

## Accidente Ferroviario Víctima Que Viaja En El Estribo Del Tren Inoponibilidad De La Franquicia Rubros Indemnizatorios

DOMINGO, 10 DE ENERO DE 2021

### JURISPRUDENCIA

Accidente ferroviario. Víctima que viaja en el estribo del tren. Inoponibilidad de la franquicia. Rubros indemnizatorios

En el marco de un juicio de daños y perjuicios, se revoca la sentencia apelada estableciendo diferentes sumas a efectos de reparar la incapacidad física y el daño psicológica, y se reformula la franquicia contenida en el contrato de seguro disponiendo que el asegurado deberá participar en cada siniestro con el 10% de la indemnización que resulte de la sentencia judicial, incluyendo honorarios, costas e intereses a su cargo, en tanto no supere el 1% de la suma asegurada. Lomas de Zamora, a los 21 días de Septiembre de 2016, reunidos en Acuerdo Ordinario los señores jueces que integran esta Excma. Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial y de Familia, Sala I, de este Departamento Judicial, Dres. Javier Alejandro Rodiño y Carlos Ricardo Igoldi con la presencia del Secretario actuante, se trajo a despacho, para dictar sentencia, la causa n° 73708, caratulada: "SOTES, PABLO DANIEL C/ TRANSPORTES METROPOLITANOS GRAL ROCA Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS".-

De conformidad con lo dispuesto por los artículos 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y 266 del Código Procesal Civil y Comercial, del mismo Estado, la Excma. Cámara resolvió plantear las siguientes: -CUESTIONES- 1°.- ¿Es justa la sentencia dictada? 2°.- ¿Qué corresponde decidir? Practicado el sorteo de ley (art. 263, últ. parte, Cód. Proc.), dio el siguiente orden de votación: Dres. Javier Alejandro Rodiño y Carlos Ricardo Igoldi.- -VOTACION- A la primera cuestión, el Dr. Javier Alejandro Rodiño dice: I.- El señor juez titular del Juzgado de Primera Instancia en lo civil y comercial N°2 departamental dictó sentencia a fs. 560/567 haciendo lugar a la demanda promovida por Pablo Daniel Sotes contra ?Transportes Metropolitanos General Roca Sociedad Anónima? a quien se condenó a pagar, en el plazo de diez días de quedar firme la correspondiente liquidación, la suma de pesos cuatro millones doscientos mil (\$4.200.000) con más intereses que se calcularán según lo indicado en el considerando cuarto de la sentencia. Hizo extensiva la obligación de pago a la citada en garantía ?QBE Seguros La Buenos Aires Sociedad Anónima? o la que sea su denominación actual en los límites de lo establecido en el contrato pertinente, los cuales deberán fijarse conforme lo establecido en el considerando segundo de la sentencia. Impusdo las costas de lo actuado a los demandados, con los límites ya mencionados, y difirió la regulación de honorarios profesionales.- El pronunciamiento fue apelado a fs. 568 por la parte actora y a fs. 574 por la citada en garantía, siéndoles concedidos libremente sus recursos a fs. 573 y fs. 575, respectivamente. Radicadas las presentes actuaciones en esta Sala, a fs. 614/617 expresó agravios la parte actora mientras que a fs. 618/630 lo hizo la citada en garantía. Corrido el pertinente traslado, a fs. 632/637 replicó la citada en garantía mientras que a fs. 638/640 lo hizo la parte actora. A fs. 642 se llamó la causa para dictar sentencia por providencia que se encuentra consentida. II- De los agravios.- De la actora: En su escrito recursivo, la parte actora se agravia de la extensión de la condena a la citada en garantía en los términos de la cobertura contratada, sosteniendo que los límites impuestos resultan nulos de nulidad absoluta e inoponibles a la víctima con remisión a jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Luego, cuestiona la forma en la cual se calculó el límite de la póliza en cuanto a la conversión de dólares estadounidenses (moneda original) a pesos argentinos de acuerdo a la aplicación del CER. Finalmente, cuestiona las sumas por la cual prosperó la demanda. De la citada en garantía: A su turno, la citada en garantía cuestiona la atribución de responsabilidad que contiene el fallo, sosteniendo que el hecho se produjo por culpa de la víctima al viajar en el estribo del tren. Luego, cuestiona las sumas fijadas en la sentencia en crisis, en primer lugar, argumentando que el magistrado de anterior grado fallo ultra petita, y en segundo lugar, que los montos resultan excesivos. Finalmente, cuestiona la tasa de interés que contiene el fallo, en cuanto a la fecha de comienzo de su cómputo y solicitando la aplicación de la Tasa Pasiva. III- Cuestión preliminar.- El 1° de agosto de 2015 entró en vigencia el Código Civil y Comercial de la Nación aprobado por la ley 26.994; circunstancia sobreviniente por la cual corresponde determinar en primer término la ley aplicable a los supuestos como el que nos ocupa. Que el artículo 7 del nuevo ordenamiento vigente establece la aplicación inmediata de las leyes a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, agregando a párrafo seguido que las mismas no tienen efecto retroactivo, salvo disposición en contrario. Que ambos principios (aplicación inmediata e irretroactividad de la ley), bien entendidos, se complementan. Que de tal modo, corresponde entender -como regla general- que la nueva legislación se aplica inmediatamente a todos los supuestos acaecidos a partir de su entrada en vigencia, así como también a aquéllos otros que, habiéndose originado aún en fecha anterior, producen sus consecuencias jurídicas con posterioridad a la sanción de la norma. No será aplicable entonces a las relaciones o situaciones jurídicas -y sus consecuencias- consumados, agotados o extinguidos con anterioridad a su vigencia, excepto cuando, claro está, exista disposición legal en contrario. Que, sentado ello,

