

Danos Y Perjuicios Transporte Subterraneo Caída De Un Pasajero En El Anden Responsabilidad Objetiva Franquicia Tasa De Interes

JURISPRUDENCIA

Daños y perjuicios. Transporte subterráneo. Caída de un pasajero en

el andén. Responsabilidad objetiva. Franquicia. Tasa de interés Se mantiene el fallo que condenó a la empresa de subterráneos a resarcir los daños sufridos por la actora al caer en la zona del andén. Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los 05 días del mes de octubre de dos mil quince, reunidos en Acuerdo los señores jueces de la Excm. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala 2ª, para conocer en los recursos interpuestos en los autos caratulados "H., S. I. C. METROVIAS S.A. Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS" respecto de la sentencia corriente a fs. 317/331 el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver: La sentencia apelada ¿es arreglada a derecho? Practicado el sorteo, resultó que la votación debía efectuarse en el siguiente orden: señores jueces de Cámara Dres. Racimo, Dupuis y Calatayud: A la cuestión planteada, el Dr. Racimo dijo: I.- La jueza de primera instancia hizo lugar parcialmente a la demanda promovida por S. I. H. por los daños y perjuicios que sufrió como consecuencia de la caída ocurrida en el interior de la estación Constitución de la línea 2ª de subterráneos el 23 de octubre de 2009 siendo aproximadamente las 7.20 hs. La pretensión prosperó por la suma de \$... que se desglosa en los rubros correspondientes a incapacidad psíquica (\$...), tratamiento psicológico (\$...), daño moral (\$...) y gastos de asistencia médica y farmacia (\$...) haciéndose extensiva la condena a la aseguradora La Meridional Compañía Argentina de Seguros S.A. en los términos del art. 118 de la ley 17.418. Contra dicho pronunciamiento interpuso a fs. 340 recurso de apelación la vencida que fundó con la expresión de agravios de fs. 383/386 que fue respondida por la actora a fs. 397/398, quien a su vez apeló a fs. 333 siendo sustentada dicha presentación con la pieza de fs. 379/381 contestada por Metrovías S.A. a fs. 387. Asimismo, la aseguradora recurrió a fs. 347 fundando su recurso con la expresión de agravios de fs. 389/395 que mereció la respuesta de fs. 400/401. Toda vez que la empresa transportadora cuestiona la responsabilidad que le ha sido endilgada corresponde, por obvias razones de orden metodológico examinar en primer lugar sus quejas. Aduce la vencida que no se ha probado en el caso el riesgo o vicio de la cosa ni la mecánica del accidente puesto que el hecho de que haya sido retirada H. de la estación Constitución en el lugar y fecha indicados no implica responsabilidad alguna de su parte. Critica que el fallo se haya basado sobre la declaración del testigo H. R. quien ni siquiera pudo describir la estación en que se habría caído la actora aunque decía que el lugar estaba sucio. Agrega que no es verdad que el otro testigo M. S. D. L. T., viera caer a la demandante sorprendiendo a la recurrente la transcripción parcial que se hizo en la sentencia de esta declaración en tanto aquél solo dijo que vio un grupo de gente y se acercó y ahí vio a la señora, mas no la vio caer, y menos aún pudo explicitar la causa o la mecánica. Sobre el testigo R. puedo señalar, después de la visualización de la audiencia, que se trata de una persona que, con dificultades en razón de sus evidentes limitaciones en el orden de la expresión oral, ha podido señalar que el lugar estaba en las condiciones de suciedad descritas en la sentencia y describió que la señora se encontraba caída -en términos que transcribiré- ¿cerca de la boletería, la verdad que ya pasó más de tres años... cerca de la boletería...cerca de ahí... no recuerdo, vino la ambulancia, se la llevé...?. No estimo que la magistrada de primera instancia haya alterado lo dicho por el testigo D. L. T. El deponente -según texto transcrito a fs. 321 vta. del fallo apelado- dijo que ¿viajaba para acá, venía para hacer un trámite, siendo aproximadamente las 07:40 y 07:50 horas veo que se cayó y yo la auxilié espere que venga la ambulancia y me fui.? Lo que manifestó el testigo no es sustancialmente diferente de lo repetido en la sentencia. D. L. T. primero dijo que ¿lo único que recuerdo fue que vi caer a la señora? y después agregó ¿yo viajaba para acá, venía a hacer un trámite, no me acuerdo (inaudible) eran las 8 menos 20, las 8 menos diez y veo que se cayó y bueno yo la auxilié como cualquier persona?. Más allá también de la muy escasa memoria del testigo se pudo extraer en definitiva que la caída se produjo en el subte en la estación Constitución y que el deponente vio el momento en que ocurrió el hecho. De todos modos, lo que se consideró en la sentencia fue que de la lectura de ambas declaraciones resulta la forma en que se encontraba la actora, el estado del lugar (sucio al decir de R.), la ubicación de la pretensora (en el ámbito de la estación Constitución de la línea 2ª de subtes) y la presencia de personal policial en el sector de subterráneos. Se trata, según estimo, de una reconstrucción plausible del modo en que habrían ocurrido los hechos que recibe un refuerzo adicional por los elementos de orden médico (constancias de la historia clínica del Hospital Cosme Argerich donde obra la recepción de H. en guardia traumatológica el 23-10-09) que revelan que fue atendida por una lesión (luxofractura de tobillo derecho) que se puede encuadrar ampliamente en la imprecisa descripción de R. que mencionó la presencia de un golpe en la pierna de la demandante. La letrada de la demandada ha puesto de resalto las dificultades de expresión de los testigos para evidenciar que el accidente nunca ocurrió del modo descripto en la demanda. La visualización del material me lleva a compartir sus dudas sobre el punto, sin perjuicio de lo cual estimo que existen elementos suficientes extraídos de esas declaraciones que hacen

