

En Cipolletti, Provincia de Río Negro, a los 26 días del mes de Abril de 2012, reunidos en acuerdo los Sres. Jueces de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la IV Circunscripción Judicial de Río Negro, con asiento de funciones en esta ciudad, para resolver en autos "LUCERO, OMAR ARIEL C/ SAN ROMAN, LILIANA Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS" (Expte. 1730-SC-11):

De acuerdo con el sorteo realizado, previa discusión de la temática del fallo a dictar y formulación de las cuestiones a resolver, con la presencia de los miembros del Tribunal, de lo que da fe el actuario, corresponde votar en primer término al Dr. Edgardo J. Albrieu, quien dijo: Que de conformidad con lo acordado corresponde tratar las siguientes cuestiones: ¿es ajustada la sentencia apelada? ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?

I.- Apela la sentencia de Primera Instancia, la codemandada La Perseverancia Seguros S.A., a fs. 497, y la actora, a fs. 498. A fs. 573/574 se decreta la extemporaneidad de la expresión de agravios de la codemandada.

A fs. 523/550 expresa agravios la actora.

Se agravia la actora, en primer lugar, al considerar que el a quo ha incurrido en manifiesta arbitrariedad y absurdidad al valorar la prueba aportada a estos autos, desconociendo la realidad y los datos oficiales del Indec/Ministerio de Trabajo, sosteniendo que la alegación de que su parte trabaja en negro no tiene mayor asidero, que el informe de fs. 274 emitido por el empleador resulta insustancial y que los testigos que depusieron en autos tienen una clara conexión vincular de afinidad y solidaridad para con el actor.

Solicita que a fin de resolver respecto las sombras que el a quo arroja sobre el empleador y sobre los testigos, se los cite nuevamente a prestar declaración.

En segundo lugar, se agravia por exiguo y descontextualizado el monto de \$1.291 mensuales tomados como base o punto de partida por el "a quo" para determinar el monto indemnizatorio, en violación al principio de unidad de la prueba y violación al artículo, 14bis, 17 y concordantes de la Constitución Nacional, conculcando el derecho de propiedad del actor.

Que no existe normativa legal que limite el monto del daño a reparar, ni numérica ni porcentualmente, todo queda librado a las probanzas que se aporten y al criterio del Juzgador. Cita jurisprudencia STJ.

Que las pruebas aportadas a autos señalan un monto muy superior.

Entiende que queda clara la injusticia con el solo hecho de comparar ese salario con el

actual salario mínimo vital y móvil, que al momento de presentar el escrito asciende a la cantidad de pesos \$1.840. Así, el parámetro tomado por el Juez conduce inexorablemente a dejar sin reparación adecuada el daño causado al actor.

En relación a la prueba, estima que la misma debió valorarse en su totalidad, pues la disgregación de sus elementos o la consideración aislada de los mismos no es método válido para aprehender la lógica de los hechos del proceso y que su parte demostró acabadamente que el actor se desempeñaba en relación de dependencia, mediante informe del propio empleador y los testimonios de los testigos.

En tercer lugar, le causa agravio a su parte que el Sentenciante no haya tenido por probado que el actor es un trabajador en relación de dependencia, en discordancia con lo probado en el expediente. Que la sentencia viola el derecho de propiedad del actor al concluir que la indemnización debe ser calculada con pautas dinerarias ajenas y menores a lo que perciben los trabajadores en relación de dependencia.

Manifiesta que en forma arbitraria el sentenciante desestima la prueba informativa de fs. 274 en tanto que la misma carece de membrete, no está aclarada la firma ni se acompañan copias o constancias de los libros o registros, o elementos que resulten de la documentación del oficiado, y dicha pretensión es absurda en tanto que la relación estaba “en negro”.

Informa que con posterioridad al fallo de primera instancia, la AFIP Delegación Neuquén tomó intervención en el asunto y se instruyeron actuaciones administrativas, por lo que solicita a esta Excma. Cámara se libre oficio a tal organismo a fin de que remita para su agregación en autos copias certificadas de las actuaciones aludidas.

En cuarto lugar, se agravia en que el “a quo”, fallando extra petita, viola el principio de congruencia y efectúa un modo de cálculo de la indemnización desdoblado en dos períodos el lapso en el cual corresponde el resarcimiento del daño por lucro cesante, aplicando al primer período la fórmula lineal, y para el segundo lapso, una modalidad de cálculo que importa el reconocimiento de una suma determinada que, puesta a un interés del 16%, permite un retiro similar a la suma de la que el actor se vería privado mensualmente, y se amortice en el lapso hasta que adquiriera la edad jubilatoria. Asimismo, se agravia por haberse desdoblado en dos fechas el computo de intereses.

Afirma que el modo de cálculo utilizado por el sentenciante lo perjudica notoriamente, en tanto que existe una clara diferencia entre lo que resulta de efectuar el cálculo mediante la fórmula lineal propuesta por el Juez y aquella utilizada por su parte.

Plantea que las reglas generales de la congruencia vedan al juez pronunciarse sobre

capítulos, puntos o cuestiones que no fueran oportunamente sometidos a su decisión, exigiendo una correspondencia entre la decisión y lo que es materia del litigio. Que la demanda y la contestación de la misma determinan las cuestiones sometidas a decisión del juez, y en estos autos nadie planteó desdoblamiento del resarcimiento del daño por lucro cesante.

Propone como solución la fórmula lineal, que el sentenciante aplica solamente al primero de los lapsos que individualiza.

Respecto al segundo período, entiende que un régimen indemnizatorio de una suma determinada que, puesta a un interés mensual del 16% permita un retiro, se aleja notoriamente de los resarcimientos equitativos y ajustados a los daños que experimentan los damnificados.

Que para obtener una indemnización por los daños causados corresponde aplicar una fórmula lineal, desechando el sistema propugnado por el “a quo”, que desnaturaliza la reparación integral y efectiva de los daños, y tener en consideración la edad del actor, la gravedad de los daños padecidos y la disminución de la capacidad laborativa que le impide desarrollar normalmente las labores que normalmente desarrollaba.