advierto que en la especie la relación jurídica obligacional en la que se funda el reclamo nació en el momento en el que se produjo el daño -esto es, el 14/09/1999-; razón por la cual considero que el conflicto deberá ser juzgado por la ley vigente en aquél entonces, hoy derogada; con excepción de la normativa mas favorable al consumidor en las relaciones de consumo, cuya aplicación propiciaré en cuanto a la oponibilidad de la franquicia (En este sentido, KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., en La Ley 02/06/2015, punto IV último párrafo.; LORENZETTI, R. L., en "Cód. Civ. y Com. de la Nación Comentado" T. I, p. 47 y sgtes, Ed. Rubinzal Culzoni; "Cód. Civ. y Com. de la Nación Comentado" Tit. Prel. y Libro I, Ed. INFOJUS; p. 23 y sgtes; íd. SCBA, Ac. 107.423).

IV- Consideración de las quejas.- A- Por una cuestión de orden lógico procesal, habré de abordar en primer término la atribución de responsabilidad que contiene el fallo.- Al respecto para evaluar la responsabilidad y ocurrencia de eventos como el que nos toca, en tales circunstancias resaltaré que desde la aparición de los fallos dados en los casos "Rossi, José c/Transportes Automotores San Lorenzo SA s/ Ds. y Ps." (Ac. 34147 del 17-IX-85) y "Tezeira, María c/ Sargento Cabral SA s/ Ds. y Ps." (Ac. 35178 del 29-X-85), la aplicación de la norma del art. 184 del Código de Comercio, en los casos de accidentes en medios de transporte público, ha merecido de parte del Alto Tribunal, una definida conceptualización que ubica la obligación de reparar, como de naturaleza extracontractual. Se entendió, que la mera circunstancia de que haya mediado entre las partes en litigio una relación contractual, no supone que necesariamente la responsabilidad sea siempre de esa naturaleza, debido que a pesar de esa relación, pueden darse sucesos extraños al contrato que aunque sucedan durante el vínculo o en ocasión de éste, quedan marginados del mismo, y en consecuencia de un incumplimiento contractual. Sigue afirmando, que la responsabilidad que contrae el transportador por el daño que sufran sus pasajeros, durante la realización del transporte, tiene su fundamento en una obligación preexistente al propio convenio, se trata de la violación a un deber jurídico establecido por la propia ley fundado en las normas de los artículos 1109 y 1113 del Código Civil. En consecuencia, la acción entablada en esta causa por el actor, es de naturaleza extracontractual, ya que no se trataría de una violación de obligaciones originadas en el contrato de transporte, sino en la violación de un deber jurídico preexistente. La posición anotada, tiene marcada importancia a la hora de merituar el tema de la prescripción, pero en lo que hace al análisis de la responsabilidad, la solución aparece equiparable entre ambos ordenamientos. En mi concepto, el artículo 184 del Código de Comercio crea una "cierta" forma de responsabilidad objetiva, al imponer al transportador, la obligación de llevar sano y salvo al pasajero, al lugar de destino. Y digo "cierta forma de responsabilidad objetiva", al entender que dicha norma crea respecto del transportista una "obligación de resultados": la del éxito del transporte. Los transportistas contraen con el pasajero una obligación de seguridad que es al mismo tiempo de resultado, cuyo fundamento radica en el riesgo que aquellos crean con su actividad mediante la cual lucran y reciben beneficios, por lo que se establece en favor del pasajero, víctima de un accidente una doble presunción, en cuanto queda inferido prima facie que el daño sufrido tuvo conexión adecuada con el transporte y la empresa es la productora del perjuicio, no siendo necesario para el damnificado la prueba de la culpa del transportista o sus dependientes. Las empresas de transportes incurren en un defectuoso cumplimiento de las obligaciones a su cargo al circular con exceso de pasajeros y las puertas abiertas, entendiéndose que la noción de transporte no sólo comprende el viaje en sí, sino también el período previo al traslado, que comienza cuando el pasajero se dispone a ascender al vehículo y hasta el descenso del mismo en la parada final. Por aplicación de la doctrina expresada, la parte demandada -acreditada la autoría- para exonerarse de responder por los perjuicios, debe acreditar que el daño se produjo por un actuar peligroso o negligente de la víctima demandante, o que el mismo fue originado por terceros por los que no tenga que responder (SCBA Ac. 31772 del 22-XI-84, Ac. 35155 del 8-IV-85, Ac. 37661 del 22-XII-87, Ac. 40109 del 21-II-89, Ac. 56515 del 5-VII-96, Ac. 57268 del 8-VII-97; CALZ Sala I, Reg. Sent. Def. 256/89, 306/88, 169/90, 113/96, 16/97 entre otros).- V- Adelanto señalar, que estando el accidente reconocido por la parte demandada, corresponde la confirmación del decisorio de origen en cuanto atribuye exclusiva responsabilidad a la empresa demandada en la producción del evento dañoso. En efecto, el accionado apelante asegura haber acreditado en estos actuados que la conducta de la víctima resultó totalmente imprudente, pero no indica cuáles son esos elementos de prueba. Sólo se limita a repetir términos y argumentos tendientes a torcer el sentido del fallo de primera instancia, lo cual es manifiestamente insuficiente para eximirla de responsabilidad. Respecto a la crítica intentada en relación a la valoración de la prueba, es del caso atribuir inoperancia al intento de probar un hecho a través de la personal interpretación de las pruebas, bajo la pretensión de que el sentenciante, que decide de acuerdo a los datos que considere dirimientes, deba explicar en cada caso, el porqué prescinde de la valoración de unas u otras, cosa que importaría sin lugar a duda una declinación del principio del art. 384 y ccdtes. del procesal. Los jueces de mérito pueden preferir alguna de las pruebas producidas a otras y omitir toda referencia a las que estimen inconducentes; que basta expresarse en su valoración de los datos fácticos a aquellos dirimientes para la solución del caso, y que no deben seguir al pie de la letra las argumentaciones de las partes, siendo suficiente que se pronuncien sobre las cuestiones fundamentales (Doct. art. 384 CPCC; Ac. 22330 del 13-X-76; Ac. 33589 del 2-XI-84; Ac. 33693 del 25-IX-84; Ac. 41085 S 7-7-89; Ac. 82248 S 23-4-03, entre otros). En otros términos, si bien el juez tiene el deber de apreciar la prueba, ello no implica la obligación de referirse en detalle a cada uno de los elementos aportados,

