

Partes: Borda Graciela Beatriz c/ Michiels Cristian Ariel y otro s/ daños y perjuicios

Tribunal: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca

Sala/Juzgado: II

Fecha: 19-jun-2013

Sumario:

1.-En cuanto a la indemnización fijada como compensación de once meses de salarios dejados de percibir por la actora como consecuencia directa e inmediata del accidente, poco importa cuáles serían los ingresos actuales de la demandante, y menos todavía cuál es el salario mínimo, vital y móvil del presente, si las sumas concretas en que la actora se vio perjudicada fueron las específicamente fijadas por el juez de acuerdo a la denuncia de ingresos que la propia trabajadora hizo al demandar; además, sobre esa suma se mandaron a computar intereses, que son los destinados a paliar la indisponibilidad de uso del dinero desde entonces hasta el momento del efectivo pago.

2.-A efectos de fijar la indemnización por incapacidad, ante la ausencia de elementos que permitan concluir en una potencialidad mayor, debe estarse al Salario Mínimo, Vital y Móvil, que es lo mínimo que se presume que una persona puede obtener trabajando todas las jornadas y horarios hábiles durante un mes, debiendo computarse dicho salario al momento de la sentencia.

3.- Para que la chance sea indemnizable debe ser seria y personal de la víctima, no bastando una posibilidad genérica de progreso de todas las personas que se encuentren dentro de un grupo o clase, por amplio o reducido que sea; no alcanza, por ejemplo, la probabilidad genérica de mejora de la situación del país o de los salarios, por mucho que ella fuera muy verosímil y pudiere beneficiar a la víctima: la chance indemnizable no es general sino personal.

4.-No debe confundirse la pérdida de chance con las secuelas permanentes de daños físicos, en cuanto tienen proyección sobre distintas esferas de la personalidad, ya que éstas deben ser indemnizadas dentro del rubro incapacidad sobreviniente .

Fallo:

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a diecinueve de junio de 2013, reunidos en acuerdo los Señores Jueces de la Sala Dos de la Excm. Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial de este Departamento Judicial, Doctores Abelardo A. Pilotti, Leopoldo L. Peralta Mariscal y María Cristina Castagno, para dictar sentencia en los autos caratulados "Borda, Graciela Beatriz contra Michiels, Cristian Ariel y otro sobre daños y perjuicios" (expediente número 140.551), y practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y 263 del Código Procesal), resultó que la votación debía tener lugar en el siguiente orden: Doctores Peralta Mariscal, Pilotti y Castagno, resolviéndose plantear y votar las siguientes

## CUESTIONES

- 1) ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada, dictada a fs. 364/371?
- 2) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

## VOTACIÓN

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DR. PERALTA MARISCAL DIJO:

1. En cuanto resulta concreto, el juez de grado anterior hizo lugar a la demanda que por daños y perjuicios derivados de un accidente de tránsito promovió Graciela Beatriz Borda contra Cristian Ariel Michiels, a quien condenó a abonar una indemnización de \$ 67.235 más accesorios legales.

De los rubros que conformaron esa indemnización vienen dos a revisión de esta Alzada:

a) La suma otorgada para paliar la incapacidad total transitoria de la actora desde el momento del accidente hasta que pudo retomar sus tareas, por la que el a quo fijó una indemnización de \$ 4.400 tomando como base los ingresos por trabajos domésticos realizados durante tres horas de los días miércoles (que le significaban una remuneración mensual de \$ 80), y cuatro horas los días martes y viernes (por lo que se le pagaba \$ 5 la hora). Tuvo en cuenta que surge de las declaraciones colectadas que Borda realizaba otras tareas, por lo que computó un ingreso mensual de \$ 400. Se basó en un período de once meses, por el cual no pudo realizar esas tareas como consecuencia del accidente sufrido.

b) La indemnización por incapacidad sobreviniente, que el juez cuantificó en \$ 10.335, valiéndose a tal fin de la fórmula de matemática financiera de cálculo de renta futura que habitualmente se utiliza en este Departamento Judicial para fijar la indemnización por incapacidad. Las variables que computó fueron: 1. Incapacidad del 15%; 2. Ingreso promedio mensual de \$ 400 (basado en los fundamentos dados en el punto anterior). 3. Un período indemnizatorio de 33 años (la víctima tenía 42 años y estimó que el lapso resarcitorio debía alcanzar hasta que cumpliera 75 años de edad). 4. Una tasa de interés del 6% anual.

