

## Danos Y Perjuicios Rubros Indemnizatorios Oponibilidad De La Franquicia

DOMINGO, 10 DE ENERO DE 2021

### JURISPRUDENCIA

En la Ciudad de Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los 9 días de mayo de dos mil diecisiete, reunidos en Acuerdo los Señores Jueces de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, para conocer en el recurso de apelación interpuesto en los autos caratulados: ?C., M. A. C/ EXPRESO QUILMES S.A. Y OTROS S/ DS. Y PS.?, respecto de la sentencia de fs. 513/528 del primero de los citados, el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver: ¿ES JUSTA LA SENTENCIA APELADA? Practicado el sorteo resultó que la votación debía realizarse en el siguiente orden: Señores Jueces de Cámara Doctores CARLOS CARRANZA CASARES - CARLOS ALFREDO BELLUCCI.- A la cuestión planteada el Señor Juez de Cámara Doctor Carranza Casares dijo: I.- El 24 de febrero de 2011, cerca de las 9, en la intersección de Av. Rivadavia y Ecuador de esta ciudad, M. A. C. fue embestida por un colectivo de la línea 98 conducido por J. C. M. L. y de propiedad de Expreso Quilmes S.A.. La sentencia dictada en el juicio promovido por la damnificada atribuyó a ésta un setenta por ciento de responsabilidad en el hecho y condenó por el treinta restante a la mencionada sociedad y a su citada en garantía Garantía Mutual de Seguros del Transporte Público de Pasajeros, al pago de \$179.880 más intereses y costas. II.- El fallo fue apelado por la actora, por la demandada y por la aseguradora. La primera en su presentación de fs. 565/567, respondida a fs. 569/571, critica la atribución parcial de responsabilidad, el no reconocimiento del vínculo entre la rotura de su cadera y el hecho y lo otorgado por daño moral. La segunda en su memorial de fs. 544/553, no contestado, también cuestiona -en sentido inverso- la asignación de responsabilidad y asimismo lo establecido por incapacidad, tratamiento psicoterapéutico, daño moral, gastos y la imposición de costas. La compañía de seguros al fundar su recurso a fs. 557/562, no refutado, se queja por la oponibilidad de la franquicia decidida. III.- Aclaro, ante todo, que en razón de la fecha en la que tuvo lugar el hecho invocado como generador de la deuda que se reclama, no corresponde la aplicación retroactiva de la normativa de fondo del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (cf. art. 7 del citado, similar al art. 3 del Código Civil). El pronunciamiento ha encuadrado correctamente el presente en el supuesto de la parte final del segundo párrafo del art. 1113 del Código Civil (ver arts. 1753, 1757 y 1758 del Código Civil y Comercial de la Nación). Por lo tanto, al estar en juego un factor de atribución objetivo, no pesa sobre la parte actora la carga de demostrar la culpabilidad del agente dañoso, sino que es la demandada quien para eximirse de responsabilidad, debe probar la ruptura del nexo causal, esto es, la culpa de la víctima o la de un tercero por el que no debe responder civilmente o el caso fortuito (cf. Fallos: 321:3519; C.N.Civ., esta sala, L.468.763, del 16/2/07 y sus citas). En el caso, la demandada y su aseguradora han invocado como eximente la culpa de la víctima, centralmente por cruzar la calzada fuera de la senda peatonal y sin estar habilitada, y la sentencia ha admitido parcialmente esa invocación. Quien declaró a fs. 113 de la causa penal afirmó que la demandante ?cruzó con el semáforo en verde para los autos y el hombrecito peatón en rojo?; y quien lo hizo a fs. 14 de ese expediente dijo que ?Si bien no veía el color del semáforo notó que los vehículos de la Av. Rivadavia habían detenido su marcha y todos los vehículos que circulaban por la calle Ecuador continuaban con la misma?. Estos testigos expusieron sus dichos en sede criminal poco tiempo después del hecho y ese proceso ha sido incorporado como prueba al presente. Más allá del rigor con