sino de seleccionarlos a fin de fundar el fallo en los más eficientes, tal como viene de la acción de los artículos 163 y 384 de la ley procesal. Si bien no se cuenta en las presentes actuaciones con declaraciones de testigos presenciales del hecho, no deben perderse de vista las conclusiones vertidas en el informe pericial obrante a fs. 501/504, elaborado por el ingeniero mecánico Luis Roberto Depirro, en la cual el experto informa que las unidades ferroviarias de la demandada no cuentan con un dispositivo que permita el cierre automático de las puertas, siendo las mismas accionadas por los pasajeros. Este extremo, sumado al hecho que el experto no ha podido expedirse en concreto respecto al material rodante interviniente en el evento en concreto, redundan en una presunción contraria a los intereses de la demandada, quien no ha podido acreditar que las unidades se encontraban en correcto estado de conservación y mantenimiento (art. 163 inc. 5°, 164, 384 y 474 CPCC). Así las cosas, tengo para mí que la parte actora ha logrado acreditar la existencia del hecho, mientras que la parte demandada ha fallado en su carga de acreditar la existencia de eximentes de responsabilidad, por lo que habré de desestimar las quejas traídas en relación a la cuestión de la responsabilidad (art. 1113 Cod. Civil; arts. 375, 456, 384 CPC) VI- Habiendo analizado la cuestión de la responsabilidad corresponde que me dedique al tratamiento de los rubros indemnizatorios recurridos. En primer lugar habré de desestimar la queja vertida con relación a la violación del principio de congruencia en virtud de la fijación de sumas indemnizatorias desmedidas a criterio de la citada en garantía recurrente. Cuando el demandante -sin perjuicio de su estimación previa- sujeta la determinación del monto "a lo que en más o en menos resulte de la prueba", "lo que arroje la prueba a producirse", lo que "V.S. estime conforme al mérito de la causa" o alguna expresión de significación similar, dejando a la prudencia de los jueces la valoración económica en definitiva (art. 72 tercer párrafo CPCC), la decisión otorgando más de lo inicialmente pretendido, con fundamento en las constancias de la causa que trasuntan una modificación del encuadre fáctico que llevó al justiciable a estimar en determinada medida su petición numérica, no resulta ultra petita (art. 165 del CPCC) y no hay violación alguna al principio de congruencia (arts. 34 inc. 4 y 163 inc. 6 del CPCC), debiendo el Magistrado establecerlo, al igual que todos los demás rubros, con valores al momento de su pronunciamiento (CPCB Art. 163 Inc. 6 Ver Norma | CPCB Art. 72 Ver Norma | CPCB Art. 165 Ver Norma | CPCB Art. 34 Inc. 4 Ver Norma | CC0102 LP 235298 RSD-31-00 S 28/03/2000 Juez VASQUEZ (SD) Carátula: Bernigola, Néstor c/Zuazo, César s/Daños). En consecuencia, la estimación de los daños por parte del juez de la instancia de origen y la que habré de realizar seguidamente, no resultan violatorias del principio de congruencia. Ha considerado esta Sala que no es conveniente tratar en forma conjunta rubros que tienen diferente naturaleza y especificidad científica, como lo son el daño físico y psicológico; pues ante tal premisa es consecuencia lógica que no pueda delimitarse los alcances de la reparación, no pudiéndose así, dilucidar certeramente el aspecto pecuniario de la misma para cada una de las minusvalías, desvirtuándose el propósito de una efectiva indemnización.- Incapacidad Física.- Corresponde recordar que el daño resarcible no consiste en la lesión misma, sino en sus efectos. La cualidad funcional del daño, su resarcibilidad, ciñe el contenido que debe serle asignado. De tal modo, el artículo 1067 del código Civil, establece: "no habrá acto ilícito punible para los efectos de este Código ( es decir, no hay acto que engendre responsabilidad civil resarcitoria), si no hubiese daño causado u otro acto exterior que lo pueda causar...". Por ende, el daño es la contrapartida de la reparación y debe congruentemente consistir en una consecuencia que "pueda" ser reparada en alguna forma, más o menos perfecta (por equivalente o por medio de satisfacción indirecta).- En otros términos, el daño resarcible no es cualquier daño en sentido amplio, pues la resarcibilidad del perjuicio exige que éste se integre con un resultado disvalioso que la reparación procura subsanar o compensar.- Esta Sala -en su anterior integración- tiene dicho en reiterados pronunciamientos que, en relación al daño resarcible, en definitiva más allá de las calificaciones o "nomis juris" que demos a las cosas y a los perjuicios a tarifar, de lo que se trata es de indemnizar justa e integralmente estos últimos.- Tan solo la reparación jurídicamente plena o integral, que no es otra cosa que la indemnización o equivalente dinerario en la medida de lo justo (equitativo) para el caso determinado (Cám. Civ. y Com. Lomas de Zamora, Sala I, Causa 58.026, RSD-136-4, 27-4-2004 "Olivera, Ramón c/ Microómnibus Quilmes SACIF y ots. S/Ds y Ps).- En cuestiones eminentemente técnicas, como indudablemente se dirimen en este rubro, la prueba pericial adquiere especial relevancia y preeminencia, si bien la misma, en su contenido y conclusiones carece de fuerza vinculante para el Magistrado, como que su seguimiento o apartamiento no depende de la actitud del justiciable de observar el dictamen o la falta de ello, sino del grado de convicción que tal elemento acreditatorio produzca en el ánimo del juez, en sustento de la aplicación y experiencia (sana crítica) del adecuado procedimiento para la realización y producción de tal medio. Los profesionales brindan valores que deben ser ponderados para asumir la decisión, dando pautas que, aún de orden matemático como los porcentuales, configuran meros parámetros y no autorizan resolver la cuestión de manera arbitraria ni discrecional (doct. art. 384, 473, 474 CPCC; CALZ Sala I Reg. Sent. Def. 373/95, 5/97, 151/97, 255/97, 91/97 entre muchos otros).- El informe pericial resulta el medio de excelencia, puesto que integra los conocimientos del juez a través de explicaciones técnicas y ciertas apreciaciones que efectúa el experto caben presumirlas sustentadas precisamente en el conocimiento que emana de la circunstancia de detentar título habilitante de rigor científico con incumbencia en el tópico, aún cuando el juez personalmente las posea.- En principio, la fuerza probatoria del dictamen solamente