admisible la versión de la caída expuesta en el escrito de inicio. Sobre este aspecto ha dicho esta Sala que a los fines de analizar la responsabilidad consiguiente, en hipótesis similares a la de autos en que un pasajero resulta lesionado durante el transcurso de un viaje en ferrocarril, la prueba concluyente de la ruptura del nexo causal a través de la configuración de alguna de las causales a que alude la norma del art. 184 del Código de Comercio debe ser aportada por la empresa prestadora del servicio. Y no basta al efecto los meros indicios, sino que la prueba debe ser rotunda, que no deje lugar a duda acerca de la culpa de la propia víctima o de un tercero por quien la empresa no sea civilmente responsable o provenga de un hecho fortuito, circunstancia que, por otra parte, surge nítidamente de lo dispuesto por el último párrafo del art. 65 de la ley de ferrocarriles n° 2.873 (conf. votos del Dr. Calatayud en causas 126.664 del 16-6-93, 152.074 del 2-9-94 y 174.218 del 9-8-95). Ello encuentra su fundamento en que aquélla cumple con su obligación primordial realizando el traslado del usuario de un lugar a otro, pero garantizándole su integridad física (ver mi voto en causa 597.444 del 14-6-12 y sus citas). Este Tribunal a partir del fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa L. 170 XLII, ?Ledesma María Leonor c/ Metrovías S.A.? del 22-4-08 (Fallos 331:819), decidió que ?la interpretación de la extensión de la obligación de seguridad que tiene su causa en el contrato de transporte de pasajeros integrada con lo dispuesto por el art. 184 del Código de Comercio, debe ser efectuada teniendo en cuenta el derecho a la seguridad previsto en la Carta Magna para los consumidores y usuarios?. Es decir, ha existido una decisión valorativa que impone interpretar estos casos a la luz del concepto de usuario incorporado en el art. 42 de la Constitución Nacional, como así también los criterios establecidos por las leyes 24.240 y 24.999, esta última que extendió aquel principio protector a las relaciones contractuales en cuanto a la responsabilidad que cabe a los prestadores de servicios por los daños y perjuicios ocasionados a los usuarios y consumidores, contemplándose que aquella norma constitucional establece un sistema más amplio respecto del deber de seguridad que tiene en cuenta situaciones no previstas explícitamente por la ley mercantil referentes a la seguridad del consumidor (ver CNCiv. esta Sala, mis votos, en causas 508.901 del 24-9-08 y 534.499 del 4-11-09 y sus citas: Di Lorenzo, Miguel Federico, La protección extracontractual del contrato, en L.L. 1993-F, 927; Rinesi, Antonio J., Relación de consumo y derechos del consumidor, Buenos Aires, 2006, pág. 14; Farina, Juan M., Defensa del consumidor y del usuario, 2ª edición, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2000, págs. 24 y 181; Conte Grand, Julio, Perspectiva económica y jurídica en Lorenzetti, Defensa del consumidor, Buenos Aires, Ed. Ábaco, 2003, pág. 4 y también votos del Dr. Calatayud en causas 535.395 del 14-10-09, 582.790 del 6-10-11 y 51.505 del 26-3-15 y voto del Dr. Dupuis en causa 570.648 del 20-9-11). Desde esta perspectiva, es indudable que las normas que regulan la protección del usuario imponen al transportista el deber de extremar las medidas de prevención para evitar la producción de perjuicios a sus pasajeros. Y es así que, para excusarse de responsabilidad por los daños sufridos por ellos como consecuencia del impacto de un proyectil que es arrojado desde el exterior de una formación ferroviaria, la empresa debe demostrar que adoptó las medidas pertinentes y razonables para evitar la producción de estos hechos dañosos cuya frecuencia y alcances no puede ignorar, tales como la colocación de materiales o diseños de vagones que garanticen la seguridad del usuario (ver CSJN, L.L. 2010-B, 258, autos: ?Uriarte Martínez Héctor Víctor y otro c/ Transportes Metropolitanos General Roca S.A. y otros s/ daños y perjuicios?, considerando 6°). Se ha demostrado que la actora se cayó en el ámbito de custodia de la empresa demandada y que ello se ha producido con probabilidad con motivo del mal estado de las instalaciones de manera que no encuentro dificultades en aplicar el criterio antes señalado al contrato de transporte en subterráneos y mantener, por consiguiente, lo decidido sobre el punto en la sentencia recurrida. En tales condiciones, es evidente que la demandada ha incurrido en un incumplimiento contractual, sin que haya acreditado las eximentes de responsabilidad a que alude el art. 184 antes citado, por lo que deberá asumir las consecuencias de tal omisión. Por todo ello propongo que se desestime la queja de la demandada y se confirme la sentencia en lo principal que decide. II.- Desestimado el planteo de la demandada corresponde examinar los cuestionamientos de las partes en torno a la procedencia y a la cuantía de los rubros reclamados y parcialmente admitidos en el curso del proceso. Antes de ello, quiero destacar que en el particular caso de autos el examen de los daños lo haré conforme las normas jurídicas vigentes a la época del hecho antijurídico (ver voto del Dr. Calatayud en c. 80.509-10 del 27-8-15 con cita de Kemelmajer de Carlucci, La aplicación del Código Civil y Comercial a la relaciones y situaciones jurídicas existentes, Rubinzal-Culzoni editores, pág.100 n° 48; Dell'Orefice, Carolina y Prat, Hernán V., La aplicación del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y el derecho transitorio, Revista Código Civil y Comercial, ed. Thomson Reuters La Ley, año 1 n° 1, julio 2015, pág.19, en especial, pág.27, capítulo VI letra d). a. Incapacidad física sobreviniente. La actora se agravia por el hecho de que la jueza haya asumido como vinculante la opinión de un perito que no otorgó incapacidad alguna por una gravísima lesión que resulta indubitada de la historia clínica. Afirma la recurrente que el perito médico Dr. A. Z. se encontraba en delicado estado de salud tanto cuando revisó a la actora como cuando confeccionó la ?impresentable pericia? a lo que se suma que en visualización por DVD de la audiencia impugnatoria del 11-9-13 pareciera no saber sobre qué paciente o lesión se encontraba respondiendo a la vez que mencionaba una pierna que no es la denunciada como lesionada. Comparto las quejas de la demandante sobre las dificultades que ha tenido el Dr. Z. para explicar verbalmente en la audiencia impugnatoria las conclusiones a las cuales había llegado en el informe

