

## Danos Y Perjuicios Accidente Durante El Transporte Oponibilidad De La Franquicia Cuantificacion

DOMINGO, 10 DE ENERO DE 2021

### JURISPRUDENCIA

Daños y perjuicios. Accidente durante el transporte. Oponibilidad de la franquicia. Cuantificación Se modifica lo decidido respecto de la franquicia, la que se declara oponible a los damnificados, pues ni los actores ni los demandados objetaron dicha cláusula.

En Buenos Aires, a los 14 días del mes de marzo del año dos mil dieciséis, hallándose reunidas las señoras jueces de la Sala 7ª de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Dras. Elisa M. Diaz de Vivar, María Isabel Benavente y Mabel De los Santos y, a fin de pronunciarse en los autos 701/Minati, Gabriela Estefanía y otro c/Transportes Lope de Vega SACI y otros s/daños y perjuicios?, expediente n° 10.847/2012, la Dra. Diaz de Vivar dijo: I.- En la sentencia apelada, el Dr. Juan Perozziello Vizier, hizo lugar a la demanda interpuesta por Gabriela Estefanía y Alejandro Juan Minati, y condenó a Transportes Lope de Vega SACI, Ernesto Fabián Selzman y a Argos Mutual de Seguros del Transporte Público de Pasajeros a abonarles la suma de \$53.500 con más sus intereses (fs. 309/314), por los daños y perjuicios ocasionados. El accidente ocurrió el 20 de diciembre del 2011, en la intersección de la calle Roque Pérez y la Avenida Monroe, de esta ciudad. El fallo fue apelado por ambas partes quienes expresaron agravios a fojas 337/348, 349 y 353/355. El actor Alejandro Juan Minati criticó los montos indemnizatorios reclamados tanto por él, como por la coactora Gabriela Estefanía Minati. Es preciso destacar, que aquellas quejas dirigidas a los montos indemnizatorios correspondientes a esta última, no serán tenidas en cuenta pues la aludida no apeló la sentencia. Los demandados y la aseguradora, por su parte, se agravieron por la admisión de la demanda y el valor de la condena.

II.- En forma previa a abordar las quejas expuestas, corresponde señalar que el actual artículo 7 del nuevo Código Civil y Comercial, básicamente reproduce el artículo 3° del Código según la reforma de la ley 17.711, que ya contenía el principio del llamado consumo jurídico, o sea que establecía la ultra actividad de la ley anterior frente a aquellas relaciones consumidas durante la vigencia de la ley anterior. No cabe duda pues que lo referente a la responsabilidad en este caso, debe ser juzgada según la ley vigente al momento del hecho ilícito. La parte demandada sostuvo que de las pruebas producidas surge la exclusiva responsabilidad de la conductora del automóvil, de modo que se configuró una de las eximentes establecidas por nuestro ordenamiento. Vale recordar que por tratarse el caso de un accidente en el cual han intervenido dos automotores, con el fin de discernir la responsabilidad, corresponde aplicar lo dispuesto en la segunda parte del segundo apartado del artículo 1113 del Código Civil, pues los daños invocados aparecen como consecuencia de la intervención de dos cosas riesgosas. Por lo tanto, para exonerarse su dueño o guardián debe alegar y acreditar la culpa de la víctima, o de un tercero por quien no deba responder o del caso fortuito. En autos las únicas pruebas referidas a la mecánica del hecho, son: la denuncia efectuada por la demandada a su aseguradora (fs. 115), que carece de relevancia para acreditar la eximente, pues fueron declaraciones unilaterales del chofer del colectivo; el peritaje mecánico, en donde el experto concluyó que según las pruebas que pudo apreciar, le resultó mas probable que el accidente se haya producido de forma mas cercana al relato de la actora (fs. 137/145); y la declaración de la testigo Albano Giménez, quien manifestó que no vio el momento del choque, ni tampoco especificó que el vehículo de los actores haya realizado la maniobra que alegan los demandados (fs. 192). Tras el análisis de las constancias mencionadas, cabe concluir en que no se ha probado adecuadamente la causa exonerativa alegada por los accionados. Ninguna prueba de las incorporadas al proceso, permite inferir que el accidente haya ocurrido del modo en que se lo describió. Cabe recordar, que la eximente invocada debe surgir en forma inequívoca y no dar lugar a la duda, ya que la regla del mencionado artículo 1113 del Código Civil sea por el riesgo o la culpa presumida no se destruye por meras inducciones o cualquier indicio o excusa no acreditada ni definida, sino sólo ante pruebas que den fuerza a la eximente de responsabilidad atribuida al conductor de la cosa generadora del daño (conf. CNCiv. Sala C, 701/Benítez c/García 7/10/93). En consecuencia, como los accionados no han cumplido con la carga de prueba que sobre ellos pesaba, propongo rechazar las quejas de la aseguradora y confirmar lo decidido por el Sr. Juez de grado.

