



NEUQUÉN, 17 de febrero del año 2021.

**Y VISTOS:**

En acuerdo estos autos caratulados: **"CASTELLI CLAUDIO CESAR C/ ROBERTS LEO ELIEZER Y OTRO S/ D. Y P. DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTORES (CON LESION O MUERTE)"**, (JNQCIA4 EXP N° 521496/2018), venidos a esta **Sala II** integrada por los Dres. Patricia **CLERICI** y José I. **NOACCO**, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **la Dra. Patricia CLERICI dijo:**

I.- La parte demandada y la aseguradora citada en garantía interpusieron recursos de apelación contra la sentencia de fs. 290/295, dictada el día 6 de agosto de 2020, que hace lugar a la demanda, con costas al vencido.

a) En su memorial de fs. 312/329 -presentación web de fecha 1 de octubre de 2020-, los recurrentes se agravan, en primer lugar, por la condena a la reparación de los gastos médicos, cuando el mismo fallo señala que no se logró el reconocimiento de la factura atribuida a la firma "Carahue", pero sosteniendo que sí se probó que el actor requirió de los implantes, y que ese material fue efectivamente utilizado en la cirugía.

Dicen que si bien doctrina y jurisprudencia, e incluso el Código Civil y Comercial, han flexibilizado la carga probatoria de los gastos realizados en concepto de medicamentos y asistencia médica, en modo alguno se debe entender como una liberalidad, ya que entonces nos encontraríamos frente a una condena sin causa.

Entienden que la a quo ha hecho un uso abusivo de las facultades conferidas por el art. 165 del CPCyC, contradiciendo sus propias consideraciones y le otorga a la actora una indemnización cuando la prueba documental fue desconocida por su parte y no reconocida por quién la había emitido.

Citan jurisprudencia.

En segundo lugar, se quejan de la aplicación de la tasa de interés activa sobre la indemnización por incapacidad física desde el momento del hecho.

Explican las características de las fórmulas empleadas en la primera instancia y destacan que el daño moral fue resarcido con valores vigentes a la fecha de la sentencia de grado.

Concluyen en que otorgar intereses a tasa activa desde el momento del hecho (por daños futuros que aún no tuvieron lugar, en el caso de la incapacidad física, y sobre valores actuales en el caso del daño moral) constituye un enriquecimiento sin causa, violatorio del derecho constitucional de propiedad, agravado porque la fórmula utilizada para cuantificar la reparación del daño físico, representa una forma de cálculo del lucro cesante, y recae sobre un daño futuro, siendo inconstitucional que al pago adelantado total y anticipado de esa indemnización se adicione interés alguno.

Realizan el cálculo de los intereses de acuerdo con lo dispuesto en la sentencia recurrida, y destacan que pese a otorgarse indemnizaciones actualizadas al momento de la sentencia, se otorga una suma superior al 100% de la condena en concepto de intereses.

Citan jurisprudencia y doctrina.

Se quejan por lo que consideran una arbitraria y elevada indemnización otorgada en concepto de daño moral.

Al igual que lo planteado respecto del daño físico, cuestionan la tasa de interés utilizada para este rubro.

En subsidio solicitan la morigeración de la tasa de interés, ya que una tasa que asciende al 157,17% sobre una indemnización determinada a valor actual resulta confiscatoria.

Se agravian porque la condena en costas no respeta el art. 730 del Código Civil y Comercial.

Hacen reserva del caso federal.

En tanto que a fs. 301, los demandados y la citada en garantía apelaron los honorarios regulados a los letrados del actor y a los peritos, por altos.

b) La parte actora contesta el traslado del memorial a fs. 332/334 -presentación web de fecha 7 de octubre de 2020-.

Dice que se acreditó, tanto con la historia clínica como con la pericia médica que el actor sufrió una cirugía, y que el material de osteosíntesis le fue injertado en su cuerpo.

Agrega que al demandar se acompañó la factura original, la que si bien fue desconocida por el demandado, se trató de una negativa totalmente injustificada, y que no alcanza a restar credibilidad al documento original.