puede enervarse por fundadas razones científicas o técnicas, resultando ilógica la pretensión de contrariarlas con opiniones profanas o discrepancias subjetivas, y, por más amplias que sean las facultades del juez al apreciar las conclusiones y que las mismas no sean vinculantes, el apartamiento debe ser fundado en razones de mucha entidad (SCBA, Ac. 45797 S 14-5-1991, A y S 1991-I-710).- Y no concierne al juez ensayar una respuesta sobre el déficit científico de la pericia. Lo que sí corresponde es apreciar tal diligencia mediante parámetros vinculados con la colección de información, exámenes, respaldo empírico, fundamentos, exposición lógica de datos y conclusiones como ingredientes principales a la actividad destinada a formar convicción judicial a través de la sana crítica (doct. arts. 384, 474 CPCC).- Es que, si bien la pericial no es vinculante para el juez de la causa, éste debe tener fundadas razones técnicas para enervarlo. En la hipótesis, el magistrado debe contar con fundamentos científicos del mismo nivel y rigor probatorio que el elaborado por el experto, pues sería ilógico - como quedó dicho - que el sentenciante intente confrontar un dictamen de tal naturaleza con discrepancias de índole subjetiva que nunca alcanzarían la entidad convictiva del informe, puesto que si éste no resulta fuera del contexto de las circunstancias de autos, ni encuentra demostrada al juzgador la inexactitud de sus conclusiones, no debe apartarse de ellas (CNCiv., Sala F, LL, 1982-D-249).- A fs. 434/436, el Dr. Osvaldo Emilio Allegue estableció que el actor padece una incapacidad física del ciento por ciento (requiriendo de ayuda de terceras personas) como consecuencia de secuela de politraumatizado (Amputado de miembro inferior izquierdo - fractura de caderas bilateral coxofemorales y de columna lumbar - Fractura de pie derecho residual), lesión neurológica lumbo sacra con incontinencia vesical y rectal y trastorno de impotencia coeundi. Concluye el experto que no puede superar los requisitos de un examen preocupacional, no pudiendo efectuar actividades físicas por las lesiones explicadas. El dictamen no mereció pedido de explicaciones por parte de los justiciables por lo que no habré de apartarme de sus conclusiones, las cuales lucen debidamente fundadas así como también respaldadas por el informe remitido por el Hospital Interzonal de Agudos Presidente Peron a fs. 298/353. Por lo expuesto, no hallando mérito para apartarme de las conclusiones del perito médico (art. 384 CPCC), teniendo en cuenta la edad de la víctima al momento del hecho, sus demás condiciones personales y el gran porcentaje de incapacidad verificado en autos, estimo justo establecer la suma de pesos dos millones (\$ 2.000.000) a efectos de reparar el daño físico, lo cual dejo propuesto al Acuerdo (art. 474 del CPCC). Daño Psicológico.- El daño psíquico puede importar un daño patrimonial indirecto en tanto produce deterioros orgánicos que impiden el ejercicio habitual de la actividad laborativa de la víctima, y en todo caso infligen un daño patrimonial directo al disminuir o afectar la integridad personal. La disminución de las aptitudes psíquicas constituye un daño resarcible, cuando provoca una incapacidad total y permanente, pero también cuando la víctima no desempeña al momento actividad alguna (Rey, Rosa-Rinessi, Antonio "La cuantificación del Daño. Sus implicancias" en "Cuantificación del Daño 2001-1" Edit. Rubinzal- Culzoni, pag. 45). La perito psicóloga Lic. Maria Paula Duro Rodriguez en su dictamen de fs. 405/408 dictaminó que el actor presenta un cuadro de Depresión Reactiva por el cual determina una incapacidad entre el rango del 25% y el 40%. Asimismo, recomendó un tratamiento psicoterapéutico para el procesamiento y la elaboración de su estado psíquico y emocional, de una duración de al menos 24 meses con una frecuencia semanal. Que si bien el dictamen ha merecido impugnaciones por parte de la citada en garantía (fs. 452/453) las cuales fueron respondidas a fs. 573, determinando un 30% de incapacidad para la víctima de autos, no encuentro mérito para apartarme del mismo, evaluando su conjunto a la luz de la sana crítica (art. 474 y 384 del CPCC). No hallando mérito para apartarme del informe al que hice referencia y teniendo presente la edad de la víctima al momento del hecho así como también el impacto en su vida de relación y lo resuelto por esta Sala en casos análogos, estimo justo fijar la suma de pesos quinientos mil (\$ 500.000) a efectos de reparar el daño psicológico, lo cual dejo propuesto al Acuerdo (art. 474 CPCC).- Daño moral Al respecto cabe decir, que el daño moral es aquel que afecta principalmente los derechos y atributos de la personalidad, de carácter extrapatrimonial, y su reparación tiene por objeto indemnizar el quebranto que supone la privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor fundamental en la vida del hombre y que son: la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los más sagrados afectos. No requiere prueba específica en cuanto ha de tenérselo por demostrado por el solo hecho de la acción antijurídica (art. 1078 del Código Civil y su doctrina; S.C.B.A., 13-6-89, ?Miguez, Rubén y otros c/Comarca S.A. y otro? -L 40.790- El Derecho, T°136, pág. 526).- Sin perjuicio de la dificultad que genera justipreciar el daño moral, es del caso señalar que la suma que se fije a efectos de reparar el perjuicio sufrido no debe encerrar un enriquecimiento desmedido para el accionante, ya que de esa manera se desnaturalizaría el objetivo de la reparación.- Dentro de dicho marco interpretativo, estimo que la traducción económica del aludido quebranto refleja adecuadamente los sufrimientos espirituales que a la víctima debió haberle provocado el evento dañoso.- En resumen es que propongo, dentro de dicho contexto, confirmar la suma fijada para reparar el daño moral, lo cual dejo propuesto al Acuerdo (arts. 1078 del Código Civil, arts. 165 y 384 del CPCC).- Tasa de interés.- Luego, la citada en garantía cuestiona la fecha de comienzo de cómputo de los intereses así como también de la tasa en el decisorio solicitando la aplicación de la Tasa Pasiva del Banco de la Provincia de Buenos Aires. En primer lugar, respecto de la fecha de cómputo de los intereses diré que "...tratándose de hechos ilícitos al monto de la condena deben añadirse los intereses, que