2. Contra esas determinaciones se alzó en apelación únicamente la parte actora a fs. 374, remedio que se le otorgó libremente a fs. 375. Expresó agravios a fs. 383/386, los que no fueron objeto de réplica según resulta del informe actuarial de fs.388.

Postula que las indemnizaciones cuestionadas deben ser más elevadas, destacando que reclamó sumas sustancialmente mayores (\$ 7.150 por el primer rubro y \$ 73.717 por el segundo), las que ni siquiera atan al juez ni a este tribunal por haberse peticionado lo que más o en menos resulte de la prueba producida o el prudente arbitrio judicial.

Señala que el ingreso de \$ 400 mensuales que computó el juez tal como fue estimado en la demanda correspondía a principios de 2006, sin otorgarse la chance de progreso del 35% peticionada al demandar ni ponderar el notable incremento del costo de vida que se produjo desde la fecha del accidente, de lo cual sería prueba suficiente la comparación

del monto del salario mínimo vital y móvil del año 2006 y el actual, que pide sea computado en la especie citando un fallo de la Sala I de esta Cámara.

Dice que "lo solicitado no implica adoptar una pauta de actualización, sino tan sólo observar el desfasaje económico operado a través de los años y el consiguiente aumento de precios e ingresos".

Con cita de otro fallo de la Sala I de esta Cámara, pide que se compute la chance de progreso de la actora no ponderada en la sentencia en crisis, que estima en un 20%. En base a ello, y al salario mínimo, vital y móvil "actual" que asciende a \$ 2.670, pide que se readecuen los valores de la fórmula polinómica utilizada tomando como tasa de interés la del 4% anual, impetrando en definitiva una indemnización por este rubro de \$ 113.397,50.

Con base en el mismo razonamiento, pide que la indemnización por incapacidad total temporaria se fije en la cantidad de \$ 35.244.

3. El recurso es parcialmente de recibo.

3.1. En cuanto a la indemnización fijada en \$ 4.400 como compensación de once meses de salarios dejados de percibir por la actora como consecuencia directa e inmediata del accidente, no habiendo la apelante cuestionado que esos fueran sus ingresos por entonces (antes bien, afirma que lo eran incluso en la expresión de agravios: "Que para arribar a ese monto aplicó la fórmula polinómica tomando la suma de \$ 400 como ingresos de la actora, de acuerdo a lo denunciado en el escrito de inicio y probado en autos" -la bastardilla no está en el original-), el embate carece de solidez. Poco importa a estos efectos cuáles serían los ingresos actuales de la demandante, y menos todavía cuál es el salario mínimo, vital y móvil del presente, si las sumas concretas en que la actora se vio perjudicada fueron las específicamente fijadas por el juez de acuerdo a la denuncia de ingresos que la propia actora hizo al demandar. Adviértase que sobre esa suma se mandaron a computar intereses, que son los destinados a paliar la indisponibilidad de uso del dinero desde entonces hasta el momento del efectivo pago.

3. 2. El segundo agravio resulta de abordaje más complejo.

Asiste, por lo pronto, razón a la apelante en cuanto a que es incorrecto tomar aquellos cuatrocientos pesos para computar la indemnización por incapacidad. Es verdad que por la época del siniestro la actora no desarrollaba su capacidad laborativa plena pues trabajaba pocos días por semana y menos horas que una jornada habitual. Sin embargo, el resarcimiento por incapacidad sobreviniente responde a una idea distinta que el lucro cesante, cuya indemnización se cuantificó precedentemente en \$ 4.400. En el caso ahora analizado, el quantum debe establecerse según la aptitud laborativa genérica y, aún, respecto de todos los aspectos de la vida de la víctima, en sus proyecciones individuales y sociales, de modo que corresponde indemnizarla aunque no realizara tarea laborativa alguna. De lo que se trata es de reparar una potencialidad mermada (Ver Alterini, Atilio Aníbal; Ameal, Oscar José; López Cabana, Roberto M: Derecho de Obligaciones, 4ª edición, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008, pág. 324).

