

Colision Entre Automovil Y Colectivo Culpa De Ambos Conductores Calzada Resbaladiza Semaforos Fuera De Funcionamiento

JURISPRUDENCIA

Colisión entre automóvil y colectivo. Culpa de ambos conductores.

Calzada resbaladiza. Semáforos fuera de funcionamiento

Se eleva el monto de condena acordado en la sentencia que

hizo lugar parcialmente a la demanda por medio de la cual se reclamaron los daños y perjuicios padecidos como consecuencia de un accidente de tránsito, ocurrido al ser colisionado el automóvil del accionante por un colectivo de la línea demandada; y se establece que la sentencia debe hacerse extensiva a la aseguradora en la medida del seguro.

En Buenos Aires, Capital de la

República Argentina, a los 15 días del mes de abril de dos mil quince, reunidos en Acuerdo los señores jueces de la Excma. Cámara Nacional de la Apelaciones en lo Civil, Sala "D", para conocer en los recursos interpuestos en los autos caratulados "Scaturro, Juan Carlos c/ 4 de Septiembre SATCP (Línea 37) y otros s/ daños y perjuicios", el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver:

¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada? Practicado el sorteo resultó que la votación debía efectuarse en el siguiente orden:

señores jueces de Cámara doctores Ana María Brilla de Serrat, Víctor Fernando Liberman y Patricia Barbieri. El señor juez de Cámara doctor Víctor Fernando Liberman integra la Sala por Res. 1315/14 de esta Cámara.

A la cuestión propuesta la doctora Ana María Brilla de Serrat, dijo: I.- La sentencia de fs. 686/691 hizo lugar a la demanda entablada por Juan Carlos Scaturro contra Diego Hernán Caamaño y "4 de Septiembre S.A. de Transportes Colectivos de Pasajeros", a quienes condenó a pagar al actor la suma de \$...-, con más los intereses a calcular según la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, desde la fecha del hecho hasta el efectivo pago; y las costas del juicio. Hizo extensiva la condena a la aseguradora citada en garantía "Mutual Rivadavia de Seguros del Transporte Público de Pasajeros". El fallo fue apelado por el actor a fs. 692 y por el demandado y la citada en garantía a fs. 697; siendo sus recursos concedidos libremente a fs. 693 y 698.

Expresaron sus agravios a fs. 726/732, y 734/745 respectivamente; habiendo contestado únicamente el actor a fs. 747/749, el traslado conferido a fs. 746 respecto de los vertidos por su contraparte; en tanto que a los demandados se les dio a fs. 752 por decaído el derecho de hacerlo.

II.- a) A fs. 348/356 Juan Carlos Scaturro -por apoderado- promueve demanda por daños y perjuicios contra Diego Hernán Caamaño y "4 de Septiembre SATCP (Línea 37"; con la citación en garantía de "Mutual Rivadavia de Seguros del Transporte Público de Pasajeros". Según relata, el 20 de febrero de 2010 aproximadamente a las 16:30 hs. el Sr. Scaturro se encontraba circulando al comando de su automóvil marca Fiat 147 dominio ... por la Av. Iriarte en dirección este-oeste, y en el momento de atravesar el primer carril de la Av. Velez Sarsfield fue embestido en el medio del lado del conductor por el colectivo interno n° ... de la línea 37 conducido por el codemandado Caamaño, que se desplazaba por la arteria mencionada en último término en dirección sur-norte. Aclara que en la oportunidad los semáforos instalados en la intersección no se encontraban en funcionamiento, e imputa a la parte demandada la exclusiva responsabilidad en la ocurrencia del siniestro, por circular a exceso de velocidad, sin mantener el control de su rodado, no respetar la prioridad de paso, y ser el embistente y productor del daño. Agrega que de resultas del impacto sufrió las lesiones que describe, habiendo sido trasladado en ambulancia al Hospital Penna,

instruyéndose ante el Juzgado Correccional n° 12 Secretaría n° 78 la causa penal n° 36154. Demanda la suma global de \$...- o lo que en más o en menos resulte de la prueba, conforme la discriminación que realiza de los distintos rubros que componen su reclamo, según la cual corresponde: a) \$...- por daño físico e incapacidad sobrevenida; b) \$...- por gastos de farmacia y terapéuticos; c) \$...- por daño psicológico; d) \$...- por daños al automotor; e) \$...- por lucro cesante; f) \$...- por daño moral. Funda su derecho y ofrece prueba.

b) A fs. 377/387 luce la presentación de "Mutual Rivadavia de Seguros del Transporte Público de Pasajeros", quien contesta la citación en garantía que se le cursara reconociendo su condición de aseguradora del microómnibus de la demandada, mediante póliza n° ... -vigente a la fecha del hecho-, otorgando cobertura por responsabilidad civil con una franquicia o descubierto de \$...- a cargo del asegurado, adecuándose a lo establecido en la Resolución 25429/97 de la Superintendencia de Seguros de la Nación. Formula una negativa de la totalidad de los hechos afirmados en la demanda, con desconocimiento de la documental, e impugnación de los rubros y montos reclamados.