tienen como función esencial la de asegurar al acreedor la reparación integral a que tienen derecho, evitándole el mayor perjuicio que pudiera significarle la demora en obtenerla (arts. 1069 y 1083 del Código civil). Dicha obligación surge "ex lege", por la ilicitud del acto (art. 509 Cód. civil). En principio, los intereses comienzan a correr desde la fecha del perjuicio, pues tal criterio es el que mejor se compadece con el principio de que la reparación debe ser integral, y que inspira en esta materia a nuestra legislación civil, y la circunstancia que la indemnización que se fija tenga actualidad de valores, no empece al curso de los intereses pertinentes..." (doctrina arts. 519 y 523 Cód. Civil; CC0001 SM 62240 RSD-39-10 S 13/04/2010 Juez LAMI (SD) Carátula: Zubaray, Emma Inés c/Chalón, Oscar y otro s/Daños y perjuicios). En consecuencia, dicha parcela del agravio de la citada en garantía, habrá de ser desestimada. Con relación a la Tasa de Interés fijada en el decisorio, diré dicha modalidad de la Tasa Pasiva (BIP digital) es la que ha venido fijando este Tribunal desde el 27/03/2015 (Cfr. autos: "Aguilera, Azucena Petrona c/El Puente SAT y ot. s/Ds. y Ps., Expte. 71489, RSD 20/15 y muchos otros); criterio que por el momento resulta coincidente con la reciente doctrina legal de la SCBA en autos "Ubertalli Carbonino, Sivlia c/ Municipalidad de Esteban Echeverría s/ demanda contencioso administrativa" y "Cabrera, Pablo David contra Ferrari, Adrián Rubén. Daños y perjuicios" donde el Máximo Tribunal dispuso la aplicación de la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires para la captación de depósitos a plazo fijo a 30 días, durante los distintos periodos de devengamiento, conforme las condiciones determinadas en las reglamentaciones aplicables en cada caso (Ac. B. 62488, sent 18/05/2016; SCBA, C. 119.121 15/6/2016; arts. 622 y 623 del Cód. Civil; ). En consecuencia, teniendo en cuenta el marco propio del recurso en el cual solamente se ha agravado la citada en garantía, habré de proponer al Acuerdo la confirmación de la tasa de interés fijada. Cobertura del seguro.- La actora se agravia del fallo de primera instancia que establece que la aseguradora debe responder hasta el límite de su cobertura contratada entre la accionada y la ?QBE Seguros La Buenos Aires Sociedad Anónima? o la que sea su denominación actual en los límites de lo establecido en el contrato pertinente. A fs. 221/237 la citada en garantía reconoce la vigencia de la póliza 45.218 cuyo asegurado es el aquí demandado (Transportes Metropolitanos General Roca S.A.). Es así que señala que de la póliza, en su sección "Condiciones particulares de la póliza N° 45.218 - anexo 95" se deja establecido que la misma entra en funcionamiento en exceso de U\$S 300.000, -como máximo por ocurrencia respecto de : a) Reclamos emergentes de o relacionados con la propiedad, posesión o uso por o por cuenta del Asegurado de trenes, material rodante, pasos a nivel, vías o, b) Responsabilidad establecida por el art. 184 del Cod. de Comercio. Asimismo se indica un límite de U\$S 2.000.000 -en el agregado anual. Al respecto, cabe destacar que la Ley de Seguros recoge el principio indemnizatorio, virtualmente en los arts. 61 inc. 2 y 68. La obligación del asegurador de afrontar el pago de los daños causados por el siniestro, sufre ciertas excepciones justificadas "por razones técnicas y para asegurar la eficacia indemnizatoria del contrato", la mayoría de origen legal y otras de fuente convencional. Entre ellas, cabe mencionar la franquicia o fracción de riesgo no cubierta, en cuanto, bajo ciertas condiciones, importa una liberación de la obligación asumida por su asegurador. Es así que analizando las quejas vertidas respecto al límite en la cobertura del seguro que contiene el fallo, al respecto cabe seguir la doctrina emanada de los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (fallos 329:3054 "Nieto"; 330:3483, "Cuello" entre tantos), que estableció que ni la Ley de Tránsito 24.449 ni la resolución 25.429/97 de la Superintendencia de Seguros de la Nación resultan aplicables al servicio público de transporte ferroviario, motivo por el cual la cláusula contractual que establece el monto de franquicia no es una obligación legal. Aunque desde el encuadre legal el concepto de "doctrina legal" moralmente imperativa para los Tribunales inferiores está reservada a la que emana de la misma Casación Provincial (art. 279 del CPCC y su doctrina), es empíricamente exacto igualmente que también es "doctrina legal" moralmente obligatoria la que proviene de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En ese entendimiento, en el subexámine, si bien la franquicia es válida frente al asegurado, resulta absolutamente inoponible frente a las víctimas de un accidente ferroviario. Tal conclusión se encuentra avalada por numerosa doctrina y jurisprudencia vinculada al tema que destaca la función social del seguro y enfatiza la protección indemnizatoria del tercero perjudicado -como objetivo primordial del seguro de responsabilidad civil- por sobre la preservación del patrimonio del asegurado ante la eventual reclamación del tercero. Es que de admitir la franquicia, se estaría vulnerando los límites impuestos por el art. 953 del Cód. Civil y resulta abusiva en los términos del art. 1071 del mismo Código. En resumidas cuentas la compañía de seguros se hacia cargo en exceso de la indemnización por el importe de U\$S 300.000. Nos encontramos frente a una "franquicia absoluta o incondicional" la cual fija una suma determinada que se deduce de la indemnización adeudada, transformando así en un límite a la prestación debida por el asegurador. Este ha sido el criterio pactado entre la demandada (Transportes Metropolitanos General Roca S.A.) y la citada en garantía (?QBE Seguros La Buenos Aires Sociedad Anónima? o la que sea su denominación actual), pues el límite de la indemnización acordada es de U\$S 300.000 por ocurrencia con un límite de U\$S 2.000.000 en el agregado anual (fs. 354/371, condiciones particulares póliza N° 45.218). La demandada no pudo ni debió desconocer que casi la totalidad de los riesgos de mayor probabilidad siniestral en materia de transporte ferroviario no supera el importe de la franquicia de U\$S 300.000. Ahora bien, para poder dirimir este aspecto de la controversia, es menester ejercer el control jurisdiccional sobre el

