

Choque Frontal De Dos Omnibus En Una Ruta Fallecimiento De Los Padres De Una Menor Lesiones Físicas Y Dano Psicologico

JURISPRUDENCIA

padres de una menor. Lesiones físicas y daño psicológico

resarcitoria de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de un accidente ocurrido al impactar frontalmente dos ómnibus en una ruta nacional; y se hace lugar al pedido de la Defensora de Menores de depositar los fondos a nombre de la menor en un plazo fijo en dólares.

En Buenos Aires, a los 13 días del mes de abril del año dos mil quince, hallándose reunidos los señores jueces de la Sala ?M? de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Dres. Elisa M. Diaz de Vivar, Mabel De los Santos y Fernando Posse Saguier, a fin de pronunciarse en los autos ?Lucero, José Ángel Osvaldo y otro c/Transportes Automotores de Cuyo TAC Ltda. y otros s/daños y perjuicios?, expediente n°116825/2004 del Juzgado Civil n°11, la Dra. Diaz de Vivar dijo: I.- La sentencia dictada por la Dra. Alejandra D. Abrevaya, hizo lugar a la demanda promovida por José Ángel Osvaldo Lucero, por derecho propio y en representación de su sobrina menor de edad C L y condenó a Cooperativa de Trabajo Transportes Automotores de Cuyo T.A.C. Ltda. en un 80% y a Nueva Chevallier S.A. y Protección Mutual del Transporte Público de Pasajeros en un 20% a abonarle a C L la suma de \$.... Para José Ángel Osvaldo Lucero se estableció la suma de \$..., y además se establecieron las costas del proceso en la proporción que cada demandada debe responder frente a los damnificados. La condena se hizo extensiva a Protección Mutual del Transporte Público de Pasajeros Se trata de un accidente ocurrido el 14 de septiembre de 2003, a la altura del kilómetro n°275 de la ruta nacional n°8, en las proximidades de Colón, provincia de Buenos Aires. En él se vieron involucrados dos ómnibus, uno perteneciente a la empresa Nueva Chevallier S.A. y otro de la empresa Transportes Automotores de Cuyo -T.A.C- Ltda.- Ambos impactaron frontalmente ocasionando el fallecimiento de varios pasajeros y lesiones graves y leves en otros tantos, lo que dio lugar al inicio de varios procesos. C L viajaba junto a sus padres y su abuela materna en un micro de la codemandada Transportes Automotores de Cuyo TAC Ltda., y a causa de la colisión fallecieron sus padres y la abuela, sufriendo C -de dos años de edad al momento del hecho-, diversas lesiones de gran consideración. Como consecuencia del ilícito, se labró la causa penal n° 32.144, que en copias certificadas tengo a la vista, que tramitó por ante el Juzgado de Garantías, Unidad Funcional n°3 del Departamento Judicial de Pergamino, provincia de Buenos Aires, que se extinguió por el deceso de ambos conductores. Si bien, a fs. 152/153 se ordenó la acumulación de las presentes actuaciones a los autos caratulados ?Ruiz, Walter E. c/ Nueva Chevallier S.A. s/ daños y perjuicios? y a fs. 300/304 se ordenó la acumulación de las presentes actuaciones a los autos ?Cañedo de Quintero c/ Nueva Chevallier s/ daños y perjuicios?, ?Domínguez, José c/ Coop. de Trabajo s/ daños y perjuicios?, ?Ali, Víctor c/ Nueva Chevallier s/ daños y perjuicios?, ?Sambraín, María c/ Transporte Automotor Chevallier s/ daños y perjuicios?, ?Peralta, Marcos c/ TAC s/ daños y perjuicios?, ?Herrera, Patricia c/ Coop. de Trabajo TAC s/ daños y perjuicios?, ?Carrizo, Juan c/ Nueva Chevallier s/ daños y perjuicios? y ?Lucero Morales, Lucas D. c/ La Nueva Chevallier s/ daños y perjuicios?, a fs. 589/590 se ordenó la desacumulación de las presentes actuaciones. En su pronunciamiento la magistrada otorgó a C L la suma de \$... por incapacidad física y psíquica, \$... por tratamiento psicológico, \$... por valor vida y \$... por daño moral. A su vez, otorgó a José Ángel Osvaldo Lucero la suma de \$... por daño psicológico, \$... por tratamiento psicológico, \$... por gastos de asistencia médica y farmacológica y \$... por gastos de traslado. Determinó además que las sumas devengarán intereses moratorios a partir de la fecha del accidente con excepción del tratamiento psicoterapéutico que por ser una erogación futura generará intereses a partir de que quede firme el pronunciamiento. Sostuvo que se deberán liquidar los intereses por la mora a la tasa activa cartera general (préstamos) del Banco de la Nación Argentina. Contra la sentencia de primera instancia se alzó la parte actora a fs. 658, quien se quejó de la solución decidida con sustento en las razones expuestas en su expresión de agravios de fs. 694/697. Al respecto advierte que si bien el Dr. Edgardo Víctor Lertora es apoderado del tutor tío de la menor por derecho propio, la expresión de agravios está sólo referida a C, quejándose por el lapso de tratamiento psicológico considerado, al que presume reducido y por la indemnización por daño moral que le corresponde, con lo cual respecto de José Ángel Lucero el fallo ha quedado consentido (fs. 648 a 650vta). La citada en garantía apeló la sentencia a fs. 662 y expresó sus agravios a fs. 685/692, los cuales fueron respondidos por la parte actora a fs. 699/701. Si bien la codemandada Nueva Chevallier S.A., apeló la sentencia a fs. 660, su recurso fue declarado desierto a fs. 714. El Defensor de Menores apeló la sentencia a fs. 665 y la señora Defensora de Menores de Cámara sostuvo el recurso a fs. 704/708. Por último, a fs. 712/713 dictaminó el señor Fiscal de Cámara. Al no estar cuestionada la responsabilidad atribuida por la Señora Juez a quo, corresponde avocarse al tratamiento de cada partida que fue objeto de agravio. II.- Montos indemnizatorios cuestionados respecto de C. L.. El punto de partida en este abordaje es el concepto de incapacidad como daño resarcible, ya que es sabido que