En este derrotero, cabe señalar que ante la ausencia de elementos que permitan concluir en una potencialidad mayor, debe estarse al Salario Mínimo, Vital y Móvil, que es lo

mínimo que se presume que una persona puede obtener trabajando todas las jornadas y horarios hábiles durante un mes.

Determinado ello, corresponde decidir si ese salario Mínimo, Vital y Móvil debe computarse al momento del siniestro, al momento actual o a algún otro. La ley no da una solución clara al respecto y es menester realizar un esfuerzo interpretativo (art. 16 del Código Civil) para llegar a una solución sistémica, conforme a derecho, que respete los textos legales, sea justa y, a la vez, sienta criterio para favorecer la seguridad jurídica.

Se trata de desentrañar, principalmente, el alcance del art 1083 del Código Civil, según el cual "El resarcimiento de daños consistirá en la reposición de las cosas a su estado anterior, excepto si fuera imposible, en cuyo caso la indemnización se fijará en dinero. También podrá el damnificado optar por la indemnización en dinero". Siempre pensé -no recuerdo si llegué a plasmar explícitamente ese razonamiento en alguna sentencia, aunque lo he asumido al fallar- que como este precepto manda a reponer las cosas "a su estado anterior", la indemnización debía fijarse a valores del momento del hecho. Sin embargo, advierto ahora por un lado que no es indefectiblemente eso lo que dice la norma y, por otro, que en un contexto en que los procesos judiciales tardan años -lamentablemente- en elucidarse y la inflación asola -lo que es una realidad, más allá de que pueda discutirse su quantum-, esa solución es disvaliosa. Digo que el art.1083 no necesariamente manda a fijar la indemnización al momento del hecho porque, en realidad, lo que dice es que hay que reponer "las cosas a su estado anterior", pero señala luego "excepto si fuera imposible, en cuyo caso la indemnización se fijará en dinero", sin aclarar a qué momento (histórico o actual) debe fijarse esa indemnización en dinero; y esta excepción se da en autos pues no pueden reponerse las cosas a su estado anterior ya que la salud de la actora ha quedado definitivamente mermada. No siendo imperativo, por ende, indemnizar a valores históricos, cabe decir que en nuestro contexto económico, donde la tasa de interés que por doctrina legal fija la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (tasa pasiva del banco oficial, "Zgonc", Ac. 43.858 del 21-5-91) no alcanza para compensar la desvalorización y el no uso del dinero desde la mora (que, recordémoslo, ocurre in re ipsa en casos como el presente), no es precisamente justo interpretar que la indemnización debe fijarse a valores del momento del accidente; ni tampoco imperativo, pues -como vemos- no lleva ineluctablemente a eso el art. 1083 del Código Civil. Reconocida doctrina dice que "En principio el daño debe ser evaluado a la fecha de la sentencia, o a la fecha más próxima a ella... Ello es lógico: desde que el acto de la sentencia es la oportunidad procesal de fijar la cuantía del daño más cercana a la fecha del pago de la indemnización por el responsable -con lo cual el daño deja de subsistir en sentido económico...-, debe ser estimado a la fecha en que se dicta" (Alterini, Atilio Aníbal; Ameal, Oscar José; López Cabana, Roberto M: Derecho de Obligaciones, 4ª edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008, pág.302).

Propongo al acuerdo, por estas razones sumadas a que la actora no alegó ni probó una aptitud laborativa que le asegure un ingreso mayor al salario Mínimo, Vital y Móvil, tener éste en consideración, debiendo ponderarse el vigente en la actualidad, de \$ 2.670, al que se le adicionará un diez por ciento (que estimo prudencialmente en el caso en los términos del art. 165 del Código Procesal Civil y Comercial) pues la indemnización, según vimos, no busca paliar únicamente las mermas de índole laborativo sino la

afectación a la personalidad íntegramente considerada. Fijo ese adicional mínimo pues la demandante no alegó ni demostró que proceda una cantidad mayor.

Me adelantaré a otro agravio, pues es necesario para fijar la indemnización. Digo, en este sentido, que también debe ampararse a la actora en su queja atinente a que es inadecuada la utilización de una tasa de interés del 6% en la fórmula de cálculo de renta futura, como hizo el juez de primera instancia. Lo sentenciado en este punto no se ajusta a la realidad económica actual ni a la del momento del hecho, por lo que propongo rehacer el cálculo en base a una tasa de interés pura del 4% anual como propone el apelante, a pesar de que se limita a formular el postulado sin argumentación alguna.