contenido del contrato de seguro, y 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 (conf. arts. 1117 y siguientes del CCyCN). Es así que corresponde analizar el contrato teniendo en cuenta los siguientes aspectos: 1) Las cláusulas abusivas, las cuales por contrariar el orden jurídico violan el contenido del contrato desde su formación, resultando inidóneas para producir sus efectos propios. 2) El contrato de seguro como contrato de adhesión es un contrato de contenido predispuesto. Se debe restar valor a aquellas cláusulas cuando por su contenido y por el ejercicio que se ha hecho de ellas, se presentan circunstancias violatorias de los principios rectores señalados supra, tales como el orden público, la moral, las buenas costumbres, cuya violación a través de la incorporación de cláusulas abusivas importa un quebrantamiento intolerable del equilibrio contractual. En ese entendimiento cabe señalar que no sólo la ley, sino todo el sistema jurídico en general y cada uno de sus componentes se orienta hacia el bien común que, de ese modo se convierte en causa final del derecho. 3) La franquicia estipulada crea un desequilibrio significativo toda vez que ello produce una ventaja significativa para el asegurador sin fundamento que lo justifique, lo cual presupone una infracción a las exigencias de la buena fe. Resulta 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 de responsabilidad civil. 4) El sistema de control judicial de legitimidad y equidad, exige que se declare la nulidad (manifiesta) de la franquicia, por no ser justa ni razonable, por ser abusiva, gravosa, restrictiva o leonina, como especie de sanción del ordenamiento jurídico, lo que significa que se la priva de sus efectos propios -se tendrá por no escrita-, es decir por no convenida a la mentada cláusula, en tanto que el resto del contrato conserva su eficacia (art. 1039 CCivil). 5) Bidart Campos señala que la mera legalidad es insuficiente, si el contenido de la ley no es justo. De ahí que el principio de legalidad debe integrarse con el principio de razonabilidad. En otras palabras que alguien pueda ser obligado a hacer lo que manda la ley, o privado de hacer lo que la ley prohíbe, siempre que el contenido de esa ley sea razonable, sea justo, sea válido. 6) Dentro del tráfico de masa los derechos y obligaciones de las partes están cada vez más tipificados. La tipicidad lleva a investigar, en la interpretación contractual, menos lo que han querido las partes en un contrato, que lo que era normal que los contratantes hubieran querido. Es así que cuando ciertas notas del contrato particular contradicen el esquema peculiar del tipo, cuando hay un apartamiento del fin del contrato y de los deberes cardinales, corresponde declarar su nulidad (Rezzónico, "Contratos con cláusulas predispuestas", p.375). 7) La cláusula en análisis es incompatible con ideas fundamentales de la regulación de la que se aparta, y con las ideas rectoras o típicas que constituyen el núcleo de la regulación legal. Resulta relevante destacar la irrazonabilidad de la estipulación que establece una franquicia desmesuradamente elevada, por cuanto no existe relación de proporcionalidad alguna entre la finalidad que la doctrina y jurisprudencia le asignan a aquella y el nefasto resultado perseguido tantas veces señalado, lo que equivale a pactar la eximición del asegurado, con lo que se vulnera el núcleo o esencia del contrato a la vez que se deja a las víctimas en la casi totalidad de los siniestros, sin poder ejecutar la sentencia contra el asegurador citado en garantía. La regla moral custodia la desleal utilización de tales herramientas. Es una convención inmoral y abusiva la que dispensa al deudor de cumplir con sus obligaciones fundamentales ya que el asegurador al tiempo de contratar tuvo plena conciencia del daño que ella generaría (arts. 1, 2, 3, 9 y 10 CCyCN). 8) El juez habrá de intervenir en la cláusula abusiva y neutralizarla, encaminándola de manera manifiesta hacia un resultado justo, borrando su fracción inequitativa (art. 1122 CCyCN). En definitiva, dicha franquicia, desnaturaliza en el caso de autos el instituto del seguro e implica la afectación de los derechos de los damnificados por los accidentes, para quienes el seguro cumple una función de garantía en la efectiva percepción de la indemnización por el daño causado (Conf. dictamen de la Procuración General de la Nación en autos "Barreriro Jorge Andres c/ Transportes Metropolitanos Belgrano Sur S.A.", 23/12/2008). Se consideran términos o cláusulas abusivas las que afecten inequitativamente al consumidor o usuario en el cotejo entre los derechos y obligaciones de ambas partes, es decir el asegurado y la aseguradora, y que influye decididamente en la indemnización al damnificado. Como señaló la Cámara Comercial, Sala A, en autos "Barreiro, Jorge A. c/ Transportes Metropolitanos Belgrano Sur S.A." del 4/8/2006, el vicio que presenta el negocio jurídico que atenta contra el interés público y/o si el objeto del acto es prohibido, ilícito, o contrario al orden público o las buenas costumbres adolece de nulidad absoluta, es decir sufre todo el peso de la sanción legal. Esta nulidad deberá ser ineludiblemente declarada de oficio, cuando se conjugan dos circunstancias, que el vicio afecte el orden público (nulidad absoluta) y que aparezca como manifiesto en el acto (acto nulo). Se tiene en cuenta para ello, que aquel, es de tal gravedad que al atentar contra el orden jurídico, impide su convalidación y justifica la intervención del poder jurisdiccional aunque no haya mediado petición de parte (LLambias Jorge, "Tratado de Derecho Civil" Parte general, t. 2, cap. XVI, ns. 1890/1891 y ss, n 1894, p626 y LLambias. "Cod. Civil anotado", t. II-B, p. 228 y ss). El derecho reclama respeto y por esto la sanción cuando se intenta violarlo es tan seria que no admite subsanación, ni por vía de una pretendida "confirmación" (art. 1047 párr. final Cod. Civil), ni por el transcurso del tiempo, por lo que se considera que las acciones que nacen de la nulidad absoluta son "imprescriptibles", punto sobre el que existe acuerdo en la