Contestando la demanda, si bien reconoce la ocurrencia del hecho origen de las presentes actuaciones en el lugar y oportunidad mencionados en el libelo introductorio, como así también la participación de los involucrados, contrariamente difiere en cuanto a las circunstancias fácticas de su desarrollo y responsabilidad. Según su versión, en la ocasión el ómnibus de la empresa demandada circulaba por la Av. Vélez Sarsfield a velocidad reglamentaria, en sentido y dirección hacia provincia de Buenos Aires, reduciendo su conductor aún más la velocidad al aproximarse a la intersección con la calla Iriarte, cuyo cruce emprendió luego de cerciorarse que los vehículos que por ella circulaban se detuvieran reconociendo su paso preferente; y que en esas circunstancias, luego de atravesar totalmente el primero de

los carriles de la mencionada arteria y encontrándose próximo a superar el último, el rodado conducido por el actor sobrepasó por la derecha a los vehículos detenidos a la espera del paso del colectivo e impactó en su línea de circulación. Atribuye al actor la responsabilidad en el hecho, por conducir el rodado a velocidad excesiva, y por su impericia, sin mantener el debido control y dominio del mismo. En su consecuencia solicita el rechazo de la demanda. Ofrece prueba. c) A fs. 404/413 ?4 de Septiembre Sociedad Anónima de Transportes Colectivos de Pasajeros? contesta la demanda formulando en primer término una negativa detallada de los hechos y circunstancias referidos en la demanda, con desconocimiento de la documental, e impugnación de los rubros y montos reclamados; y brinda su propia versión de los hechos de similar tenor que la realizada por su aseguradora. En función de ello invoca como eximente la culpa de la propia víctima, y en su consecuencia solicita el rechazo de la demanda. Ofrece prueba. d) La presentación efectuada por el codemandado Caamaño mediante gestor procesal fue declarada nula a fs. 434 por no haber sido temporalmente ratificada ni acreditado la invocada personería. En razón de ello quedó incontestado por él el traslado de la demanda. III.- El sentenciante de grado consideró aplicable al caso la normativa prescripta por el art. 1113 del Código Civil. En razón de ello y a la luz de las pruebas analizadas endilgó a la demandada la responsabilidad por el acaecimiento del siniestro, y en su virtud acogió favorablemente la acción promovida con la consecuente obligación para los accionados de responder por los daños sufridos por el actor como derivación del ilícito de que se trata. Establecido ello, analizó la procedencia y el monto de los diversos reclamos que componen la pretensión resarcitoria, que en definitiva admitió por los siguientes conceptos e importes: a) daño físico \$...-; b) gastos médicos, de farmacia, rehabilitación, asistencia y traslados \$...- c) daño moral \$...-; d) daño material \$...- Desestimó las indemnizaciones solicitadas en concepto de daño psicológico y lucro cesante. IV.- Del fallo se agravan ambas partes. La actora lo hace respecto de las compensaciones acordadas para satisfacer los rubros incapacidad sobreviniente y daño moral por considerarlos excesivamente reducidos y recabando su elevación. Otro de sus agravios apunta al rechazo de la indemnización correspondiente al daño psicológico, cuya admisión propende. Por su parte los demandados y su aseguradora se agravan por la atribución de responsabilidad establecida en la sentencia, basada según sus propios términos en una absurda apreciación de la prueba; solicitan la revocación del fallo y el rechazo de la demanda en su totalidad. En lo que respecta a las indemnizaciones establecidas para enjugar el daño físico y el daño moral, descalifican su cuantía y requieren la pertinente reducción de cada una de ellas. Se quejan también de los intereses que el fallo manda aplicar sobre los montos de la condena, y solicitan que se establezca una tasa pura del 6% anual desde la fecha del hecho hasta la de la sentencia, y recién a partir de entonces la tasa activa. Finalmente se agravan por la extensión de la condena a la citada en garantía en tanto en el fallo se declaró la inoponibilidad de la franquicia con fundamento en la doctrina del fallo plenario del fuero en los autos ?Obarrio c/ Microómnibus Norte S.A.?. V.- Serán tratados a continuación los agravios expresados por las partes: a) Responsabilidad Conforme al fallo plenario de esta Cámara in re ?Valdez, Estanislao c/El Puente SAT?, dictado con fecha 10 de noviembre de 1994, el art. 1113 del Código Civil deviene norma aplicable a toda colisión plural de vehículos. Siendo la carga del actor abonar el contacto físico de su vehículo con el del accionado, los daños producidos y la relación causal entre ambos, estos extremos quedaron acreditados en autos, erigiéndose en presupuesto válido apto para permitir la aplicación al sub-lite de la referida norma legal por imperativo del art. 303 del ritual. Por ello, en este caso específico de responsabilidad objetiva, la distribución de la carga de la prueba que efectúa el art. 377 del Código Procesal se circunscribe a los únicos presupuestos que el derecho de fondo establece para hacerla efectiva. En virtud de ello, es al demandado a quien incumbe, para eximirse de responsabilidad, demostrar la culpa del accionante o de un tercero por quien no deba responder. Tal como se consignara en el considerando precedente, la parte demandada y su aseguradora citada en garantía se quejan por la responsabilidad asignada en el evento motivo de la litis, pues consideran que la misma corresponde sea impuesta en su totalidad al actor. El sostén de sus agravios en este aspecto consiste en descalificar la valoración de la prueba realizada por el colega de primera instancia. Así es que tanto el contacto físico del rodado del actor con el ómnibus de la parte demandada, como la existencia de daños de la entidad que se analizará oportunamente y la relación causal entre ambos, surgen del relato brindado por las partes en sus respectivas presentaciones, aun cuando difirieran respecto de las circunstancias fácticas del acaecimiento del suceso y eventual responsabilidad en el mismo. Según se desprende de las constancias obrantes en la causa penal, en la intersección de las arterias donde colisionaron ambos rodados existían semáforos instalados, pero no se encontraban en funcionamiento; la cinta asfáltica se encontraba resbaladiza porque momentos antes se había producido una precipitación; tanto la Av. Vélez Sarsfield como la calle Iriarte tienen doble sentido de circulación con dos carriles por mano, tratándose esta última de una calle rápida muy transitada; no existen testigos presenciales que puedan aportar datos útiles sobre la mecánica y alternativas del evento. El perito mecánico designado en autos, a expensas del croquis confeccionado por la autoridad policial agregado a la causa penal, desarrolló una fórmula tendiente a obtener las velocidades relativas de ambos rodados, de cuyas resultas estimó que en el momento de colisionar la velocidad probable del colectivo se encontraría en un rango de entre 60 a 65 km/h, en tanto que la del vehículo particular oscilaría entre los 40 a 45 km/h. Acompañó una vista satelital de la zona en que se produjo la colisión en concordancia con