Consecuentemente, bajo las premisas apuntadas, el porcentaje de incapacidad del 15% y el lapso de vida útil de la actora de 33 años, aplicando la fórmula polinómica de cálculo de renta futura que empleó el juez de primera instancia se llega a una indemnización de \$ 103.934,29. Tratándose de valores determinativos, propongo indemnizar la incapacidad de la parte actora en la cantidad de \$ 100.000.

3. 3. En cuanto a la "chance" de progreso, que en la demanda estimó en un 35% y en la expresión de agravios reduce a un 20%, no se ha probado en la especie, por lo que bien hizo el juez en no computarla.

No dudo que en abstracto proceda la indemnización por pérdida de chance. Si bien sólo corresponde indemnizar el daño cierto en cuanto a su existencia misma, y no el incierto, que es eventual, hipotético o conjetural porque puede tanto producirse como no producirse, en ciertas circunstancias, la "chance" es, como tal, cierta. "La pérdida de una probabilidad o chance, como daño cierto, es también resarcible: se repara por la probabilidad de éxito frustrada" (Alterini, Atilio Aníbal; Ameal, Oscar José; López Cabana, Roberto M: Derecho de Obligaciones, 4ª edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008, pág. 295). Pero tiene que haber certeza de que existe una chance de magnitud ponderable o, como ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación, debe haber "probabilidad suficiente, que supera la condición de un daño eventual o hipotético, para convertirse en un perjuicio cierto y por ello resarcible en los términos del art. 1067 del Código Civil" (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 14/12/99, "D. R.", citado por Piedecasas, Miguel A: La pérdida de chance en la CSJN, en "Revista de Derecho de Daños", 2008-1, "Chances", Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008, pág. 182), y en el caso ni siquiera se argumentó suficientemente en la demanda a ese respecto. No es que todos, siempre, tienen una chance de progreso como daño cierto indemnizable.

Como decía Cazeaux, "entre lo actual y lo futuro, lo cierto y lo incierto, lo hipotético y lo seguro, hay zonas limítrofes o zonas grises...", y ese es el caso de la chance. Sin embargo, dentro de esa situación de incerteza, es imperativo que exista algo cierto e indiscutible: la efectiva pérdida de la oportunidad de lograr un beneficio. (Cazeaux, Pedro Néstor: Daño actual. Daño futuro. Daño eventual e hipotético. Pérdida de chance, en "Temas de responsabilidad civil. En honor al Dr. Augusto M. Morello", La Plata, Platense, 1981, pág. 23 y siguientes).

Muy esclarecedora es la conceptualización dada por la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil: es "la privación de la oportunidad de participar, con algún grado serio de probabilidad, en un evento o disputa de resultado incierto, en el que se

habría definido la obtención de un beneficio económico" (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala C, 3/10/96, "M. M. M.", L:L: 1997-C-191).

Sólo hay pérdida de chance en nuestro Derecho si se da la frustración de una utilidad o beneficio patrimonial de producción muy verosímil. Ha resuelto la Corte Suprema de Justicia de la Nación que "para la procedencia del resarcimiento del rubro pérdida de chance debe acreditarse la existencia de un perjuicio con un concreto grado de probabilidad de convertirse en cierto" (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 15/7/97, "R. P. A.", L. L. 1997-E-15), siendo viable la reparación sólo en caso en que se constate la "efectiva frustración de una esperanza en grado de probabilidad con certeza suficiente" (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 17/7/96, "Ferrocarriiles Argentinos", L.L. 1997-B-431).

