

Danos Y Perjuicios Accidente De Tránsito Transporte De Pasajeros Franquicia Inoponibilidad A La Víctima

JURISPRUDENCIA

Daños y perjuicios. Accidente de tránsito. Transporte de pasajeros. Franquicia. Inoponibilidad a la víctima

Se declara oponible a la víctima la franquicia opuesta por la empresa de transporte de pasajeros que intervino en el accidente de tránsito.

En Buenos Aires, a de octubre de dos mil diecisiete, encontrándose reunidos en Acuerdo los Señores Jueces de la Sala 7ª de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil a fin de pronunciarse en el expediente caratulado ?S.M.A. c/ Los Constituyentes S.A.T y otros s/ daños y perjuicios? de acuerdo al orden del sorteo el Dr. Liberman dijo: I.- Contra la sentencia dictada a fs. 281/292, por la que se hiciera lugar parcialmente a la demanda, se alzan disconformes las partes. La actora expresó agravios a fs. 343/356, cuyo traslado fue contestado a fs. 377/381 por la demandada y la citada en garantía. Esta, a su vez, fundó su memorial a fs. 358/366 y fue replicado por el reclamante a fs. 370/375. Por su parte, el codemandado adhirió a los argumentos de la empresa de transportes y su aseguradora a fs.368 y se expidió con relación a las quejas vertidas por el accionante mediante la presentación de fs. 383. Las quejas del damnificado versan sobre el rechazo de la procedencia del rubro tratamientos futuros, y por considerar bajas las sumas fijadas en la sentencia para indemnizar la incapacidad, el daño moral y los gastos médicos, farmacéuticos y de traslado. También cuestiona la oponibilidad de la franquicia dispuesta por la ?a quo?. En tanto, los demandados y su aseguradora se agravan por el reconocimiento de las partidas incapacidad y daño psíquico, y subsidiariamente por considerar elevado el monto por el cual prosperaron, por el fijado para indemnizar el daño moral y por la tasa de interés aplicable; sostienen que al haberse fijado las sumas en valores actuales, la aplicación de la tasa activa desde el momento del hecho hasta el efectivo pago configuraría un enriquecimiento sin causa de la actora. II.- No habiendo sido cuestionada la responsabilidad atribuida, trataré los agravios planteados en torno a la cuantía de los rubros. Incapacidad sobreviniente: Este tribunal ha sostenido que la indemnización por incapacidad sobreviniente debe estimarse sobre la base de un daño cierto y deben ser elementos a considerar diversos aspectos de la persona, que tienden a la equidad y justicia de la reparación del daño. No voy a repetir todas las consideraciones médico legales detalladas por el perito médico en su dictamen de fs. 202/210, que fueron volcadas y tenidas en cuenta por el juez de grado. Simplemente haré hincapié en lo informado por la experta luego de revisar al actor: ?[A]ctualmente, el paciente presenta: Fractura de platillo discal y lesiones extensas en piel asimilables a quemaduras que requirieron múltiples cirugías. Requirió internación prolongada hasta la consolidación ósea, control evolutivo de injertos de piel. Y tratamientos de rehabilitación. Además esta situación traumática y dolorosa tuvo repercusión psicológica. Fractura de platillo tibial con desplazamiento sin deseos en pierna izquierda suma 10% a la limitación funcional de rodilla con 17% que se pondera en conjunto en 27% de incapacidad. Cicatrices de miembro inferior izquierdo 3,3%. Todo lo cual se pondera en conjunto como: Incapacidad final de miembro inferior izquierdo con 30,3%, cicatriz de miembro inferior derecho 4,18 % y desarrollo reactivo no psicótico leve 6,55%. Por lo tanto la incapacidad total es igual a 47,03 % como consecuencia del accidente de marras, de acuerdo al Baremo General para el Fuero Civil de los Dres. Altube y Rinaldi. Puede mejorar las secuelas padecidas con 20 sesiones de psicoterapia en frecuencia semanal a razón de 200 pesos por sesión. Padece renguera de pierna izquierda?. En cuanto a la impugnación formulada por la citada en garantía a fs. 219, cabe señalar que, pese a los cuestionamientos efectuados, no tendrán favorable recepción en esta instancia. Es que el consultor técnico no asistió a la revisión médica del actor, cuando pudo haberlo hecho a fin de evacuar sus dudas o evitar las omisiones y/o errores que ahora le esgrime al experto, como así también sugerir la realización de estudios correspondientes. Por otra parte, en su informe pericial, la Dra. M. informó haber consultado las constancias médicas que se encuentran glosadas en autos. También cuestiona la forma en que la perito calculó la incapacidad. Al respecto he de agregar que el grado o porcentual que se fija en el peritaje sólo es útil como pauta referencial y el quantum indemnizatorio no es determinado por porcentajes, cálculos o reglas rígidas, sino que más bien queda librado al prudente arbitrio judicial en adecuación a lo que surge de las circunstancias que se desprenden de la causa. En esas condiciones considero que la suma fijada por la juez de grado por discapacidad física debe ser aumentada. Las enormes dificultades que desde el accidente padece el reclamante (y que todavía merecen más tratamientos) me llevan a proponer se eleve a \$300.000. Asimismo, la Juez fijó la suma de \$54.000 como indemnización por daño psíquico y \$102.000 por daño moral, y rechazó el daño estético por considerar que su resarcimiento no es autónomo y que se encuentra subsumido en aquél. La actora requiere que se traten por separado. Al respecto, he dicho que, ontológicamente hablando, el fenómeno resarcitorio es único y la legislación civil permite distinguir el daño económico del extraeconómico o, en términos más tradicionales: patrimonial y extrapatrimonial. En mi opinión es discutible la autonomía del daño psíquico, estético o de algún otro rubro habitual en las cuentas resarcitorias. Cuando se pide separadamente estimo mejor tratarlo