por escrito. El perito parece no saber sobre lo que se le está preguntando, lee su dictamen sin comprender lo que se le inquiriere realmente, utiliza técnicas caseras para verificar si la actora miente sobre su real estado de salud y pese a los esfuerzos del juzgado interviniente es claro que confunde -y reiteradamente- los distintos tipos de lesiones que tiene H. en ambas piernas. Ahora bien, una vez advertida esta situación en la expresión de agravios no se va más allá de ello ni se ha recurrido en el proceso a un consultor técnico que pudiera dar una versión alternativa sobre las consecuencias de la fractura padecida por la actora descriptas en el dictamen de fs. 233/234. Y es sobre este informe que se ha basado la sentencia con la transcripción de sus partes más relevantes (ver fs. 325/326) sin que la demandante haya evidenciado que las conclusiones escritas del experto deban ser desestimadas sin más por el hecho -comprobado por el suscripto con la visualización de la audiencia- de que el perito no ha brindado una explicación satisfactoria a las preguntas del letrado de la actora. Y en cuanto a este punto cabe estar a lo señalado en el dictamen pericial donde se indicó que en tobillo derecho no se observan afectaciones según las radiografías efectuadas y que la actora carece de deterioro anatómico funcional como productor del hecho que se reclama (fractura de tibia y peroné miembro inferior derecho). No existen, más allá de los documentos obrantes en estudios médicos examinados a fs. 325 vta. del fallo, otros elementos que autoricen a descartar estas conclusiones fuera de los comentarios realizados por el letrado de la actora en el curso de la audiencia en que se impugnó la actividad del experto. Sobre la cuestión, es criterio de la Sala que, si bien el perito es un auxiliar de la justicia y su misión consiste en contribuir a formar la convicción del juzgador, razón por la cual el dictamen no tiene, en principio, efecto vinculante para él (art. 477 del Cód. Procesal; CNCiv. esta Sala, en E.D. 89-495 y sus citas), la circunstancia de que el dictamen no obligue al juez -salvo en los casos en que así lo exige la ley-, no importa que éste pueda apartarse arbitrariamente de la opinión fundada del perito idóneo, en tanto la desestimación de sus conclusiones ha de ser razonable y fundada (conf. fallo citado y votos del Dr. Mirás en causas 34.389 del 9-2-88 y 188.579 del 26-3-96 y, en el mismo sentido, CNCiv. Sala ?D? en E.D. 6-300; Colombo, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Anotado y comentado, 4a. ed., t. I pág. 717 y nota 551). En forma congruente, ha adherido a la doctrina según la cual aun cuando las normas procesales no acuerdan al dictamen pericial el carácter de prueba legal, cuando el informe comporta -como en el caso- la apreciación específica en el campo del saber del perito -conocimiento éste ajeno al hombre de derecho-, para desvirtuarlo es imprescindible contar con elementos de juicio que permitan concluir fehacientemente en el error o el inadecuado uso que el experto hubiese hecho de sus conocimientos técnicos o científicos, de los que por su profesión o título habilitante ha de suponerse dotado (conf., entre muchas otras, causas 21.064 del 15-8-86, 11.800 del 14-10-85, 32.091 del 18-12-87, 131.829 del 29-7-93 y 169.102 del 6-6-95). Por consiguiente, para que las observaciones que pudiesen formular las partes puedan tener favorable acogida, es menester aportar al expediente probanzas de similar o mayor rigor técnico o científico que desmerezcan las conclusiones alcanzadas en el peritaje (conf. arts. 386 y 477 del Cód. Procesal; Palacio, Derecho Procesal Civil, t. IV pág. 720; CNCiv. Sala ?C? en L.L. 1992-A, 425; Sala ?H? en L.L. 11997-E, 1009 n 39.780-S), pruebas que, al no haber sido incorporadas al proceso y ante el silencio guardado por la obligada al nuevo traslado conferido del último dictamen, autoriza a aceptar el criterio del experto y desechar las objeciones que ésta formulara e, igualmente, las que expresa en esta alzada. Así las cosas, cabe tener por demostrada la inexistencia de incapacidad física en la actora con lo cual sugiero que se desestimen los agravios introducidos por esta recurrente ante la Alzada. b. Daño y tratamiento psicológico Sostiene la demandante que resulta irrisoria la suma de \$... que se ha fijado por punto de la incapacidad psíquica que fue calculada en una cuota del 10 % y que es inadmisibles que se considere que 1 sesión semanal durante 12 meses se pueda pagar con la suma de \$... teniendo en cuenta que actualmente el costo de la consulta ronda los \$... Por su parte, la demanda alega que de la lectura del dictamen presentado en la causa surge que la actora no halla afectada su capacidad de trabajo, ni su vida diaria y que jamás ha requerido de asistencia psicológica, razones por las cuales solicita la disminución del resarcimiento establecido en el fallo. Se agravia también de que se haya otorgado una partida por tratamiento psicológico porque justamente este resarcimiento tiene por fin enmendar el supuesto daño sufrido en el accidente. A diferencia de lo sostenido por la parte vencida, la lectura del peritaje de la licenciada en psicología da cuenta de las secuelas que ha producido el accidente en la integridad psíquica de la actora habiéndose estimado que conforme al Baremo de Castex y Silva, como consecuencia del hecho de autos presenta Desarrollo Psíquico post Traumático moderado 2.6.7, que corresponde a un 10 % de incapacidad psíquica. El hecho de que no está afectada en la esfera recreativa pudiendo encontrar en las manualidades un quehacer que le produce satisfacción no supone, como sugiere la recurrente, que deba reducirse la cuota de incapacidad en la cual indudablemente ha de haberse tenido en cuenta este aspecto de la cuestión (ver fs. 183, párrafos penúltimo y último). En cuanto al cálculo del resarcimiento en este aspecto estimo que resulta insuficiente habida cuenta de la magnitud de las secuelas explicadas por la perito interviniente de manera que propongo que se eleve a la suma de \$... calculada a valores actuales. Sugirió la perito licenciada en psicología que la actora realice un tratamiento psicoterapéutico con una duración de 12 meses con una frecuencia semanal cuyo costo podrá oscilar entre los \$... y \$... añadiendo que un tratamiento focalizado podría ayudarla a superar el temor a viajar sola (ver informe de fs. 178/185 presentado el 14 de agosto de 2012). La