Los ejemplos que suele dar la doctrina muestran con claridad el carácter serio y circunstanciado que deben tener los presupuestos de la pérdida de chance: "...el de un caballo de carrera que se lleva al hipódromo para participar en un clásico, pero que no puede llegar a tiempo en razón de que el camión en el que se lo transportaba vuelca por imprudencia de sus conductores; o el de un abogado o procurador que dejan perimir un juicio o no interponen los recursos ordinarios pertinentes contra una sentencia adversa". Opuestamente, "la chance de nada más que una posibilidad muy genérica y vaga no implica sino un daño puramente hipotético o eventual; el que por ello no resulta entonces indemnizable" (Trigo Represas, Félix A.: La pérdida de chance en el derecho de daños. De la certidumbre de un perjuicio a la mera posibilidad o probabilidad. La noción, en "Revista de Derecho de Daños", 2008-1, "Chances", Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008, pág. 55 y siguientes). Ese, no tengo dudas, es el caso de autos.

La chance debe ser seria y personal de la víctima. No basta una posibilidad genérica de progreso de todas las personas que se encuentren dentro de un grupo o clase, por amplio o reducido que sea; no alcanza, por ejemplo, la probabilidad genérica de mejora de la situación del país o de los salarios, por mucho que ella fuera muy verosímil y pudiere beneficiar a la víctima: la chance indemnizable no es general sino personal. "Su apreciación se analiza tomando en consideración a la persona que lo sufre y a las circunstancias personales que la rodean o afectan" (Rinessi, Antonio Juan; Rey de Rinessi, Rosa Nélica: Pérdida de Chance: específico daño a la persona, en "Revista de Derecho de Daños", 2008-1, "Chances", Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008, pág. 234). Bien entendida, "Debe reparar un interés actual del interesado, que no existe cuando quien se pretende damnificado, no llegó a emplazarse en la situación idónea para hacer la ganancia o evitar la pérdida. El máximo tribunal se ha pronunciado acerca de la prueba del rubro pérdida de chance, señalando que no es posible suponerlo sin acreditación alguna, y ello constituye un elemento de importante incidencia práctica, ya que deben probarse los extremos que demuestren la existencia de esa posibilidad y de ese perjuicio cierto y real, aunque en grado de probabilidad. La pérdida de chance no se supone. Así, se ha rechazado su procedencia cuando no existen constancias que permitan determinar la existencia de un perjuicio con un concreto grado de probabilidad de convertirse en cierto, según lo exigido por la jurisprudencia de este tribunal", es decir de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Piedecabras, Miguel A: La pérdida de chance en la CSJN, en "Revista de Derecho de Daños", 2008-1, "Chances", Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008, pág. 183). En este sentido se ha señalado que "La oportunidad perdida debe ser cierta por causa del hecho de un tercero y para ello es necesario acreditar que existía tal oportunidad acompañando además todos los antecedentes para

su consideración, porque no basta sostener en forma abstracta esa circunstancia" (Rinessi, Antonio Juan; Rey de Rinessi, Rosa Nélica: Pérdida de Chance: específico daño a la persona, en "Revista de Derecho de Daños", 2008-1, "Chances", Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008, pág. 233).

La chance debe ser entendida conforme a "las especiales circunstancias del caso, sin caer en elucubraciones abstractas que desnaturalicen el instituto" (Piedecabras, Miguel A: La pérdida de chance en la CSJN, en "Revista de Derecho de Daños", 2008-1, "Chances", Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008, pág. 182).

Claro está, además debe ser seria: "Por chance seria hay que entender la probabilidad de un acontecimiento favorable, que debe ser apreciada objetivamente; ella se distingue de la simple esperanza puramente subjetiva. Y así la jurisprudencia francesa ha distinguido dos hipótesis: la primera es la situación en donde la víctima está en condiciones de correr su chance cuando una culpa -faute- ha sido cometida por el demandado; ejemplos en materia de carreras hípicas o de la responsabilidad de los abogados; la segunda se presenta cuando la chance no se ha corrido aún (aclaro que este es el caso que se presenta en autos y estamos juzgando). En este último caso la apreciación es mucho más severa, dándole carácter relevante a la proximidad del momento en el que la esperanza desaparecida podría haberse concretado; se cita como ejemplo la chance perdida de acceder a un empleo o a una profesión" (Mayo, Jorge A.: La pérdida de chance como daño patrimonial. La frustración como daño cierto, en "Revista de Derecho de Daños", 2008-1, "Chances", Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008, pág. 170)

