

REGISTRO Nro. 225-s FOLIO Nro. 962/74

Expediente N° 156126 Juzgado N° 8

En la ciudad de Mar del Plata, a los 9 días del mes de Septiembre de 2014, reunida la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Segunda, en acuerdo ordinario a los efectos de dictar sentencia en los autos caratulados "**AVILA ROSA AGUSTINA C/TRANSPORTES 25 DE MAYO S.R.L. Y PROTECCION MUTUAL DE SEGUROS DEL TRANSPORTE PUBLICO DE PASAJEROS SI DAÑOS Y PERJ.POR USO AUTOMOT.(C/LES.O MUERTE)(SIN RESP. EST.)**", habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los artículos 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial, resultó que la votación debía ser en el siguiente orden: Dres. Pedro D. Valle, Roberto J. Loustaunau y Ricardo D. Monterisi.

El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes

CUESTIONES

- 1)** ¿Es justa la sentencia de fs. 367/377?
- 2)** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión planteada, el Dr. Valle dijo:

I. En la decisión recurrida, el a quo hizo lugar a la demanda de indemnización de daños y perjuicios, condenando por la suma de \$63.620 más intereses conforme la tasa pasiva del Banco Provincia. Las costas fueron impuestas a la parte demandada en su calidad de vencida. La regulación de honorarios fue diferida para el momento en que el fallo adquiriera firmeza.

De la sentencia apelaron la actora y la demandada, a fs. 386 y 396, respectivamente. La citada en garantía hizo lo propio a fs. 378, pero desistió a fs. 421.

II. Síntesis de los agravios.

La parte actora se queja de tres aspectos de lo decidido en primera instancia.

En primer lugar plantea que la tasa de interés fijada

conforme la pasiva del Banco Provincia no se compadece con la realidad socio económica imperante desde 2009, por lo que pide que sea modificada conforme la tasa activa de la misma entidad bancaria, en operaciones de descuento de documentos.

Los agravios restantes fueron expresión de disconformidad con los montos indemnizatorios que el a quo fijó con relación al daño por incapacidad y al daño moral.

Del otro lado, la demandada también se alza por las cantidades indemnizatorias de tales daños, pero en su lugar propone que sean disminuidas.

III. Consideración.

Por razones de orden metodológico analizaré los recursos según los ejes comunes de agravio, en forma conjunta, y al final abordaré el tratamiento del capítulo relativo a la tasa de interés.

III. 1. Quantum indemnizatorio del rubro incapacidad.

Ante todo debo referir que el juez de primera instancia ha unificado el tratamiento de la indemnización de incapacidad física y daño psicológico, en tanto los considera componentes de un menoscabo del derecho a la integridad psicofísica de la víctima del ilícito, con repercusión en todas sus potencialidades vinculares. Luego de recorrer los informes médico y psicológico para establecer la certeza del daño, el a quo concluyó que debía otorgarse una indemnización por las futuras erogaciones que afectarían el patrimonio de la actora, entre las que incluía una terapia psicológica semanal con una duración de 6 meses. Avaluó el daño en la suma de \$30.000 por vía del art. 165 del CPC.

Vale decir también que el lucro cesante derivado de la incapacidad física, sin embargo, fue rechazado por falta de prueba.

A partir de lo expuesto, observo que el sentenciante ha otorgado una doble indemnización del aspecto extrapatrimonial del daño a la integridad psicofísica.

Es preciso diferenciar en primer lugar las lesiones que el

hecho produce con el o los daños resarcibles que son consecuencia de aquéllas, puesto que si bien la lesión a la persona es presupuesto necesario del daño, es en éste orden en definitiva que se asienta la mira del resarcimiento. (CC0103 LP 240643 RSD-4-3 S 4-2-2003 “Fernández, Teresa c/ González, Sergio G. y otros s/ Daños y perjuicios”, y mi voto en esta Sala Segunda, expte. n° 145.843 “Larrea c/ Vilchanki s/ Daños”, RSD 253 del 7-9-2010).

Dicho de otro modo, las lesiones físicas pueden ser el antecedente de daño moral o material, pero en sí mismas no constituyen daño en tanto el derecho a la integridad psicofísica (art.5° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ratificada por ley 23.054) es un derecho personal que no está en el comercio (conf. voto Dr. Loustaunau en esta Sala, causa n° 141179, RSD 370 17-7-2008).

Es decir, que la lesión no es de por sí indemnizable, sino las consecuencias patrimoniales o morales que deriven de aquélla (conf. Pizarro Vallespinos, “Obligaciones” t. 4, Hammurabi, 2008, pág. 300; cit. en causa Sala 3ra., n° 147.032, RSD 210-11, del 9-11-2011, “Jaureche c/ Club Once Unidos / Daños y ps.”).

En la esfera de apreciación patrimonial, las lesiones físicas pueden repercutir en la faceta laboral del afectado, impidiéndole realizar la actividad económica que le era habitual, o en caso de encontrarse en inactividad, podría apreciarse la pérdida de chance de hacerlo. Pero no sólo en la faceta laborativa (lucro cesante) puede disparar sus efectos la lesión psicofísica, sino en todas las actividades de la víctima y la proyección que las secuelas del accidente puedan tener sobre su personalidad integral, en tanto en su propia individualidad como en su vida de relación o social (CNCiv., Sala H, 7/12/97 en “González Miguel c/ MCBA”; CNEsp. Civ. Com., Sala V, 8/7/88 en “Melo c/ Del Pozzo”; CNFed. Civ. Com. 10/4/81, “Amarilla Martínez de Agüero c/ EFEA” y ots., cit. por LOPEZ MESA, Marcelo en “Tratado de la Responsabilidad Civil”, 2da. Ed., La Ley, T. VII, pág. 219/220).