III.- Incapacidad física sobreviniente: El actual art. 1746, del Cód. Civil y Comercial determina que para la fijación de la indemnización por las lesiones se tenga en cuenta que las rentas del capital que se fije, cubran la incapacidad del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables. Centrando la cuestión en la ratio legis de la norma, el punto de partida es recordar que lo que se tiene principalmente en cuenta en materia de reparación de los daños, es fijar con justeza una indemnización no integral, sino plena (art. 1740). No se trata de un resarcimiento integral, porque no coincide con el daño real sufrido por la víctima, toda vez que el ordenamiento no contempla todos los aspectos y consecuencias que configuran el daño, sino el que es jurídicamente relevante y dentro de esta limitación de lo que se trata es de resarcir en la medida posible. Lo que se ha tratado es de poner un margen al arbitrio judicial, pero resarciendo

en la mayor medida posible a la víctima. Este principio ha sido reconocido desde hace tiempo por la jurisprudencia, fue consagrado en nuestro ordenamiento civil por lo que ahora el nuevo artículo lo ha venido a confirmar como una norma jurídica del derecho vigente (CJN in re ?Santa Coloma?, Fallos: 308:1160; Ghünter (id.11) y Aquino? (Fallos 327:3753). La objetivación de pautas para la fijación del quantum indemnizatorio, ha buscado eliminar aquellos criterios discrecionales como factor exclusivo o mediante cálculos enmascarados que no explicitan los presupuestos tomados en consideración, se concluye que el sistema tiende al loable propósito de transparentar el procedimiento de cuantificación del daño. En cuanto al contenido de la norma, el nudo del problema no estaría en las fórmulas matemáticas en sí, sino en las variables a tomar en cuenta para el cálculo. Ello lleva a concluir que aún si se aceptara lisa y llanamente su aplicación, en cada caso habrá que explicitar cuál ha sido camino transitado para obtener el monto alcanzado, en orden a las distintas variables a considerar. Adviértase entonces, que cualquiera sea el estándar o método que se utilice necesariamente debe ser corregido o interpretado a través del prudente criterio judicial según las circunstancias particulares del caso.