doctrina la jurisprudencia nacionales (Moisset de Espanes, Luis, "La nulidad absoluta y su declaración de oficio", JA 1980-II-164 y ss). En síntesis, consecuentemente con todo lo expuesto, corresponde declarar la nulidad absoluta, parcial, de pleno derecho de la mentada cláusula abusiva, en cuanto establece una franquicia cuantitativamente irrazonable, que desnaturaliza el vínculo contractual y contraría el orden público, la moral, la buena fe, y sus derivados, como ser la doctrina del acto propio, el ejercicio regular de los derechos, las normas legales relativamente imperativas, los principios esenciales que informan y gobiernan el derecho dispositivo, la finalidad económica y jurídica del tipo contractual seleccionado por las partes, en tanto perjudiquen la posición contractual del asegurado y de los terceros damnificados. Cuando hay afectación del interés general, del orden económico social se trata de nulidad parcial y absoluta, que puede ser incluso declarada de oficio (Lorenzetti, Ricardo L. "Defensa del Consumidor"). Por lo cual se impone declarar de oficio la nulidad parcial y absoluta de la cláusula particular que determina la franquicia. Al contrato de seguro se le aplican las disposiciones de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor (16) y su decreto reglamentario 1798/1994 (17), en los temas que le son atingentes, por tratarse de un contrato de consumo ((arts. 1 inc. b, 2 y 37). Es dable recordar, que esta ley ha receptado el criterio que "se considerarán consumidores o usuarios, las personas físicas o jurídicas que contratan a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o ...social". En esta línea se ha expresado que el asegurado debe ser considerado como un débil jurídico "frente al asegurador, por lo que es necesaria la observancia de un orden público-económico de protección" y que con base en lo expuesto "debe realizarse un control sobre las cláusulas abusivas ejercitable en sede administrativa (preventivo) y judicial teniendo en consideración la necesidad de estimular el acceso al aseguramiento, los fines del instituto y la función jurídico-económica social que persigue. Este control administrativo debe ser real y efectivo, siendo inadmisibles que la autoridad de control establezca o apruebe pólizas que incluyen cláusulas abusivas como ocurre actualmente" (Conclusiones de la Comisión 2 del II Congreso Argentino de Derecho del Consumidor (Rosario, 11 a. 13/5/1994), Alterini, A, Stiglitz, R. S., Morello, A. M., Lopez Cabana, R. M, y Lorenzetti, R. L. y otros en "Derecho del consumidor", 1994, Ed. Juris n, 5, p.115). Es indiferente que el contenido de la contratación venga predisposto por el profesional, o sea el resultado de una negociación en la que haya participado el consumidor en la redacción o influido en ella. También lo es, que se trate de un contrato de Derecho Privado o Público o de un contrato cuyo contenido deba ser "vigilado" por una autoridad de control o no. A lo que se apunta, es que la presente controversia podría haberse fácilmente dirimido, arribándose a igual conclusión que la que se propondrá al acuerdo, con base en lo dispuesto en la clausula 37 ley 24240 y sus modificaciones. Al respecto, el art. 37 última frase del último párrafo de la ley 24240 aclara explícitamente que "...cuando el juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario". Dicho dispositivo se encuentra replicado en lo sustancial en el artículo 1122 inciso 2 del Código Civil y Comercial de la Nación Consecuentemente, corresponde, también, integrar el contrato en los términos del artículo 37 de la ley 24.240 y