Mediante una ejemplificación se puede apreciar con

mayor claridad esta distinción, porque al margen de las ganancias dejadas de hacer (lucro cesante), el lesionado puede ver afectado su patrimonio como consecuencia de las lesiones incapacitantes, tales como la necesidad de contratar personal doméstico (o incrementar las labores y tiempo del personal que ya tuviere contratado), o acompañante terapéutico, adquirir cama ortopédica, o por caso realizar obras para lograr accesibilidad en el hogar que habite, o mudarse del mismo, o dejar de andar en bicicleta y verse en la necesidad de transportarse por cualquier otro medio que implica una erogación, por lo que la integridad física debe ser protegida por el derecho aunque la persona que la sufre no trabaje o no tenga disminución en sus salarios, lo que no es por conducto de la indemnización del rubro lucro cesante como ello debe producirse (mi voto en causa n° 155.635 RSD 137 del 8-5-2014).

Por otra parte, las afectaciones que hubieran repercutido en el aspecto extrapatrimonial se evalúan en el marco de apreciación del daño moral.

De manera que las lesiones que ha sufrido la Sra. Avila, como producto del evento dañoso que ocurrió a bordo del ómnibus propiedad de la demandada, ocasionó daños materiales y daño moral. Dentro del primer grupo, la sentencia de primera instancia reconoce indemnización de los gastos de traslado, de los gastos terapéuticos, y del daño psicológico, que tal como referí anteriormente, fue enmarcado en la indemnización de incapacidad.

Es claro el voto de mi colega Dr. Loustaunau al recordar que el daño psicológico no constituye un tercer género distinto del daño moral o material, por lo que la lesión a la psiquis puede tener consecuencias patrimoniales en tanto la víctima deba realizar una terapia, o pierda su capacidad laborativa, o sufra secuelas en el ámbito espiritual que se resarcen dentro del daño moral (SCBA La Ley 1975-C-87; Zavala de González, Matilde, "Resarcimiento de daños, V.2a, Daños a las personas. Integridad psicofísica", pags. 191 y sgts.; en causa n° 135128 RSD 320 del

701102006, en autos “Benegas c/ Leonoir / Ds. y Ps.”)

Concretamente, la reparación económica del daño psicológico, en cuanto a sus consecuencias patrimoniales, no debe superar el costo que representa el tratamiento que diagnostica la Lic. Valotta en su informe presentado a fs. 261/262, en el que precisa la necesidad de una psicoterapia de seis meses mínimos de duración con una frecuencia semanal, a valor de \$80 por consulta, lo que totalizaría en la cantidad de \$1.920.

La estimación que el sentenciante hizo respecto de la indemnización de la incapacidad, en el plano patrimonial y ajeno al aspecto laboral, exceden por demás al daño psicológico, que es el único daño patrimonial emergente que puede ser incluido en dicha categoría.

Es decir, que más allá del aspecto patrimonial derivado del gasto en psicoterapia, no hay posibilidad de otra cosa bajo tal concepto. Por lo que toda consideración que el magistrado de origen ha realizado en el apartado dedicado al otorgamiento de una reparación de la incapacidad, y específicamente me refiero a las afectaciones en la vida de relación de la víctima, producidos por secuelas psicológicas y por la reducción de la movilidad de su hombro, pertenece a la órbita del daño moral.

Es que no hay derecho a pretender la indemnización de la lesión física en forma autónoma, pues por definición ésta no es indemnizable por su sola existencia, sino que lo es la consecuencia dañosa de la misma en la faz patrimonial o moral. Las primeras se analizan en el plano del daño emergente plasmado en los gastos de curación o del lucro cesante que se proyecta bajo el rubro de incapacidad sobreviviente. La segunda se evalúa dentro de los elementos que se tienen en cuenta para juzgar la procedencia del daño moral (argto. jurisprudencia sala 2da. en causa n° 122680 RSD 225-10 del 17-8-2010).

En definitiva, otorgar una indemnización por las afecciones extrapatrimoniales de la incapacidad en un tratamiento autónomo y, por idénticas razones, indemnizar también el daño moral, implicaría

duplicar el resarcimiento de manera incausada, cosa que la ley no habilita (art. 499 del Código Civil).

Por todo lo expuesto, corresponde hacer lugar al recurso deducido por la demandada en cuanto pretende la reducción del monto indemnizatorio del rubro incapacidad, el que se morigera a la suma de \$1.920.

Por idénticas razones, corresponde desestimar la apelación de la parte actora referida al parcial bajo tratamiento.

III. 2. Monto del daño moral.

El daño moral se configura por el conjunto de sufrimientos, padeceres de orden espiritual y angustias causadas por el ilícito, encontrando su cauce legal en el art. 1078 del C. Civil su carácter es resarcitorio.

Sabido es, y ya lo ha dicho –entre otros tribunales y autores de doctrina jurídica- la Corte Suprema de Justicia de Tucumán, que el amplio debate acerca de la valoración judicial del daño moral y las pautas a considerar por el juzgador evidencian la complejidad del problema (cfr. Pizarro, Ramón Daniel, Daño moral. Prevención. Reparación. Punición, pàg. 410 y sgtes; ídem, “La cuantificación de la indemnización del daño moral” en Revista de Derecho de Daños, T. 2001-1, pàg. 337 y sgtes; Mosset Iturraspe, Jorge, “Diez reglas sobre la cuantificación del daño moral” en LL 1994-A,728; Zavala de González, Matilde, “¿Cuánto por daño moral?”, en JA 1987-III-822; Vázquez Ferreyra, Roberto, “La cuantía de la indemnización por daño moral” en JA 1993-I-621; entre muchos autores citados por CSJ Tucumán en sent. nº 374, del 14/05/2007 , en autos "BUTI, FERNANDO EMILIO VS. BERCOVICH S.A.C.I.F.I.A. S/DAÑOS Y PERJUICIOS RECURSO DE QUEJA").

Al momento de determinar la cuantía del daño moral, los jueces deben brindar parámetros objetivos que justifiquen el criterio adoptado, como por ejemplo, la entidad del perjuicio sufrido por la víctima, su situación personal y las particularidades del caso que emergen de la prueba

arimada: edad de la víctima, sexo, condición social, particular grado de sensibilidad, índole de las lesiones sufridas, pluralidad de intereses lesionados, la incidencia del tiempo, la repercusión del hecho, etc. (CSJ Tucumán, causa cit.).