separadamente. Pero no hay otro? daño, no hay terceros géneros. En definitiva no pasa de ser un problema de rótulos o modos de clarificar la pretensión y hacer más transparente la decisión. Analizaré entonces individualmente cada una de las partidas resarcitorias que se piden. Daño estético: En cuanto a la lesión estética diré que si bien la alteración de la apariencia física es innegable por los injertos efectuados -fs.204- su entidad y localización no parecen configurar motivos suficientes como para alterar la economía de la persona. Tal vez en el desarrollo de su vida en relación, ocasionándole por consiguiente un perjuicio extraeconómico de reparación pecuniaria. Es una afectación de la integridad psicofísica y será considerado al momento de evaluar el daño moral. Daño moral: En el caso de lesiones, para que proceda resarcir daño moral la ley no requiere prueba de su existencia, ya que se presume. Para establecer la cuantía del daño, el juzgador debe sortear la dificultad de imaginar o predecir el dolor que el hecho dañoso produjo en la esfera íntima del reclamante para luego establecer una indemnización en dinero que supla o compense el desmedro injustamente sufrido; por lo que más que cualquier otro rubro queda sujeto al prudente arbitrio judicial, que ha de atenerse a una recta ponderación de las diversas características que emanan del proceso. Así también, la determinación del monto no depende de la existencia o extensión de los perjuicios patrimoniales, pues no media interdependencia entre tales rubros, ya que cada uno tiene su propia configuración, pues se trata de daños que afectan a esferas distintas (entre muchos, Llambías, ?Obligaciones?, T° I, pág.229). En consecuencia, teniendo en cuenta las lesiones sufridas por M.A.S., secuelas de todo orden con recomendación de tratamiento, molestias que debió soportar traducidas mínimamente en la concurrencia hospitalaria, estudios de rigor a los que debió someterse, ingesta de medicamentos, angustias y aflicciones vividas, etc., propongo elevar el monto fijado en el decisorio de grado a la suma de \$200.000. Daño psicológico: A fs. 202/210 la perito informó que el hecho provocó en el actor un desarrollo reactivo no psicótico leve y estableció una incapacidad, como consecuencia del hecho de autos, del 6,55 %. El dictamen fue impugnado por la consultora técnica de la demandada a fs. 223/4, quien no asistió a la revisión médica del actor, cuando pudo haberlo hecho a fin de evacuar sus dudas o evitar las omisiones y/o errores que ahora le achaca al experto, como así también sugerir la realización de los estudios que estimase correspondientes. Por otra parte, del apartado ?Examen del Aparato Psíquico? del aludido dictamen, surge que la Dra. M. entrevistó a S. respecto de sus condiciones personales. Ello así, considero que la queja formulada en este aspecto, debe ser rechazada. En cuanto al monto fijado en la instancia anterior, estimo que debe confirmarse. Tratamientos futuros: El actor reclama una partida en concepto de cirugía estética. Pero fue bien rechazada por la magistrada, por los argumentos que ella misma brinda a tenor de lo manifestado por la médica legista a fs. 207, #14. En cuanto al tratamiento psicológico, no coincido con lo decidido por la Sra. Juez, quien no admitió este rubro. Contrariamente a lo señalado por la a quo, en el dictamen pericial -fs. 209-, al contestar el 7° punto de pericia la experta consideró que puede mejorar las secuelas padecidas con 20 sesiones de psicoterapia en frecuencia semanal, a razón de 200 pesos por sesión. Por lo tanto, considero que debe modificarse en este aspecto la sentencia apelada, fijándose en concepto de tratamiento psicológico la suma de \$8.000. Gastos de atención médica, farmacia y traslado: La actora considera bajo el importe reconocido para indemnizar estos rubros, que fueron discriminados por la sentenciante, asignándole \$3.000 a la atención médica y farmacia y \$2.000 a traslados. Estimo que el monto reconocido es un poco bajo, teniendo en cuenta que, de acuerdo a las lesiones sufridas, debió haberse trasladado repetidas veces (y va a tener que hacerlo a futuro) para realizarse estudios médicos y consultas y dado la lesión en su pierna izquierda, lo más probable es que no lo haya hecho en transporte público. En consecuencia, propondré al acuerdo elevar la suma de la indemnización por traslados, a la de \$8.000. III.- Agravio relativo a la oponibilidad de la franquicia de la compañía de transportes. En el decisorio apelado, la magistrada dispuso que la citada en garantía debía responder en la medida del seguro, de lo que se queja la víctima del siniestro: La sentenciante derechamente omitió considerar el planteo de fs. 69 del actor. Vuelvo a lamentar la insuficiencia de remitir a antecedentes de esta Sala en los que se explicara por qué las aseguradoras deben pagar por el todo concurrentemente. Lo lamento porque parece que la Procuración general y la Corte Suprema no leyeron nada de lo que se viene explicando desde ?Nieto c. La Cabaña?. Haré el gasto de papel y molestaré entonces a las partes con un discurso largo. En reiteradas oportunidades reconocí que el fallo plenario dictado en ?Obarrio? no da respuesta al requerimiento de las aseguradoras de fundamentar por qué son condenadas ilimitadamente, no habiendo obligación preexistente hacia el tercero damnificado, toda vez que esta carga adhesiva a la obligación concurrente del asegurado aparecería limitada a la medida del seguro. Sin embargo, esa obligación existe y no tiene una sino dos causas generadoras. La Corte Suprema ha reiterado decisiones que limitan la cobertura a lo que en un primer análisis surgiría del art. 118 L.S. Pero lo ha hecho remitiendo a precedentes en los que sólo advierto base en la irrazonabilidad de las sentencias casadas por defecto de fundamentación. Por ese motivo, reconociendo omisiones en algunos antecedentes de otra Sala y, en particular, en el caso ?Nieto c. La Cabaña?, esta Sala, con primer voto de la Dra. Pérez Pardo, por un lado ha declarado la inconstitucionalidad de la resolución 25.429 y reiterado la inoponibilidad de la franquicia a la víctima, condenando a la aseguradora por el todo. En esa oportunidad se explicó el fundamento obligacional de la condena. En forma casi inmediata el criterio fue adoptado por la Sala en su anterior integración (entre otros: 30-10-07, ?Nieto c. La Cabaña?, RCyS.