no queda limitado a lo específicamente laboral y menos en relación con la actividad rentada de la víctima con anterioridad al hecho ilícito. Lo que se aprecia es que tal indemnización o pérdida de chance tiende a resarcir la incidencia que tendrá la disminución de posibilidades en el plano económico del damnificado, en el de los trabajos que podrá desarrollar y en los distintos órdenes de la vida a consecuencia del daño inferido. El art. 5° del Pacto de San José de Costa Rica, explícitamente reconoce el derecho de toda persona al respeto y salvaguarda a su integridad física, psíquica, moral, honra y al reconocimiento de su dignidad de conformidad con el (art.75 inc.22 C.N.). No se trata pues sólo de la reparación del daño psicofísico, sino que en una concepción integral de la persona en la que debe contemplarse toda alteración que implique una modificación personal en las dimensiones corporales, psicológicas o espirituales de la víctima (conf. voto de los Dres. Belluscio, Petracchi y Bacqué en fallo de la Corte Suprema del 5-8-86, "Luján, Honorio Juan c/ Estado Nacional s/ daños y perjuicios").-

a) Incapacidad física y psíquica : En la demanda en orden a la incapacidad también se incluyó el daño estético por la cicatrices en el rostro (fs. 160). La citada en garantía sostuvo que si bien no discute que la menor sufrió fracturas y fue intervenida quirúrgicamente presentando cicatrices, debido a su corta edad y a que las fracturas consolidaron adecuadamente, no corresponde establecer sin más porcentajes de incapacidad, toda vez que mantiene la funcionalidad de sus miembros. La pérdida de siete piezas dentarias, por tratarse de dientes de leche, no habiéndose informado tampoco complicación o secuela alguna en la masticación o en la fonética, tampoco corresponde considerarlas como incapacitantes. Por último, consideró que a la edad de C no era posible hablar de una incapacidad sobreviniente en tanto no desempeñaba a esa altura de su vida una actividad productiva y que sí debía evaluar una pérdida de chance como legítima expectativa de un cierto desarrollo laboral, social. Por su parte, la señora Defensora de Menores de Cámara, teniendo en cuenta las gravísimas secuelas físicas, estéticas y psicológicas que presenta la menor y el alto grado de incapacidad física y psíquica sobreviniente, consideró que la suma de \$... era insuficiente. Por lo tanto, solicitó su elevación. Adviértase que la sentenciante de grado consideró que tratándose de menores de edad, no era posible hablar de una incapacidad sobreviniente, en tanto no desempeñaba a esta altura de su vida una actividad productiva y que lo que se evaluaba entonces era la pérdida de chance, como legítima expectativa de un cierto desarrollo laboral, social, en el curso natural y ordinario de la vida, fijando una indemnización de \$.... Me remito a lo expuesto al principio de este punto. Con las constancias obrantes en autos, quedó acreditada la atención que recibió C L tanto en el Hospital Zonal San José de Pergamino (fs. 402/436) como en el Hospital de Pediatría Prof. Dr. Juan P. Garrahan (fs. 374/380). Sufrió fractura expuesta de fémur derecho, fractura de fémur izquierdo, politraumatismos varios, trauma facial, úlcera de córnea, pérdida de piezas dentales y fue intervenida quirúrgicamente.