La valoración discrecional del juez opera respecto variables como la edad de la víctima a considerar en el cálculo; el estado de salud previo al hecho dañoso, porque es una pauta que opera sobre la expectativa de vida; el nivel y calidad de vida; el acceso o no a un buen sistema de salud (Iribarne, Héctor: De los daños a la persona, Ediar, 1993, pág.513). El porcentaje de incapacidad determinado por los peritos médicos y psicólogos no incide en abstracto, sino en relación a las circunstancias personales de cada víctima, en tanto queda condicionado por la actividad específica a que se dedique y a la vida social o deportiva que despliegue. Recuerdo que en el caso Arostegui, la Corte ha dicho que el porcentaje de incapacidad no conforma una pauta estricta que el juzgador deba seguir inevitablemente, porque no solo cabe justipreciar el aspecto laboral, sino también las consecuencias tanto desde el punto de vista individual de la víctima, como desde lo social, lo que confiere un marco de valoración más amplio (Fallos: 310:1826/28) y aún la pérdida de chance de la posibilidad futura de una ascenso (Fallos 308:1109, 1117). Si la vida de relación y la aptitud de la persona para generar otras actividades mensurables por su utilidad no son tomadas en cuenta de algún modo, hay una parte de la integridad que quedaría al margen de reparación alguna y de ahí que deban ser valoradas independientemente del resultado de aquel cálculo aritmético. En síntesis, cabe asignar utilidad práctica a las herramientas de orientación tales como métodos tarifados y fórmulas matemáticas para proporcionar mayor objetividad, pero no circunscribirse a ello ya que siempre habrá que adecuar la indemnización a las características de cada caso y situaciones personales de cada víctima, por lo que la apreciación judicial de las pruebas y circunstancias del caso, seguirá siendo siempre un elemento de interpretación insoslayable al momento de establecer la justa indemnización (conf. mi voto en ?Ludueña, JJ c/ Parrilla Sergio Fabián y otros s/ Daños y perjuicios?, expte. N°171187/2012, 04/11/15). Según manifestó la actora, como consecuencia del hecho, junto con su padre que se acercó al lugar del hecho, se dirigió al Centro Valls. Allí la medicaron y le indicaron el uso de un collar, tal como se desprende de las constancias de fojas 6 y 7. La perito médico en su informe de fojas 211/221, señaló que el hecho estudiado provocó en la actora secuelas con dolor, mareos, vértigos y alteración de la movilidad. Indicó que el dolor cervical a menudo se presenta con limitación del movimiento y síntomas neurológicos mal definidos que afectan a las extremidades superiores. Estimó un 10% de incapacidad y manifestó que estas secuelas revisten el carácter de parciales y permanentes. Los accionados impugnaron el dictamen apoyados en el informe del Dr. Néstor Caminos -fs. 231- quien manifestó que el porcentual establecido por el perito resultaba elevado y que para el caso era razonable que se estime un 5%. La experta contestó y mantuvo su posición (fs. 243/244). Recuérdese que como antes señale, las quejas dirigidas contra este ítem por su exiguo valor no se tienen en cuenta, pues Gabriela Minati no apeló la sentencia en su oportunidad, de modo que nada cabe decir sobre el posible aumento del monto indemnizatorio, pero sí que de ninguna manera resulta exagerado. En efecto, teniendo en cuenta la edad de la víctima al momento del hecho (24 años), su trabajo como empleada en una empresa de marketing, el porcentual establecido por el perito médico, y las secuelas que padece, no resulta elevada la suma de \$25.000 concedida para cubrir la disminución en la aptitud del damnificado para la realización de tareas productivas o económicamente valorables (art. 1746 del Código Civil y Comercial). En consecuencia, propongo al Acuerdo confirmar esta partida.

IV.- Tratamiento Psicológico: La perito indicó la necesidad de un tratamiento psicológico de no menos de un año, con una frecuencia semanal con un costo por sesión de \$170 (fs. 220). En función de ello, no me parece elevada la suma de \$2.500 otorgada por este concepto, pues la simple suma alcanzaría un monto notablemente superior, que fue prudentemente reducida por el a quo, pues la actora cuenta con obra social. Por lo tanto, propongo en los términos del artículo 165 del Código Procesal, confirmar la suma otorgada.