del artículo 1122 inciso c del Código Civil y Comercial de la Nación, ya que la existencia de un seguro contratado así lo impone. Por ello, y con pie en lo resuelto en la causa "Barreiro" a la que hice referencia más arriba, habré de proponer al acuerdo reformular la franquicia contenida en el contrato, disponiendo que el asegurado deberá participar en cada siniestro con el 10 % de la indemnización que resulte de la sentencia judicial, incluyendo honorarios, costas e intereses a su cargo, en tanto no supere el 1% de la suma asegurada, lo cual dejo propuesto al acuerdo. VII- En virtud de la solución que vengo proponiendo, el tratamiento de los agravios dirigidos a modificar la forma de cálculo de la suma determinada como franquicia, se ha tornado abstracto, y así lo dejo propuesto al Acuerdo. En virtud de estas consideraciones -VOTO POR LA NEGATIVA- A la misma segunda cuestión, el Dr. Carlos Ricardo Igoldi, por consideraciones análogas, adhiere y TAMBIEN VOTA POR LA NEGATIVA.- A la segunda cuestión, el Dr. Javier Alejandro Rodiño dice: Visto el Acuerdo logrado al tratar la cuestión que antecede, corresponde revocar la sentencia apelada en los siguientes aspectos: I- Estableciendo las sumas de pesos dos millones (\$ 2.000.000) y pesos quinientos mil (\$ 500.000) a efectos de reparar la incapacidad física y el daño psicológico, respectivamente; II- Reformulando la franquicia contenida en el contrato de seguro que vincula a la demandada Transporte Metropolitanos General Roca S.A. y la citada en garantía ?QBE Seguros La Buenos Aires Sociedad Anónima? o la que sea su denominación actual, disponiendo que el asegurado deberá participar en cada siniestro con el 10 % de la indemnización que resulte de la sentencia judicial, incluyendo honorarios, costas e intereses a su cargo, en tanto no supere el 1% de la suma asegurada; III- Confirmándose en todo lo demás que fuera materia de recurso y agravios. IV- Las costas de Alzada habrán de ser soportadas por la parte demandada y citada en garantía que mantienen su condición de vencidas (art. 68 y 274 CPCC), difiriéndose la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad (Ley 8904). -ASI LO VOTO- A la misma segunda cuestión, el Dr. Carlos Ricardo Igoldi, por compartir fundamentos, adhiere y VOTA EN IGUAL SENTIDO.- Con lo que terminó el Acuerdo dictándose la siguiente -SENTENCIA- En el Acuerdo quedó establecido que la sentencia no es del todo justa y debe ser revocada parcialmente. POR ELLO, CONSIDERACIONES del Acuerdo que antecede y CITAS LEGALES, revócase la sentencia apelada en los siguientes aspectos: I- Estableciendo las sumas de pesos dos millones (\$ 2.000.000) y pesos quinientos mil (\$ 500.000) a efectos de reparar la incapacidad física y el daño psicológico, respectivamente;

II- Reformulando la franquicia contenida en el contrato de seguro que vincula a la demandada Transporte Metropolitanos General Roca S.A. y la citada en garantía ?QBE Seguros La Buenos Aires Sociedad Anónima? o la que sea su denominación actual, disponiendo que el asegurado deberá participar en cada siniestro con el 10 % de la indemnización que resulte de la sentencia judicial, incluyendo honorarios, costas e intereses a su cargo, en tanto no supere el 1% de la suma asegurada; III- Confirmándosela en todo lo demás que fuera materia de recurso y agravios; IV- Costas de Alzada a la parte demandada y citada en garantía que mantienen su condición de vencidas. Difiérese la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad. V- Regístrese. Notifíquese y, consentida o ejecutoriada, devuélvase a la instancia de origen.

012064E