1. De acuerdo con la pericia médica presentada por la Dra. Rene Elena Abdelnur, C L presentó fractura femoral bilateral y fractura de húmero proximal, fractura tibial. Las fracturas en ambos miembros inferiores consolidaron sin desplazamiento, cicatriz en glúteo y pérdida de siete piezas dentales. El grado de incapacidad fue estimada en el orden físico del 34% (fs. 472/474). La pericia fue impugnada a fs. 481/482 por la citada en garantía, quien cuestionó el grado de incapacidad dado que las fracturas consolidaron correctamente y a que la movilidad articular no presenta limitaciones y a que la menor mantiene una marcha normal. Se quejó también por la falta de descripción de las cicatrices a los fines de que el juzgador pueda valorarlas y por último, consideró que como C tenía dos años al momento del accidente, los dientes que perdió eran los de leche y por lo tanto serían reemplazados por los definitivos. La experta respondió la impugnación a fs. 490. Describió que la niña presenta una cicatriz en glúteo derecho de 5 x 0,5 cm; cicatriz en pierna derecha de 4x 2 cm y tres cicatrices en el rostro (una de 10 x 0,5 cm, otra de 2x 1,5 cm y la tercera de 1,5x 0,5 cm), que configuran una deformación permanente de rostro. En la anamnesis que plasmó la peritación psicológica se indicó que en la escuela le preguntan qué le pasó en cara y tiene que explicar el accidente (fs.510 vta). Agregó la Dra. Abdelnur que en su marcha, la menor manifiesta algias en el apoyo de su pierna derecha y una diferencia en la longitud de sus miembros inferiores, que se indicó en el gráfico de fs. 490 y es demostrativo de la diferencia de longitudes entre una pierna y otra. El apoyo en ambos miembros inferiores en un niño que tiene -como en el caso- que completar su desarrollo, trae complicaciones en el crecimiento ya que el apoyo no es equilibrado y de esto depende el crecimiento armónico de su esqueleto, para los miembros inferiores, pelvis y columna. Por último, sostuvo que la pérdida de piezas dentales aunque hubiera ocurrido en la infancia, genera problemas y que al momento del examen faltan dientes en hemimaxilar derecho cuando por su edad debiera contar con la dentición completa. No hay duda que la importancia de las lesiones permanentes padecidas por la menor son de gravedad, no sólo porque las sufrió desde sus dos años de edad sino porque también, afectaron de manera absoluta y total el desarrollo de todas las esferas de su vida de relación. Baste leer el informe de su internación cuando tenía dos años, en el que se describe su angustia, signos fóbicos y trastornos oníricos, soportando operaciones, yeso pélvico, para concluir en que el accidente importó un punto de partida de profundos cambios en su cuerpo, emociones y personalidad.

2. Enfocando el daño psicológico consiste en la perturbación del aparato psíquico, que reviste carácter patológico, causada por situaciones inusuales de cierta gravedad que impactan abruptamente sobre un sujeto y se configura por la alteración o modificación patológica del aparato psíquico como consecuencia de un trauma que desborda toda posibilidad de elaboración verbal o simbólica (conf. Milmaniene en Ghersi y otros, Accidentes de tránsito, T.I, p.132;

esta Sala ?Mendoza Martín Sebastián c/ Balduzzi Gustavo Gerardo s/ daños y perjuicios?, de fecha 15-03-07, expte. n°456.311). El licenciado en psicología -Marcelo Fabián Aruj- presentó su dictamen a fs. 507/514. Sostuvo que C, como consecuencia del accidente ha desarrollado un trastorno de origen reactivo que se encuentra en estado crónico, que puede diagnosticarse como neurosis post traumática. Sostuvo que el tratamiento que está realizando sirve de apoyo y orientación para acompañarla en las sucesivas etapas y crisis vitales pasadas y futuras y que necesitará apoyo terapéutico por tiempo indeterminado. Determinó que la incapacidad psicológica que presenta producida por la neurosis post traumática es del 15%. Agregó que existen factores concausales que pueden incrementar la ansiedad y el estrés, como el conflicto por su tutela que mantiene su tío -hermano del padre- con su abuelo materno, pero adviértase que en definitiva tienen el mismo origen, o sea en la orfandad a la que quedó sometida por el ilícito.