En cuanto a los intereses, sostiene que la indemnización por incapacidad física tiende a resarcir la falta de capacidad que padece el actor en razón del accidente sufrido; y que de acuerdo con las pericias realizadas se ha

acreditado que el accionante presenta incapacidad definitiva, y ello es lo que justifica que las fórmulas utilizadas en el fuero contengan un componente de ajuste.

Señala que el capital se adeuda desde el momento del hecho, en tanto indemniza consecuencias actuales y futuras.

Destaca que en el contexto de inflación creciente que presenta nuestro país, aceptar la argumentación de la demandada implicaría un claro empobrecimiento para el actor, con el consecuente agravio a su derecho de propiedad.

Defiende la cuantía de la indemnización por daño moral, y se opone a la morigeración de la tasa de interés.

Afirma que no es de aplicación en autos la manda del art. 730 del CPCyC y cita el precedente "Chandía c/ Neuquén Textil S.R.L." de esta Cámara de Apelaciones.

II.- Ingresando en el tratamiento del recurso de apelación de autos, comienzo el análisis por la crítica formulada por la apelante a la condena al pago del material que indica la factura que habría emitido la firma "Carahue".

La factura en cuestión se encuentra agregada a fs. 17, en tanto que la demandada ha desconocido que el actor abonara el importe que consta en ella por la adquisición del material detallado. Por su parte la actora ha reconocido que no ha acreditado la autenticidad de esa documentación.

La jueza de grado ha condenado a los demandados y a la citada en garantía, no obstante la falta de prueba sobre la autenticidad de la factura, al pago del importe que en ella consta, en concepto de gastos médicos, con fundamento en que se encuentra probado que el actor requirió de tal material, el que fue utilizado efectivamente en la cirugía, surgiendo ello de la historia clínica.

Llega firme a esta instancia que, como consecuencia del accidente de tránsito de autos, el actor sufrió fractura de la cadera, fractura supracondilea y que presenta cicatrices y cuerpo extraño por el material de osteosíntesis. Todo ello ha sido constatado por el perito médico en su informe de fs. 251/252 vta.

En el apartado CONCLUSIONES, el perito médico indica que el demandante fue operado para reducción y osteosíntesis de la fractura lateral de cadera y de la supracondilea para reducción y osteosíntesis con material metálico.

Asimismo, surge de la historia clínica del actor (certificado de implante), el detalle del material que le fue colocado para el tratamiento de las fracturas producidas por el accidente (1 placa LCP 4.5 14 orificios; 1 DHS 135° 3 orificios; 1 placa LCP - DF 4.5 de 11 orificios).

Consecuentemente, coincido con lo afirmado por la jueza de grado en orden a que se encuentra acreditado que el actor necesitó de material de osteosíntesis para el tratamiento de las lesiones sufridas; siendo razonable que este material haya sido adquirido por la parte actora.

Teniendo en cuenta la entidad de las lesiones sufridas -extremo no cuestionado en esta instancia-; y la necesidad de la utilización de material de osteosíntesis para la cura de la víctima, es que la jueza de primera instancia fijó, conforme lo autoriza el art. 165 del CPCyC, el valor de la reparación por gastos médicos; importe que tampoco ha sido cuestionado por los apelantes.

Por ende, la jueza de primera instancia no ha tomado en cuenta la factura desconocida por la parte demandada para determinar la procedencia y cuantía de la reparación por

gastos médicos, sino que ha tenido por probada la realización de estos gastos a través de otros medios de prueba aportados a la causa (pericia médica e historia clínica), utilizando para la cuantificación del gasto la facultad que le otorga el art. 165 del CPCyC.

Lo dicho determina el rechazo del primer agravio formulado por los apelantes.

III.- En lo que refiere a los intereses aplicados en la sentencia de primera instancia sobre la indemnización por incapacidad sobreviniente, entiendo que no asiste razón a los recurrentes.