el croquis antes mencionado. En ella se puede apreciar la similar importancia de ambas arterias, agregando el experto que Iriarte tiene jerarquía de avenida, y que al tiempo de su relevamiento no existía sobre la Av. Vélez Sarsfield señalización específica alguna que le asigne prioridad de paso. En ese orden de cosas debo destacar que salvo lo relativo al sentido de circulación de ambos rodados, y el lugar del impacto que permitiría inferir el carácter de embistente físico que en la ocasión le cupo al demandado, no existe ninguna otra prueba que permita al juzgador realizar una reconstrucción del suceso con todos los elementos necesarios a los fines de la determinación de la responsabilidad. En mi opinión, difícilmente se produce un choque de vehículos de las características del que aquí nos ocupa, sin que exista, en alguna medida, culpa de ambos conductores, pues casi siempre, bastaría que uno de ellos proceda con cuidado, adoptando todas las medidas necesarias para dominar su vehículo, para que el accidente no se produzca. Así las cosas, considero que la actitud desplegada en la ocasión por ambos conductores concurrieron en la causación del siniestro que nos ocupa; porque de haber prestado la debida atención a la presencia del otro rodado, demás circunstancias del tránsito, y actuado en el caso con la prudencia que las condiciones del tiempo y lugar aconsejaban, aplicando la suficiente pericia y previsión podrían haber realizado las maniobras pertinentes para evitar la colisión. Concluyo entonces que en la especie medió una culpa concurrente atribuible en un 50% a cada una de las partes, de modo tal que los demandados deberán responder en esa medida por los daños ocasionados a raíz del accidente en estudio, en cuanto tengan vinculación con el hecho dañoso (conf.art.1113 párr.2º del Cód.Civil). En razón de todo lo expuesto, propongo al acuerdo la modificación de la sentencia en el sentido indicado.

b) Incapacidad sobreviniente -daño físico- En primer lugar, debe establecerse que, como he resuelto reiteradamente, la estimación del daño por incapacidad sobreviviente no sólo abarca las limitaciones en el ámbito laboral específico, sino en cuanto pueda afectar la capacidad laborativa genérica y el desarrollo normal de la vida de relación. En efecto, la noción de ¿lo patrimonial? en el derecho de daños es más amplia que la de patrimonio en estricto sentido técnico, pues debe abarcar, más allá de los bienes exteriores pertenecientes a la persona, las potencialidades humanas que instrumentalmente posean naturaleza económica, que, aunque desprovistas de valor económico en sí, lo adquieren indirectamente al ser aplicadas al logro de finalidades productivas. Así la integridad de la persona presenta un valor económico instrumental como capital destinado a ser fuente de beneficios económicos y de toda índole, cuya afectación cercena posibilidades de desenvolvimiento futuro, con lo cual se tiene que el daño en esta esfera resulta ser susceptible de apreciación pecuniaria como lo exige el art. 1068 del Código Civil y, por ende, indemnizable. Como afirma Mosset Iturraspe, ¿en el examen complejo de su multiforme actividad, al margen de la laboral, toda persona desarrolla en su casa o fuera de ella, tareas vinculadas con sus facultades culturales, artísticas, deportivas, comunitarias, sociales, religiosas, sexuales, etc. y los deterioros o menoscabos en tales quehaceres pueden acarrear consecuencias de carácter patrimonial? (¿Responsabilidad por daños?, t.II-B, p.194). Por otra parte esta Sala ha decidido (v.gr.: 22 12 05 in re "Toledo Iris Mafalda c/Empresa San Vicente S.A.T.") que es la violación del deber de no dañar a otro lo que genera la obligación de reparar el daño causado y que tal noción comprende todo perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria que afecta en forma cierta a otro, a su patrimonio, a su persona, a sus derechos o facultades. Es decir el concepto jurídico de daño, salvo restricciones queridas por el legislador, abarca la protección de todo interés no reprobado por la ley. Pese a que nuestro derecho sustantivo no lo define expresamente, al daño debe conceptuársele en sentido amplio como la lesión a intereses amparados por el ordenamiento, cuyo trascendido se evidencia en la minoración de valores económicos (daño patrimonial), o en alteraciones desfavorables en el espíritu (daño extrapatrimonial o moral) (cf. Bueres, Alberto J., "El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta", en "Derecho de daños", Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1989). El artículo 1068 del Código Civil al establecer que habrá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades, permite emplazar allí todo detrimento económico a la salud del ser humano, comprensivo de sus aptitudes físicas y psíquicas que le permiten desarrollarse como tal, y sin perjuicio de la reparación del agravio moral legislado en el artículo 1078 del mismo Código Civil. La perito médica designada de oficio por el Juzgado presentó su experticia que fuera anejada a fs. 561/567. En ella desarrolla los antecedentes médico legales, el resultado de la entrevista y evaluación de la persona del actor, y en base a tales antecedentes y lo que se desprende de los estudios complementarios solicitados formula sus consideraciones médico legales según las cuales, el actor sufrió el estallido del bazo que requirió su extirpación (esplenectomía total), presentando como consecuencia de dicha intervención una importante diastasis de los rectos (sin eventración) pero que considera incapacitante ¿per se? asimilándose a una hernia epigástrica no operada; fracturas costales izquierdas, contusiones pulmonares con hemotórax y empiema pleural bilateral que requirió varios avenamientos, que le ocasionaron sepsis respiratoria y necesidad de asistencia respiratoria mecánica y traqueostomía, persistiendo una secuela clínica de tos y expectoración permanente, y una secuela radiológica que evidencia velamiento de seno costofrénico derecho y velamiento de base izquierda, padeciendo insuficiencia respiratoria moderada de tipo obstructivo; advierte además la presencia de dos pequeños cuerpos extraños superficiales (subcutáneos) en el codo izquierdo, asimilables a esquirlas de vidrio; y cicatriz visible de traqueostomía en la cara anterior del cuello. En suma, según desprende de la