Por lo tanto, teniendo en cuenta la naturaleza de la lesión, lo informado por los expertos en sus presentaciones y de acuerdo a las reglas de la sana crítica (art. 386 parr. 1° del Cód. Proc.) que no son otra cosa que la lógica y la experiencia del juez de acuerdo al recto entendimiento humano, considerando que la edad al momento del accidente y los daños que padece considero que la suma otorgada en la sentencia de grado (\$...) resulta reducida, por lo que propongo al Acuerdo su elevación a la suma de \$..., comprensiva de los aspectos reseñados. Tratamiento psicológico. En la sentencia de grado se determinó que C L requería de un tratamiento psicológico de un lapso prudencial que fue fijado en tres años con una sesión semanal y un costo de \$... y por lo tanto, se otorgó la suma de \$.... La señora Defensora de Menores cuestionó el tiempo considerado por la señora Juez frente al tratamiento indicado por el perito designado de oficio. Y así, solicitó que se elevara la suma fijada para cubrir el tratamiento, el que no podría concederse por un lapso inferior a veinte años, porque de acuerdo con la pericia psicológica C está recibiendo tratamiento, pero necesita continuar con el apoyo terapéutico por tiempo aún indefinido (fs. 510vta). El trauma psicológico como acontecimiento extraordinario, negativo pone en riesgo el bienestar de la persona al desequilibrar el sistema mental desde el punto de vista de las emociones y comúnmente aparece al ser protagonista o testigo de un hecho vinculado al daño o la muerte de otro ser humano, o cuando recibe una noticia inesperada y trágica relacionada con un ser querido. El individuo sometido a un acontecimiento extraordinario o repentino que pone en riesgo su vida o integridad, produciéndole un desequilibrio que sobrepasa sus emociones y capacidad de respuesta, genera lo que se denomina un trauma psíquico o psicológico que es vivido como amenaza psicológica o vital permanente de la que no puede escapar, sin la ayuda especializada. No cabe duda que un hecho traumático, caracterizado como dije como un episodio descomunal y externo, repercute como un estímulo de intensidad abrumadora y provoca en cualquiera el debilitamiento o bloqueo de determinadas funciones aunque sea temporalmente. El Dr. Robles Gorriti, quien fuera psiquiatra infantil Jefe del Servicio del Hospital Italiano, explicaba en un trabajo sobre los miedos en los niños que si en una etapa de la vida en la que es propio que aparezcan determinados temores (pérdida de la madre, oscuridad, etc.), se produce un hecho confirmatorio de ellos (muerte, apagón), el registro en la psiquis del niño perdura y marca su vida futura. Adviértase que además de la situación vivida por la menor ante el choque en sí, se sumó la pérdida de sus padres y el largo proceso de recuperación de las graves lesiones que ella misma sufriera, el conflicto familiar por la tutela, todo lo cual sin duda alguna ha dejado importantes secuelas en su personalidad ya que de lo que se trata es de la atmósfera emocional que queda (?trauma acumulativo? que quizá conduzca a elaborar creencias de tipo ?soy culpable de lo que pasa?, ?soy una carga?). La psicología ilustra sobre la experiencia temprana del niño de la ?relación con el otro?, quien desde recién nacido demanda la protección y alimento de la madre y que en el caso, no tuvieron más respuesta -más allá del cariño que le hayan brindado sus familiares-. Ese recuerdo o memoria es imborrable y suelen manifestarse en bloqueos emocionales o incapacidad de afrontar determinado tipo de acontecimientos. Entiendo pues, que el alcance de la expresión referida a la imposibilidad actual de fijar un plazo de tratamiento, apunta a la evolución o respuesta que la paciente pueda dar al tratamiento. Comparto que tres años son insuficientes, con mayor razón cuando C está atravesando la adolescencia, por lo cual propiciaré que se extienda hasta su mayoría de edad, etapa en la que podrá autodeterminarse sobre la continuidad o no frente a sus necesidades y la elaboración de su proyecto de vida futura. Por lo expuesto, considero que asiste razón a las apelantes y que el lapso del tratamiento psicológico de C. L. como así también el monto otorgado resulta escaso. Por lo tanto, de conformidad a lo establecido en el art. 165 del Código Procesal, propongo al Acuerdo su elevación a la suma de \$.... b) Valor vida: La Defensora de Menores e Incapaces de Cámara sostuvo que a efectos de cuantificar el daño padecido por su representada, debía tenerse en cuenta el desamparo material que sufrió la niña, ya que se trata de un perjuicio cierto, desde el punto de vista de los aportes y ganancias que producían sus jóvenes padres y de los que se verá privada. Consideró también que se había omitido valorar el lapso por el cual C habría recibido los beneficios de los ingresos económicos que sus padres aportaban al hogar. Por lo tanto, sostuvo la suma de \$... resulta insuficiente por lo que solicitó su elevación. La posición jurisprudencial mayoritaria ha señalado que la vida humana no constituye un valor económico en sí mismo, dado que no es un objeto material o inmaterial susceptible de tener un valor pecuniario, además de estar fuera del comercio. Consecuencia de ello es que no puede apreciárselo económicamente, sino sólo desde el punto de vista de las ganancias que producía o podría producir en beneficio de quienes eran ayudados o mantenidos por los aportes de la

víctima. Lo que se repara es por ende la potencialidad de producir ingresos, para aquellas personas que percibían, o podrían percibir en el futuro una parte de las ganancias, ya que es razonable presumir que una cuota se consuma en los propios gastos (conf. esta Sala, expte. n°311.833, entre otros). En el caso de C, que tenía dos años al momento del accidente, cabe destacar que la norma del art. 1084 del C. Civil crea una presunción de daño a favor de la cónyuge y de quienes subsisten de sus padres, menores de edad y los incapaces (cfr. Daray, Hernán, "Accidentes de Tránsito", T. 2, pág. 223 y jurisprudencia allí citada, sumarios N° 139, 140, 144 y 148). En efecto, los hijos menores de la víctima se encuentran amparados por la presunción que consagran los arts. 1084 y 1085 del C. Civil, es decir que no deben probar el concreto daño patrimonial que hayan sufrido como consecuencia de la pérdida de su padre, entendido como tal el perjuicio patrimonial experimentado por los familiares al verse privados del aporte económico del occiso. Corresponde señalar que la pérdida de colaboración económica del padre debe contemplarse por el lapso que le restaba recibirla, es decir, hasta que alcanzara la mayoría de edad. Sobre la base de las circunstancias personales de los padres y de los integrantes de su familia, meritando especialmente la edad de las víctimas a la fecha del hecho (25 años ambos) y de C, vive con su tío que trabaja como vendedor en la empresa Alygol S.R.L. y con la esposa empleada de comercio (fs. 5 y 6 del beneficio de litigar sin gastos) y teniendo en cuenta que el padre de C se desempeñaba en el gremio de la construcción, con la especialidad de techista y su madre trabajaba en la empresa gastronómica Integralco (ver fs. 163vta. y fs. 384) como asimismo el tiempo probable de vida activa, estimo que la suma de \$... fijada en la sentencia de grado resulta adecuada por lo que propongo al Acuerdo su confirmación.

