federico A., Responsabilidad Civil. Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2016; PIZARRO, R. Daniel. Daño Moral. Prevención. Punición. Reparación. Buenos Aires, Hammurabi, 2004 (2° Edición); ZANNONI, Eduardo, El daño en la responsabilidad civil. Buenos Aires, Astrea, 2005 (3° Edición).

(3) Se opone al menos en algún sentido a esto OSSOLA, cit., p. 136-137, cuando afirma que la concepción de daño-lesión hace referencia al concepto de daño en sentido amplio, y la de daño-consecuencia a la de daño resarcible. Entiendo que la discusión no es terminológica, y que el art. 1737 hace referencia (al igual que todo el CCC) al daño resarcible, aun cuando lo hace de forma contradictoria.

(4) En la terminología de PAPAYANNIS esto sería una pérdida en sentido normativo. Una pérdida normativa es aquella que se manifiesta en términos de derechos (una pérdida normativa se presenta toda vez que hay una lesión a un derecho o un interés no ilegítimo); en cambio, una pérdida en sentido fáctico se traduce en una consecuencia disvaliosa, derivada de la afectación a un derecho o un interés no ilegítimo. Con algún matiz, podríamos decir que esta terminología también podría ser utilizada para identificar las concepciones de daño en análisis. Cfr. PAPAYANNIS, Diego M.,

Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual. Madrid, Marcial Pons, 2012.

(5) Como afirma WALDRON, Jeremy. Derecho y Desacuerdos. Madrid, Marcial Pons, 2005, estamos ante cuestiones que solo pueden ser decididas mediante el principio de mayorías, es decir, mediante una votación.

(6) CSJN, Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales S.A. (21.9.04). LA LEY, 2005-A, 230. Este criterio ha sido seguido en muchos precedentes sobre estos tópicos, y en particular, en el muy importante caso Aróstegui, Pablo M. c. Omega ART (8.4.08) LA LEY, 2008-C, 247

(7) Ver WHITE, George E., Tort Law In America. An intellectual history. New York, Oxford University Press, 2003; sobre las transformaciones del derecho de daños moderno, vinculadas al surgimiento de la ampliación de la responsabilidad objetiva, PRIEST, George L. The Invention of Enterprise Liability: A critical history of the intellectual foundations of Modern Tort Law. The Journal of Legal Studies, Vol. 14, No. 3, Critical Issues in Tort Law Reform: A Search for Principles (Dec., 1985), pp. 461-527.

(8) ARRUIZ, Sebastián, ¿Qué culpa tiene la matemática? Aplicaciones judiciales de la fórmula de valor presente para cuantificar daños por incapacidad con ingresos variables probables. SJA 2016/08/10-112 anota algunos pasos menos firmes en la adopción de esta fórmula por los tribunales.

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala II, R. D., J. A. c. K., I. y otra s/ daños y perjuicios • 18/08/2016, AR/JUR/57487/2016

Hechos

Tras declarar inaplicable el Código Civil y Comercial en una acción de daños por accidente de tránsito, la Cámara cuantificó la indemnización por incapacidad sobreviniente de acuerdo a la pauta prevista en el art. 772 de la nueva normativa.

Sumarios

1 - El automovilista embistente y el motociclista que realizó una maniobra de riesgo son responsables de las consecuencias derivadas del suceso —en el caso, en un 80 y en un 20%, respectivamente—, pues mientras el primero violó la prioridad de paso el segundo, al carecer de licencia de conducir y no acreditarse su idoneidad para conducir ese tipo de vehículos, influyó con su infracción en la producción del hecho.

2 - Los daños causados por la circulación de vehículos se rigen por las normas referidas a la responsabilidad derivada de la intervención de cosas riesgosas (art. 113, Código Civil derogado, actual art. 1769, Código Civil y Comercial), pero cuando el debate afecta la atribución de responsabilidad por violación de la prioridad de paso, corresponde aplicar la norma especial —ley 24.449, art. 64— que presume la responsabilidad de quien no tenía la prioridad.

3 - La determinación del valor de reparación del daño al momento del efectivo pago es un modo de paliar las injusticias que genera el nominalismo 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, con mayor viabilidad luego de que fuera admitido en el art. 772 del Cód. Civil y Comercial, en la medida en que ello implica una confirmación por ley posterior (no aplicable al caso) de que el sistema no es incompatible con las normas citadas.

4 - El hecho de utilizar fórmulas matemáticas para determinar la indemnización por incapacidad sobreviniente no significa que se reduzca la labor jurisdiccional a un cálculo aritmético o se conciba a la vida humana desde una visión estrictamente económicista; por el contrario, lo que se pretende es reducir la discrecionalidad judicial a través de la exteriorización del esquema de razonamiento subyacente a la hora de cuantificar la indemnización (la fórmula propiamente dicha) y de las premisas fácticas que han sido tenidas en cuenta para desarrollar esa labor (las variables utilizadas).

5 - Si bien las fórmulas matemáticas puras no proveen necesariamente la justicia de la reparación ni eliminan la discrecionalidad, el sistema de la renta capitalizada establecido en el art. 1746 del Código Civil y Comercial reduce sensiblemente el margen de amplia arbitrariedad que suele esconderse detrás de términos tales como “prudencia” o “morigeración”, los que sin un razonamiento que los convalide, concretan injustificadas transferencias a favor del victimario o su aseguradora.

6 - La utilización de fórmulas matemáticas para la cuantificación de la indemnización por incapacidad sobreviniente no genera problemas de aplicación temporal de la ley, pues en materia de responsabilidad civil, el Código Civil y Comercial no ha hecho menos que recoger los desarrollos jurisprudenciales y doctrinarios que preexistían y se encontraban ya vigentes a la fecha de su sanción.

TEXTO COMPLETO:

Expediente n° 161.169

2ª Instancia.- Mar del Plata, agosto 18 de 2016.

1ª ¿Es justa la sentencia apelada? 2ª ¿Que pronunciamiento corresponde dictar?

1ª cuestión. — El doctor Loustaunau dijo:

I. En la sentencia que obra a fs. 260/79, el Sr. Juez de primera instancia hizo lugar parcialmente a la demanda entablada por J. A. R. D. y condenó a I. K. —y a la citada en garantía “Seguros Bernardino Rivadavia Cooperativa limitada”— a pagar al actor la suma de \$ 37.400 con más intereses y costas, desestimando los pedidos de inconstitucionalidad de los arts. 7 y 10 de la ley 23.928, y “de aplicación de la tasa pasiva”.