acumulación de los parciales correspondientes a cada una de las secuelas descriptas conforme a los baremos consultados y aplicando la fórmula de la capacidad restante, el experto establece que en relación causal con el siniestro de que se trata el actor presenta una incapacidad laborativa parcial, permanente y definitiva en el aspecto -físico- aquí tratado, del 49,59%. El peritaje mereció la impugnación formulada por la parte demandada y la citada en garantía a fs. 589/591, acompañada con el dictamen de su consultor técnico anejado a fs. 592; siendo éstos acabadamente respondidos por la experta a fs. 608/609 y reafirmando en un todo lo dicho en el escrito pericial. La perito formuló su diagnóstico basándose en el examen del reclamante, antecedentes de interés médico legal, y exámenes complementarios detallados. Frente a ello, debo decir que el mero desacuerdo de la parte, que no se apoya en fundamento objetivo alguno y que se formula en abstracto, sin una previa evaluación de la víctima, es insuficiente para apartarse de sus conclusiones. Por lo demás, se ha dicho reiteradamente que cuando el dictamen del perito se encuentra fundado en principios técnicos o científicos inobjetables y no existe otra prueba que los desvirtúe, la sana crítica aconseja aceptar sus conclusiones frente a la imposibilidad de oponer argumentos de mayor valor; por lo que para desvirtuar su informe resulta imprescindible contar con elementos de juicio que permitan concluir fehacientemente el error o uso inadecuado de los conocimientos científicos que por su especialización posee. Cabe señalar también que, lo atinente al baremo utilizado para evaluar el porcentaje de incapacidad carece de la relevancia que se le pretende dar, pues la indemnización por incapacidad no puede fijarse meramente en función de rígidos porcentajes extraídos sobre la base de cálculos actuariales, sino que deben ponderarse en concreto las limitaciones que el damnificado padece en su desempeño laboral y social, teniendo en cuenta las circunstancias particulares como su edad, sexo, condiciones socio-económicas, actividad laboral anterior, incidencia real de las lesiones en su actividad actual, etc. Por ello es que el porcentual determinado pericialmente cobra un valor meramente indiciario y no matemáticamente determinante del monto a reconocer. En ese contexto entonces, acepto y valoro las conclusiones de la perito médica. Atento a lo expuesto, teniendo en cuenta la edad del actor a la fecha del siniestro -58 años-, y las demás condiciones socio- económicas según constancias del beneficio de litigar sin gastos -exp. n° 74.001/2010- que tengo a la vista, entiendo que la compensación acordada para enjugar la incapacidad del rubro que aquí se trata resulta sustancialmente escasa, por lo que habré de proponer su elevación a la suma de \$-

c) Daño psicológico y tratamiento A fs. 458/461 se encuentra anejada la pericia psicológica en la que la experta de la especialidad como resultado de las entrevistas diagnósticas y de las baterías de tests a que fuera sometido el actor, arriba a la conclusión de que el accidente sufrido y sus consecuencias influyeron en su estado de salud mental, que según la codificación de su diagnóstico conforme baremo informado le corresponde una calificación de severo, con una incapacidad transitoria del 35%. Aconseja la realización de sesiones de terapia psicológica a razón de dos veces por semana por un período de un año, cuyo costo estima entre \$...- y ...- por sesión; teniendo por finalidad que le ayuden a elaborar el trauma ocasionado por el accidente y a manejar sus impulsos y reacciones violentas. Sugiere que dicho tratamiento vaya acompañado por sesiones psiquiátricas una vez por semana durante un año, a fin de controlar y ordenar su medicación ya que la automedicación puede ser la causal de sus desordenes de conducta a los que alude en el dictamen. A las impugnaciones y pedidos de explicaciones formulados tanto por actor como por los demandados y la citada en garantía a fs. 469/470 y 479/482, respondió la perito a fs. 486/487 y 535/536 respectivamente, especificando y manteniendo las conclusiones brindadas en su informe pericial. Caben aquí las mismas consideraciones vertidas sobre el particular al tratar el rubro anterior, en cuya consecuencia acepto y valoro las conclusiones de la experta. En ese orden de cosas, atendiendo a que no se acreditó que el actor padezca una incapacidad psicológica permanente como consecuencia del hecho, tal como lo destaca el magistrado de grado, he de acompañar su decisión en punto al rechazo del reclamo por el mentado concepto. No obstante ello, apreciando y valorando la recomendación de la experta acerca de la necesidad del tratamiento psicoterapéutico aconsejado para paliar el trastorno de carácter transitorio que presenta, propongo admitir a tales fines una compensación de \$-