c) Daño moral: En la sentencia de grado se otorgó la suma de \$... por daño moral para C L. La citada en garantía cuestionó la suma otorgada por considerarla excesiva teniendo en cuenta la finalidad del instituto. La actora consideró que teniendo en cuenta el irreparable daño padecido por C y que padecerá por el resto de su vida, la suma otorgada en la sentencia de grado resultaba reducida. Sostuvo que no volvería a ver a sus padres y que se debía considerar también que debió ser trasladada al Hospital Pergamino y se encontraba sola, que luego de tres días fue trasladada a la clínica AMTA, donde continuó siendo dañada por la mala atención brindada y posteriormente, fue trasladada al Hospital Garrahan. También fue atendida en la Facultad de Odontología, por las severas lesiones y pérdidas dentarias. La señora Defensora de Menores cuestionó también la suma otorgada por daño moral, teniendo en cuenta la vulnerabilidad física a la que quedó sometida, la minusvalía, sin las primordiales figuras de la madre y el padre, que sustentarán su crecimiento y formación como persona, todo lo cual la marcó de por vida. Por ello, consideró que la suma era claramente insuficiente a los fines de una reparación integral y no compensa el padecimiento espiritual de la menor. Respecto de este reclamo cabe recordar que se prueba in re ipsa, es decir que surge de los hechos mismos. Además, su fijación es de difícil determinación ya que no se halla sujeto a cánones objetivos, sino a la prudente ponderación sobre la lesión a las afecciones íntimas de los damnificados, los padecimientos experimentados o sea, agravios que se configuran en el ámbito espiritual de las víctimas y que no siempre resultan claramente exteriorizados, hallándose así sujeto su monto a una adecuada discrecionalidad del sentenciante.

Resulta claro que la suma a establecer no colocará a la actora en la misma situación que se encontraba con anterioridad al lamentable suceso de autos, pero de todas formas el juzgador se ve compelido a determinar la indemnización no compensando el dolor con dinero, sino tratando de otorgar a los damnificados cierta tranquilidad de espíritu en algunos aspectos materiales para mitigar sus padecimientos. En el caso, no es un factor menor considerar el doble sufrimiento padecido por la menor por su propio padecimiento y así iure proprio tiene derecho al resarcimiento por la angustia y padecimientos atravesados, pero además frente a la muerte de ambos padres, está legitimada por ser la heredera forzosa de ellos en los términos del art. 1078 del Cód. Civil. De esta forma, teniendo en cuenta la entidad de las lesiones sufridas por C (34% de incapacidad física y 15% de incapacidad psíquica) las secuelas producidas, circunstancias y características del caso, con largas internaciones sin la presencia de quienes hasta ese momento integraban su grupo inmediato de todos sus afectos y emociones (incluida la abuela también muerta en el accidente), que sin duda socavaron su tranquilidad y seguridad, entiendo que la suma de \$... debe ser incrementada y propongo al Acuerdo su elevación a la de \$....

III.- Tasa de interés: En la sentencia de grado se determinó que las sumas devengarán intereses moratorios a la tasa activa a partir de la fecha del accidente con excepción del tratamiento psicoterapéutico que por ser una erogación futura generará intereses a partir de que quede firme el pronunciamiento. La citada en garantía cuestionó la tasa de interés fijada en la sentencia de grado. Sostuvo que de acuerdo con el plenario ?Samudio de Martínez, Ladislao c/ Transportes Doscientos Setenta S.A. s/ daños y perjuicios? con fecha del 20/4/2009, se ha dispuesto la fijación de intereses a la tasa activa salvo que su aplicación en el período transcurrido hasta el dictado de dicha sentencia implique una alteración del significado económico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido y consideró que ello ocurría en éste caso. Sostuvo que como las indemnizaciones habían sido fijadas a valores actuales, en caso de considerar aplicable la tasa activa, se la debía aplicar a partir del dictado de la sentencia, mientras que en el período transcurrido entre el acaecimiento del hecho y el dictado de la sentencia, se debía aplicar un interés puro.

Por su parte, la señora Defensora se quejó porque los intereses fueron dispuestos desde que quedara firme el pronunciamiento, ya que la menor ya está realizando un tratamiento psicológico. Si bien en anteriores oportunidades esta Sala ha hecho un distingo

para calcular la tasa de interés a aplicar, según la fecha de determinación de los montos resarcitorios, un nuevo replanteo de la cuestión, ante la actual situación económica del país, llevó a modificar el criterio que se ha venido sosteniendo hasta ahora y, en consecuencia, se considera actualmente que la tasa activa prevista en la doctrina plenaria no representa un enriquecimiento indebido, pues de ningún modo puede considerarse que ello implique una alteración del significado económico del capital de condena. En relación al tratamiento psicológico de C L, considerando que en la pericia psicológica se indicó que la menor estaba realizando tratamiento al momento de la pericia y que en la demanda se marcó que recibió asistencia psicológica en forma casi inmediata al accidente, considero que no asiste razón en la queja. Ello porque el costo del tratamiento llevado a cabo corresponde al concepto de daño emergente y los intereses deben calcularse como gastos efectuados. Sin embargo con esta salvedad y hacia el futuro la solución del fallo es correcta. Por lo tanto, propongo al Acuerdo confirmar la aplicación de la tasa activa desde la fecha del hecho dispuesta en la sentencia de grado.