Para decidir como lo hizo, el Juez consideró que la víctima influyó causalmente en el hecho en un porcentaje que estimó en el 20% del hecho dañoso. Además, para avaluar el lucro cesante y el daño por incapacidad tomó en cuenta el valor del salario mínimo al momento del hecho, y a fin de estimar el daño material consideró el valor de algunos de los objetos al momento del hecho, mientras que ante la ausencia de prueba del monto, rechazó la suma reclamada para la reparación de la moto del actor.

Apelaron las partes a fs. 280 y 282 y los recursos que les fueron concedidos a fs. 283, han sido fundados a fs. 289 y 298, y solamente fue respondido el de la actora a fs. 307.

II: Los agravios de la parte actora son los siguientes:

a) Critica la asignación compartida de la responsabilidad, señalando que no hay una sola prueba —ni siquiera un indicio— de que el demandado haya llegado antes al cruce o de que el actor circulara a exceso de velocidad.

La declaración testimonial en la que se funda el sentenciador, en la que se afirma que el demandado “haya tirado a frenar”, no implica que este haya llegado antes al cruce, explica el apelante, sino que solo frenó “tarde”, pues debió haberse detenido antes pues no tenía la prioridad de paso.

Considera que tampoco ha quedado demostrado que la moto del actor haya sido la embistente, y por el contrario, los mismos testimonios relatan que el auto embistió a la moto. Que la moto haya querido acelerar a último momento para evitar el choque, no convierte a su conductor en culpable.

Critica los conceptos vertidos por el Juez respecto a la prioridad de paso, advierte que el Juez ha descargado sobre las espaldas de su mandante el flagelo que suponen las motos en el tránsito. Recuerda que en la propia sentencia el Juez ha exigido una relación causal adecuada entre la falta de licencia habilitante y el hecho, y concluye que no resulta congruente desentenderse de la violación de la prioridad de paso.

Pide que se le asigne el total de la responsabilidad a la parte demandada.

b) En su segundo agravio ataca los montos fijados para indemnizar cada daño.

Respecto al lucro cesante, entiende que no hay razones para tomar el valor del salario a la fecha del hecho, y que tratándose de una deuda de valor deben considerarse las sumas vigentes a la fecha de la sentencia, y no las de cuatro años atrás.

Señala su fundada disconformidad con la decisión en cuanto desestima los criterios matemáticos en torno a la incapacidad parcial permanente, recurriendo a la transcripción parcial de un conocido trabajo del Profesor de la Universidad del Sur, H. A., indicando que el Cód. Civil y Comercial traza un camino que brinda mayor seguridad al respecto, y no encuentra motivo para que el Juez “morigere” (en negrilla en el original) el monto que, además, se basa en valores manifiestamente menores de los vigentes a la fecha de la sentencia.

El rechazo de la indemnización correspondiente a la reparación de la moto, también es criticado. Dice el apelante que el Juez desestimó el daño por no haber sido acreditado su monto, omitiendo lo dispuesto por el art. 165 del CPC, y la prueba de las fotografías que han sido reconocidas al haber —la contraria— pretendido utilizarlas en su contra.

En cuanto al daño moral, y con un estilo fuertemente expresivo de la indignación que le provocan los quince mil pesos reconocidos, el recurrente trae colación el fallo “San-ta Coloma c. Ferrocarriles” en el que la C.S.J.N. se ocupó de descalificar las bajas indemnizaciones que “ofenden el sentido de justicia de la sociedad”. Destaca que las “morigeraciones” de las que ha hecho uso el Sr. Juez, “protegen los intereses de las aseguradoras”, “cuidan el bolsillo de los poderosos que ya bien cubierto está con la nefasta combinación de la prohibición de indexar, la alta inflación, y la dilación de los procesos”

Reclama una sustancial mejora en el monto, considerando que no es necesario que “una psicóloga” (el femenino es original) tenga que decirle al Juez en lenguaje técnico que una persona que es víctima de un accidente, que pasa dos meses convaleciente, que trabaja con sus manos, que la mano lesionada le sigue doliendo, que eso le ocasionará artritis, sufra por ello.

Finalmente, insiste en la inconstitucionalidad del nominalismo rígido impuesto por la ley, al que juzga violatorio del principio de razonabilidad de la ley y de la garantía de propiedad.

III. El único agravio de la demandada y citada en garantía consiste en la aplicación de la tasa de interés conocida como “Pasiva BIP” (Banca Internet Provincia).

Para criticar tal decisión, el apelante entiende que dicha tasa contiene un componente destinado a paliar la inflación, y consecuentemente la encuentra violatoria de los arts. 7 y 10 de la ley 23.928 ratificados por ley 25.561.

Razona detenidamente sobre lo que constituye una “inversión ordinaria”, transcribiendo párrafos enteros de algunos votos de los Sres. Ministros de la SCBA en la causa “Ginossi”. Ataca la tasa pasiva BIP sosteniendo que es superior a la activa.

IV. A mi modo de ver, el recurso de la actora debe progresar aunque parcialmente.

IV.1. En cuanto a la atribución causal realizada en la sentencia, es llamativo que se haya prescindido de toda consideración del art. 64 de la ley especial, vigente al momento del hecho, al punto que ni siquiera ha sido mencionada.

Pese a ello, entiendo que no le asiste razón al apelante en su primer agravio, porque aun cuando aquella norma presume que la autoría recae en la parte demandada, lo cierto es que el criterio contrario del Sr. Juez se afirma en otras dos razones que permanecen enhiestas.

La ley 24.449 —vigente desde Abril de 2009— establece en su art. 64, una presunción de responsabilidad por parte de quien viola la prioridad de paso (prioridad “absoluta” conforme art. 41, con sus excepciones), que solo puede ser desvirtuada probando que quien la tenía pudo haber evitado el accidente y no lo hizo, o cometió una infracción relacionada con la causa del mismo.

Conforme el art. 15 del anexo III decreto reglamentario de esa ley dictado en la Provincia de Buenos Aires, que lleva el n° 523/2009 (al igual que su homólogo art. 41 del decreto 779/1995 nacional) “la prioridad de paso en la encrucijada rige independientemente de quien ingrese primero en la misma”.