El art. 1.748 del Código Civil y Comercial determina que, en caso de responsabilidad que no sea de fuente obligacional, los intereses comienzan a correr desde que cada perjuicio se produce.

Enrique Máximo Pita señala que en la responsabilidad extracontractual “se coincide en sostener que se configura un supuesto de mora ex re o automática y, en consecuencia, los daños moratorios –o los intereses de igual naturaleza- son debidos desde el hecho o desde que cada perjuicio se produjo..

“De ello se deriva la necesaria adición de intereses moratorios a las sumas que son objeto de condenación judicial por los daños derivados de un hecho ilícito. Es cierto que, para alguna doctrina, el débito por intereses en esa materia no guarda estricta conexión con la teoría de la mora, cuya aplicación en esta clase de responsabilidad sería inadmisibles, por tratarse de la inobservancia del deber genérico de no dañar y, por tal razón, los intereses de las sumas debidas en concepto de indemnización de daños corren desde el momento en que la víctima sufre efectivamente el perjuicio, con absoluta prescindencia de la situación de mora en que pudo o no incurrir el obligado, pues el principio que manda reparar íntegramente los daños que el obrar ilícito provoque así lo impone.

“No obstante, se ha señalado, con razón, que al respecto resulta imprescindible distinguir entre el daño provocado por el hecho ilícito en sí mismo considerado y el resultado del retardo en reparar dicho daño. Representado ese menoscabo en una suma dineraria,

los que dimanar de la mora tendrán la fisonomía de intereses, llamados a la sazón moratorios, si bien no podrá negársele su carácter compensatorio o resarcitorio, juntamente con el que se abona por el daño ocasionado por el ilícito.

“Es que –como ha sido correctamente advertido- los intereses no se deben en razón del daño básico o primordial que ha generado el nacimiento de la obligación resarcitoria principal, sino en función de un daño suplementario o adicional: el daño moratorio, desencadenado por la tardanza en la reparación, demora que se inicia desde la producción de aquel primer daño y que recién se extingue cuando éste es indemnizado. En consecuencia, la obligación de pagar intereses es accesoria (supone la obligación principal de reparar un perjuicio), y es también eventual, ya que sólo surge de mediar un intervalo temporal entre el nacimiento de la responsabilidad y el momento en que se hace efectiva.

“En conexión con lo expuesto también es objeto de controversia el determinar si los intereses debidos en materia extracontractual son compensatorios o moratorios. En el primer sentido se afirma que la obligación de resarcir el daño derivado de un hecho ilícito concurre a compensar el perjuicio causado, confluyendo con el capital condenado en el común objetivo de colocar al damnificado en las mismas condiciones en que estaría si hubiera recibido la reparación en el mismo momento en que sufrió el daño.

“...Prevalece en cambio la posición de quienes sostienen la necesidad y utilidad del instituto de la mora en la responsabilidad aquiliana y, por ello, los intereses que se deben en ese ámbito, derivados del retardo en el pago de la indemnización, son moratorios y cumplen consecuentemente una función de reparación del daño (moratorio) causado al acreedor por la falta de pago oportuno de su acreencia. A través de ese mecanismo se preserva no sólo la plenitud de la reparación sino también el principio de integridad del pago reconocido por nuestro ordenamiento civil” (cfr. aut. cit., “Cómputo de los intereses en la responsabilidad extracontractual (El dies a quo de la tasa activa según el momento de estimación de los daños)” en Revista de Derecho de Daños, Ed. Rubinzal-Culzoni, T. 2013-3, pág. 262/264).

Tenemos, entonces y en primer lugar, que los intereses de autos –tanto para la indemnización por incapacidad sobreviniente como para la indemnización por daño moral (respecto de la cual los apelantes formulan igual

queja)- corren o se devengan desde la fecha del hecho dañoso (6 de enero de 2018) y están destinados a compensar la tardanza en la efectiva reparación de los daños ocasionados al actor.