Indica que el sistema aplicado por el Juez implica y encubre una “quita” ilegalmente impuesta a la víctima.

Afirma que en relación a los intereses, la totalidad de los mismos deben ser computados desde la fecha en que se produjo el daño, y no parcialmente desde el dictado de la sentencia.

Como quinto agravio expresa que el a quo dispuso aplicar la tasa mixta en lugar de la tasa activa, en detrimento del derecho de propiedad del actor, tutelado por el artículo 17 de la Constitución Nacional, y en violación a la doctrina judicial emanada del Superior Tribunal, conforme el fallo “Loza Longo”. Cita jurisprudencia.

Se impone como primera premisa para cumplir con el mandato constitucional de reparación integral, adoptar una tasa de interés que cumpla adecuadamente su función resarcitoria, lo que presupone que se mantenga la integridad del capital frente a la corrosión inflacionaria, y que con esa base compense el daño experimentado por el acreedor al verse privado de ese capital.

Entiende que unánimemente se ha determinado la conveniencia de fijar los intereses moratorios mediante la aplicación de la tasa activa. Cita jurisprudencia.

En sexto lugar, se agravia por la limitación de responsabilidad con que ha sido condenada La Perseverancia Seguros S.A., ello en el marco del art. 118 de la Ley de

Seguros y sobre la base de lo dispuesto en el contrato, hasta \$70.000 por daños a la persona, y \$30.000 por daños materiales, lo que le causa agravio y lesiona así su derecho de propiedad.

Que, sin perjuicio de la validez del contrato, deben tenerse por no convenidas las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad (art. 37 inc. a) de la ley 24.240). Tampoco puede la autoridad de aplicación autorizar válidamente las pólizas que violen dichas garantías mediante cláusulas abusivas.

Explica que el sistema legal impone protección a la víctima, que atenerse a un límite de \$100.000 resulta absolutamente descontextualizado, y el a quo ha desconocido el sentido social del seguro obligatorio contra terceros.

En último lugar, se agravia en tanto el Sentenciante ha dispuesto que las costas se deben imponer a la citada en garantía La Perseverancia Seguros S.A. en idéntica medida a la que deban responder en autos por lo sustancial, y no en su totalidad como corresponde en la casuística de autos.

A fs. 577 pasan los autos al Acuerdo a fin de resolver.

II.- En su primer agravio, la actora expresa que el a quo ha incurrido en manifiesta arbitrariedad y absurdidad, al valorar la prueba aportada a estos autos, desconociendo la realidad y los datos oficiales del Indec/Ministerio de Trabajo, sosteniendo que la alegación de que su parte trabaja en negro no tiene mayor asidero. Además se agravia en cuanto el a quo sostuvo que el informe de fs. 274, emitido por el empleador, resulta insustancial y que los testigos que depusieron en autos tienen una clara conexión vincular de afinidad y solidaridad para con el actor.

El apelante afirma que el sentenciante ha desconocido la relación "en negro" de la actora, en tanto ni el informe de fs. 274, ni la prueba testimonial, serían elementos suficientes como para tener por acreditado el vínculo laboral, y, por lo tanto, el salario utilizado como base para determinar el lucro cesante no se correspondería con las verdaderas funciones de Lucero, quien se habría desempeñado como chofer de camiones, sino que el mismo fue calculado con una base muy inferior (salario mínimo, vital y móvil).

Lucero alega en su escrito de demanda que trabajaba como chofer de camiones, que estaba en relación de dependencia, pero que dicho vínculo no estaba registrado, es decir, estaba "en negro". A fin de acreditar la relación laboral, cita a sendos testigos, y solicita que por un lado se libre oficio a sus supuestos empleadores al momento del accidente, los Sres. Osvaldo Alfonso Deriaz, Hugo Antonio Quiroga, a su antiguo empleador, la

empresa Transportes Dolores Parra, y por otro lado, al Sindicato de Choferes de Camiones, Obreros y Empleados del transporte Automotor de Cargas Generales de Río Negro.

En relación a la prueba informativa, analizaré en primer lugar el informe que obra a fs. 274, desestimado por el a quo por considerarlo insustancial, pues “no está evacuada en papel con ningún membrete, ni está aclarada la firma, ni se acompañan copias o constancias de los libros o registros, o de elementos que resulten de la documentación del oficiado”.

Emerge del artículo 386 del CPCC el principio general de que los jueces tienen plena libertad para apreciar la prueba, con las excepciones de las leyes de fondo y forma. Es decir, salvo disposición en contrario, los jueces formarán su convicción respecto de la prueba, de conformidad con las reglas de la sana crítica.

La prueba de informes es un medio para aportar hechos o actos que obran en poder del informante. Los mismos deben versar sobre hechos concretos, claramente individualizados y controvertidos en el proceso. “La informativa es un medio para aportar datos concretos sobre actos o hechos resultantes de la documentación, archivos o registros, y no es una especie dentro de la prueba documental, porque transmite al órgano jurisdiccional el reconocimiento que le deparan las circunstancias que obran en poder del requerido, aun cuando, como en el caso, fueron obtenidas de este por el propio interesado, sin intervención judicial. Mientras la prueba documental supone la aportación al juicio del instrumento, en original o en copia, la informativa consiste en los informes, certificados, copias o antecedentes relativos a hechos concretos, claramente individualizados, que se ventilen en el pleito y que consisten en anotaciones o asientos en libros del informante” (Cám. Civil y Com. De Santa Fe, Sala I, 19-8-92, Zeuz 61-J-99). (José V. Acosta, “Visión jurisprudencial de la prueba Civil”, Ed. Rubinzal Culzoni, pág. 81/82).