2007-1114; ídem, 13-11-07, ?Fernández c. Transportes América?. L.L. 2007-F, 743; RCyS. 2007-1122; J.A. 2008-II-756; otro más reciente en RCyS. Febrero 2010, pág. 139 y sig., con comentario desde el Análisis Económico del Derecho de Pamela Tolosa). Dije entonces y reitero que, en virtud de lo resuelto por la Corte Suprema en autos ?Cuello c. Lucena? y la ampliación de fundamentos de dos de sus ministros, hay que formular algunas precisiones. Además, hay que detenerse en el problema del acatamiento de los jueces inferiores a la doctrina de los pronunciamientos del máximo tribunal. En lo que hace a la cuestión en estudio, ha habido fallos reiterados declarando arbitrarias sentencias de la Sala M de esta Cámara civil. Era nuevo, por el contrario, el argumento ampliado del voto del ministro Lorenzetti con adhesión parcial de la ministra Highton de Nolasco; otros tres integrantes de la Corte sólo reprodujeron el criterio de que la sola impugnación de la franquicia con ese argumento es una aseveración dogmática carente de respaldo en razones jurídicas objetivas. Y esto es lo que se reitera en las simultáneas sentencias de la Corte en ?Villarreal?, ?Gauna? y ?Obarrio? y otras que siguieran. Con argumentos adicionales, analizando la constitucionalidad de algunas disposiciones en juego, no existe limitación y no debo seguir la doctrina del tribunal superior. Más tarde, el cimero tribunal, al revocar nuestra citada resolución (6-9-2011), ha insistido con su criterio en la causa ?Nieto c. La Cabaña?. La simple remisión al dictamen de la Procuración hace que de su lectura no surja se haya siquiera considerado el extenso fundamento que esta vocalía diera en esa oportunidad y la Sala después hiciera suyo. Se dice que se condena por una obligación incausada, lo que no es así. Y se insiste con la razonabilidad de la ?reglamentación? de la SSN referida al art. 68 de la ley de tránsito. Las normas de la ley 24.240 también fueron soslayadas. A pesar del rango constitucional que tiene la defensa de consumidores y usuarios, a pesar también de la reforma de la ley 26.361, que amplía y generaliza este resguardo legal de orden público, el tema ha sido eludido por el máximo tribunal. Tampoco hizo referencia a la protección de la vida y la salud. Derechos elementales que, cuando son agredidos y la persona busca reparación, merecen el más amplio amparo, como, por el contrario, ha sido sostenido en otros fallos de la Corte (por ejemplo en ?Ledesma c. Metrovías?, Fallos 331:819). Y esta reparación es claramente cercenada cuando se trae a colación -como en un voto de ?Cuello?- los principios de relatividad de los contratos que parece no hubieran mutado, ni su circunstancia, desde 1804. Las aseguradoras, insisto, son doblemente responsables: por integrar una cadena de comercialización de un servicio público riesgoso y por haber participado de un concierto ilícito de fraude a la ley de tránsito que exige circular con seguro de responsabilidad civil. Es francamente llamativa la omisión de la Procuración y la Corte relativa a las normas tuitivas de los consumidores. Esta absoluta prevalencia de la ley de seguros y de lo que dispuso arbitrariamente la Superintendencia del ramo, desgajándola del sistema jurídico argentino como un todo, y de la Constitución -su pilar y vértice-, parece ir de la mano con ese perimido criterio de regular las relaciones entre proveedores y consumidores a través de normas comerciales, interpretadas por jueces comerciales. Privilegio que ha desaparecido con el sistema autónomo de defensa de los consumidores (A. A. Alterini y H. Alegría, ?Unificación sustancial...?, L.L. 2011-F, 891). Es que, como dicen los autores, el Derecho del consumidor cruza transversalmente el sistema, sus principios son prevalentes y tiene la energía de la legislación de orden público, abarcando tanto al contrato de consumo como al subconsumidor y al ?bystander?. Por tal motivo, como sigo creyendo que, a más de la inconstitucionalidad, hay una doble causa en la obligación resarcitoria concurrente de las aseguradoras por el todo, reitero en adelante los argumentos. Además, la defensa de los consumidores y los dañados colateralmente por relaciones de consumo y, en general, la defensa de los derechos humanos, no es simplemente un tema para la doctrina jurídica o la política judicial. No alcanza con llenarse la boca o hacer correr ríos de tinta con los derechos humanos. Los jueces debemos hacer su defensa todos los días en cada caso, por minúsculo que sea. Los derechos humanos fueron agredidos por gobiernos militares; pero también son agredidos permanentemente en la actualidad por civiles individuales e institucionales; también y mucho por el Estado. No debemos olvidarlo.

Como juez de primera instancia he entendido desde hace mucho que el descubierto obligatorio del seguro contra la responsabilidad en el transporte público es irrazonable e inoponible al tercero. Analicé la cuestión en autos ?Arreguez? (13-5-2004; L.L. 2006-E, 679). Lo dicho tiene plena vigencia, por lo que se reitera. Recordé entonces que la ley de seguros creó el instituto de la ?citación en garantía?, denominación con más de forma procesal para encuadrar la participación en juicio del asegurador por responsabilidad civil que de instituto de derecho sustancial. Que es de lo que en rigor se trata: una decisión legislativa de legitimar al damnificado para demandar directamente al asegurador del responsable civil. Se reconoció una acción directa del tercero contra el asegurador, aunque sin autonomía procesal del reclamo contra el responsable. En otra oportunidad se discutió en plenario acerca de la naturaleza de esta citación en garantía (antes en ?Flores c. Robazza?, CNCiv., en pleno, 23-9-91). Ocurrió con motivo de las discrepancias existentes en torno a la oponibilidad de la defensa de culpa grave del asegurado (CNECC., en pleno, 11-5-82, ?Mustafá c. Núñez?). Al justificar la decisión asertiva, mayoritaria, se dijo que es un instituto específico con modalidades sustanciales y rituales que permite al acreedor (la víctima) agredir directamente al deudor (asegurador) de su deudor (el asegurado responsable civil). En sustento de su postura, la minoría discurrió largamente acerca del seguro de responsabilidad civil. Al así hacerlo explicó su parecer encuadrándolo como un supuesto de estipulación a favor de tercero; recibió duras críticas (ver, p. ej., E.D.

100-610). Explicación que tampoco aceptan otros autores. No creo en la importancia 'a priori' de los rótulos y encuadres en tal o cual instituto legal. Por tanto no asigno relevancia al nombre 'estipulación a favor de tercero' u otro para particularizar a este tipo de seguro. Especialmente cuando se trata de un seguro obligatorio. Sin embargo, como muy acertadamente señalara la minoría en 'Mustafá' siguiendo y citando largamente a Borda, la tarea del magistrado 'está en el deber de valorar las soluciones y de todas las interpretaciones posibles debe elegir aquélla que mejor se adapte a las actuales circunstancias y que implique una solución más beneficiosa y justa. (...) (Los jueces) han comprendido claramente que no deben permanecer indiferentes a los resultados de la interpretación de la ley...'. En ese orden de ideas, con cita de Perelman, he dicho en otras oportunidades que el juez, cualquiera sea la técnica de razonamiento que se utilice en Derecho, 'no puede desinteresarse de la reacción de las conciencias ante la iniquidad del resultado al que el razonamiento lleva'. Hay que desechar entonces el razonamiento puramente formal que no formule un juicio de valor sobre la conclusión, conciliando las técnicas de razonamiento jurídico con la justicia o, por lo menos, la aceptabilidad social de la decisión (Perelman, Ch., 'La lógica jurídica y la nueva retórica', Ed. Civitas, Madrid, reimpresión, 1988, pág. 20). El juez, nuevamente con Borda, debe buscar ensanchar las posibilidades más o menos flexibles de la ley para lograr la solución más feliz del caso y sentar la regla más valiosa desde el punto de vista social ('Tratado...', Parte General?, Ed. Perrot, 1976, t. I, pág. 219/220). Esta tarea interpretativa no podría asentarse o centrarse en delimitar la naturaleza o los contornos, en el caso, del seguro de responsabilidad civil, para extraer de allí la solución del problema a resolver. La cuestión en debate excede en mucho al contrato de seguro. Ha expuesto Morandi que ignorar las causas del nacimiento de una institución significa estructurar un sistema jurídico divorciado de la realidad ('Estudios de Derecho de seguros', Ed. Panedile, Buenos Aires, 1971, pág. 1). Autor que abriera ese compendio destacando la función social que el seguro debe cumplir, derivando de ello la necesidad de una regulación, ejemplo del fenómeno de 'publicización', en virtud de los enormes intereses de la comunidad comprometidos en su gestión (pág. 2).