V.- Daño Moral: Doctrina y jurisprudencia han definido al daño moral como la lesión en los sentimientos que determinan dolor o sufrimiento físico, inquietud espiritual o agravio a las afecciones legítimas y, en general, toda clase de padecimientos insusceptibles de apreciación pecuniaria (cfr. CNCiv., Sala ?J?, 1/6/93, ?Silvero Rodríguez de Aquino, Eugenia c/ Empresa Transporte Alberdi S.A. y otro?, La Ley, 1993-E-109 y DJ, 1994-1-141). Para probar el daño moral en su existencia y entidad no es necesario aportar prueba directa, lo cual es imposible, sino que el juez debe apreciar las circunstancias del hecho lesivo y las calidades morales de la víctima a fin de establecer objetiva y presuntivamente el agravio moral en la órbita reservada de la

intimidad del sujeto pasivo. No debe ser objeto de prueba directa pues ello resulta imposible si se tiene en cuenta la índole del mismo que reside en lo más íntimo de la personalidad, aunque se manifieste a veces por signos exteriores que pueden no ser auténtica expresión. (cfr. Bustamante Alsina, Jorge, "Teoría de la responsabilidad civil", p. 244; Pizarro, Ramón Daniel, "La prueba del daño moral", en Rev. Derecho Privado y Comunitario, N° 13, Prueba- I, 1997; Trigo Represas, Félix A.-Lopez Mesa, Marcelo J., "Tratado de la responsabilidad civil", T. 1, p. 478 y ss.). En el caso, teniendo en cuenta la índole de las lesiones, su tiempo de curación, y las demás circunstancias de la vida de la actora, considero, en los términos del art. 165 del Código Procesal, que la suma de \$15.000 otorgada por el a quo, no resulta elevada, por el contrario resulta representativa de satisfacciones sustitutivas y compensatorias del daño ocasionado (art. 1741 del Código Civil y Comercial). Por lo tanto, propongo confirmar este ítem. VI.- Gastos de asistencia médica, farmacia y traslados. Los gastos de farmacia y medicamentos pueden ser admitidos aun cuando no se encuentren probados, si la índole del hecho permite presumir que necesariamente debieron efectuarse (conf. Sala G, L.L. 1993-E, págs. 228/230). Es bien sabido que los servicios que prestan tanto los hospitales públicos, como las obras sociales no enjagan plenamente la totalidad de las erogaciones que presuponen las lesiones padecidas. Generalmente es necesario efectuar desembolsos de poco monto -v.gr. radiografías, inyecciones, materiales, calmantes, etc.-, por los que normalmente no se exigen o no se conservan comprobantes, pero que sumados al final del tratamiento, pueden alcanzar proporciones significativas. Por supuesto que cuando no existen recibos para acreditar tales gastos, la cuantía del perjuicio queda sometida a la prudente valoración judicial (art. 165 Código Procesal). En función de ello, la queja de la demandada no me parece acertada, de modo que propicio confirmar la suma de \$2.000 concedida por el Sr. Juez de grado en los términos del artículo 165 del Código Procesal, es que si bien es cierto que no se acompañó ninguna constancia probatoria, la índole de las lesiones permite suponer que la actora efectuó gastos para procurar su curación y estos han sido razonablemente cuantificados. VII.- Daños Materiales: El perito mecánico acompañó a su dictamen una planilla en donde detalló que el costo aproximado de las reparaciones que debió afrontar el vehículo era de \$9.306 (fs. 138). Si bien es cierto que no se acreditó fehacientemente la suma que el actor desembolsó para realizarlos, considero que la suma de \$8.000 fue prudentemente otorgada por el a quo en los términos del artículo 165 del Código Procesal. Por lo tanto, propongo confirmar esta partida. VIII.