d) Daño moral El daño moral es la lesión en los sentimientos, a las afecciones legítimas, y cuya evaluación es tarea delicada pues no se puede pretender dar un equivalente y reponer las cosas a su estado anterior, como en principio debe hacerse de acuerdo al art. 1083 del Código Civil. El dinero no cumple una función valorativa exacta, el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata solamente de dar algunos medios de satisfacción, lo cual no es igual a la equivalencia. Tampoco para establecer su monto se deben correlacionar los daños materiales y morales, puesto que se trata de lesiones de diferente índole, y la existencia o no de daños materiales carece de influencia en la determinación del agravio moral (CNCiv. Sala F, 17/4/95, ?Piromalli Jerónimo y otros c/Codesimo Gustavo s/sumario?). Para establecer la cuantía del daño, el juzgador debe sortear la dificultad de imaginar o predecir el dolor que el hecho dañoso produjo en la esfera íntima del reclamante para luego establecer una indemnización en dinero que supla o compense el desmedro injustamente sufrido: por lo que más que cualquier otro rubro, queda sujeto al prudente arbitrio judicial, que ha de atenerse a una recta ponderación de las diversas características que emanan del proceso. Así también la determinación del monto no depende de la existencia o extensión de los perjuicios patrimoniales, pues no media interdependencia entre tales rubros, ya que cada uno tiene su propia configuración, pues se trata de daños que afectan a esferas distintas. Debe reconocerse la extrema

dificultad que presenta al juzgador su estimación, pues tratándose de vivencias personales, no puede precisar cuánto sufrió el damnificado a raíz del suceso, pudiendo sólo evaluar la magnitud del dolor que puede provocar el hecho en el común de las personas, valorándolo a la luz de las circunstancias particulares acreditadas en la causa. Ponderando la repercusión que debió generar en los sentimientos del actor la propia ocurrencia del accidente como una violenta agresión a su integridad física; los dolores físicos padecidos como consecuencia de las graves lesiones antes descriptas al evaluar la pericial médica; que fue trasladado en ambulancia a un hospital público donde permaneció internado durante casi dos meses, buena parte del tiempo en terapia intensiva y con pronóstico reservado; que actualmente presenta las secuelas físicas constatadas, que permiten presumir la magnitud de la conmoción vivenciada en su espíritu; considero que la suma acordada resulta sumamente exigua, por lo que propicio su elevación a la de \$- e) Alcance de la condena a la aseguradora -franquicia- El "a quo", de conformidad con lo dispuesto por el plenario de la Cámara "Obarrio, María Pía c/Microómnibus Norte S.A. y otro s/daños y perjuicios" del 13 de diciembre de 2006, declaró inoponible al actor la franquicia prevista en el contrato de seguro e hizo extensiva la condena a la citada en garantía. Esta Sala ha sostenido reiteradamente, en los autos "Gaillard, Norberto c/Colazo, Amílcar del 2 de marzo de 2007, "Andreacchio, Alicia c/Transporte Automotor Plaza SACI Línea 114" del 16 de abril de 2007, "González, Mirta Gladys c/Salvatierra, Víctor Hugo" del 6 de noviembre de 2007 y "Fara, Teresa Catalina c/Línea 17 S.A." del 20 de marzo de 2007, entre otros: "En el fallo plenario de fecha 13 de diciembre de 2006 recaído en autos "Obarrio María Pía c/ Microómnibus Norte SA y otro c/ La Economía Comercial SA de Seguros Generales y otro s/ daños y perjuicios", la minoría expresamente destacó, y en esto coincido, que las normas procesales que establecen el principio de congruencia son siempre aplicables (CPCC: 34, inc. 4, 163, inc. 6, 277 y concs.) razón por la cual, como digo, no corresponde en el caso declarar la inoponibilidad como lo estableció la decisión mayoritaria". Sin perjuicio de la jurisprudencia plenaria antes citada y de los nuevos fallos dictados por la Corte Suprema de Justicia en los autos "Gauna, Agustín c/La Economía Comercial S.A. de Seguros Generales" y "Obarrio, María Pía c/Microómnibus Norte S.A. y otro" con fecha 4 de marzo de 2008, en los que el Tribunal reiteró su criterio en favor de la oponibilidad de la franquicia al tercero damnificado, en autos se advierte que la parte actora no realizó ningún planteo en torno a su inoponibilidad, aún luego de haber sido esgrimida por la aseguradora al contestar la citación en garantía, ni hizo alusión alguna a la cuestión en oportunidad de celebrarse la audiencia del art. 360 del Código Procesal en la que el magistrado de grado consideró innecesaria la producción de la prueba pericial contable ofrecida por aquella por haber sido reconocida la cobertura. Debe concluirse, entonces, que el juez no respetó el principio de congruencia al fallar más allá de lo petitionado por las partes. Si bien el juzgador debe elegir y aplicar correctamente el derecho, independientemente del error en que las partes pudiesen incurrir en su individualización -principio "iura novit curia"-, debe tenerse presente que el mismo debe resultar necesariamente de los hechos y planteos formulados por las partes, dado que el magistrado se encuentra constreñido por la determinación de personas, objeto y causa especificados en la demanda. Ello así, con el objeto de evitar que se puedan introducir sorpresivamente alegaciones o cuestiones de hecho respecto de las cuales las partes no puedan ejercer su derecho de defensa. Se ha dicho respecto de la cuestión que nos ocupa: "No resulta necesario invocar una sentencia plenaria para que su doctrina sea aplicada en un caso concreto, y, más todavía, aunque fuesen citados precedentes contradictorios, igualmente debe serlo, pues, en virtud del principio iura novit curia, le incumbe al juez aplicar la doctrina plenaria. La sentencia que no siguiera la doctrina legal establecida viola el art. 303 C.P.C.C.N. e incurre en arbitrariedad. Sin embargo, esta regla no es absoluta, toda vez que debiendo respetar las sentencias el principio de congruencia, no será obligatoria la doctrina plenaria establecida cuando de los actos de la parte por él favorecida, emerja la voluntad expresa o tácita de que no se la aplique. Desde otra perspectiva, también se puede decir que cuando ello ocurre, en realidad, con su actitud el justiciable ha quitado alguno de los presupuestos considerados por la cámara al dictar la sentencia plenaria, y, por consiguiente, tal como quedaron las pretensiones de las partes para resolver, el caso no encuadra en la doctrina legal sentada" (Leguisamón, Héctor Eduardo, Improcedencia del recurso extraordinario federal contra fallos plenarios (A propósito del plenario sobre inoponibilidad de la franquicia en el seguro del transporte público de pasajeros), elDial.com, 26/2/2008). Y comentando concretamente el fallo de esta Sala "González, Mirta Gladys c/Salvatierra, Víctor Hugo", el mismo autor sostuvo: "Al no efectuar la actora cuestionamiento alguno, ello implicó, si bien tácito, un allanamiento a la defensa de limitación de cobertura, es decir, el sometimiento a la pretensión absolutoria de la aseguradora, y, con ello, quitó del debate la defensa articulada por ésta y, por ende, este planteo quedó fuera de la discusión y de la decisión, en tanto el allanamiento constituye una renuncia voluntaria a asumir la defensa en el proceso controvirtiendo el derecho del oponente. Más todavía, como señala la Cámara, desde tal oportunidad la actora no se volvió a pronunciar sobre el tema, ni requirió la condena a la aseguradora, ni contestó siquiera sus agravios. Así, entiendo que hizo bien la Sala D de la Cámara Civil al considerar que la sentencia de grado violó el principio de congruencia puesto que, de oficio y sin respetarlo, aplicó el plenario «Obarrio» y «Gauna» sin hacerse eco del allanamiento de la actora a la defensa de la aseguradora?". En virtud de estas consideraciones, propongo al Acuerdo modificar la sentencia en cuanto declara la inoponibilidad de la franquicia al actor y disponer que la sentencia se hará extensiva a la aseguradora