Además de posible y probable, la chance indemnizable es aquella que debe quedar definitivamente frustrada (Piedecabras, Miguel A: La pérdida de chance en la CSJN, en "Revista de Derecho de Daños", 2008-1, "Chances", Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008, pág. 175), circunstancia que no se da en autos. Ciertamente, "La chance perdida debe ser definitiva, irremediable; la ventaja esperada se ha perdido, con certidumbre" (Mayo, Jorge A.: La pérdida de chance como daño patrimonial. La frustración como daño cierto, en "Revista de Derecho de Daños", 2008-1, "Chances", Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008, pág. 170), circunstancia que -como vengo diciendo- no se presenta en el caso juzgado pues a pesar de las lesiones padecidas no hay ningún dato objetivo que aflore de la causa que demuestre que la supuesta chance de progreso, de haber existido, se perdió irremediablemente como consecuencia del siniestro. A lo sumo, podríamos elucubrar al respecto, pero nada más, y ello es insuficiente.

En otro orden, es particularmente importante no confundir la pérdida de chance con las secuelas permanentes de daños físicos, en cuanto tienen proyección sobre distintas esferas de la personalidad. Estas corresponde que sean indemnizadas dentro del rubro "incapacidad sobreviniente"; y de hecho así lo propuse en el punto anterior al aumentar el diez por ciento el valor del Salario Mínimo, Vital y Móvil para el cálculo indemnizatorio. Digo, con Zannoni, que "las secuelas permanentes de daños físicos constituyen el interesante capítulo que los tribunales analizan a la hora de resarcir la incapacidad sobreviniente del damnificado, que no sólo se traduce en menoscabos de la capacidad de producir ganancias o lucros, sino en la frustración que tales secuelas proyectan sobre la persona misma y sus posibilidades de realización y goce de la vida (Zannoni, Eduardo A.: El beneficio o ganancia frustrada y las meras chances. Los daños hipotéticos o eventuales, en "Revista de Derecho de Daños", 2008-1, "Chances", Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008, pág. 94/95).

En el sub lite, la actora se limitó a señalar en la demanda que a la indemnización por incapacidad debe sumarse "una chance de progreso. Dicha chance, es el equivalente al 2% anual, elevado a la cantidad de años de vida útil que me restan", lo que es una expresión meramente dogmática, además de lacónica, que no se apoya en dato objetivo alguno ni explícita por qué razón existiría ni por qué sería de esa magnitud y no de otra. No se indicó, y mucho menos probó, que la actora estudiara o estuviera haciendo algún tipo de capacitación para mejorar laboralmente, ni se señaló que tuviera perspectivas, siquiera mediatas, de realizar otra actividad. Indemnizar, en estas circunstancias, tal supuesta "chance" de progreso, importaría contrariar la pacífica doctrina y jurisprudencia nacional, incluso la de la Corte Suprema de Justicia de la Nación precedentemente citada; sería avalar un enriquecimiento ilícito a costa del demandado. No esgrimió la actora una sola circunstancia que haga vislumbrar una posibilidad de progreso laboral a sus cuarenta y dos años. Estamos hablando de una chance incierta, conjetural; de un daño que, por lo tanto, no entra en la categoría de resarcible. No existe un solo dato objetivo que revele tal probabilidad en concreto; no lo ha puesto de manifiesto la demandante con argumentos y limitarse a "presumirlos" conlleva la violación del principio de congruencia en desmedro del derecho de defensa en juicio de la parte emplazada (art. 18 de la Constitución Nacional) pues sería condenada a pagar una indemnización mayor presumiendo hechos que ni siquiera fueron suficientemente explicados por la parte actora. La supuesta "chance" perdida es entonces una circunstancia meramente hipotética o conjetural que no ha sido adecuadamente hilvanada en la demanda y por ende no merece ser acogida por el tribunal, por no cuadrar en la categoría de daño cierto. "El reclamo del lesionado en un accidente de tránsito por la chance de progresar en su trabajo, y obtener beneficios económicos, no cabe ser indemnizado en la medida que las condiciones personales de la víctima y su actividad personal no hayan sido evaluadas. De lo contrario el reclamo significaría una posibilidad abstracta y general". (Rinesi, Antonio Juan; Rey de Rinesi, Rosa Nélida: Pérdida de Chance: específico daño a la persona, en "Revista de Derecho de Daños", 2008-1, "Chances", Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008, pág. 236/237).