Ahora bien, tal como lo señalan los recurrentes y también lo ha resuelto esta Sala II en autos "Billar c/ Consejo Provincial de Educación" (expte. n° 421.965/2010, 21/2/2017), el problema radica en el momento en el que se cuantifican los daños, o, en otras palabras, si para determinar la indemnización pertinente se han tomado valores vigentes al momento del hecho dañoso, o actualizados a la fecha de la sentencia.

Sabido es que la tasa activa contiene un componente inflacionario, conforme lo ha señalado el Tribunal Superior de Justicia provincial en autos "Alocilla" (Acuerdo n° 1.590 del 28/4/2009).

El autor precedentemente citado sostiene que la tasa activa que aplican los bancos capta la depreciación monetaria, puesto que, por vía indirecta, tiende a compensar el deterioro del signo monetario, pues, la tasa de interés de plaza concierne, de alguna manera, a los índices inflacionarios, puesto que habitualmente contiene una previsión por depreciación de la moneda, y bajo la denominación engañosa de interés habrá en realidad ajuste o, al menos, recomposición del capital (aut. cit., op. cit., pág. 269).

Aplicando estos conceptos al caso de autos, tenemos que la indemnización por incapacidad sobreviniente, si bien fue liquidada a la fecha de la sentencia de primera instancia, su cálculo se realizó con valores vigentes al momento del hecho dañoso.

Los considerandos del fallo de grado señalan que para arribar al importe de este resarcimiento se tomó en cuenta el salario del actor y su edad al momento del hecho ilícito además de la incapacidad determinada en sede judicial.

Es cierto que las fórmulas que usualmente se utilizan en el fuero pretenden encontrar un capital tal que, invertido a una tasa de interés pura constante, permita extraer, en períodos regulares, un monto igual a las ganancias de las cuales la víctima se ve privada en virtud de su incapacidad (cfr. Aciarri, Hugo A. - Irigoyen Testa, Matías, "Fórmulas empleadas por la jurisprudencia argentina para cuantificar indemnizaciones por incapacidades y muerte", LLAR/DOC/143/2011); pero la tasa de interés que se aplica es, como se señaló, una tasa pura -despojada de todo componente inflacionario-.

En este caso -indemnización por incapacidad sobreviniente-, la reparación plena del daño sufrido por el actor requiere de la aplicación de la tasa de interés activa, tal como lo ha resuelto la jueza a quo. De otro modo, se estaría entregando a la víctima un capital que ha sido disminuido en su poder adquisitivo por el paso del tiempo y los procesos inflacionarios que afectan a nuestro país.

El hecho que la tasa de interés, por el período de mora y hasta el momento sea de aproximadamente el 123%, no es más que la consecuencia de la situación económica general -derivada de políticas públicas ajenas a la víctima-, y de la demora incurrida por los obligados al pago en cumplir con su deber resarcitorio (cuestión también ajena a la víctima).

Conforme lo dicho se confirma la sentencia de primera instancia en cuanto manda aplicar la tasa activa del Banco Provincia del Neuquén para los intereses devengados sobre la indemnización por daño material.

IV.- En lo atinente al daño moral, los demandados se quejan de la cuantía de la indemnización y de la tasa de interés que se manda aplicar para dicha indemnización.

Tal como lo he sostenido en la causa **"APABLAZA OJEDA"** (JNQC16 exp. n° 470520/2012, Sala II, del 08/05/18, entre otras): *"Con relación al monto de la reparación del daño moral hace ya tiempo que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dado una clara directriz rechazando las sumas simbólicas o exiguas, por considerarlas violatorias del principio alterum non laedere que surge del art. 19 de la Constitución Nacional (autos "Santa Coloma c/ E.F.A.", 5/8/1986, Fallos 308: 1.160)".*

*"Sin embargo, tampoco puede fijarse un monto en concepto de reparación del daño moral que, por su magnitud, desvirtúe la finalidad de esta reparación. Esto también ha sido señalado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al sostener que, siendo el daño moral insusceptible de apreciación pecuniaria, sólo debe buscarse una relativa satisfacción del agraviado mediante una suma de dinero que no deje indemne la ofensa, pero sin que ello represente un lucro que justamente desvirtúe la finalidad de la reparación pretendida (autos "Quelas c/ Banco de la Nación Argentina", 27/6/2000, LL 2001-B, pág. 463)".*