en la medida del seguro (art. 118 ley 17.418). f) Intereses El Juez ?a-quo? dispuso que sobre al capital de condena se apliquen intereses a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, desde la fecha del hecho hasta el efectivo pago. Ante ello se agravan la parte demandada y la citada en garantía en los términos consignados en el considerando IV.- He de recordar que tal como he dicho al votar en los autos "CABRANES, Teresa Dolores C/ LA CABAÑA S.A y otros s/ daños y perjuicios" y "FLOCCO, Mirta Dora c/MASINI, Adriana y otro s/daños y perjuicios" del 27 de abril de 2010 y "González, Raúl Daniel c/Transporte Santa Fe" del 30 de abril de 2010, entre otros, una adecuada ponderación de las variables económicas actuales y de su evolución a lo largo del tiempo, me conduce a arribar a la conclusión de que ni la tasa pasiva bancaria que se aplicaba antes del dictado del fallo "Samudio" resarce en todo período la depreciación de la moneda generada por la inflación y además compensa la mora en el pago de lo debido, tal cual es función del interés compensatorio, ni las indemnizaciones que se fijan judicialmente contemplan la desvalorización monetaria ocurrida entre la fecha en que se produce el perjuicio y la de su cuantificación. En efecto, tal como he sostenido reiteradamente, en oportunidad de integrar la Sala ?? de este Tribunal, como asimismo como Vocal de esta Sala, en criterio que se mantuvo hasta el dictado de ?Samudio?: ?Corresponde puntualizar que la valuación del importe indemnizatorio de los rubros en fecha posterior a la mencionada por el plenario, no necesariamente implica una actualización -vedada por el art. 7° de la ley 23.928, aun en su nueva redacción con las modificaciones introducidas por la ley 25.561, prohibición que ratifica el decreto N° 214/2002 en su art. 5°-. Es simplemente una estimación ?actual?, lo cual no es equivalente a una prohibida actualización por índices u otro procedimiento repotenciador de la moneda. Lo que ocurre es que el ?valor intrínseco? de la prestación debida también puede variar por diversos factores, como ser la vetustez del objeto o las pérdidas o deterioros que sufra por otras causas, o la incidencia del mercado, etc. Cuando el juez fija la indemnización al ?valor actual? no está indexando, sino que en ese instante se produce la ?cristalización del valor?, es decir se fija o determina el valor que deberá tomarse en cuenta al momento del pago -el cual puede ser inclusive inferior al que la prestación tenía un tiempo antes- para traducirlo en moneda suficiente para satisfacer la deuda; y a partir de ese momento no podrá ser reajustado, por imperio de la ley citada (ver sobre el tema Moisset de Espanés, ?Reflexiones sobre el valor computable de la medianería?, Temis, Año XIV, 1973, n.266)?. Coincidí, pues, con la propuesta de la Dra. Barbieri, plasmada en su voto en los autos ?Mondino, Silvana Andrea c/Tettamanzi, Hernán Diego y otros s/daños y perjuicios? el pasado 14 de abril de 2010, si bien no comparto todos sus fundamentos, por cuanto, como he sostenido en el fallo "Zamora, José Mateo y otros c/ Tempone, Lucas Antonio s/ daños y perjuicios" del 24 de junio de 2009, a mi entender, el plenario ?Samudio? es aplicable con anterioridad a su dictado.- No obstante ello, entiendo que la aplicación de la tasa activa desde la fecha de la mora, puede, en principio, generar un enriquecimiento indebido, dado que, si bien los valores estimados en la sentencia no son en modo alguno resultado de una indexación, no son tampoco los que se hubieran fijado a la fecha de la mora. Considero, por ello, que la aplicación de la tasa pasiva promedio hasta el 20 de abril de 2009, que propicia la Dra. Barbieri, compensa adecuadamente los perjuicios derivados de la mora en el pago sin generar el desequilibrio que la salvedad del inciso 4° del plenario ?Samudio? pretende evitar. Con posterioridad a dicha fecha, corresponde computar los intereses a la tasa activa dispuesta.- Ahora bien, atento la fecha del accidente de marras -20-02-2010- corresponde se ponderen conforme la recta vigencia del plenario Samudio, dictado con anterioridad. Por otra parte no hallo en el caso elemento alguno que me lleve a colegir que su aplicación pudiere generar el desequilibrio que la salvedad del inciso 4° del plenario ?Samudio? pretende evitar. Con posterioridad a dicha fecha, entonces, corresponde computar los intereses a la tasa activa dispuesta, tal como se decidiera en autos.- En virtud de ello, propongo confirmar la sentencia de grado en cuanto a este aspecto se refiere.- Por último, cabe establecer que sin dejar de ponderar lo dispuesto por el artículo 12 de la Ley 26.853, en virtud del artículo 15 de la mencionada normativa considero se mantiene la operatividad de las doctrinas plenarias citadas hasta tanto se produzca su entrada en vigencia.- (criterio adoptado recientemente por la C.S.J.N. a través de su acordada N° 23/13).- Por lo tanto, voto propiciando: 1) Se modifique parcialmente la sentencia apelada: a) atribuyendo la responsabilidad en la producción del siniestro en un 50% al actor y en un 50% a la parte demandada, en cuya proporción habrá esta de responder por el monto de condena; b) elevándose a las sumas de \$- y \$- las indemnizaciones acordadas en concepto de daño físico y daño moral, respectivamente; c) fijándose una compensación de \$- para atender el tratamiento psicoterapéutico. 2) Se haga lugar a las quejas vertidas por la parte citada en garantía, y en consecuencia, se modifique parcialmente la sentencia apelada, disponiendo que la sentencia se hará extensiva a la aseguradora en la medida del seguro (art. 118 ley 17.418).- 3) Se la confirme en todo lo demás que fuera materia de apelación y agravios. 4) Se impongan las costas de esta instancia en el orden causado, en atención a los vencimientos parciales y mutuos (art. 71 CPCC). 5) Se difiera la regulación de los honorarios de alzada hasta que se encuentren determinados los correspondientes a la instancia anterior. 6) Se haga saber que ésta sentencia será enviada al Centro de Información Judicial a los fines de su publicación en los términos de la Ley 26.856, su dec. Reglamentario 894/13 y las acordadas de la CSJN 15/13 y 24/13. El Dr. Liberman dijo: I.- Discrepo con mi querida colega en lo referente a la responsabilidad. Se parte de una presunción legal (art. 1113 del C. Civil) y el

