

Danos Y Perjuicios Contrato De Hospedaje Incumplimiento De La Obligacion De Seguridad Responsabilidad Contractual Defensa Del Consumidor

JURISPRUDENCIA

Daños y perjuicios. Contrato de hospedaje. Incumplimiento de la

obligación de seguridad. Responsabilidad contractual. Defensa del consumidor Se mantiene la sentencia que hizo lugar a la demanda de daños deducida contra el titular del hospedaje demandado, pues existió un incumplimiento contractual al no lograr darle seguridad a la actora dentro de sus instalaciones.

En Buenos Aires, a 16 días del mes de junio del año 2015, hallándose reunidos los señores Jueces integrantes de la Sala ?H? de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, a los efectos de dictar sentencia en los autos: ?Giménez, Silvia c/ Unión Ferroviaria y otro; s/Daños y perjuicios. Ordinario? y habiendo acordado seguir en la deliberación y voto el orden de sorteo de estudio, la Dra. Abreut de Begher dijo: I- Vienen los autos a este Tribunal con motivo de los recursos de apelación interpuestos por la actora, la demandada y la citada en garantía contra la sentencia de fs.770/778 que hizo lugar a la demanda de daños y perjuicios derivados de la caída de la actora de un puente dentro de un complejo turístico de la accionada. A fs. 793/800 expresó agravios la accionante, a fs. 802/807 lo hizo la aseguradora Bernardino Rivadavia Cooperativa Limitada, y a fs. 814/826 la Unión Ferroviaria. Se agravia la accionante por los montos indemnizatorios fijados por la a quo en concepto de incapacidad psicofísica sobreviniente, tratamiento psicológico, gastos de personal doméstico y daño moral, por considerarlos excesivos. También cuestiona la aplicación de un interés puro del 6%, por lo que pide que se disponga la tasa activa del Banco Nación desde la ocurrencia del ilícito hasta el efectivo pago. Asimismo, se agravia porque en la condena se declaró la oponibilidad de la franquicia a la víctima, al hacerse extensiva la sentencia contra la citada en garantía en los términos del contrato de seguro. La citada en garantía también se agravia por las sumas establecidas para enjugar los rubros indemnizatorios: incapacidad sobreviniente y daño psicológico, gastos médicos, de farmacia, médicos y movilidad, gastos de servicio doméstico y cuidado de enfermos y daño moral, por entenderlos exorbitantes. A su turno la demandada, Unión Ferroviaria, discute la atribución de responsabilidad por el incumplimiento del contrato de hospedaje; y sostiene que el encuadre correcto debió ser bajo los términos del art.1113 C.Civil conforme lo indicó la actora en el libelo inicial. Dice que no se probó el vicio de la cosa, y remarca que la baranda desde el cual se cayó la actora era tan solo ?enmarcativa? de los límites del puente, con una función estética. Sostiene la culpa de la víctima, quien pretendió darle un uso diferente al asignado e insiste que subsidiariamente se declare la culpa concurrente de la víctima y la accionada. Además, cuestiona los montos fijados en concepto de incapacidad sobreviniente, gastos médicos, farmacia y movilidad, arreglos de la casa, gastos de personal doméstico y cuidado de enfermos, y daño moral por desproporcionados. Los agravios de la actora son contestados por la Unión Ferroviaria a fs.834/838 y por la citada en garantía a fs.840/847; y a su vez los de esta última son respondidos por la actora a fs.828/832. II-Responsabilidad del prestador del hospedaje

Por una cuestión metodológica procederé en primer término al análisis de la responsabilidad atribuida en el evento a la accionada. Es sabido que el juzgador tiene el deber y el derecho de transitar los litigios y dirimirlos según el derecho que estime aplicable al caso concreto, calificando autónomamente la realidad fáctica o los hechos invocados por las partes. Debe subsumirlos en las normas jurídicas que considere aplicables, con prescindencia de los fundamentos que enuncian las partes. También es cierto que la Alzada aún cuando está constreñida a los agravios, en orden a la solución de los mismos tiene iurisdicción en la misma extensión que el a quo, y puede utilizar distintos fundamentos que los empleados por ellas y por el juez de la instancia de grado, sin que resulte lesionado el derecho de defensa. La aplicación del principio iura novit curia, tiene como límite la no alteración de los términos de la litis. Así, el Magistrado no puede otorgar al actor lo que no pidió en su demanda, o reconocer defensas que el demandado no hizo valer en su responde, pues tal proceder lo haría incurrir en arbitrariedad, y excedería los límites de la actividad jurisdiccional (CSJN, in re ?Almeida de Stella, I. c/ Empresa General Roca S.A. y otros? del 27/5/1999, ver elDial.com - AA34E6). No corresponde que los jueces bajo el principio de iura novit curia se aparten de lo que tácitamente resulta de los términos de la demanda (Fallos: 306:1271; 312:2504; 315:103; 317:177, entre otros), porque se violentaría el art. 18 de la Constitución Nacional. No se encuentra en discusión que la actora concurrió con su marido e hijo al centro turístico vacacional ?Colonia Evita Unión Ferroviaria?, ubicado en el paraje La Paisanita, de Alta Gracia, provincia de Córdoba, que depende de la Unión Ferroviaria, y que el 15 de enero de 2011 sufrió un grave accidente al romperse la baranda de contención ubicada en un puente y caer al vacío, lesionándose en forma irreparable su columna vertebral, por cuanto quedó parapléjica. La actora en su pieza introductoria hizo una explicación detallada de los acontecimientos, y si bien mencionó el incumplimiento contractual de la Unión Ferroviaria, quien tiene a su cargo como objetivos la recreación y vacaciones para sus afiliados y familiares, y también es dueña del predio donde sucedió el ilícito, luego terminó haciendo hincapié en el art.1113 del C.Civil, al fundamentar la reparación de los daños en el vicio de la cosa. La