En suma, "La pérdida de chance y el hándicap constituyen excepcional fuente de reparabilidad, y requieren puntual y concreta demostración de que existieron. No alcanza con invocar la posible pérdida de actividad in genere, sino que para cada supuesto debe mediar probabilidad razonable, con grado de certeza de que una expectativa resultó frustrada por efecto del accidente y la lesión. Hace falta mucho más que la invocación de la posibilidad de no obtener tal o cual trabajo, por eventual disminución de las aptitudes con determinación precisa de la incidencia que en la situación laboral dada, y en perspectiva tuviera aquella minoración" (Daray, Hernán: Derecho de daños en accidentes de tránsito. Doctrina y jurisprudencia sistematizada. 2. Reparación de los daños, 2ª edición, Buenos Aires, Astrea, 2008, pág. 607/607, donde cita a la CNCiv, Sala B, 21/8/95, "Pellegrino").

Con este alcance, voto por la negativa.

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DOCTOR PILOTTI DIJO:

Adhiero en lo principal al voto dado en primer término por el distinguido colega de Sala.

Coincido en la solución respecto del lucro cesante toda vez que no se acreditó otro que el reconocido.

Coincido en líneas generales también con la solución propuesta para la determinación de la indemnización por la incapacidad derivada del siniestro. Reiteradamente me he mostrado favorable a utilizar el Salario Mínimo Vital Móvil para determinar la capacidad económica de un individuo ante la falta de toda otra prueba que nos demuestre una realidad o capacidad potencial distinta, así en minoría sostuve (Expediente 138.972):

"Ante una demanda que expresamente invocó que reclamaba una determinada suma o "lo que en más o en menos resulte de las probanzas a realizarse", es procedente conceder más de lo inicialmente indicado en aquella si así resulta procedente de las constancias de autos y sin que por ello se viole el principio de congruencia o el de defensa en juicio.

"Si el actor no pudo acreditar los emolumentos que percibía por las tareas que sí acreditó realizar, es el juzgador en virtud del art. 165 último párrafo del CPC quien debe mensurarlos y el S.M.V.M. es la más apta de las pautas objetivas con que contamos en esta situación.

"Tratándose de un certero dato de la realidad, de público y notorio conocimiento que como tal no es necesario que haya sido acreditado o invocado expresamente en la instancia de origen, desde que su utilización como parámetro objetivo (y de oficio) al tener que mensurar una reparación en los términos que nos impone el ya citado art.165 del CPC, en modo alguno requeriría el sometimiento previo a juzgamiento de su aplicación en la instancia de origen (art. 272 del CPC).

"En conclusión, al valorar una pérdida de capacidad de generar recursos económicos, salvo prueba expresa en contrario, no debemos presumir, que una persona fuera incapaz de generar la menor medida legalmente establecida como piso remuneratorio para un empleado soltero en una jornada completa."

Asimismo, más recientemente, en expediente 140.250 tuve oportunidad de decir, a la hora de cuantificar el daño por incapacidad que "ha de utilizarse como variable, ante la falta de otra prueba como se dijo más arriba, el Salario Mínimo Vital Móvil, que es la suma mínima ponderada por el Estado para que viva un trabajador soltero, y como también es procedente admitir la expectativa de progreso que habría de tener el actor en su vida económica si no hubiera ocurrido el accidente que causó el daño, entiendo que tal expectativa desde la fecha del siniestro hasta el presente está dada por el incremento objetivo y comprobable ocurrido en el mentado piso remuneratorio (SMVM), por lo que propongo entonces tomar derechamente el vigente en la actualidad (Resolución C.N.E.P.S.M.V.M. N° 2/2012 = \$ 2875). Pero además es lógico suponer, de aquí en más, que en toda una vida de trabajo (en relación de dependencia o de modo autónomo) existirá un incremento de los ingresos que en la generalidad de quienes logran insertarse en el mercado laboral llega al final de su vida útil al menos a duplicarse o triplicarse. En razón de ello, teniendo en cuenta la falta de prueba concreta al respecto, y promediando la inexistencia de progreso inicial (aunque como vimos al ponderar el SMVM siempre hay posibilidades de progreso, siquiera por el paso del tiempo y mejoras generales), con

un mínimo de expectativa personal esperable, pondero en un magro 20%, por tratarse de aquí en más de una mera posibilidad."