demandado dueño o guardián debe probar una circunstancia eximente, en el caso la culpa de la víctima. En mi opinión el juzgador ha efectuado una correcta interpretación de la normativa a la luz de las circunstancias del caso. El choque ocurrió en una intersección de dos vías de circulación rápida, con semáforos que no funcionaban. En esas condiciones rigen las demás normas de tránsito reguladoras del cruce en intersecciones. En primer lugar, la prioridad de paso de quien aparece por la derecha. Fue infringida por el colectivo. En segundo lugar, el cruce debe hacerse a una velocidad precaucional. Me parece que en el primer voto se minimiza la regla de oro de prioridad en cruces de bocacalles hasta enervarla totalmente. Máxime que, como surge de la pericia mecánica, el colectivo cruzó a una velocidad de entre 60 y 65 Km/h y el auto entre 40 y 45. Esto significa que el transportista, un conductor profesional, no sólo embistió al auto sino que lo hizo en la esquina a la velocidad máxima de circulación en avenidas, o aun más. Que no es la velocidad a la que se debe cruzar una intersección. Así, muy por el contrario, no sólo la demandada carece de prueba eximente de responsabilidad sino que encuentro probada una grave culpa del colectivo. Propondré confirmar la sentencia en cuanto a la atribución de responsabilidad.