el que cabe examinar la última de las declaraciones por provenir de un compañero de trabajo del chofer, lo cierto es que se halla corroborada por la primera a la que no cabe formular reparos (arts. 456 y 386 del Código Procesal). Pongo de resalto que en la intersección donde se produjo el accidente existen semáforos los cuales funcionaban correctamente (fs. 2 del expediente criminal); y recuerdo que el art. 44 ap. b) 1. de la ley 24.449 dispone que ?... En las vías reguladas por semáforos... Los peatones deberán cruzar la calzada cuando: ... Tengan a su frente semáforo peatonal con luz verde o blanca habilitante...?. Parece decisivo entonces que el suceso ha tenido lugar al intentar el cruce la actora cuando no se hallaba habilitada. De todos modos, coincido con el magistrado en cuanto ha que ha concurrido -en menor medida- otro factor causal. El conductor del ómnibus que participó del accidente a fs. 159/161 del expediente criminal dijo: ?...circulaba al mando del colectivo de la línea 98, interno 45, por Av. Rivadavia. Que antes de llegar a la calle Ecuador, sobre la mano derecha de Rivadavia, en la parada del 88, había un taxi detenido... Que el taxista le hizo señas para que doble sobre Ecuador y cuando ya había cruzado la senda peatonal, apareció una señora mayor que cruzaba la calle Ecuador hacia la Plaza Miserere. Refiere que esta persona no cruzó sobre la senda peatonal sino que lo hizo unos metros más adelante.... Señala que iba despacio, porque allí hay una curva y no se puede ir rápido...?. Ya en el presente expediente a fs. 343 después de manifestar que ratificaba lo declarado en causa penal, dijo: ?... Ahí hay que entrar despacio, porque hay que entrar a la plaza sobre la calle Ecuador?. Al respecto estimo -y en esto me distancio del fallo- que la damnificada efectuó el mentado cruce por la esquina. Los dos testigos antes mencionados ubicaron a la reclamante en la plazoleta en forma de triángulo de la intersección de Ecuador y

Av. Rivadavia, y ésta está situada precisamente en la esquina (ver constancias de fs. 1 y 46, y especialmente croquis de fs. 69, 103 y 112 del proceso por lesiones). Esta circunstancia y el hecho de que se tratase de una bocacalle (Plaza Miserere) con intenso flujo de peatones, como es de público conocimiento y puede advertirse en el video de la cámara de seguridad agregado en la causa penal, indicaban que allí debía extremarse la precaución de los conductores de los vehículos que doblaban desde Av. Rivadavia hacia Ecuador (hasta el chofer reconoció que allí se debía circular despacio), máxime en el caso de un profesional, que está al mando de un rodado de gran porte y que realiza diariamente ese recorrido (cf. CNCiv. esta sala en L.618.970 del 26/6/13 y sus citas). En este sentido el art. 39, inc. b) del citado cuerpo legal dispone que "Los conductores deben: .... En la vía pública, circular con cuidado y prevención, conservando en todo momento el dominio efectivo del vehículo o animal, teniendo en cuenta los riesgos propios de la circulación y demás circunstancias del tránsito...". La construcción jurídica que emerge de los arts. 901 y ss. del Código Civil, permite establecer que para determinar la causa de un daño, es necesario formular un juicio de probabilidad, o sea considerar si tal acción u omisión del presunto responsable era idónea para producir regular o normalmente un cierto resultado. Ese juicio de probabilidad que deberá hacerlo el juez, lo será en función de lo que un hombre de mentalidad normal, juzgada ella en abstracto, hubiese podido prever como resultado de su acto (cf. Bustamante Alsina, Jorge, La relación de causalidad y la antijuricidad en la responsabilidad extracontractual?, La Ley 1996-D. 23). Es así que, para determinar la causa de un daño, se debe hacer ex post facto un juicio de adecuación o cálculo de probabilidad a la luz de los hechos de la causa, habrá