Para Atilio A. Alterini (“Los accidentes de la circulación en la teoría general de la responsabilidad civil” en “Responsabilidad Civil” libro homenaje al Prof. FrancoisChabas, edit Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007 p. 226 ap. b) el art. 64, 2da. parte de la ley 24.449 “...consagra presunciones de culpabilidad para el conductor cuando cometió un infracción relacionada con la causa del accidente, como en la hipótesis en que “carecía de prioridad de paso”. A favor de la preeminencia de la ley de tránsito en estas situaciones, puede leerse la autorizada opinión de Jorge Galdós (“La prioridad de paso de quien circula por la derecha” en LA LEY 2012, Marzo, 147), o decisiones como las del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia del Neuquén (LA LEY Patagonia 2014, Agosto, LA LEY online AR/JUR/30885/2014), y con mayor rigor para los Tribunales de la Provincia de Buenos Aires, el voto de la doctora Kogan en C. 89.083, “Ayala, Fernando contra Rascado, Gustavo y otro. Daños y perjuicios” que hizo mayoría aplicando la ley especial 24.449.

El derecho aplicable al caso ha quedado fijado al momento del hecho (07/12/2011) de conformidad al art. 7 del CCyC. La aludida presunción de responsabilidad se encuentra incluida en una norma que resulta especial (24.449 para la circulación de vehículos), frente al sistema general previsto

por el art. 1113 del Cód. Civil vigente al momento del hecho, para las cosas riesgosas (ley 340 modificada por ley 17.711). La ley 24.449, es además una ley posterior a la 17.711 que introdujo el riesgo creado como factor de atribución luego aplicada a los automotores.

Sobre la armonización de la ley de tránsito con lo dispuesto por el art. 1113 del CC (o el 1757 del CCyC para los accidentes ocurridos con posterioridad al 01/08/2015), entiendo que, en general, los daños causados por la circulación de vehículos se han de regir —como hasta ahora— por las normas referidas a la responsabilidad derivada de la intervención de cosas riesgosas (art. 1769 CCyC), pero cuando el debate afecta la atribución de responsabilidad por violación de la prioridad de paso, corresponde aplicar la norma especial que presume la responsabilidad de quien no tenía la prioridad, presunción que quedará desvirtuada si quien no tenía la preferencia demuestra: i) que el caso encuadra en una de las excepciones a la prioridad de quien circula por la derecha; ii) que quien gozaba de la prioridad, pudo evitar el accidente (p.e. violando el deber del art. 1710 inc. a) y no lo hizo, o cometió un infracción relacionada con la causa del mismo; iii) el caso fortuito o la fuerza mayor, que ahora abarca el hecho o la culpa de un tercero (art. 1731 CCyC); iv) la utilización de la cosa contra la voluntad expresa o presunta de su dueño o guardián (arts. 1113 CC y.1758 CCyC).

Ahora bien, la revisión de la prueba rendida permite considerar parcialmente desvirtuada la presunción de responsabilidad de la ley especial toda vez que aun cuando el actor haya acelerado tratando de evitar el accidente (testigo fs. 177), y no haya diligencia probatoria alguna que indique un exceso de velocidad, lo cierto es que no sabemos si poseía la pericia normal para ello, ya que carecía de licencia habilitante.

La ausencia de licencia no tiene relevancia causal en la medida en que se demuestre que el infractor poseía “idoneidad”, entendida esta como las habilidades normales para la conducción de vehículos de ese tipo. Si alguna vez estuvo habilitado, y el carnet de conducir se le venció, es posible que no tenga relevancia causal su falta, si —a la par— se demuestra su pericia normal para la conducción de motos.

Pero en este caso, y al contrario de lo que sostiene el accionante, al desconocer si antes del hecho el conductor de la moto tuvo licencia (informe de fs. 191), la infracción necesariamente se relaciona adecuadamente con el hecho, pues ha puesto en movimiento una cosa riesgosa para la que no estaba autorizado, y desconocemos si tenía la idoneidad requerida para conducirla.

“Es evidente que una persona que no sepa conducir debidamente aumentará en forma notable la probabilidad de ocurrencia del siniestro” dice Barbato (“Exclusiones a la cobertura en el contrato de seguro” ED, 136-562). La idoneidad es requerida con carácter de exigencia básica, aprovechando la evaluación que hace la autoridad administrativa a quien se ha delegado la habilitación (autor, ob. y p. citadas). En el caso, es requerida por la ley de tránsito, y el actor no la tenía. Como dice Barbato, si hubiera sido embestido por atrás cuando se hallaba parado ante un semáforo en rojo, es evidente que ninguna relación causal hubiera tenido la falta de licencia con el accidente, y lo mismo sucede con el titular de una habilitación vencida, pero quien ha acometido una maniobra de riesgo no tuvo —ni antes ni en ese momento— comprobada su idoneidad para conducir motos, por lo que su infracción no es “meramente formal” sino que influye causalmente en la producción del hecho.

No ha sido criticada por la contraria la distribución de la autoría, y en consecuencia (art. 163 inc. 6° del CPC), me limito a proponer la confirmación de la sentencia apelada en cuanto a la atribución de autoría y responsabilidad al demandado en un 80%.

IV.2. Asiste razón a la actora en cuanto se agravia de la utilización de valores históricos en la cuantificación de los rubros indemnizatorios.

Conforme la doctrina 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, Cód. Proc. Civ. y Comercial—, todo a fin de lograr una mejor reparación del daño causado” (causas 44.415, 117.926 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”).

“Sobre este mismo aspecto, Matilde Zavala de González (RCyS 2013-XI portada), advertía que “la plenitud indemnizatoria descarta sumas depreciadas, inservibles para obtener satisfacciones. Ello supone cuantías con poder adquisitivo real, sin cristalización al momento del daño o de la demanda, cuando ha disminuido a la fecha de la sentencia o la de su cumplimiento”.

Me parece razonable afirmar —como lo hace el apelante— que la doctrina legal citada, implícita o explícitamente refiere que las sumas destinadas a reparar daños constituyen deudas de valor, en el sentido que siempre les

ha reconocido la doctrina, aún antes de la vigencia del actual art. 772 del Cód. Civil y Comercial (Alterini, Atilio A “Las deudas de valor no se encuentran alcanzadas por la ley 23.928 de convertibilidad del austral en LA LEY 1991-B,1048).