II.- Una de las más claras evidencias de que las empresas de transporte y su seguro son una sola cosa, salvo en los papeles, es la falta de pudor con que los mismos letrados -como en el caso- defienden intereses contrapuestos a pesar de la clara infracción a las normas de Ética del CPACF. Esto de por sí les quita legitimación recursiva. Aclaro que comparto el criterio del plenario ?Obarrio? y que es aplicable a pesar de lo resuelto por la Corte Suprema. Así, porque con posterioridad como integrante de la Sala L he explicado el doble fundamento obligacional del concurrente deber resarcitorio de las aseguradoras: por ser cómplices de una ilicitud genética negocial y por integrar una cadena de comercialización de un servicio público riesgoso (Remito, entre otros, 30-10-07, ?Nieto c. La Cabaña?, RCyS. 2007-1114; ídem, 13-11-07, ?Fernández c. Transportes América?. L.L. 2007-F, 743; RCyS. 2007-1122; J.A. 2008-II-756; otro más reciente en RCyS. febrero 2010, pág. 139 y sig., con comentario desde el Análisis Económico del Derecho de Pamela Tolosa). Vuelvo a la falta de legitimación recursiva. Como pusiera de relieve la Sala H de este tribunal, se trata de una seria anomalía, habida cuenta que esta suerte de unificación de personería tiene cauce en el art. 54 del Código Procesal, pero en la medida en ?que haya compatibilidad en ella, que el derecho o el fundamento de la demanda sea el mismo o iguales las defensas?. Siguió recordando esa Sala, con voto de Kiper, que ?dispone el Código Civil que el mandatario debe cumplir de manera ventajosa para su mandante (art. 1906), y abstenerse de cumplir cuando la ejecución fuese dañosa para el segundo (art. 1907). Debe preferir los intereses de su mandante a los suyos (art. 1908). Asimismo, se desprende de la ley 10.996 que el procurador está obligado a apelar las resoluciones adversas a su cliente, no las favorables?. Tras otras consideraciones, concluyó que no hay agravio que atender para la empresa de transportes, beneficiada con la inoponibilidad del descubierto. Y, en lo referente al recurso en nombre de la aseguradora, al haber intereses contrapuestos, puede también interpretarse que en primer lugar la apelación se hizo en nombre de la empresa transportadora. Y ?si la aseguradora ejerce la dirección exclusiva del proceso, no puede hablarse de una actuación concurrente de los litisconsortes sino de una actitud defensiva única (ver Kiper, Claudio, Proceso de daños, I, pág. 421). Si se trata de una única defensa, no puede ser contradictoria?. ?En el caso -terminó explicando la Sala H- la aseguradora tuvo la dirección del proceso. Cuando esto ocurre, la finalidad es que se ejerzan adecuadamente los derechos del asegurado; el asegurador persigue mantener indemne al asegurado (art. 109, ley 17.418; Kiper, ob. cit., p. 427).? (CNCiv., Sala H, 15-8-2008, ?Zapata c. Transporte?; L. 504.971). En sentido similar se ha pronunciado la Sala I de este tribunal. El mismo profesional no puede defender intereses contrapuestos. Esto atenta contra varias normas y principios del Código de Ética del CPACF y del ordenamiento procesal. Por ello, a su entender la actuación del profesional es ineficaz en los términos del art. 953 del Código Civil. Y, con cita de Podetti, resolvió que ?el juez tiene el deber de rechazar los actos que objetivamente resulten contrarios a los principios enunciados? (CNCiv., Sala I, 13-12-2010, ?Venturi c. Micro Ómnibus Quilmes?; L.L. 2010-F, 521). Amplió fundamentos: ?la gestión de la litis es facultad y no obligación del asegurador porque, normalmente, la dirección del proceso se puede retener y asumir o inicialmente desplazarla al asegurado. Incluso, se la puede declinar o abandonar luego de haber sido asumida? (de Donati, citado por Stiglitz, Rubén S., ?Derecho de Seguros?, 4ª. ed. act. y ampliada, La Ley, Buenos Aires, 2004, tomo II, pág. 336). Facultad o derecho que no muta en procesos como éste. ?La dirección del proceso, por tanto, -como sostiene Stiglitz- es facultad que extiende sus efectos aun a litigios que inicialmente contienen pretensiones que exceden el límite máximo de la garantía comprometida? (pág. 339). Tal el caso de que la póliza contenga una suma determinada como descubierto obligatorio, como el de la especie. Al protestar la decisión que obliga al asegurador a cubrir íntegramente al asegurado, el abogado está litigando en contra de los intereses del asegurado. Y, como recuerda Stiglitz, cuando hay conflicto de intereses, el asegurador ?no puede considerar su propio interés con exclusión del interés del asegurado, pues debe hacer prevalecer los de este último? (op. cit., pág. 356). Por esos motivos corresponde declarar desierto el recurso de la aseguradora. Por razones análogas a las de la Dra. Brilla de Serrat voto en el mismo sentido, excepto que propongo confirmar la sentencia en materia de responsabilidad, con costas dealzada a cargo de la parte demandada, y declarar la deserción del recurso simultáneo (contradictorio de por sí) de las demandadas acerca de la oponibilidad del descubierto obligatorio. La señora juez de Cámara

doctora Patricia Barbieri, dijo: En torno a la atribución de responsabilidad emergente del ilícito de autos adhiero a la solución propiciada por mi distinguido colega Dr. Liberman, en cuanto a lo demás, coincido con la propuesta de la Dra. Brilla. Con lo que terminó el acto. ANA MARIA BRILLA DE SERRAT- - VICTOR F. LIBERMAN- PATRICIA BARBIERI. Este Acuerdo obra en las páginas n n del Libro de Acuerdos de la Sala ?D?, de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Buenos Aires, de abril de 2015. Por lo que resulta de la votación que instruye el Acuerdo que antecede, SE RESUELVE: 1) Elevar a las sumas de pesos ... (\$-) y de pesos ... (\$-) las indemnizaciones acordadas en concepto de daño físico y daño moral, respectivamente fijándose una compensación de pesos ... (\$-) para atender el tratamiento psicoterapéutico; 2) Por Mayoría hacer lugar a las quejas vertidas por la parte citada en garantía, y en consecuencia, modificar parcialmente la sentencia apelada, disponiendo que la sentencia se hará extensiva a la aseguradora en la medida del seguro (art. 118 ley 17.418); 3) Confirmar por mayoría la sentencia de grado en todo lo demás que fuera materia de apelación y agravios; 4) Imponer por mayoría las costas de esta instancia a la parte demandada; 5) Diferir la regulación de los honorarios de alzada hasta que se encuentren determinados los correspondientes a la instancia anterior. Se deja constancia que la publicación de la presente sentencia se encuentra sometida a lo dispuesto por el art. 164, 2° párrafo del Código Procesal y art. 64 del Reglamento para la Justicia Nacional. Notifíquese por Secretaría y devuélvase. El señor juez de Cámara doctor Víctor Fernando Liberman integra la Sala por Res. 1315/14 de esta Cámara.

Ana María Brilla de Serrat 12 Víctor Fernando Liberman 11 Patricia Barbieri 10
002563E