*"Rubén H. Compagnucci de Caso sostiene que "El mayor problema que suscita la reparación del daño extrapatrimonial o moral es la cuantificación o medida de su indemnización."*

*"Es que paradójicamente uno de los argumentos centrales de quienes rechazan la categoría y su juridicidad indica el carácter arbitrario que tiene su determinación judicial.*

"Nos encontramos en la zona más dificultosa de toda esta materia, ya que las teorías que sostienen su carácter resarcitorio, el importante contenido de ética que lo engloba, y la inocultable tendencia hacia la justicia del caso concreto, llevan a pretender una justa y adecuada reparación económica...Señala Pizarro, quién ha estudiado el tema con profundidad y erudición, que es preciso no confundir la valoración del daño con la cuantificación de la indemnización; y en el caso del daño moral primero es necesario establecer su contenido intrínseco, las variaciones en el tiempo por su agravación o disminución, y el interés espiritual lesionado; luego de ello determinar su entidad en el plano indemnizatorio cuantificando la indemnización...Debo señalar que el quantum dinerario por el daño moral tiene independencia absoluta de los de orden patrimonial. Para su estimación desinteresa la existencia de ambos tipos de perjuicios, y mucho menos aparece conveniente vincularlos y dar un cierto porcentaje de uno con relación al otro...El juez posee un cierto grado de libertad en la estimación, pero ello no lo libera de tener en cuenta y consideración ciertos elementos. No es posible desconocer la gravedad del perjuicio, el que se puede observar con un importante grado de objetividad, por aquello del *id quod plerunque fit*, es decir lo que ordinariamente ocurre o acaece conforme a un comportamiento medio o regular".

En autos, el actor sufrió un accidente de tránsito y como consecuencia de las lesiones sufridas debió estar internado aproximadamente durante un mes, siendo intervenido quirúrgicamente para la colocación de prótesis, lo que importa que, de por vida, ha de llevar un material extraño en su cuerpo.

Más allá de esta convalecencia, el actor no presenta trastornos de consideración en su vida social,

laboral, familiar y cotidiana, producto de las lesiones sufridas, siendo la secuela que señala el perito médico la de sentir molestias ante los cambios climáticos.

Considerando el sufrimiento espiritual que razonablemente pudo tener el demandante al ser protagonista de un hecho violento, y sufrir fracturas, por las alternativas del tratamiento de las lesiones, y en atención a las secuelas dejadas por el evento dañoso, entiendo que la suma fija por la a quo para resarcir el daño moral (\$ 300.000) no resulta elevada, sino que resarce adecuadamente el sufrimiento moral de la víctima.

En cuanto a los intereses a aplicar respecto de la indemnización por daño moral, por los fundamentos dados en el apartado anterior, y teniendo en cuenta que esta clase de indemnización se fija normalmente a valores actuales, dado la imposibilidad de retrotraerse fielmente a los vigentes al momento del acaecimiento del accidente, se han de liquidar conforme la tasa pasiva del Banco Provincia del Neuquén desde la fecha del accidente (6 de enero de 2018) y hasta la de dictado de la sentencia de primera instancia (6 de agosto de 2020), y a partir del 7 de agosto de 2020 y hasta su efectivo pago, de acuerdo con la tasa activa del mismo banco.

Finalmente, y en atención al pedido de morigeración de la tasa de interés, éste resulta abstracto respecto de la indemnización por daño moral, dado lo resuelto a su respecto.

En cuanto a los restantes rubros de condena y, conforme se explicó en los párrafos anteriores, reducir la tasa de interés a aplicar importa tanto como afectar la integralidad de la reparación de los daños ocasionados por un hecho ilícito (art. 1.740, Código Civil y Comercial), en tanto la tasa de interés activa, conforme se señaló, contribuye a

mantener el poder adquisitivo de una indemnización fijada al momento del hecho dañoso.