En esa inteligencia, los fundamentos que el a quo ha vertido para justificar la decisión a que arribó para otorgar la indemnización por el rubro incapacidad, en virtud de la solución que propongo al agravio que antecede, integran las consideraciones necesarias para justificar la reparación del daño moral, como también la cifra de dinero que a tales fines avaluó el sentenciante.

Ya lo ha dicho la Suprema Corte de Justicia de esta Provincia, con voto mayoritario del Dr. Hitters, que si bien con el daño moral no se indemniza la incapacidad permanente que padece la víctima, tal dato no puede resultar irrelevante al momento de valorar la efectiva afectación de los bienes extrapatrimoniales del damnificado (SCBA, AC 81161 S 23-6-2004).

Efectivamente, es propio del examen necesario para el encuadre y entendimiento del daño moral, el énfasis de las lesiones físicas que provocan incapacidad permanente del 18% y de las secuelas psicológicas detalladas en la sentencia de primera instancia a fs. 373 vta./ 375, en los que ha detallado la edad de la víctima (64 años), considerando también la incidencia negativa de la incapacidad en su proyección en su vida de relación y el padecimiento espiritual, justifican el monto indemnizatorio en los términos decididos en primera instancia, por la suma total de \$30.000 (arts. 1078 del CCiv. y 165 del CPC, conf. jurisprud. cit.).

En consecuencia, corresponde rechazar ambos recursos con relación al agravio bajo tratamiento.

III. 3. Tasa de interés.

I) Desde hace tiempo que en doctrina y jurisprudencia se consagra el principio de reparación integral de la víctima.

La obligación de reparar el daño causado por medio de

una indemnización, encuentra sus fundamentos en el derecho internacional.

Cuando existe una violación de los derechos humanos que se tramita en una instancia internacional, tanto los instrumentos generales (en el seno de las Naciones Unidas) como los instrumentos regionales (Convención Europea de Derechos Humanos y Convención Americana de Derechos Humanos) determinan inequívocamente el derecho de las víctimas o sus derechohabientes a una justa indemnización (Fabián Salvioli, "Algunas Reflexiones sobre la indemnización en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos" en "Estudios Básicos de Derechos Humanos", Vol. III, pp 145-164, ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1995).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos así lo ha entendido: "... La obligación contenida en el artículo 63.1 de la Convención [n. del a. se refiere a la Convención Americana de Derechos Humanos] es de Derecho Internacional y éste rige en todos sus aspectos como, por ejemplo, su extensión, sus modalidades, sus beneficiarios, etc. Por ello, la presente sentencia impondrá obligaciones de derecho internacional que no pueden ser modificadas ni suspendidas en su cumplimiento por el Estado obligado invocando para ello disposiciones de su derecho interno ..." (Corte Interamericana de Derechos Humanos: caso "Aloeboetoe y otros, Reparaciones", sentencia de 10 de septiembre de 1993 párr. 43, en Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Secretaría General de la OEA, Washington, D.C. 1994, pág 73).

Ya en 1989 estableció que: "... La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional consiste en la plena restitución (*restitutio in integrum*), lo que incluye el restablecimiento de la situación anterior y la reparación de las consecuencias que la infracción produjo y el pago de una indemnización como compensación por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales, incluyendo el daño moral (Corte Interamericana de Derechos Humanos: caso Velásquez Rodríguez, indemnización compensatoria, sentencia de 21 de julio de 1989, Serie C N 7,

Ed. San José de Costa Rica, 1990, pág. 21; caso "Godínez Cruz, indemnización compensatoria, sentencia de 21 de julio de 1989, Serie C N 8, Ed. San José de Costa Rica, 1990, pág. 19) (El resaltado es propio).

En nuestro país, en 1986, la Corte Suprema en los fallos "Santa Coloma" y "Gunther" (Fallos: 308:1160 y 308:1118 respectivamente), dijo que el derecho a la reparación tenía raíz constitucional y comenzó a hablarse en la Argentina del derecho constitucional a la reparación.

Decir que un derecho tiene jerarquía constitucional implica una limitación a la "libertad de configuración del legislador" cuando reglamenta lo que tiene que ver con el mismo (Ibarlucía, Emilio A., "El Derecho Constitucional a la Reparación en el Proyecto del Código Civil", 2012, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros).

Agrega el autor citado que ya en 2004, en causa "Aquino", básicamente la Corte dijo que la ley no consideraba al hombre en sus integridad psicofísica, y que la jerarquía constitucional del derecho a la reparación —recordando "Santa Coloma" y "Gunther" y el carácter progresivo del derecho del trabajo— no admitía que hubiera daños que no fueran reparados. En especial el daño moral que la ley no consideraba, además de la exigüidad de la reparación de la incapacidad laboral y por muerte del trabajador (Fallos: 327:3753).

Expone que el art. 1740 del Proyecto del Código Civil 2012 reza: "La reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie. La víctima puede optar por el reintegro específico, excepto que fuere parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero...".

Y explica que no establece ninguna limitación cuantitativa. No obstante —aclara—, dicen los Fundamentos, recordando el Proyecto de 1998, que uno de los aspectos más controvertidos fue la existencia de limitaciones, y precisa: "La indemnización del daño nunca es integral, porque no coincide el daño 'real' con el 'jurídico'. Si hay algo que pueda ser

denominado 'real', comprende muchos aspectos que, para el legitimado del derecho son importantes, pero el sistema jurídico excluye. Por ejemplo hay un régimen de causalidad que no cubre todas las consecuencias, sino sólo las previsibles porque hay que valorar la posición del agente. También hay limitaciones difíciles de superar, como ocurre, por ejemplo, con la indemnización dineraria que nunca puede conformar la desaparición de un ser querido".