que preguntarse si la acción u omisión del presunto agente - en abstracto y prescindiendo de sus condiciones particulares -, era por sí misma apta para ocasionar el daño según el curso ordinario de las cosas. Si se contesta afirmativamente de acuerdo con la experiencia diaria de la vida, se declarará que la acción u omisión era adecuada para producir el daño, el que será entonces imputable objetivamente al agente. Si se contesta que no, faltará relación causal, aunque considerando el caso en concreto tenga que admitirse que dicha conducta fue también una *condictio sine qua non* del daño, pues de haber faltado este último no se habría producido o al menos no en esa manera (cf. López Mesa, Marcelo J., "El mito de la causalidad adecuada?", La Ley 2008-B, 861). Si un observador neutral hubiera visualizado a la demandante intentando el cruce cuando la indicación luminosa no la habilitaba, advertiría la seria probabilidad de un accidente, la que se mostraría en cierta medida incrementada por la peligrosidad del colectivo en movimiento, con su gran porte y conducido por quien no advertía suficientemente al efectuar la maniobra de giro la presencia de la viandante que tenía por delante en una encrucijada de gran flujo peatonal. Tal observador consideraría que se hallaba ante una tragedia anunciada, desde que era la consecuencia esperable según el orden natural y ordinario de las cosas. Y esta, es la idea de causalidad adecuada -que entraña la noción de previsibilidad- consagrada en nuestro derecho. Cuando la incidencia del actuar de la víctima, como en el caso, ha sido sólo parcial, el daño habrá de resultar de la interferencia o conexión de dos cadenas causales distintas: la que se origina en el hecho de la misma damnificada y la que proviene del "riesgo o vicio" del automotor. Se produce entonces lo que se denomina "conurrencia de causas" o "concausación". En tal hipótesis, la responsabilidad objetiva no desaparece, pero se atenúa al circunscribirse a los límites en que el riesgo o vicio realmente contribuyó o pudo contribuir a la producción del evento dañoso, dentro de los cuales, únicamente, le corresponderá indemnizar al dueño o guardián de la cosa (cf. Brebbia, Problemática jurídica de los automotores, t. I, p. 262, n° 9; Areán, Beatriz, Juicio por accidentes de tránsito, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2006, t. 2, p. 853). Por todo lo expuesto, postulo la confirmación de la responsabilidad decidida. IV.- Determinada la precedente cuestión he de abocarme a la cuantificación de las partidas reclamadas, con la aclaración que en las sumas objeto de condena se tiene en cuenta el setenta por ciento de responsabilidad atribuido a la parte actora. a. Esta sala reiteradamente ha sostenido que tanto el denominado trastorno psíquico, como el daño estético, carecen de autonomía indemnizatoria ya que, en tanto daños patrimoniales indirectos, integran el de incapacidad y en cuanto a aspectos extrapatrimoniales, el daño moral. Es que en realidad, no cabe confundir el bien jurídico afectado, esto es la integridad física y psíquica, con los perjuicios que de ella derivan que sólo pueden comportar daños patrimoniales indirectos -incapacidad- o daño extrapatrimonial -moral- (cf. Zannoni, Eduardo Antonio, El daño en la responsabilidad civil, 2° ed. act. y amp., Ed. Astrea, Buenos Aires, 1993, ps. 157/166 y sus múltiples referencias; esta sala L. 163.509, del 6/6/95, L. 169.841, del 20/7/95; L. 205.632, del 26/11/96; L. 219.296, del 2/7/97, L. 226.466, del 24/10/97 y L. 450.661, del 13/3/07; entre muchos otros concordantes). En un afín orden de ideas la Corte Suprema ha postulado que aunque se reconozca autonomía conceptual al daño psíquico o psicológico por la índole de la lesión que se causa a la integridad psicofísica de la persona, ello no significa que haya de ser individualizado como un rubro resarcitorio