Es evidente entonces que he de adherir a la utilización del SMVM vigente al momento de dictar sentencia como pauta objetiva propuesta para mensurar este rubro, y también lo hago en cuanto propuso incrementarlo en un 10% en tanto se debe reparar la afectación a la personalidad íntegramente considerada y por las razones allí dadas en tal medida.

Disiento en cambio, aunque solo en términos generales con la rígida postura manifestada en el voto en cuanto no admite la posibilidad de que exista chance de progreso, mas coincido en que en el caso puntual que nos convoca no la hay.

Basta para así resolverlo en autos el adecuado argumento del voto al que adhiero en cuanto le reprochó a la actora no haber hilvanado adecuadamente en demanda las razones de procedencia de la "chance" solicitada, y que de admitírsela se violaría en este supuesto el principio de congruencia pues no se le ha permitido a la accionada defenderse adecuadamente de esa parte de la pretensión (art. 18 CN y 163 inc.6 del CPC).

Por último, como venimos admitiéndolo de modo reiterado he dicho que "... en la tasa de interés que corresponde aplicarse en la mentada fórmula matemática, le asiste razón [al apelante], pues la tasa del 6% es dejada de lado por la del 4% que responde con mayor certeza a la realidad actual económica, pues es la que determina la mayor o menor magnitud del capital necesario para obtener una renta periódica a lo largo de un determinado período de tiempo colocándolo a interés en el mercado financiero, en el que las tasas puras que actualmente se pueden obtener resultan incluso negativas frente a la pérdida de valor de la moneda, por lo que resulta necesario disminuir la expectativa de obtención de tasa del 6 al 4%." (Exp.: 140.250), por lo que también adhiero a este punto del primer voto.

Con estas aclaraciones también voto por la negativa.

A LA PRIMERA CUESTIÓN LA SRA. JUEZ DOCTORA CASTAGNO DIJO:

Adhiero por sus esclarecedores fundamentos al voto del Dr. Peralta Mariscal y al propio tiempo, hago más las acotaciones que vierte en el suyo el Dr. Pilotti y, con tal alcance,

Voto por la negativa.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DOCTOR PERALTA MARISCAL DIJO:

En virtud del resultado arrojado por la votación a la primera cuestión, corresponde confirmar la sentencia dictada en autos en cuanto determina el lucro cesante de la actora por los meses concretos que estuvo sin trabajar, y modificarla en cuanto a la indemnización por incapacidad sobreviniente, que se eleva a \$ 100.000 en valores al día de la fecha. Habiéndose establecido un monto actual para este rubro, la tasa de interés que deberá correr desde el momento del hecho es la pura del 4% anual hasta este momento y, en adelante, debe calcularse a la pasiva del Banco Oficial hasta el momento

del efectivo pago (Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, "Zgonc", Ac.43.858 del 21-5-91), interés que correrá también respecto de los demás rubros por todo el período indemnizatorio.

Propongo que las costas de alzada se soporten en el orden causado, atento al limitado éxito del recurso (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial).

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DOCTOR PILOTTI DIJO:

Adhiero al voto del Dr. Leopoldo L. Peralta Mariscal.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN LA SRA. JUEZ DOCTORA CASTAGNO DIJO:

Adhiero al voto del Dr. Leopoldo L. Peralta Mariscal.

Con lo que terminó el acuerdo dictándose la siguiente

SENTENCIA

Y VISTOS: CONSIDERANDO: Que en el acuerdo que antecede ha quedado resuelto que la sentencia apelada no se ajusta totalmente a derecho.

Por ello, el tribunal RESUELVE:

- 1) Confirmar la sentencia apelada en cuanto determina la indemnización por lucro cesante respecto de los períodos concretos dejados de trabajar por la actora, más los intereses fijados en primera instancia;
- 2) Modificarla en cuanto a la indemnización por incapacidad sobreviniente, que se eleva a \$ 100.000 en valores actuales. Los intereses a calcular sobre el capital de este rubro serán del 4% anual desde el momento del hecho hasta hoy y, en adelante, a la tasa pasiva del banco oficial hasta el momento del efectivo pago.

Hágase saber y devuélvase.

Peralta Mariscal

Castagno

Pilotti

Ante mí: Fabiana Vera.