Destaca que en concordancia con fallos de la Corte posteriores a "Aquino" (Fallos: 326:651 o L.L. 2005-D, 439, "Angel Estrada y Cía. S.A. c. Sec. de Energía y Puertos", 5/04/05), se reconoce que la indemnización, a su vez, tiene relación con los distintos subsistemas en los que se aplica y que hay límites en el derecho vigente, además de provenir algunos de convenios internacionales: "En otros casos —agrega—, hay diferentes modos de solucionar un mismo problema, como sucede con los accidentes de circulación: unos países lo incluyen en la seguridad social, otros lo cubren con el seguro de primera persona, otros lo regulan mediante la responsabilidad civil, la mayoría con límites en la cobertura".

Concluye en que frente a tal variedad, el Proyecto ha preferido consagrar como principio el de la reparación plena, y agrega: "Como todo principio, debe lograrse su satisfacción en la mayor medida posible, lo que no es incompatible con que, en situaciones delimitadas, pueda armonizarse con otros principios y establecerse una limitación por medio de leyes especiales" (El resaltado es propio).

Ahora bien, en un reciente fallo de la S.C.B.A, causa L 113.328 del 23/04/2014 "M., O. E. contra Fisco de la Provincia de Buenos Aires y otros s/ Accidente de Trabajo", el Dr. de Lázzari, dejó a salvo su opinión en cuanto a la necesidad de revisión de la doctrina legal del Máximo Tribunal Provincial en cuanto a la fijación de la tasa pasiva para los intereses moratorios, es decir, aquellos consagrados en el 1078, 1083 y 622, del Cód. Civil.

Pues, así como la suma de dinero fijada como

indemnización debe intentar recomponer todos los agravios (llámese perjuicio material, lucro cesante, daño moral, o cualquier otro nombre), no puede ser menos ajustado a derecho que los intereses que se fijen deben regularse según el mismo principio: han de contribuir a que el resarcimiento sea integral u omnicomprensivo (SCBA, causa L 113.328 del 23/04/2014 “M., O. E. contra Fisco de la Provincia de Buenos Aires y otros s/ Accidente de Trabajo”, del voto del Dr. de Lázzari).

¿En qué consisten y cuál es la función de los intereses moratorios?

Los intereses moratorios constituyen la forma específica de indemnización por el atraso en el pago de una obligación pecuniaria, o sea que, en principio, reemplaza a los daños y perjuicios que corresponden en el caso de incumplimiento de otras clases de obligaciones. (conf. Trigo Represas, Félix A.- Campagnucci de Caso, Rubén H., “Código Civil Comentado”, Obligaciones, T.I. Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fé, 2005, p. 493).

Como todos sabemos, los jueces de esa Suprema Corte han establecido con la fuerza propia de su doctrina –por mayoría- que la tasa a la que debían calcularse los intereses moratorios es la pasiva usada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires para sus operaciones de descuento, es decir, la misma que el banco paga a sus ahorristas (SCBA causa 101.774 del 21/10/2009, “Ponce”).

Sin embargo, hace tiempo que la judicatura, comienza a buscar formas alternativas que permitan una solución distinta a dicha doctrina legal, por considerar que la misma resulta insuficiente para proteger los créditos. Así, los Tribunales Laborales 2 y 3 de La Plata, 4 de Morón y 4 y 5 de San Isidro, vienen aplicando la tasa activa, al igual que en otras jurisdicciones como Capital Federal, Santa Fé, Mendoza, Río Negro (vrg. Tribunal N° 1 de La Plata, “Ojeda Juan Carlos c/ Ministerio de Obras y Servicios Públicos-UEPFP s/ Despido” 22/11/2013, ver artículo La Ley ON line, del 5/5/2014, AR/Doc/1349/2014, Grisolia Julio Armando, “La Tasa de

Interés aplicable en las sentencias Laborales”).

Recientemente el Tribunal de Trabajo N° 7 de San Isidro, en reciente fallo (“Czernecki Jorge Alberto c/ Rezagos Industriales S.H.S. s/ Despido” Expte. N° 6597-2012), dispuso –según novedoso voto de la Dra. María Elena López- una nueva solución respecto a la aplicación de la tasa pasiva, adecuado al estrecho margen al que han quedado reducidas las facultades del artículo 622 in fine del Cód. Civ. y sin apartarse de la doctrina legal de la S.C.B.A.

Tomando como punto de partida el voto del Dr. Hugo Guida del Tribunal de Trabajo N° 1 de La Plata, que en causa “Ojeda Juan Carlos c/ Ministerio de Obras y Servicios Públicos-UEPFP s/ Despido” 22/11/2013, “La Tasa de Interés aplicable en las sentencias Laborales”, quien se pregunta qué tasa pasiva debe aplicar, dado que observa la existencia de varias tasas pasivas en el marco de lo que la entidad bancaria abona a sus depositantes, concluye el Tribunal Sanisidrense que, revisando las distintas tasas pasivas que abona el Banco Provincia para sus operaciones a 30 días, corresponde, en función del principio protectorio, fijar la más beneficiosa a los trabajadores, es decir, la que surja de comparar la tasa que el Banco paga a los ahorristas a 30 días con la misma tasa de interés que paga el mismo Banco a sus clientes a través del sistema “Banco Internet Provincia” (tasa digital) por imposiciones mínimas de \$1000 a 30 días.

En opinión del Dr. De Lázzari, que comparto, el art. 622 otorga a los jueces, para el caso de que las partes no hubieran convenido la tasa de interés ni hubiera una ley especial que hubiera fijado una en particular, facultad de determinar los intereses que habrá de producir cierto capital –o más precisamente- la tasa según la cual se han de calcular (SCBA, causa L 113.328 del 23/04/2014 “M., O. E. contra Fisco de la Provincia de Buenos Aires y otros s/ Accidente de Trabajo”).

Dice que el ejercicio de esa discrecionalidad debe ser prudencial, debiendo el magistrado atender al juego armónico de diversos

principios: la compensación que debe recibir el acreedor y el plexo de valores implícitos en los arts. 953 y 954 del Cód. Civ. Completa el concepto al establecer que con la fijación de los intereses por parte del juez no debe pretenderse corregir la depreciación monetaria o subsanar los efectos de la crisis económica (SCBA Causa “Fabiano”, sent. int. Del 2/X/2002), ni tampoco deben establecerse tasas tan excesivas o tan escasas que la función de los intereses quedase desnaturalizada.

En palabras del Ministro, “...si bien el deber de mantener el valor del crédito es impuesto a los jueces, no se les indica mecanismo alguno que deba aplicarse o que sirva a esos efectos. Otra vez, como en muchas otras ocasiones, el legislador indica una finalidad a conseguir, un derecho a proteger o una meta a alcanzar, pero deja a criterio de los jueces el preferir el camino a recorrer para alcanzarla, o elegir el medio para obtener la finalidad propuesta, o el instrumentar las formas con las que se ha de amparar un determinado derecho”.

Se ha dicho que las sentencias deben hacer mérito de los efectos de esa decisión, tanto en el orden particular del pleito resuelto como en el plano general. Ello siguiendo la reiterada jurisprudencia del más Alto Tribunal federal –y recordada por la misma SCBA en su fallo- relativa a que los Jueces no pueden desentenderse de las consecuencias de sus fallos y que la preservación de las garantías individuales debe compatibilizarse con la del interés general, cuya tutela anticipa el Preámbulo de la Carta Magna (CSJN, fallos 313:532; 313:1232; considerando 22, votos de los Dres. Lorenzetti, Highton de Nolasco y Maqueda, concurrente considerando 24, voto del doctor Fayt en la causa R. 1309 XLII, “Rosza, Carlos Alberto y otros/ Recurso de Casación”, sent. del 13-IV-2007).

II) Siguiendo la línea de estos pensamientos, no cabe duda alguna que el principio de reparación integral al que hemos hecho alusión al inicio, implica el reconocimiento de una suma de dinero por cada uno de los ítems por los que se hace lugar en una sentencia que, según los casos, correspondería que hubieran sido abonados o bien desde la fecha

que el hecho dañoso ocurriera o, desde que cada desembolso se hubiera efectuado.

Surge así claramente la existencia entonces de una mora imputable al deudor a favor del acreedor, titular del derecho indemnizable que se reconoce.

Dicho esto y en virtud de la facultad que me otorga el art. 622 del Cód. Civ. en cuanto a la determinación de los intereses que se deben abonar, es que propongo la siguiente solución.

No tengo dudas de que cualquier persona que cuente con dinero a su favor, desde el momento en que el mismo hubiera ingresado a su patrimonio, más allá del destino personal que hubiera querido darle al mismo, le cabe lo que a todo ciudadano común en el ámbito del sistema económico capitalista en el que vivimos pueda realizar, pues es un hecho notorio, el depósito de tal dinero en una entidad bancaria, como mínimo dentro del sistema habitual de colocación por 30 días, renovable y con capitalización de los intereses que se acumulen (argto. del art. 384 del C.P.C.C.).

En efecto, la tasa debería ser superior si se tuviera en cuenta su carácter naturalmente acumulativo -las inversiones se realizan, en su abrumadora mayoría, a 30 días, al cabo de los cuales se renuevan-, por lo que el valor a considerar no debiera ser simplemente la tasa pasiva sino su proyección efectiva anual, esto es, la pasiva capitalizada cada treinta días.

Sin embargo, la doctrina civilista tradicional fue en general conteste en señalar que existe una prohibición legal del anatocismo, en cuanto veda lo que se consideraba una de las formas más o menos encubiertas de la usura, revistiendo -a juicio de algunos autores- el carácter de norma de orden público, por estar supuestamente en juego la regla moral (Conf. LLAMBIAS, Jorge J. "Tratado de derecho civil. Obligaciones", t. 11. p. 246, núm. 931; BORDA, Guillermo A., "Tratado de derecho civil. Obligaciones", t. I, p. 421, núms. 494 y sigts.: SALVAT, Raymundo y GALLI

Enrique, "Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones en general" t. I, p. 445, núm. 502, citado por Palacio, Lino Alberto "Hacia el fin del "anatocismo"AR/DOC/13201/2001).

Veamos.

El art. 623 del Cód. Civ. establece: "No se deben intereses de los intereses, sino por convención expresa que autorice su acumulación al capital con la periodicidad que acuerden las partes; o cuando liquidada la deuda judicialmente con los intereses, el juez mandase pagar la suma que resultare y el deudor fuere moroso en hacerlo. Serán válidos los acuerdos de capitalización de intereses que se basen en la evolución periódica de la tasa de interés de plaza".

A más de la repetición dogmática de lo que la doctrina y la jurisprudencia han interpretado, algunos jueces han elaborado otras justificaciones igualmente erróneas de la prohibición del anatocismo cual es, por ejemplo, señalar que "El anatocismo no se permite porque significa retribuir al acreedor por el uso de un dinero que él no ha facilitado a la contraparte, que es el interés capitalizado al margen de las pautas legales señaladas, lo cual ofende entonces la noción de justicia distributiva dado que no se encuentra motivo para dicho pago el que no puede darse sin razón que lo sustenta" (CNCiv., sala I), (Rev. LA LEY, t. 1986-A, p. 298).

Razonamientos como el transcripto desconocen el carácter fungible de la moneda y la circunstancia de que el interés, fruto del capital, integra el patrimonio del acreedor y en tanto el deudor no se lo ha entregado pese a pertenecerle a aquél, debe pagar por su uso como por cualquier otro capital que una persona usa sin pertenecerle. (Palacio, Lino Alberto, ob. cit.).

Ocurre que el dinero en tanto es fungible no puede ser distinguido entre capital e interés, integrando por igual el patrimonio del acreedor y devengando una retribución en tanto su dueño se priva de él; el acreedor, que pudo haber gastado, o invertido, o represtado el dinero constituido por intereses de su capital originario, tiene tanto derecho a que

aquél fructifique como el resto. (Palacio, Lino Alberto, ob. cit.).

Pues bien, doctrina especializada ha entendido que la prohibición a la que hace referencia la primera parte del artículo 623 del Código Civil, tiene sólo un carácter relativo, atento a que como admite en ciertos casos la capitalización de intereses, ello evidencia que la ratio legis no ha sido la de considerar a la misma como intrínsecamente disvaliosa y de vedarla por ley (CSJN, 2-3-82, L.L. 1982-C-82). (Trigo Represas-Campagnucci de Caso “Código Civil Comentado, Obligaciones”, T° I, Rubinzal Culzoni, 2005, pág. 507/508).

De allí, que lo que el artículo 623 prohíbe, es que sin haber pactado capitalización, un contratante se la imponga luego al otro. Tendríamos motivo para hacer una objeción con base en esta norma si las partes hubieran celebrado un contrato y fijado sus intereses, sin pactar capitalización. Si luego el acreedor pretendiera cobrar los intereses con capitalización, habría que decirle que eso no es posible sin el consentimiento de su contraria (Barbero Ariel E, “Interés moratorio. Improcedencia de fijarlo por remisión a operaciones bancarias inexistentes”, LEY 04/11/2008, - LA LEY2008-F, 1040).

Ese es el ámbito genuino de aplicación del art. 623 del Cód. Civ.

Pero esto no quiere decir que cuando los jueces se remiten a una operación bancaria para fijar un interés, que por hipótesis nadie pactó, no lo puedan hacer de modo coherente, incluyendo todo lo que determina su resultado económico (Barbero Ariel E, ob. cit).

El juez que fija el interés de modo indirecto (remitiéndose a una operación) no está ordenando al deudor moroso que celebre esa operación, ni por supuesto está decidiendo que esa convención lleve intereses capitalizados, cosa que si violaría el art. 623 del Código Civil. El juez no está juzgando las cláusulas de una operación bancaria entre las partes, ni imponiéndoles una futura, sino refiriéndose a una (que aquellos no han celebrado) como pauta. Esa operación bancaria no vincula al deudor

con el acreedor, sino que es el criterio para determinar el alcance de sus derechos y obligaciones (Barbero Ariel E, ob. cit.).

A mi criterio, y siguiendo al autor citado, la prohibición de capitalización de intereses no debe entenderse de forma rígida sino que este concepto debe ser flexibilizado en la inteligencia de considerar que la posibilidad de capitalizar intereses se encuentra implícita en el art. 623. La norma impide que se agregue capitalización a una convención que no la tenía, pero no obliga a eliminarla de otra que sí la contempla, vgr. –la tasa de interés que pagan los Bancos por los depósitos a 30 días, incluye en la operatoria normal y habitual, su capitalización.-

Es decir, cuando un Juez fija un valor con remisión a una tasa que contiene capitalización, debe hacerlo de modo íntegro.

Y cuando la Suprema Corte establece que la tasa a la que deben calcularse los intereses moratorios, es la pasiva usada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires para sus operaciones de descuento, es decir, la misma que el banco paga a sus ahorristas para los depósitos a 30 días, se está refiriendo a una operatoria que en los hechos, incluye capitalización de intereses.

Por todo lo expuesto, considerando que el principio de reparación integral al que me referí ab initio de este acápite implica el reconocimiento de una suma de dinero por cada uno de los ítems por los que se hace lugar en una sentencia que, según los casos, correspondería que hubieran sido abonados o bien desde la fecha que el hecho dañoso ocurriera o, desde que cada desembolso se hubiera efectuado, estimo que corresponde establecer que la tasa aplicable debe ser la pasiva que el Banco Provincia paga a los ahorristas por sus depósitos a 30 días por imposiciones mínimas de \$1000 (doctrina legal de la S.C.B.A.), capitalizada cada 30 días.

En consecuencia, corresponde hacer lugar al agravio expresado por la parte actora y por ello liquidar los intereses del sub lite de conformidad a lo expuesto en el párrafo anterior, en los períodos

correspondientes.

VOTO, PUES, POR LA ANEGATIVA.

A la misma cuestión planteada, el Dr. Loustau nau dijo:

1. Me permito disentir con mi colega Dr. Valle, salvo en lo que hace a la confirmación del monto destinado a reparar el daño moral sufrido por la actora.
2. Ha quedado probado en autos que la actora sufre una incapacidad estimada del 18% (pericia médica a fs. 207 vta. respuesta a punto de pericia 7). La incapacidad, no se limita a la laboral, sino que ha tenerse en cuenta la pérdida de capacidad para ejercer las funciones de la vida diaria.
3. En este expediente se ha demandado desde fs. 13 a 14 vta, incluso con cita de un fallo de este tribunal, esa incapacidad funcional que con alguna generalización en el lenguaje, ha sido receptada por el Sr. Juez que dictó la sentencia apelada. Tal consecuencia de la lesión incapacitante ha sido conceptualmente incluida en el voto anterior, aunque pocos párrafos después se la desechó por exceder el daño patrimonial psicológico.
4. Con independencia de las denominaciones del daño que suelen no ser coincidentes, lo relevante es que el perjuicio injustamente sufrido no quede sin reparar. Cuando la víctima prueba su incapacidad física, y cuatro testigos (fs.148 vta respuesta a la primera ampliación; fs.150 vta. idem; fs.152 vta, respuestas a pregunta séptima y primera ampliación; fs.154 vta. respuestas a primera y segunda ampliación), declaran que las tareas diarias del hogar las tiene que hacer su hija, porque la víctima no se encuentra en condiciones de continuar con su vida anterior al hecho; cuando además de ello, se ha probado que el reposo total exigido por la lesión es ocho meses (pericia médica fs.206 vta. respuesta 3), no hay duda que la actora ha quedado disminuida en las condiciones de valerse por sí misma para la vida diaria, y que luego del accidente debió recurrir a una ayuda que, en el futuro, deberá pagar.

5. Se trata de un daño cierto - en la medida de la certidumbre exigida por el derecho - personal del que lo sufre, que afecta un interés no contrario a derecho y es subsistente, en tanto la hija tiene que prestarle auxilio según los cuatro testimonios coincidentes. Por lo tanto considero que – con alguna vaguedad – este es el perjuicio que el Sr. Juez de primera instancia sumó al daño material por lesión psíquica.

6. En palabras de Mosett Iturraspe constituye daño emergente futuro, y en las de Zavala de González “Lucro cesante, aunque ambos coinciden en que son indemnizables (ver de esta última autora tº 2 a de su obra “Resarcimiento de daños” p.308 a 312, Hamurabbi, Bs.As. 2004), y no encuentro motivo suficiente para reducir la condena, computando además, que el valor de 26 sesiones de psicoterapia es superior al monto propuesto en el primer voto.

7. Los argumentos utilizados por la demandada para impugnar esta parte del fallo no me parecen procedentes. En primer lugar, si lo hubiera - que no es el caso- el lucro cesante del jubilado es igualmente reparable (Zavala de González ob.cit. p.336) pero en autos ha sido rechazado por ausencia de prueba, pues salvo una mención tangencial de alguno de los testigos respecto a que visitaba a la actora por “cuestiones de tejido” no contamos con prueba alguna que nos permita considerar el rubro, cuyo rechazo no ha sido materia de recurso por la actora. En segundo lugar, la reparación de la incapacidad no atiende solamente a la pérdida de ingresos laborales, sino a todos los otros aspectos que el Sr. Juez ha mencionado, como las actividades diarias, funciones vitales, la vida de relación, etc. De allí que propongo desestimar el recurso de la demandada, en tanto apunta a impugnar daños que no han sido reconocidos en la sentencia en crisis.

8. Por las razones más arriba expuestas propongo confirmar el monto de la condena por daño material derivado de la lesión a la integridad psicofísica, sin perjuicio de las dudas que pudieran generar los desencuentros en el idioma que mas que matizar, muchas veces complican

el derecho de daños, pues se está reparando daños actuales y futuros que reúnen los requisitos exigibles para ser indemnizados y cuyas etiquetas no pueden impedirnos su reconocimiento.

9. Compartiendo la preocupación por la pérdida de poder adquisitivo de la moneda con la que el deudor cumple su obligación, y luego de un detenido análisis de la cuestión, concluyo que la capitalización propuesta en el primer voto no resulta una vía adecuada para cumplir con los fines que en el mismo voto se propugnan.

Ya en la causa “Rojas, Orocimbo c. Delio, Cristian y Otro s. daños”, causa nº 155.954, de fecha 4 de septiembre de 2014, siguiendo los antecedentes allí reseñados, propuse aplicar la tasa bip que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires, con el fin de mantener la decisión dentro de la doctrina legal de la SCBA, y evitar una pérdida mayor al acreedor, cuyo daño moratorio es - hoy en día - reconocido en ínfima proporción en las sentencias, y consecuentemente, asumido en su mayor parte por las víctimas de la acción dañosa en casos como el presente, y en otros por los alimentados o por los trabajadores sobre cuya situación de debilidad frente al deudor no es necesario argumentar.

En esa misma causa, el Dr. Valle había propuesto también la capitalización que he optado por no compartir.

10. El motivo fundamental de esta disidencia con la primera propuesta que tuvo a bien hacerme llegar el Sr. Juez de primer voto, y que refería a la capitalización de la tasa “bip”, era que el producto bancario que se tomaba como referencia y que ofrece “en línea” el Banco Provincia es una operación financiera a interés de tipo vencido y simple, no compuesto (Richard, Efraín Hugo “Intereses. Un examen sobre su naturaleza, con particular énfasis en las tasas equivalentes, el anatocismo y como variable de ajuste” en “Convertibilidad del Austral: Estudios jurídicos. Primera serie. Coordinador Luis Moisset de Espanés, Zavalía, Editor, Bs.As. Junio de 1991). Agotado el plazo, el dinero automáticamente se acredita en la cuenta del depositante. El banco devuelve lo invertido y “otro tanto” que es el interés

ganado. Allí el contrato se agota y no hay una renovación automática que, previendo una suma de capital más el interés generado en el período inmediato anterior, pudiera entenderse como comprensivo de una “capitalización”.

11. Puede discutirse si es “común” o “frecuente” que cuando se deposita la plata en ventanilla para cobrar las tasas bajas que usa la SCBA suela acudir a formas de renovación automática que el juez en su sentencia debe procurar que no se utilicen para calcular los intereses moratorios judiciales (CSJN, en “Fabiani” e idéntico criterio en el plenario “Calle Guevara” de la C.Comercial), pero lo cierto es que esa no es la práctica habitual en el sistema de depósitos a plazo fijo “en línea”.

12. Por el contrario, la regla en el plazo fijo digital es la inversa. En el “homebanking” del Banco Provincia no hay plazos fijos renovables automáticamente. Es el usuario el que tiene que fijar el plazo total (30, 45, 60, 180 días o lo que sea) y la tasa que publica el banco es una tasa nominal, por lo que el cálculo del negocio financiero se hace a base de un interés simple, nunca compuesto. Ergo, no hay ninguna forma de capitalización. Y ello ocurre porque cuando vence el plazo fijo digital automáticamente se acredita el capital invertido más los intereses ganados, sin posibilidad de renovar, ni por el mismo capital, ni por el capital más los intereses. El contrato se agota. Si llegado el caso el usuario deseara reinvertir su dinero, debe necesariamente formalizar una nueva operación.

13. En la práctica esto significa que el uso de esta tasa como referencia para calcular los intereses moratorios permite garantizar el respeto a las tres pautas dadas por el Máximo Tribunal en su doctrina legal vigente (SCBA, causas C. 43.858, “Zgonc...”, 101.774 “Ponce...” y L. 94.446 “Ginossi...”, et. Al), esto es: (a) se trata de una tasa pasiva, (b) corresponde a una operación de depósitos a treinta días y (c) se liquida sin incurrir en ninguna forma de capitalización.

14. En esta segunda propuesta que el Sr. Juez del primer voto trae al acuerdo, parece que la referencia a la tasa “BIP” ya no tiene por

fin aplicarla, sino mencionarla en el recuento de los esfuerzos intelectuales que han debido hacer los jueces para que la reparación del daño moratorio no quede reducido a una indemnización simbólica que –como tal - viole el derecho al resarcimiento pleno que – con jerarquía constitucional – ha reconocido la CSJN en los renombrados casos Santa Coloma, Gunther y Aquino, entre otros.

Sin embargo, se impone la necesidad de realizar dos observaciones con relación al nuevo criterio.

Primero, la tesitura sostenida por el colega que me antecede en voto propone una tasa capitalizable en forma mensual. Es decir, que el cálculo del interés moratorio sea hecho en base en una tasa de interés compuesta, algo que conlleva indefectiblemente a una interpretación del art. 623 del Código Civil que se aparta de la doctrina legal vigente, en cuyos precedentes se ha dicho en innumerables ocasiones —incluyendo los fallos antes citados— que «los intereses moratorios deben ser liquidados exclusivamente sobre el capital (art. 623, Código Civil)» (v. fallos cit.).

En segundo lugar, si la intención de esta nueva proposición es mejorar la reparación del daño moratorio, debo advertir que —a mi juicio— no logra su objetivo.

Tal como informa la página del Banco de la Provincia de Buenos Aires, la tasa del plazo fijo digital formalizado a través del sistema BIP a 30 días, formato “tradicional”, asciende actualmente al 22,5% nominal anual (1,85% mensual). La última tasa informada por el Banco Provincia correspondiente a fines enero de 2014 que paga por los depósitos a la vista a plazo fijo a 30 días es del 11% nominal anual vencida (véase el cuadro de «Tasas de consulta frecuente» contenido en la sección Institucional del sitio web del Banco Provincia: www.bancoprovincia.com.ar). O sea, mientras que la tasa pasiva “BIP” sin capitalización hace rendir al capital un 22,5% al año, la tasa propuesta por el colega, capitalizándola en forma mensual, equivale a una tasa efectiva del 11,57% anual (donde la TEA = $(1 + TNA/12)^{12} - 1 = (1 + 0,11/12)^{12} - 1 = 0.1157$ (11.57%); Confr. LE CLECH, Néstor A.-

SEGURA, Laura M. "Matemática financiera". Bernal: Universidad Nacional de Quilmes, 2012, p. 61).

Ese menor rendimiento demuestra la discordancia entre el fin subyacente al criterio optado por el colega y los resultados que esa decisión tiene en términos prácticos. Capitalizando una tasa de por sí muy baja no se obtiene más que un incremento del 0,57% anual (0,95% mensual) en la utilidad de la operación, y ello a costa de apartarse de la doctrina legal, violar la prohibición regulada en el art. 623 del Cód.Civ. y —eventualmente, y si el caso así lo permitiese— exponer al acreedor a un muy probable resultado adverso en instancias recursivas extraordinarias.

15. Es por esta razón que, coincidiendo con la finalidad de que la indemnización del daño moratorio no sea simbólica, propongo que la decisión respecto a la tasa aplicable se incline a favor de la que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones de depósito a plazo fijo a treinta días tipo "tradicional" formalizados por medio de su sistema "Banca Internet Provincia" (BIP), y en los períodos en que no había tasa BIP, se aplicará la pasiva a treinta días, las que conforme los antecedentes reseñados, no contienen capitalización y se adecuan a la doctrina legal vigente en la materia.

ASI LO VOTO.

El Dr. Monterisi votó en igual sentido y por los mismos fundamentos que el Dr. Loustaunau.

A la segunda cuestión, el Dr. Valle dijo:

En orden al resultado de la votación antecedente, **por mayoría**, corresponde hacer parcialmente lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte actora a fs. 386 y en consecuencia modificar la sentencia de fs. 367/377, en el siguiente sentido: se dispone que la tasa de interés deberá ser la que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones de depósito a plazo fijo a treinta días tipo "tradicional" formalizados por medio de su sistema "Banca Internet Provincia" (BIP), y en los períodos en que no había tasa BIP, se aplicará la pasiva a treinta días,

las que no contienen capitalización. Corresponde, asimismo, desestimar lo restante que ha sido materia de apelación por ambas partes, rechazando por ello el recurso interpuesto a fs. 396 por la demandada. Las costas de Alzada deberán ser impuestas a la demandada por haber resultado vencida (art. 68 del CPC). La regulación de honorarios deberá ser diferida en los términos de los arts. 31 y 51 de la ley 8904.

ASI LO VOTO.

Los Dres. Roberto J. Loustaunau y Ricardo D. Monterisi votaron en igual sentido y por los mismos fundamentos.

SENTENCIA

Por los fundamentos dados en el presente acuerdo, **por mayoría**, se hace parcialmente lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte actora a fs. 386 y en consecuencia **se modifica** la sentencia de fs. 367/377, en el siguiente sentido: se dispone que la tasa de interés deberá ser la que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones de depósito a plazo fijo a treinta días tipo “tradicional” formalizados por medio de su sistema “Banca Internet Provincia” (BIP), y en los períodos en que no había tasa BIP, se aplicará la pasiva a treinta días, las que no contienen capitalización. Asimismo, se desestima lo restante que ha sido materia de apelación por ambas partes, rechazándose por ello el recurso interpuesto a fs. 396 por la demandada. Las costas de Alzada se imponen a la demandada por haber resultado vencida. La regulación de honorarios se difiere en los términos de los arts. 31 y 51 de la ley 8904. **Notifíquese** personalmente o por cédula (arts. 135 inc. 12 y 142 del CPC). DEVUÉLVASE.

PEDRO D. VALLE

ROBERTO J. LOUSTAUNAU

RICARDO D. MONTERISI

Alexis A. Ferrairone
Secretario