autónomo para ser sumado al daño patrimonial o moral (cf. Fallos: 326:847) y, asimismo, ha puntualizado que el daño estético no es autónomo respecto al material o moral, sino que integra uno u otro o ambos, según el caso (cf. Fallos: 321:1117; 326:1673). En el caso la incapacidad física y psíquica ha sido cuantificada en conjunto y los menoscabos estéticos valuados en el daño no patrimonial, sin que exista agravio al respecto. Tal como lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en múltiples oportunidades, cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas de manera permanente, esta incapacidad deber ser objeto de reparación al

margen de que se desempeñe o no una actividad productiva pues la integridad física tiene en sí misma un valor indemnizable y su lesión afecta diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, social, cultural y deportivo con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida (cf. Fallos: 308:1109; 312:752, 2412; 315: 2834; 316: 2774; 318:1715; 320: 1361; 321:1124; 322:1792, 2002 y 2658; 325:1156; 326:874). Después del accidente la actora fue trasladada por una ambulancia del SAME por politraumatismos (fs. 1/2 de la causa penal) al Hospital General de Agudos J. M. Ramos Mejía con traumatismo encéfalo craneal con pérdida de conocimiento, fractura frontal izquierda en dos trazos con mínimo desplazamiento y fractura del techo órbita izquierdo, hematoma epidural sin efecto de masa, velamiento del seno maxilar izquierdo y fractura distal de clavícula parcial del seno maxilar izquierdo (fs. 301). El perito médico informó a fs. 387/389 que ha perdido la visión del ojo izquierdo en un 50% (fs. 387 vta. primer párrafo), y que observaba en cráneo una depresión sobre la zona fronto-parietal izquierda que correspondía a la craneotomía realizada siendo su palpación dolorosa, la falta de tabla ósea es de 8 cm. por 10 cm. y una cicatriz quirúrgica por detrás de la línea del cabello de 18 cm. a nivel de la zona parietal izquierda curva de concavidad superior de buen aspecto y otra en zona frontal izquierda superciliar de 4 cm. (fs. 387 vta.). Agregó que tenía limitación en la movilidad activa del miembro superior izquierdo por falta de tonalidad muscular (abducción 45°, elevación anterior 30° y rotaciones 30°) y en la pasiva (elevación lateral 45°, elevación anterior 130° y rotaciones 80°); dolor en la rodilla izquierda, limitación en su flexión (30°) y en puntos meniscales, crepitación en los movimientos, dificultad al agacharse por la operación de cadera y una cicatriz quirúrgica en cara posterolateral de 20 cm. umbilicada en la parte central (fs. 387 vta.). Explicó que las lesiones craneales y cerebrales fueron por el accidente en sí y la fractura de la cadera como consecuencia de las secuelas cerebrales; manifestó que la pérdida de conocimiento por traumatismo y hundimiento de cráneo con lesión cerebral puede producir mareos, pérdida de equilibrio, cefaleas y pérdida de fuerza (hemiparesia), las secuelas se encontraban consolidadas; las lesiones evolucionaron en forma regular, sufriendo infección de la prótesis craneal y fractura de la cadera izquierda por pérdida de equilibrio; y que se realizó una craneotomía fronto parietal izquierda con evacuación de los hematomas, una plástica con prótesis de la craneotomía, después retiro de la prótesis por infección y una artroplastía de cadera izquierda por fractura (fs. 388 vta.); y que al momento de la peritación se encontraba en tratamiento por la infección de la prótesis craneal y de rehabilitación por la artroplastía total de cadera y la hemiparesia braquial izquierda (fs. 389). Concluyó que la actora presentaba una incapacidad parcial y permanente del 42,4% (30% por fractura hundimiento de cráneo, 20% por hemiparesia braquial motora y 10% por artroplastía total de cadera) utilizando la fórmula de incapacidades múltiples (fs. 388 vta.). En la faz psicológica, la experta designada de oficio, después de aclarar que concordaba en general con las conclusiones del psicodiagnóstico, indicó que se podía afirmar que la reclamante ha sufrido en su cuerpo dos situaciones imprevistas y dañosas: el accidente motivo inicial de esta litis y la posterior fractura de cadera; y que la causalidad del accidente de tránsito en relación a su psicopatía actual es directa, y casi seguramente interviene también en la causación de la aludida quebradura (fs. 393). Dijo que el cuadro clínico de la actora era compatible con el diagnóstico de trastorno por estrés postraumático crónico; y que desde un punto de vista médico-legal la afectaba un desarrollo reactivo moderado; por lo que le asignó un 20% de incapacidad psíquica que en principio debía considerarse permanente (fs. 393). La eficacia probatoria del dictamen ha de estimarse de conformidad con las reglas de la sana crítica (art. 386 del Código Procesal), teniendo en cuenta la competencia del perito, los principios científicos o técnicos en que se funda, las observaciones formuladas y los demás elementos de convicción que la causa ofrezca (art. 477 del citado cuerpo legal). A pesar de que en nuestro sistema el peritaje no reviste el carácter de prueba legal, si el experto es una persona especialmente calificada por su saber específico y se desempeña como auxiliar judicial distinto de las partes, la prudencia aconseja aceptar los resultados a los que haya llegado, en tanto no adolezca de errores manifiestos, o no resulte contrariado por otra probanza de igual o parejo tenor (Fallos: 331:2109). Aun cuando las conclusiones del dictamen pericial no obligan a los jueces en la ponderación de la prueba, para prescindir de ellas se requiere, cuanto menos, que se les opongan otros elementos no menos convincentes (Fallos: 321:2118). Si no se observan razones que desmerezcan sus asertos, corresponde asignarle suficiente valor probatorio (Fallos: 329:5157), que es lo que ocurre en el caso ya que a fs. 493 se declaró a la demandada y su citada en garantía negligentes en cuanto al pedido de explicaciones formulado a fs. 407/409 al perito médico; y las objeciones formuladas al psiquiátrico fueron respondidas a fs. 453 sin que las impugnantes se hicieran cargo en esta instancia de tal contestación. Tengo presente al efectuar la estimación del tópicum por incapacidad que éste tiene por fin compensar la genérica disminución de aptitudes patrimoniales tanto en el aspecto laboral o profesional como, en las áreas social, familiar y educacional, debe acordársele un capital que, invertido razonablemente, produzca una renta destinada a agotarse junto con el principal al término del plazo en que razonablemente pudo haber continuando desarrollando actividades de tal índole (C.N.Civ., esta sala, L.169.841, del 20/7/95; L. 492.653, del 12/12/07; L. 462.383, del 6/3/07 y L. 491.804, del 14/12/07; CIV/1339/2009/CA1, del 28/9/15; cf. Fallos: 318:1598 y art. 1083 del Código Civil aplicable en razón de la fecha en la que tuvo lugar el hecho generador de la deuda y arts. 1740 y 1746 del Código Civil y Comercial de la Nación). Por todo lo dicho, habida cuenta las secuelas descriptas por los expertos como causalmente vinculadas con el siniestro, las

condiciones personales del reclamante de 63 años a la fecha del hecho, empleada en casas particulares y jubilada, casada, con un hijo, domiciliada en esta ciudad (cf. fs. 2, 3, 8, 11 y 12 del incidente de beneficio de litigar sin gastos; fs. 1 vta., 19, 180 y 182 de la causa penal y fs. 1, 351, 387 y 391 de la presente); y la forma de resarcir a valores actuales no cuestionada propongo incrementar lo determinado a \$ 180.000. b. La partida atinente al tratamiento psicoterapéutico se dirige a resarcir un aspecto diferente de la incapacidad acreditada. La señalada necesidad de la terapia apunta, obviamente, a los