IV.- Acerca de la franquicia: En la sentencia de grado se declaró inoponible a la parte actora la franquicia estipulada por la aseguradora haciéndole extensiva la condena. Determinó también que el límite contractual previsto en la póliza para la extensión de la condena, corresponde aplicarlo únicamente respecto del coactor José Ángel Osvaldo Lucero y en los términos del contrato suscripto con las demandadas. En cambio, no se aplicará respecto de C L debido a que dicha limitación afecta el derecho de la damnificada a una reparación integral (conf. fs. 640 ap. IV en adelante).- La aseguradora solicitó que se modificara este aspecto del fallo, declarando la oponibilidad de la franquicia a la víctima, así como válido el límite de cobertura asumido por la aseguradora, que en el caso es de \$... respecto de cada asegurado. A fs. 216 vta. la aseguradora opuso la franquicia de \$..., que fue contestada a fs. 230 y resuelta en el ap. IV de la sentencia, donde con un argumento a mayor abundamiento aludió a la figura del "bystander" en la relación de consumo (ver póliza cláusula 4a de fs. 209 y fallo fs.640). El agravio centró parte de la argumentación en que la ley de Defensa al Consumidor no puede dejar sin efecto la Ley de Seguros (fs.685 vta., 3er. párrafo en adelante). Y además a través del desarrollo del punto se ha llegado a una cuestión diferente trayéndose a este Tribunal un problema distinto que es el de la asunción de responsabilidad hasta el límite de \$... que no ha sido sometida a la anterior instancia (ver fs. 690 vta. 2º párrafo). Así sólo corresponde resolver el aspecto vinculado a la franquicia de \$... que es lo que ha quedado bilateralizado en el proceso. Ello no obstante señalo que lo que se ha dejado de lado es tener en cuenta que no se trata sólo de la muerte de los padres transportados, sino que la menor también por haber viajado con ellos tiene reclamos iure proprio frente a la relación de consumo. Está claro que no es una damnificada indirecta o tercero frente a la empresa de transporte que la trasladaba. Volviendo a lo anterior sin perjuicio del criterio contrario que expone el apelante de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y lo dispuesto desde la sanción de la ley 26.853, este Tribunal adhiere a los fundamentos expuestos en el voto mayoritario de los fallos plenarios en autos "Obarrio" y "Gauna" de fecha 13/10/2006. La ley 17.418 define al seguro de responsabilidad civil como aquel en el cual "El asegurador se obliga a mantener indemne al asegurado por cuanto deba a un tercero en razón de la responsabilidad civil prevista en el contrato, a consecuencia de un hecho acaecido en el plazo convenido" (art. 109 LS). De allí surge que todo el patrimonio del asegurado se ve resguardado en la medida del seguro frente a una eventual responsabilidad civil. De las disposiciones legales puede extraerse que la finalidad con que fue diseñado originalmente el seguro de daños, consiste en la protección del patrimonio del asegurado y también, aunque de manera indirecta, la protección de la víctima. Es el mismo asegurado quien voluntariamente acuerda con una compañía que se haga cargo de proteger su patrimonio frente a la eventual responsabilidad, contractual o extracontractual, en la que pueda incurrir en un plazo convenido, pactando las condiciones del contrato. En este contexto tiene cabida la franquicia, que como es sabido, consiste en una suma del daño asumida por el asegurado y no cubierta por el seguro. El sentido de esta medida es que el asegurado incentive su diligencia para la prevención de siniestros. En la concepción clásica del seguro, siendo el principal interesado el asegurado, es razonable entender que la franquicia pactada sea oponible a los terceros damnificados. El seguro garantiza la indemnidad del patrimonio del contratante y no directamente la satisfacción de las víctimas. Sin embargo, en los casos en que la ley establece la contratación de un seguro de manera obligatoria, es dable entender que se le asigna una finalidad distinta a aquella puramente económica que puede encontrarse en un seguro de responsabilidad civil voluntario. Si no hay libertad a la hora de decidir contratar o no un seguro, ya que es requisito indispensable para desarrollar la actividad comprometida, es porque la finalidad es, ante todo, la protección de terceros víctimas frente a los eventuales accidentes sufridos (Castro Sanmartino, Mario, Garrone, José A., "Ley de seguros", Lexis Nexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, Lexis N° 1604/001178). El pacto entre las partes que disminuyera la cobertura violaría la disposición legal, creando una apariencia de seguro cuando en realidad no existiría frente a determinados daños. Por ello entiendo que la finalidad no consiste en resguardar el patrimonio del tomador, sino indemnizar rápidamente a las potenciales víctimas, sin perjuicio de cualquier acción que pueda corresponder entre los contratantes. La libertad de contratación cede en gran medida frente al interés de la sociedad de prevenir daños y de repararlos en forma inmediata; incluso en el caso de la circulación de automotores permitiendo la actividad, pero sólo si los terceros quedan a suficiente resguardo de los daños que el desplazamiento de los vehículos genera. De lo contrario nunca