- Privación de uso: Es preciso destacar que el responsable del ilícito es quien debe demostrar que el damnificado no sufrió perjuicio por privación del vehículo (cnf. CNCiv. Sala A, 25/10/95, "Reyes Roberto c/ Rio de la Plata s/ Ds. y Ps.?). En tal sentido, las quejas de los accionados relativas a la falta de prueba serán desestimadas. Por lo tanto, postulo confirmar la suma de \$1.000 otorgada. Es que la sola indisponibilidad del vehículo dañado en un accidente comporta por sí misma un daño resarcible (cnf. CNCiv Sala A "Beaumarie Carlos c/ Ttes Sargento Cabral s/ Ds. y Ps.?), situación que con las reparaciones efectuadas y lo informado por el experto a fojas 138 se encuentra acreditada. IX.- Como los montos que propongo que se confirmen fueron determinados en valores correspondientes al momento de dictarse la sentencia apelada, la suma resultante de la aplicación de la tasa activa computada desde la fecha del hecho generaría un enriquecimiento indebido alterando el significado económico del capital de condena. Por lo tanto, corresponde que los réditos se liquiden desde la fecha del hecho hasta el decisorio apelado a la tasa del 8% anual, y a partir de allí hasta su efectivo pago, se liquidarán a la tasa activa cartera préstamos nominal anual vencida a treinta días del Banco Nación Argentina. En consecuencia, propongo acceder en los agravios de las emplazadas con los alcances mencionados. X.- La franquicia. La citada en garantía al contestar la demanda expuso a fojas 66vta./67, que la póliza prevé una franquicia legal obligatoria a cargo del asegurado de \$40.000 por acontecimiento. Ni lo actores ni los demandados objetaron dicha cláusula. Sin embargo, el Sr. Juez de grado, de acuerdo a los fundamentos del fallo plenario dictado en los autos "Obarrio María P. c/ Microómnibus Norte S.A. y otro, del 13/12/2006, dispuso que la franquicia pactada entre la aseguradora y el tomador no era oponible a los damnificados. De ahí la condena se extendió a la citada en garantía Argos Mutual de Seguros del Transporte Público de Pasajeros. En función de ello, postulo acceder a las quejas de la aseguradora, pues lo pactado en el contrato de seguro no fue cuestionado en ninguna instancia. XI.- Por todo lo expuesto, propongo al acuerdo modificar los intereses de acuerdo a lo establecido en parágrafo pertinente, y modificar lo decidido respecto de la franquicia, la que se declara oponible a los damnificados. De compartirse, propicio que las costas de esta instancia se impongan en el orden causado por el modo en que se decide (art. 68 del Código Procesal). La Dra. María Isabel Benavente adhiere por análogas consideraciones al voto precedente. La Dra. De los Santos dijo: Adhiero al voto de la distinguida colega preopinante, Dra. Diaz de Vivar, en todo cuanto decide, con la sola excepción de lo resuelto respecto de la franquicia del seguro y su oponibilidad a la víctima. Ello así porque considero inconstitucional la franquicia establecida por la Resolución 25.429/97 para el seguro obligatorio de automotores destinados al transporte público de pasajeros. Es cierto que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha descalificado numerosos fallos que -por aplicación del plenario "Obarrio"-declaraban la inoponibilidad de la franquicia y también lo es que a la luz de la doctrina del "sometimiento condicionado" que se desprende de los fallos "Balbuena" de 1981 y "Cerámica San Lorenzo" de 1985 (CS, Fallos: 303:1770 y 307:1094) los tribunales nacionales deben seguir la doctrina de la Corte y sólo pueden dejarla de lado si introducen