V.- Los apelantes reclaman la aplicación en el sub lite de la manda del art. 730 del Código Civil y Comercial.

Esta Cámara de Apelaciones en forma reiterada ha considerado improcedente tal pretensión, por entender que dicha norma regula materia no delegada por las provincias al gobierno nacional, conforme lo ha sostenido el Tribunal Superior de Justicia en el precedente "Yerio c/ Riva S.A." (sentencia de fecha 18 de diciembre de 1996), con relación al art. 505 del Código Civil de Vélez Sarsfield.

Siendo la norma de la nueva codificación igual en su redacción al artículo 505 del Código de Vélez, la doctrina del caso "Yerio" tiene hoy vigencia, por lo que no se hace lugar al agravio bajo estudio.

VI.- Resta por analizar las apelaciones arancelarias.

Los honorarios de los letrados de la parte actora han sido regulados en el 16% de la base regulatoria con más el adicional previsto en el art. 10 de la ley 1.594.

El porcentual utilizado por la jueza de primera instancia se encuentra dentro de la escala prevista por el art. 7 del arancel y retribuye adecuadamente la labor desempeñada por los letrados, de conformidad con los parámetros establecidos en el art. 6 de la ley 1.594, por lo que han de ser confirmados.

Respecto de los honorarios de los peritos que actuaron en autos, el porcentual asignado a tal fin (3% de la base regulatoria para cada uno de ellos) también retribuye adecuadamente la labor desempeñada por los expertos, valorada

en complejidad y en su incidencia en la resolución del pleito, a la vez que guarda relación proporcional con los emolumentos fijados para los abogados de las partes, por lo que corresponde sean confirmados.

VII.- Por lo hasta aquí dicho, propongo al Acuerdo hacer lugar parcialmente al recurso de apelación planteado por la demandada y la aseguradora citada en garantía, y modificar, también parcialmente, el resolutorio recurrido, disponiendo que los intereses sobre la indemnización por daño moral se han de liquidar de acuerdo con la tasa pasiva del Banco Provincia del Neuquén desde la fecha del accidente (6 de enero de 2018) y hasta la de dictado de la sentencia de primera instancia (6 de agosto de 2020), y a partir del 7 de agosto de 2020 y hasta su efectivo pago, de acuerdo con la tasa activa del mismo banco, confirmándolo en lo demás que ha sido materia de agravio.

Las costas por la actuación en la presente instancia, teniendo en cuenta el éxito obtenido, se imponen en un 10% a la parte actora y en un 90% a la parte demandada (art. 71, CPCyC).

Regulo los honorarios profesionales por la labor ante la Alzada en el 5,6% de la base regulatoria para el Dr. ...., y en el 3,92% de la base regulatoria para el Dr....., todo de conformidad con lo normado por el art. 15 de la ley 1.594.

**El Dr. José Ignacio NOACCO dijo:**

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta **Sala II**

**RESUELVE:**

I.- Modificar la sentencia dictada en fecha 6 de agosto de 2020 (fs. 290/295), disponiendo que los intereses sobre la indemnización por daño moral se han de liquidar de acuerdo con la tasa pasiva del Banco Provincia del Neuquén desde la fecha del accidente (6 de enero de 2018) y hasta la de dictado de la sentencia de primera instancia (6 de agosto de 2020), y a partir del 7 de agosto de 2020 y hasta su efectivo pago, de acuerdo con la tasa activa del mismo banco, confirmándola en lo demás que ha sido materia de agravio.

II.- Imponer las costas por la actuación en la presente instancia, teniendo en cuenta el éxito obtenido, en un 10% a la parte actora y en un 90% a la parte demandada (art. 71, CPCyC).

III.- Regular los honorarios profesionales por la labor ante la Alzada en el 5,6% de la base regulatoria para el Dr....., y en el 3,92% de la base regulatoria para el Dr....., (art. 15 de la ley 1.594).

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

**Dra. PATRICIA CLERICI - Dr. JOSÉ I. NOACCO**

**Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria**