

Danos Y Perjuicios Lesiones Sufridas Por Pasajero De Un Omnibus Contrato De Seguro

JURISPRUDENCIA

Daños y perjuicios. Lesiones sufridas por pasajero de un ómnibus.

Contrato de seguro En el marco de una acción de daños y perjuicios derivados del accidente sufrido por los actores como pasajeros de un colectivo, se modifica la sentencia elevando las sumas por daño psicofísico y daño moral, disminuyendo los montos de tratamiento psicoterapéutico y declarando nula la cláusula de franquicia opuesta por la aseguradora. En Buenos Aires, a 31 días del mes de octubre del año 2017, hallándose reunidos los señores jueces integrantes de la Sala ?H? de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, a los efectos de dictar sentencia en los autos: ?Fretes Sebastiana Rosa y otros c/ López Mónica Adriana y otros s/ Daños y perjuicios? y habiendo acordado seguir en la deliberación y votado el orden de sorteo de estudio, el Dr. Fajre dijo:

I.- La sentencia de fs. 361/371 hizo lugar a la demanda entablada por Sebastiana Rosa Fretes, Cristian Eduardo Vázquez y Gerónimo Eloy Chambi González contra Mónica Adriana López y Transporte Automotor Plaza SACI (Línea 114), a quienes condenó a abonar a los actores concurrentemente la suma de \$ 301.800, que discriminó de la siguiente forma: \$ 146.600 a favor de Fretes y \$ 77.600 para cada uno de los restantes demandantes -Vázquez y Chambi González-, más intereses y costas. Asimismo, la hizo extensiva respecto de Protección Mutua de Seguros del Transporte Público de Pasajeros. Por último fijó los honorarios de los profesionales intervinientes en el proceso. Contra dicho pronunciamiento apelaron todas las partes. La citada en garantía expresó agravios a fs. 421/430, los que fueron contestados por los accionantes a fs. 446/453. La parte actora elevó sus críticas a fs. 433/437, las que no fueron respondidas por sus contrarias (ver fs. 458). Por último la demandada fundamentó su recurso a fs. 438/444, que mereció la respuesta de su contraria de fs. 446/453.

II.- Antes de entrar en el tratamiento de los agravios, es pertinente destacar que la cuestión relativa a la forma en la que ocurrieron los hechos y la responsabilidad de los condenados se encuentra firme, ya que la decisión en tal sentido ha sido consentida por todas las partes.

III.- Seguidamente, analizaré las quejas sobre las partidas indemnizatorias cuestionadas, no sin antes señalar que, respecto del encuadre jurídico que habrá de regir esta litis en cuanto a tales partidas, atendiendo a la fecha en que se llevaron a cabo los hechos que le dieron origen, entiendo que resulta de aplicación al caso lo dispuesto la normativa contenida en el Código Civil, hoy derogado, conforme lo dispuesto en el art. 7 del Código Civil y Comercial de la Nación, actualmente vigente, dado que la obligación de reparar los daños sufridos en el accidente nació en el momento en que éste se produjo, sin perjuicio de señalar, claro está, que a idéntica solución final arribaría aplicando al caso las normas pertinentes de este último cuerpo legal.

a.- Daño Físico y Psicológico La sentenciante otorgó la suma total de \$ 162.000 por daño físico y psíquico, que discriminó de la siguiente forma: \$ 78.000 a favor de Fretes y \$ 42.000 para cada uno de los restantes actores -Vázquez y Chambi González-. Sin perjuicio que los rubros fueron reclamados en forma autónoma al interponer la demanda, la magistrada decidió tratarlos conjuntamente. Los coactores se quejan porque consideran que los montos otorgados por incapacidad psicofísica son escasos conforme las particularidades de las víctimas a la fecha del siniestro. En tal sentido sostienen que a efectos de considerar el quantum adecuado a las patologías, se debe tener en cuenta que si bien el accidente ocurrió durante la vigencia del Código Civil, lo cierto es que el art. 1746 del nuevo Código impone un sistema tarifado de indemnización como regla para la fijación de las partidas que no puede ser obviada. Asimismo consideran reducidas las sumas establecidas en concepto de daño moral. Por su parte la aseguradora se agravia por la procedencia y el monto otorgado por daño psicofísico respecto de Sebastiana Fretes, dado que considera que la anterior sentenciante se basó en los propios dichos de la actora, sin que los daños pudieran ser debidamente objetivados por estudio alguno, ni que corresponda que sean atribuidos al hecho de autos. Asimismo, destaca que Sebastiana Fretes no sufrió fracturas ni permaneció internada lo que demuestra la inexistencia de lesiones incapacitantes atribuibles al accidente; tampoco se evidenció que las lesiones padecidas hubieran repercutido en sus tareas habituales en ámbitos sociales ni de índole laborativa dado que es jubilada. En cuanto a la incapacidad psicológica establecida respecto de los restantes coactores Cristian Vázquez y Gerónimo Chambi González, se agravia respecto de su concesión por entender que la experta no ha fundamentado sus conclusiones y que luego de transcurridos 9 años desde el siniestro, no resulta creíble que subsistan temores, miedos ni fobias que guarden relación de causalidad con el siniestro. Cuestiona la procedencia del rubro otorgado en concepto de tratamiento psicológico en virtud de haber sido admitido el daño psíquico a favor de cada coaccionante dado que, a su entender, la incapacidad psicológica es transitoria y en virtud de ello la perito aconseja la realización de un tratamiento. En subsidio solicita la reducción del monto de este acápite. Se agravia por la suma conferida por daño moral y cuestiona lo decidido por la a quo respecto de la inoponibilidad de la franquicia existente en el contrato de seguro, para culminar sus quejas en lo concerniente a la tasa de interés establecida, que solicita sea reducida al 6% desde el hecho y hasta el efectivo pago y/o en su defecto la tasa de interés pasiva,

en razón que los montos indemnizatorios han sido valorados a la fecha del dictado de la sentencia de primera instancia. Los agravios de la demandada versan sobre la procedencia y el monto fijado en concepto de daño físico y psicológico. En tal sentido sostiene que la a quo omitió efectuar un análisis correcto de los resultados obtenidos del despliegue probatorio de autos para simplemente transcribir lo informado por la perito sin realizar una valoración al respecto. Entiende que del informe pericial agregado surge que la incapacidad encontrada en la coactora Fretes corresponde a limitaciones en la movilidad de la columna cervical como consecuencia de presentar ?artrosis?, lo que no posee ninguna relación con las alegadas consecuencias producto del accidente de autos. En cuanto a la procedencia del daño psicológico, considera que la anterior sentenciante ha desadvertido arbitrariamente que la incapacidad no es de carácter permanente sino transitorio, dado que la experta ha recomendado para cada uno de los actores la realización de tratamientos psicoterapéuticos. En cuanto al daño moral otorgado a los reclamantes, objeta la procedencia y los montos fijados por tal concepto dado que no se halla debidamente acreditado en autos. Por último culminan sus quejas cuestionando la procedencia y el monto establecido para atender a los gastos por tratamientos futuros -kinesiológico- y en virtud de ello sostiene que la afección por la cual la magistrada de la anterior instancia otorgó el tratamiento en cuestión no corresponde a una lesión producto del siniestro de autos. Con criterio que comparto, se ha sostenido que el resarcimiento por incapacidad comprende, con excepción del daño moral, todos los supuestos susceptibles de reparación patrimonial, incluso los daños de salud y a la integridad física y psíquica (Conf. esta cámara, Sala C, 15/09/2003, LA LEY 02/09/2004, 7), es por ello que, a mi modo de ver, no corresponde considerar la incapacidad psicológica junto con el daño moral, sino que tanto el reclamo por incapacidad física como psíquica deben tratarse bajo esta partida indemnizatoria, tal como lo decidió la anterior sentenciante y lo mantendré en este pronunciamiento. Ahora bien, la reparación comprende no sólo el aspecto laborativo, sino también todas las consecuencias que afectan la personalidad íntegramente considerada. En general, se entiende que hay incapacidad sobreviniente cuando se verifica luego de concluida la etapa inmediata de curación y convalecencia y cuando no se ha logrado total o parcialmente el restablecimiento de la víctima. (Zavala de González, Matilde, Resarcimiento de daños, 2ª ed., ?Daños a las personas?, p. 343). Es uniforme la jurisprudencia en el sentido que la finalidad de la indemnización es procurar restablecer exactamente como sea posible el equilibrio destruido por el hecho ilícito, para colocar a la víctima a expensas del responsable, en la misma o parecida situación patrimonial a la que hubiese hallado si aquél no hubiese sucedido. Justamente, cuando al fijar los montos se establecen sumas que no guardan relación adecuada con la magnitud del daño y con las condiciones personales de la víctima, se autoriza un enriquecimiento sin causa de la víctima, con el correlativo empobrecimiento del responsable (conf. Cciv. y Com. Morón, Sala 2, 4/2/99, ?M., S. M. c/Empresa línea 216 S.A. de Transportes ?). Como ha indicado mi distinguida colega, la Dra. Abreut de Begher en los autos ?Merodio, Gabriel Alejandro y otro c/ Aguas Argentinas S.A. y otro s/ daños y perjuicios?, del 26/10/2015, se ha insistido recientemente, más aún desde la sanción del Código Civil y Comercial -especialmente me refiero al art. 1746-, que para el cálculo de las indemnizaciones por incapacidad o muerte, debe partirse del empleo de fórmulas matemáticas, que proporcionan una metodología común para supuestos similares. Nos ilustran Pizarro y Vallespinos que ?No se trata de alcanzar predicciones o vaticinios absolutos en el caso concreto, pues la existencia humana es por sí misma riesgosa y nada permite asegurar, con certidumbre, qué podría haber sucedido en caso de no haber ocurrido el infortunio que generó la incapacidad o la muerte. Lo que se procura es algo distinto: efectuar una proyección razonable, sin visos de exactitud absoluta, que atienda a aquello que regularmente sucede en la generalidad de los casos, conforme el curso ordinario de las cosas. Desde esta perspectiva, las matemáticas y la estadística pueden brindar herramientas útiles que el juzgador en modo alguno puede desdeñar? (Pizarro, Obligaciones, Hammurabi, T 4, pág. 317). Es que no debe olvidarse que el principio de reparación integral, ahora denominado de ?reparación plena? (conf. art.1740 CCC) -que, como lo ha declarado reiteradamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tiene status constitucional (Fallos, 321:487 y 327:3753, entre otros)- importa, como lógica consecuencia, que la indemnización debe poner a la víctima en la misma situación que tenía antes del hecho dañoso (art.1083 CC). Resulta adecuado a esos efectos el empleo de cálculos matemáticos para tratar de reflejar de la manera más exacta posible el perjuicio patrimonial experimentado por el damnificado. Para utilizar criterios matemáticos, debemos ponderar los ingresos de la víctima, las tareas desarrolladas al momento del hecho, cuales se vio impedido de seguir realizándolas y las posibilidades de ingresos futuros, suma final que invertida en alguna actividad productiva, permita a la víctima obtener una renta mensual equivalentes a los ingresos frustrados por el ilícito, de manera que el capital de condena se agote al final del periodo de vida económica activa del damnificado. Así se tiene en cuenta, por un lado, la productividad del capital y la renta que puede producir, y por el otro, que el capital se agote o extinga al finalizar el lapso resarcitorio (Zavala de González, Resarcimiento de daños. Daños a las personas, Hammurabi, 1993, T. 2a, pág.523). Si bien existen diversas fórmulas de cálculo (ej. ?Vuoto?, ?Marshall?, ?Las Heras-Requena?, etc.) se trata en esencia de la misma fórmula, con variantes, para obtener el valor presente de una renta constante no perpetua (Acciarri, Hugo - Testa, Matías I., ?La utilidad, significado y componentes de las fórmulas para cuantificar indemnizaciones por incapacidad y muertes?, La Ley del 9/2/2011, pág. 2). Ahora bien, ese cálculo no tiene por qué atar al

juzgador, sino que conduce únicamente a una primera aproximación, o sea, una base, a partir del cual el juez puede y debe realizar las correcciones necesarias atendiendo a las particularidades del caso concreto (Pizarro-Vallespinos, op. cit., T 4, pág. 318; Zavala de González, op. cit., T 2a, pág. 504). Por ende, no corresponde otorgar a la víctima, sin más, la suma que en cada caso resulte de la aplicación rígida de la fórmula mencionada, sino que ella servirá simplemente como pauta orientadora para un resarcimiento pleno.

En función de estos parámetros analizaré las pruebas producidas. A fs. 163/165 obra la contestación de oficio del Hospital General de Agudos Parmenio T. Piñero en el que se informa que el día del hecho, se atendió a los coactores Rosa Fretes y Cristian Vásquez en dicho nosocomio, conforme surge de las copias del Libro de Guardia (Clínica Médica), proporcionadas por el Departamento de Urgencias del hospital. La perito médica legista presentó sus dictámenes a fs. 259/263, fs. 264/268 y fs. 269/274, respecto de Chambi González, Vásquez y Fretes, respectivamente. En relación a esta última y teniendo en cuenta los estudios médicos efectuados -Tomografías Axiales Computadas de Cerebro de fechas 13/04/12 y 11/06/11, electroencefalograma, radiografías de columna cervical, lumbar y cadera izquierda- y la evaluación psicodiagnóstica informó que al efectuar el electroencefalograma se observó "Trazado donde se observan ondas lentas de 3-4 c/seg. Localizadas en las regiones cortical frontal bilateral, compatible con antecedente de traumatismo de cráneo". Al momento del examen refirió cefaleas post traumáticas y mareos con los cambios de posición y limitación de movilidad de la columna cervical; presentó artrosis que no era sintomática previamente al accidente; a raíz de ello estimó una incapacidad del 8% por síndrome post conmocional y el 4% por limitación movilidad de columna cervical, según el baremo civil Altube Rinaldi, Baremo del Aparato Locomotor. Asimismo, en base al informe de la Lic. María Eugenia González determinó que "la Sra. Fretes presenta miedo a circular por la vía pública... refiere sentirse angustiada y desganada" (ver respuesta b) a la contestación a los puntos de pericia psicológica de la parte actora -fs. 271 vta.-). Manifestó que ha padecido síndrome post conmocional, alteraciones en su capacidad de atención, motivación, memoria y concentración de grado leve. Estimó una incapacidad del 8% por síndrome de stress post traumático, conforme Baremos de Altube Rinaldi y Dr. Castex (ver fs. 274). Respecto de Chambi González, tuvo en cuenta los antecedentes de autos, entre los que destacó la Historia Clínica del Hospital Alvarez glosada a fs. 160, de la que surge el diagnóstico de traumatismo contuso de columna lumbar y hematoma lumbosacro. Al efectuar la placa radiográfica de columna dorso lumbar evidenció "...rectificación de la lordosis fisiológica lumbar, con ligera actitud escoliótica dorsolumbar levoconvexa. Impresiona ligera disminución del espacio L4-L5. No se observan otras particularidades que tengan traducción radiológica en el resto de los sectores evaluados, a correlacionar con antecedentes traumáticos, examen y contexto clínico del paciente". Al responder los puntos de pericia de la parte actora sostuvo que "...presenta dolor y contractura a nivel de la columna lumbar, con limitación de la flexión a 80°. Lasegúe negativo. Marcha eubásica...? No estimó incapacidad física. Ahora bien, desde el punto de vista psicológico, en base al psicodiagnóstico efectuado por la Lic. Susana Virgilio determinó que "...la consecuencia que este episodio trajo en el sujeto es la vivencia que el mundo externo es hostil, amenazante y peligroso. Lo vivido como traumático no ha podido ser elaborado psíquicamente, por lo cual insiste en su tramitación, sin embargo al no poder hacerlo se producen síntomas y otras perturbaciones que permiten hacer el diagnóstico de F43.1 TRASTORNO POR ESTRÉS POSTRAUMÁTICO con componentes fóbicos y depresivos...? Estimó una incapacidad parcial y permanente equivalente al 6% según el Baremo de Altube Rinaldi y Baremo del Dr. Castex (fs. 259/263). En cuanto al restante co actor Vásquez, refirió que padeció un traumatismo de cráneo sin pérdida de conocimiento con cefalohematoma en la región frontal izquierda y en la rodilla derecha, conforme surge de la historia clínica del Hospital Pinero (conf. fs. 164). Entre los estudios complementarios requeridos, se efectuó una resonancia magnética nuclear de rodilla derecha, donde se constataron "...alteraciones en la relación femoropatelar normal con estrechamiento de la interlínea articular externa. Los ligamentos colaterales se definen en toda su extensión con ligera hiperintensidad de señal en sus fibras en relación al ligamento colateral externo. El menisco interno muestra importantes cambios de intensidad de señal en relación a ambos cuernos con extrusión lateral de su cuerno anterior y pérdida de altura de su cuerno posterior. El menisco externo muestra discretos cambios de intensidad en relación al cuerno posterior...?. Sin perjuicio de ello, destacó que al momento del examen no presentó alteraciones físicas relacionadas con el accidente motivo de autos. Del informe psicodiagnóstico llevado a cabo por la Lic. Emilia Antunes surge que "...teniendo en cuenta el desequilibrio anímico, la perturbación emocional y síntomas físicos se ubica al damnificado dentro de los trastornos de ansiedad. Según la clasificación del DSM IV...?. En base a ello, le otorgó una incapacidad psíquica parcial y permanente del 6% según el Baremo Civil Altube Rinaldi, Baremo del Dr. Castex (fs. 264/268). La actora, la demandada y su aseguradora impugnaron los informes a fs. 279/282, fs. 288/289 y fs. 286/287 respectivamente. Fueron respondidas por la experta a fs. 292 y fs. 296/298, oportunidades en las que reiteró los porcentajes de incapacidad otorgados en los planos físico y psíquico. En cuanto a Fretes, reiteró que padeció politraumatismo de cráneo sin pérdida de conocimiento y a partir del accidente presenta cefaleas y mareos; ello se corresponde con el electroencefalograma que muestra alteraciones compatibles con secuelas de dicho traumatismo. No evidenció que la limitación de la movilidad de la columna cervical pudiera corresponder a traumatismos previos ni posteriores que hubiera

padecido la actora. Al contestar las impugnaciones respecto de Vásquez, entendió que los hallazgos presentes en su rodilla derecha no han ser atribuidos hecho de autos, a raíz de la diferencia temporal existente entre las fechas del accidente -año 2008- y del examen -2013-; en relación al tiempo de incapacidad informó que si bien debió ser inferior al mes, la perito debe informar en base a las constancias de autos, no habiendo constancia alguna de atención posterior al día del accidente que le permita contestar con exactitud la impugnación efectuada en tal sentido. Por último, en lo concerniente a Chambi González, destacó que los controles radiológicos muestran alteraciones posturales relacionadas con una patología de base escoliótica dorso lumbar, sin que esté relacionada con el accidente; tampoco existen constancias de haber solicitado licencia laboral ni haber efectuado tratamiento posterior. De acuerdo con lo que dispone el art. 477 del Código Procesal, la fuerza probatoria del dictamen pericial será estimada por el juez teniendo en cuenta la competencia del perito, los principios científicos o técnicos en que se funda, la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica y los demás elementos de convicción que ofrezca la causa. Peritos y jueces tienen que desempeñar papeles diferentes y bien definidos: uno esencialmente técnico y limitado; el otro, superlativamente variado, porque el juez tiene un dominio propio, el de la aplicación del Derecho y está profesionalmente preparado para ello. Mas se ve constantemente requerido para juzgar cuestiones de simple hecho, que no siempre resultan fáciles y para las cuales puede carecer por completo de preparación; queda abandonado entonces a sus conocimientos generales, a su experiencia de la vida, a su conciencia y, dentro de lo posible, a su buen sentido común (Conf. Areán Beatriz, Juicio por accidentes de tránsito, T. 3, pág. 903). Si bien el juez es soberano al sentenciar, en la apreciación de los hechos dentro de los que se encuentra el dictamen, debe sin embargo, aducir razones de entidad suficiente para apartarse de las conclusiones del perito, razones muy fundadas para desvirtuarlo, pues su conocimiento es ajeno al del hombre de derecho (Conf. Fenochietto-Arazi, Código Procesal, Tomo 2, pág. 524). Así se ha dicho que el juez debe demostrar que el dictamen se halla reñido con principios lógicos o máximas de experiencia, o que existen en el proceso elementos probatorios de mayor eficacia para provocar la convicción acerca de la verdad de los hechos controvertidos (Conf. Arazi, La prueba en el proceso civil, pág. 289 y jurisprudencia citada en notas 31 y 32). La claridad en las conclusiones del perito es indispensable para allegar el suficiente poder convictivo al ánimo del juez (Conf. Devis Echandía, Hernando, Teoría General de la prueba judicial, Tomo II, pág. 336). Igualmente, debe existir un orden lógico en dichas conclusiones, ya que tal como sucede con toda prueba, si aparece como contraria a máximas de experiencia común, hechos notorios, principios elementales de lógica o el orden natural de las cosas, debe descartarse el elemento probatorio que adolezca de tales deficiencias. En síntesis, las conclusiones del perito deben ser convincentes, como consecuencia lógica de sus fundamentos y motivaciones, de modo que el juez, si al apreciar el dictamen entiende que presenta conclusiones poco claras y carentes de sustento, no podrá otorgarle la eficacia probatoria indispensable para formar convicción sobre los hechos controvertidos (Conf. Varela, Casimiro, Valoración de la prueba, pág. 196). Desde esta perspectiva, habré de señalar que el dictamen pericial me impresiona como sólidamente fundado, y que para ratificarlo, la experta brindó las explicaciones pertinentes con precisos argumentos científicos. Por otra parte, y más allá de los cuestionamientos realizados acerca de la relación causal entre las secuelas que presentan los actores y el accidente, no sólo se encuentra acreditado con las explicaciones dadas por la perito, sino también con las referidas constancias de atención médica. En consecuencia, estaré a las conclusiones de la experta. Así las cosas, advierto que la coactora Fretes a la fecha de accidente tenía 57 años de edad, trabajaba en una casa de familia realizando quehaceres domésticos, vivía sola en un inmueble que alquila, tiene una hija mayor de edad, quien colabora con su manutención (conf. declaraciones testimoniales de fs. 14/15 de los autos sobre beneficio de litigar sin gastos). En cuanto al coaccionante Vásquez al momento del hecho contaba con 29 años de edad, se desempeñaba como ayudante de yesería, vivía junto a sus padres en una casa muy humilde y contribuía con la familia para cubrir sus necesidades básicas (conf. declaraciones testimoniales a fs. 10/11 del incidente). Por último, el co reclamante Chambi González, quien contaba con 26 años al producirse el hecho, era soltero, vivía solo y realizaba espectáculos de baile ocasionalmente (conf. declaración testimonial de fs. 49 del mencionado incidente). Por todo lo expuesto, dada la entidad de las secuelas físicas y psicológicas que presentan los actores resultantes del accidente de autos, y las características personales apuntadas respecto de cada uno de ellos, estimo que el importe reconocido por incapacidad psicofísica es un tanto reducido respecto de la coactora Fretes, por lo que propondré su elevación a \$ 144.000. Sentado ello, diré que las sumas otorgadas a favor de Vásquez y Chambi González resultan ajustadas a derecho, por lo que propondré su confirmación. b.- Daño moral En la sentencia apelada se reconoció por este rubro las sumas de \$ 40.000 a favor de Sebastiana Fretes y \$ 25.000 respecto de cada uno de los restantes coactores -Vásquez y Chambi González-. La procedencia de la partida fue recurrida por la demandada, mientras tanto el monto otorgado por este concepto fue cuestionado por la totalidad de las partes. De conformidad con los términos del art. 1078 del Código Civil, considero que se trata de un daño resarcible, que no tiene por objeto sancionar al autor del hecho, sino a reparar los padecimientos físicos y morales que debió soportar el damnificado como consecuencia del accidente, intentando compensarlos. No es fácil traducir en una suma de dinero la valoración de los dolores, sufrimientos, molestias, angustias, incertidumbres o temores padecidos por la víctima, pues sólo ella puede saber cuánto sufrió.

Por ello se ha sostenido que para estimar pecuniariamente la reparación del daño moral falta toda unidad de medida, pues los bienes espirituales no son mensurables en dinero. Sin embargo, al reconocerse una indemnización por este concepto, no se pone un precio al dolor o a los sentimientos, sino que se trata de suministrar una compensación a quien ha sido injustamente herido en sus afecciones íntimas (Conf. Orgaz, Alfredo, El daño resarcible, pág. 187; Brebbia, Roberto, "El daño moral", N° 116; Mosset Iturraspe, Jorge, "Reparación del dolor: solución jurídica y de equidad", en L.L. 1978-D-648). Sentado ello, diré que la determinación del daño moral no se halla sujeta a parámetros objetivos, pues las aflicciones se producen en el ámbito espiritual de la víctima, por lo que su valoración debe efectuarse según la cautelosa discrecionalidad del juzgador ceñido a considerar la situación personal de aquélla (arts.163, inc. 5°, 165, 386, 456, 477 y concs., Cód. Procesal Civil y Comercial; arts.1078, 1083 y concs., Cód. Civil) (conf. esta sala, 18/10/2002, Suraniti, Juan S. c. Ranz, Mónica A. y otro, DJ 2003-1, 247; id. 07/11/2007, Conti, María Elvira c. Autopistas del Sol S.A. y otro s/daños y perjuicios, La Ley Online, id. ?Mora de Zabala, Ana c. Lucero, Alberto s/daños y perjuicios?, 18/07/2008, ED Digital, (23/09/2008, nro 18251; id. ?Martínez, Adriana Edith c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/daños y perjuicios?, 23/06/2008, ED Digital, (04/09/2008, nro. 04/09/2008). A los fines de determinar el monto indemnizatorio correspondiente al daño moral sufrido por la víctima a causa de un accidente de tránsito, deben tenerse en cuenta la índole de las lesiones padecidas y el grado de las secuelas que dejaren, para demostrar en qué medida han quedado afectadas su personalidad y el sentimiento de autovaloración (Conf. esta cámara, Sala G, 31/08/2007, Mundo, Pedro Marcelo c. Palacios, Oscar Alberto y otros, LL, 04/10/2007, 7). Además, la indemnización por este concepto tiene carácter autónomo y no tiene por qué guardar proporción con los daños materiales (conf. Sala G, 01/03/2000, Zalazar, Mario A. c. Transporte Metropolitanos General Roca S. A.). Está acreditado que los demandantes padecen secuelas físicas y psicológicas, en el caso de Fretes, mientras que únicamente psíquicas en el caso de los restantes reclamantes, las que ya fueron reseñadas. Párrafo aparte merecen las propias vivencias del accidente, lo que indudablemente debió haberles provocado sentimientos de angustia que deben ser reparados. Asimismo, atento a las facultades que me confiere el art. 165 del Código Procesal, y a las condiciones particulares de los demandantes -que ya fueron reseñadas- estimo que los montos reconocidos resultan escasos por lo que propongo elevarlos a la suma de \$65.000 a favor de Sebastiana Fretes y \$33.000 para cada uno de los restantes actores -Vásquez y Chambi González-. c.- Tratamiento psicológico En la sentencia apelada se concedieron por esta partida las sumas de \$19.200 para Fretes y \$ 9.600 para cada uno de los restantes reclamantes -Vásquez y Chambi González-. La aseguradora se queja respecto de la concesión de la partida en análisis por entender que en lo concerniente al daño psicológico y al respectivo tratamiento se debe conceder uno u otro cuando la terapia tiene serias probabilidades de remitir la patología pues de otra forma se duplicaría el resarcimiento. En subsidio solicita la reducción del monto conferido en tal concepto. La perito médica legista aconsejó la realización de psicoterapia individual respecto de los tres reclamantes, estableciendo una duración de al menos 6 meses a razón de una sesión semanal para Chambi González y Vásquez; en cuanto Fretes, recomendó que el tratamiento durara al menos 1 año con una frecuencia semanal (conf. fs. 262 vta., 267 vta. y 273 vta.). En tal sentido, tomaré en cuenta que en la actualidad el costo medio de la sesión psicológica ronda a los \$300, y que, incluso, los reclamantes al contar con el monto total para afrontar el costo total del tratamiento podrían obtener mejores precios. Así las cosas, atento a las facultades que me confiere el art. 165 del código Procesal, estimo que la suma reconocida por esta partida es elevada para cubrir el costo del tratamiento en cuestión, por lo que propondré su disminución a la de \$ 14.400 para Fretes, y a la de \$ 7.200 para Vásquez y Chambi González. d.- Gastos de farmacia, radiografías, asistencia médica, elementos ortopédicos y traslados La sentencia ha fijado por esta partida las sumas de \$ 1.400 a favor de Fretes y \$ 1.000 para cada uno de los restantes co actores. La demandada se agravia del reconocimiento de este rubro, para lo cual aduce que los actores no han demostrado haber realizado dichos gastos. Es sabido que los gastos de farmacia y movilidad irrogados por la víctima de un accidente de tránsito deben ser indemnizados aunque no estén acreditados en forma cierta y determinada, pues aquélla concurrió a una dependencia para curaciones y control médico, y a tales efectos, ha debido razonablemente utilizar vehículos apropiados, teniendo en cuenta la índole y gravedad de las lesiones sufridas, aun cuando se hubiese atendido en instituciones públicas o por su aseguradora de riesgos del trabajo (esta cámara, Sala F, ?Porta, María c/ El Rápido Argentino Cía. de Microómnibus S.A s/ Daños y Perjuicios?, 7/4/2015, La Ley Online AR/JUR/8026/2015) Asimismo, una constante y antigua jurisprudencia ha entendido que los gastos en que incurre quien sufre un ilícito no necesitan de una acabada prueba documental. Se presume que quien ha sufrido lesiones que requirieron tratamiento médico debe realizar gastos extraordinarios en concepto de medicamentos, sin que obste a tal solución que el damnificado haya sido atendido en hospitales públicos o a través de su obra social, ya que también en estos supuestos debe afrontar ciertos pagos (por ejemplo, medicamentos) que le ocasionan un detrimento patrimonial (esta sala, 28/06/2013, ?Lapietra, Sandra Marcela c/ Transportes 27 de Junio S.A.C.I.F. y otros s/ daños y perjuicios?, L. 617.694). Entiendo que la misma solución debe aplicarse a los gastos de traslado. Como vimos, se encuentra acreditado que los actores sufrieron diversas lesiones, conforme surge de los informes periciales glosados en autos por lo que no me caben dudas que

debió solventar algunos gastos de medicamentos e insumos médicos. Párrafo aparte merecen los gastos de traslado, los que, dadas las lesiones padecidas por los demandantes, lógico resulta concluir que debieron trasladarse en automóviles de alquiler por durante un lapso de tiempo más o menos extenso. Por ende, cabe confirmar lo decidido al respecto. e.- Tratamientos futuros La anterior sentenciante estableció la suma de \$ 8.000 para atender a esta partida. En cuanto al tratamiento kinésico la demandada se limitó a destacar la ausencia de fundamento válido que permita adjudicar la afección padecida por la actora al siniestro de autos. Sin embargo nótese que la perito médica legista fue categórica al indicar respecto de la coactora Fretes que "... dada la presencia de contractura cervical se aconseja kinesioterapia al menos 20 sesiones..." (sic, fs. 270 vta.), por lo que considero que fue correcta la decisión de reconocer los gastos por tratamientos futuros. En consecuencia, propondré confirmar la partida reconocida por gastos de tratamiento futuros. IV.- El magistrado dispuso la aplicación de la tasa activa (conforme el plenario Samudio) desde la fecha del accidente y hasta el efectivo pago, a excepción de los intereses respecto de monto correspondiente al tratamiento psicológico los que correrán desde la fecha de la sentencia. La aseguradora al expresar agravios solicita que se fije una tasa menor. Esta Sala acepta la aplicación de la tasa activa desde el día del hecho por aplicación de la jurisprudencia plenaria obligatoria (?Samudio? y ?Gómez?). No obstante, el asunto merece algunas reflexiones adicionales. Dispone el art. 768 del Código Civil y Comercial que: ?Intereses moratorios. A partir de su mora el deudor debe los intereses correspondientes. La tasa se determina: a) por lo que acuerden las partes; b) por lo que dispongan las leyes especiales; c) en subsidio, por tasas que se fijen según las reglamentaciones del Banco Central?. En el caso, como sucede en todas las demandas de daños y perjuicios derivados de accidentes de tránsito, no hay una tasa acordada entre víctima y responsable, y tampoco una establecida por leyes especiales. Por ende, solo resta acudir a tasas fijadas en alguna reglamentación del Banco Central. Por otro lado, el art. 771 prevé que el juez debe valorar ?el costo medio del dinero para deudores y operaciones similares en el lugar donde se contrajo la obligación?. Esto significa, en lo que aquí interesa, que desde el día del hecho el acreedor (víctima) se ha visto privado del capital al que tiene derecho, y que entonces se debe evaluar cuánto le hubiera costado el dinero si lo hubiera buscado en el mercado. Pero, además, la tasa debe ser importante, para evitar la indeseable consecuencia de que el deudor moroso especule o se vea beneficiado por la demora del litigio, en desmedro de la víctima.

Es sabido que la fijación judicial de intereses para las deudas en mora procura resarcir al acreedor por la demora en percibir su crédito y castigar al incumplidor, quien se apartó de los términos de la obligación asumida en origen. La jurisprudencia ha resaltado el contenido disvalioso del incumplimiento y la necesidad de desalentarlo, conceptos que conviene recordar y tener presentes (véanse consideraciones de la mayoría en el caso ?Samudio?). El orden jurídico requiere, como pauta general de conducta, que toda persona cumpla con las obligaciones que legítimamente asume o le impone la ley y así lo ratifican las normas del CCCN. Cuando se asigna a las deudas en mora una tasa menor a la que abonan -con arreglo a la ley, los reglamentos en vigencia y los pactos válidos- las personas que cumplen sus obligaciones con regularidad, se desplazan las consecuencias ya apuntadas de la morosidad hacia la sociedad y, en paralelo, se beneficia a los incumplidores. Lo dicho no obsta en absoluto a la garantía de los derechos del deudor, en particular cuando, en su calidad de consumidor, se haya visto sometido a abusos que las normas protectoras imponen reparar. Son cuestiones distintas que pueden tratarse de manera independiente (Drucaroff Aguiar, Alejandro, ?Los intereses en los contratos bancarios y el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación?, RCCyC 2015 -agosto-, 162). Esta Sala viene aplicando desde hace tiempo la tasa activa de interés, ya sea por aplicación del fallo plenario obligatorio, ya por considerar que no había motivos para cambiarla por una tasa pasiva. Sin embargo, un nuevo examen de la cuestión permite advertir que la tasa activa que aplica este tribunal no compensa al acreedor, para quien el costo del dinero es mucho más alto. Parece entonces que una tasa adecuada para estos casos sería la que surja de aplicar dos veces la tasa activa, pues su resultado refleja el costo del dinero en el mercado para muchos usuarios. No puede dejar de mencionarse que el artículo 16° de la ley 25.065, de Tarjetas de Crédito, prevé que "el límite de los intereses compensatorios o financieros que el emisor aplique al titular no podrá superar en más del 25 %" a la tasa que aplique a las operaciones de préstamos personales en moneda corriente para clientes. Este límite, que fue convalidado por la Corte Suprema (?Proconsumer c. Banco Itaú Buen Ayre S.A. s/ sumarísimo, del 17/05/2016, LA LEY 2016-D, 159) al no intervenir en el caso resuelto por la sala C de la Cámara Nacional en lo Comercial (fallo del 20/04/2012, publicado en el mismo lugar), es mayor -por el momento- a la tasa que en esta decisión se establece. Sin perjuicio de ser este mi criterio, toda vez que se han expresado agravios únicamente a fin de reducir la tasa de interés, propongo al acuerdo se confirme la sentencia de grado en lo que hace a este punto. V.- La aseguradora de la empresa demandada critica lo resuelto respecto de la oponibilidad de la franquicia pactada en el contrato de seguro. Así, se explayó acerca de que la condena sólo debe hacerse extensiva a ella en la medida del contrato celebrado con la empresa de transporte, y que debe respetarse la franquicia pactada en la póliza de seguro por \$40.000 (ver fs. 33), que estaría a cargo de la empresa asegurada. Sobre el particular, esta Sala en distintos pronunciamientos (con voto del Dr. Mayo en ?Gauna, Valentín c/ Estado Nacional s/ daños y perjuicios?, R. 527.582, sentencia del 28/12/2009, en un supuesto de accidentes ferroviarios y con voto del Dr. Kiper, en autos ?Urey, Domitila c/Sánchez, Ceferino y otros s/daños y perjuicios, R.

566.025, sentencia del 03/05/2011, para caso de accidentes en el transporte público de pasajeros) decidió declarar la nulidad de las cláusulas que limitan el derecho de las víctimas a recibir una indemnización por parte de las aseguradoras en los casos de seguros obligatorios. En ese contexto, debe recordarse que ha sido el mismo máximo Tribunal quien ha dejado abierta implícitamente la posibilidad de apartarse de sus pronunciamientos, siempre que se aporten nuevos argumentos que justifiquen modificar la decisión adoptada por el Tribunal (cfr. CSJN, in re ?Losa?, Fallos 316:221, con cita de ?Cerámica San Lorenzo?, Fallos 307:1094, cons. 2). Sentado ello, cabe decir que en autos ?Gauna Valentín c/Estado Nacional y otro s/ daños y perjuicios?, (Rec. 527.582, 28/12/2009), esta Sala con anterior integración, declaró la nulidad absoluta y manifiesta de una cláusula contractual de franquicia, teniéndola por no convenida o por no escrita, obligando al asegurador a la reparación integral del perjuicio sufrido sin que pueda invocar la mentada ?oponibilidad? de la franquicia al tercero damnificado. Entre otros argumentos, se dijo allí que ?...corresponde ejercer el control jurisdiccional sobre el contenido del contrato de seguro, en el caso específicamente sobre la franquicia establecida en las condiciones particulares, con base en el ejercicio abusivo del derecho, en la vulneración de la buena fe, de la regla moral, de las buenas costumbres (cfr. arts. 21, 953, 1071, 1167, 1198 y cctes., del Cód. Civil)?. También se afirmó que ?...las cláusulas abusivas, por contrariar el orden jurídico, vician el contenido del contrato desde su formación, resultando inidóneas para producir ?sus efectos propios?. 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, tales como el orden público, la moral y las buenas costumbres, debiendo el juez resolver la cuestión de acuerdo con los principios generales en materia de consentimiento en los contratos y por las disposiciones de los artículos 21, 953, 1071, del Cód. Civil, respecto del abuso de derecho, interpretándolos a la luz del artículo 1198 (Vallespinos, Carlos Gustavo, ?El contrato por adhesión a condiciones generales?, ed. Universidad, 1984, pág. 322 y 470 y ss.). Si bien la ilicitud de las cláusulas abusivas es ?formal?, cuando éstas contrarían prohibiciones expresas de la ley (art. 1066 del Cód. Civil), existe también la ilicitud o antijuricidad ?material?. Esta, debe ser ?algo más? que la violación de lo prohibido legalmente, dado que el derecho está constituido por los principios (art. 16 del Cód. Civil), antes que por la ley, y esta no es sino una de las formas técnicas de lo justo. Y ese algo más, se halla constituido por pautas jurídicas distintas a la ley, como ser el ejercicio regular de los derechos (art. 1071 del Cód. Civil), el orden público (art. 21), la buena fe, la regla moral, la equidad y las buenas costumbres (arts. 953, 1167 y 1198), etc., cuya violación a través de la incorporación de cláusulas abusivas importa un quebrantamiento intolerable del equilibrio contractual. También lo materialmente antijurídico se halla prohibido. En estos supuestos es admisible su nulidad (implícita, cfr. Art. 1037, del Cód. Civil), que el juzgador puede decretar luego de apreciar un contraste entre la cláusula y el ordenamiento, considerado en su plenitud, aunque no medie una específica determinación legal en ese sentido (Llambías, Jorge J., Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, T. III, págs. 613 y ss.; Stiglitz, Seguro contra la responsabilidad civil, pág. 114; Stiglitz, Rubén, Cláusulas abusivas en el contrato de seguros, págs. 170/171). No solo la ley sino todo el sistema jurídico en general y cada uno de sus componentes se orienta hacia el bien común, que de ese modo se convierte en causa final del derecho... Es evidente la incompatibilidad del contenido de la mentada cláusula con los principios esenciales de buena fe y razonabilidad porque obsta a la obtención de la finalidad práctica principal que deriva de la naturaleza del contrato contra la responsabilidad civil. El sistema de control judicial de legitimidad y equidad -que es menester realizar de las condiciones particulares del contrato de seguro en cuanto afectan normas y principios de raigambre constitucional-, 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 la mentada cláusula, en tanto que el resto del contrato conserva su eficacia (art. 1039 Cód. Civil). 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 a 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: a) que el vicio afecte al 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 (Llambías Jorge Joaquín Tratado de Derecho Civil, Parte General, T. 2, capítulo XVI, n° 1890/91 y ss., n° 1894, pág. 626 y Llambías, ?Código Civil Anotado? T II-B, págs. 228 y ss.)... Cuando hay afectación del interés general, del orden económico social se trata de nulidad parcial y absoluta, que puede ser incluso declarada de oficio (Mosset Iturraspe, Jorge y Lorenzetti, Ricardo Luis Defensa del Consumidor cap. IX)?. En esta misma línea argumental, ponderando los fallos que se han dictado recientemente en materia de seguros y, principalmente, la sanción de la ley 26.361 -que modificó la ley de defensa del consumidor N° 24.240-, de orden público, me llevan a considerar que, en aquellos supuestos en que los contratos de seguros son obligatorios -como el caso que nos ocupa-, las cláusulas como la que aquí se discute resultan no ya inoponibles, sino nulas. Por estos argumentos, considero que la cláusula contractual por la que se estipula la franquicia que

intenta hacer valer la aseguradora resulta nula. Corresponde entonces confirmar la sentencia en cuanto hace extensiva la condena a la aseguradora, pero por estos argumentos, es decir, por la nulidad de la cláusula. Lo que así propondré al acuerdo. VI.- Propiciaré que las costas de alzada se impongan a la demandada y citada en garantía en virtud del principio objetivo de la derrota (art. 68 del C.P.C.C.) VII.- Por todo lo expuesto, para el caso de que mi voto fuera compartido, propongo al acuerdo: modificar la sentencia apelada elevando la suma en concepto de daño psicofísico, respecto de la coactora Fretes a la suma de \$ 144.000 y en concepto de daño moral en las sumas de \$ 65.000 a favor de Fretes y \$ 33.000 para cada uno de los restantes actores - Vásquez y Chambi González- y disminuir a las de \$ 14.400 y \$ 7.200, los montos otorgados en concepto de tratamiento psicoterapéutico respecto de Fretes, Vásquez y Chambi González, respectivamente; 2.- confirmar lo decidido en la sentencia de grado acerca de la extensión de la condena a la aseguradora, pero por los argumentos expuestos en el considerando V; 3.- declarar nula la cláusula que estipula la franquicia opuesta por la aseguradora. 4.- confirmar la sentencia apelada en todo lo demás que decide y ha sido objeto de agravios y apelación, con costas en los términos del considerando VI. La Dra. Abreut de Begher y el Dr. Kiper por las consideraciones expuestas por el Dr. Fajre, adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto firmando los señores Jueces por ante mí, que doy fe. Buenos Aires, ... octubre de 2017. Y VISTO: lo deliberado y conclusiones establecidas en el acuerdo transcripto precedentemente por unanimidad de votos, el Tribunal decide: I.- modificar la sentencia apelada elevando la suma en concepto de daño psicofísico, respecto de la coactora Fretes a la suma de \$ 144.000 y en concepto de daño moral en las sumas de \$ 65.000 a favor de Fretes y \$ 33.000 para cada uno de los restantes actores - Vásquez y Chambi González- y disminuir a las de \$ 14.400 y \$ 7.200, los montos otorgados en concepto de tratamiento psicoterapéutico respecto de Fretes, Vásquez y Chambi González, respectivamente; 2.- confirmar lo decidido en la sentencia de grado acerca de la extensión de la condena a la aseguradora, pero por los argumentos expuestos en el considerando V; 3.- declarar nula la cláusula que estipula la franquicia opuesta por la aseguradora. 4.- confirmar la sentencia apelada en todo lo demás que decide y ha sido objeto de agravios y apelación, con costas en los términos del considerando VI. II. En atención a lo dispuesto por el artículo 279 del Código Procesal, corresponde dejar sin efecto las regulaciones establecidas en la instancia de grado y fijar los honorarios de los profesionales intervinientes adecuándolos a este nuevo pronunciamiento. En lo que se refiere a la base regulatoria, este Tribunal considera que, de conformidad con lo establecido por el art. 19 de la ley 21.839, debe considerarse como monto del proceso a los fines arancelarios al capital de condena con más los intereses reclamados y reconocidos en la sentencia (autos ?Prevención Aseguradora de Riesgos del Trabajo SA c/Medina Juan José y otros s/cobro de sumas de dinero? del 27/09/11). A tales efectos, se tendrá en cuenta el objeto de las presentes actuaciones y el interés económicamente comprometido, naturaleza del proceso y su resultado, etapas procesales cumplidas, y el mérito de la labor profesional apreciada por su calidad, eficacia y extensión, considerando además lo dispuesto por los artículos 1, 6, 7, 9, 10, 19, 33, 37, 38 y conchs. de la ley 21.839 -t.o. ley 24.432-. En consecuencia, regúlense los honorarios del Dr. Damian Federico Iorfida, letrado apoderado de la parte actora, en la suma de pesos doscientos diez mil (\$ 210.000), por su actuación en las tres etapas del proceso. Los del Dr. Reinaldo Fraga en la suma de pesos dos mil (\$ 1.000) por su actuación en la audiencia de fs. 137 y presentación de fs. 238. Los de la Dra. María Esther Antelo letrada apoderada de la citada en garantía, en la suma de pesos cien mil (\$ 100.000), por su actuación en la primera y segunda etapa del proceso. Los de la Dra. Mariela Andrea Lewczue en la suma de pesos un mil (\$ 1.000) por su actuación en la audiencia de fs. 137. Los del Dr. Fernando José Eustaquio García letrado apoderado de Transporte Automotor Plaza S.A.C.I. y patrocinante de la demandada López en la suma de pesos ochenta mil (\$ 80.000), por su actuación hasta su renuncia de fs. 214. Los de la Dra. María del Carmen Cirigliano en la suma de pesos veinte mil (\$ 20.000) por su actuación a partir de fs. 214. III. En cuanto a los honorarios del perito, se tendrá en consideración el monto del proceso conforme lo decidido precedentemente, la entidad de las cuestiones sometidas a su dictamen, mérito, calidad y extensión de las tareas, incidencia en la decisión final del litigio y proporcionalidad que debe guardar con los estipendios regulados a favor de los profesionales que actuaron durante toda la tramitación de la causa (art. 478 del CPCC). Bajo tales pautas se fijan los emolumentos de la perito médica Dra. Alejandra Noemí Mella en la suma de pesos cuarenta y cinco mil (\$ 45.000). IV. Por la actuación cumplida ante esta alzada, que culminara con el dictado del presente pronunciamiento, regúlase el honorario del Dr. Damián Federico Iorfida en la suma de pesos cincuenta y nueve mil (\$ 59.000). Los de la Dra. María Esther Antelo en la suma de pesos veintiocho mil (\$ 28.000). Los de la Dra. María del Carmen Cirigliano en la suma de pesos veintiocho mil (\$ 28.000), (art. 14 del Arancel). Regístrese, comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública, dependiente de la CSJN (conf. Ac. 15/13), notifíquese y oportunamente devuélvase. Fdo. José Benito Fajre Claudio M. Kiper y Liliana E. Abreut de Begher.

022979E