“Explicaba Alterini que “...es deuda de valor la que “debe permitir al acreedor la ad-quisición de ciertos bienes” recayendo de esa manera sobre un quid antes bien que sobre un quantum. Se precisó, concordantemente, que en tanto en la deuda dineraria “el dinero es el objeto inmediato de la obligación, su componente específico”, en la deuda de valor el dinero aparece sólo “como sustitutivo del objeto especificado”, esto es, como “sustitutivo de la prestación dirigida a proporcionar bienes con valor intrín-seco”. En otros términos, en tanto en aquélla el dinero actúa in obligatione e in solu-tione (se debe dinero y se paga dinero), en ésta se atiende in obligatione a una deter-minada porción patrimonial, y el dinero opera únicamente in solutione (aunque se paga dinero, la deuda no es de dinero, sino de valor)” (causas nro. 131.976, 131.833 y 130.138).

“Entre los casos de deudas de valor el autor que vengo glosando decía que en tales hipótesis “...de deudas de valor (casos de créditos de los cónyuges, medianería, edifi-cación de mala fe, colación, determinación de la legítima, aportes en la sociedad, etc.) también carecen de sentido, tanto el congelamiento del crédito desde el 1° de abril de 1991, como la sujeción a desagio en función de la imposición legal de la cláusula valor dólar. El deudor debe el valor correspondiente, y el acreedor tiene derecho a estar, cuando recibe el dinero que lo representa, en situación de proveerse los bienes a los que corresponde dicho valor; para ello, lo determinante es —va de suyo— el valor actual y no uno histórico y, desde luego, nunca un valor desagiado”.

“Veamos, ejemplificativamente, el caso de los hechos ilícitos: el art. 1083 del Cód. Civil (según ley 17.711) establece que “el resarcimiento consistirá en la reposición de las cosas al estado anterior”, sin perjuicio de que la indemnización sea pagable en di-nero; la reposición al estado anterior de un guardabarros destruido en un accidente supone que el responsable pague a la víctima la cantidad de dinero necesaria para ad-quirir ese repuesto en la plaza, lo cual exige que sea computada la depreciación que suceda a partir del 1° de abril de 1991 hasta el momento del efectivo pago, y que no sea cristalizado a esa fecha el monto resultante”.

Otra opinión, considera que aunque la distinción sea solo un medio, un subterfugio, un mero instrumento paliativo de la injusticia que muchas veces genera el nominalismo, tiene igualmente utilidad dentro de ese contexto normativo (Pizarro-Vallespinos “Obligaciones” Hammutrabi, Bs. As. 1999, 1,375), como uno de los sistemas posibles para atenuar inequidades (Ariza, Ariel “Senderos del nominalismo” en LA LEY 2010-F,365).

Como bien dice el apelante no es posible dejar de advertir la injusticia manifiesta que importaría considerar indemnizado el daño calculado en base a valores de cuatro años de antigüedad, con una manifiesta depreciación que obliga a pensar en un método que, sin desatender a los arts. 7 y 10 de la ley 23.928 ratificados por ley 25.561, deje de premiar a los deudores que no indemnizaron los daños cuando debían y termine de perjudicar tan gravemente a los acreedores.

“Ante aquellas cifras que nada reparan, y que terminan humillando a quien demanda justicia, no me parece posible insistir en mantener los montos menguados “inservibles para obtener satisfacciones” (Zavala de González, Matilde ob. y p. citadas), ni asistir pasivamente a la consolidación del injusto en cabeza de la víctima, cuando otra evaluación es factible mediante las pautas anteriormente señaladas.

Se evitaría así, recurrir a la última ratio consistente en la inconstitucionalidad de un nominalismo que pese a quedar “vacío de contenido” (Ariza. Ob. cit), ha sido ratificado por la jurisprudencia (C.S.J.N., “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. EJE.). Incidente de determinación de indemnización”). Este procedimiento que aparece como el único posible para no consentir una injusticia tan manifiesta, puede presentar una complejidad desalentadora en algunos rubros.

Pese a ello, la doctrina 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 LA LEY 2010-F,635 con cita de Félix A. Trigo Represas, Casiello-Méndez 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 (no aplicable al caso) de que el sistema no es incompatible con las normas relativas al nominalismo (arts. 7 y 10 de la ley 23.298).

IV.3: Habiendo establecido que la cantidad de unidades monetarias destinada a reparar el daño deben cuantificarse en el momento más cercano al efectivo pago, por las razones expuestas en los párrafos precedentes, corresponde ingresar en el análisis de cada daño y su evaluación, siguiendo los agravios que la actora ha planteado.

a) En lo que respecta al lucro cesante (fs. 272, considerando 4.a. de la sentencia apelada), el salario mínimo, vital y móvil a la fecha de esta sentencia alcanza la suma de \$ 6.810, habiendo sido dispuesto su aumento que lo llevará progresivamente a alcanzar los \$ 8.060 en Enero de 2017 (Resolución N° 2/2016 del “Consejo Nacional...”), por lo que conforme las bases reseñadas en el punto anterior, la indemnización por sesenta días sin trabajar debería fijarse en la suma de \$ 10.896 (pesos diez mil ochocientos noventa y seis) equivalentes al 80% de \$ 13.620 (pesos trece mil seiscientos veinte).

b) Arribado el período de incapacidad ya permanente, establecida en un 5,87%, conforme la pericia médica referida en la sentencia que no ha sido objeto de crítica, corresponde abordar los fundamentos del Sr. Juez de la instancia anterior en relación a que los cálculos matemáticos son indicativos, y dispone moderarlos sin decirnos cuál es la razón para ello.

Como es sabido, la indemnización por incapacidad sobreviniente tiene por fin reparar el desmedro producido con carácter permanente en las aptitudes psíquicas o físicas del individuo y que incide sobre su aptitud productiva en general (SCBA, Ac. 42.528 en fecha 19/06/1990), abarcando no solo aspectos laborales sino también aquellos que se vinculan con su capacidad vital y potencialidad genérica, que son también mensurables —aun estimativamente— en términos económicos.

Una de las formas para cuantificar esta merma en la aptitud productiva del sujeto en esa doble faz, consiste en calcular el valor presente de una renta futura no perpetua, determinando un capital actual productor de una renta periódica que represente las ganancias frustradas por la incapacidad, y que se amortizará en el tiempo en que razonablemente la persona podría desarrollar aquellas aptitudes total o parcialmente afectadas.

Desde hace ya varias décadas que en la jurisprudencia se han utilizado diversas fórmulas matemáticas para determinar este tipo de indemnizaciones. Ello no significa —como se ha dicho— que se reduzca la labor jurisdiccional a un cálculo aritmético o se conciba a la vida humana desde una visión estrictamente economicista. Por el contrario, lo que se pretende es reducir la discrecionalidad judicial —basada en estimaciones fundadas en no más que la enumeración de ciertas circunstancias particulares de la víctima— a través de la exteriorización del esquema de razonamiento subyacente a la hora de cuantificar la indemnización (la fórmula propiamente dicha) y de las premisas fácticas que han sido tenidas en cuenta para desarrollar esa labor (las variables utilizadas).