enunciación del modo en que se ha de realizar este tratamiento revela que la terapia tendrá por objeto procurar la superación de algunas de las secuelas que sufre la demandante, sin que de ello deba considerarse que la incapacidad consolidada que ha sido determinada por la experta pueda ser así superada. Y en lo que hace al monto estimo también que resulta escaso el costo de cada una de las sesiones con lo cual propongo que se eleve el resarcimiento por este concepto a la suma de \$... teniendo en cuenta que el valor reclamado en la demanda lo había sido al costo existente a la fecha del accidente (ver fs. 22).

c. Gastos de asistencia médica. Se agravia la aseguradora del importe establecido en concepto de gastos de asistencia médica y farmacia que entiende exorbitantes ya que la actora no ha acreditado mínimamente las erogaciones supuestamente efectuadas al respecto. En lo atinente a los gastos de farmacia y asistencia médica, la jurisprudencia ha prescindido de la exigencia de la prueba concreta y documentada de este tipo de gastos que, como los de farmacia, son necesarios para el tratamiento y recuperación de la víctima, dejando librado a la apreciación judicial la fijación de su monto, siempre que la acreditación del perjuicio esté debidamente comprobada y tengan adecuada relación con la importancia del tratamiento (conf. esta Sala, L. n° 7356 del 29-8-84 y sus citas; L. n° 51.594 del 20-9-86; L. n° 41.431 del 3-3-89; ídem, L. n° 64.814 del 26-4-90; Sala "C", E.D.-98-508 y sus citas; entre muchos otros). No obsta a la admisión de la partida la pertenencia de la víctima a una obra social, adhesión a su sistema de salud prepago o su atención en hospital público, pues existe siempre una serie de gastos que se encuentra a cargo de los afiliados o parientes y que aquellos no cubren, sin perjuicio de que, cuando existe total o parcial orfandad de prueba documental, en el monto a fijar-se deben ser consideradas tales circunstancias (conf. esta Sala, causas n° 107.157 del 30-4-92, 113.652 del 24-8-92 y 127.547 del 19-4-93, n° 119.174 del 15-12-92 y 146.808 del 18-5-94, con votos del Dr. Calatayud; causas n° 154.150 del 6-10-94 y 164.495 del 23-3-95; Sala "M", c.61.766 del 27-3-91; Sala "C", c.129.891 del 2-11-93; etc). Es también reiterada la jurisprudencia del Tribunal que establece que los gastos de traslado pueden presumirse cuando, de acuerdo a la índole de las lesiones, se infiere que la víctima se ha visto necesitada de recurrir a gastos extraordinarios de movilidad, como puede ser la utilización de vehículos de alquiler, por lo que no se requiere prueba de esas erogaciones (conf. esta Sala, cc. 135.893 del 24-9-93 y 177.189 del 22-9-95). El examen realizado en la sentencia sobre las historias clínicas respecto al tratamiento a que debió verse sometida H. como consecuencia del accidente pone en evidencia que ha de haberse visto necesitada de recurrir a remedios para superar las dolencias padecidas tanto más cuando se ha acreditado que tuvo que soportar dos meses de yeso además de que se estimó necesaria la realización de un tratamiento kinésico (ver fs. 324 vta./325) circunstancias que me llevan a concluir que resulta improcedente la queja sobre este punto.

d. Rubros desestimados (gastos en recurso de apelación de la demandada y daño moral). La demandada se agravia por el reconocimiento efectuado respecto a los gastos y a todo evento solicita su reducción lo mismo que respecto del daño moral toda vez que asegura no se advierte que la demandada hubiera tenido un padecimiento del tenor y la extensión que reconozca una indemnización como la dispuesta en la sentencia quejándose también la aseguradora por este último rubro. Las quejas -por su carácter genérico- no cumplen con los recaudos exigidos por el art. 265 del Código Procesal y es por ello que propicio que se tengan por desiertas por esta Alzada. La misma solución sugiero que se disponga respecto al planteo de H. por el agravio moral en cuanto afirma que debería haber sido fijado en un monto mayor toda vez que se había solicitado la suma de \$... por daño físico y la de \$... por daño psicológico en tanto ello implica un desentendimiento de las razones utilizadas en la sentencia para fijar este rubro teniendo en cuenta un grado de incapacidad que estimo no debe ser modificado en este proceso.

III.- Tasa de interés Cuestiona la demandada que se haya concedido un interés por el rubro correspondiente a la terapia psicológica a partir del día del hecho cuando es un tratamiento a futuro por lo que pide que se fije a partir de la fecha de la sentencia. El tratamiento lo considera la demandada a futuro? sin percatarse de que correspondía la reparación de estas secuelas producidas en la actora a partir del accidente. Si la demandada hubiera pagado en su momento lo debido, la actora habría podido realizar la terapia con anterioridad con consecuencias, sin dudas, más favorables para su integridad psíquica. No corresponde, pues, admitir esta queja de la recurrente. La demandada entiende que la aplicación de la tasa de interés activa lleva a un monto elevado y desproporcionado con lo que solicita se mantenga la tasa pasiva desde el hecho hasta la fecha del efectivo pago teniendo en cuenta además que no resultan de aplicación los fallos plenarios y que tampoco se hallan vigentes cláusulas de ajuste. La aseguradora plantea una solución diferente al señalar que la tasa utilizada implica una alteración del significado económico del capital de condena reclamando, según precedentes de esta Sala, que se reduzca al 6 % anual desde la fecha de producción del daño hasta el dictado de la sentencia. El cálculo de los rubros indemnizatorios se realiza por el Tribunal, en principio y de acuerdo con la normativa del Código Civil, en caso de demandas por daños y perjuicios a valores actuales aplicándose la tasa de interés del 6 % anual desde el momento del hecho hasta dicha cuantificación con más la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina que corre desde la data de la sentencia hasta el efectivo pago según el criterio establecido por el fallo plenario ?Samudio de Martínez, Ladislaa c/ Transportes Doscientos Setenta S.A. s/daños y perjuicios? que no resulta obligatorio desde la sanción de la ley 26.853 (ver aclaración de los Dres. Calatayud, Dupuis y Racimo en el plenario ?Inversiones Rifer SL c. Fruticon S.A. s/incidente

civil? del 23-12-13 pub. en LL 2014-B, 167). La Sala ha señalado reiteradamente que los intereses reclamados al causante de un hecho ilícito son debidos desde el momento de la configuración del daño hasta la fecha del pago (art. 622 del Código Civil y criterio sentado en el plenario "Gómez, Esteban c/ Empresa Nacional de Transportes s/ daños y perjuicios", del 16/12/58) en un criterio que ahora recibe consagración legislativa en el art. 1748 del CCCN. El deudor se encuentra desde aquel momento en estado de mora hasta su cese que queda regido por el art. 7 del CCCN que prescribe que a partir de su entrada en vigencia las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Paul Roubier -seguido en sus pautas generales por Borda en la reforma al art. 3 por la ley 17.711 (ver La Reforma de 1968 al Código Civil, Buenos Aires, Perrot, 1971, n° 17, pág.54)- ha señalado que las leyes nuevas que modifican la tasa legal del interés moratorio, deben igualmente aplicarse desde su entrada en vigor, incluso a los créditos anteriores, y esto mismo en el caso en el cual el estado de mora es anterior a la nueva ley, para todos los intereses que correrán a partir de la entrada en vigencia de esta ley. Es la ley del día de la obligación la que determina las condiciones dentro de las cuales el acreedor puede demandar los daños e intereses; pero se trata aquí, no del derecho de demandar un interés moratorio, sino de la tasa de este interés que se encuentra en relación directa con el interés del dinero a una época dada. El daño que se trata de reparar como consecuencia del retardo es el que resulta de la privación, para el acreedor, de su capital; pero este daño corresponde a la tasa de interés al momento en que se encuentra así privado de su dinero, y no al momento en que la obligación ha nacido. El interés corresponde a la evaluación de un daño, que continúa todos los días, en tanto el deudor no sea liberado enteramente de su deuda quien queda entonces sometido al efecto inmediato de las leyes nuevas, puesto que se trata de una situación jurídica que continúa sus efectos en el tiempo en una regla que concierne a todos los derechos de crédito, cualquiera sea su origen, contractual o no; es una regla que corresponde, no solo a tal o cual contrato, sino al estatuto legal de las obligaciones en una situación que puede merecer una solución distinta en el caso de que las partes hayan convenido una tasa determinada (Les conflits de lois dans le temps, París, Sirey, 1933, t. 2, págs. 21 a 24). El art. 7 del CCCN tiene una redacción similar, en lo que aquí interesa, a la del derogado art. 3 del CC de manera que estimo la nueva normativa relativa al cálculo de la tasa de los intereses moratorios es aplicable a las consecuencias no ocurridas al 1° de agosto de 2015 aunque su antecedente o causa -la situación jurídica de la mora- ya hubiese existido antes (ver Llambías, J. J., Código Civil Anotado, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1978, pág. 19 y Kemelmajer de Carlucci, ob. cit., pág. 28). Sobre esta materia, el art. 768 del Código Civil y Comercial de la Nación establece, en primer lugar, el derecho legal al cobro de los intereses moratorios y a continuación señala el régimen de la tasa que se determina por lo que acuerdan las partes, por lo que dispongan las leyes especiales y, en subsidio, por las tasas que se fijen según las reglamentaciones del Banco Central. El nuevo texto difiere en varios aspectos respecto del anterior régimen del Código Civil: a. El art. 768 establece un principio general de aplicación de los intereses moratorios a las obligaciones convencionales y extracontractuales de acuerdo con el nuevo régimen de unificación de ambos tipos de responsabilidad (ver Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación en Proyecto de Código Civil y Comercial, Buenos Aires, La Ley 2012, pág. 563), a diferencia del art. 622 que consideraba el tema a partir de la preexistencia de una relación convencional entre las partes. Con una mirada similar, el art. 622 disponía el pago de los intereses desde el vencimiento de la obligación, mientras que el nuevo régimen se refiere al derecho al cobro de aquellos desde la mora. b. El nuevo régimen incorpora una opción de carácter subsidiario -distinta a las hipótesis de la tasa convenida y de la tasa prevista por leyes especiales -reconocidas en el anterior régimen- que consiste en una determinación a realizar entre un conjunto de opciones en tasas que se fijan según las reglamentaciones del Banco Central. c. El art. 622 del CC establecía una regla subsidiaria que permitía a los jueces determinar ¿el interés que debe abonar? el deudor moroso a diferencia del art. 768 no les concede explícitamente ese tipo de facultad en caso de ausencia de los dos primeros supuestos de la nueva normativa. d. La determinación según las reglamentaciones del art. 768, inc. c. contiene un universo limitado de opciones de fijación de la tasa que resulta diferente de la facultad conferida libremente al juez -al menos desde lo expreso- en el art. 622 del Código Civil. La aplicación de tasas previstas por leyes especiales opera independientemente de la intervención de los magistrados, incluso en asuntos extrajudiciales entre deudor y acreedor, de manera que el dictado de la sentencia en una controversia reconoce simplemente una decisión legislativa previa. Se aplica lo convenido o la ley especial y la determinación por el juez solo opera en ausencia de tasa determinada en ambos supuestos (ver Compagnucci de Caso en Rivera-Medina, Código Civil y Comercial Comentado, Buenos Aires, La Ley, t. III, pág. 97). De todos modos, no existen las leyes especiales del art. 768 inc. b. para este tipo de casos de manera que se impone verificar si los jueces se encuentran habilitados para realizar el proceso de determinación de la tasa previsto en el último inciso de esa norma. El interrogante se plantea en concreto al advertirse que el CCCN autoriza expresamente, en una situación análoga, a los jueces a fijar, en subsidio, la tasa de interés compensatorio en el art. 767 y que también concede similar potestad al permitir que se añada a la tasa de interés legal moratorio del art. 552 una tasa adicional que se fija según las circunstancias del caso (ver también, Márquez, José Fernando, ¿Las obligaciones de dar sumas de dinero en el Código Civil y Comercial?, LL 2015-B, 606, pto. IV. B.2) Los jueces tienen indudablemente esta facultad de acuerdo con las finalidades de la

ley (conf. art. 2 del CCCN) que reconoce el derecho a los intereses ¿a partir de la mora? cuya tasa no podría fijarse si se estimara retirada esta potestad que había sido concedida, de modo más discrecional, por el art. 622 del Código Civil. Si los jueces no estuvieran habilitados para fijar la tasa en caso de ausencia de los supuestos previstos en los inc. a. y b. del art. 768 existiría un derecho a un interés moratorio con una tasa imposible de determinar en una solución cuya enunciación es un despropósito contrario a la presunción del legislador racional. Los Fundamentos del Proyecto señalan, asimismo, que se ha procurado en cuanto a los intereses moratorios no adoptar la tasa activa, como se propiciara en el Proyecto de 1998, porque se considera que hay supuestos de hecho muy diversos y que es necesario disponer de mayor flexibilidad a fin de adoptar la solución más justa para el caso (ver Fundamentos del Anteproyecto, ob. cit., pág. 513). El ejercicio de esta solución flexible se ha dado a quien le corresponde determinar la tasa a partir de las que se fijen según las reglamentaciones del Banco Central que, en el sub lite, no puede ser otro que el juez interviniente. De ese modo, la redacción impersonal del art. 768 contiene un procedimiento implícito de determinación de la tasa por los jueces que a su vez se basa en aquellas que sean fijadas -por las entidades que correspondan- según las reglamentaciones del Banco Central. Dentro de este rango de posibilidades que concede el art. 768 inc. c. y habida cuenta la medida del recurso interpuesto en esta causa en que se pide la aplicación de la tasa pasiva, entiendo que no existen obstáculos en mantener la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina según lo establecido en el plenario ¿Samudio? en tanto cumple con las mencionadas reglamentaciones del Banco Central. Su aplicación procede así en virtud de facultad concedida implícitamente en la nueva normativa sin que sea ya aplicable el plenario ¿Samudio? que importaba una interpretación obligatoria -conf. el derogado art. 303 del Código Procesal- del art. 622 del Código Civil que carece de vigencia en la actualidad según lo dispuesto por las leyes 26.994 y 27.077. A ello se suma que existió una voluntad de los redactores (ver Fundamentos, lug. cit.) en cuanto a que existiera un mayor rango de opciones a diferencia de lo propiciado por el Proyecto de 1998 que establecía rígidamente la aplicación de la tasa activa para el interés moratorio (art. 716) y para el denominado interés resarcitorio (art. 1628). El cálculo de los intereses hasta la fecha de la determinación de la indemnización a valores actuales se realizará de acuerdo con la ya mencionada tasa del 6 % anual. Se considera así que al determinarse el valor de la prestación al momento de la sentencia no debe utilizarse la tasa activa ya que en este caso se estaría mandando a pagar dos veces lo mismo en criterio que se tuvo en cuenta en la interpretación dada en el fallo plenario y que encuentra ahora respaldo adicional indirecto en lo dispuesto por el art. 772 del CCCN (ver Fundamentos del Anteproyecto, ob. cit., pág. 513; Ossola, Federico Alejandro en Lorenzetti, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, t. V, com. art. 772, pág. 158; Molinario, Alberto D., ¿Del interés lucrativo contractual y cuestiones conexas? Buenos Aires, 1972, Separata Revista del Notariado n°725, págs. 4 y 5 y para hipótesis similares en otros ordenamientos jurídicos, Cane, Peter, Atiyah's Accidents, Compensation and the Law, 7ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pág. 145). Todo ello sin perjuicio, claro está, del procedimiento que se aplique respecto de los diversos rubros a considerar en el caso de los accidentes ocurridos con posterioridad a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación. Como los importes indemnizatorios han sido establecidos a valores actuales a la época de la sentencia de primera instancia y la demandada ha solicitado la aplicación de la tasa pasiva y la aseguradora la del 6 % anual, propongo que se adopte este último criterio, concordante con el de la Sala, hasta el momento de la sentencia de primera instancia y desde esa fecha en adelante a la tasa activa indicada según criterio no obligatorio del fallo ¿Samudio? hasta el 1° de agosto de 2015 y desde la entrada en vigencia del nuevo sistema legal según la facultad conferida a los jueces en el art. 768, inc. c teniendo en cuenta el límite de los recursos interpuestos en el caso. IV. Franquicia. En la presente causa la aseguradora aseveró que la demandada -según la póliza n° ...- responde en cada uno de los siniestros con la suma de hasta u\$s ... por evento respecto de ¿Operación Ferroviarias y Mala Praxis Incidental? y recién en exceso de esa suma entra en funcionamiento la cobertura que otorga dicha póliza teniendo en cuenta el límite anual de u\$s ... A partir del hecho de que se reclamó el monto de \$... en concepto de indemnización solicita que se establezca que al ser ese guarismo inferior a la franquicia estipulada se diga que el nacimiento de su obligación no ha nacido en el presente caso. El planteo había sido originalmente introducido por la aseguradora con el escrito de presentación de fs. 134/142, punto IV del cual se dio traslado a la actora quien manifestó a fs. 144, pto. II que se oponía a la franquicia en forma expresa por considerarla ajena a terceras víctimas, solicitando su rechazo como un intento de la aseguradora de hacer valer cualquier tipo de cláusula abusiva en un contrato. La jueza señaló en su sentencia -en párrafo que transcribiré textualmente (ver fs. 324/vta.)- que ¿con relación a la franquicia invocada por la citada en garantía en su contestación de demanda (fs. 134/142), cabe recordar que de acuerdo con el fallo plenario recaído en los autos: ¿Obarrio, María Pía c. Microómnibus Norte S.A. y otros/daños y perjuicios (acc. Tran. C. les. o muerte) sumario? y ¿Gauna, Agustín c. La Economía Comercial S.A. de Seguros Generales y otros/daños y perjuicios?, de fecha 13 de diciembre de 2006, se establece que: ¿En los contratos de seguro de responsabilidad civil de vehículos automotores destinados al transporte público de pasajeros, la franquicia como límite de cobertura -fijada en forma obligatoria por la autoridad de control de la actividad aseguradora conforme Resolución N° 25,429/97- no es oponible al

damnificado (sea transportado o no).? La demandada sostiene que el plenario dictado en la causa ?Obarrio? deviene inaplicable al haber sido descalificado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y por ello dice que ?en virtud de las consideraciones expuestas, la sentencia deberá ser modificada en la medida que refiere que la franquicia no es oponible al damnificado? (ver fs. 392).

El caso se refiere a un accidente ocurrido en una estación de subterráneos. Nada tiene que ver en este caso el ?seguro de responsabilidad civil de vehículos automotores destinados al transporte público de pasajeros? por lo que no resulta de aplicación el plenario ?Obarrio? indicado en la sentencia como argumento eficaz para resolver que la franquicia resulta en el caso inoponible a la víctima. La apelante se centra -en su defensa de la franquicia establecida en la póliza señalada- en una posición crítica respecto a la aplicación de ese plenario que se relaciona con un tema distinto al de esta controversia que se refiere a los daños causados a una persona dentro del régimen del contrato de transporte del art. 184 correspondiente a la línea C de subterráneos de esta ciudad de Buenos Aires. De todos modos, se advierte que lo que pretende la aseguradora es que se revoque lo decidido por la jueza de grado -cualquiera sea el fundamento que haya utilizado- en cuanto se declaró no oponible a la demandante la franquicia incluida en la póliza de seguro. Sobre este aspecto de la cuestión ha de tenerse en cuenta, en primer lugar, las consideraciones de la CNCom. Sala A, en los autos Barreiro que fueron ratificados por la CSJN en la causa O. 64 XLIII ?Ortega? de manera que la aseguradora no pudo desentenderse de la exigencia de una real cobertura basándose en las normas del marco de una concesión. La Sala ha expuesto su posición -ver mi voto en la causa 533.591 del 25-11-09, en autos "Corbalán Angélica Josefa y otros c/ Transportes Metropolitanos General Roca S.A. y otros s/ daños y perjuicios" pub. en La Ley Online AR/JUR/61194/2009- en un caso que guarda analogía con el presente donde la franquicia ascendía a u\$s ... En efecto se sostuvo allí que ese tipo de franquicia resulta desproporcionada si se atiende al principio constitucional directriz y no cumple con las condiciones básicas de protección al pasajero, lo que bastaría para considerar que el contrato ha sido realizado de mala fe (ver votos de la Dra. Míguez en la CNCom. Sala "A", del 20-7-06 en autos "Barreiro Jorge Andrés c/ Transportes Metropolitanos Belgrano Sur S.A. s/ ordinario", LA LEY 2006-E, 141 e "Insaurralde, Pasión Carmen c/ Transportes Metropolitanos General Roca S.A. s/ ordinario" del 21-12-08 y también CNCom. Sala "E" del 4-6-07, en autos "Ferrovías S.A. s/ conc.prev. s/ inc. de revisión por Gastaldi Oscar"; Morello y Stiglitz, La franquicia irrazonable y la distorsión del contrato de seguro, J.A. 2006-III, 707; Stiglitz, La franquicia exorbitante en el seguro contra la responsabilidad civil, LA LEY 2006-E, 142 y voto del Dr. Dupuis en c. 584.760 ?Barros Alicia Mercedes y otros c/ Estado Nacional Ministerio de Planificación Fed. y otro s/ daños y perjuicios? del 23-2-12). En el caso ?Corbalán? (pub. en La Ley Online AR/JUR/61194/2009), al que me remito por razones de brevedad, se concluyó que el punto esencial es que el contrato de seguro con franquicia resulta inaplicable en tales condiciones salvo prueba de su habitualidad -pequeños reclamos- o demostración de la necesidad de su incorporación con el objetivo estricto de fomentar la adopción de medidas preventivas por el asegurado (conf. voto del Dr. Lorenzetti, en la causa C.724-XLI, "Cuello Patricia Dorotea c/ Lucena Pedro" del 7-8-07, Fallos 330:3483). En suma, el análisis de la conducta adoptada por el transportista y la empresa aseguradora revela un apartamiento de los principios protectorios del usuario. Y posteriormente, la Sala, esta vez con voto en primer término del Dr. Calatayud en el voto ?Palacios, Lilia Gladys c. Trenes de Buenos Aires S.A. y otro? Publicado en: RCyS 2011-IX, 182 Cita online: AR/JUR/31782/2011, remarcó que el art. 42 de la Constitución Nacional -aplicado de acuerdo a las pautas establecidas por nuestro máximo tribunal- impone que no puede convalidarse una limitación de indemnización contratada entre aquellos en la póliza respectiva de u\$s ... y particularmente una franquicia de u\$s ... que en este supuesto -como en el antes citado resuelto por la Sala- resulta nula por violatoria de ese principio constitucional y de la buena fe que debe presidir en los contratos (arts. 21, 1037 y 1198, primer párrafo, del Código Civil). Por lo demás, debo recordar que, conforme señalara el más alto Tribunal en el precedente ?Ortega, Diego Nicolás c/ Transportes Metropolitanos General Roca S.A.? (Fallos 332:2418) ya citado, en materia de servicio público ferroviario no existe una expresa obligación legal que imponga a los concesionarios y a las aseguradoras establecer una franquicia en los contratos de seguro de responsabilidad civil que celebren (ver esta Sala, mi voto en c 608.732 ?Martínez, Marcelo Alejandro c/ UGOFE S.A. s/ daños y perjuicios? del 13-3-2013). La mera enunciación del monto de la franquicia en este caso revela que en la inmensa mayoría de los casos no responderá jamás la aseguradora con lo cual se estaría convalidando una aparente protección del usuario que no es tal en la realidad ante la opción asumida por asegurada y aseguradora en perjuicio de los intereses del consumidor. De acuerdo con estos fundamentos es que estimo, en definitiva, que no existen razones para modificar la solución finalmente adoptada en la sentencia recurrida con lo cual propicio que se confirme lo decidido en cuanto se extiende la condena a la aseguradora recurrente. Por todo lo expuesto propongo que se confirme la sentencia en lo principal que decide y se la modifique respecto a las indemnizaciones por incapacidad psíquica y a tratamiento psicoterapéutico que se elevan a las sumas de \$... y \$... respectivamente rectificándose el método de cómputo de los intereses en la forma indicada en los considerandos imponiendo las costas a la demandada que resulta vencida en lo principal y a la aseguradora en cuanto ha pretendido liberarse mediante una franquicia que se declara inoponible a la víctima (art. 68 del Código Procesal). Los señores jueces de Cámara Dres. Dupuis y Calatayud, por análogos razones a las

expuestas por el Dr. Racimo, votaron en el mismo sentido. Con lo que terminó el acto. MARIO P. CALATAYUD. JUAN CARLOS G. DUPUIS. FERNANDO M. RACIMO. Este Acuerdo obra en las páginas N a N del Libro de Acuerdos de la Sala ?E? de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Buenos Aires, ... octubre de 2015.- Y VISTOS: En atención a lo que resulta de la votación de que instruye el acuerdo que antecede, se confirma la sentencia de fs. 317/331, se modifican las indemnizaciones por incapacidad psíquica y por tratamiento psicoterapéutico que se elevan a las sumas de \$... y \$... respectivamente y se rectifica el método de cálculo del interés de acuerdo con lo expuesto en los considerandos. Costas a la demandada y a la aseguradora La Meridional Compañía Argentina de Seguros S.A. (art. 68 del Código Procesal). Se difiere la adecuación de los honorarios de los profesionales intervinientes y la fijación de los correspondientes a esta instancia para cuando obre liquidación aprobada. Notifíquese y devuélvase. Fecha de firma: 05/10/2015 Firmado por: MARIO PEDRO CALATAYUD, JUEZ DE CAMARA Firmado por: JUAN CARLOS GUILLERMO DUPUIS, JUEZ DE CAMARA Firmado por: FERNANDO MARTIN RACIMO, JUEZ DE CAMARA 004458E