Magistrado desgranó los hechos denunciados en su impecable sentencia, y conforme la prueba vertida en el juicio entendió que existió un incumplimiento contractual de la demandada, quien no logró darle seguridad a la actora dentro de sus instalaciones, al romperse la baranda de un puente, lo que le provocó daños irremediables (conf. art.512, 902, 1198 y cc C.Civil). No advierto fisuras en su razonamiento, y el desagrado de la accionada en torno a la solución de la cuestión no cambia el rumbo de las cosas. Según se desprende del documento de fs.44, el cónyuge de la actora celebró un contrato de hospedaje con la demandada para la utilización de un centro vacacional con su esposa e hijo en el mes de enero de 2011. Entonces, si tenemos que dentro de sus instalaciones sufrió un daño uno de los huéspedes, es evidente que no cumplió con el deber de seguridad contenido en la obligación que los vinculaba -vgr. contrato de hospedaje; ver Ramón Pizarro y Carlos Vallespinos, Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones, Hammurabi, 1999, T 2, pág.61; Marta Encina Fazio, en Trigo Represas, Responsabilidad civil. Doctrinas esenciales, La Ley, 2007, T VI, pág.973; CN de Apelaciones en lo Comercial, Sala F, in re ?Onorato, Viviana A. y otro c/ Llao Llao Resorts S.A.;s/ ordinario? del 3/4/2012, ver elDial.com - AG28B2). El contrato de hospedaje permite encuadrarlo dentro los contratos de consumo con las características que describe el artículo 3 de la Ley 24.240 (según la modificación introducida por la Ley 26.361). El esposo de la actora requirió los servicios de la demandada, en forma onerosa, en beneficio propio y del grupo familiar, mientras que la accionada desarrolló su actividad de manera profesional, dentro de un plan de acción social y cultural de la Unión Ferroviaria, dedicado a darle hospedaje en el centro vacacional de Córdoba. Esta relación de consumo, hace que resultan aplicables los arts. 5 y 40 de la ley de Defensa del Consumidor que consagran la vigencia de la obligación de seguridad (conf. art.42 CN; art.512, 902, 1198 y cc C.Civil; Carlos A. Hernández y Sandra A. Frustragli, Ley de Defensa del Consumidor anotada y comentada, dir. Sebastián Picasso y Roberto A. Vázquez Ferreyra, Ed. La Ley, 2009, pág. 514; Vázquez Ferreyra, Roberto, "La obligación de seguridad", La Ley, Suplemento especial, "Obligación de Seguridad", Buenos Aires, 2005, pág. 3 y ss.; Vázquez Ferreyra y Damián Avalle, Reformas a la ley de defensa de los consumidores y usuarios, La Ley del 23 julio 2008, pág.1; Barreiro, Karina M., El Régimen de Defensa del Consumidor en la actividad turística, Ediciones Ladevi, Buenos Aires, 2008, pág. 66 y ss.). La demandada se comprometió no solo a suministrarle una habitación y una cama, sino también lo que es complemento indispensable de ello: la tranquilidad, y con mayor razón, la seguridad. ?Es que admitido que el hotelero está obligado a procurar que el pasajero no sufra daños en su persona mientras permanece en el establecimiento, no puede hesitarse en afirmar que su responsabilidad es también contractual en este supuesto? (ver Jorge Mayo, ?Sobre las denominadas Obligaciones de Seguridad?, La Ley 1984-B-949; Ricardo Lorenzetti, Consumidores, Rubinzal-Culzoni, BsAs., 2da.ed.2009, pág.402). La responsabilidad del prestador del servicio es objetiva (conf. art.40 ley de Defensa del Consumidor), y solo se puede liberar si prueba que la causa del daño le ha sido ajena. En el sub judice no observo motivo alguno para liberar de responsabilidad al accionado, ya sea en forma total o parcial, por cuanto no se demostró el hecho de la víctima o un tercero, o el casus (Ramón Pizarro, ?Algunas reflexiones en torno a la relación de casualidad, a la legitimación pasiva y las eximentes en la responsabilidad civil por productos?, RDD, 2003-2, pág. 342). A pesar de los esfuerzos desplegados por la Unión Ferroviaria en su pieza recursiva, lo cierto es que no hay elementos que fracturen el nexo causal. No se probó que la víctima hubiera estado bailando o saltando desafortunadamente sobre la baranda. Solo estaba allí con su familia y otras personas para sacarse fotos sobre el puente dentro del complejo hotelero (conf. Ramón Pizarro, ?Causalidad adecuada y factores extraños? en Derechos de Daños. Homenaje al Prof. Dr.Jorge Mosset Iturraspe, ed. Larocca, Bs.As, 1001, Primera parte, pág.261 y sgtes.). No puede pensarse razonablemente -ni tan siquiera por vía de hipótesis- que una baranda es solo decorativa, o en palabras de la accionada, que su función es solo para ?enmarcar? los límites del puente, con un fin último de estética. Porque en realidad, si así lo hubiese sido, dado que estaba ubicado en un lugar paisajístico donde normalmente los huéspedes podían tomarse fotografías, inexorablemente debió colocarse algún cartel que advirtiera del peligro inminente que corrían quienes se acercaban a esa baranda. Su función era de contención, y si la actora se apoyó en ella y se cayó al vacío cuando se rompió, puede coligarse de ello que se produjo el accidente porque estaba dañada o era impropia para su destino. Veo allí un vicio de la cosa, que tampoco frena en modo alguna la acción resarcitoria de la víctima (conf. art.1113 CC; CNCom, Sala A, in re ?Fainnan, Sandra c7 Club Meditarranee Argentina SRL? del 23/12/2003, D.J. 2004-2-784). Los testigos que estaban en el lugar son coincidentes en que la actora se cayó cuando se apoyó en esa baranda, la que se rompió, por lo que no actuó de contención alguna. Las declaraciones de los testigos presenciales Ruiz (fs.541) e Irurres (fs.543) son coincidentes y certeras sobre las malas condiciones en que se encontraba la baranda de madera, ?podrida?, que se deshizo en mil pedazos al apoyarse la víctima y romperse (conf. art.386 y 456 CPCC). Ninguno dijo que durante el evento la actora estuvo parada arriba de ella, o bailando como un primate, como para encuadrar el hecho de la víctima como un eximente de responsabilidad. Por ende, propongo el rechazo de los agravios, y la confirmación del decisorio sobre este punto.

III- Rubros indemnizatorios a-Incapacidad sobreviniente psicofísica Todos los contendientes se agravian por el guarismo indemnizatorio fijado en concepto de incapacidad sobreviniente psicofísica, una por reducida y los otros por excesiva. Por incapacidad se entiende cualquier disminución física o psíquica, que afecte la capacidad productiva o que se traduzca en un

menoscabo en cualquier tipo de actividad que la víctima de un evento dañoso desarrollaba con la debida amplitud y libertad (conf. Belluscio, Código Civil Comentado. Anotado y Concordado, t.5, p.219 nro. 13). La reparación comprende no sólo el aspecto laborativo, sino también todas las consecuencias que afectan la personalidad íntegramente considerada (Mosset Iturraspe, Jorge y Ackerman, Mario E., El valor de la vida humana, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2002, pág. 63 y 64). Entraña la pérdida o la aminoración de potencialidades de que gozaba el afectado, teniendo en cuenta de modo predominante sus condiciones personales. Habrá incapacidad sobreviniente cuando se verifica luego de concluida la etapa inmediata de curación y convalecencia y cuando no se ha logrado total o parcialmente el restablecimiento de la víctima. (Zavala de González, Matilde, Resarcimiento de daños, 2ª ed., ¿Daños a las personas?, p. 343). Cabe destacar que la incapacidad sobreviniente es la inhabilidad o dificultad apreciable en algún grado para el ejercicio de funciones vitales. Se verifica cuando las secuelas no son corregibles luego de realizados los tratamientos médicos respectivos, es decir, cuando no existe posibilidad de lograr recuperación del estado de salud del que gozaba la persona con anterioridad al suceso dañoso. Cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas en forma permanente, esta incapacidad debe ser objeto de reparación al margen de lo que puede corresponder por el menoscabo de la actividad productiva y por el daño moral, pues la integridad física tiene por sí misma un valor indemnizable y su lesión comprende a más de aquella actividad económica, diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, cultural o social con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida, que en este caso alcanza restricciones casi absolutas (CSJN, ¿Pose, José D. c. Provincia de Chubut y otra?, 01/12/1992, Fallos: 315:2834). De allí que en materia civil y a los fines de su valoración, no puedan establecerse pautas fijas por cuanto habrá de atenderse a circunstancias de hecho variables en cada caso en particular. Al tratarse de una reparación integral, para que la indemnización sea justa y equitativa deben apreciarse diversos elementos y circunstancias de la víctima, tales como su edad, sexo, formación educativa, ocupación laboral y condición socioeconómica. (Esta Sala, ¿Cabrera, Oscar Alejandro c/ Cergneaux, Elvio Omar y otros s/ daños y perjuicios?, R. 539.455, 19/03/2010); "Echazu, César Oscar c/ Rebori, Tomás Esteban y otro s/ daños y perjuicios (acc. trán. c/ les. o muerte)", R. 544.834, del 30/03/2010). Por otra parte, las incapacidades fijadas por los peritos deben ser meditadas por el juzgador en función de pautas razonablemente generales, siempre con un criterio flexible, para que el resarcimiento pueda ser la traducción lo más real posible del valor verdadero y concreto del deterioro sufrido. La víctima de 43 años a la fecha del hecho, sufrió un grave accidente que lesionó su columna al caerse de un puente a tres metros de altura, lo que le provocó una paraplejía. En la actualidad tiene como secuela una contusión medular grave, con paraplejía flácida, nivel sensitivo T 5, impotencia sexual, vejiga e intestino neurogénico, que implica un 100% de incapacidad física total y permanente (fs. 730 y sgtes., pericial médica de la Dra. Talone, consentida por el consultor médico de la citada en garantía, fs. 744). Como consecuencia del accidente debió permanecer internada 20 días, de los cuales 10 fueron en terapia intensiva; fue intervenida quirúrgicamente el 25 de enero para colocar artrodesis (fijación) de columna por traumatismo vertebral dorsal con paraplejía. Luego se la intervino otra vez por infección de la herida; sufrió también insuficiencia renal que requirió diálisis. Tiene sonda vesical permanente. En la faz psíquica, la evaluación por el psicólogo Santoro da cuenta de las secuelas que el infortunio le produjo al cambiarle radicalmente su vida conyugal, familiar y social, además de la laboral (fs.682 y sgtes.). Dictaminó que presenta un cuadro compatible como reacción vivencial anormal neurótica de III grado con manifestación depresiva, con grado de incapacidad del 15%. En razón de los pruebas colectadas, la edad de la víctima, su estado civil casada, con un hijo adolescente, considero que el monto fijado para enjugar este daño psicofísico es algo escaso, por lo que propongo su elevación a la suma de \$ b- Tratamiento psicológico Se agravia la actora porque la a quo incluyo los gastos de tratamiento de psicoterapia dentro del rubro por incapacidad sobreviniente. Considero que el presente reclamo tiene autonomía suficiente para indemnizarlo en forma independiente de la incapacidad psicofísica, en tanto tiende a evitar un agravamiento de la situación precaria de la víctima, quien vio cambiada su vida en un instante, y se encuentra obligada a sobrellevarla con esa pesada carga. No se observa que ello implique un doble resarcimiento por la misma causa (vgr. incapacidad psíquica y tratamiento psicoterapéutico). En forma categórica dijo el perito psicólogo que la terapia servía de apoyo y paliativo para que pudiera enfrentar los sentimientos negativos enquistados luego del evento; en definitiva, para tratar ¿de que no empeore? (fs.688). Además, no puede obviarse el hecho que si bien la Sra. Giménez cuenta con obra social, no significa necesariamente que ésta cubrirá el costo de toda psicoterapia, y tampoco puede desconocerse el derecho de la damnificada a elegir el profesional con el que pretende atenderse, debiendo, los obligados, en principio, satisfacer los costos respectivos, en la medida de su razonabilidad. El perito dictaminó la necesidad de un tratamiento psicológico durante 36 meses, dos veces por semana; por lo que tomando como pauta el costo de la sesión fijada en la experticia, se propone para esta partida la suma de \$ c- Gastos de personal doméstico y cuidado Se agravian todas las partes por la fijación de \$... en concepto de gastos por personal doméstico y cuidado de la paciente, por excesivo unos y por reducido la otra. Respecto de los agravios planteados por la Unión Ferroviaria y la citada en garantía debo anticipar que corresponde declarar desierto el recurso en este punto, por cuanto no cumple ni tan siquiera mínimamente con los requisitos previstos por los arts. 265 y 266

CPCC, al no hacerse cargo de los argumentos brindados por la Magistrado, contra-argumentando y poniendo sobre el tapete el error in judicando. La accionante hace hincapié en su estado de salud, y la absoluta dependencia de terceras personas para realizar las mínimas acciones, ya sea de aseo personal, vestimenta, traslado, etc., según lo declararon los testigos, y de lo que dio cuenta detallada la pericia médica. Toma para ello una atención de 6 hs. diarias, a razón de \$... por hora, que da una cifra de \$... mensual, que multiplicado por 30 años -promedio de vida de 73 años- arriba a la suma de \$ Entiendo justificado el agravio de la actora, por lo que propicio elevar el resarcimiento de este rubro a la suma de \$..., cantidad que adecuadamente invertida resulta suficiente para cubrir los diferentes gastos englobados bajo este concepto. d- Daño moral La cuantificación de este rubro es cuestionado tanto por la actora, como por la demandada y la citada en garantía. Debo indicar que participo de la postura doctrinaria y jurisprudencial que considera la indemnización por daño moral, de carácter resarcitorio, y no sancionatorio, pudiendo no guardar relación alguna con la fijación de la incapacidad sobreviniente, dado que puede existir con independencia del mismo (v. Orgaz, El daño resarcible, 1967). El daño moral es una afección a los sentimientos de una persona, que determina dolor o sufrimiento físico, inquietud espiritual o agravio a las afecciones legítimas, y en general toda clase de padecimientos susceptibles de apreciación pecuniaria (Conf. Bustamante Alsina, Teoría de la responsabilidad civil, p. 205; Zavala de González en Highton (dir.), Bueres (coord.), Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, tomo 3A, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p.172). Ahora bien, el daño moral contractual tiende a la reparación de la intranquilidad de espíritu provocado por el incumplimiento, fundado en razones de equidad, quedando diferida la condena al prudente arbitrio judicial, pero no cubre el riesgo propio del mundo de los negocios, para lo cual es importante determinar la naturaleza particular del daño como de las personas que quedan vinculadas al mismo (conf. art.522 C. Civil; Cazeaux- Trigo Represas, Derecho de las Obligaciones, Editora Platense SRL, 1987, 3era.ed., T I, pág.482). Respecto de la prueba del daño moral, se ha dicho que: "cuando el daño moral es notorio no es necesaria su prueba y quien lo niegue tendrá sobre sí el onus probandi. Fuera de esta situación, esta clase de daño, como cualquier otra, debe ser objeto de prueba por parte de quien lo invoca (Cazeaux-Trigo Represas, Derecho de las Obligaciones, T I, ps. 387/88).

El carácter estrictamente personal de los bienes lesionados al producirse un daño moral, está indicando por sí la imposibilidad de establecer una tasación general de los agravios de tal especie. Precisamente, el daño moral corresponde que sea fijado derechamente por el juzgado sin que se vea obligado en su determinación por las cantidades establecidas en otros rubros. 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 mas que en cualquier otro rubro queda sujeto al prudente arbitrio judicial, que ha de atenerse a la ponderación de las diversas características que emanan del proceso. "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" (cfr. Llambías, Obligaciones, t. I, p. 229). Así las cosas, teniendo en consideración las características personales de la actora -de las que di cuenta al tratar la incapacidad psicofísica-, como así también las particularidades que presentó el hecho, la repercusión que en los sentimientos de la damnificada debió generar la ocurrencia del siniestro, justo cuanto estaba en un periodo distendido de vacaciones, como las secuelas irreversibles que le produjo, trastocando su vida en todos los aspectos posibles, ya sea social, familiar, conyugal, etc. en la mitad del promedio de edad de vida, por lo estimo que la partida es insuficiente y propongo su elevación a la suma de \$ e-Arreglos de la casa La demandada se agravia por el monto fijado en concepto de arreglos de la casa para acondicionarla a las necesidades de la actora que se encuentra postrada -sin posibilidad de caminar o de valerse por sus propios medios- al sostener que no se probaron los gastos reclamados. Dijo que los testigos no refirieron que se hubieran realizado cambios en su vivienda. Es innegable que el lugar donde reside la actora debió sufrir cambios para cobijar a una persona discapacitada. Así lo acreditó el perito cuando expuso que se niveló la totalidad de los pisos de la vivienda, evitando los escalones, flejes y desniveles; cambio de puertas de acceso a las distintas dependencias para que pudiera atravesarlas con silla de ruedas; cambios en el baño para la accesibilidad; etc. Todas las modificaciones, con una antigüedad de 2 a 3 años a la fecha de la pericia, fueron justipreciadas por el experto en \$ Es cierto que no hay documentación respaldatoria de los gastos incurridos, pero no lo es menos que no advierto motivos suficientes para apartarme de las conclusiones de la experticia (conf. art.386, 477 CPCC), sino tan solo una férrea disconformidad de la accionada que resulta insuficiente a los fines pretendidos; por lo que el agravio debe ser rechazado. f- Gastos médicos, farmacia y movilidad. Cuestionan la citada en garantía y la demandada los gastos fijados bajo este epígrafe por considerarlos desproporcionados por altos. Recuerdo que en relación a estos gastos siempre se ha dicho que no requieren prueba efectiva de los desembolsos realizados, cuando la índole de las lesiones sufridas a raíz del accidente lo hace suponer (estas Sala, in re "Ayala, M.E. c/ Loginter S.A. y otros; s/ daños" del 3/11/2012). No obstante, el reintegro de los gastos no documentados de ninguna manera puede ascender a cantidades considerables, ya que, como se ha dicho, estos rubros son procedentes aun sin contar con prueba documental específica, en razón de la escasa magnitud o entidad económica

que suponen tales erogaciones y también por la transitoriedad que tienen en el caso. La Magistrada cuantificó el rubro en \$...; para ello tuvo en cuenta que la actora se encuentra afiliada a una obra social, por cuyo intermedio fue asistida en las clínicas privadas donde estuvo internada y que tiene cobertura integral por así disponerlo la ley 24.901. Reconozco que en este caso tan especial, los gastos médicos, de farmacia y movilidad, perdurarán durante toda la vida de la paciente, en razón de su estado físico de carácter irreversible. No obstante, ponderando las características de las lesiones y secuelas, y la cobertura integral a través de su obra social que tiene la accionada, entiendo que el quantum de la indemnización por este ítem debe ser reducido, de modo que propongo su fijación en \$

IV-Intereses Se agravia la actora por la forma en que la sentenciante fijó la aplicación de intereses. Respecto de los rubros a), c), e) y g) los dispuso conforme un interés puro del 6% desde la fecha del ilícito hasta la sentencia de primera instancia, y a partir de allí la tasa activa del Banco Nación a 30 días; y para el rubro b), desde la fecha del accidente hasta el informe pericial de fs.621/40, momento a partir del cual también dispuso la aplicación del bancario. Peticiona que se aplique la tasa activa por todo el periodo y sobre todos los rubros indemnizatorios. Habré de señalar que conforme se estableciera en el fallo plenario del 16/12/58 ¿los intereses correspondientes a indemnizaciones derivadas de delitos o cuasidelitos se liquidarán desde el día en que se produce cada perjuicio objeto de la reparación? (CNCivil in re ¿Gómez Esteban c/Empresa Nacional de Transporte?). En este sentido cabe destacar que la deuda de responsabilidad -cuyo incumplimiento constituye la fuente de los intereses- es previa con relación a la resolución jurisdiccional que la reconoce. Los daños cuya reparación se persigue por medio de esta acción judicial se han producido en forma coetánea con el hecho ilícito motivo de la litis, entonces la obligación del responsable de volver las cosas a su estado anterior y de indemnizar los restantes perjuicios sufridos ha nacido a partir del momento en que tuvo lugar el obrar antijurídico. En efecto, a poco que se observe que los intereses tienen por finalidad compensar al acreedor la indisponibilidad del uso de su capital, se advierte que si éste es debido desde el momento en que se produjo el daño (o lo que es lo mismo, desde que el damnificado se hallaba habilitado a reclamarlo), no existe motivo alguno para computar aquellos en forma diferente. Por otra parte, esta Cámara en pleno se ha expedido in re "Samudio de Martinez Ladislaa c/Transporte Doscientos Setenta SA s/daños y perjuicios" (20-4-2009), por lo cual corresponde aplicar la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina allí fijada por todo el período indicado en la sentencia apelada (cfr. art. 303 del Cód. Procesal). Me remito -brevitatis causae- a los fundamentos vertidos por mi colega, el Dr. Kiper, en los autos ¿Northlands Asociación Civil de Beneficencia c/Solari Claudia; s/cobro de sumas de dinero" (recurso 499.526 del 24/04/09). Por lo expuesto, considero que debe modificarse la sentencia y aplicarse la tasa activa de interés desde la fecha del hecho y hasta el efectivo pago en todos los rubros. No desconozco que diversas Salas de nuestro Fuero aplican diversos criterios interpretativos en torno a la fijación de la tasa activa, ya sea un interés puro del 6 y 8% desde el hecho hasta la fecha de la sentencia y de allí en más la tasa activa; sin embargo, como aspecto central, en el presente caso no hay evidencias que la aplicación lisa y llana de la doctrina mencionada provoque un enriquecimiento indebido como para justificar un criterio diferente (ver esta Sala, entre otros expte. N° 16.427/2008 in re ¿M. M. L. c/ A. J. M. A.; s/ Aumento de cuota alimentaria? del 11/05/2010, elDial.com - AA6350; Sala K, expediente N° 24.409/05 in re "Barrios Natalia Paula c/ Transporte Av. Bernardo Ader S.A.; s/ daños y perjuicios", del 07/05/2009, elDial.com - AA540D; etc.). Finalmente, aún cuando el art. 303 del CPCCN fue derogado por el art. 12 de la ley 26.853, en virtud del art. 15 toda vez que tal disposición recién entrará en vigor a partir de la efectiva integración y puesta en funcionamiento de los tribunales que allí se crean, considero que hasta ese momento continúa vigente la doctrina plenaria.

V-Inoponibilidad del monto de la franquicia Se agravia la actora en relación a la decisión de la Juez de grado que dispuso que la condena se haga extensiva a la citada en garantía, en los términos del art.118 ley 17.418. En primer término, cabe señalar que no estamos en presencia de un supuesto de seguro obligatorio como lo es el de responsabilidad civil para automotores; aspecto medular que no permite analizar la situación bajo la doctrina y jurisprudencia que interpreta que las cláusulas limitativas de responsabilidad o la existencia de franquicia, pueden provocar su nulidad o declaración de inoponibilidad a la víctima. No se trata de un supuesto similar a los fallos en los cuales se declaró la nulidad de las cláusulas que limitan el derecho de las víctimas a recibir una indemnización por parte de las aseguradoras en los casos de seguros obligatorios (ver esta Sala, voto del Dr. Mayo en ¿Gauna, Valentín c/ Estado Nacional s/ daños y perjuicios?, R. 527.582, sentencia del 28/12/2009, en un supuesto de accidentes ferroviarios y con voto del Dr. Kiper, en autos ¿Urey, Domitila c/Sánchez, Ceferino y otros s/daños y perjuicios, R. 566.025, sentencia del 03/05/2011, para caso de accidentes en el transporte público de pasajeros). Justamente en autos ¿Gauna Valentín c/Estado Nacional y otro s/ daños y perjuicios?, (Rec. 527.582, 28/12/2009), esta Sala con la integración del Dr. Kiper y la del Dr. Jorge Mayo, declaró la nulidad absoluta y manifiesta de una cláusula contractual de franquicia, teniéndola por no convenida o por no escrita, obligando al asegurador a la reparación integral del perjuicio sufrido sin que pueda invocar la mentada ¿oponibilidad? de la franquicia al tercero damnificado; y entre otros argumentos, se dijo allí que ¿...corresponde ejercer el control jurisdiccional sobre el contenido del contrato de seguro, en el caso específicamente sobre la franquicia establecida en las condiciones particulares, con base en el ejercicio abusivo del derecho, en la vulneración de la

buena fe, de la regla moral, de las buenas costumbres (cfr. arts. 21, 953, 1071, 1167, 1198 y cctes., del Cód. Civil)?. También se aseveró que "...las cláusulas abusivas, por contrariar el orden jurídico, vician el contenido del contrato desde su formación, resultando inidóneas para producir sus efectos propios" (conf. arts. 21, 953, 1071, del Cód. Civil, respecto del abuso de derecho, interpretándolos a la luz del artículo 1198; Vallespinos, Carlos Gustavo, El contrato por adhesión a condiciones generales, ed. Universidad, 1984, pág. 322 y 470 y ss.). Si bien la ilicitud de las cláusulas abusivas es "formal", cuando éstas contrarían prohibiciones expresas de la ley (art. 1066 del Cód. Civil), existe también la ilicitud o antijuricidad "material". Esta, debe ser "algo más" que la violación de lo prohibido legalmente, dado que el derecho está constituido por los principios (art. 16 del Cód. Civil), antes que por la ley, y esta no es sino una de las formas técnicas de lo justo. Y ese algo más, se halla constituido por pautas jurídicas distintas a la ley, como ser el ejercicio regular de los derechos (art. 1071 del Cód. Civil), el orden público (art. 21), la buena fe, la regla moral, la equidad y las buenas costumbres (arts. 953, 1167 y 1198), etc., cuya violación a través de la incorporación de cláusulas abusivas importa un quebrantamiento intolerable del equilibrio contractual. En estos supuestos es admisible su nulidad (implícita, art. 1037 del Cód. Civil), que el juzgador puede decretar luego de apreciar un contraste entre la cláusula y el ordenamiento, considerado en su plenitud, aunque no medie una específica determinación legal en ese sentido (Llambías, Jorge J., Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, T. III, págs. 613 y ss.; Stiglitz, Seguro contra la responsabilidad civil, pág. 114; Stiglitz, Rubén, Cláusulas abusivas en el contrato de seguros, págs. 170/171). No solo la ley sino todo el sistema jurídico en general y cada uno de sus componentes se orientan hacia el bien común, que de ese modo se convierte en causa final del derecho... Es evidente la incompatibilidad del contenido de la mentada cláusula con los principios esenciales de buena fe y razonabilidad porque obsta a la obtención de la finalidad práctica principal que deriva de la naturaleza del contrato contra la responsabilidad civil. La diferencia sustancial con los casos reseñados es que se deben situar frente a supuestos de responsabilidad civil por daños causados por automotores, donde el seguro es obligatorio, situación que no acontece en el sub iudice. El seguro por responsabilidad civil de todo automotor es obligatorio en beneficio de la víctima: "daños causados a terceros, transportados o no" (art. 68 ley de tránsito), y la franquicia a cargo del asegurado o la cláusula limitativa de responsabilidad, desvirtúan el principio de reparación integral al que tiene derecho. En este juicio el riesgo asegurado no son los daños provocados por automotores, sino que se relaciona a los causados por cosas -dentro del predio de la accionada-. La pericia contable da cuenta que el riesgo asegurable conforme el contrato de seguro que vinculaba a la demandada con la aseguradora era la responsabilidad civil extracontractual amparada por lesiones o muerte, no solo a la generada por actos u omisiones del asegurado, o por los vicios de las instalaciones, sino además la que se desprende del art. 1113 CC, por los hechos de los dependientes, o por el riesgo o vicio de la cosa (fs. 553vta./ 554). De acuerdo al razonamiento precedente, el agravio carece de sustento y debe ser desestimado. VI-Colofón Por los argumentos precedentes, propongo al Acuerdo de Sala de mis distinguidos colegas: I-Declarar desierto el recurso de apelación interpuesto por la demandada y la citada respecto de los gastos por personal doméstico y cuidado de enfermo. II-Hacer lugar al rubro tratamiento psicológico en forma autónoma y fijarlo en la suma de \$.... II-Elevar los montos indemnizatorios en concepto de incapacidad psicofísica sobreviniente a la suma de \$...; por daño moral a la de \$....; gastos de personal doméstico y cuidado de enfermos \$ III-Reducir el quantum fijado en concepto de gastos de farmacia, médicos y movilidad a la suma de \$ IV- Modificar el interés aplicable que se fija sobre todos los rubros desde el ilícito hasta el efectivo pago de acuerdo a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina. V- Confirmar el resto que decide y fuera materia de análisis. VI- Imponer las costas de segunda instancia a las accionadas, quienes resultaron sustancialmente vencidas (conf. art. 68 CPCC). El Dr. Kiper, por las consideraciones expuestas por la Dra. Abreut de Begher, adhiere al voto que antecede. El Dr. Picasso dijo: I.-Comparto lo apuntado por la vocal preopinante en el sentido de que en el sub lite existe una relación de consumo que pone a cargo del proveedor una obligación expresa de seguridad de resultado impuesta por los arts. 42 de la Constitución Nacional y 5 de la ley 24.240. Empero, entiendo que esa constatación basta para tener por configurada la responsabilidad de la demandada, sin que quepa acudir al art. 40 de la citada ley, que regula un supuesto distinto. En efecto, los daños sufridos por el consumidor en el ámbito de la relación de consumo están, en principio, abarcados por la mencionada obligación de seguridad, lo que da sustento suficiente a la responsabilidad de la demandada. El art. 40 de la ley 24.240, en cambio, contempla la posibilidad de extender la responsabilidad a otros sujetos distintos del proveedor que ha tenido contacto directo con el consumidor (el fabricante de un producto, el importador, el distribuidor, etc.), en aquellos casos en los cuales el producto o servicio que ha ocasionado el daño puede ser calificado como riesgoso o vicioso. Ahora bien, a diferencia del primer supuesto (obligación de seguridad), en el que basta a la víctima con probar, simplemente, que ha sufrido un daño en el ámbito de la relación de consumo, en el caso previsto en el art. 40 de la mencionada ley es preciso acreditar que el perjuicio ha sido causado materialmente por una cosa riesgosa o viciosa. Se entiende que así sea, pues de lo que se trata en ese segundo caso es de ampliar la legitimación pasiva a todas las personas que han participado en la creación del riesgo representado por el producto o servicio (vid. mi comentario al art. 10 bis en Picasso Sebastián - Vázquez Ferreyra Roberto A.

(dirs.), Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada?, La Ley, Buenos Aires, 2009, t. I, p. 162/163). En el sub lite la demanda ha sido dirigida directamente contra la contratante del servicio hotelero, quien se hallaba vinculada hacia la actora por la ya mencionada obligación de seguridad. Por consiguiente, bastaba a la accionante con probar que había sufrido un daño en el ámbito de las instalaciones de la accionada, cosa que efectivamente se encuentra acreditada, de acuerdo a las exactas constataciones de mi colega, que doy por reproducidas aquí. En cambio, entiendo que ningún rol juega en la especie el art. 40 de la ley 24.240 -desde que no se trata en este caso de intentar extender la responsabilidad a otros sujetos distintos de la emplazada-, y por ello mismo resultaba irrelevante determinar si el daño sufrido por la Sra. Gimenez fue producido por el riesgo o vicio de alguna cosa, o del servicio mismo. II.-Tampoco coincido en cuanto al monto otorgado en concepto de daño moral, pues lo estimo exiguo. En efecto, la actora sufrió una seria lesión debido a la cual quedó parapléjica, con todos los malestares y amarguras que ello le acarrea en todos los aspectos de su vida diaria y, a no dudarlo, en su vida íntima y de relación (las cuales se detallan en la pericia psicológica -fs. 682/99- y la pericia médica - fs. 729/35-). También tengo en consideración que se trata de una mujer joven (43 años al momento del hecho, casada y con un hijo). En virtud de ello, estimo que el importe por daño moral debe elevarse a la suma de \$.... III.-Con las salvedades antes expuestas, adhiero al fundado voto de la Dra. Abreut de Begher. Con lo que se dio por terminado el acto firmando los señores Jueces por ante mí, que doy fe. FDO. Sebastián Picasso, Liliana E. Abreut de Begher y Claudio M. Kiper. Buenos Aires, ... de junio de 2015. YVISTO, lo deliberado y conclusiones establecidas en el acuerdo transcrito precedentemente por mayoría de votos, el Tribunal decide: I-Declarar desierto el recurso de apelación interpuesto por la demandada y la citada respecto de los gastos por personal doméstico y cuidado de enfermo. II-Hacer lugar al rubro tratamiento psicológico en forma autónoma y fijarlo en la suma de \$.... II-Elevar los montos indemnizatorios en concepto de incapacidad psicofísica sobreviniente a la suma de \$...; por daño moral a la de \$....; gastos de personal doméstico y cuidado de enfermos \$ III-Reducir el quantum fijado en concepto de gastos de farmacia, médicos y movilidad a la suma de \$ IV- Modificar el interés aplicable que se fija sobre todos los rubros desde el ilícito hasta el efectivo pago de acuerdo a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina. V- Confirmar el resto que decide y fuera materia de análisis. VI- Imponer las costas de segunda instancia a las accionadas, quienes resultaron sustancialmente vencidas (conf. art.68 CPCC). Regístrese, comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública, dependiente de la CSJN (conf. Ac. 15/13), notifíquese y, oportunamente, archívese. FDO. Sebastián Picasso, Liliana E. Abreut de Begher y Claudio M. Kiper.

002918E