El Código de rito autoriza a la parte que no solicitó el informe a formular peticiones tendientes a que éste sea completo y ajustado a los hechos a los cuales habrá de referirse, así como también a pedir uno ampliatorio o su aclaratoria. La eficacia de la prueba informativa puede ser críticamente valorada por el juez con arreglo a las reglas de la sana crítica. “De tal suerte, los informes emanados de funcionarios públicos, y de entidades privadas, extraídos de documentos públicos, gozarán, en principio, de la plena fe que acuerdan los artículos 933 y concordantes del Código Civil, y los extraídos de libros de comercio tendrán como regla, la misma eficacia que les corresponde a ellos,

mientras que en los restantes casos será el juez quien juzgará acerca del valor que cuadre asignarles en concordancia con los demás elementos de prueba colectados en el proceso” (Jorge L. Kielmanovich, “Teoría de la prueba y medios probatorios”, Ed. Rubinzal Culzoni, pag. 455/456).

Comparto con el a quo que el informe de fs. 274 carece de ciertos elementos que, de existir, fortalecerían el instrumento, tales como la falta de aclaración de la firma, la omisión de rúbricas o sellos, y que el mismo no fue receptado directamente en el Juzgado, sino que fue recibido por el letrado de la actora.

Sin embargo, no habiendo impugnado las partes el informe, debo presumir la conformidad de ellas respecto a su contenido: “en consecuencia, la falta de cuestionamiento de las partes en punto a la veracidad de la afirmación de la entidad, o de los datos aportados, importa el consentimiento de su contenido, máxime cuando de la propia normativa procesal resulta que se puede solicitar la exhibición de los asientos y demás documentación para verificar la realidad del aserto” (Gozaíni, Osvaldo Alfredo, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, Tomo II, Ed. La Ley, pág. 414) . Por lo tanto, no obstante las falencias formales que surgen de la simple observación, voto por su admisibilidad.

Del informe surge la confesión por parte del empleador que Lucero trabajaba allí, es decir, reconoce la existencia de una relación laboral sin registrar.

El segundo informe, que surge de fs.277, no es sustancial a efectos de demostrar la relación laboral, ya que hace referencia a un vínculo laboral preexistente al accidente (20/08/2003 al 31/08/2003).

En cuanto a las declaraciones testimoniales, cabe recordar que “el testimonio es un acto procesal, por el cual una persona informa al tribunal sobre cuanto sabe sobre los hechos materia del conflicto entre sujetos que puede o no conocer” (Gozaíni, Ob. Cit., pag 497). El CPCC en su art. 427 excluye como testigos a los consanguíneos, o afines en línea directa de las partes y al cónyuge, aunque estuviere separado legalmente, salvo si se tratare de reconocimiento de firmas: “Por ejemplo, no pueden, en principio, declarar aquellas personas que estén vinculadas por una relación de parentesco con alguna de las partes. El parentesco es, precisamente, una circunstancia de credibilidad del dicho, pues da cuenta de su acercamiento y de la posibilidad real de haber vivido los hechos que las partes mantienen controvertidos; pero al mismo tiempo, es una muestra de permeabilidad de los sentimientos que pueden eludir, sin querer, la objetividad del relato. Lo mismo sucede con aquellos que tienen una relación de trabajo con alguna de

las partes; o les une una amistad con quien ofrece su citación; en ambos casos se impone cierta circunspección para verificar el grado de atendibilidad que las declaraciones merezcan; mas esa sola circunstancia no es decisiva, pues deben valorarse todas las pautas susceptibles de gravitar en la eficacia de las declaraciones.

La relación laboral, o la amistad que eventualmente pudiera existir entre los testigos y las partes no pueden llevar a considerar, de modo inexorable, que en sus declaraciones exista una deformación de la verdad. Ello, sin perjuicio de la valoración que el sentenciante realice de las declaraciones al momento de pronunciarse en base a las reglas de la sana crítica y teniendo en cuenta los demás elementos aportados a la causa” (Gozaíni, Ob. Cit. pág. 502).

Dicho esto, entiendo que la circunstancia de que los testigos López, Fernández y Olguín hayan sido compañeros de trabajo de Lucero, no es óbice para desacreditar lo expuesto por ellos. Observo que las declaraciones guardan coherencia unas con otras, todos afirman haber visto al actor en la empresa, manejando vehículos de gran porte propiedad de la firma del empleador, y que manejaba ciertos camiones de la empresa, tales como hidrogrúas y remolques. A ello le agregó lo que indica el testigo Romero, vecino de Lucero, que manifiesta haber visto algún camión frente a la casa del apelante. Por lo tanto, merituando todos los elementos probatorios, considero que el contenido del informe de fs. 274, aún con las debilidades formales a las que he hecho mención, toma fuerza si se lo analiza en conjunto con las declaraciones testimoniales.

Por todo ello, en virtud de la prueba incorporada en autos, y de la falta de oposición por parte de los demandados, tendré por acreditado el vínculo laboral con la empresa de transportes “Deriaz”, y por consiguiente consideraré como monto base para calcular el lucro cesante el salario básico de un empleado de transporte de acuerdo a las tareas que desempeñaba.

Como segundo agravio, el apelante considera exiguo y descontextualizado el monto de \$1.291 mensuales tomados como base o punto de partida por el “a quo” para determinar el monto indemnizatorio y que el monto del daño a reparar debe quedar librado a las probanzas que se aporten y criterio judicial.

Atento a lo resuelto en el primer agravio, corresponde, también, hacer lugar al presente, debiéndose tomar, como punto de partida para el cálculo indemnizatorio, la remuneración mensual que le corresponde a los choferes de camiones, obreros y empleados del transporte automotor de cargas generales.

El Máximo Tribunal Provincial explica en el fallo “Loza Longo” que cuando se trata de

indemnizaciones por daños y perjuicios (deudas de valor), las mismas permanecen al margen del nominalismo, ya que lo que se debe no es dinero, sino un valor, y por lo tanto, debe permitirse siempre su actualización. “La deuda de valor permite la adecuación de los valores debidos y su traducción en dinero al momento del pago, proceso que puede contemplar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, razón por la cual se ha entendido que no se encuentran alcanzadas por el principio nominalista, siendo susceptibles de experimentar los ajustes pertinentes que permitan una adecuada estimación y cuantificación en moneda del valor adeudado al tiempo de pago” (conf. Pizarro, R.D.- Vallespinos, C.G., Instituciones de derecho Privado. Obligaciones, Tomo I., Ed. Hammurabi, 1999, ps. 372/375). La realidad es que no se trataría propiamente de una actualización monetaria, sino de una evaluación que se realiza al momento de la sentencia.