podría entenderse el sentido de su obligatoriedad y por qué interesaría a la ley mantener indemne el patrimonio de un sujeto frente a daños a terceros. Asimismo, tampoco se entendería cuál es la función de los estrictos controles por parte de las autoridades, sujetando la realización de la actividad misma y estableciendo sanciones ante su incumplimiento, si su finalidad fuera puramente económica y privada del asegurado, configurando un contrato en el que ningún interés social o de terceros estuviese en juego. En efecto, la ley obliga a la contratación y establece controles rigurosos por lo que no podría pensarse que asegurado y asegurador pudieran limitar contractualmente derechos ajenos acordando, pese a existir una obligación legal, dejar a la víctima sin seguro cuando el daño no supera un monto determinado. Esto último carecería de sentido. Lo razonable es pensar, armonizando las disposiciones legales y contractuales, que el seguro existe y debe proteger a la víctima frente a todo el daño en virtud del mandato legal y de su función social, pero que las partes pueden acordar entre ellas limitaciones que, si bien no son oponibles a terceros, son perfectamente válidas entre sí y podrían conducir a un reclamo posterior del asegurador contra el asegurado (Cossari, Maximiliano "La oponibilidad de la franquicia a la víctima", LL. 08/03/2012; CNCivil, Sala L, "Álvarez, Rosa Carmen c. Expreso Gral. Sarmiento S.A s/daños y perjuicios", 01/11/2011). De interpretarse que la póliza en cuestión posee límites de cobertura por la cual sólo se ampara la responsabilidad civil con una franquicia desvirtuaría la obligatoriedad del seguro exigido. Analógicamente el plenario de esta Cámara in re "Obarrio" (13/12/2006), la mayoría señaló que la función del contrato de seguro queda desnaturalizada, no sólo porque no se contemplan los derechos del asegurado, en procura de su indemnidad, sino que primordialmente se ven afectados los intereses de los damnificados (por accidentes de tránsito), desvaneciéndose la garantía de una efectiva percepción de la indemnización por daños, constituyendo una violación implícita de la finalidad económica jurídica de tal contratación. El Plenario "Obarrio" de esta Cámara declaró la inoponibilidad de la franquicia obligatoria de los contratos de seguro de responsabilidad civil de vehículos automotores destinados al transporte público de pasajeros con fundamento en varios argumentos: a) que vulnera los límites impuestos por el art. 953 C. Civil, b) porque es abusiva (art. 1071 C.Civil) y c) porque a la luz de las disposiciones que regulan la protección del consumidor (art. arts. 1, 2 y cc. de la ley 24.240) deben tenerse por no convenientes las estipulaciones que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños (art. 37, inc. 1º, ley citada). Esta Sala con voto del Dr. Posse Saguier ya ha señalado que si bien no cabe hacer aplicación analógica de la doctrina sentada el 13 de diciembre de 2006 en los autos "Obarrio, María Pía c/ Microómnibus Norte S.A. s/ daños y perjuicios" y "Gauna, Agustín c/ La Economía Comercial S.A. de Seguros Generales" y otro s/ daños y perjuicios, lo cierto es que se encuentran en juego similares intereses a los que inspiraron aquella doctrina, dictada con sustento en la función social del seguro y el adecuado resguardo a las víctimas de los accidentes, sean o no transportados. que la contratación de seguros con franquicias o descubiertos elevados -tal como ocurre en el caso en examen- implica una desnaturalización del instituto que no puede ni debe ser amparado (conf.: CNCiv. Sala "L" en exptes. n.ºs 65.241/2005, 71.941/2005 y 77.886/2005, del 30/06/2010; CNCCom. Sala "E", "Ferrovías S.A. s/ conc. Prev. s/ inc. De rev. del 04/06/2007). (conf CNCiv. Sala "A" en expte. "Bruzzone, Paula M.c/ Autopista Parque del Buen Ayre CEAMSE y otro" del 30/12/2009, pub. en Lexis-Nexis n.º 700058742, esta Sala exptes. 102.819/2006 del 20/04/2011 y 83.853/2002 del 26/04/2011). En el caso "Cuello" la Corte se pronunció en un supuesto de recurso extraordinario por arbitrariedad -la causal no escrita en palabras del Dr. Genaro Carrió- contra la misma sentencia plenaria. A partir de este fallo, la cuestión está planteada desde la siguiente perspectiva: La doctrina, al pronunciarse sobre la eficacia vinculante de la jurisprudencia de la Corte, ha elaborado lo que se llama el "sometimiento condicionado" o sea que los tribunales inferiores pueden dejar de lado la doctrina establecida por aquélla, sólo si introduce nuevos argumentos, no tenidos en cuenta por la doctrina consolidada de la Corte. (conf. Sagües N, "Eficacia vinculante o no vinculante de la jurisprudencia de la CSJN", ED. 93-890; Ibarlucía Emilio: "Efectos de la descalificación por arbitrariedad de la doctrina de un fallo plenario por la Corte Suprema, en L.L. 2007-E-1165; id. Fallos Plenarios y doctrina de la Corte Suprema, en L.L. del 15 de diciembre de 2008. pág.1). En la determinación de qué sentencias de la Corte generan obligatoriedad, los autores mencionados colocan como caso que suscita más dudas, a aquél en los que la Corte trata el recurso extraordinario no dentro de las causales del art. 14 de la ley 48, sino por arbitrariedad y dentro de ella los casos en que se trata de interpretación del derecho de fondo, no las causales referidas a cuestiones de hecho o prueba. Quedan pues las de interpretación equivocada, irrazonable o inequitativa o sea los casos de fallos de arbitrariedad normativa en tanto la Corte en tal supuesto, consideraría a tal sentencia contraria a la Constitución (art. 18 CN), que sería el encuadre que hizo en el caso Cuello. Ibarlucía se pregunta si es posible que la Corte derogue el plenario y dice que aunque se llegara a la respuesta negativa, al menos generaría obligatoriedad de seguimiento, en razón de la arbitrariedad normativa que adjudica al fallo plenario de esta Cámara por analogía con los tres supuestos del art. 14 de la ley 48. Finalmente, el planteo se traslada al art. 303 del Cód. Procesal y la declaración de inconstitucionalidad. Lo que en definitiva puede extraerse de lo que dijo la Corte, continúa aquel autor, es que una norma general (fallo plenario) es contraria a la Constitución por tratarse de un caso de arbitrariedad normativa. De ahí, que salvo que se agreguen nuevos argumentos "Cuello" sería de obligatoriedad condicionada. Atento a ello, voto por rechazar el agravio vertido por la

