En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los dieciséis días del mes de agosto del año dos mil veintidós, se reúne en acuerdo la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial nro. II con asiento en esta ciudad, con la presidencia de la Dra. M. Marta Nieto y asistencia de la primera vocal Dra. Verónica Daniela Robert y de la segunda vocal Dra. M. Fernanda Zanatta (tribunal designado según lo establecido en los arts. 5, 6 y 8 del Acuerdo 15/21/CACR), para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"M., K. X. Y. c/ F., G. M. s/ SUM. (Daños y Perjuicios)", expte. nro. 45/22**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial nro. 1 (expte. nro. 95/14), y atento al resultado del sorteo de fecha 11 de mayo de 2022 (art. 271 del Código Procesal Civil y Comercial), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. M. Marta Nieto, Dra. Verónica Daniela Robert y Dra. M. Fernanda Zanatta.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la Sentencia nro. 38/21 de fecha 3 de diciembre de 2021? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión, la Dra. Nieto dijo:

Estos autos: "M., K. X. Y. c/ F., G. M. s/ SUM. (Daños y Perjuicios)" (expte. nro. 95/2014), expte nro. 45/2022.

1. *El fallo apelado*:

La jueza de grado hizo lugar parcialmente a la demanda y, condenó a G. M. F. a abonarle al actor K. X. Y. M., en el plazo que indica, la suma de $2.626.326,56,

con más los intereses a la tasa activa para operaciones de descuento de documentos comerciales del Banco de la Nación Argentina calculados en la forma dispuesta en el acápite c), todo ello de acuerdo a lo decidido en el Considerando I. Asimismo, rechazó la excepción de caducidad del seguro opuesta por la citada en garantía y extendió la condena a S. C. S. M. D. S. G. en el marco del contrato y hasta el límite de la cobertura oportunamente contratada, ello en los términos del art. 118 de la Ley de S. y conforme lo dispuesto en el Considerando II. Impuso las costas y reguló los honorarios profesionales (SD nro. 38/2021).

a) Para así decidir, delimitó las cuestiones a decidir como viabilidad de la demanda; mecánica del accidente, procedencia de las partidas indemnizatorias y la caducidad de la cobertura del seguro por ausencia de denuncia del siniestro, opuesto por la demandada.

Atribuyó responsabilidad por el accidente al demandado, con fundamento en el art. 1113 del CC. Se abocó al tratamiento de las partidas indemnizatorias, a fin de clarificar su procedencia y cuantificación, en caso de corresponder, a la luz de las previsiones del CCyCN; teniendo en cuenta sus preceptos, especialmente lo que dispone el art. 1740 en cuanto a la reparación plena.

Respecto de la incapacidad sobreviniente señaló que la demanda no posee elementos objetivos que avalen la cuantificación de $400.000, sin embargo, analizó los detalles de los padecimientos atravesados por K. descriptos en la demanda, confrontándolos con la prueba de autos, especialmente la pericial psicológica y la

pericial medica y la incapacidad determinada en un 28%. En cuanto a la pericial psicológica, si bien calificó de dogmática la incapacidad del 30%, sometió su valoración al rubro extrapatrimonial.

Asimismo, sostuvo que si bien K. no realizaba trabajos remunerados al tiempo del siniestro, por su edad, ello no excluye el deber de responder en cabeza del demandado. A los fines de la cuantificación del rubro, entonces, utilizó la formula Méndez, con las variables de incapacidad del 28%, el salario mínimo vital y móvil informado por el organismo estatal oficial al tiempo en que K. alcanzara la mayoría de edad -30/04/2016- cuya suma era de $6.810. y la posibilidad productiva del menor, por entonces, desde los 18 años y hasta los 75 años. De ello resultó un monto de $1.412.938,80. A ello adicionó un 20% por otros aspectos que surgieron del siniestro y que afectaron la vida en relación de K. por $282.587,76, viabilizando la partida, en definitiva, por $1.695.526,56.

Luego, y habiendo restado autonomía al resarcimiento del daño psicológico y subsumiéndolo en el daño extrapatrimonial, abordó el análisis del reclamo por perdida de chance. Al respecto y con base en los términos de la demanda y estudios de doctrina, destacó que la chance, para ser indemnizable, debe existir al tiempo de producirse el hecho ilícito. Así, confrontando los elementos descriptos, sostuvo que no se suministró al tribunal ninguna hipótesis concreta de chance perdida como consecuencia del siniestro, como tampoco se produjo prueba que demuestre que el siniestro privó al actor de la chance razonable y cierta de obtener un beneficio

económico. Consideró que debía rechazarse el rubro pretendido.

Se dedicó al reclamo por gastos de farmacia y movilidad y tratamientos terapéuticos futuros. Sobre los primeros gastos, viabilizó la partida en $50.000 por los controles ambulatorios posteriores al alta médica, según lo informado por la perito. Respecto de los tratamientos futuros, cuantificó la partida en un total de $730.800, incluyendo en ello tratamiento psicológico por $98.000, la compra 2 veces al año de zapatos y zapatillas con corrección en taco, con un costo de $2.700 y $2.000 respectivamente, tomando la edad de la víctima -13 años- por el restante hasta los 75 años, de expectativa de vida promedio según la OMS; resultando de ello la suma de $582.800 y viabilizando en total la partida por $730.800.

Analizó, a continuación, la procedencia del daño moral. Para ello tuvo en cuenta las afecciones descritas por el perito psicólogo respecto del impacto del accidente en la subjetividad del menor, a sus 13 años. Asimismo, consideró en sí el impacto disvalioso generado por el siniestro como tristeza, frustración, incertidumbre. Dijo que si bien el daño moral, en sí y generalmente, no requiere de prueba, en la causa tampoco la parte arrimó explicación de cómo llego a cuantificar su reclamo. En ejercicio de potestades propias y teniendo en cuenta los datos que describe, viabilizó la partida por $200.000.

En definitiva, la condena prosperó por la suma de $2.626.326,56, que si bien resultaba superior a lo reclamado en la demanda, la congruencia de la decisión

quedaba a salvo con lo solicitado “en más o en menos, según la prueba a producirse en autos”. Decidió sobre intereses, incluyendo la incapacidad sobreviniente, el daño moral, gastos por atención médica, de farmacia y ambulatorios y los gastos por el recambio de calzado, a la tasa activa para operaciones de descuento de documentos comerciales del Banco de la Nación Argentina, desde la fecha del hecho -30/3/2012- y hasta su efectivo pago.

A los gastos por tratamiento psicológico ($98.000) le adicionó la misma tasa desde la fecha de producción de la pericia -28/06/2019- y hasta su efectivo pago.

Rechazó la actualización monetaria solicitada por la parte actora en la demanda, en el entendimiento que la tasa activa es altamente positiva abarcando el interés puro y los componentes que cubren la depreciación monetaria.

A continuación, analizó la defensa de la citada en garantía referente a la caducidad de la cobertura del seguro por omisión de denuncia del siniestro. Sostuvo que el actor no logró acreditar con un elemento positivo su manifestación, en negativo, sobre que realizó la denuncia vía telefónica y que por ello no contaba con un comprobante de tal proceder. Asimismo, que por la sucesión de actos procesales que describe, se tuvo a la citada en garantía por desistida de la prueba pericial contable en extraña jurisdicción, razón por la cual se encontraba impedida de meritar el legajo del exhorto que fue desglosado (fs.842/843). Que, conforme tal estado de situación, analizaría si podía asignarle a la plataforma fáctica, el sentido pretendido por la citada

en garantía. Con cita en doctrina, concluyó que la aseguradora partía de la premisa confusa sobre los efectos del instituto de la exclusión de cobertura y caducidad de la misma. Rechazó la excepción opuesta por la aseguradora, sin perjuicio de la repetición de lo pagado posteriormente. Así, hizo extensiva la condena en el marco del contrato vigente a la fecha del siniestro y hasta el límite de la cobertura oportunamente contratada, en virtud del art. 118 de la L.S.

Por último, rechazó el planteo de la parte actora, al tiempo de los alegatos, de actualización de la cobertura del seguro, por considerarla extemporánea al reclamo inicial y precluida la oportunidad para el planteo.

b) En este punto, conviene referir brevemente a los antecedentes y posición inicial de las partes en el proceso. Así, surge que en fecha 28/3/2014, el Sr. M. F. M., en representación de su hijo, entonces menor de edad, K. X. Y. M., inició demanda en contra del Sr. G. M. F., reclamando indemnización por daños y perjuicios, por la suma de $1.322.000 y/o lo que en más o en menos resulte de la prueba a producirse en autos, con más intereses desde la fecha del siniestro, la actualización monetaria que correspondiere al momento de dictar la sentencia, y costas a la contraria.

Relató que el día 30/3/2012, su hijo K., por entonces de 13 años de edad, fue embestido por un automóvil conducido por el demandado. Detalló que el menor circulaba a bordo de su bicicleta modelo *free style* o *cross* estilo libre, rodado 20, por la vereda paralela a la calle Juan J. Paso, cruzando la

intersección con Teniente Álvarez, para intentar otro cruce hacia Juan J. Paso, transitando por la senda peatonal al momento en que lo embistiera el demandado abordo del automóvil marca Volkswagen Bora. Que este último circulaba por la doble vía Juan J. Paso e invadió el carril contrario con intención de estacionarse, que para ello aceleró considerablemente continuando su marcha a excesiva velocidad hasta el momento de topar al niño.

Continuó narrando, que con el impacto K. cayó arriba del capó del vehículo y allí se mantuvo mientras el automóvil continuaba desplazándose, hasta que, luego de doblar, detuvo su marcha por advertencia y pedido de personas que presenciaron los hechos.

Aseveró que lo expuesto quedó sentado en el acta policial labrada por la Comisaría interviniente de General Mosconi; asimismo remite al croquis ilustrativo obrante en la causa penal.

Adjudicó responsabilidad exclusiva por los hechos al demandado. Afirma que el menor, como consecuencia de un violento e imprevisto embiste, sufrió politraumatismos de gravedad; que en su momento, fue trasladado al Hospital Regional, que padeció fractura expuesta de tibia y peroné en su pierna izquierda y riesgo de vida. Asimismo, relató, que otras lesiones consistieron en cortes varios en diversas partes del cuerpo, sucesivos mareos, vómitos, entre otras. Que por ello debió ser sometido a intervención quirúrgica y luego permaneció en reposo y por largo tiempo; que pudo volver a caminar tras someterse a tratamientos kinesiológicos conforme su afección.

Sostuvo que a una maniobra imprudente, negligente y antirreglamentaria del conductor, quien no mantuvo en todo momento el dominio del rodado, causando serias lesiones a K. que deben ser objeto de reparación.

Menciona los datos de la causa penal, Legajo nro. X.; también, que allí constan los datos y documentación precisos para probar sus dichos; así, menciona la pericia accidentológica realizada por el Lic. G., que todo ello corrobora el carácter de embistente del actor y la causa del siniestro. Refirió a la mecánica del accidente en palabras del experto nombrado para insistir en la culpabilidad del demandado, adicionó lo referente a la conducción negligente y a la pérdida de dominio del rodado; narró sobre el intento de fuga del conductor.

Expuso sobre los presupuestos de la responsabilidad civil; puntualmente, sobre la conducta antijurídica, al violentar disposiciones de la Ley nacional nro. 24449. Reclamó los rubros indemnizatorios por daños.

Por incapacidad sobreviniente, fundó en las graves lesiones padecidas, describiéndolas. Dijo que todo ello consta en las constancias arrimadas a la causa. Aludió a la internación en el Hospital Regional y a los tratamientos recibidos; asimismo, a la internación posterior en el domicilio por el lapso de 12 meses posteriores. Señaló las afecciones a la vida en relación de K., como ello afectó su rendimiento escolar, y sus actividades físicas, especialmente su afición al futbol, y las secuelas de las lesiones como dolores en su pierna izquierda. Estimó una incapacidad no menor al 45% a efectos del reclamo, pero sometido a los resultados de las pericias. Se explayó sobre el Instituto en Doctrina

de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y reclamó por el rubro la suma de $400.000.

Por pérdida de chance, describió la afección del menor de contar con mayores y mejores oportunidades de educación y luego de empleo y/o desempeño profesional en el futuro, producto del debilitamiento de la salud en general. Sostuvo, en detalle, que el menor debió cursar el año escolar del siniestro desde su domicilio, disminuyendo su rendimiento escolar y como producto de su afección psicológica producto de los hechos, manifestó un desánimo y cambio de conducta que afectó su potencial de aprendizaje. Estimó que por las secuelas incapacitantes de su pierna izquierda no podrá desarrollar o especializarse en determinadas actividades laborales en un futuro, viendo frustradas sus mejores posibilidades de progreso. Solicitó el monto reparatorio de $500.000 por este rubro.

Se abocó a los gastos médicos kinesiológicos, de farmacia y movilidad, pasados y futuros. Remitió a la prueba acompañada sobre los tratamientos y gastos recibidos; aclaró, que aun cuando el menor fue trasladado e intervenido en el Hospital Regional, ello insumió gastos extraordinarios de tratamiento que debió afrontar, de medicación, que surgirían por sí mismos del tratamiento recibido y afrontado. Asimismo, sostuvo que debió solventar gastos de traslado en taxi y remís y que ello no concluyó, que debe seguir con estudios periódicos y una probable nueva intervención médica futura. Cita doctrina y estima el reclamo en la suma de $50.000.

Reclamó luego tratamientos terapéuticos presentes y futuros, alude a la gravedad de las lesiones, sostuvo que cada sesión psicológica insume un costo de $250 por 2 sesiones semanales por un tiempo estimado de 3 años posteriores al siniestro. Reclamo $72.000 en total por el rubro sujeto a estimación oportuna del perito.

Por daño moral, en primer lugar, aludió a que se trata de un rubro que no requiere prueba para corroborar. Cita doctrina. Puntualmente, luego refiere a las afecciones físicas y psíquicas padecidas y de la vida en relación de K., quien se vio sometido a la incertidumbre, a la disminución de su aptitud física, a tratamientos, al reposo extendido y vio conculcados sus sentimientos más íntimos. Desarrolla extensa jurisprudencia sobre el tema. Cuantificó su reclamo en la suma no inferior a $300.000.

Solicitó la citación en garantía de la compañía aseguradora contratada por el demandado y que denuncia como vigente al momento del siniestro S. C. S.. Luego, fundó en derecho, ofreció prueba documental, de reconocimiento, instrumental, informativa, confesional, pericial tanto psiquiátrica y/o psicológica como accidentológica, pericial médica y testimonial. Formuló reserva del caso federal. Peticionó.

A fs. 192/193 amplió demanda en razón de la destrucción de la bicicleta rodado 20 tipo *free style* o *cross* estilo libre en la que circulaba el menor, reclamó por daño material la suma no inferior a $3.000. Asimismo denunció nuevo domicilio del actor y de la citada en garantía S. C. S.. Ofreció prueba y peticionó.

A fs. 198/199 amplió demanda y ofreció prueba documental, informativa, pericial médica traumatológica, especialidad de columna vertebral. Peticionó.

3. *Actuaciones*:

Apelaron tanto actor como demandado. Concedidos los recursos, expresaron sus respetivos agravios, por escrito electrónico identificado como ID 621540 el Sr. F.; y por ID 627314 el Sr. M.. Corrido traslado, contestó el demandado por escrito ID 642369. Mantuvieron las reservas del caso federal oportunamente planteadas. Es dable destacar que K. M. alcanzó la mayoría de edad en el trascurso del proceso, asumiendo la calidad de parte correspondiente.

4. *Fundamentos de los recursos. Las respuestas y tratamiento*:

Antes de ingresar a la cuestión de fondo, es menester efectuar una advertencia preliminar: en el estudio y análisis de los agravios he de seguir el rumbo de la Corte y de la buena doctrina interpretativa. En efecto, claro está que los jueces no están obligados a analizar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino tan solo aquellas que sean conducentes y posean relevancia para decidir el caso (ver CSJN, «Fallos»: 258:304; 262:222; 265:301; 272:225; Fassi Yáñez, «Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Comentado, Anotado y Concordado», T° I, pág. 825; Fenocchieto Arazi. «Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y Anotado», T 1, pág. 620).

Asimismo, en sentido análogo, tampoco es obligación del juzgador ponderar todas las pruebas agregadas, sino

únicamente las que estime apropiadas para resolver el conflicto (art.386, in fine, del CPCCN; CSJN, «Fallos»: 274:113; 280:3201; 144:611).

Respecto a la solicitud de deserción efectuada por el demandado al contestar los agravios, aunque no lo efectúa en forma concreta, si surge el cuestionamiento a la suficiencia del memorial de la parte actora, expuse en otras oportunidades que coincido con el criterio de este cuerpo al que pertenezco en cuanto a que la aplicación de la sanción de deserción prevista en el ordenamiento procesal, en los casos en que existe un escrito de expresión de agravios, debe realizarse con criterio restrictivo y ponderando claramente los efectos de la sanción de deserción que literalmente pone punto final al litigio. Es que debe tenerse en cuenta que la revisión de las resoluciones judiciales, es un mecanismo procesal del que solo en casos extremos puede privarse a los justiciables.

Así, no advierto las deficiencias que señala el demandado en su escrito de responde y por ello daré tratamiento al recurso, no sin antes efectuar una consideración respecto al prolongado tiempo del proceso, donde el actor, al tiempo de su inicio, resultaba una víctima menor de edad.

La garantía constitucional de debido proceso y tutela judicial efectiva, implica, el respeto por el plazo razonable de duración de los procesos judiciales, así, sin reiterar los fundamentos y conclusiones de la CIDH en los casos “F.” (muy parecido al presente) o “M.”, entre varios más, donde se ha responsabilizado al Estado argentino por la violación del plazo razonable,

debo señalar que en estas actuaciones, a poco que se avanza en su estudio, claramente puede advertirse que tanto por la actividad de la partes, como por la falta de dirección enérgica del juzgado, el proceso ha durado siete años y diez meses a la fecha, plazo excesivo en relación al bien jurídico protegido y el derecho cuyo reconocimiento estaba en juego.

Aún cuando se pretendiera intentar justificar parte de ese tiempo, en el acaecimiento de la pandemia generada por el Covid-19, recuerdo que el Poder Judicial de la provincia del Chubut, al 20 de abril del año 2020 (un mes de iniciada la pandemia) ya había establecido la presentación electrónica de escritos, y la posibilidad de teletrabajo y firma digital para los empleados judiciales, es decir, tal excusa, podría ser atendible solo en un mínimo impacto. Así, solo a modo de ejemplo diré, que al año de presentada la demanda, ya se habían registrado tres sentencias interlocutorias resolviendo incidencias entre las partes, no se encontraba integrada la litis con la citada en garantía, y diré que con posterioridad, el actor, ya mayor de edad, ha debido presentar pedido de dictado de sentencia definitiva en al menos dos oportunidades, cuando es sabido que clausurado el periodo probatorio, y efectivizados o no los alegatos, el trámite debe pasar a despacho a dictar sentencia sin petición alguna en este sentido.

¿Y cómo impacta en el caso? K. tenía 13 años de edad cuando sufrió un accidente en la vía pública y daños en su humanidad, hoy tiene 23 años, atravesó toda su adolescencia -ciclo vital en el desarrollo de las

personas humanas-, sometido a un proceso judicial. Si los jueces estamos llamados a juzgar sobre las cuestiones sometidas a su conocimiento vigentes al momento de la resolución, advierto que no es lo mismo una persona adolescente que una persona mayor de edad a fin de valorar los efectos jurídicos derivados de los hechos injustos. En este sentido, las secuelas no solo no pueden ser valoradas en la misma medida, sino que la ausencia de reparación oportuna ha agravado su situación. Por ello instó a los operadores jurídicos a que en lo sucesivo, acomoden su gestión del caso, con el máximo respeto por la garantía constitucional de tutela judicial efectiva, instando el proceso, evitando incidencias inoficiosas.

a) **Los agravios de la parte demandada.**

En términos G., descalifica a la sentencia de grado por no constituir una derivación razonada del derecho vigente, solicitando su revocación.

Puntualiza su queja. Entiende que hay un error en el análisis de la jueza de grado, contenido en el considerando y título II que cita, donde aborda el tema de la excepción de caducidad del seguro opuesta por la citada en garantía y la extensión de condena a la aseguradora. Transcribe el segmento de la sentencia a la que refiere.

Sostiene que lo expuesto no merecería reparos si no fuese que, al determinar la vigencia de la cobertura en el caso, lo hace sin perjuicio del derecho de repetición que quedaría en poder de la citada en garantía para que en el futuro pudiera repetir de su parte lo que pagara en este proceso.

Entiende que la jueza de grado parte de la errada premisa de que no fue realizada la denuncia del siniestro. Asegura que fue realizada telefónicamente, que lo normal y lo habitual es que los siniestros se denuncien de este modo ante las compañías de S. y no exista una constancia de ello; sin embargo, acompaña captura de pantalla de la página de la Aseguradora S. C., en la que insta a los usuarios a denunciar vía telefónica los sucesos.

A su vez, sostiene que la carga de la prueba, en virtud del art. 391 del CPCCh pesaba en cabeza de quien alegaba el hecho controvertido; que la aseguradora no probó su defensa, había alegado que no fue realizada la denuncia del siniestro, pero tampoco produjo la prueba al respecto, como la pericial contable que la jueza tuvo por no realizada.

Peticiona que la revocación parcial del punto, en cuanto se determine que S. S. C. S. M. de S. G. no podrá en el futuro repetir la suma y/o concepto alguno que tuviere que desembolsar por el siniestro acontecido el 30 de marzo de 2012. Asimismo, solicita que se incluyan las costas y honorarios causídicos por su actuación a fin de lograr la desestimación de la pretendida y fallida exclusión v/o caducidad de cobertura que planteara la mencionada citada en garantía.

Varias consideraciones fácticas merece el cuestionamiento del demandado. En primera medida diré que conforme surge de la tan aludida póliza contratada (fs. 284/287) especialmente de fs. 287 vuelta, surge claro que las instrucciones sobre cómo proceder en caso de siniestro, eran "-Comuníquese con Asistencia 24 al

X..... Obtenga todos los datos personales del otro conductor… - Efectúe la denuncia policial o ante… - Efectúe la denuncia administrativa en S. C. dentro de las 72 horas… - No asuma responsabilidades…". Consecuentemente, no es la interpretación que pretende torcer el recurrente, dando por sentado el cumplimiento solo con el llamado telefónico, sino que el asegurado ante un siniestro debía cumplir con todos los pasos allí dispuestos. A tal desacierto, debo sumar que el modo de ilustrar y reforzar su postura, acompañando a los agravios capturas de pantallas de cómo es la denuncia de siniestro en la actualidad (10 años después) y describiendo el procedimiento actual, no resiste análisis para esta magistrada.

En efecto, tales instrucciones respecto de la forma de proceder para denunciar un siniestro, corresponden a tiempos actuales, donde la tecnología (mucho más luego de la pandemia generada por el Covid19) se encuentra más accesible para el común de las personas, instaladas las aplicaciones en numerosos dispositivos, como celulares, PC, *notebook*, tableta, etc. resultando muchas transacciones, denuncias, operaciones comerciales, la única manera de efectuarlas por internet, mediante el acceso a páginas y formularios que el usuario completa y con ello se da por abastecida la carga de comunicar.

Sin embargo, las impresiones y dicho modo de denunciar el siniestro, se corresponde a los años 2020/2021/2022, no a la época del siniestro, marzo de 2012, donde el acceso a internet no era tan común para todos los usuarios y tampoco estaba prevista dicha forma de comunicación. Prueba de ello, aparte del sentido

común y público conocimiento, es que la parte no lo alegó al contestar el traslado respecto a caducidad del contrato de seguro y pretende introducirlo en esta instancia, más de siete años después. Por ello, este argumento no tendrá andamiaje a fin de demostrar el yerro u arbitrariedad de la magistrada de grado.

Asimismo, debo señalar que el demandado, no se comportó frente a la víctima del siniestro, como un buen hombre de negocios, diligente en facilitar la cobertura de su seguro de responsabilidad civil a su favor. Ello así, por cuanto, por su propio reconocimiento no realizó todos los pasos consignados en la póliza, se limitó a llamar por teléfono, y luego de recibir la carta documento (fs. 14.), no acudió a constatar la respuesta de su aseguradora, dejando al joven liberado a la suerte de su reclamo. Y esto también debe ser valorado.

Hasta aquí, me he referido al comportamiento del demandado frente al actor y su proceder ante la compañía aseguradora, sin embargo, a fin de resolver el agravio, y decidir si existe o no posibilidad de repetición entre aseguradora y demandado, debo señalar que el nudo de la cuestión radica en si cumplió el Sr. F., demandado en estas actuaciones, con la debida comunicación del siniestro a la aseguradora, en tiempo y forma. Y allí señalo que el demandado, frente a su compañía aseguradora, revestía al momento de los hechos, la calidad de consumidor de la misma, y es sabido que el microsistema consumeril, se integra con la Ley de Defensa del Consumidor y otras leyes más (de tarjeta de crédito, de entidades financieras, etc.), dentro de las

que se encuentra la Ley de S., que invoca la aseguradora citada en apoyo de su postura de exclusión de cobertura.

Es sabido que el juez conoce el derecho a aplicar en el caso, y esta cuestión no puede resolverse, si no es bajo la mirada tuitiva de la ley de defensa del consumidor. Sin ahondar en este tema, por cuanto no es motivo del objeto litigioso, debo resaltar que al ser un usuario o consumidor, frente al seguro, y conforme las pautas de la Ley de Defensa al Consumidor, en caso de duda sobre las pruebas rendidas y la interpretación de las cargas, debe estarse a la posición que sostiene el consumidor. Y aquí, no caben dudas de la duda, valga la redundancia.

En las relaciones de consumo que caen bajo la órbita normativa de la Ley 24240, el art. 53 impone a los proveedores, en este caso el seguro, la carga de aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder en orden a las características del bien o servicio y les agrega el deber de prestar la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en juicio. De allí que en todo procedimiento en donde esté en juego una relación de consumo, rige en toda su dimensión el principio de la "carga dinámica" en materia probatoria (voto de la Dra. Piccinini por la mayoría, 9/12/2019, ID SAIJ: SUF0084886).

Se ha juzgado que el proveedor tiene una obligación legal: colaborar en el esclarecimiento de la situación litigiosa. De tal forma, toda negativa genérica, silencio, reticencia o actitud omisiva creará una presunción en su contra (“S., GAC c/ P. SA y otros s/

Daños y Perjuicios", del 1.4.15). "Como principio general… la carga de la prueba no supone ningún derecho del adversario, sino un imperativo del propio interés de cada litigante; es una circunstancia de riesgo que consiste en que quien no prueba los hechos que invoca como fundamento de la pretensión, pierde el pleito si de ellos depende la suerte de la litis. En estas condiciones, la carga no significa obligación de probar, ni siquiera necesidad de que la prueba proceda de alguna parte; significa estarse a las consecuencias de que la prueba se produzca o no. De ahí resulta que quien no prueba los hechos que debe demostrar, sufre las consecuencias de perder el pleito si de ello depende la suerte de la litis…" (CNFed.CC, Sala III, 28/04/1995; el fallo fue tomado de PEYRANO Jorge – LÉPORI WHITE, "Cargas Probatorias Dinámicas", ed. Rubinzal Culzoni, año 2008, página 549). "La verdad jurídica es una meta que exige –en supuestos particulares- ponderar cuál de las partes se encuentra en mejores condiciones de aportar los elementos de juicio tendientes al mejor esclarecimiento de los hechos…" (CSJN, 02/06/1998, Peryrano, página 552).

En efecto, asiste razón al recurrente en cuanto a que el hecho de la comunicación del siniestro, si existió de manera eficiente o no, ante la postura del demandado que sostiene haberla efectuado telefónicamente, y aún con las reservas que efectuara más arriba en este voto, debió la aseguradora probar que su asegurado no cumplió con las cargas a su cargo, las que habían sido debidamente explicitadas al momento de contratar, y ello así, con más razón después de ser

efectivamente anoticiada mediante nota de reclamo presentada por los progenitores del actor, en aquel entonces menor de edad, nota agregada a fs. 16 de fecha 04/05/2012 recibida por la empleada Sra. Romina Florencia Tallarico (fs. 475), quien reconoce en sede judicial haber recibido dicha nota de reclamo. Reclamo extrajudicial que se reiteró conforme nota de fecha 25/03/2014.

Tal circunstancia, la nota de reclamo presentada por los progenitores del actor (fs. 16), la certeza de su recepción de parte de la citada en garantía, da por tierra con el argumento intentado de desconocimiento del reclamo e incumplimiento de su asegurado a la carga de comunicar. En este orden cronológico de circunstancias, lejos de comunicar a quien reclamó la cobertura del siniestro, la falta de seguro, optó la aseguradora por guardar silencio, invocando una defensa, ya en sede judicial, que tampoco procuró acreditar.

Entonces cabe preguntarnos, ¿de qué hablamos cuando valoramos la conducta de las partes? El juez al resolver, debe observar la conducta evidenciada por las partes en el transcurso del proceso, de modo tal de poder extraer conclusiones, si hubiere resultado de algún modo incriminatoria en su proceder, sea obstaculizando el proceso, o sea faltando a los deberes de lealtad, probidad y buena fe, por ejemplo en la etapa de producción probatoria, teniendo en cuenta su posición respecto a la misma. “Asimismo se ha interpretado que si bien las partes no tienen la obligación procesal de responder o de mantener ante el juez una conducta inspirada en franca colaboración hacia su adversario o

hacia el tribunal, el singular modo en que se comporten, sus silencios, sus contradicciones o falsedades pueden tener influencia probatoria, examinado bajo la óptica del sentido común" (Incom., sala A, 3-7-2003 JA 2003-IV-504).

Y si a estos lineamientos que impone el sentido común, le sumamos la mirada protectoria del consumidor, no puedo dejar de pasar por alto que la aseguradora ha desatendido el deber de colaboración con el proceso, como asimismo el esclarecimiento de los hechos, al menos, en lo referente a su postura, de exclusión de cobertura o derecho a repetición respecto al recurrente.

En efecto, aún sin darles valor o efectos jurídicos, por cuanto ambas piezas procesales a las que me referiré han sido dejadas sin efecto, una por negligencia y otra por ser presentada extemporáneamente, voy a referirme a ellas, como comportamiento asumido por la parte en el transcurso del proceso, y diré en apoyatura de la postura del demandado, que al contestar demanda la aseguradora sostiene la caducidad del seguro por no haber sido comunicado por el asegurado conforme manda la ley, en la pericial contable la perito indica que un mes antes del siniestro la póliza había sido dada de baja por falta de pago y al momento de expresar agravios extemporáneamente por prematuros, contra la sentencia definitiva, la misma citada sostiene falta de cobertura porque el seguro se encontraba vigente hasta el día 30/03/2012 a las 12:00 horas y el accidente fue a las 21:30 horas aproximadamente. Es decir, aún cuando solo pueda analizarse el fundamento expuesto al contestar demanda, por cuanto ambas piezas restantes han

sido dejadas sin efecto, no puedo, en virtud del principio de moralidad y transparencia, dejar de advertir que la compañía aseguradora ha procurado, fallidamente, dar tres versiones distintas de su exclusión, lo que no hace más que quitar seriedad a la postura inicial, tampoco probada en estas actuaciones judiciales.

Por ello, sumado al carácter de usuario del demandado frente al seguro, a que este sostiene haber comunicado telefónicamente el siniestro y la actitud asumida por la citada, el silencio mantenido frente al concreto reclamo efectuado dos meses después por la propia actora, me convencen de que la citada debe responder en el marco del seguro, con el límite que seguidamente se analizará, sin posibilidad de acción de regreso respecto a su asegurado.

b) **Los agravios de la parte actora:**

b.1. En su primer agravio denuncia vulneración al derecho constitucional a la reparación integral, sostiene que la jueza de grado omitió considerar como deuda de valor a la indemnización por incapacidad sobreviniente, con base en el art.772 del CCyCN.

Manifiesta perjuicio por la utilización del salario mínimo vital y móvil de 2016 para la cuantificación de la incapacidad sobreviniente, por ser esta la suma vigente a la época en que K. M. alcanzó la mayoría de edad y que consistía en $6.810.

Entiende que, a la fecha de sus agravios, es un salario con una desactualización de 6 años, que ninguna tasa de interés puede compensar la inflación atravesada en el país en ese tiempo. Ejemplifica en números que el monto

resultante de la sentencia a la tasa allí fijada sería de $6.053.594,99, tomando como capital - incapacidad sobreviniente la suma de $1.412.938;80 a una actualización por tasa activa Banco Nación al 30/03/2012 - 03/04/2022 del 328.44% por $4.640.656,19.

Manifiesta que a la fecha se su presentación el salario mínimo ascendía a $38.940, realizando nuevo cálculo a fin de advertir la diferencia; así, toma el capital de $8.079.271,20. con una actualización por intereses a tasa pura del 12% desde el 30/03/2012 03/04/2022 por $9.848.631,59 lo que totalizaría $17.927.902,79.

Advierte que tomó la tasa pura del 12% del precedente de esta alzada que cita como fallo de fecha 8/2/2022 (CR S.D. n° 1/22; "C. A., R. A. c/ M., F. M. s/ SUM. (Daños y Perjuicios)", expte. nro. 197/21) y trascribe segmentos del mismo.

Entiende que al resultado que postula, corresponde adicionarle el 20% para acaparar las consecuencias disvaliosas que el hecho ilícito ocasionó en los otros aspectos de la vida de K..

Sostiene que el salario utilizado por la jueza sentenciante resulta desactualizado, inferior y arbitrario, vulnerando lo dispuesto por el art 772 del CCyCN. Que deben estimarse las deudas de valor al tiempo de la sentencia y no del siniestro, resalta la diferencia del monto del salario en 6 años y la insuficiencia de la tasa activa para equipararlos y recomponer la pérdida del poder adquisitivo.

Que ello afecta su derecho a la propiedad y la reparación integral que debe alcanzarse según los

postulados de la CSJN e instrumentos de jerarquía internacional. Cita jurisprudencia y doctrina sobre la reparación integral que insta. Solicita que se establezca el valor de la deuda al momento del dictado de la sentencia. Asimismo, afirma que la sentencia de grado resulta arbitraria por sus argumentos meramente aparentes, incurriendo en un error jurídico, solicita que se revoque y que se readecue la indemnización utilizando para la fórmula de cálculo de la incapacidad sobreviniente las sumas actuales del SMVM, a fin de mantener incólume el crédito en los términos del art. 1740 CCyCN y 19 de la CN.

Es sabido que en lo que es materia de reparación de daños, daño material -incapacidad sobreviniente-, el juez tiene facultades para determinar la cuantificación de los mismos, ello así, por cuanto el de reparación integral del daño es un principio general del derecho que tiene, además, rango constitucional (art. 19 CN). "La reparación plena o integral es uno de los pilares fundamentales sobre los que se erige nuestro sistema de responsabilidad por daños, y supone la necesidad de una razonable equivalencia jurídica entre el daño y su reparación. Por eso, cuando alguien ha sufrido un perjuicio, ya sea este patrimonial o moral, debe percibir una indemnización que le permita que el estado de cosas actual sea razonablemente coincidente con el estado en que se encontraba antes de sufrir el daño. Lo que se persigue, entonces, es suprimir los efectos nocivos del suceso dañoso, de la manera más completa posible" (Sappia, M. Candelaria y M., J. F., "La reparación integral del daño. Su consolidación en la

Constitución, la doctrina, la jurisprudencia y en el Proyecto de CCyC 2012”, en RCyS 2013-IX, p. 121), y sobre esta afirmación es que estructuraré mi voto al tratar los agravios referidos a la cuantificación del daño y su actualización.

En efecto, aún cuando no es materia de revisión en esta instancia la utilización de fórmulas matemáticas a fin de cuantificar el daño, siendo que los valores incorporados a la fórmula son los que discrecionalmente entiende que corresponden el juez, como más justos al resarcimiento pleno; para dar respuesta al agravio, en forma preliminar, corresponde expedirme sobre el uso de las fórmulas matemáticas para calcular la indemnización por daño incapacidad sobreviniente, sin dejar de advertir que el tema, aún después de la reforma del CCyC, continúa siendo cuestión de análisis y pronunciamientos a favor y en contra. Sin embargo, esta Cámara que integro ha asumido una postura que comparto, postura que recepta su uso en el entendimiento de que resulta la forma más eficaz al cumplimiento de la garantía de reparación plena.

El art. 1746 CCyC sostiene: "...En caso de lesiones o incapacidad permanente, física o psíquica, total o parcial, la indemnización debe ser evaluada mediante la determinación de un capital, de tal modo que sus rentas cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables, y que se agote al término del plazo en que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades...".

Y, por supuesto, determinar ese capital no resulta tarea sencilla, por cuanto para el sujeto dañado nada será suficiente, ningún monto alcanzará, pues solamente el damnificado está en condiciones de estimar el valor de sus bienes de vida afectados, plasmando en su reclamo el interés de la propia víctima como eje de sistema resarcitorio.

Sin embargo, no existe opción y debe valorarse, estimar la cuantía de los daños ciertos, materiales y extrapatrimoniales, sufridos por la víctima de un daño injusto. Esto se efectúa, conforme prudente arbitrio y la prueba recolectada en la causa. "Es la obligación impuesta por sentencia en las acciones de daños y perjuicios que impone al responsable restablecer la situación de la víctima conforme a derecho, o sea, las cosas tales como se hallaban antes del acto dañoso" (Stiglitz, Gabriel y Echevesti, Carlos, "La determinación de la indemnización en Responsabilidad Civil", ed. Hammurabi, Buenos Aires,1992), por ello, entiendo que el uso de fórmulas, no solo transparenta el mecanismo utilizado, sino también uniforma valores.

Respecto a la utilización del valor Salario Mínimo Vital y Móvil, a fin de cuantificar los ingresos económicos, ante orfandad probatoria sobre las actividades remunerativas de la víctima o, por ser esta menor de edad al momento del daño y no encontrarse inserta en el mercado laboral, existen antecedentes en nuestra provincia y en esta Cámara, a los que adhiero. Así, el Excmo. S.T.J. en los autos caratulados: "S. D. C., M. L. y otros c/ H. U. S. y otros s/ daños y perjuicios", expte. n° 15.054-S-1994, confirma como

doctrina que ante la ausencia probatoria (y yo agrego, o en casos de personas menores de edad aún no insertas en el mercado laboral) la facultad jurisdiccional debe focalizarse en elementos que admitan el debido control, con lo que admitió la elección del Salario Mínimo Vital y Móvil como pauta conducente ante el defecto de prueba, a los fines de establecer los ingresos de la víctima, la jurisprudencia precedente resulta dirimente, lo que no excluye otros elementos de valoración interpuestos, ya que tratándose de aquilatar deudas de valor, es correcta la estimación del daño al momento de la sentencia.

Así, sostiene el STJ en dicho antecedente (S. de C.) "También es cierto que el requisito de la certeza o existencia del daño no debe confundirse con la determinación del alcance económico. Mientras que, en principio, el daño debe estar probado al tiempo de la condena resarcitoria, los sistemas procesales instituyen -tal el nuestro- algunas liberalidades probatorias como lo es la fijación prudencial del monto por el juez, subsanando jurisdiccionalmente el *onus probandi* (art. 165 del CPCCh). Así, que existe un margen más amplio de apreciación discrecional del juzgador. Cuando las pruebas no acercan con exacta precisión el monto de algunos daños, pero estos se encuentran probados, el juzgador puede sentenciar igualmente aplicando parámetros usuales y universalmente conocidos, máximas de experiencia en la materia, lógica y sana crítica…, se ha dicho a la facultad del juzgador de apreciar con cierta discrecionalidad la suma de la condena, cuando esta no se encuentre probada, es una

situación de excepción y tiende a evitar que se torne ilusoria la pretensión de la víctima ante el fracaso probatorio de su perjuicio…” (STJ SD 15/08/2002, expte. n° 15.054-S-1994).

Y este criterio, el cual comparto por cuanto entiendo hace a la reparación plena del instituto de la responsabilidad civil, ha sido el seguido por esta Cámara de Apelaciones autos "C., J. M. c/ C., D. U. y otros s/ SUM.", expte. nro.693/17 S.D. n° 16/20 CyC y en “D. R. N. M. y otros c/ V. A. J. y otro s/ SUM. (Daños y Perjuicios)”, expte n° 291/20 y su acumulado “D. R. N. M. y otras c/ V., A. J. y Otro s/ SUM. (Daños y Perjuicios), expte n° 290/2020, mediante Sentencia Definitiva n° 21/2021 CyC).

Aclaradas las cuestiones referidas al uso de las fórmulas y a la utilización de parámetros como el valor del SMVyM, corresponde ingresar al agravio del actor, quien entiende que yerra la magistrada de grado por haber utilizado el valor del SMVyM a la fecha en que el actor cumpliera 18 años, es decir 5 años después del accidente de tránsito, y cinco años a la fecha, entendiendo los mismos exiguos, en atención al tiempo transcurrido, siendo un valor exiguo que la tasa no logra recomponer la enorme pérdida del poder adquisitivo de la moneda. Y al respecto, entiendo aplicable al caso, la jurisprudencia sentada por este tribunal en el caso “C.” y en el caso “D. R.” -antes citados en esta misma resolución-, sumados los antecedentes “S. de C.” del STJ y “Cerdá Fernández del STJ de Mendoza, donde se ha juzgado, que ante la ausencia de prueba de los ingresos económicos de la víctima corresponde determinar los

mismos de acuerdo a la facultad jurisdiccional del art. 167 CPCCCh.

Respecto al valor SMVyM, si el vigente al momento del hecho generador del daño, a la mayoría de edad de la víctima, o a la fecha de la resolución, diré, al igual que en el caso "P., E. M. c/ B., O. A. y otro s/ SuM.", expte. n° 562/21 SD 16/22 que en un país como el nuestro, donde la economía resulta inestable por desvalorización de la moneda, inflación, entre otras cuestiones político económicas más, difícil es que un valor vigente en un tiempo determinado, pueda resultar ajustado a su fin, en otro momento de tiempo, es decir, a fin de mantener la integralidad de la reparación, entiendo que esta, debe cuantificarse al momento más cercano a su pago, a su cumplimiento, a su liquidación, estableciendo igualmente tasas de interés para el supuesto de incumplimiento, tasas activas.

Adviértase en este sentido el fallo de la Sup. Corte de Justicia de Mendoza del año 1993, cuyo extracto señala: "Es correcto formular la estimación de los daños al momento de la sentencia, ya que de este modo no se vulnera la ley de convertibilidad, pues no se trata de reajustar sumas de dinero ya liquidadas, sino de determinar valores" (Sup. Corte Just. Mendoza, Sala 1°, 12/8/93 – "Cerdá Fernández Jacinto E. v. Paredes, F. y otros" – en J.A. 1993-IV-398).

Por ello, entiendo asiste razón al recurrente y el valor que debiera tomarse en el caso (persona menor de edad al momento del accidente), es el del Salario Mínimo Vital y Móvil vigente a la fecha de la sentencia (03/12/21), por entender que tal valor de referencia,

por su imparcialidad, ajuste a la realidad económica al provenir de un instituto oficial, es el que más se ajusta al principio constitucional de reparación integral. Y así, señalo que conforme con la Res. n° 11/21 del Consejo Nacional del Empleo, la Productividad y el SMVyM correspondiente al mes de diciembre de 2021 (fecha de la sentencia) el salario mínimo vital y móvil ascendía a la suma de $31.104 y, conforme resolución del mismo Consejo n° 2/2016, a la fecha del accidente (30/03/2012) el SMVyM ascendía a la suma de $2.670 y a la fecha en que el actor adquiriera la mayoría de edad, conforme resolución 02/2016, citada por la magistrada de grado, ascendía a la suma de $6.810.

Entiendo más que elocuentes los valores citados, conforme a los cuales, en 10 años, dicho valor oficial ascendió de $2.670 a $31.104, incrementando su valor más de 11 veces.

A la luz de esta información, el valor tomado por la jueza de grado para aplicar a la fórmula Méndez (no cuestionada) aparece como insuficiente a fin de mantener la integralidad de la reparación pretendida y por ello, hago lugar al agravio y resuelvo integrar la fórmula con el valor correspondiente al SMVyM vigente al momento de la sentencia.

Respecto a la edad del actor (a fin de integrar la fórmula), entiendo que la misma es la correspondiente al momento del accidente (13 años), no resultando adecuado en el caso, utilizar la edad de 18 años (mayoría de edad), en el entendimiento que dicha edad sería la económicamente productiva, por varias razones, pero la principal es que limita la indemnización por incapacidad

sobreviniente a la incapacidad laborativa, y, entiendo innecesario reproducir los numerosos criterios de la CSJN que expresamente señalan que el centro del sistema de reparación es el sujeto, entendido en su integralidad, no solo en la faz laboral. Y a ello debo sumar, que apartarse de la edad al momento del hecho generador del daño, también desconoce la capacidad progresiva de los adolescentes, la posibilidad de administrar y disponer los bienes adquiridos como producto de su trabajo, entre otras variables más como la capacitación, el oficio, azar, etc.

Ahora bien, determinar un valor actualizado a la fecha de la sentencia, es lo que hace procedente el uso de una tasa pura de interés aplicable desde el hecho dañoso generador de la reparación, hasta la sentencia, conforme analizo seguidamente, confirmando la adición del 20% en concepto de resarcimiento de consecuencias disvaliosas, ya dispuesto en la sentencia de grado y no impugnado en los agravios, sino confirmada su petición, extensión del daño que al no haber sido cuestionada, no corresponde entrar a su análisis en este voto.

En resumen, pues, propondré al acuerdo se admita el agravio, modificando que para el cálculo de la indemnización de incapacidad sobreviniente, deberá tomarse en cuenta el Salario Mínimo Vital y Móvil correspondiente a la fecha de la sentencia, diciembre de 2021 ($31.104) conforme Resolución 11/2021 del Consejo Nacional del Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo Vital y Móvil, manteniendo en lo restante, la fórmula de cálculo del sentenciante de grado (fórmula Méndez, edad del actor, grado

incapacidad, etc.) y con las siguientes adiciones que se analizan.

Teniendo en cuenta que se ha cuestionado también la indemnización por daño psíquico, en cuanto a su reparación, y será motivo de análisis seguidamente, el rubro incapacidad sobreviniente prosperará conforme lo resuelto en dicho agravio. Ello así por cuanto es unánime la doctrina y jurisprudencia en sostener que el daño psíquico si bien tiene autonomía en cuanto a su configuración, no así en cuando a su reparación, y, conforme las características del caso, será reparado como daño material (incapacidad sobreviniente) o como daño moral.

Ahora bien, se han cuestionado los intereses dispuestos por la magistrada de grado, como asimismo las fechas en que se ha ordenado su devengamiento. Más allá del orden de los agravios expuestos por el recurrente, entiendo que corresponde su tratamiento en cada oportunidad, cada rubro indemnizatorio que se revisa en los términos del recurso de apelación.

En opinión que comparto y en el sentido que ya he resuelto, se ha precisado que "los intereses de la obligación indemnizatoria tienen carácter resarcitorio y no moratorio, por lo que el problema en torno al inicio de su cómputo no debe resolverse a la luz del régimen de la mora. Independientemente del origen contractual o extracontractual, la obligación de reparar el daño causado es exigible desde que se produce el menoscabo, sin necesidad de interpelar al sindicado como responsable para constituirlo en mora. Ergo, la mora se produce en forma automática desde la producción del

daño, y desde allí deben correr los intereses" (ver: M. J. F. y Viramonte Carlos I., en trabajo ya citado, RCyS 2014-X-71). En lo que aquí interesa, entonces, y en resumen, puede ser predicado válidamente que bajo el criterio citado –hoy norma expresa en el Código vigente-, los intereses derivados de la obligación indemnizatoria tienen carácter resarcitorio y no moratorio, por lo que el problema en torno al inicio de su cómputo no debe resolverse a la luz del régimen de la mora. Ello así, en virtud del principio de reparación plena, lo intereses deben computarse desde la causación del daño, ya que integran la indemnización. Y que, aún aplicando los principios que rigen la mora en las obligaciones, la obligación resarcitoria –derivada del hecho ilícito como de un incumplimiento contractual, indistintamente- es una obligación pura y simple, en la cual la mora es automática y no requiere de la interpelación. En definitiva, los intereses de la obligación resarcitoria –sea esta de fuente contractual o extracontractual- deben computarse desde que cada daño se produjo (voto Dr. Lucero en "L. V. M. M. c/ C. SA s/ Daños y Perjuicios", expte. 404/2020, Sala B Cámara de Apelaciones de Trelew, fecha 15/09/2021).

Ya ha dicho esta Cámara, en su anterior y actual conformación, que la obligación resarcitoria es una obligación de valor. Estas, en contraposición a las obligaciones dinerarias o de cantidad, el objeto debido no es el dinero, sino un determinado valor, utilidad o ventaja patrimonial que debe el deudor al acreedor y que, en definitiva, se satisface con una suma de signo monetario destinada a cubrir ese "valor debido", en

atención a que el dinero es el común denominador de los valores. En cambio, en las obligaciones dinerarias el objeto debido es la de dar la suma de dinero misma. Este criterio diferencial señalado entre uno y otro tipo de deuda (de valor o dineraria) radica en el distinto objeto que les pertenece, lo cual da razón del diverso comportamiento de una y otra clase de deuda frente al fenómeno económico de la inflación o depreciación monetaria.

Sostengo que este razonamiento resulta compatible con el carácter acumulable del daño moratorio al daño resarcitorio o al valor de la prestación contemplado por el art. 1747 del C.C y C., toda vez que la acumulación solo se respeta si cada uno de ellos equivale al valor completo que intenta expresar, reparación del perjuicio básico (compensatorio) y del producido por tardanza en el cumplimiento (moratorio).

En este mismo sentido se expide Pizarro: "Mientras la obligación sea de valor y no haya mutado su naturaleza a dineraria, por vía de la cuantificación en dinero que prevé el art. 772, debe aplicarse una tasa de interés puro, **que tradicionalmente ha sido estimada entre el seis y el ocho por ciento anual**. Debe desestimarse la procedencia de una tasa de interés bruto, que incluya la prima por depreciación de la moneda, pues de lo contrario se compensaría al acreedor doblemente por ese concepto (por vía de la valorización de la prestación adeudada y de la referida escoria incluida dentro de la tasa de interés bruto). Una vez que el valor es cuantificado en dinero y la deuda convertida por vía de modificación de su objeto en dineraria, se aplica una

tasa de interés bruto, que incluye entre sus componentes a la prima por depreciación de la moneda" (PIZARRO, Ramón D.: "Los intereses en el Código Civil y Comercial", publicado en LA LEY 31/07/2017. Cita Online: AR/DOC/1878/2017).

Por ello, en este punto hago lugar al agravio de la actora y propongo que tratándose la indemnización por daño incapacidad sobreviniente de una deuda de valor, toda vez que he receptado el agravio y fijado el monto indemnizatorio a la fecha de la sentencia (SMVyM fecha diciembre/2021), corresponde aplicar un interés puro para evitar distorsiones. Por este motivo, para el cálculo de los intereses deberá aplicarse la alícuota del 6% anual, desde la fecha del hecho dañoso hasta el dictado de la sentencia de grado, y desde allí hasta el efectivo pago corresponde la imposición de intereses según la tasa activa que informa el Banco de la Nación Argentina, por ser la tasa que entiendo prevalece y ha sido consentida (*cf*. arts. 772, 1740 y 1748 del CCyC).

b.2. En su segundo agravio se queja porque la Jueza de grado considero que el **daño en la psiquis** se subsume en el daño moral, sin embargo, expresa, al momento de cuantificar este último, fijó un monto irrisorio que no refleja el daño psicológico. Entiende que la magistrada no brindó debidos fundamentos, que virtualmente rechazó el reclamo sobre el punto, desconociendo en consecuencia la existencia de una incapacidad psicológica determinada por el perito que sin motivos catalogó de dogmática. Agrega que no discute la inclusión de un rubro en otro, sino que solicita que sea indemnizado bajo los postulados de la reparación integral. Remite a pasajes

de la pericia psicológica, describe los rasgos de tipo patológicos determinados por el profesional y el porcentaje determinado de la incapacidad en un 30%, y reprocha que, según su postura, la sentenciante no le asignó un valor probatorio, que no hizo un análisis de su situación invalidante, y que la incapacidad no solo incluye el aspecto físico.

Señala que si bien el experto recomendó tratamiento, no debe confundirse el tratamiento que ayuda al paciente a afrontar su dolencia con la incapacidad psicológica padecida. Cita jurisprudencia del máximo tribunal federal para decir que, en contraposición a ello, la sentenciante en la presente causa ignora la envergadura de la incapacidad psicológica ante el porcentaje de incapacidad dictaminado por el experto. Asegura que no lo incluye la cuantificación del daño moral, y que la decisión deviene infundada e inválida. Solicita que revoque en el punto el fallo de primera instancia y que se haga lugar al rubro en análisis, fijando razonablemente la suma indemnizatoria correspondiente al momento del dictado de la sentencia, a los fines de procurar otorgarle una reparación integral, en los términos del art. 19 de la C.N.

A fin de dar tratamiento al agravio, diré que este cuerpo que integro, invariablemente ha sostenido que el "trastorno psíquico carece de autonomía indemnizatoria pues, en tanto daño patrimonial indirecto, integra el de incapacidad y en cuanto al aspecto extrapatrimomial, el daño moral, sin que quepa confundir el bien jurídico afectado —esto es, la integridad física y psíquica— con

los perjuicios que de ella derivan, que solo pueden comportar daños patrimoniales indirectos o daño extrapatrimomial (ver en la misma línea, *v. gr.*, CNCiv., Sala G, 04/06/2010 –"Roldán, Javier Guillermo c. Cermelli, Dante Carlos y otros"- publicado en La Ley Online; cita Online: AR/JUR/28820/2010). En el caso se lo incluye en el daño patrimonial sin que medie refutación suficiente como para enervar lo decidido". (Sentencia Definitiva n° 32/2018, fecha: 14/11/2018)

La jueza de grado reafirmando este criterio sostuvo que "en ausencia de una patología psicológica concreta y clasificable según el DSM IV, V o texto científico similar, la afirmación del perito psicólogo según la cual el actor porta una incapacidad del 30% luce dogmática. No debe olvidarse que las afectaciones a la mismidad o subjetividad de la persona, deben ser contempladas dentro del rubro relativo a las consecuencias extra patrimoniales".

Ahora bien, la cuestión se centra en determinar si el daño psíquico del actor, cuya existencia no aparece cuestionada y llega firme a esta instancia, debe ser indemnizado como daño material o extrapatrimonial, sin desconocer que asiste razón al recurrente en cuanto a que, bajo uno u otro rubro, debe ser indemnizado.

Entiendo que a fin de resolver dicha cuestión, cobran vital importancia las pruebas periciales, la pericial médica, efectuada con mucho tiempo de diferencia con la pericial psicológica. Es sabido que en oportunidad de valorarse el informe pericial, el juzgador tiene en cuenta su integración con otros medios probatorios, pudiendo apartarse de sus conclusiones, en

forma fundada y si así lo impone las reglas de la sana crítica. En este sentido se ha dicho: "... si bien las normas procesales no acuerdan al dictamen médico el carácter de prueba legal y permiten a quien juzga formar su propia convicción al respecto, es indudable que para apartarse de la valoración de los médicos actuantes, la judicatura debe hallarse asistida de sólidos argumentos en un campo del saber ajeno al derecho. Y en el presente la accionante no ha acompañado ninguna prueba que conduzca en forma inequívoca a la detección del error o del inadecuado uso que el médico especialista ha hecho de su conocimiento científico..." (CNAT, Sala I, 29/05/2015- SD 90672, Causa 36.732/2012- "V.A.K. c/ Provincia A.R.T. S.A. s/ Accidente- Ley Especial").

Así tengo presente que si bien los dictámenes periciales no son vinculantes al juzgador, es imperativa su valoración de manera integradora con las restantes constancias de la causa y para sostener el apartamiento a sus conclusiones, debe tenerse en cuenta –en cuanto comporta la necesidad de una capacitación crítica de su campo del saber, naturalmente ajena a la persona del Derecho, como el operador jurídico- obliga a apoyarse en otros elementos de juicio que permitan concluir en el error o inadecuado juzgamiento que el perito haya hecho de los conocimientos científicos de los que, por su profesión o título habilitante, necesariamente ha de suponerlo dotado (CNFed C.Adm., Sala IV, 12-10-95 "Compañía Gillette de Argentina s/ Recurso de Apelación", E.D. 169-789, sum. 574).

Y en el caso, el perito psicólogo designado, en su dictamen agregado a fs. 790/799 ha sido determinante,

claro, profesional y conciso al señalar, en varios apartados del informe, que el actor padece un daño psíquico, "irreversible", "permanente" y esto no debió ser pasado por alto. Así se afirma que "se advierte que la economía psíquica del evaluado ha sufrido alteraciones permanentes por motivos de autos"… (fs. 795vta.) "…ha instalado desde entonces (refiriéndose al accidente) inhibiciones en todos los ámbitos de participación social"… "Este informe entiende el motivo de autos como agente disruptivo que ha producido una ruptura en la continuidad de identificaciones y narcisismo del actor. El sentimiento de sí ha quedado irreversiblemente dañado"… "La plena autonomía psicomotriz es un atributo que en el actor resultó severamente dañada y cuyas consecuencias se observan de carácter permanente" (fs. 797vta.) Y así concluye el perito que conforme lo observado en las entrevistas mantenidas y confirmado por las técnicas proyectivas, administradas, observa indicadores clínicos que se ajustan a los criterios de incapacidad grave, la que conceptualiza, describe y detalla en aplicación concreta al actor. Esta pericia, fue motivo de ampliación, mas no impugnada por las partes.

Tanto el daño psíquico como el moral afectan la situación existencial, de relación, vivencial de una persona, pone en crisis la armonía espiritual, el ánimo, las emociones, el razonamiento, por ello, insisto, es que depende el caso puede ubicarse su reparación, bajo lo que se considera daño extrapatrimomial o como daño moral, lo determinante es establecer si ese daño tiene naturaleza patológica e irreversible.

En este sentido, y a decir por Jorge M. Galdós quien comparte la postura de la CSJN (Fallos 323:6515, 9-11-2000, "Saber, Ciro A. c/ Río Negro Prov. de", entre otros), "la lesión psíquica como daño jurídico es resarcible como integrante de la incapacidad psicofísica cuando la alteración psicológica alcanza el grado de patología o enfermedad irreversible y permanente sin perjuicio de su incidencia, concurrente o no, en el rubro daño moral. El daño psíquico que es causa de la incapacidad sobreviniente permanente se resarce en esta partida, sin diferenciar si esa incapacidad deriva de la minoración de las aptitudes físicas o psicológicas". ("La responsabilidad civil", Tomo II, editorial Rubinzal Culzoni, página 376).

En efecto, cuando la persona que ha padecido un daño, resulta disminuida en su capacidad física o psíquica en forma permanente, esto debe ser objeto de reparación al margen de lo que pueda corresponderle por menoscabo de la actividad productiva y por el daño moral, "pues la integridad física tiene por sí misma un valor indemnizable y su lesión comprende a más de aquella actividad económica, diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, cultural o social con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida" (CSJN 19-8-99, "Irala", Fallo 322:1793).

Por ello, entiendo que siendo que la pericia psicológica producida en autos, ha consignado con toda claridad en qué consiste y cómo verificó la incapacidad y cómo afecta concretamente a K. y en función de qué parámetros determinó la incapacidad, adquiriendo prueba

probatoria suficiente de su existencia, extensión y carácter, debe incluirse su resarcimiento en el daño material, incapacidad sobreviniente, más allá de los gastos terapéuticos, que sí han sido reconocidos en la sentencia de grado.

Por ello, propongo receptar el agravio y condeno a la demandada a abonar al actor, la indemnización por daño material, incapacidad sobreviniente que prosperará por el porcentaje de incapacidad que ha determinado la perito médica (28%) más la determinada por el perito psicólogo (30%) quien ha valorado, integrado el resultado de la pericial médica en su dictamen, razón por la cual entiendo que ha sido tenido en cuenta para determinar su porcentaje por incapacidad psíquica. Así, el rubro prospera por la suma de $24.682.161,47, conforme fórmula "Mendez" (edad al momento del accidente 13 años, incapacidad 58% ingresos $31.104), más el 20% en concepto de consecuencias disvaliosas, que llega firme a esta instancia, es decir, el rubro prospera por la suma de $**29.618.593,76**. más la tasa de interés, conforme resuelvo a continuación.

b.3. Se agravia el actor respecto al **rubro daño moral**, sostiene el recurrente que el monto condenado resulta exiguo y que no refleja sus padecimientos; asimismo que la magistrada omitió referir a las pruebas producidas, que no brinda debidos fundamentos, vulnerando la norma contenida en el art. 1741 in fine del CCyCN y las pautas del art. 3 del CCyCN.

Detalla las afecciones padecidas, tales como fractura expuesta de tibia y peroné y las consecuencias de allí derivadas como la renguera, la escoliosis

secundaria que de allí se derivara; el perjuicio estético por la asimetría de hombros, consecuencias estas que se van pronunciando con el tiempo y que solo pueden atemperarse con los tratamientos indicados en la pericia.

Asimismo, alude nuevamente a la falta de consideración y valoración de la pericial psicológica por parte de la jueza de grado, que entiende que es un daño no autónomo, pero no incluido en el daño moral en cuanto al monto; sostiene que fue descartado por la sentenciante bajo la calificación, sin fundamento, de dogmática.

Continúa diciendo que sus padecimientos fueron reflejados de modo objetivo por las pericias practicadas; que tampoco se consideró el periodo de convalecencia que le impidió movilizarse y asistir a la escuela, ni el sufrimiento espiritual de atravesar por todo lo derivado del siniestro, a los 13 años. Que la cuantificación parte de fundamentos genéricos que no tienen en cuenta la dimensión de lo vivido, ni de las secuelas.

Por otra parte, plantea lo irracional e ilógico de la indemnización fijada, comparada en jurisprudencia local en casos que entiende como análogos; cita Sentencia Definitiva n° 33/2012 en la antigua composición de Sala A de esta alzada. Analiza la similitud con su situación y dice que transcurrieron 10 años desde aquel fallo, que el poder adquisitivo no es el mismo y que correspondería corroborar la inflación señalada por el INDEC para ponderar la irrazonabilidad del monto aquí fijado. Expone luego sobre el daño moral

con cita de doctrina y, en definitiva, sostiene que es exiguo el fijado por $200.000, lo compara con el aumento del JUS. Insiste en que la jueza de grado no efectuó una valoración razonable del rubro. Solicita que el monto sea readecuado al real perjuicio sufrido que denuncia, fijándose una suma mínima de $900.000 más la tasa activa fijada, y conforme al precedente citado, procurando la reparación integral.

Tratamiento del agravio:

La Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo en el marco de la anterior legislación civil que para la fijación del daño moral debe tenerse en cuenta el carácter resarcitorio de este rubro, la índole del hecho generador de responsabilidad y la entidad de los sufrimientos espirituales causados (*cf*. CSJN, Fallos 329: 3403; 329:4944 y 330: 563, entre otros). Luego, concretamente el 4/12/11, en autos "Baeza, Silvia Ofelia c/ Provincia de Buenos Aires y otros", nuestro tribunal cimero agregó que mediante este resarcimiento se debe "obtener satisfacción, goces y distracciones para restablecer el equilibrio en los bienes extrapatrimoniales", puntualizando: "aun cuando el dinero sea un factor muy inadecuado de reparación, puede procurar algunas satisfacciones de orden moral, susceptibles, en cierto grado, de reemplazar en el patrimonio moral el valor que del mismo ha desaparecido”… “Esta lógica fue aprehendida por el régimen actual, art. 1741 del CCyC, que en su último párrafo prevé que el monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas

reconocidas” (conforme esta Cámara de Apelaciones en Sentencia Definitiva n° 25/2018, fecha: 11/10/2018, Sala A).

El CCyC, art. 1741, ha previsto la estimación del rubro. El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas. La norma se refiere al carácter sustitutivo y compensatorio de la indemnización otorgada en concepto de resarcimiento del daño moral, y con ello ha cerrado la discusión en cuanto a la naturaleza jurídica de este tipo de perjuicio, y se consagra el carácter netamente resarcitorio (y no punitivo) de esta categoría, lo cual, además, es acorde a la exclusión de la función punitiva en el art. 1708 CCyC.

Cabe diferenciar entre valorar y cuantificar el daño, pues son dos conceptos y operaciones distintas, aunque relacionadas entre sí. “Valorar el daño importa determinar su existencia y su entidad cualitativa. Esto es, constatar su existencia en el mundo de los hechos, en función de los distintos parámetros computables según el daño sea patrimonial o moral. Una vez determinada su existencia, y su mayor o menor entidad, es preciso cuantificarlo, con miras a traducirlos y liquidarlo en una indemnización (Ramón Daniel Pizarro, “Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público”, T° 2, editorial Astrea, año 2013).

En el caso, es indudable la existencia de un daño moral, los padecimientos y afecciones del actor producidas luego de aquel 30/03/2012, en una etapa vital del desarrollo de la persona, como es la adolescencia,

donde resultan altamente ilustrativa de los padecimientos de K., ambas periciales (médica y psicológica), pero respecto a la estimación del resarcimiento, a la luz de los antecedentes de la causa, entiendo la misma resulta insuficiente.

En efecto, tengo en cuenta la actitud de la citada en garantía, quien, sabiendo del reclamo, de las características de tiempo modo y lugar del accidente sufrido por su asegurado, la edad y lesiones de la víctima, ha optado por mantener silencio pese a haber sido puesta en conocimiento conforme reclamo de los progenitores a tan solo dos meses de acaecido el accidente, obligando la judicialización del caso, exigiendo a su asegurado y a la víctima –insisto menor de edad al momento del siniestro- a transitar un proceso judicial que, como dijera al comienzo de esta resolución, se ha dilatado más allá del plazo razonable, manteniendo a lo largo del proceso, una actitud no proactiva con su resolución pronta y eficaz.

El resultado final, este juicio, el transcurso del tiempo y la incertidumbre sobre la reparación del daño, no se condice con el importe condenado en concepto de daño moral, entiendo que la edad de K. al momento del accidente, sus consecuencias, la afectación de su vida de relación, con sus pares adolescentes, jóvenes, el aislamiento al que debió someterse como producto de las lesiones y la necesidad de su inmovilización, la falta de contacto con amigos, compañeros del colegio, las frustraciones deportivas, etc., el comportamiento del demandado, quien no fue diligente frente a la víctima, al igual que su aseguradora, quienes pese a haber sido

reclamados extrajudicialmente y en fecha cercana al accidente, han optado por guardar silencio y dejar al joven liberado a la suerte de su reclamo. Y esto también debe ser valorado.

Por ello, entiendo que el monto condenado por la jueza de grado, en uso de las facultades contempladas en el art. 167 del CPR y el citado 1741 del CCyC, aparezca insuficiente al daño sufrido y a la jurisprudencia sentada por nuestros tribunales (esta Cámara de Apelaciones, sentencias definitivas CyC n° 33/12, 16/22, 12/20, 9/22 y 22/22).

Es cierto que no puede aspirarse a una objetivación total de los elementos de juicio para fijar el daño moral; sí que partiendo de ciertos parámetros comunes el juez deberá luego llegar a la cifra que estima justa de acuerdo a las especiales circunstancias de cada caso concreto. Siendo para ello imprescindible conocer permanentemente los montos que se están manejando por la jurisprudencia, como base del cálculo sobre la cual luego harán los ajustes particulares atendiendo a criterios subjetivos (Venturini, Beatriz, "El daño moral en nuestra jurisprudencia y en el derecho comparado", LL 1993-D 151 cit.).

Luego de ponderar la totalidad de las particularidades del caso, se estima prudente modificar el monto indemnizatorio por este concepto fijado en la instancia de grado, con sustento en las perturbaciones que ha sufrido el actor, que debe ser resarcido en los términos del art. 1741 del CCyC y el principio constitucional de reparación plena, y determinarlo en **$800.000** más los intereses desde la fecha del accidente

(30/03/2012) a la tasa pura del 6% anual hasta esta sentencia (fecha de estimación del monto) y desde que la misma sea exigible, hasta su efectivo pago, devengará la tasa activa del Banco de la Nación Argentina.

Ello así, por cuanto, "El daño moral consiste "no solo en el dolor, padecimiento o sufrimiento espiritual del individuo", sino también en la privación de momentos de satisfacción y felicidad en la vida del damnificado -víctima o reclamante- y que en definitiva influyen negativamente en la calidad de vida de las personas" (Highton, Elena I. - Gregorio, Carlos G. – Álvarez, Gladys S., "Cuantificación de Daños Personales", R. D. P. y C. 21, Derecho y Economía, pág. 127) (citado en Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, Sala A, Sentencia Definitiva n° 18/201,9 fecha: 17/04/2019)

b. 4. En tercer término, manifiesta perjuicio por el rechazo de la **pérdida de chance reclamada**. Entiende que la sentenciante omitió considerar los puntos 9, 10 y 11 de la pericia médica.

Que resulta arbitraria la decisión en tanto, para fundarla, la jueza sentenciante entendió que no se produjo prueba que demuestre que el siniestro privó al actor de la chance razonable y cierta de obtener un beneficio económico, rechazando el rubro.

Señala que en la demanda, destacó la importante secuela definitiva padecida en el miembro inferior afectado que le impediría, casi con certeza, especializarse o desarrollar determinadas actividades laborales en el futuro; que debía ser reparada la pérdida de chances de obtener mejores empleos y/o desempeño profesional en el futuro producto de su

debilitamiento en la salud en general. Que su petición fue corroborada por los puntos 9, 10 y 11 de la pericia practicada en autos, no impugnada por la contraria, asegura. Que allí consta que al verse disminuido en sus aptitudes psicofísicas y especialmente con la evidente pérdida definitiva de la movilidad de uno de sus miembros inferiores, difícilmente pueda acceder a un trabajo que demande esfuerzo físico.

Asimismo, estima que le resultaría imposible ser admitido luego de someterse a exámenes preocupaciones, en la actividad petrolera, considerando esta probabilidad por ser la fuente de trabajo más rentable en esta zona. Agrega que la pericial médica se llevó a cabo cuando contaba con 18 años de edad y señaló que estará limitado a realizar ciertas tareas laborales y ocupar puestos que no requieran deambulación ni esfuerzo físico.

Por ello, solicita que se revoque el fallo de grado en el punto y se fije para el presente rubro una suma indemnizatoria que repare integralmente el daño padecido.

A su turno, en el marco de este tercer agravio, reprochó que, con el rechazo de la pérdida de chance, se lo encasillara en el salario mínimo, vital y móvil. Recuerda que era un niño de 13 años al momento del siniestro y dice que la indemnización que se otorgue no puede dar por sentado que tan solo accedería a un salario mínimo vital y móvil por el resto de su vida.

Entiende que, si al analizar la incapacidad sobreviniente se lo indemniza considerando el salario mínimo, cabría considerar la pérdida de chance de

acceder a empleos de los más requeridos y remunerados en la zona, como de la actividad petrolera, a los que, por demandar esfuerzos físicos, se verá imposibilitado de acceder.

Con cita en doctrina, sostiene que uno de los grandes problemas de las fórmulas de cuantificación es que no contemplan variables de ingresos. Que, en este caso, la sentenciante, al rechazar el rubro pérdida de chance, lo dejó en una posición desventajosa frente a las probabilidades de la vida futura con plenitud física, y tal situación compone el rubro en sí misma.

En apartado, en el contexto del agravio expuesto, reprocha que se omitió considerar que era un niño al momento de los hechos, sujeto de tutela convencional. Que la situación debe analizarse a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño y La Convención Americana sobre Derechos Humanos, que ordenan que se otorgue pleno goce de los derechos por sus normas protegidos. Señala el estado de vulnerabilidad que padeció aun cuando alcanzó la mayoría de edad.

Postula que la suma que se establezca debe reflejar la pérdida de chance de acceder a mejores salarios que el mínimo vital y móvil, que será una pauta objetiva para su determinación considerar la temprana edad en la que fue víctima del injusto padecido, que lo privó de toda posibilidad de expectativas de progreso económico en una ciudad en que la actividad petrolera aparece como la central y mejor remunerada. Cita jurisprudencia local, así, a la Sentencia Definitiva nro. 06/2018 y a la Sentencia Definitiva nro. 33/2012. Solicita la estimación del rubro estableciéndose un monto a la luz

de la sana crítica, a fin de procurar una reparación plena en su favor.

Tratamiento del agravio:

La jueza de grado entendió, a fin de rechazar la pretensión, con cita de doctrina y de la pretensión de la parte, que se desprende que no se ha suministrado al tribunal ninguna hipótesis concreta de chance perdida como consecuencia del siniestro.

Debo principiar la resolución del agravio, señalando qué es una chance. Coincide la doctrina y jurisprudencia local y nacional que la "chance" es la probabilidad objetiva y cierta –no la mera probabilidad- de obtener una ganancia o de evitar una pérdida, debiendo ser una probabilidad suficiente no cierta. Así, el colega, Dr. Julián Jalil, sostiene que la pérdida de chance es un daño actual y supone posibilidad concreta y real de obtener las ventajas esperadas o previstas o de evitar las pérdidas, mientras que los daños eventuales e hipotéticos solo tienen lugar en la imaginación o creación de la persona que se dice afectada.

Sus elementos tipificantes, pueden resumirse en: debe existir una oportunidad futura y probable de obtener una ganancia o evitar un perjuicio conjurable, dicha probabilidad debe ser suficiente (no con certeza), el resultado de la oportunidad debe ser incierto al momento del hecho dañoso, un hecho ajeno debe frustrar dicha oportunidad y la víctima debe estar al momento del hecho dañoso situada en una situación idónea para aspirar a la obtención de las ventajas que proporciona la oportunidad (J. Marquez, "Valoración y cuantificación

de la pérdida de chances", en LLC 2008J., página 595). Así se ha señalado que a los fines de la reparación de la pérdida de chance, la posibilidad no debe ser simplemente una expectativa general o vaga, de acaecimiento eventual o hipotético de alguna ventaja, sino que la pérdida ha de tener suficiente fundamentación y entidad" (C. 2ª Civ. y Com. de Paraná, Sala I, 28/07/2010, "Giacomini, Gladis M. E. c. Pereyra, Néstor J. y otra", LL Litoral 2010, 1257, AR/JUR/54188/2010. CNCom., Sala A, 23/02/2010, "Staffa, Pablo c. HSBC Bank Argentina S.A.", La Ley Online; AR/JUR/6373/2010.C. Civ. y Com. de Rosario, Sala I, 22/10/2010, "Mongelli, Mariel B. c. Banco Macro S.A.", La Ley Online; AR/JUR/70834/2010; CNCom., Sala A, 28/12/2007, "Cusato, Gabriel Alejandro c. Transportes Metropolitanos Gral. Roca S.A. y otro", LL Online, AR/JUR/11656/2007).

Lo que se repara no es el beneficio esperado, sino la probabilidad perdida y puede tener repercusiones patrimoniales o no patrimoniales, como por ejemplo, la pérdida de la probabilidad de contraer matrimonio o formar pareja. En oportunidad de verificar si en el caso se dan los elementos tipificantes de la pérdida de chance, se advierte entre una de la posibles chances, en atención a la edad de K. al momento del accidente (13 años) y al haberse determinado la indemnización por incapacidad sobreviniente, ante la ausencia de valores concretos sobre capacidad económica de K., con el monto del Salario Mínimo Vital y Móvil, la pérdida de la posibilidad de ganar por actividad rentada más que el SMVyM, como afirma el recurrente. Asimismo, en atención

al resultado de la pericial médica, donde se describe que K., si bien podrá ser sujeto de estudios preocupacionales, su apto médico indicará que no puede trabajar en labores que impliquen deambular mucho ni levantar peso o hacer esfuerzos físicos, razón por la cual su incapacidad determina que hay trabajos para los cuales “es suficientemente probable” que no calificará. El accionar del demandado, ha frustrado dichas posibilidades.

El sujeto afectado ha carecido de la posibilidad de obtener un provecho, una ganancia o beneficio, o evitar una pérdida, sufrimiento o padecimiento, lo que fue impedido por el incumplimiento del cocontratante, generando, de tal modo la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría o no producido (JALIL, Julián Emil, en voto de esta Cámara, autos: "G., E. L. c/ C. L., G. s/ SuM. (Daños y Perjuicios)", expte n° 650/2015, SD 28/2016. Asimismo, JALIL, Julián Emil, “Cuantificación de Daños. Región Patagonia”, ed. La Ley, Buenos Aires, 2017, pág. 50).

Entonces, esa probabilidad, debe ser cuantificada y medida en relación a la probabilidad de obtener un resultado que hubiera incidido en el proyecto de vida, incapacidad, padecimiento sentimental, etc. Considero que el demandado y aseguradora citada habrán de responder por la pérdida de chance sufrida por el adolescente que era K. al momento del accidente luego de ser embestido por el vehículo conducido por el demandado, que le provocara las lesiones físicas y psíquicas ya descriptas y analizadas en esta resolución, que le negaron la posibilidad cierta y suficiente de

inserción social y laboral, conforme acostumbra a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas, lo que surge de la pericial psicológica con detalle y de la pericial médica ambas agregadas a estas actuaciones, teniendo en mira no la disminución para realizar determinado trabajo, sino la de sus posibilidades genéricas que pudieron verse disminuidas a futuro desde el accidente, al intentar ingresar al mercado laboral.

Así, entiendo que el daño alegado no es ni hipotético ni conjetural, sino real. Se trata de un daño actual que supone posibilidad concreta y real de obtener las ventajas esperadas o previstas o de evitar las pérdidas. Siendo que lo que se resarce es la repercusión o consecuencia del daño en la integridad de la persona, corresponde cuantificar ese menoscabo proporcionalmente a la potencialidad de una menor repercusión que el mismo hubiera producido ante el cumplimiento regular de la conducta exigida por la norma, ponderando las variables posibles en base a la sana crítica. En razón del plano de probabilidades efectivas, propondré al acuerdo, hacer lugar al agravio y condenar al demandado a abonar al actor la suma **$500.000**, en concepto de pérdida de chance, devengando una tasa de interés pura del 6% anual desde la fecha del accidente hasta esta resolución y desde que la misma sea exigible hasta su efectivo pago, devengará la tasa de interés equivalente a la tasa activa del Banco de la Nación Argentina.

b.5. Quinto agravio. En este punto reclama que la sentenciante omitió expedirse sobre el **valor de la bicicleta**, solicitado en la ampliación de demanda en

concepto de daño material. Solicita que se enmiende tal omisión y dice que correspondería que la estimación sea a valores actuales; que la norma procesal local contenida en el art. 167 autoriza la fijación prudencial subsanando jurisdiccionalmente *onus probandi* al respecto. Cita doctrina.

b.6. En su sexto agravio se queja porque la jueza de grado también habría omitido indemnizar los **costos de tratamientos de rehabilitación postural global** indicados por la perito médico en el punto 5, que no habría sido impugnado por la demandada ni por la citada.

En cuanto a los costos, cada sesión de rehabilitación postural global insumiría $1.000, y debería realizar 40 por año, por tiempo indefinido. Asimismo, señala que es indefinido el uso de calzado adecuado y las plantillas correctivas. Postula el cálculo tomando como inicio los 13 años que tenía a la fecha del hecho hasta la edad promedio de vida de 75 años, resultando una diferencia de 62 años. Así, multiplica $40.000 de sesiones anuales por 62 años y calcula un monto indemnizatorio por este punto de $2.480.000. Cita jurisprudencia y opiniones de la perita médica expuestas en su dictamen. Solicita que se revoque la sentencia de grado en este aspecto y se determine un monto de $2.480.000 más intereses.

b.7. En su séptimo agravio se queja porque la jueza de grado también habría omitido indemnizar los **costos de soportes plantares consignados en la pericia médica** indicados por la perita médica en forma conjunta y con igual tiempo de recambio. Entiende que al haber estimado la pericia un costo de $800 para los soportes plantares

y un recambio cada 6 meses en forma indefinida, corresponde establecer un monto anual de $16.000 por un periodo de 62 años, arribando a un importe de $99.200 en este concepto.

Los tres agravios serán tratados conjuntamente por tratarse de omisiones en la instancia de grado, sobre las que ha mediado pretensión en el escrito de demanda y su ampliación e integrado el objeto de la litis, respetándose el principio de contradicción.

El artículo 1737 del CCyC brinda el siguiente concepto de daño: "Hay daño cuando 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" y el artículo 1738 enumera los aspectos o rubros que incluye la indemnización: la indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima…" y luego, en su artículo 1740 nos recuerda el principio de reparación plena.

Así, el daño material consiste en el menoscabo del patrimonio en sí mismo y puede dividirse en daño emergente y lucro cesante. El primero, que es el que aquí interesa, es la pérdida o disminución de valores económicos ya existentes; esto es, un empobrecimiento del patrimonio.

Por ello, entiendo corresponde hacer lugar a ambas indemnizaciones en concepto de daño emergente. A fs. 192/193, el actor amplió demanda en razón de la destrucción de la bicicleta rodado 20 tipo *free style* o *Cross* estilo libre en la que circulaba el menor, reclamó por daño material la suma no inferior a $3.000, y

respecto a este concepto, señalo que ha quedado demostrado suficientemente con las constancias de la causa penal que obran por cuerda, las fotografías tomadas por el personal policial interviniente en el siniestro y con posterioridad con motivo de las pericias practicadas (fs. 18/20, 62/65, 82/84), que la misma ha sufrido destrucción total. Por ello se hará lugar al reclamo y se estimará el valor de reposición, no mediando prueba que arrime valores actuales o cercanos a la fecha de esta resolución, será conforme estimación efectuada por la parte actora, en el escrito de ampliación de demanda (fs. 193) de fecha 29/07/2014 en la suma de $ 3.000. Dicha suma devengará intereses a la tasa pura del 6% desde la fecha del accidente (30/03/2012) hasta la fecha de tal presentación en el caso (29/07/2014) y desde esa fecha hasta su efectivo pago devengará una tasa de interés activa del Banco de la Nación Argentina.

Respecto a el tratamiento médico de rehabilitación postural global, el mismo ha sido indicado como cierto para procurar revertir o disminuir las secuelas incapacitantes sufridas por K., en la pericial médica agregada a fs. 581/588 y ampliada a fs. 727 del que surge que, estimativamente necesitará unas 40 sesiones anuales de RPG, y que cada sesión, a la fecha de dicha pericia, tiene un costo de $1.000. Señala la perita que dichas sesiones deberían mantenerse por tiempo indefinido al igual que la corrección de calzado y calzado deportivo, que en la instancia de grado si se ha condenado a abonar.

Teniendo en cuenta que dicho informe pericial se encuentra firme, que no hay motivos aportados por las partes que indiquen que su indemnización implique un exceso o un enriquecimiento sin causa, habiéndose omitido su tratamiento e incorporación en la instancia de grado, y entendiendo que constituye un daño cierto que debe ser resarcido por el hecho dañoso del responsable del accidente, haré lugar a la petición y condenaré al demandado a abonar la suma de 40 sesiones por año, estimando una expectativa de vida de 75 años, que K. contaba con 13 años de edad al momento del accidente y que la cantidad de sesiones por año, deberían ser, no menos de 40. Por ello, propondré al acuerdo que este rubro prospere por la suma de $2.480.000, más intereses a la tasa pura del 6% anual desde la fecha del accidente 30/03/2012 hasta la fecha de la pericia médica 18/09/2017 y desde esa fecha hasta el efectivo pago, devengara la tasa de interés activa del Banco de la Nación Argentina.

Respecto a la indemnización por soportes plantares (7mo. agravio), el mismo ha sido indicado como cierto para procurar revertir o disminuir las secuelas incapacitantes sufridas por K., en la pericial médica agregada a fs. 581/588 y ampliada a fs. 727 del que surge que necesitará soportes plantares internos de un centímetro en forma indefinida y recambiables dos veces al año, conjuntamente con el calzado con corrección de taco. Por ello, corresponde suplir la omisión indemnizatoria condenar por este rubro, a abonar al actor la suma $99.200 (expectativa de vida, 75 años, años al momento del accidente 13, tiempo en que deberá

recambiarse los soportes plantares: 62 años, a dos veces por años: 124 veces a un valor de $800 cada vez) más sus intereses a la tasa pura del 6% anual desde la fecha del accidente 30/03/2012 hasta la fecha de la pericia médica 18/09/2017 y desde esa fecha hasta el efectivo pago, devengará la tasa de interés activa del Banco de la Nación Argentina

b.8. A continuación, considera, en su octavo agravio, que la sentenciante omitió fijar el monto indemnizatorio del **tratamiento quirúrgico por escoliosis**; que ello fue prescrito por la perita médica a futuro, aconsejando "controlar el aumento de la curvatura de la escoliosis y en base a ello determinar si es pasible de una corrección quirúrgica". Sobre los costos, habría estimado $800.000 dejando abierta la posibilidad de que suceda tal intervención. Se queja porque la magistrada de primera instancia no habría referido a esto. Solicita que se fije dicho monto a su favor, más intereses.

Hemos afirmado que los requisitos del daño resarcible son: a) que el daño sea cierto; b) que se trate de un daño subsistente, es decir que no se haya ya reparado o haya desaparecido; c) que se trate de un daño personal del damnificado; d) que afecte un interés del damnificado; e) que exista una relación causal adecuada entre el hecho dañoso y el daño causado.

Y cuando se afirma que el daño debe ser cierto, nos referimos a que no puede aparecer en el caso como hipotético ni conjetural, sino real. Entonces, a fin de revisar el agravio, debo señalar que la pericial médica agregada a fs. 581/586 y su ampliación, de fs. 727, dan

cuenta de que la corrección de la escoliosis secundaria de K., debe evaluarse a futuro, controlando el aumento de la curvatura, y ahí determinar si es pasible de una corrección quirúrgica y en la ampliación, la perita, ante el expreso pedido de aclaración de la parte, vuelve a marcar "en el caso de requerir tratamiento quirúrgico por escoliosis…". Por ello entiendo que el daño que se pretende reparar no es cierto ni actual.

Y en cuanto a la certeza que debe otorgar mediante prueba idónea de tales afirmaciones debe tenerse en cuenta que el hecho lesivo constituye uno de los extremos esenciales de prueba en el juicio de daños (ver, *v. gr.*, Zavala de González, Matilde, "Resarcimiento de daños", ed. Hammurabi, t. 3, pág. 155). {…} Y este, tal como reiteradamente se ha resuelto, para ser resarcido debe ser cierto, lo cual significa que debe ser actual y debidamente verificado para poder condenarse el pago de la indemnización correspondiente, pues de otro modo podría resarcirse un daño inexistente que generaría un enriquecimiento sin causa (ver Bustamante Alsina, "Teoría general de la responsabilidad civil", p. 125; Llambías, J.J., "Tratado de Derecho Civil- Obligaciones I", ps. 303/304). Debe reconocer certeza, ser originado en la lesión de un derecho subjetivo y ser personal del accionante. No puede ser hipotético, debe existir certidumbre acerca de él, lo que no implica certeza en su monto, sino que ha de superarse la mera posibilidad de que el daño exista (Boffi Boggero, "Tratado de las Obligaciones", t. II, p. 263). Por ello, el demandante tiene que probar la existencia del daño, inexcusablemente, bajo pena de no

recibir reparación alguna en razón de no haber “algo” que reparar (Belluscio y Zannoni en “Código Civil comentado, anotado y concordado”, T. II, p. 705). Y si bien se admite la prueba presuncional, esta debe poseer una entidad que no deje duda alguna. El grado de convicción que debe revestir atañe a la aptitud para generar un suficiente grado de certeza y no de mera probabilidad acerca de la existencia del hecho que es objeto de prueba, de modo que entre el hecho o hechos probados y el deducido medie una conexión directa e inequívoca, vale decir que sea susceptible de interpretarse en un sentido único y que no admita dudas (ver Fassi y Yáñez, “Código Procesal Civil y Comercial comentado, anotado y concordado”, t. I, p. 780; Palacio, L. E., “Derecho Procesal Civil”, t. V, p. 452; Falcón E. M., “Código Procesal Civil y Comercial anotado, concordado y comentado”, p. 144). Así se ha resuelto por esta Cámara de Apelaciones mediante Sentencia Definitiva n° 20/2018, fecha: 14/08/2018).

Es que aun resultando reiterativa, la finalidad que persigue la indemnización es colocar al damnificado en la misma situación patrimonial que hubiera tenido de no suceder el evento dañoso, del cual resulta declarado y consienten los demandados. Pero si bien la reparación de esos daños y perjuicios debe ser integral, ello no puede ni debe convertirse en una fuente de lucro a favor de quien resulta víctima de un hecho de esa naturaleza (ver Zannoni, "El daño en la responsabilidad civil", pág. 205 y H. Daray en "Accidentes de tránsito", t.I, pág. 8). Por ello, propondré al acuerdo el rechazo del agravio, en el entendimiento de que el daño (operación

de columna por escoliosis) no ha sido probado como cierto.

b.8. Expone como agravio noveno su queja por **el cómputo de los intereses para el rubro tratamientos terapéuticos** que fija la sentencia; sostiene que omite determinar los intereses desde la fecha en que el daño se ocasionó hasta la fecha de la pericia que los estima, violentado así lo dispuesto por el art 1748 del CCCN, aplicable en forma inmediata en orden a lo previsto en el art. 7 del mismo Código. Entiende que se están indemnizando deudas de valor, originadas en el mismo momento del evento dañoso y que, en consecuencia, los intereses se deben desde esa fecha (30/3/12). Solicita la aplicación de una tasa de actualización pura del 12%, conforme jurisprudencia de esta Cámara en autos que cita como CR S.D. n° 1/22; "C. A., R. A. c/ M., F. M. s/ SUM. (Daños y Perjuicios)", expte. nro. 197/21. En definitiva, dice que, como el rubro tiene una fecha de actualización a la pericia, solicita que se revoque el fallo y se fije una tasa pura del 12% de interés desde el hecho dañoso y hasta la fecha en que fueron estimados por el perito; que, a partir de allí y hasta el pago, los fijados por la sentenciante.

Tal como lo he expuesto en el tratamiento de los anteriores agravios, entiendo que corresponde en el caso, aplicar una tasa de interés pura del orden del 6% desde la fecha del accidente, 30/03/2012 hasta, en lo que respecta al rubro bajo análisis, tratamiento terapéutico, la fecha de la pericia psicológica (28/6/2019) y desde esta fecha hasta el efectivo pago de la condena, la tasa de interés activa del Banco de

la Nación Argentina, los fundamentos de dicha resolución han sido expuestos a lo largo del tratamiento del primer agravio y los sucesivos y a ellos me remito en honor a la brevedad, siendo receptado el agravio en forma parcial.

b.9. Por último, expresa su décimo agravio. Lo dedica al rechazo del pedido de **actualizar el límite de cobertura del seguro**; se queja porque la jueza de primera instancia rechazó su planteo al momento de exponer los alegatos por extemporáneo. Entiende que existe un error en tal decisión porque su planteo se fundaría en circunstancias de hecho de público conocimiento y padecimiento de toda la ciudadanía, ocurridos en forma sostenida y cada vez más progresiva durante el tiempo de tramitación del proceso judicial.

Continúa diciendo que no podría pretenderse que al tiempo de promover la demanda se pudieren prever circunstancias de hecho ocurridas con posterioridad y a lo largo del proceso.

Asimismo, afirma que, oportunamente, la citada no opuso al reclamo el límite de cobertura, sino que se limitó a plantear la exclusión de cobertura. Por otra parte, sostiene que transcurrió mucho tiempo desde la ocurrencia del siniestro y hasta el dictado de la sentencia, y que no fue considerado por la jueza de grado que lo pactado por límite de cobertura se vio desactualizado; que la procedencia sin alteraciones vulnera el principio de reparación integral. Propone que la aseguradora, responda, cuanto menos, hasta el límite que la Superintendencia de S. de la Nación establezca al tiempo más próximo de pago de las indemnizaciones,

que ello permitiría no desequilibrar las contraprestaciones asumidas por las partes al contratar por el transcurso del tiempo.

La demandada contesta este último agravio y en apartado especial al último agravio expuesto por el actor, referente al rechazo de actualización de la cobertura del seguro. Así, afirma que, por el contrario, considera que la condena a la aseguradora y citada en garantía no tiene límites de cobertura, como tampoco existe posibilidad de que pudiere responder por un monto menor que el que carga su parte; que la condena puede ser ejecutada íntegramente en contra de la citada en garantía, ello en virtud de que la aseguradora no opuso límite de cobertura alguna, en su intervención procesal, como tampoco opuso la defensa de insuficiencia del seguro. Que si bien la magistrada resolvió la extensión de la condena en virtud del contrato vigente y en los límites contratados oportunamente, entiende que no es posible fijar una condena inferior al asegurado, que no solo no fue planteado por la citada, sino que además excede la facultad de la jueza de grado que, de limitar la cobertura, menoscaba los derechos del asegurado y de la víctima. Cita extensa doctrina y jurisprudencia. Finalmente solicita el rechazo de los agravios del actor, salvo el agravio numerado como 10; con costas.

Tratamiento de los agravios:

La resolución recurrida afirma que "respecto al planteo introducido por la parte actora en el alegato presentado mediante ID 429151 en cuanto a la actualización del límite de cobertura, no habiendo la parte introducido dicha cuestión al momento de

interponer la demanda ni sus ampliaciones, atento al principio de preclusión procesal, resulta extemporáneo su invocación, siendo ello un obstáculo que impide abordar su tratamiento en la presente sentencia".

Teniendo en cuenta el motivo del rechazo de la pretensión del actor, su introducción tardía en atención a haberse efectuado en oportunidad de alegar, diré que habiendo transcurrido más de ocho años de trámite de un proceso suM., la previsibilidad de efectuar dicho planteo en el escrito postulatorio aparece como poco probable y, negar su tratamiento, por su extemporaneidad, en relación directa a la diferencia existente entre el límite del seguro por responsabilidad civil respecto a terceros en el año 2012 (fecha del accidente) y el vigente a la fecha de la sentencia, diez años después, aparece como un exceso ritual manifiesto e incompatible con el principio de tutela judicial eficiente, por ello, daré tratamiento.

Adelanto que, en el caso, coincido con lo resuelto en la causa "C." de esta Cámara de Apelaciones (Sala B, SD 10/21), sentencia que se encuentra firme y se ha constituido en el fundamento del agravio y también así lo he votado en otros antecedentes. Evitaré reiteraciones innecesarias, pero para dar respuesta al agravio, citaré las partes que comparto y hago propias, de dicha resolución.

Se pretende con la actualización al límite de cobertura dispuesto, condenar al pago de una indemnización a valores más cercanos a la sentencia en pos de lograr la reparación integral que el mandato constitucional y convencional exige, con fundamento, que

comparto, en que la aseguradora, frente al actor (tercero) no tiene derecho de retener la suma asegurada y luego pagar con una moneda depreciada y doctrina que cita. Lo resuelto por la CSJN en “Buffoni” “Flores” en cuanto a la oponibilidad de las cláusulas contractuales ha sido el criterio adoptado por el tribunal en los supuestos de contratos de seguro del transporte público automotor y que “la obligación del asegurador de reparar el daño tiene naturaleza meramente contractual, y si su finalidad es indemnizar al asegurado de los perjuicios surgidos por la producción del riesgo asegurado, su origen no es el daño sino el contrato de seguro”.

La póliza en el caso de autos es la nro. 05-0102681219/5 (agregada a fs. 284/287) de Responsabilidad Civil Limitada con el límite de $3.000.000. Tal límite fue fijado por la Superintendencia de S. de la Nación en el importe señalado, mediante Resolución SSN n° 34225, el cual hoy, se encuentra actualizado en más de 5 veces su valor, conforme Resolución Superintendencia de S. de la Nación n° 766/21 de fecha 28/10/2021, ello da muestra de la inestabilidad económica de nuestro país y la necesidad de actualizar la cobertura del riesgo que se asegura a la fecha más cercana al cumplimiento del pago. Si pretendiéramos un límite establecido con más de siete años a la fecha, ¿de qué le serviría al asegurado o al actor, contratar un seguro que rápidamente queda obsoleto o ineficaz? ¿Cuál sería la funcionalidad del seguro? “Considerando que la experiencia de los últimos años en materia de resarcimientos abonados como consecuencia de esta cobertura hacía aconsejable establecer con carácter

general y obligatorio para todo el mercado asegurador límites razonables a la responsabilidad asumida por las entidades aseguradoras, de modo tal que no provoque la desprotección del asegurado ni de la víctima del siniestro (*cf*. Resolución SSN n° 22187/93, del 3/5/93). Luego, y por distintas resoluciones, la misma Superintendencia de S. de la Nación fue ajustando los límites de cobertura vigentes para los contratos de seguro (ver en este aspecto las resoluciones SSN números 35.863/11, del 10/6/11; 38.065/13, del 27/12/13 y 39.927/16, del 18/7/16, 1162/18 y 268/21, y la última 766/21).

”El Estado, a través del órgano de control, realiza la vigilancia en consideración a la protección que requiere la m.idad de asegurados que, de lo contrario, se hallaría desprotegida. Y también de los terceros, beneficiarios en ciertas ocasiones de la prestación de S. o cuando, por su condición de damnificados, adquieren privilegio sobre la suma asegurada y sus accesorios. Para ello, la Superintendencia de S. de la Nación tiene asignadas funciones que deben serle reconocidas con amplitud para apreciar los complejos factores de datos técnicos que entran en juego en la materia, a fin de salvaguardar los fines que le son propios y el bien común” (*cf*. Stiglitz, R. S., “Derecho de S.”, ed. La Ley, T° I, p. 43).

Por ello haré lugar al agravio y revocaré lo resuelto en la instancia de grado, en el entendimiento de que existe mora de la aseguradora -por más de 10 años- y los riesgos –que en este caso implican la depreciación de la moneda- deben trasladarse al

contratante incumplidor. Tal temperamento ha sido seguido por la Sala M de la CNCiv. en los autos "Sione Claudia Susana y otro c/ Santana Matías Oscar Jesús y Otros s/ Daños y Perjuicios (Acc. Tran. c/ Les. o muerte)", del 7/12/18 y recientemente por la Sala J de ese mismo tribunal en "Quintana Dominga Yolanda c/ Derudder Hermanos SRL y otro s/Daños y Perjuicios" del 1/3/2021 y en "Migoya, Diego A. c. Micro Ómnibus Tigre S.A. y otros s/ Daños y perjuicios", del 19/2/21, aunque estos dos últimos referidos a la franquicia del transporte público de pasajeros.

5. *Costas y honorarios*:

En razón de cómo se han resuelto los agravios, siendo que la imposición de costas al vencido forma parte del principio general de la derrota, y que solo puede dejarse de lado en caso de que se demuestren circunstancias objetivas especiales que justifiquen lo contrario, ello por cuanto, quien resulta vencido en cualquiera de las instancias debe cargar con los gastos que debió realizar su contraria para obtener el reconocimiento de su derecho, entiendo que, analizadas que fueran las constancias de autos, corresponde confirmar la imposición de costas de primera instancia y, teniendo en consideración que se mantiene el carácter de perdidoso del demandado, corresponde asimismo imponerle las costas de esta instancia, con la extensión a la tercera citada en garantía (*cf*. art. 69 del CPCC).

Los honorarios de la instancia de grado se confirman por estar fijados en porcentajes y ajustarse a las pautas de la ley arancelaria, difiriéndose al acuerdo la regulación de los de la alzada.

A la segunda cuestión, la Dra. Nieto dijo:

Fórmula postulatoria:

1) Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por el demandado, Sr. G. M. F. y revocar la sentencia de grado en cuanto dispone la posibilidad de acciones de regreso entre la tercera citada en garantía y el accionado.

2) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación deducido por el actor, Sr. K. X. Y. M., modificar la Sentencia Definitiva n° 38/2021, y condenar a G. M. F. a abonarle al actor, K. X. Y. M., en el plazo de diez (10) días de quedar firme la presente, la suma de pesos $34.228.593,76, en concepto de indemnización por daños, con más intereses, calculados de la siguiente forma a) las indemnizaciones por **daño sobreviniente**, **pérdida de chance y daño moral**, por haber sido estimada en la presente resolución, devengarán una tasa de interés pura del 6% desde el hecho generador del daño (30/03/2012) hasta la presente sentencia y, desde este momento hasta su efectivo pago devengará intereses de la tasa activa para operaciones de descuento de documentos comerciales del Banco de la Nación Argentina; b) la indemnización por **daño material reposición de bicicleta**, devengará una tasa de interés pura del 6% desde el hecho generador del daño (30/03/2012) hasta la estimación efectuada por el actor con fecha 29/07/2014 y desde esa fecha hasta su efectivo pago devengará la tasa activa para operaciones de descuento de documentos comerciales del Banco de la Nación Argentina; c) la indemnización por **afección psicológica** una tasa de interés pura del 6% desde el hecho generador del daño

(30/03/2012) hasta la fecha de la pericia psicológica, 28/06/2019 y desde esa fecha hasta su efectivo pago devengará intereses de la tasa activa para operaciones de descuento de documentos comerciales del Banco de la Nación Argentina; d) La indemnización correspondiente a tratamiento médico futuro **Rehabilitación Postural Global, calzado corrector** (de taco y deportivo) **y soportes plantares,** una tasa de interés pura del 6% desde el hecho generador del daño (30/03/2012) hasta la fecha de la pericia médica 18/09/2017, y desde esa fecha hasta su efectivo pago devengará intereses de la tasa activa para operaciones de descuento de documentos comerciales del Banco de la Nación Argentina.

3) Disponer que el límite de cobertura de la Compañía aseguradora, será el vigente al momento del efectivo pago de la condena por daños y perjuicios que aquí se dispone.

4) Confirmar la imposición de costas y la regulación de honorarios dispuestas en la instancia de grado.

5) Imponer las costas de esta instancia al demandado vencido, con extensión a su compañía aseguradora, y regular los honorarios por los trabajos efectuados en esta instancia del Dr. N. A. D., letrado apoderado de la parte actora, en el 30%, y los del Dr. H. J. F. de las Casas en la suma pesos equivalente al 28%. En todos los casos los porcentajes deberán calcularse sobre los honorarios que les corresponden por los trabajos desarrollados en la primera instancia y deberá adicionarse el IVA si correspondiera.

A la primera cuestión, la Dra. Robert dijo:

Vienen estos autos a mi conocimiento con motivo del recurso de apelación interpuesto por la actora, en contra de la SD nro. 38/2021 de fecha 3 de diciembre de 2021.

La jueza de grado, en su sentencia definitiva, hizo lugar parcialmente a la demanda y condenó a G. M. F. a abonarle al actor K. X. Y. M., en el plazo que indica, la suma de $2.626.326,56, con más los intereses a la tasa activa para operaciones de descuento de documentos comerciales del Banco de la Nación Argentina; calculados en la forma dispuesta en el acápite c), todo ello de acuerdo a lo decidido en el Considerando I. Asimismo, rechazó la excepción de caducidad del seguro opuesta por la citada en garantía y extendió la condena a San C. S. M. de S. G. en el marco del contrato y hasta el límite de la cobertura oportunamente contratada, ello en los términos del art. 118 de la Ley de S. y conforme lo dispuesto en el Considerando II. Impuso las costas y reguló los honorarios profesionales.

Contra el fallo descripto, se alzaron tanto actor como demandado. Concedidos los recursos, expresaron sus respectivos agravios. Corrido el traslado de ley, presentó su réplica el demandado. Mantuvieron las reservas del caso federal oportunamente planteadas. K. M. alcanzó la mayoría de edad durante la tramitación del proceso.

La reseña completa del fallo y los datos de interposición del recurso fueron detallados en el voto que antecede, por lo que a ellos remito a fin de evitar reiteraciones estériles.

Tratándose mi voto del segundo en orden y cumplimentada la manda del art. 166 CPr. procedo a efectuar una mínima referencia a los puntos propuestos a esta alzada, no sin antes destacar que, en la estructura de la sentencia, los agravios tienen por finalidad la individualización de los sujetos de la pretensión y la delimitación del ámbito objetivo del litigio sobre el que recae el pronunciamiento, incluyéndose así entre los elementos que la sentencia deberá contener "la relación sucinta de las cuestiones que constituyen el objeto de los agravios, siendo el estilo judicial agregar una breve relación de las vicisitudes del proceso, a cuyo efecto basta una mera remisión (*cf.* crit. Morello - Sosa - Berizonce en "Códigos Procesales de la Pcia. de Buenos Aires y de la Nación", T.II-C, pág. 64; Cám. Nac. Com., Sala C, 03/11/80, entre otros).

Concretamente, expondré los fundamentos dados por los apelantes.

Agravios de la demandada:

La demandada descalifica a la sentencia de grado por no constituir una derivación razonada del derecho vigente, solicitando su revocación.

Entiende que hay un error en el análisis de la jueza de grado, contenido en el considerando y título II que cita, donde aborda el tema de la excepción de caducidad del seguro opuesta por la citada en garantía y la extensión de condena a la aseguradora. Sostiene que lo expuesto no merecería reparos si no fuese que, al determinar la vigencia de la cobertura en el caso, lo hace sin perjuicio del derecho de repetición que

quedaría en poder de la citada en garantía para que en el futuro pudiera repetir de su parte lo que pagará en este proceso.

Entiende que la jueza de grado parte de la errada premisa de que no fue realizada la denuncia del siniestro. Asegura que fue realizada telefónicamente, que lo normal y lo habitual es que los siniestros se denuncien de este modo ante las compañías de S. y no exista una constancia de ello.

Sostiene que la carga de la prueba, en virtud del art. 391 del CPCCh pesaba en cabeza de quien alegaba el hecho controvertido; que la aseguradora no probó su defensa, había alegado que no fue realizada la denuncia del siniestro, pero tampoco produjo la prueba al respecto, como la pericial contable que la jueza tuvo por no realizada.

Peticiona que la revocación parcial del punto, en cuanto se determine que S. S. C. S. M. D. S. G. no podrá en el futuro repetir la suma y/o concepto alguno que tuviere que desembolsar por el siniestro acontecido el 30 de marzo de 2012. Asimismo, solicita que se incluyan las costas y honorarios causídicos por su actuación a fin de lograr la desestimación de la pretendida y fallida exclusión y/o caducidad da cobertura que planteara la mencionada citada en garantía.

Tratamiento:

Se queja el recurrente por cuanto la jueza *a quo* estableció el derecho de repetición de la compañía aseguradora al accionado, de aquello que deba desembolsar con motivo del siniestro.

Coincido con la solución arribada por la colega que abre el acuerdo, en cuanto a mi entender, la cuestión debe resolverse sobre la base de dos consideraciones fundamentales: quién debía probar el hecho controvertido que era la denuncia o no del siniestro por parte del Sr. F., y la mirada del derecho de consumo con que debe abordarse la cuestión en análisis.

Y en este sentido, si bien es cierto como señala mi colega prevotante, que la forma de denunciar el siniestro que pretende incorporar el quejoso, pertenece a tiempos actuales y no a los de la fecha del siniestro, donde claramente la situación no era la del presente, en la que se ha avanzado en las comunicaciones, flexibilizando sus formas, tanto por el desarrollo en sí de las mismas como obligados por las circunstancias de la pandemia mundial de covid-19, lo cierto es que, ante la negativa por parte de la aseguradora de haber recibido el llamado telefónico que dice haber efectuado el asegurado, aquella debía colaborar con la producción de esta prueba –art. 1735 CCyC-, lo cual claramente no hizo, teniéndose por desistida a la citada de la pericial contable destinada a comprobarlo, conforme constancias de fs. 842/843, circunstancia que no puede soslayarse ante el intento por su parte, de desligarse de su obligación frente al asegurado. Adviértase que el seguro se encontraba vigente, acompañando en fs. 284/287 la aseguradora la póliza X., mas so pretexto de ausencia de denuncia, intentó desprenderse de su responsabilidad.

Es aquí donde la mirada consumeril, frente a este contrato de consumo por antonomasia, celebrado por adhesión, debe intervenir en pos de los principios protectorios que la misma consagra en beneficio de aquellos que se encuentran en una posición de debilidad o asimetría frente a otros, y el cliente lo está frente a la aseguradora. En efecto, el principio de buena fe contractual cobra especial importancia en los presentes, en cuanto se pretende desconocer un reclamo telefónico, pero también una nota presentada por los progenitores de K. de fecha 4/5/12 (fs. 16 y reconocimiento de fs. 475), esgrimiendo que recién a partir de la demanda tuvo conocimiento del hecho, lo cual resulta francamente reprochable y contrario al mentado principio.

Es que el derecho del consumidor comporta un microsistema ubicado dentro del derecho privado con base constitucional, con carácter autónomo y derogatorio de normas G. y compuesto en lo sustancial por el art. 42 CN, art. 33 CPvcial. que consagra derechos básicos, los arts. 1092 a 1122 CCyC, la Ley 22240 (LDC) y otras leyes entre ellas la Ley 27442 (Defensa de la Competencia), DNU 274/19 (Lealtad Comercial), Ley 26991 (Regulación de las relaciones de producción y consumo); Ley 26992 (Observadores de precios) y otras leyes especiales que regulan distintos contratos en particular, por nombrar algunas Ley 18829 (turismo), Ley 17418 (S.), Ley 25065 (tarjetas de crédito), etc.

Este microsistema está sujeto a normas propias de aplicación e interpretación del derecho y parte de la base de la vinculación de un neófito (consumidor) con

un proveedor (profesional) en cuya base hay un desequilibrio en el vínculo. El tratamiento diferencial que este microsistema otorga al consumidor tiene su fundamento justamente, en considerar que como sujeto más débil de la relación, merece mayor protección del derecho frente a las asimetrías que se presenten entre las partes, basadas en condiciones económicas, de posición dominante, etc.

"Todos estos nuevos cuerpos normativos se suman arM.mente en un "diálogo de fuentes" jerarquizado, con dimensión constitucional y convencional, sustentado en la categorización de los derechos de los consumidores como derechos fundamentales… Este diálogo de fuentes procura alumbrar la solución más justa, reconociendo la vulnerabilidad estructural del consumidor en las relaciones de consumo; fortaleciendo el principio protectorio y el de orden público; y afirmando la regla hermenéutica a los efectos de la aplicación e interpretación del resultado normativo más favorable al consumidor. El nuevo derecho del consumidor embandera como grandes lineamientos, paradigmas y principios G. –entre otros-: el respeto de la dignidad de la persona humana, el consumo sustentable, la prohibición de discriminaciones negativas, la perspectiva de género y la tutela especial diferenciada (discriminación positiva), con el horizonte de la inclusión y la igualdad real de oportunidades: para garantizar a los más necesitados el acceso al consumo de bienes y servicios esenciales; y como un régimen específico a favor de los consumidores hipervulnerables" (*cf.*

Stiglitz, Gabriel y Sahián, J., "El Nuevo Derecho del Consumidor", ed. La Ley).

Dentro de este microsistema, destaca el principio protectorio, según el cual las normas que regulan las relaciones de consumo, deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable, mientras que, a su turno, el principio *in dubio pro consumidor* impone que en caso de duda sobre las normas aplicables, como también el sentido que debe darse al contrato de consumo, será siempre en el sentido más favorable al consumidor (arts. 3 LDC y 1094 y 1095 CCyC). Otros aspectos reconocidos y que forman parte del principio protectorio, radica en el reconocimiento de la vulnerabilidad estructural de los consumidores, el consumo sustentable, el principio de progresividad y no regresión, la obligación de trato no discriminatorio, la prevención de riesgos, la primacía de la realidad, la obligación de trato digno y equitativo, entre otros.

Ergo, teniendo en cuenta que la aseguradora no cumplió con la carga de probar que el demandado no hizo la denuncia telefónica tal como dijo, ni colaboró dinámicamente con la actividad probatoria en este sentido, sumado a los principios antes mencionados, coincido con la solución propuesta por mi colega prevotante, entendiendo que el agravio debe prosperar y se revocará la sentencia en cuanto consagra el derecho de repetición en favor de la aseguradora.

Agravios de la actora.

Primer agravio: denuncia vulneración al derecho constitucional a la reparación integral, sostiene que

la jueza de grado omitió considerar como deuda de valor a la indemnización por incapacidad sobreviniente, con base en el art. 772 del CCyCN.

Manifiesta perjuicio por la utilización del salario mínimo vital y móvil de 2016 para la cuantificación de la incapacidad sobreviniente, por ser esta la suma vigente a la época en que K. M. alcanzó la mayoría de edad y que consistía en $6.810. Entiende que, a la fecha de sus agravios, es un salario con una desactualización de 6 años, que ninguna tasa de interés puede compensar la inflación atravesada en el país en ese tiempo.

Advierte que tomó la tasa pura del 12% del precedente de esta alzada que cita como fallo de fecha 8/2/2022 (CR S.D. n° 1/22; "C. A., R. A. c/ M., F. M. s/ SUM. (Daños y Perjuicios)", expte. nro. 197/21) y trascribe segmentos del mismo.

Entiende que al resultado que postula, corresponde adicionarle el 20% para equiparar las consecuencias disvaliosas que el hecho ilícito ocasionó en los otros aspectos de la vida de K..

Sostiene que el salario utilizado por la jueza sentenciante resulta desactualizado, inferior y arbitrario, vulnerando lo dispuesto por el art 772 del CCyCN. Que deben estimarse las deudas de valor al tiempo de la sentencia y no del siniestro, resalta la diferencia del monto del salario en 6 años y la insuficiencia de la tasa activa para equipararlos y recomponer la pérdida del poder adquisitivo.

Tratamiento:

En resumidas síntesis, se queja el recurrente por cuanto por la utilización en el decisorio de grado del

SMVM a la fecha en que K. cumplió sus 18 años. Dice que ello implica 5 años desde el accidente y 5 años a la fecha de sentencia. Considera exiguo el monto de condena, implicando una desvalorización del dinero que ninguna tasa de interés logrará recomponer.

Al respecto, observo que dada la edad de la víctima del accidente, no existe en autos prueba de sus ingresos económicos, por tanto, la jueza *a quo* debió hacer uso de las facultades conferidas por el art. 167 CProc. y utilizó la fórmula Méndez, la cual, como el resto de las fórmulas matemáticas existentes, es resultado de la aplicación del art. 1746 del CCyC.

No resulta ocioso mencionar, que las mentadas fórmulas, constituyen una herramienta necesaria a través de las cuales se evalúan los distintos parámetros que influyen para llegar a un resultado final -edad, ingresos mensuales y porcentaje de incapacidad, entre otros- enmarcado en la norma de referencia. Por otra parte, la fórmula Méndez es, a mi criterio, la que mejor protege la acreencia frente a los índices inflacionarios y su objetivo es hacer operativo el principio de reparación plena contenido en el art. 19 de nuestra Constitución nacional y receptado en el art. 1740 CCyC.

Ahora bien, participo del criterio sobre la conveniencia de cuantificar el daño al momento más cercano a su reparación, y este es, sin dudas, el de la sentencia.

Mi colega prevotante ha traído a colación los precedentes "S. D. C." de nuestro cimero tribunal provincial, sobre la facultad de acudir al SMVM, y los sentenciados por esta Cámara en "C." y "D. R.", cuyos

criterios comparto y a los que remito a fin de evitar reiteraciones estériles.

En suma, considero que el tomar los valores más cercanos a la sentencia, deviene en definitiva en un valor de referencia que responde a parámetros oficiales, objetivos y actualizados, de fácil acceso y comprobación. Y los criterios objetivos no implican desconocer la facultad de ponderación que tienen los jueces de acuerdo a las circunstancias y condiciones personales del damnificado, sino que se relacionan directamente con el derecho de defensa de las partes, las cuales de esta manera, a través de un proceso que transparenta el razonamiento, y posterior decisión del juez, están en condiciones en su caso, de rebatirlo o refutarlo sobre bases ciertas, alejadas de la subjetividad y parcialidad, aportando además a la observancia del principio de seguridad jurídica y previsibilidad, sin olvidar la igualdad de trato.

En consecuencia, considerando que la fecha de la sentencia data de diciembre de 2021, será el SMVM de este mes el que se tomará como base de cálculo de la incapacidad sobreviniente a través de la fórmula Méndez utilizada por la jueza *a quo*. En este sentido, la Res. 11/21 del Consejo Nacional de Empleo y la Productividad lo fija en la suma de $31.104.

Por otra parte, coincidiendo nuevamente con mi colega prevotante, no encuentro mérito para apartarme de la fecha del accidente, la cual resulta acorde con el principio de capacidad progresiva de niños, niñas y adolescentes, y en el entendimiento de que lo contrario sería reducir la incapacidad sobreviniente a la

laborativa, en una interpretación que no resulta adecuada al principio protectorio del derecho consumeril, y tampoco al art. 3 CDN, que también debió considerarse, dada la condición de menor de edad a la fecha del accidente.

Los demás agregados de la sentencia a la fórmula aplicada llegan firmes a esta alzada, por lo que la modificación será sobre el valor del SMVM, que se tomará como dijera, al momento de la sentencia ($31.104) con más el 20% por consecuencias disvaliosas (firme al presente).

El interés aplicable será a tasa pura del 6% desde la fecha del siniestro o hecho dañoso (art. 1748 CCyC) hasta la de la sentencia y de allí en adelante, hasta el efectivo pago, tasa activa Banco de la Nación Argentina.

La aplicación de la tasa pura, deriva en este caso, de la utilización de valores actualizados a la fecha de la sentencia, y evita distorsiones mientras la obligación mantenga su naturaleza de valor (art. 772 CCyC).

“La reparación plena o integral es uno de los pilares fundamentales sobre los que se erige nuestro sistema de responsabilidad por daños, y supone la necesidad de una razonable equivalencia jurídica entre el daño y la reparación” (M. y Sappia, en cita de Jorge H. Alterini, CCyC, “Tratado Exegético”, 2da. edición, La Ley)”.

Advierto sin embargo, que en el tratamiento del segundo agravio, quedará determinado el porcentaje de incapacidad que será utilizado en la fórmula Mendez,

luego del tratamiento de la queja en relación al daño psíquico.

Segundo y cuarto agravio:

En su segundo agravio se queja porque la jueza de grado consideró que el daño en la psiquis se subsume en el daño moral, sin embargo, expresa, al momento de cuantificar este último, fijó un monto irrisorio que no refleja el daño psicológico. Entiende que la magistrada no brindó debidos fundamentos, que virtualmente rechazó el reclamo sobre el punto, desconociendo en consecuencia la existencia de una incapacidad psicológica determinada por el perito que sin motivos catalogó de dogmática. Agrega que no discute la inclusión de un rubro en otro, sino que solicita que sea indemnizado bajo los postulados de la reparación integral. Remite a pasajes de la pericia psicológica, describe los rasgos de tipo patológicos determinados por el profesional y el porcentaje determinado de la incapacidad en un 30%, y reprocha que, según su postura, la sentenciante no le asignó un valor probatorio, que no hizo un análisis de su situación invalidante, y que la incapacidad no solo incluye el aspecto físico.

Señala que, si bien el experto recomendó tratamiento, no debe confundirse el tratamiento que ayuda al paciente a afrontar su dolencia con la incapacidad psicológica padecida. Asegura que no lo incluye la cuantificación del daño moral, y que la decisión deviene infundada e inválida. Solicita que revoque en el punto el fallo de primera instancia y que se haga lugar al rubro en análisis, fijando razonablemente la suma indemnizatoria correspondiente

al momento del dictado de la sentencia, a los fines de procurar otorgarle una reparación integral en los términos del art. 19 de la C.N.

Tratamiento:

En el caso, el recurrente se queja por cuanto no ha sido resarcido debidamente el daño psíquico de K., habiendo la sentenciante incluido su tratamiento dentro del daño moral o extrapatrimonial y resultando dicho cálculo absolutamente insuficiente.

Sabido es que el daño psíquico tiene autonomía conceptual pero no resarcitoria, debiéndose incluir en el cálculo de la indemnización por incapacidad sobreviniente o por daño moral.

En el *sub examine*, debe merituarse especialmente la pericia psicológica practicada por el Lic. J. M. F. M., obrante en fs. 793/799 y fs. 822, de la cual surge un daño cierto, irreversible y grave, con un porcentaje de incapacidad calculado del 30%. Tengo en cuenta además que dicha prueba no ha sido impugnada.

Ergo, en la fórmula Méndez a utilizarse para determinar el porcentaje de incapacidad, deberá contemplarse la determinada en la pericia médica (28%) y en la pericia psicológica (30%), es decir un total de 58%. A su vez, el SMVM será el de la fecha de la sentencia, diciembre de 2021 por $31.104, desde la fecha del siniestro. Ello, adunado el 20% de consecuencias disvaliosas, arroja un total de $29.618.593,76. La tasa será pura del 6% desde la fecha del siniestro hasta la sentencia, por los argumentos expuestos, y de allí hasta el efectivo pago, tasa activa Banco de la Nación Argentina.

Teniendo en cuenta que la jueza *a quo* contempló el daño psíquico junto con el daño extrapatrimonial, lo anteriormente resuelto y dado que el quejoso recurrió en su cuarto agravio lo establecido por este rubro, entiendo corresponde para un mejor ordenamiento expositivo, avanzar en su tratamiento, aún cuando implique alterar el orden en que se expresaron los agravios.

Así, entonces, se dedica el actor, en su cuarto agravio, a exponer el perjuicio que le genera la cuantificación del rubro daño moral que efectúa la jueza de grado. Sostiene que es exiguo y no refleja sus padecimientos; asimismo que la magistrada omitió referir a las pruebas producidas, que no brinda debidos fundamentos, vulnerando la norma contenida en el art. 1741 *in fine* del CCyCN y las pautas del art. 3 del CCyCN.

Detalla las afecciones padecidas, tales como fractura expuesta de tibia y peroné y las consecuencias de allí derivadas como la renguera, la escoliosis secundaria que de allí se derivara; el perjuicio estético por la asimetría de hombros, consecuencias estas que se van pronunciando con el tiempo y que solo pueden atemperarse con los tratamientos indicados en la pericia.

Por otra parte, plantea lo irracional e ilógico de la indemnización fijada, comparado en jurisprudencia local en casos que entiende como análogos; cita Sentencia Definitiva n° 33/2012 en la antigua composición de Sala A de esta alzada. Analiza la similitud con su situación y dice que transcurrieron 10 años desde aquel fallo, que el poder adquisitivo no es

el mismo y que correspondería corroborar la inflación señalada por el INDEC para ponderar la irrazonabilidad del monto aquí fijado. Expone luego sobre el daño moral con cita de doctrina y, en definitiva, sostiene que es exiguo el fijado por $200.000, lo compara con el aumento del JUS. Insiste en que la jueza de grado no efectuó una valoración razonable del rubro. Solicita que el monto sea readecuado al real perjuicio sufrido que denuncia, fijándose una suma mínima de $900.000 más la tasa activa fijada, y conforme al precedente citado, procurando la reparación integral.

Al respecto, corresponde precisar que el daño moral o extrapatrimonial, consiste en la lesión de intereses no patrimoniales provocada por el hecho ilícito, lo que a su vez acarrea consecuencias perjudiciales extrapatrimoniales: angustia, dolor, molestias, pérdida de tiempo, empeoramiento de la situación existencial objetivamente apreciable. Pizarro caracteriza al daño moral como una "minoración en la subjetividad de la persona, derivada de la lesión a un interés no patrimonial o, con mayor precisión, una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de este y anímicamente perjudicial (*cf*. cita Picasso, Sebastián, Saenz, Luis R.J., "Tratado de Derecho de Daños", La Ley, T.I).

La dificultad para ponderar su configuración y posterior cuantificación radica justamente en esa

subjetividad, que muchas veces resulta incluso imperceptible al resto o incluso, en algunos casos, al propio dañado.

En cuanto a la prueba, si bien el daño moral debe ser probado, y en este sentido el CCyC no distingue en materia de daño patrimonial y extrapatrimonial en cuanto a la carga de la prueba, en muchos casos, el daño moral no requiere incluso, prueba directa de su existencia y se acredita a través de presunciones judiciales, por el solo hecho de la acción antijurídica, del cual se desprende ínsito. Este último es el caso de autos, basta con remitirse a las constancias de autos y a las consecuencias arrojadas por el infausto accidente en la vida de K., y además tener en cuenta la actitud asumida primero por el propio demandado al momento del accidente, de manifiesto desprecio por la vida de sus semejantes y ausente de solidaridad social que no pueden soslayarse en pos del respeto de la dignidad de la persona siniestrada y de sus sentimientos (léase al respecto Acta Comisaría General Mosconi CR –fs. 62 vta., de donde surge que el conductor del vehículo embistente, aquí demandado, hizo el siguiente comentario: "…TANTO PUTERÍO PORQUE ATROPELLÉ A UN BOLUDO, SI SABÍA LO MATABA…"), y luego de la citada en garantía, que pretendió desentenderse del reclamo por distintos medios, obligando a iniciar acciones judiciales.

A su turno, la cuantificación, ha motivado la reforma del art.1741 CCyC por medio del cual se recurre para su reparación a las "satisfacciones sustitutivas y compensatorias" que pueden procurar las sumas reconocidas en concepto de indemnización, las que deben

estimarse por el juez, de conformidad los antecedentes de la causa y los daños sufridos: en suma la fijación del daño, responde a los nuevos parámetros establecidos por la norma de referencia, ponderando el juzgador cuáles serían hipotéticamente dichas satisfacciones sustitutivas y buscando el equivalente aproximado, lo cual claro está, queda en manos de la prudencia del juzgador.

Ahora bien, la ley busca un parámetro a los fines de estimar un rubro que de por sí, nunca resulta preciso y en algunos casos, es imposible de cuantificar, ya que el consuelo puede tener distintos tipos de alivio, y en algunos casos directamente no ser posible. Por eso es que se debe ejercer esta facultad de fijar estas satisfacciones sustitutivas y compensatorias de manera prudencial, y en orden a las constancias de la causa, y en respeto del principio de reparación integral, siempre que su cuantificación guarde una proporción adecuada con el resto de los rubros otorgados. En este sentido, lo peticionado por el actor en su demanda, si bien representa un punto de partida de estimación para el juez, no tiene un fundamento objetivo sino aproximativo, por lo que resultan también de utilidad, además de los elementos ya mencionados, los parámetros jurisprudenciales que los juzgadores aplicarán al caso concreto.

El quejoso considera exiguo el monto otorgado de $200.000.

Si bien participo del criterio que no es necesario que el peticionante detalle cuáles serían las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que

pretendería, sino que el consignar el monto pretendido basta, siendo por el contrario la evaluación de dichas satisfacciones una pauta dirigida al juzgador para cuando no existe ningún tipo de estimación, lo cierto es que efectuados los cálculos y comparados los montos peticionados por el actor -$300.000- y lo dispuesto en la sentencia $200.000, comparados con los parámetros otorgados en la jurisdicción y calculado a valores actualizados, coincido con la postulación del voto precedente, de $800.000 por este concepto, por ser el que más se adecua a las particularidades del caso en consonancia con el respeto al principio de reparación integral. La suma otorgada generará intereses a tasa pura 6% desde la fecha del siniestro hasta la sentencia y de allí para adelante, a tasa activa Banco de la Nación Argentina hasta su efectivo pago.

Tercer agravio:

En tercer término, manifiesta perjuicio por el rechazo de la pérdida de chance reclamada. Entiende que la sentenciante omitió considerar los puntos 9, 10 y 11 de la pericia médica.

Que resulta arbitraria la decisión en tanto, para fundarla, la jueza sentenciante entendió que no se produjo prueba que demuestre que el siniestro privó al actor de la chance razonable y cierta de obtener un beneficio económico, rechazando el rubro.

Señala que, en la demanda, destacó la importante secuela definitiva padecida en el miembro inferior afectado que le impediría, casi con certeza, especializarse o desarrollar determinadas actividades laborales en el futuro; que debía ser reparada la

pérdida de chances de obtener mejores empleos y/o desempeño profesional en el futuro producto de su debilitamiento en la salud en general. Que su petición fue corroborada por los puntos 9, 10 y 11 de la pericia practicada en autos, no impugnada por la contraria, asegura. Que allí consta que al verse disminuido en sus aptitudes psicofísicas y especialmente con la evidente pérdida definitiva de la movilidad de uno de sus miembros inferiores, difícilmente pueda acceder a un trabajo que demande esfuerzo físico.

Asimismo, estima que le resultaría imposible ser admitido luego de someterse a exámenes preocupaciones, en la actividad petrolera, considerando esta probabilidad por ser la fuente de trabajo más rentable en esta zona. Agrega que la pericial médica se llevó a cabo cuando contaba con 18 años de edad y señaló que estará limitado a realizar ciertas tareas laborales y ocupar puestos que no requieran deambulación ni esfuerzo físico.

Por ello, solicita que se revoque el fallo de grado en el punto y se fije para el presente rubro una suma indemnizatoria que repare integralmente el daño padecido.

A su turno, en el marco de este tercer agravio, reprochó que, con el rechazo de la pérdida de chance, se lo encasillara en el salario mínimo, vital y móvil. Recuerda que era un niño de 13 años al momento del siniestro y dice que la indemnización que se otorgue no puede dar por sentado que tan solo accedería a un salario mínimo vital y móvil por el resto de su vida.

Entiende que, si al analizar la incapacidad sobreviniente se lo indemniza considerando el salario mínimo, cabría considerar la pérdida de chance de acceder a empleos de los más requeridos y remunerados en la zona, como de la actividad petrolera, a los que, por demandar esfuerzos físicos, se verá imposibilitado de acceder.

Postula que la suma que se establezca debe reflejar la pérdida de chance de acceder a mejores salarios que el mínimo vital y móvil, que será una pauta objetiva para su determinación considerar la temprana edad en la que fue víctima del injusto padecido, que lo privó de toda posibilidad de expectativas de progreso económico en una ciudad en que la actividad petrolera aparece como la central y mejor remunerada.

Tratamiento:

Se queja el actor en cuanto el decisorio de grado no ponderó la pérdida de chance sufrida como consecuencia del accidente.

El desarrollo del concepto ha sido expuesto por demás claro por la colega prevotante, a lo cual puedo agregar que al igual que el daño moral, la pérdida de chance en casos como el presente, donde se ha afectado gravemente la salud física y psíquica del actor, desde su niñez, resulta una consecuencia que deriva en forma concomitante con la producción del daño. Y si alguna duda quedara, las pericias médica y psicológica, son suficientemente ilustrativas sobre estos aspectos, los cuales devienen irrefutables: todas sus posibilidades se vieron definitivamente alteradas como consecuencias de las lesiones ocasionadas, posibilidades que durante

el resto de su vida estarán condicionadas por el estado de salud resultante de aquel accidente.

Nuevamente coincido con mi colega en determinar la procedencia del rubro y establecerlo en la suma de $500.000, al que se aplicará una tasa de interés pura del 6% desde la fecha del accidente hasta la sentencia y de allí, hasta el efectivo pago, tasa activa Banco de la Nación Argentina.

El agravio prospera.

Quinto agravio: en este punto reclama que la sentenciante omitió expedirse sobre el valor de la bicicleta, solicitado en la ampliación de demanda en concepto de daño material. Solicita que se enmiende tal omisión y dice que correspondería que la estimación sea a valores actuales.

El actor introdujo su petición en la demanda y el decisorio omite su tratamiento. En este sentido, el daño en la bicicleta de K. no fue ponderado, habiéndose acreditado el daño en el patrimonio del actor por destrucción de su bicicleta rodado 20, tipo *free style* o *cross* estilo libre. Merituo en tal sentido que ha quedado demostrada la destrucción total de la misma (causa penal y fs. 18/20; 62/65 y 82/84). En consecuencia, el agravio prospera y se hará lugar al rubro por la suma estimada en la demanda de $3.000 con más los intereses a tasa pura del 6% desde la fecha del accidente hasta la sentencia y de allí hasta su efectivo pago, tasa activa Banco de la Nación Argentina.

Sexto agravio:

En su sexto agravio se queja porque la jueza de grado también habría omitido indemnizar los costos de

tratamientos de rehabilitación postural global indicados por la perita médica en el punto 5, que no habría sido impugnado por la demandada ni por la citada. Asiste razón al recurrente y, por tanto, tratándose de daños comprobados deben ser indemnizados (art. 1737 a 1740 CCyC).

En cuanto a los costos, cada sesión de rehabilitación postural global insumiría $1.000, y debería realizar 40 por año, por tiempo indefinido. Asimismo, señala que es indefinido el uso de calzado adecuado y las plantillas correctivas. Postula el cálculo tomando como inicio los 13 años que tenía a la fecha del hecho hasta la edad promedio de vida de 75 años, resultando una diferencia de 62 años. Así, multiplica $40.000 de sesiones anuales por 62 años y calcula un monto indemnizatorio por este punto de $2.480.000. Cita jurisprudencia y opiniones de la perita medica expuestas en su dictamen. Solicita que se revoque la sentencia de grado en este aspecto y se determine un monto de $2.480.000 más intereses.

Idéntico tratamiento tendrá la omisión de la sentencia en relación a los gastos por rehabilitación postural global. Es decir, siendo que la necesidad de este tratamiento médico surge acreditada en autos, mediante pericial médica (fs. 581/588), la cual además ilustra sobre los valores de cada sesión, estimando además la cantidad de años en que será necesario su práctica. Pericia que no fuera impugnada. Se hará lugar al rubro solicitado según los montos reclamados por la suma de $2.480.000. Ello más los intereses a tasa pura del 6% desde la fecha del siniestro y hasta la fecha de

la pericia médica -18/9/17- y desde esa fecha hasta el efectivo pago, tasa activa Banco de la Nación Argentina.

Séptimo agravio: omisión de indemnizar soportes plantares consignados en la pericia.

La queja del recurrente merece idéntico tratamiento y consideración que los dos anteriores, en cuanto dichos soportes plantares surgen necesarios de la pericia médica practicada en autos de la que surge un costo de $800 y recambio cada seis meses, en forma indefinida. Ergo, calculados desde la fecha del accidente y hasta la edad de expectativa de 75 años, los mismos arrojan el monto pretendido por el recurrente de $99.200, suma por la que prosperará el rubro, con iguales intereses y cómputo de fechas que los fijados en el apartado precedente, debiendo acogerse favorablemente el agravio.

Octavo agravio:

A continuación, considera, en su octavo agravio, que la sentenciante omitió fijar el monto indemnizatorio del tratamiento quirúrgico por escoliosis; que ello fue prescrito por la perita médica a futuro, aconsejando "controlar el aumento de la curvatura de la escoliosis y en base a ello determinar si es pasible de una corrección quirúrgica". Sobre los costos, habría estimado $800.000, dejando abierta la posibilidad de que suceda tal intervención. Se queja porque la magistrada de primera instancia no habría referido a esto. Solicita que se fije dicho monto a su favor, más intereses.

Distinta suerte a los tres anteriores seguirá el presente agravio. En efecto, de la pericia médica practicada no surge el tratamiento que se pretende como

un daño cierto, principal requisito para que este sea resarcible. Por el contrario, de la pericia surge que la profesional prescribe que la evaluación de la corrección de escoliosis, debe hacerse “a futuro” lo cual quita la certeza al mismo, enmarcándolo dentro del ámbito de la mera probabilidad, obstando a su procedencia.

El agravio no prospera.

Noveno agravio:

Expone como agravio noveno su queja por el cómputo de los intereses para el rubro tratamientos terapéuticos que fija la sentencia; sostiene que omite determinar los intereses desde la fecha en que el daño se ocasionó hasta la fecha de la pericia que los estima, violentado así lo dispuesto por el art 1748 del CCCN, aplicable en forma inmediata en orden a lo previsto en el art 7 del mismo Código. Entiende que se están indemnizando deudas de valor, originadas en el mismo momento del evento dañoso y que, en consecuencia, los intereses se deben desde esa fecha (30/3/12). Solicita la aplicación de una tasa de actualización pura del 12%, conforme jurisprudencia de esta Cámara en autos que cita como CR S.D. n° 1/22; "C. A., R. A. c/ M., F. M. s/ SUM. (Daños y Perjuicios)", expte. nro. 197/21. En definitiva, dice que, como el rubro tiene una fecha de actualización a la pericia, solicita que se revoque el fallo y se fije una tasa pura del 12% de interés desde el hecho dañoso y hasta la fecha en que fueron estimados por el perito; que, a partir de allí y hasta el pago, los fijados por la sentenciante.

La tasa del 12% pretendida por el actor, conforme precedente “C. A.” se refiere a un caso fáctico y jurídico diferente al presente, en el cual, más allá de la aplicación del porcentual referido, se atiende a las particularidades del caso y no refleja el criterio general sostenido por este cuerpo. En suma, no es un precedente obligatorio.

Por lo demás, en los agravios anteriores se ha expresado, en criterio que reitero, que la tasa pura del 6% se presenta como la más adecuada para mantener indemne el valor del dinero cuando el monto indemnizatorio ha sido fijado en la sentencia a valores actuales.

Lo cierto es que, los intereses que se fijan a una indemnización resultan una consecuencia de la falta de reparación oportuna del daño. Lo que se resarce con los intereses es el daño moratorio sufrido, cuando la víctima no es indemnizada en el mismo momento en que sufrió el perjuicio.

La tasa de este tipo de interés, se determina conforme el art. 768 CCyC, por acuerdo de partes o lo que disponga la ley especial, y a falta de estos, debe ser ponderada por el juzgador, teniendo en cuenta a tal fin, las que fije el BCRA en su reglamentación. Sabido es que, dentro del amplio espectro de posibilidades que brinda la entidad central, expone distintas tasas de interés según los diferentes tipos de operaciones de que se trate, y por ello la elección de la misma quedará librada a la determinación judicial, según las circunstancias particulares del proceso de que se trate. Ello, no resulta ocioso aclararlo, en nada vulnera el

principio de congruencia, ya que esta es una incuestionable facultad judicial.

En base a lo expuesto y a lo ya resuelto en los agravios precedentes, entiendo será de aplicación al rubro gastos terapéuticos una tasa de interés puro al 6% desde el 30 de marzo de 2012 –fecha del accidente- y hasta el 28 de junio de 2019 -fecha de la pericia psicológica- y de allí hasta el efectivo pago, tasa activa Banco de la Nación Argentina.

El agravio prospera parcialmente.

Décimo agravio:

Su décimo agravio lo dedica al rechazo del pedido de actualizar el límite de cobertura del seguro; se queja porque la jueza de primera instancia rechazó su planteo al momento de exponer los alegatos por extemporáneo. Entiende que existe un error en tal decisión porque su planteo se fundaría en circunstancias de hecho de público conocimiento y padecimiento de toda la ciudadanía, ocurridos en forma sostenida y cada vez más progresiva durante el tiempo de tramitación del proceso judicial.

Continúa diciendo que no podría pretenderse que al tiempo de promover la demanda se pudieren prever circunstancias de hecho ocurridas con posterioridad y a lo largo del proceso.

Asimismo, afirma que, oportunamente, la citada no opuso al reclamo el límite de cobertura, sino que se limitó a plantear la exclusión de cobertura. Por otra parte, sostiene que transcurrió mucho tiempo desde la ocurrencia del siniestro y hasta el dictado de la sentencia, y que no fue considerado por la Jueza de

grado que lo pactado por límite de cobertura se vio desactualizado; que la procedencia sin alteraciones vulnera el principio de reparación integral. Propone que la aseguradora, responda, cuanto menos, hasta el límite que la Superintendencia de S. de la Nación establezca al tiempo más próximo de pago de las indemnizaciones, que ello permitiría no desequilibrar las contraprestaciones asumidas por las partes al contratar por el transcurso del tiempo.

Finalizando, mantiene reserva del caso federal.

Tratamiento:

La quejosa alude al rechazo por parte de la jueza *a quo*, de su pretensión de actualización del límite de cobertura, con fundamento en la preclusión de su planteo, incorporado al momento de los alegatos.

La cuestión radica a mi entender, en el rol que cumple la Superintendencia de S. de la Nación en este tipo de contratos por adhesión, que no es otro que ser el organismo de contralor a través del cual el Estado efectúa la vigilancia del contenido de sus cláusulas, con un fin social que es la protección de los asegurados y también de los terceros damnificados frente a situaciones abusivas, aprobando de corresponder los contenidos de dichos contratos y pólizas de S. -como la que en su momento suscribieron entre el demandado Sr. F. y la Compañía de S. S. C. S. M. de S. G.-, actualizando a su vez, los importes de los límites de cobertura, a fin que las mismas no se tornen ilusorias.

Esta actualización por parte de la SSN, persigue a su vez un claro objetivo, cual es el que interés asegurable se mantenga indemne, o al menos lo más

posible, ya que pretender mantener el límite de cobertura luego de más de diez años del siniestro, como en el caso que nos ocupa, no satisface de manera alguna aquel interés y por tanto resulta ajeno al fin del contrato y a la dinámica reparadora que persigue. Y ello, reitero, en modo alguno implica modificación de los elementos esenciales del mismo, sino pretender conjugar el aumento del importe del límite a la par del aumento de los salarios en una economía con inflación estructural como la que nos aqueja.

Lo expuesto me convence de acoger favorablemente el agravio y en consecuencia, establecer que el límite de cobertura será el determinado por la Superintendencia de S. de la Nación, que se encuentre vigente al momento del efectivo pago de los montos de condena que establezca la presente.

El agravio prospera.

Finalmente, lo resuelto en esta instancia no altera el carácter de vencido del demandado, y en consecuencia, considero que las costas y honorarios de primera instancia no requieren su readecuación, conforme art. 282 CPr., mientras que las de esta instancia, le serán impuestas al demandado vencido, con extensión a la compañía de S. (art. 69 CPr), regulando los honorarios profesionales del letrado de la actora en un 30% y de la demandada en un 28%, en ambos casos de lo regulado en primera instancia, con más la alícuota del IVA si correspondiera.

A la segunda cuestión, la Dra. Robert dijo:

Atento a lo expuesto, y los fundamentos vertidos, siendo total la coincidencia con mi colega prevotante,

adhiero en su totalidad a la fórmula propuesta por la Dra. M. Marta Nieto. Así lo voto.

En este estado, y de conformidad con lo establecido en los arts. 274 y 275 del CPCCCh (Ley XIII-5-DJ, Anexo A, y Ley V-174), se deja constancia que la decisión se adopta por mayoría, por lo que la Dra. M. Fernanda Zanatta no emite su voto.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar la siguiente **SENTENCIA**:

1) Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por el demandado, Sr. G. M. F. y revocar la sentencia de grado en cuanto dispone la posibilidad de acciones de regreso entre la tercera citada en garantía y el accionado.

2) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación deducido por el actor, Sr. K. X. Y. M. y modificar la Sentencia Definitiva n° 38/2021, y condenar a G. M. F. a abonarle al actor, K. X. Y. M., en el plazo de diez (10) días de quedar firme la presente, la suma de pesos $34.228.593,76, en concepto de indemnización por daños, con más intereses, calculados de la siguiente forma a) las indemnizaciones por **daño sobreviniente, pérdida de chance y daño moral**, por haber sido estimada en la presente resolución, devengarán una tasa de interés pura del 6% desde el hecho generador del daño (30/03/2012) hasta la presente sentencia y, desde este momento hasta su efectivo pago devengará intereses de la tasa activa para operaciones de descuento de documentos comerciales del Banco de la Nación Argentina; b) la indemnización por **daño material reposición de bicicleta**, devengará una tasa de interés pura del 6%

desde el hecho generador del daño (30/03/2012) hasta la estimación efectuada por el actor con fecha 29/07/2014 y desde esa fecha hasta su efectivo pago devengará la tasa activa para operaciones de descuento de documentos comerciales del Banco de la Nación Argentina; c) la indemnización por **afección psicológica** una tasa de interés pura del 6% desde el hecho generador del daño (30/03/2012) hasta la fecha de la pericia psicológica, 28/06/2019 y desde esa fecha hasta su efectivo pago devengará intereses de la tasa activa para operaciones de descuento de documentos comerciales del Banco de la Nación Argentina; d) La indemnización correspondiente a tratamiento médico futuro **Rehabilitación Postural Global, calzado corrector** (de taco y deportivo) **y soportes plantares,** una tasa de interés pura del 6% desde el hecho generador del daño (30/03/2012) hasta la fecha de la pericia médica 18/09/2017, y desde esa fecha hasta su efectivo pago devengará intereses de la tasa activa para operaciones de descuento de documentos comerciales del Banco de la Nación Argentina.

3) Disponer que el límite de cobertura de la Compañía aseguradora, será el vigente al momento del efectivo pago de la condena por daños y perjuicios que aquí se dispone.

4) Confirmar la imposición de costas y la regulación de honorarios dispuestas en la instancia de grado.

5) Imponer las costas de esta instancia al demandado vencido, con extensión a su compañía aseguradora.

6) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en esta instancia al Dr. N. A. D. en el treinta por ciento (30%)y al del Dr. H. J. F. de las Casas en el veintiocho por ciento (28%), porcentajes a calcular sobre lo respectivamente regulado a cada parte por su labor en la instancia de grado, con más el IVA si correspondiera.

7) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL nro. 38 DEL AÑO 2022 DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "C"