La suma remuneratoria que servirá de monto base será la de pesos \$2.561,62 que resulta de la suma de \$ 2.134.69, salario básico de un conductor de Primera categoría conforme escala salarial vigente del convenio colectivo de trabajo 40/89 correspondiente al Sindicato de Choferes de Camiones, al mes de marzo de 2010, más el adicional del 20% por zona.

Respecto al tercer agravio, que el Sentenciante no tuvo por acreditado que el actor es un trabajador en relación de dependencia, me remito a lo expuesto y resuelto en el primer y segundo agravio.

En cuarto y quinto lugar, apela el actor la modalidad de cálculo de indemnización de lucro cesante que desdobra en dos períodos el lapso en el cual corresponde el resarcimiento. Considera que se ha fallado extra petita, en violación al principio de congruencia, que la modalidad de calculo utilizada lo perjudica notoriamente así como también la tasa de interés aplicable, ya que se alejarían de los resarcimientos equitativos y ajustados a los daños.

Señala que al aplicar la tasa mix, en lugar de la tasa activa, tiene como resultado un detrimento de su derecho de propiedad.

El Juez, a fin de calcular el resarcimiento por daño actual y futuro, distingue dos períodos: el primero (lineal), que transcurre desde el evento dañoso hasta el mes inmediato anterior al dictado de la sentencia, y el segundo, que va desde el dictado del fallo hasta que la víctima alcance la edad de 65 años, y con un interés anual del 16% a fin de que se le permita un retiro mensual similar a la suma a las que el damnificado se vería privado mensualmente.

El lucro cesante es “la ganancia que no ha ingresado al patrimonio de una persona y que por una causa atribuible a un hecho, impide el incremento patrimonial de la víctima. Ese hecho impeditivo frustra hacia el futuro el incremento patrimonial del damnificado. De no haberse interpuesto ese evento dañoso el curso natural y ordinario de las cosas hubiese determinado un ingreso económico” (López Mesa, Marcelo- Trigo Represas, Felix A., “Tratado de la Responsabilidad civil- Cuantificación del daño”, Ed. La Ley, 2006, pág. 77). Ocurrido el hecho ilícito, toda aquella ganancia a la que la víctima se vio privada, constituye lucro cesante.

Por lo tanto, en cuanto a la fórmula a utilizar para cuantificar el daño, debe distinguirse el lucro cesante ocurrido de aquel que va a ocurrir, ya que mientras el primero tiene ya un capital determinado que genera intereses, el segundo es un capital que al ser anticipado al presente, debe ser calculado con la referida fórmula matemático financiera, que resulta ser una fórmula para calcular el daño hacia el futuro, esto es el medio de calcular el capital que al tiempo de la sentencia es menester asegurar al dañado para compensar la pérdida futura, tal el sentido de la misma.

Por ello, coincido con el a quo en aplicar la fórmula combinada, es decir, distinguir, al momento de calcular el lucro cesante, dos períodos: uno al que se le aplicará la fórmula “lineal” que transcurre desde el acaecimiento del hecho hasta el dictado de sentencia definitiva, y otro al que se le aplicará la fórmula “matemática financiera”, que permite calcular el daño hacia el futuro, es decir, asegurar al dañado, al momento de resolver, que será compensada su pérdida futura.

De ninguna manera la aplicación de la fórmula polinómica afecta el principio de congruencia, en tanto que el mismo es un mecanismo de ponderación que no puede estar limitado por las pretensiones de las partes, encontrándose el mismo librado a la prudente apreciación judicial.

En relación a la tasa de interés aplicable a estos montos, cabe recordar que hasta el fallo “Loza Longo”, de fecha 27 de mayo de 2010, el Superior Tribunal de Justicia consideraba que la tasa de interés que cumplía más adecuadamente con su función resarcitoria y compensatoria por el daño sufrido era la Tasa Mix, la que resultaba de dividir por dos la sumatoria de la tasa Activa y la tasa Pasiva.

En el fallo citado se hace un replanteo de la cuestión, que concluye en la afirmación de que los jueces deben fijar el monto de la indemnización teniendo en cuenta los valores de reposición al momento de la sentencia, y que las deudas de valor (tales como la indemnización por daños y perjuicios) deben contemplar la pérdida del poder

adquisitivo de la moneda, por lo que pueden experimentar los ajustes necesarios a fin de obtener una adecuada estimación de la moneda al momento del pago. Por lo tanto, “frente a la nueva realidad económica financiera, entiendo que la Tasa Activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, es la más justa y equitativa pues es la que más se aproxima al objetivo a cumplir, que es lograr la reparación integral de los daños, y a su vez, desalentar la morosidad, cumpliendo también así una función moralizadora del proceso” (“LOZA LONGO, Carlos Alberto c/ R.J.U. COMERCIO E BENEFICIAMIENTO DE FRUTAS Y VERDURAS Y OTROS s/ SUMARIO s/ CASACION” (Expte. N° 23987/10-STJ).

Por consiguiente, el monto correspondiente al lucro cesante será determinado de la siguiente manera: la suma de la fórmula lineal, desde la fecha del accidente hasta la de la sentencia de primera instancia (como daño ocurrido), y de allí en más (como daño futuro), la denominada fórmula polinómica, bien que con los parámetros adoptados por este Tribunal en el precedente “Gutiérrez”, que por otra parte, muestra la errónea lectura que el apelante hace de la fórmula.