Es cierto que las fórmulas matemáticas puras no proveen necesariamente la justicia de la reparación, ni eliminan la discrecionalidad (González Zavala,

Rodolfo “¿Cuánto por incapacidad?” en RCCyC, 2016 (mayo), 191, LA LEY on line) pero también lo es que el sistema de la renta capitalizada establecido en el art. 1746 del CCyC, que ya ha sido utilizado por esta Sala II (causa 117.560 Capatto c. Seten, Marzo de 2007), o las fórmulas para calcular la incapacidad laboral como “Vuotto”, reducen sensiblemente el margen de amplia arbitrariedad que suele esconderse detrás de términos tales como “prudencia” o “morigeración”, los que sin un razonamiento que los convalide, concre-tan injustificadas transferencias a favor del victimario o su aseguradora.

Del texto de Acciarri que el apelante ha transcrito detenidamente puede repetirse que las fórmulas sirven, nada menos, que para exponer con precisión y transparencia el camino que conduce la fijación del monto, y transforman la decisión en “vulnerable”, en criticable, en posible objeto de debate. “¿Como puede debatirse seriamente —se pregunta el profesor sureño— una decisión que funda la suma final en “los valores morales involucrados, las circunstancias del caso, los imperativos de justicia, etc.?””, o, como en el caso, decide sin más que esa sola palabra : “ morigerarlos”.

No se pretende que el sistema propiciado desde hace mucho por la doctrina especiali-zada, utilizado en algunos fueros y tribunales del país, rescatado y revalidado por el Cód. Civil y Comercial, elimine estas arbitrariedades. Eso es demasiado, pero todos coincidiremos en que acotar en lo posible la arbitrariedad contenida en frases hechas como “el prudente arbitrio judicial”, o en la sola idea auto complaciente de hacer justi-cia material mediante la “morigeración”, constituye un objetivo al que no puede, ni debe renunciarse, aun siendo conscientes de la imprecisión y complejidad del instru-mento con el cual efectuamos la valuación del daño (Guibourg, Ricardo “Los miste-rios del buen cubero” en LA LEY on line 31/05/2016 AR/DOc. 1484/2016).

Ahora bien, entre las múltiples opciones creadas por doctrina y jurisprudencia, sobre-sale —a mi modo de ver— la fórmula diseñada por el Dr. H. A., quien ha propuesto una 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 (véase, en tal sentido, 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 ingre-sos futuros constantes o variables, ciertos o probables”, y aplicativo Excel, ambos dis-ponibles en el sitio web del Departamento de Derecho de la Universidad Nacional del Sur: www.derechouns.com.ar/?p=7840 —último día de visita, 22/06/2016—; en for-ma 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).

Esta fórmula —como tantas otras— permite calcular el daño patrimonial resarcible como consecuencia de una incapacidad, entendido ello como una ganancia futura frustrada que se traduce en un valor presente al momento de la decisión. Por ello se habla del cálculo del valor presente de una renta no perpetua, y que ha sido traducida —con múltiples modos de expresión, aunque con relativa identidad matemática— en diversos precedentes judiciales: fallos "Vuoto", "Marshall", "Las Heras-Requena", entre otros (Acciarri, Hugo - Irigoyen Testa, Matías, "La utilidad...", ob.cit.).

Asimismo, la fórmula propuesta por Acciarri tiene una virtud complementaria: recepta la probabilidad razonable de que los ingresos de la víctima no sean constantes (defecto que —por diferentes razones— le es imputable a la fórmula "Vuoto" y sus derivadas, tal como fuera puesto de relieve in re "Arostegui", (C.S.J.N., Fallos: 331:570), aprehendiendo la variabilidad —ascendente y descendente— de las ganancias del damnificado a lo largo de su vida, lo que repercute necesariamente en su aptitud productiva, con el correlativo impacto que ello, a su vez, tendrá en la indemnización final a que tiene derecho.

Esos cambios en las retribuciones, a la vez, pueden considerarse de acuerdo a una cierta probabilidad, que puede ser muy alta (certeza en el grado requerido por el derecho), o más baja (chance).

La fórmula propuesta por el autor es la que sigue:

image-2

Donde, ["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).

Para cuantificar el valor presente de los ingresos futuros frustrados, propongo que las variables a seguir sean: (a) la edad de la víctima a la fecha de la presente decisión (agosto de 2016) y que es de 42 años de

edad; la incapacidad sobreviniente por períodos ya pasados se analizará más abajo (b) el Sr. Ruiz realizaba actividades lucrativas relativamente informales (filetero), contexto en el cual —en ausencia de evidencia fehaciente sobre sus ingresos efectivos— corresponde estimar una retribución actual tomando como pauta el Salario Mínimo Vital y Móvil determinado por el Consejo Nacional del Empleo, la productividad y el Salario Mínimo Vital y Móvil dependiente del Ministerio de Trabajo, Empleo y Acción Social de la Presidencia de la Nación (art. 14 bis de la CN, 135 y cctes. de la Ley 24.013; esta Sala, en autos “Lattanzi, Vicente c. Henrik, Daniel y Otros s/ Daños y Perjuicios”, Causa 136.476, sentencia del 13/11/2008); (c) con esa base, parece razonable establecer tres períodos en los que entiendo probable que exista un cambio (en el caso, ascendente) de los ingresos de la víctima: diferenciando de los actuales 42 a los 50 años de edad un ingreso promedio anual proyectado de \$ 98.530 con base en el salario mínimo vital y móvil de junio de 2016 a mayo de 2017 incluyendo un SAC —siguiendo aquí la suma anual de los valores ya fijados para tales años en la Res. N° 02/2016 del CNEPYSMVYM—; luego, de los 50 a los 60 años, un incremento esperado del 30% de esos ingresos (lo que arroja un total anual de \$128.089), y de los 60 años al final de su edad productiva —fijada por la parte en 65 años, inclusive— un nuevo aumento del 30% sobre el período anterior (\$166.515.- anuales), en este último caso —y a diferencia de los restantes— con un 50% de probabilidad de que ese incremento efectivamente se produzca; (d) una tasa de descuento pura del 4%, y (e) un porcentaje de incapacidad del 5,87%.

Trasladadas estas variables al aplicativo referido y que ha sido agregado por separado, pero 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 para el ingreso de la víctima. Allí para cada año de edad de la actora la columna de la derecha representa el ingreso anual proyectado y la columna de la izquierda el valor esperado del ingreso (considerando aquí la probabilidad de que se produzca la variabilidad de las ganancias para cada franja temporal).

Arribo de esa forma a un capital total representativo de rentas futuras frustradas de \$ 105.875,54 al cual entiendo prudente adicionarle un 10% que represente el valor económico de las restantes aptitudes vitales y genéricas —no estrictamente laborables— y que también resultaron parcialmente frustradas. Ello arroja un total de \$ 137.637,5., y el 80% correspondiente es de \$ 110.110, monto por el cual entiendo debe prosperar el rubro.

c. Ahora bien, en la medida en que la fórmula resulta de utilidad para la justipreciación de las ganancias futuras frustradas, corresponde realizar un cálculo diferente y separado correspondiente a los ingresos pasados caídos desde la fecha en que pudo reintegrarse a las tareas laborales (sesenta días posteriores al hecho) y hasta la actualidad.

Adviértase que desde el día del hecho hasta la recuperación del actor, las ganancias no percibidas ya fueron mensuradas en el punto 3.a (ver supra) y de allí en más —terminada la curación— se ingresa en el ámbito de la incapacidad sobreviniente pro-piamente dicha (las mermas económicas derivadas de las secuelas que ya no podrán curarse).

La indemnización por incapacidad sobreviniente correspondiente al momento de la finalización de las terapias curativas y hasta la fecha de la presente sentencia deben estimarse por separado puesto que, tal como apunta con acierto Acciarri, no hay allí un ingreso futuro frustrado sobre el cual corresponda aplicar la mentada fórmula sino un ingreso pasado ya perdido, por lo que cabe analizarlo 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”, cit. en párrafos precedentes).

Teniendo en cuenta nuevamente el valor actual del SMVyM fijado por Resolución 2/2016 del CNEPYSMVYM, la fecha que se terminaron las curaciones del actor (dos meses después del accidente), y el momento en que se realiza el cálculo (agosto de 2016), la incapacidad sobreviniente por períodos pasados debe cuantificarse en ese lapso de tiempo (4 años y 6 meses: desde febrero de 2012 a julio de 2016), multiplicando aquél valor de referencia (con más un salario complementario por año, más medio SAC por el período de seis meses) por la incapacidad verificada (5,87%), arrojando un total de \$ 23.585,07, al cual cabe adicionarle un 10% que estimo prudente para representar el valor económico de las restantes aptitudes productivas —no estrictamente laborables— y que también resultaron parcialmente frustradas (aspecto que, lógicamente, no queda comprendido en el SMVM utilizado como referencia). El total resultante, entonces, es de \$ 25.943.58.- El 80% correspondiente a la incidencia causal es de \$ 20.754.86.

El total de la indemnización por incapacidad, tanto la transitoria y total (\$ 10.896.-), como la parcial y permanente, en sus distintas etapas (\$ 20.754,86.- + \$ 110.110.-), asciende a \$ 141.760,86 (ciento cuarenta y un mil setecientos sesenta, con ochenta y seis centavos) monto por el cual propongo que progrese el reclamo.

Por último, cabe insistir en que la utilización de las fórmulas matemáticas para la cuantificación del rubro en estudio no genera problemas de aplicación temporal de la ley. En materia de responsabilidad civil, la nueva normativa no ha hecho menos que recoger los desarrollos jurisprudenciales y doctrinarios que preexistían y se encontraban ya vigentes a la fecha de su sanción (Confr. Kemelmajer de Carlucci, La aplicación del Cód. Civil y

Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, pág. 158). Más aún, las fórmulas utilizadas reconocen su origen en precedentes jurisprudenciales dictados durante la vigencia del Cód. Civil de Vélez.

En este sentido, se ha afirmado —con acertado criterio— que la regulación actual de responsabilidad civil contenida en el nuevo Cód. Civil y Comercial de la Nación puede entenderse como doctrina interpretativa de la legislación anterior bajo el prisma de la compatibilidad de ambos sistemas (el viejo y el nuevo) (véase voto del Dr. Jorge Galdós —con cita de Aída Kemelmajer de Carlucci— en la causa “S.M.J. c. Ferraro, Jauregui Luciano Francisco y ot. s/ Daños y Perjuicios”, de la Sala Segunda de la Cámara Civil y Comercial de Azul, Expte. 60.896, sentencia del 14/06/2016).

IV.4: Respecto a los daños materiales a la moto del actor, entiendo que le asiste parcialmente la razón en su recurso.

Es cierto que el monto del daño no ha sido probado, toda vez que no se ha ofrecido la prueba informativa que corrobore la autenticidad y correspondencia del presupuesto, o la pericia mecánica que dictamine acerca de la pertinencia de los arreglos propuestos y su valor adecuado, y el Juez no es perito para poder valorarlos solo en base a las fotos.

Por otra parte, también es correcto que habiéndose probado el daño —en el caso por las fotos y los testimonios que relatan el accidente— “resultaría inadmisibles no condenar por no saber cuánto, pese a que alguna indemnización debe imponerse” (Zavala de González, Matilde “Resarcimiento de daños: tmo. 3 El proceso de daños, p. 343, Hammurabi, Bs. As. 1993). Lo que se desconoce dice la autora, es el alcance del perjuicio económico que está ya probado, recomendando diferir la fijación de su cuantía para la etapa de la ejecución de sentencia en la que el ejecutante debe aportar las pruebas necesarias para establecer el monto (aut. y ob.cit. con cita de la C.S.J.N. en p. 344).

En consecuencia, propongo al acuerdo que se haga lugar parcialmente al agravio, y habiendo quedado probado el daño sufrido por el vehículo del actor, se lo cuantifique en la etapa de ejecución de sentencia.

A tales fines, se sorteará un perito mecánico de la lista oficial quien teniendo a la vista la descripción de las tareas de reparación a desarrollar que surgen del presupuesto de fs. 57 las fotografías agregadas determine cuál es el costo actual de las reparaciones que estima necesarias para

volver la moto a su estado anterior al hecho que motiva el proceso (art. 1083 CC ley 340).

IV.5: El agravio relativo al monto con que se pretende reparar el daño moral, a mi juicio, también debe progresar.

El impacto generado en la integridad psicofísica del actor incluye una infrecuente fractura del hueso ganchoso, y en consecuencia de difícil tratamiento. Además poli-traumatismos, con escoriaciones, con posibilidades de artrosis futuras, un tiempo de curación estimado en sesenta días, y una incapacidad laboral del 5,87% (pericia médica a fs. 197 y siguientes) que afecta también sus funciones vitales en la medida en que le quita fuerza a la mano afectada.

Ante estos perjuicios en el modo de estar, disvalioso y anímicamente perjudicial, considero que el monto que procure satisfacciones compensatorias y sustitutiva, no ha de ser inferior a la suma de pesos veinticinco mil (\$ 25.000).

IV.6: La pretensión de inconstitucionalidad del nominalismo debe ser —por ahora— rechazada.

En cuanto a la actualización con posterioridad a la ley 23.928, nada ha cambiado, legislativamente hablando, porque la ley 25.561 no alteró esa parte de la 23.928 ni sus decretos.

En el caso, y tratándose de una obligación de reparar el daño causado, cabe destacar la opinión de Alterini (en “Las deudas de valor no están alcanzadas por la ley 23.928 de convertibilidad del austral”, LA LEY, 1991-B-1051) respecto de la aplicación de la citada ley a las deudas de valor, quien consideró que éstas no se encontraban alcanzadas por lo siguiente: 1°) La ley 23.928 no hace referencia concreta a las deudas de valor. 2°) La ley se refiere exclusivamente a las obligaciones consistentes en dar una suma determinada de dinero (...). También Martorell (en “Problemática práctica motivada por la ley de convertibilidad: soluciones”, LA LEY, 1991-E-915) señalaba que la prohibición de indexar resultaba inaplicable a las deudas de valor, por los siguientes motivos: 1°) La ley omite toda referencia a las deudas de valor y tratándose de una prohibición el criterio debe ser restrictivo. 2°) La jurisprudencia acogió favorablemente la actualización —por convenio o sentencia— de las deudas de valor. 3°) La aplicación de la prohibición de indexar resultaría notoriamente injusta en el caso de la deuda por daños.

A lo expuesto, es preciso agregar que las referidas deudas también estarán excluidas a partir de la entrada en vigencia —el 01/08/2015— del Cód. Civil y Comercial de la Nación, toda vez que en su art. 772 dispone: “Cuantificación de un valor. Si la deuda consiste en cierto valor, el monto resultante debe referirse al valor real al momento que corresponda tomar en cuenta para la evaluación de la deuda. Puede ser expresada en una moneda sin curso legal que sea usada habitualmente en el tráfico. Una vez que el valor es cuantificado en dinero se aplican las disposiciones de esta Sección”.

Entonces, siendo la obligación de reparar el daño una deuda de valor que se reajusta en relación al valor más próximo a la sentencia, no resulta necesario declarar la inconstitucionalidad de los arts. 7 y 10 de la ley 23.928, pues la declaración de inconstitucionalidad de un precepto de jerarquía legal constituye una de las funciones más delicadas susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia, configurando un acto de suma gravedad que debe ser considerado como ultima ratio del orden jurídico (conf. SCBA, causa C. 106.293, sent. del 22/10/2014), en tanto no se configuran aquí los motivos que habilitarían su declaración.

IV.7: Restan por analizar los agravios vinculados a la tasa de interés.

a. Adelanto que la solución dada por el a quo ha sido la correcta.

Como es sabido, ya desde el año 2009 mediante el dictado del fallo “Ponce, Manuel Lorenzo y ot. c. Sangalli, Orlando Bautista y ot. s/ Daños y Perjuicios”, (SCBA, C.101.744; sen. del 21/10/2009) la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires ratificó el criterio establecido en el caso “Zgonc...” (Ac. 43.448, del 21/05/1991) conforme el cual, en ausencia de una tasa convencional o legal aplicable, los intereses moratorios deben liquidarse a la tasa pasiva que paga el Banco de la provincia de Buenos Aires en los depósitos a treinta días, vigente durante los distintos períodos de aplicación (art. 622, Cód. Civil).

El deber moral e institucional de seguir la doctrina legal de la Casación bonaerense motivó a que este Tribunal adopte esa tesitura en los casos que llegaron a su entendimiento, sin perjuicio de dejar a salvo la opinión que fuera expuesta en el año 2007 en los autos “Zibecchi, Pablo c. Trama, Fabián y ot. s/ Daños y Perjuicios” (Expte. N° 126.644, sent. del 21/06/2007 Reg. 168-07), donde consideré (en un voto al que adhirió mi colega de Sala) que correspondía liquidar los intereses moratorios a la tasa activa que cobra el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones de préstamos personales (entre otras razones, por el cambio sustancial de las condiciones económicas que justificaban apartarse de una tesitura fijada en épocas de paridad cambiaria y convertibilidad).

Tiempo después, en las sentencias dictadas en autos “Ávila...” (Sala II, causa 156.126, sentencia del 09/09/2014, RSD 225-14) y “Rojas...” (Sala II, Expte. 155.954, del 04/09/2014; RSD, 223-944) propuse una nueva alternativa: sin apartarnos de las directrices fijadas por la Corte provincial, era razonable y justo utilizar la tasa pasiva con mejor rendimiento que ofrece el Banco de la Provincia de Buenos Aires. Tal era —y continua siendo— la tasa “BIP”, correspondiente a depósitos a plazo fijo tradicionales realizados por homebanking (Banca Internet Provincia).

La Suprema Corte reconoció que esa alícuota no era violatoria de su doctrina legal (in re “Zocaro, Tomás A. c. Provincia A.R.T., S.A. y otros s/daños y perjuicios”; RI. 118615 de fecha 11/03/2015, publicado LA LEY 07/05/2015, 7).

Ya en épocas de vigencia del nuevo Cód. Civil y Comercial (Leyes 26.994 y 27.077), la Casación bonaerense ha vuelto a analizar la temática de los intereses moratorios. En su reciente sentencia dictada en la causa “Cabrera, Pablo David contra Ferrari, Adrián Rubén. Daños y perjuicios” (causa C. 119.176, del 15/06/2016) resolvió por mayoría que “la evolución de las distintas tasas de interés pasivas aplicadas por el Banco de la Provincia de Buenos Aires, que se hallan determinadas en el marco reglamentario de la mencionada institución oficial (art. 768, inc. “c”, Cód. cit.), impone precisar el criterio que este Tribunal ha mantenido hasta ahora en carácter de doctrina legal, en pos de la referida finalidad uniformadora de la jurisprudencia. Por tal razón, considero que los intereses deberán calcularse exclusivamente sobre el capital, mediante la utilización de 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, desde la fecha del hecho dañoso hasta el día de su efectivo pago (arts. 622 y 623, C.C. de Vélez Sarsfield; 7 y 768, inc. “c”, C.C. y C.N.; 7 y 10, ley 23.928 y modif.)” (fallo. cit.).