Es evidente que, con el seguro obligatorio, 'en realidad fue el derecho de la víctima el que pasó a la primera línea, alejando a este tipo de seguro del esquema clásico del seguro de responsabilidad civil' (Garrigues, Joaquín, cit. en L.L. 1995-C, 1016). Circunstancia que llevara a Barbato a señalar que esta modalidad responde más a una necesidad colectiva que individual. En este seguro, diferenciable del clásico seguro de RC, 'el verdadero interés asegurable es del tercero damnificado' (Simone, Osvaldo Blas, L.L. 1990-D, 1032). El seguro obligatorio se ha instituido en favor de las eventuales víctimas, aunque también proteja el patrimonio del asegurado (Roitman, Horacio, 'El seguro de la responsabilidad civil?', Lerner Ediciones, Buenos Aires, 1974, pág. 48). Explica Roitman que las víctimas han ganado un importante derecho con la teoría de la acción directa, en contra del principio de relatividad de los contratos; pasando desde la originaria protección de los derechos del contrayente hasta convertirse en importante instrumento social. Termina como estructura para satisfacer exigencias que exceden la economía individual y pasan a ser objeto de tutela de toda la sociedad (op. cit., pág. 54/5). Corresponde entonces realizar una interpretación armónica de todo el ordenamiento legal, principiando por la Constitución nacional, las leyes de tránsito, el régimen de seguros, la ley de defensa del consumidor 24.240 (dado que los servicios deben ser prestados de forma que no presenten peligro para la salud o integridad de los consumidores o usuarios, art. 5; sistema que, por otra parte, establece una responsabilidad plural de toda la cadena de comercialización de cosas y servicios, art. 40). Interpretación iluminada naturalmente por la Constitución, que es el vértice del sistema jurídico, de acuerdo al principio de supremacía (art. 31). Ley suprema y vigente que, sancionada con el propósito de afianzar la justicia y promover el bienestar general, consagra la protección de consumidores y usuarios de bienes y servicios, debiendo las autoridades proveer el control de los monopolios naturales y legales y de la calidad y eficiencia de los servicios públicos (art. 42). Mandas constitucionales no siempre respetadas por los entes de aplicación. Ciertamente es que, en principio, el seguro de responsabilidad civil nace en forma voluntaria (...y clandestina, ver Morandi, op. cit., pág. 385), y su finalidad es, también por principio, mantener indemne el patrimonio del asegurado. Pero cuando leyes generales de orden público, como son las de tránsito, hacen obligatorio tomar un seguro de responsabilidad civil, el tomador lo hace tanto para cumplir la ley cuanto mantener indemne su patrimonio. O sea que contratar seguro deja de ser un acto jurídico en el solo interés de los contratantes, se convierte en un contrato en interés de la comunidad, en el que está en juego el orden público. Beneficiario deja de ser exclusivamente quien podría ver agredidos sus bienes económicos. Básicamente pasa a ser beneficiario la potencial víctima, el sujeto pasivo del daño, a quien la ley ha tenido en mira al compeler la contratación de seguro. En ese andarivel, Sobrino entiende que son consumidores de seguro tanto el asegurado cuanto el damnificado (Sobrino, Waldo A. R., 'Seguros y Responsabilidad Civil?', Ed. Universidad, Buenos Aires, 2003, pág. 25, con cita de Caballero Sánchez, y pág. 31; ver nota 41 en que cita al mismo). Y afirma que 'la tésis de la ley es muy clara: si el seguro es obligatorio, ello implica que se quiere proteger a la víctima' (op. cit., pág. 35). Por la buena senda, se va aceptando cada vez con más generalidad que el seguro obligatorio cumple una importante función social, es un mecanismo de protección social para garantizar alternativas de reparación (conf. Halperin, Isaac: Prólogo a la primera edición, en Halperin - Barbato, 'Seguros...', ed. LexisNexis, 3a. ed. act., 2001, pág. XII; Morandi, 'Estudios...', cit., pág. 386 y sig.; Trigo Represas, L.L. 2007-B, 995, y citas en

nota 30; Pagés Lloveras, L.L. 2004-E, 1459 y citas de Gabriel Stiglitz y Echevesti, y Ghersi en nota 21). Aun más, cuando en países europeos se instrumentó un seguro obligatorio, se atribuyó al tercero damnificado un derecho autónomo, declarando que el seguro se ha estipulado a su favor (conf. Morandi, 'Estudios...', cit., pág. 388). Caballero Sánchez (cit. por Sobrino) afirma que el TS español ha enfatizado de tal modo la importancia de la víctima que el seguro de responsabilidad civil se configura más que como instrumento de protección del asegurado (criterio originario) como institución destinada a tutelar los intereses del perjudicado (ver nota 45; y el criterio concordante de Manuel Olivencia, citado por Puig Brutau, en nota 25 de pág. 47, op. cit.). De allí que, salvo que por norma de igual jerarquía se amparase valores de peso similar a esta asignación adicional de recursos (los del asegurador, a más de los del civilmente responsable) en aras a consolidar la reparación del daño de la víctima (una suerte de garantía), mediante ley especial que confrontase con las leyes generales de tránsito, no podría algún otro estatuto inferior, fuese decreto, resolución ministerial, (y menos aún) una simple resolución de la S.S.N., derogar la obligatoriedad de asegurarse conforme lo estatuyen, por ejemplo, el art. 68 de la ley 24.449 y el 48 de la anteriormente vigente ley bonaerense 11.430. Sin embargo es lo que acontece con la resolución. Porque esa cláusula carece de razonabilidad en tanto ejercicio de poder supuestamente delegado por la ley. Como dijera la Sala M y el plenario 'Obarrio', tan elevada franquicia desnaturaliza una norma de alto contenido social. Y esto confronta hasta el absurdo -por contradictorio- cuando es claro que la siniestralidad en el autotransporte público de pasajeros es elevadísima y que la mayor parte de los reclamos encuadran en dicho descubierto obligatorio. La resolución 25.429 es inconstitucional, formal y genéticamente, y por sustancia (conf. Rubén Stiglitz, L.L. 2004-F, 1214; Stiglitz y Compiani, L.L. 2005-E, 1322; J.A. 2006-III-1028; FrickRotela y García Villalonga; L.L. 2005-E, 929). La contratación de seguro ya era obligatoria para el transporte automotor desde la ley 12.346; siguió siéndolo -con mayor generalidad- a partir del decreto 692/92, exigencia mantenida en la ley 24.449. Pero fue derogada en los hechos, para casi todo el espectro de accidentes de tránsito, por esta mera resolución. Es lugar común que la declaración de inconstitucionalidad es acto de suma gravedad institucional, la 'ultima ratio' del orden jurídico. Pero en épocas de marcada fragilidad institucional, muy por el contrario los jueces estamos en el deber -aún sin petición de parte- de señalar la inadecuación de leyes y normas inferiores a la Constitución, cuando su aplicación al caso repugna los preceptos de la norma superior. De lo contrario haríamos caso omiso al juramento de cumplir y hacer cumplir la ley máxima, siendo como es mucho más grave institucionalmente que un juez abdique de las potestades que le son inherentes al balancear y resolver el conflicto entre normas de diferente jerarquía. Las provincias delegaron en el gobierno federal la sanción del Código de Comercio y, por ende, de un régimen de seguros. Pero no delegaron en la S.S.N. la facultad de enervar y derogar en la práctica la obligatoriedad de circular con seguro de responsabilidad civil. La ley 24.449 en modo alguno pudo delegar en la Superintendencia la regulación de un régimen de seguro obligatorio con alcance nacional o local. Esto hace formal, genéticamente, inválida la resolución. Invadió competencias no delegadas; tan es así que la anterior ley bonaerense de tránsito -11.430- exigía a los conductores circular con seguro, sin delegación alguna a autoridades federales. La única autoridad en la materia competente para reglamentar el seguro obligatorio es el propio Congreso nacional. Nótese que a través de esta inconstitucional delegación, los vehículos de transporte público de pasajeros de todo el país, causantes de la mayor siniestralidad en accidentes de tránsito, incumplen la obligatoriedad de contar con un seguro de responsabilidad civil. A más de diez años de vigencia de un régimen que tal vez pudo justificarse como una corta emergencia, de aceptarse la oponibilidad, es hora de que se explique a la comunidad que circular con la cobertura de la resolución 25.429 no diferencia mayormente a los servicios regulares de los irregulares, 'truchos', en punto al aseguramiento contra la responsabilidad civil. Si se admite la oponibilidad del descubierto, habida cuenta de las perversas y más o menos sofisticadas formas de elusión de responsabilidad a través de reiterados concursos, acuerdos preventivos extrajudiciales o quiebras, o fideicomisos constituidos por las empresas de transportes y de seguros, ni unos ni otros tienen patrimonio sobre el que las víctimas puedan cobrar indemnizaciones. En cuanto a la sustancia, no sólo \$40.000 constituye una franquicia o descubierto elevadísimo e inusual en seguros de responsabilidad civil automotor. (Aunque la inflación ha ido licuando su valor). La cláusula 4ª prevé que 'Dicho descubierto obligatorio a su cargo se computará sobre capital de sentencia o transacción, participando el Asegurado a prorrata en los intereses y costas.' O sea que, por ejemplo, ante una condena a pagar \$50.000 de capital más \$20.000 de intereses, y \$17.500 de costas, la aseguradora sólo afrontaría un 20% de cada uno de los rubros. Como es notorio que gran cantidad de empresas de transporte han quebrado, se han concursado o han usado la nueva ingeniería del acuerdo preventivo extrajudicial (con todos los ingredientes conocidos para limpiar pasivos quirografarios), la desprotección de la víctima es evidente. Esta resolución vino de la mano de la crisis desatada por la caída de la cooperativa Belgrano y, como surge de los propios considerandos del decreto 260/97, de la alta siniestralidad del sector. Circulando por las calles y rutas o atendiendo a los medios de comunicación, es notorio que nada ha cambiado sino para peor, elevando la desprotección de la comunidad mediante mecanismos de inmunidad patrimonial de aseguradoras y empresas de transporte. La franquicia, lejos de beneficiar a las víctimas, las deja inermes. A muchos años de la resolución 25.429 sólo ha beneficiado con menores primas a los dañadores, pero no a los terceros, habida cuenta que los asegurados

no han mostrado la menor preocupación por evitar siniestros y, por su enormidad, con meridiana claridad el descubierto no procura excluir los siniestros pequeños (ver al respecto Polotto y citas, en E. D. 93-652). Al declarar la inconstitucionalidad del decreto 260/97, como juez de primera instancia hice referencia a la doctrina de la 'emergencia' y al 'estado de sitio de los derechos'. Dije que, ante toda la maraña legislativa que partiera con la ley 23.696, legislación impulsada básicamente por intereses sectoriales, que cuando no es el bien de la comunidad lo que guía la legislación llamada 'de emergencia', queda muy claro que la única emergencia que puede declararse en este país es la emergencia moral. Pareció en aquel momento y sigue pareciendo importante insertar el problema dentro del contexto 'emergencial' general en que se encuentran los derechos individuales porque uno de los fundamentos de la supuesta emergencia sectorial, según los considerandos del decreto 260/97, estribaba en la alta siniestralidad de la actividad y las distorsiones del mercado asegurativo. Va de suyo que los sucesivos gobiernos, en vez de solucionar problemas provocados por su falta de control y de supervisión del tránsito y de la actividad aseguradora, los trasladó y sigue trasladando a las víctimas. Esto es: se 'privatiza' la pérdida, traspasando sus consecuencias a los dañados, haciéndolos socios de las pérdidas de estas actividades económicas empresariales (y, por tanto, de finalidad eminentemente lucrativa). Este criterio, lamentablemente generalizado en el país, antes y ahora, de que los derechos individuales viven en permanente 'estado de sitio' ha sido marcado con acierto por jusfilósofos y juristas. El resultado, como apunta Lorenzetti, citando a Nino, es decididamente un país al margen de la ley, en el que el Derecho va oscilando demasiado con el paso del tiempo y la presión de los 'lobbies'. Esto termina -está a ojos vista- con la instauración de un 'orden público de protección de la parte fuerte' (ver Lorenzetti, 'Las normas fundamentales de Derecho privado', Rubinzal - Culzoni Editores, 1995, pág. 383). Alberto B. Bianchi lo ha calificado de 'estado de sitio económico' (cit. por Nicolás Diana en L.L. 2009-D, 785). Nacidos el decreto -declarado inconstitucional por toda esta Cámara de Apelaciones y la propia Corte Suprema de Justicia nacional- y la resolución al calor de recurrentes crisis al no solucionar la siniestralidad, que es el verdadero problema, las consideraciones sobre uno son plenamente aplicables a la otra. Está claro que hacia la última década del siglo XX se desarrollaron políticas repudiables por las que, puestos en colisión, se privilegió el derecho de propiedad de algunos menos, pero con poder, por sobre los derechos de la persona humana e instalado como variable de ajuste la infravaloración de ésta. Las soluciones que se den a este enfrentamiento no pueden pasar inadvertidas para los jueces cuando los argumentos de 'seguridad jurídica' y el derecho de propiedad sirven para dejar en la desprotección a las víctimas, sean consumidores o simples terceros (ver al respecto: GregoriniClusellas, L.L. 2006-F, 1505). Por ese motivo, llama poderosamente la atención la reiteración de llamados a favor de sostener el derecho de propiedad de las aseguradoras y la seguridad jurídica que se afectaría por no interpretar literal y exegéticamente el art. 118 de la ley de seguros. Así -se dice- se pondría en crisis el sistema asegurador argentino, comprometiendo su propia existencia, y que las víctimas no tengan cobertura alguna. Ya se ha dicho, y es notorio para un juez con competencia en materia de daños por accidentes, y para cualquier mediador, que la desprotección ya está instalada con el perverso sistema vigente. Tampoco es que vayan a sufrir las empresas de transporte, concursadas o quebradas o con APEs limpiando pasivos quirografarios, las deudas de indemnización por daños. La desprotección deja a la gente inerte, frente a la agresión primera del dañador y a la siguiente, la agresión del sistema legal. Sistema que, de tal modo interpretado, expulsa y desalienta a la víctima. Sistema que confirma en su exclusión a los ya excluidos, no bien se mira que son las personas de menores recursos las que en mayor medida utilizan el transporte público y son las más dañadas en accidentes viales. Sistema que pasa por alto el anacronismo de juzgar, bajo el prisma de normas de vieja data (p. ej. art. 118 L.S. y el Código Civil en cuanto a la relatividad de los contratos), la inserción de otras disposiciones que son ejemplo paradigmático de las políticas 'de shock' aplicadas en la última década del siglo XX en naciones como la Argentina. Es que, como explica Naomi Klein, 'a través del shock se fuerza a la gente a ser obediente'; y, por otra parte, las consecuencias de la aplicación de teorías económicas neoliberales no son accidentales (cit. por Mario Diament en 'La Nación' de 6-10-2007). Son mecanismos de ganancia rápida a través del desastre, lo que aún para la frágil memoria de los argentinos lleva de la mano al proceso que hizo eclosión en el cercano bienio 2001/2002. Esta desprotección, y la necesidad de una interpretación tuitiva de los usuarios y víctimas en general de accidentes, fueron advertidas con diferentes fundamentos por la mayoría en el plenario 'Obarrio' y varios tribunales de este fuero y el comercial. Entiendo que, poniendo en perspectiva los años pasados desde 1997 y el desastroso resultado de los incentivos desplegados por la corta vida del decreto 260 y la más larga y dañina de la resolución 25.429, que contradicen hasta el absurdo los respectivos fundamentos, al así hacerlo los jueces de la mayoría del plenario no se han desentendido de las consecuencias de sus actos. Están a la vista las consecuencias ruinosas para las víctimas de decisiones alternativas. Alentemos entonces comportamientos más cuidadosos de los varios actores de esta cadena de comercialización de un producto riesgoso y altamente dañino. Al decir de Posner, ampliando el marco de referencia, la justicia y la equidad hacen de la controversia individual un resultado justo y equitativo para la clase de actividad (ver Posner, Richard A., 'El análisis económico del derecho', FCE, México, 2000, pág. 30). Puestos en la balanza, no me preocupa, en términos de Klein, la eventual e hipotética catástrofe de las aseguradoras; me ha preocupado desde siempre el desastre actual y tristemente visible de las víctimas de carne y

hueso, directas e indirectas, que acuden a la justicia en procura de amparo. Las víctimas de los accidentes de tránsito también tienen derechos humanos que los jueces debemos atender. Una última referencia al marco económico antes de entrar al fundamento obligacional de las aseguradoras. Aún desde el punto de vista del análisis económico del Derecho (AED), estas empresas están, desde varios ángulos, en mejor posibilidad de soportar el riesgo de insolvencia del dañador (su asegurado) por la dispar situación de los implicados. Un buen estudio del tema a través del prisma del AED revela que el asegurador está en mejores condiciones de tomar medidas frente al riesgo de insolvencia de su asegurado, siendo entonces el "cheapestcostavoider" en relación a la víctima (ver Tolosa, Pamela, en J.A. 2008-I-991). Con argumentos de fácil acceso porque transitan el más elemental sentido común, concluye que la solución más próxima a la eficiencia sería la inoponibilidad del descubierto. Encuentra coincidencia entre lo que sería tal vez la solución más equitativa con la más eficiente. Lorenzetti ha puesto de relieve que, a pesar de que -según se ha dicho- el siglo XX tiene su inicio cuando se empieza a razonar por sistemas, en el derecho de contratos se sigue pensando en función de categorías subjetivas. Sin embargo obra en la actualidad una sensible mutación de la figura del contrato individualista ("Las normas fundamentales...", cit., pág. 467). En ese orden de ideas, el efecto jurídico relativo de los contratos (art. 1195, C.Civ.) es un principio cierto en cuanto a los efectos directos, pero los contratos indirectamente afectan a terceros. Acertadamente recalca el autor que "las partes tienen tendencia a no asumir las externalidades negativas, las exportan para que otros las sufran. En cambio el Estado toma en cuenta estas externalidades y las regula, poniendo límites más o menos extensos a la programación contractual en función de cómo influyen materialmente en los terceros". Y pone como modelo la responsabilidad del fabricante no vendedor por daños causados a los consumidores (op. cit., pág. 464). Es ejemplo claro del orden público económico obligatorio que constituyen leyes especiales, el llamado orden público de dirección, al que interesan las externalidades contractuales, plasmado en la Constitución nacional, leyes y la elaboración jurídica (ver op. cit., pág. 479 y 480). El sistema perverso de fragmentada responsabilidad de daños causados por el autotransporte público de pasajeros es producto del concierto de varias partes, entre las que claramente se cuentan las empresas porteadoras y las aseguradoras. Es más, existe una íntima vinculación e integración entre unas y otras (conf. ZapiolaGuerrico, L.L. Actualidad, 7-9-06). Un sistema concertado de fragmentación de responsabilidad con apariencia de estructura jurídica seria. Brebbia, al tratar la interpretación de las cláusulas generales en el seguro de responsabilidad, recuerda que son aprobadas por la SSN, cuya intervención supone evitar los abusos de los aseguradores ("Problemática jurídica de los automotores", Astrea, Buenos Aires, 1984, tomo 2, pág. 47). Pero esta intervención estatal no quita, continúa, "que sean las compañías aseguradoras quienes hayan preparado tales condiciones generales, sin intervención de los asegurados", por lo cual siguen operando las mismas prevenciones al interpretar condiciones generales en contra de la parte que las prepara, de especial manera cuando establecen exenciones o atenuaciones a la responsabilidad legal del asegurador. Acerca del deficiente -cuanto menos, agrego- control estatal ya hacía referencia Halperin en el prólogo a la primera edición (op. cit., pág. XII y XIII, mencionando las "conocidas depredaciones en el mercado asegurador"). Es más, destacaba la falta de una auténtica independencia de la autoridad, que la hace víctima de las presiones de las empresas, algunas de las cuales, con un afán de enriquecimiento apresurado, afectaban la función del asegurador y el funcionamiento de un buen sistema. Se ha dicho que, al declarar la inoponibilidad del descubierto y ejecutable la sentencia por el todo, se condena al asegurador por una inexistente obligación sin causa. La obligación existe y tiene causa, en primer lugar, en este concierto perverso, suerte de complicidad genética para fragmentar eventuales responsabilidades a través de un verdadero fraude a la ley. Integran este acuerdo fraudulento al aceptar las mutuales aseguradoras las irrazonables condiciones de la resolución 25.429, seguramente con plena conciencia de su inconstitucionalidad por exorbitancia e inadecuación a un régimen de seguro obligatorio, máxime después de la corta vida que la Justicia dió al decreto 260/97, su complemento. En segundo término, la causa de la obligación está en la integración, junto al porteador, de un proceso de comercialización de servicios riesgosos, con las inherentes responsabilidades que emanan del art. 42 de la Constitución y 40 de la ley 24.240. Es reconocido que, frente a la protección de usuarios y consumidores prevista en la carta magna, el derecho de los consumidores asume particular trascendencia, al decir de Lorenzetti un "carácter iusfundamental" (en "Consumidores", Rubinza - Culzoni, 2003, pág. 46), por lo que se presenta como un "microsistema con principios propios y hasta derogatorios del Derecho Privado tradicional" (op. cit., pág. 51), una reformulación de gran parte de los Códigos civil y comercial (Gherzi, J.A. 1994-I-870). En ese orden de ideas, ha afectado severamente el principio de relatividad de los contratos. Lorenzetti señala que el Derecho civil diseñó ese principio y que el Derecho del consumo lo destruyó, al sugerir la imputación por daños al fabricante y demás integrantes de la cadena de comercialización (pág. 53, y 384 y sig.). Con su ascenso desde la ley especial al trato constitucional, la figura de consumidores y usuarios es central y autoriza la derivación directa de derechos a través de las normas constitucionales que se estime aplicables (conf. Lorenzetti, últ. cit., pág. 83; Lovece y García Ocio, "Derechos del Consumidor", La Ley, 2005, pág. 5; Weingarten, "Derecho del consumidor", Ed. Universidad, pág. 61). Derechos que pueden nacer de contratos o hechos lícitos o ilícitos, toda vez que puede haber ilícitos que originen una relación de consumo, como cuando la fuente obligacional es el daño causado por productos o servicios (Lorenzetti, op.

cit., pág. 107). Las empresas de seguros, al generar con su actividad empresaria una cadena de comercialización del servicio público del autotransporte (ya hemos referido además la íntima relación personal entre las porteadoras y las aseguradoras), han contribuido a la generación de una actividad riesgosa. Lo han hecho formando este eslabonamiento con presumible conciencia -dado la profesionalidad del asegurador- de que las cláusulas del contrato infringían normas nacionales y provinciales de orden público. Y si podría haber alguna duda en el ámbito nacional por la ya indicada inconstitucional delegación en la S.S.N., ninguna excusa era aceptable cuando la porteadora circulaba por caminos de la Provincia de Buenos Aires, cuya anterior ley de tránsito (11.430) exigía incondicionalmente contar con seguro. Aun más, las aseguradoras del transporte público de pasajeros han brindado cobertura (y por ende, andamiaje formal para sostener las autorizaciones estatales de concesión) a empresas cuya solvencia conocían o debían conocer (nuevamente la referencia al profundo estudio de Pamela Tolosa en J.A. 2008-I), situación que, por obvia, fue también tenida en consideración por la Cámara en lo Comercial en autos Barreiro c. Transportes Metropolitanos Sur?. En algunos casos probablemente integrando una y otra parte del aseguramiento las mismas personas físicas o jurídicas. En consecuencia, como la obligación resarcitoria indistinta o concurrente -solidaria, según la ley- de todo aquel que integra un sistema de comercialización de cosas o servicios se erige como un principio general del derecho protectorio de usuarios y consumidores, la inoponibilidad de la franquicia conlleva la inherente responsabilidad por el todo de la empresa aseguradora. Aparecerá seguramente quien alce su voz invocando contra esta elaboración la necesidad de aplicar la norma con criterio restrictivo?. Acotamientos similares con invocación de seguridad jurídica se hacen en forma reiterada para coherencia de conductas disfuncionales de los entes societarios (ver, p. ej. Martorell, en E.D. 4-10-07). Estamos en el siglo XXI. Han pasado doscientos años desde que, centrado el régimen civil patrimonial en la defensa del propietario y aplicadas las normas a través del rígido corsé de la exégesis, fueron creciendo por imperio de otras circunstancias nuevos paradigmas que variaron el enfoque de la responsabilidad civil desde el dañador hacia la víctima, desde la propiedad hacia la persona, desde la imputación culpable como único factor de atribución hacia el reconocimiento de factores objetivos. La elaboración de estos nuevos parámetros no fue consecuencia de mutaciones legales, sino más bien éstas efecto del laboreo de la doctrina judicial y autoral, despojado finalmente del claustro de la exégesis e interpretando, a la luz de la realidad social, el ordenamiento vigente como un todo. En ese carril, la ya consolidada objetivación de la responsabilidad frente a la paulatina incorporación a la vida diaria de cosas y actividades riesgosas puso en aprietos a los deudores beneficiados. Como la producción de bienes y provisión de servicios adoptó formas sofisticadas, tercerizando todo o parte del proceso de producción y comercialización, aparecieron en consecuencia formas varias de limitación de responsabilidad personal y nuevas figuras jurídicas enderezadas hacia la fragmentación parcelaria de la deuda indemnizatoria en personas diferentes en apariencia pero integrantes de un todo destinado a ofrecer bienes y servicios a consumidores y usuarios. Aparece entonces la respuesta protectoria de éstos frente a los daños causados por cosas o servicios riesgosos: la responsabilidad plural, indistinta, de todos los integrantes del proceso de generación del producto (ver Weingarten, Derecho del consumidor?, cit., pág. 233 y sig.; Lovece y García Ocio, op. cit., pág. 129 y sig.). Esta responsabilidad solidaria, sustentada en el art. 42 de la Constitución, y art. 40 de la ley 24.240, se expande como principio general en estos tiempos, porque así lo impone la realidad y la necesidad de protección. La interpretación debe hacerse en forma amplia, extensiva a otros supuestos no previstos (conf. Farina, Defensa del consumidor y del usuario?, Astrea, 2004, pág. 1 y 28, p. 20). No es el art. 40 norma excepcional, acotada, susceptible de interpretaciones restrictivas. Muy al contrario, se ha sentado un principio general del derecho. Trasladado este principio al caso, involucrada la aseguradora en el proceso de gestación y oferta del servicio de transporte público, el artículo 118 de la ley de seguros no podría ofrecer resistencia válida. Esto es: el artículo 118, en tanto limitaría la ejecutabilidad de la sentencia en la medida del seguro no obstante la infracción de normas de orden público, es inaplicable al caso por inconstitucional. Esto así en tanto que, en la especie, supondría una cortapisa a la responsabilidad indistinta del asegurador que, integrado a una cadena o grupo productor de servicios riesgosos, ha ofrecido y concertado un seguro de responsabilidad civil a conciencia de que en los hechos deroga, a través de una mera disposición administrativa, normas de jerarquía superior y de orden público. Los principios del aseguramiento en daños patrimoniales indican que la extensión de la indemnización del siniestro no puede exceder la medida de la suma asegurada. Esto, habida cuenta de las relaciones técnicas de equivalencia que existen o deberían existir entre premio y riesgo. Pero los principios quedan de lado cuando se trata de un seguro contra la responsabilidad civil, propuesto (o impuesto) y contratado a sabiendas de su carácter ilícito y que es concertado en fraude a la ley. Más sencillamente, mis entonces colegas de Sala, Dres. Pérez Pardo y el recordado Rebaudi Basavilbaso, entendieron que el art. 118 de la ley de seguros ha quedado implícitamente derogado para estos casos de aseguramiento obligatorio previstos en la posterior ley 24.449. Sea por una u otra vía, no es aplicable al caso el art. 118. El acento puesto en la autonomía de la voluntad y el derecho de propiedad, desentendidos de las externalidades, de sus efectos perjudiciales frente a otros, corresponde a una época situada dos siglos atrás. En sencillas y sabias palabras de CiuroCaldani, vale aprovechar las enseñanzas de la historia para conjugar con la mayor justicia posible las diversas fronteras de

protección y, al fin, para comprender que la justicia exige amparar al individuo contra todas las amenazas que pueden afectar su personificación, incluyendo no sólo las que se vinculan con la realización activa y pasiva de la utilidad. En última instancia hay que procurar que se realice la complejidad pura de todos los valores a nuestro alcance, que culmina en el valor humanidad.?

(CiuroCaldani, Miguel Angel, ?Desde la protección del propietario a la protección del consumidor y el usuario?, E.D. 159-1029).

Una y otra vez aparecen quienes resisten los cambios de paradigma. Hemos sido formados, educados y embelesados jurídicamente por la codificación del siglo XIX. Pero el movimiento codificador -además de concebir a las personas como iguales, aunque no lo sean- sentó su expansión alrededor de los conceptos de propiedad privada y libertad de contratación. Y cautivó a muchas generaciones por su apariencia de completa, y simple como sistema. Sin embargo, los cambios están a la orden del día en muchos países de Derecho continental. Con mucho mejor criterio, hoy se afirma que la legislación codificada es sólo un elemento del sistema legal; los regímenes supuestamente especiales han modificado desde su raíz muchas instituciones de los códigos. Y estos ordenamientos posteriores ya no son de aplicación residual. La legislación codificada ocupa hoy la posición de residualidad, resultado de una creciente intervención del Estado en las relaciones de derecho privado (conf. Llamas Pombo, sus citas de Irti y Schlesinger, cit. por Wajntraub, Javier H., en Rev. Derecho de Daños N° 2007-3, pág. 207 y sig.). Es más, puede decirse con Ameal que el Derecho del consumo es el Derecho de todos. Agregó: es el Derecho común, porque en la actualidad todos somos consumidores o estamos expuestos a una relación de consumo; aún grandes empresas proveedoras en algún momento también son consumidoras. Agregó que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos ?Ortega? (O. 64. XLIII), remitió al dictamen de la Procuración Fiscal elaborado para ?Barreiro? e hizo algunas consideraciones adicionales para desestimar los planteos de arbitrariedad formulados por la aseguradora. A pesar de las aclaraciones del Supremo tribunal en ?Ortega?, creo que las normas generales, el principio de la buena fe -especialmente aplicable en materia de seguros- y las de la ley 24.240 y art. 42 de la Constitución nacional, generan un deber resarcitorio concurrente autónomo (sin limitaciones exorbitantes) por haber incurrido en una ilicitud negocial con potencial daño hacia terceros, un fraude a la ley, y haber integrado una cadena de comercialización de un servicio riesgoso. Y este deber cae tanto en cabeza de las aseguradoras de concesionarias ferroviarias cuanto las viales y del autotransporte público de pasajeros. En virtud de estos argumentos considero que deber declararse inoponible el descubierto obligatorio contenido en la póliza contratada por la compañía de transportes. IV.- Cuestionamiento relativo a la tasa de interés: Ante la fijación de la tasa activa en la sentencia de grado, la demandada y su aseguradora solicitan la aplicación de un porcentual del 8% desde el momento del hecho hasta la fecha de esta sentencia hasta el efectivo pago la tasa activa, ya que de lo contrario, por haberse fijado los montos indemnizatorios a valores actuales, la misma implicaría un enriquecimiento indebido de la actora. Es usual que, por decir cualquier cosa, las aseguradoras digan que los valores son ?actuales? al tiempo de la sentencia de grado. Aunque no aparezca esto en parte alguna del pronunciamiento. La Sala aplica la tasa activa durante todo el período. Por ese motivo, discrepando además con la demandada por cuanto la suma de capital más intereses no me parece constituya un enriquecimiento indebido de quien ha sufrido este accidente, votaré por confirmar la decisión. La sentencia -he dicho muchas veces citando a Mabel De los Santos- es una unidad lógico - jurídica. Como tal, no puede escindirse sólo por aplicar mecánicamente un criterio de ponderación de la renta. Entonces, si el juez de grado calcula capital más intereses a tasa activa (lo que permite descartar lo haya hecho a ?valores actuales?) es justo y coherente que del mismo modo lo haga el tribunal de apelación. Por todo lo expuesto, propongo al acuerdo, elevar la suma fijada para resarcir la incapacidad física a \$300.000 y por daño moral a \$200.000, agregar una correspondiente a gastos por psicoterapia por \$8.000 y aumentar la reconocida para gastos de traslado a \$8.000, declarar inoponible a la víctima el descubierto obligatorio y confirmar la sentencia apelada en lo demás que fuera materia de agravios; con costas de alzada a cargo de la demandada, sustancialmente vencida. Por razones análogas a las expuestas por el Dr. Liberman, las Dras. Iturbide y Pérez Pardo votan en el mismo sentido. Con lo que terminó el acto. Firmado: Víctor Fernando Liberman, Gabriela Alejandra Iturbide y Marcela Pérez Pardo. Es copia fiel del original que obra en el Libro de Acuerdos de esta Sala.

Jorge A. Cebeiro Secretario de Cámara ///nos Aires, de octubre de 2017. Y VISTOS: Por lo que resulta de la votación de que instruye el acuerdo que antecede, se incrementa la suma fijada por incapacidad física a \$300.000 y por daño moral a \$200.000, se agrega una correspondiente a gastos por psicoterapia por \$8.000 y se aumenta la reconocida para gastos de traslado a \$8.000; se declara inoponible a la víctima el descubierto obligatorio y se confirma la sentencia apelada en lo demás que fuera materia de agravios; con costas de alzada a cargo de la demandada. Por lo actuado en esta instancia se regula los honorarios del letrado apoderado del actor, Dr. R.P., en sesenta mil pesos; y los del letrado apoderado y patrocinante de los demandados, Dr. M., en cuarenta mil pesos. En función de lo normado por el art. 279 del C. Procesal y apelaciones deducidas, monto del capital más intereses hasta esta fecha, adécuanse las regulaciones de honorarios por los trabajos en primera instancia, elevándose a doscientos mil pesos los del Dr. R.P.; a cincuenta y dos mil pesos los del Dr. S.C.; a ciento cuarenta mil pesos los del Dr. M.; a treinta mil pesos los del perito ingeniero G. y a treinta mil pesos los de la perito médica M. y los consultores a cinco mil pesos cada uno. Fíjase en

veinte mil pesos los de la mediadora Dra. A.. Regístrese, notifíquese y devuélvase. Hágese saber que la eventual difusión de la presente sentencia está sometida a lo dispuesto por el art. 164, 2° párrafo, del Código Procesal y art. 64 del Reglamento para la Justicia Nacional. Víctor Fernando Liberman Gabriela Alejandra Iturbide Marcela Pérez Pardo

022001E