En el caso de la primera resulta la suma de \$ 147.078.-, atento a que el salario base a tomar para el cálculo es el correspondiente a mayo del año 2010, de \$ 2.561,62, y los meses corridos hasta la sentencia de primera instancia son cincuenta y tres (53), sobre los que corresponde adicionar el SAC proporcional correspondiente. A dicho capital se le adicionará un interés del 6% anual desde la fecha del accidente y hasta la fecha de sentencia de primera instancia, de allí en adelante corresponderá aplicar las tasas de interés fijadas en el precedente del STJRN “Loza Longo”, esto es: hasta el 31 de Mayo de 2010 la tasa mix y a partir del 1ro. de Junio de ese mismo año y hasta el efectivo pago la tasa activa, del Banco de la Nación Argentina para sus operaciones de descuento ordinarias.

Respecto de la fórmula polinómica, tal como anticipé, sigo los criterios fijados en autos “Gutiérrez Ramona c/Lincopan Gustavo Alberto s/Daños y Perjuicios” (Expte. N° 1832-SC-11), de fecha 29/03/12, por lo que tomo como base las siguientes variables: a) la edad del actor al producirse el dictado del fallo de primera instancia (39 años); b) el salario base potenciado, lo que resulta en la suma de \$ 4269,36.- (\$2.561,62 + proporcional de SCA x 60/39); c) el porcentual de incapacidad sobreviniente, que se computa como equivalente al 100% desde que, si bien se ha determinado médicamente en el 80%, considero que dicha incapacidad desde el punto de vista de la generación de recursos económicos hay que considerarla como absoluta, del mismo modo que lo ha

considerado el legislador en el régimen previsional; d) adoptar como edad hasta la cual se formula el cálculo, la de expectativa de vida de nuestro país, esto es la de 75 años; y e) adoptar como tasa de descuento, para el cálculo del capital anticipado, la del 4% anual. Conforme ello, aplicada la referida fórmula, resulta la suma total de \$ 968.716,66, a la que deberán adicionarse los intereses conforme las tasas fijadas en el precedente del STJRN “Loza Longo”, esto es: hasta el 31 de Mayo de 2010 la tasa mix y a partir del 1ro. de Junio de ese mismo año y hasta el efectivo pago la tasa activa, del Banco de la Nación Argentina para sus operaciones de descuento ordinarias.

Así, de la sumatoria de ambas ponderaciones (lineal y polinómica), el capital de condena por el rubro lucro cesante asciende a la suma de \$1.115.794,66.-, más sus respectivos intereses, conforme se indica ut supra.

En consideración al sexto agravio, en cuanto a la limitación de responsabilidad con que ha sido condenada la aseguradora de la demandada “La Perseverancia S.A.”, recordaré el principio general que rige en materia de indemnización por daños, y que surge principalmente de los artículos 61, 62 y 68 de la Ley de Seguros 17.418: “ el asegurador se obliga a resarcir, conforme el contrato, el daño patrimonial causado por el siniestro”, “que el contrato es nulo si se celebró con la intención de enriquecerse indebidamente con el excedente asegurado” y por ultimo, que “el asegurado no puede pretender en el conjunto una indemnización que supere el monto del daño sufrido”.

Ahora bien, la extensión de la prestación que brinda el asegurador puede sustentarse en base a dos presupuestos : “a) el efectivo perjuicio o destrucción del interés por el siniestro; b) el límite de la suma asegurada o medida en que la cobertura fue asumida por el asegurador. Cabe señalar el rigor de la regla que establece que el límite máximo de la prestación del asegurador esta determinado por el daño real y cierto, en la medida de la suma asegurada, principio consagrado por el artículo 61-2, Ley de Seguros. El pago hasta el limite máximo de la suma asegurada porta, entre otros fundamentos, el de la relación de equivalencia existente entre el premio y el riesgo. Dicha relación constituye clave de bóveda en el vínculo asegurativo ya que, desde una perspectiva económica, se ha concebido una técnica o recurso de compensación de riesgos para alcanzar la eliminación o neutralización de las consecuencias económicamente desfavorables de los eventos dañosos.” (Rubén S. Stiglitz, “Derecho de Seguros”, Tomo III, Ed. La Ley, 2004, ps. 92/93).

Por lo expuesto, es claro que los daños cubiertos por el seguro serán aquellos que deriven causalmente, en forma mediata o inmediata, del riesgo que se ha asegurado en

la póliza, y quien está obligado a probar el límite de la cobertura es el asegurador, quien acreditará fehacientemente si existen límites en la garantía comprometida o si existe un tope.

En efecto, el art. 109 de la Ley de Seguros establece que “el asegurador se obliga a mantener indemne al asegurado por cuanto deba a un tercero en razón de la responsabilidad prevista en el contrato, a consecuencia de un hecho acaecido en el plazo convenido”. Por otro lado, el artículo 118, determina que cuando un asegurador es citado en garantía, la sentencia que se pueda dictar contra el asegurado podrá ser ejecutable contra aquél solamente "en la medida del seguro", por lo que la eventual franquicia deducible que contenga la póliza, al formar parte de tal "medida del seguro", será oponible al tercero.

El apelante entiende que esta oponibilidad del contrato de seguro al tercero se contradice con lo que regula la ley de defensa del consumidor en su art. 37 inc. a), del que surge que se tendrán por no convenidas aquellas cláusulas contractuales que “desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños”.

En relación a este tema, cabe aclarar primeramente que desde la reforma a la ley 24.240 en el año 2008, por ley 26.361, el ámbito de aplicación de la misma se ha extendido a los contratos de seguros, en tanto en su art. 1 se establece que la ley tiene por objeto también defender a consumidores y usuarios quienes, sin pertenecer a la relación de consumo, ocasionalmente utilizan o se ven beneficiados de ciertos servicios como destinatario final. Ahora bien, ¿en que medida la ley de Defensa de Consumidor altera lo convenido por las partes en un contrato de seguro válido? ¿Es oponible al tercero una cláusula de limitación de responsabilidad, aún cuando no ha participado del contrato de seguro pero eventualmente se convierte en beneficiario del mismo?

Respecto del primer interrogante, coincido con aquel sector de la doctrina que entiende que este reglamentarismo de la ley de seguros no implica una sustitución de la voluntad contractual, o que desaparezcan las condiciones estipuladas libremente por las partes en la póliza, sino que lo que se pretendió con la reforma es que esas pólizas no contengan cláusulas que alteren principios básicos y fundamentales, y así constituir un marco de razonabilidad jurídica, de equidad y buena fe. Tales serían que el asegurador entregue al asegurado una póliza debidamente firmada, con redacción clara y fácilmente legible, claramente establecido el interés asegurado, los riesgos asumidos, el plazo de vigencia del seguro, etc.; ello sin perjuicio de que, a su vez, las cláusulas respeten intrínsecamente aquellas pautas de equidad y buena fe de las que hablo.

En relación al segundo interrogante, la mayoría de la jurisprudencia entiende que la cobertura del contrato del seguro debe ser oponible al tercero damnificado, aún luego de la modificación a la ley de defensa del consumidor del año 2008.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos “Obarrio, María Pía c. Microómnibus Norte” (Fallo del 4/3/2008, que fuere confirmado posteriormente en autos “Bonzi, Lucía Elena c. Almada, Oscar Raúl y otros” - 2009-12-01; “Almeida, Julio César c. La Primera de Grand Bourg S.A.T.C.I.” - 2010-09-07) ha dicho que (bien que refiriéndose a la aplicación de una franquicia): “corresponde admitir que la franquicia prevista en el contrato de seguro celebrado entre la compañía de seguros y el asegurado es oponible al tercero damnificado y que la sentencia no podrá ser ejecutada contra la aseguradora sino en los límites de la contratación” y se remite en cuanto a sus fundamentos a lo manifestado por ella en autos “Cuello, Patricia Dorotea c/ Lucena, Pedro Antonio” (07/08/2007).

En su voto, el Dr. Ricardo Luis Lorenzetti explica que la Ley Nacional de Tránsito impone a quienes sean propietarios de un automóvil la necesidad de un “seguro obligatorio” de responsabilidad civil frente a terceros para cubrir eventuales daños que pudiera ocasionar el dueño o guardián del automóvil. Así, ejemplifica que en los casos de seguro de transporte de pasajeros, la fracción de riesgo por la cual el asegurado debe participar en cada acontecimiento dañoso queda cubierto hasta la suma de \$ 40.000. Así, expone en autos “Cuello”, que: “existe una regla de derecho que establece con precisión la existencia de una franquicia. En tales condiciones el juez debe aplicar la norma, excepto que considere que es inconstitucional, lo que no ocurre en el caso. Que el contrato y la propiedad tienen protección constitucional en el derecho argentino y, en consecuencia, toda limitación que se disponga es de interpretación restrictiva. Esta tutela comprende tanto la libertad de contratar, que es un aspecto de la autonomía personal a la que todo ciudadano tiene derecho (art. 19 de la Constitución Nacional), como la de configurar el contenido del contrato, que es un supuesto del derecho a ejercer una industria lícita (art. 14 de la Constitución Nacional) y de la libertad económica dentro de las relaciones de competencia (art. 43 Constitución Nacional). La libertad de contratar, de competir y de configurar el contenido de un contrato, constituyen una posición jurídica que esta Corte debe proteger como tribunal de las garantías constitucionales. Debe afirmarse entonces que la libertad de ejercer una industria lícita, celebrar el contrato, fijar su contenido, están tuteladas constitucionalmente. Se viola este principio si, como en el caso, se modifica

judicialmente el contenido del contrato celebrado ejerciendo una industria lícita, conforme a la ley y reglamentaciones fijadas por el Estado.//Esta Corte ha dicho reiteradamente que las víctimas tienen un derecho a la reparación integral de los daños que sufren a causa de un accidente y ha reforzado toda interpretación conducente a la plena satisfacción de este principio. El instituto de la franquicia no es incompatible con este principio, sino que, por el contrario, beneficia a las víctimas al estar enfocado en la prevención.//Interpretada conforme a sus consecuencias, la decisión de declarar la inoponibilidad de la franquicia no constituye un beneficio para las víctimas. Establecida una regla semejante, los aseguradores eliminarán la franquicia, elevarán los precios y difundirán sus costos, lo cual aumentará el volumen de sus negocios. Si se incrementan los capitales asegurados y disminuyen los incentivos para la prevención porque el seguro se hace cargo de la totalidad de las indemnizaciones, se satisface el objetivo de la reparación pero disminuye drásticamente toda motivación para evitar los accidentes.//Las reglas de la responsabilidad civil y del seguro están asentadas sobre un delicado y complejo equilibrio, experimentado y cuya modificación exige un volumen de información apropiado, que, en el caso no está disponible.//Los contratos tienen efectos entre las partes y no pueden beneficiar ni perjudicar a terceros, salvo excepciones conocidas. Cuando se afirma que la víctima está perjudicada por la franquicia, y que ello la hace inoponible, se modifica una regla establecida en el derecho civil desde el año 1804. Los vínculos que se establecen entre las personas siempre afectan a los terceros desde el punto de vista económico o moral, pero si se permitiera que todos cuestionaran esas decisiones, no podría celebrarse contrato alguno. Por esta razón, la libertad de contratar está protegida constitucionalmente y nadie puede, so pretexto de un perjuicio ético o patrimonial, entrometerse en la esfera de autonomía de quien ha celebrado ese contrato. En el caso del seguro, la limitación del riesgo y la franquicia son razonables porque nadie dispondría de un capital para asegurar si no conoce cuál es la responsabilidad que asume.//De tal modo, no puede afirmarse que la franquicia es un instrumento que perjudica a terceros, ya que es el ejercicio razonable de una limitación del riesgo de la actividad. Si un tercero puede cobrar al asegurador una suma superior a la contratada, no sólo se viola la ley de seguros, sino que se consagra una obligación sin causa (art. 499 Código Civil)”.

Entiendo que mientras no se desnaturalicen los principios básicos del derecho y la buena fe contractual, debe darse prevalencia a lo que las partes han convenido libremente y coincido con el Ministro de la Corte en las consecuencias perjudiciales que

atraería la inoponibilidad de la franquicia a los terceros, además de la inseguridad jurídica.

Ahora bien, el accidente de tránsito que dio lugar a los presentes actuados, ocurrió con fecha 5/12/2005, fecha entonces en la que nació la obligación resarcitoria por parte de la aseguradora, por lo que la suma convenida deberá llevar, conforme lo he fijado más arriba, las tasas de interés decididas por el STJ in re “Loza Longo”.

Por todo lo expuesto, confirmo lo resuelto por el a quo y condeno a la aseguradora “La Perseverancia Seguros S.A.” a pagar al actor la indemnización debida hasta el límite acordado en la póliza con el asegurado (fs. 113), hasta \$ 70.000 respecto a daños corporales a personas y \$ 30.000 por daños a las cosas, todo ello en virtud de lo que regula el art. 118 de ley de seguros y en concordancia con el criterio asentado en autos “Obarrio”, “Bonzi” y “Almeida”, entre otros, de la Corte Suprema de Justicia.

Por último, el apelante ataca la imposición de costas a la aseguradora, en tanto el a quo entendió que deberá afrontarlas en idéntica medida y proporción a los demandados en virtud de lo dispuesto por el art. 68 y concordantes del CPCC y no en su totalidad.

Señala Stiglitz que la obligación de mantener indemne el patrimonio del asegurado es asumida en una extensión que no sólo alcanza la indemnización debida sino que también alcanza a las costas devengadas, y por lo tanto no quedaría satisfecha esta obligación cuando el asegurado deba acudir al instituto del reintegro o el reembolso. De allí que la doctrina afirma que el asegurado se halla cubierto no sólo contra su responsabilidad, sino también contra las pretensiones que se le deduzcan en función la misma responsabilidad, comprendiendo esta garantía las costas devengadas no solamente en sede civil sino también en laboral o penal.

De la normativa de la Ley de Seguros se desprende que el pago de los gastos y costas se debe en la medida en que fueron necesarios, por lo que el asegurado deberá soportar una parte del daño, y el asegurador deberá rembolsar los gastos y costas en la misma proporción. La obligación de la compañía aseguradora no puede quedar limitada al monto de la indemnización debida a la víctima, sino que deberá comprender también las erogaciones efectuadas por el asegurado en defensa de sus derechos: “Es que más allá de la suma asegurada, se observa una obligación complementaria del asegurador que comprende el pago de los gastos y costas judiciales y extrajudiciales para resistir la pretensión del tercero (arg. Arts. 109, 110, 111, ley 17.418; conf. Stiglitz, Rubén, “Derecho de Seguros”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, 2º edic. actualizada, tomo II, págs. 255/257; Halperín, Isaac, “Seguros” Depalma, Buenos Aires, 1998, 2º edic.

actualizada y ampliada por Barbato, Nicolás, págs. 650, 703), la que, por un lado, atento su fuente legal, imperativa, no resulta susceptible de limitación convencional, tornándose nula toda cláusula de la póliza de seguros por medio de la cual se pretenda retacear la extensión de dicha adicional carga de la aseguradora” (“Labarrione, Osvaldo Pedro y otra c. Madeo, Leonardo y otros”, Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 04/11/2011, Cita Online: AR/JUR/52950/2009, La Ley Online).

En virtud de lo expuesto, y en concordancia con lo que surge del artículo 111 de la Ley de Seguros, cuando los montos pretendidos por la víctima sean superiores a la cobertura contratada, la aseguradora deberá responder “en la proporción resultante de la comparación del monto cubierto con el que pone fin al proceso” (Stiglitz, Ruben S., “Derecho de Seguros”, tomo II, Ed. La Ley, 2004, pág. 400).

En síntesis, voto por confirmar lo resuelto por el a quo en cuanto a que la aseguradora citada en garantía La Perseverancia Seguros, deberá responder por las costas en igual medida al monto que le corresponde abonar en concepto de indemnización.

En suma, propongo que se haga lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la actora, modificando lo atinente a la remuneración mensual que debe utilizarse como monto base para regular lucro cesante y la tasa de interés aplicable al monto indemnizatorio.

Sostengo que debe confirmarse la modalidad de cálculo del monto indemnizatorio por daño futuro, combinando la fórmula lineal y la matemática-financiera, así como también la responsabilidad atribuida a la aseguradora, ciñéndola al monto límite de la cobertura que asciende a la suma de \$70.000, con más sus respectivos intereses, de conformidad con la doctrina dispuesta in re “Loza Longo” por el STJ.

En cuanto a la condena en costas, la aseguradora deberá responder en la misma medida en que afrontará sobre lo sustancial.

De conformidad con la solución propuesta, corresponde readecuar los honorarios establecidos en primera instancia.

En base a ello, se regulan los honorarios del letrado patrocinante de la actora, Dr. Daniel Faustino Lucero, en la suma de \$ 171.569.- (15% M.B. de \$1.143.794,66.-; Arts. 6, 8, 20 y cctes. L.A); los estipendios de los letrados intervinientes por los demandados y la citada en garantía PERSEVERANCIA SEGUROS S.A., de los codemandados Drs. Gabriela Forquera León hasta fs. 166, Pablo Gómez a partir de fs. 167 hasta 320, y a fs. 374 el Dr. Sergio Della Valentina, y por la aseguradora citada el último mencionado, en virtud del listisconsorcio (Art. 12 L.A) se fijan en conjunto y por tareas de patrocinio la

suma de \$160.131.- (10% M.B. de 1.143.794,66.-, incrementado en un 40% por efecto del Art. 12 L.A.), para distribuir en un 30% a favor de la primera, en un 20% para el segundo, y en un 50% para el tercero indicado, según la intervención que le cupo a todos los sucesivos profesionales en el derrotero de autos y en orden a las respectivas partes y etapas en las que asistieron (Arts. 6, 8, 9 y 11 L.A.). En todos los casos a cargo del respectivo asistido. A su turno, por tareas de apoderamiento de la citada en garantía, los emolumentos de la Dra. Verónica I. Hernández se fijan en la suma de \$ 32.026.- (40% de lo estimado por patrocinio en orden al porcentual del Dr. Della Valentina, correspondiente al desempeño de este para la citada en garantía cfr. Art. 10 L.A.).

Habiéndose regulado los honorarios de los peritos intervinientes teniendo en cuenta el monto base del proceso, corresponde también readecuarlos. Por ello, se fijan los estipendios del perito accidentológico Pedro Lucas Fillippi en la suma de \$ 17.157.- (1,5% MB. 1.143.794,66.-); y los del perito médico Jorge A. García en la suma de \$ 22.316.- (2% M-B. Lucro cesante procedente, por la suma de \$1.115.794,66.-).

Regular los honorarios de Alzada del letrado interviniente en esta instancia, Dr. Daniel Faustino Lucero, en un 30%, de lo que fuera oportunamente regulado por la actuación en primera instancia, adicionándole el 40% (exclusivamente en esta instancia), de conformidad con el apoderamiento acreditado a fs. 520/522 (Art. 10 y 15 Ley 2212, texto ordenado).

Costas en ambas instancias a los demandados perdidosos (cfr. Art. 68 CPCyC), Liliana Elizabeth San Román, Bienvenido Raúl San Román y la citada en garantía La Perseverancia Seguros S.A., en idéntica medida a la que debe afrontar lo sustancial.

Los Sres. Jueces, Dres. Alfredo D. Pozo y Jorge E. Douglas Price adhieren al voto precedente por sus mismos fundamentos fácticos y razonamientos jurídicos.

Por ello, la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería RESUELVE:

I.- Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por Omar Ariel Lucero, elevando el monto del rubro lucro cesante, y condenando a los demandados Liliana Elizabeth San Román, Bienvenido Raúl San Román y La Perseverancia Seguros S.A. a la suma de \$1.143.794,66.-, en concepto de capital integrado por daño emergente (\$8.000.-), daño moral (\$20.000.-) y lucro cesante (\$1.115.794,66.-), con los respectivos intereses, conforme se indica en los considerandos y rechazar los demás agravios, debiendo entenderse que La Perseverancia Seguros S.A. responde en la “medida del seguro”, por lo que responde por la suma convenida con más el interés que resulte de aplicar las tasas fijadas por el STJ in re “Loza Longo”, hasta el efectivo pago; con más

las costas en igual proporción a la que responde en concepto de indemnización.-

II.- Costas en ambas instancias a los demandados perdidosos (cfr. Art. 68 CPCyC), Liliana Elizabeth San Román, Bienvenido Raúl San Román y la citada en garantía La Perseverancia Seguros S.A., en idéntica medida a la que debe afrontar lo sustancial.-

III.- Readecuar los honorarios de los letrados intervinientes, por su actuación en Primera Instancia, regulando los estipendios del letrado patrocinante de la actora, Dr. Daniel Faustino Lucero, en la suma de \$ 171.569.- (15% M.B. de \$1.143.794,66.-; Arts. 6, 8, 20 y cctes. L.A); los estipendios de los letrados intervinientes por los demandados y la citada en garantía PERSEVERANCIA SEGUROS S.A., de los codemandados Drs. Gabriela Forquera León hasta fs. 166, Pablo Gómez a partir de fs. 167 hasta 320, y a fs. 374 el Dr. Sergio Della Valentina, y por la aseguradora citada el último mencionado, en virtud del listisconsorcio (Art. 12 L.A) se fijan en conjunto y por tareas de patrocinio la suma de \$160.131.- (10% M.B. de 1.143.794,66.-, incrementado en un 40% por efecto del Art. 12 L.A.), para distribuir en un 30% a favor de la primera, en un 20% para el segundo, y en un 50% para el tercero indicado, según la intervención que le cupo a todos los sucesivos profesionales en el derrotero de autos y en orden a las respectivas partes y etapas en las que asistieron (Arts. 6, 8, 9 y 11 L.A.). En todos los casos a cargo del respectivo asistido. A su turno, por tareas de apoderamiento de la citada en garantía, los emolumentos de la Dra. Verónica I. Hernández se fijan en la suma de \$ 32.026.- (40% de lo estimado por patrocinio en orden al porcentual del Dr. Della Valentina, correspondiente al desempeño de este para la citada en garantía cfr. Art. 10 L.A.).-

IV.- Readecuar los honorarios de los peritos intervinientes y, en consecuencia, regular los del perito accidentalógico Pedro Lucas Fillippi en la suma de \$ 17.157.- (1,5% MB. 1.143.794,66.-); y los del perito médico Jorge A. García en la suma de \$ 22.316.- (2% M-B. Lucro cesante procedente, por la suma de \$1.115.794,66.-).-

V.- Regular los honorarios de Alzada del letrado interviniente en esta instancia, Dr. Daniel Faustino Lucero, en un 30%, de lo que fuera oportunamente regulado por la actuación en primera instancia, adicionándole el 40% (exclusivamente en esta instancia), de conformidad con el apoderamiento acreditado a fs. 520/522 (Art. 10 y 15 Ley 2212, texto ordenado).-

VI.- Regístrese, notifíquese y vuelvan.-

Con lo que terminó el ACUERDO, firmando los Sres. Jueces, Dres. Edgardo J. Albrieu, Alfredo D. Pozo, y Dr. Jorge E. Douglas Price, por ante mí, que certifico.-

Dr. Edgardo J. Albrieu Dr. Alfredo D. Pozo Dr. Jorge E. Douglas Price  
Juez de Cámara Juez de Cámara Juez de Cámara

Dr. Jorge A. Benatti  
Secretario de Cámara