citada en garantía, y en consecuencia, confirmar la sentencia apelada en este aspecto, haciendo extensiva la condena a la aseguradora por la desnaturalización del seguro que la póliza en cuestión provoca. V.- Por último, la Defensora de Menores e Incapaces de Cámara solicitó que se inviertan los fondos correspondientes a la menor en un plazo fijo en dólares, renovable automáticamente cada treinta días con capitalización de intereses a la orden del juzgado y como pertenecientes a estos autos hasta tanto se proponga una mejor inversión. En efecto, ello resulta congruente con la potestad que acuerda a los jueces el art. 36, inc. 5° CPCC cuya finalidad es tuitiva de los derechos de los menores o incapaces, imponiendo a los jueces preservar el valor intrínseco de los fondos que correspondan a éstos. Por lo tanto, considero que corresponde hacer lugar al pedido de la Defensora de Menores e Incapaces de Cámara y hacer saber al señor Juez de grado lo solicitado por el Ministerio Pupilar de modo de efectivizar vez devueltos los autos a primera instancia y se depositen los fondos a nombre de la menor C L se ordene el libramiento de un oficio al Banco de la Nación Argentina -suc. Tribunales-, a fin de que, sin más, se inviertan los fondos en un plazo fijo en dólares, renovable automáticamente cada treinta días con capitalización de intereses a la orden del juzgado y como pertenecientes a estos autos hasta tanto se proponga una mejor inversión. IV.- Las costas a cargo de la demandada vencida por lo dispuesto por el art.68 del Cód. Proc. y el principio de la reparación integral.- VI.- Por todo lo expuesto, si mi voto fuera compartido, propongo a mis distinguidos colegas se modifique la sentencia recurrida en cuanto al monto de condena respecto de C L el que se eleva conforme los considerandos precedentes y confirmar todo lo demás que decide y fue materia de agravios. Asimismo, se confirma la tasa de interés aplicable y se modifica en relación al tratamiento psicológico de C L de conformidad a los lineamientos sentados en el considerando III. Se confirma la inoponibilidad de la franquicia. Las costas de Alzada habrán de ser soportadas por las demandadas en la proporción que cada una debe responder frente a los damnificados, por resultar vencidas (art. 68 CPCCN). Por último, se dispone que una vez devueltos los autos a primera instancia y depositados los fondos en nombre de la menor C. L., se libre oficio al Banco de la Nación Argentina -suc. Tribunales-, a fin de que en forma inmediata se inviertan los fondos en un plazo fijo en dólares, renovable automáticamente cada treinta días con capitalización de intereses a la orden del juzgado y como pertenecientes a estos autos hasta tanto se proponga otra inversión. Los Dres. Mabel De los Santos y Fernando Posse Saguier adhieren por análogas consideraciones al voto precedente. Con lo que terminó el acto, firmando los señores jueces por ante mí que doy fe. ELISA M. DIAZ de VIVAR
MABEL DE LOS SANTOS FERNANDO POSSE SAGUIER MARIA LAURA VIANI Buenos Aires, abril 13 de 2.015. Y Visto: Lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo precedente, el Tribunal Resuelve: 1) Modificar la sentencia en relación a las partidas indemnizatorias, elevando a la cantidad de \$... la incapacidad psicofísica, \$... por tratamiento psicológico y \$... por daño moral respecto de la menor C L. 2) confirmar el fallo en todo lo demás que decide y fue materia de agravios, aclarando que la tasa de interés aplicable respecto del tratamiento psicológico de C L debe aplicarse en la forma establecida en el considerando III. 3) Se confirma igualmente el punto referido a la inoponibilidad de la franquicia, 4) Se imponen las costas de Alzada a la apelante vencida (art. 68 CPCC) y 5) Disponer que una vez devueltos los autos a primera instancia y depositados los fondos en nombre de la menor C L, se libre oficio al Banco de la Nación Argentina -suc. Tribunales-, a fin de que, sin más, se inviertan los fondos en un plazo fijo en dólares, renovable automáticamente cada treinta días con capitalización de intereses a la orden del juzgado y como pertenecientes a estos autos hasta tanto se proponga una mejor inversión. 6) Diferir la regulación de los honorarios por los trabajos realizados en esta instancia, para una vez que se encuentren determinados los correspondientes a la instancia anterior (art. 14 del arancel). Regístrese, notifíquese a las partes por Secretaría, a la Sra. Defensora de Menores e Incapaces de Cámara y al Sr. Fiscal de Cámara y devuélvase.- Fdo: Elisa M. Diaz de Vivar, Mabel De los Santos, Fernando Posse Saguier. MARIA LAURA VIANI 002585E