Esta doctrina legal deviene aplicable tanto a los intereses devengados en épocas de vigencia del artículo 622 del Cód. Civil como a aquellos que quedan bajo el imperio del artículo 768 inc. “c” del Cód. Civil y Comercial (esto es, posteriores al 01/08/2015).

En la época en la que el juez dictó su sentencia, y en la actualidad, la “tasa pasiva más alta” es la que paga el Banco de la Provincia en sus depósitos a plazo fijo constituidos por Internet (la denominada tasa “BIP”), lo que evidencia la adecuación entre la solución del a quo y la doctrina legal de la SCBA que he referenciado.

Por otra parte, y como ha afirmado correctamente el juez de primera instancia —en una tesis que ha ratificado el Máximo Tribunal con sede en La Plata en el precitado caso “Cabrera...”— los intereses moratorios deben calcularse “desde la fecha del hecho dañoso”. Esto último debe entenderse en el sentido de que los acrecidos se liquidan desde el momento en que se produce “cada perjuicio”; esto es, cada daño en particular que es objeto de reparación. No solo es ese el histórico criterio que la jurisprudencia mayoritaria ha seguido en la materia (sobre todo a partir del célebre plenario de la Cámara Nacional Civil “Gómez c. Empresa Nacional de Transportes” del 16/12/1958; LA LEY 93-667), sino que es además la pauta establecida en el nuevo artículo 1748 del Cód. Civil y Comercial, cuyo texto —obviamente— debe ser compatibilizado con las interpretaciones que de él ha realizado la Casación local.

No puedo dejar de advertir que el criterio sentado por la Suprema Corte fue expuesto en un caso en el que la parte recurrente se agravió expresamente de la solución que había sido otorgada por el ad quem (la Sala Segunda de la Cámara Civil y Comercial de Bahía Blanca) al utilizar tasas puras para la liquidación de intereses moratorios en rubros cuantificados a valores más cercanos a la fecha de la sentencia (lo cual es razonable cuando se trata de evitar la utilización de tasas propias de épocas inflacionarias sobre un capital ya expresado a valores actuales).

Si frente a ese planteo la Corte afirmó —sin otros fundamentos— que los intereses moratorios se liquidan “desde el día del hecho”, no cabe más que interpretar que aquella modalidad de cálculo a base de tasas puras (desde que se produce el perjuicio y hasta la sentencia) no es admisible (sobre el tema, y en posición contraria, véase Juan José Casiello en “Los intereses y la deuda de valor (Doctrinas encontradas y saludable evolución de la jurisprudencia)”, Publicado en LA LEY 151, 864, Obligaciones y Contratos Doctrinas Esenciales Tomo III, 219; en jurisprudencia, plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil in re “Samudio de Martínez, L. c. Transportes Doscientos Setenta S.A. s/ Daños y Perjuicios” del 20/04/2009, cuarta cuestión).

En suma, y respecto al “dies a quo”, los intereses moratorios deberán liquidarse conforme lo establecido en el considerando 7 de la sentencia de primera instancia (v. fs. 278), aspecto que no solo no ha sido motivo de agravio sino que —además, y como afirmé— es conteste con la más reciente doctrina legal. Por lo tanto, (a) los correspondientes al lucro cesante por los 60 días de incapacidad total y transitoria, se calcularán desde la fecha en que se produjo el accidente de tránsito que motivó este pleito; (b) los que se devenguen con motivo del crédito por incapacidad sobreviniente (a partir de la curación y hasta la fecha de la sentencia), deben liquidarse desde el primer día posterior a la finalización de la curación; (c) los correspondientes al rubro de lucro cesante futuro (cuantificado mediante la fórmula matemática), y por tratarse de un daño

que aún no ha tenido lugar, deberán calcularse una vez finalizado el plazo de diez días desde la notificación de la presente sentencia.

Por las razones expuestas, los agravios vinculados a la temática en estudio deben ser desestimados (arts. 622 del Cód. Civil —Ley 340—, 7 y 768 inc. “c” del Cód. Civil y Comercial). Así lo voto

El doctor Monterisi votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

2ª cuestión. — El doctor Loustaunau dijo:

Corresponde hacer lugar parcialmente al recurso de la actora disponiendo que: a) se eleve el monto total de la indemnización por incapacidad a la suma de \$ 141.760,86 b) asignar la suma de \$ 25.000 para la reparación del daño moral; c) diferir para la ejecución de sentencia la fijación del monto por el daño al vehículo conforme las pautas señaladas en el considerando IV.4 de la presente sentencia, y rechazar los restantes agravios relativos a la incidencia causal de la víctima y a la inconstitucionalidad del sistema nominalista. Corresponde, asimismo, rechazar el recurso de la demandada respecto a la tasa de interés moratoria.

Propongo que las costas por los trabajos de esta instancia se impongan a la parte demandada y a la citada en garantía vencidas (art. 68 del CPC) y diferir la regulación de honorarios para la oportunidad del art. 51 de la ley 8904.

Así lo voto.

El doctor Monterisi votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Con fundamento en el acuerdo precedente se dicta la siguiente sentencia: I) Se hace lugar parcialmente al recurso de la actora disponiendo el monto total de la indemnización por incapacidad a la suma de \$ 141.760,86; II) Asignar la suma de \$ 25.000 para la reparación del daño moral, y diferir para la ejecución de sentencia la fijación del monto por el daño al vehículo conforme las pautas señaladas en el considerando IV.4 de la presente sentencia, rechazando los restantes agravios relativos a la incidencia causal de la víctima y a la inconstitucionalidad del sistema nominalista. III) Se rechaza el recurso de la demandada respecto de la tasa de interés. IV) Las costas por los trabajos de esta instancia se imponen a la demandada y citada en garantía vencidas (art. 68 del CPC) y se difiere la regulación de

honorarios para la oportunidad del art. 51 de la ley 8904. Notifíquese personalmente o por cédula (art. 135 del CPC). Devuélvase. — Roberto J. Loustaunau. — Ricardo D. Monterisi.