nuevos argumentos que no hubieran sido tenidos en cuenta por el alto tribunal en su momento (conf. Sagiés, Néstor, 'La vinculatoriedad de la doctrina judicial de la Corte Suprema', Rev. La Ley del 14/8/08 e Ibarlucía, Emilio, 'Fallos plenarios y doctrina de la Corte Suprema', Revista La Ley del 15/12/08). Sin embargo existen razones vinculadas con la delegación efectuada por la referida ley, destacadas por prestigiosa doctrina, que no han sido consideradas por el Alto Tribunal. En ese orden de ideas, si bien el art. 68 de la ley 24.449 establece la necesidad de un seguro obligatorio de responsabilidad civil y dispone que su contratación debe realizarse de acuerdo a las condiciones que fije la Superintendencia de Seguros de la Nación, no debe soslayarse que la resolución 25.429 de la Superintendencia de Seguros, que establece la franquicia obligatoria, no constituye ni podría constituir un 'reglamento' del art. 68 de la ley 24.449, la que a partir de su sanción jamás fue reglamentada (conf. Stiglitz, ob. cit., p. 139). En efecto, en materia de Transporte Automotor de Pasajeros, la Superintendencia de Seguros de la Nación dictó la Resolución 25.429/97, pero lo hizo como consecuencia de la declaración de emergencia del sector (decreto 260/97), estableciendo que las aseguradoras del transporte público debían hacerlo con carácter exclusivo en ese riesgo y estableció la franquicia obligatoria de \$40.000, sin hacer referencia ni al seguro obligatorio establecido por la ley 12.346 para el transporte de pasajeros ni al vigente para la totalidad del parque automotor por ley 24.449. Por otra parte, la resolución N° 25.429/97 y la actual Res. N° 39.328/2015 de la Superintendencia de Seguros de la Nación, al establecer la obligatoriedad de contratar un seguro de transporte automotor con una franquicia de \$40.000 ha legislado sobre Contratos y Responsabilidad Civil, infringiendo lo dispuesto por el art. 75 inciso 12 de la Constitución Nacional, pues se trata de temas reservados al Congreso de la Nación (conf. Stiglitz, Rubén, 'Derecho de Seguros?', 5ta. Edición actualizada y ampliada, ed. La Ley, 2008, pág. 140), que éste no podía delegar en una entidad autárquica pues son de exclusiva y excluyente competencia del Poder Legislativo (conf. CSJN, 'Delfino?', 1927, Fallos 148:430/434). Por lo expuesto, la resolución N° 25.429/97 resulta inconstitucional por infracción al régimen de división de poderes, en cuanto invade atribuciones legislativas reservadas al Congreso de la Nación, al regular una materia disciplinada por el Código Civil derogado, aplicable al caso en virtud de la noción de 'consumo jurídico'. Cabe acotar que el control de constitucionalidad configura un aspecto del 'iura novit curia', debiendo el juez suplir el derecho invocado, lo que involucra fiscalizar oficiosamente la constitucionalidad dentro de su función (conf. Bidart Campos, Germán J., 'El Derecho Constitucional del Poder?', T. II, Ediar, Bs. As., 1997, p. 325). Por imperio del 'iura novit curia' los jueces deben aplicar el derecho válido, con independencia del invocado por las partes pues de lo contrario la supremacía constitucional no sería de orden público (conf. 'Haro, Ricardo, 'Control de constitucionalidad', 2da. Ed., Zavalía, Bs. As., 2008, p. 81 y ss.), concepto sostenido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en 'Banco Comercial de Finanzas' (Fallos 327:3117) y en 'Rodríguez Pereyra' (Fallos 335:2333). Por ello, resultando inconstitucional la Res. Nro. 25.429/97 y tratándose de una cuestión que el juez puede y debe declarar ex officio, resulta irrelevante que el actor no haya planteado la inoponibilidad de la franquicia o la inconstitucionalidad aludida, lo que me lleva a disentir de lo resuelto en los votos que me preceden. Con lo que terminó el acto, firmando las señoras jueces por ante mí que doy fe. Fdo: Elisa M. Diaz de Vivar, María Isabel Benavente, Mabel De los Santos. Ante mí, María Laura Viani (Secretaria). Lo transcripto es copia fiel de su original que obra en el libro de la Sala.

Conste. MARIA LAURA VIANI Buenos Aires, marzo 14 de 2016. Y Visto: Lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo precedente, el Tribunal Resuelve: 1) modificar la sentencia de primera instancia en cuanto a los intereses, que se calcularán de acuerdo a lo establecido en el punto IX. 2) modificar lo decidido respecto de la franquicia, la que se declara oponible a los damnificados y confirmarla en todo lo demás que decide y fue materia de agravios. 3) Imponer las costas de esta instancia en el orden causado por el modo en que se decide (arts. 68 del Código Procesal). Regístrese, notifíquese y devuélvase.-

ELISA M. DIAZ de VIVAR MARIA ISABEL BENAVENTE MABEL DE LOS SANTOS MARIA LAURA VIANI  
009359E