aspectos reversibles de las afecciones, como así también a los paliativos de las secuelas no modificables y a la prevención de ulteriores deterioros (cf. C.N.Civ., esta sala L. 450.661, del 13/3/97; L. 471.881, del 22/5/07 y L. 472.341, del 17/9/07). Así lo ha expresado el perito al sugerir un tratamiento psicoterapéutico de una sesión semanal durante seis meses (fs. 393). Sobre la base de lo actualmente decidido por la sala como costo de cada sesión y el derecho de los damnificados de elegir razonablemente ser tratados por el profesional que mayor confianza les merezca a través de su obra social o bien en forma particular (C.N.Civ. esta sala, L. 606.817 del 20/11/12; íd sala H, L. 57.882 del 9/3/90; ídem sala K, L.47.467 del 27/3/90; íd. sala I, L. 81.258 del 8/3/91; íd. sala F, L. 109.351 del 29/9/92; íd. sala C, L. 111.746 del 20/10/92 y L. 178.672 del 28/12/95 y sala A, L. 322.227 del 13/2/02), estimo que cabe confirmar la suma establecida. c. En lo atinente a la reparación del daño moral -prevista en los aplicables arts. 522 y 1078 del Código Civil y en el art. 1741 del Código Civil y Comercial de la Nación- sabido es que está dirigida a compensar los padecimientos, molestias e inseguridades, únicamente desde el plano espiritual, cobrando especial importancia la índole de las lesiones y el grado de menoscabo que dejen, para mostrar en qué medida ha quedado afectada la personalidad y el sentimiento de autovaloración. El detrimento de índole espiritual debe tenerse por configurado por la sola producción del episodio dañoso, ya que se presume -por la índole de los daños padecidos- la inevitable lesión de los sentimientos de la demandante y, aun cuando el dolor no puede medirse o tasarse, ello no impide justipreciar la satisfacción que procede para resarcir -dentro de lo humanamente posible- las angustias, inquietudes, miedos, padecimientos y tristeza propios de la situación vivida por la actora, teniendo en cuenta la índole del hecho generador de la responsabilidad y la entidad del sufrimiento causado, que no tiene necesariamente que guardar relación con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio a éste (cf. Fallos: 334:1821; 332:2159; 330:563, entre otros). Bajo tales premisas, valorando las aludidas condiciones personales y sociales de la demandante y reparando en que no puede dudarse de la existencia de un padecimiento espiritual provocado por la índole del accidente, las intervenciones quirúrgicas y los tratamientos recibidos, y por las graves secuelas remanentes incluidas las estéticas, atestiguado además por las declaraciones de fs. 207/208 y 210, y también el modo de indemnizar aludido, estimo que ha de aumentarse este tópicos a \$ 60.000. d. Se ha dicho reiteradamente que los gastos farmacéuticos y médicos deben ser admitidos, aun cuando no estén acreditadas las erogaciones que se afirma haber realizado, si las lesiones sufridas presuponen necesariamente la existencia de tales desembolsos, pues aunque la víctima haya sido tratada en un establecimiento gratuito o dependiente de una obra social, los gastos en medicamentos corren por cuenta del interesado (cf. C.N.Civ., esta sala, L. 497.770 y 497.771, del 4/12/08; L. 530.337, del 14/8/09, y L. 558.746, del 26/11/10, entre muchos otros). Bien entendido que el resarcimiento solo deberá cubrir la parte no abarcada por la gratuidad (cf. C.N.Civ., esta sala, L. 504.149, del 25/8/08; L. 526.164, del 15/5/09; L. 550.300, del 8/7/10, entre otros; ver art. 1746 del Código Civil y Comercial de la Nación). Respecto de los gastos de traslados es también razonable pensar, por las lesiones sufridas, que el actor por un tiempo debió movilizarse en vehículos apropiados para ello, aunque no estén acreditados en forma cierta, por cuanto no suelen lograrse comprobantes que permitan una fehaciente demostración, ello no es óbice para la procedencia del rubro (cf. C.N.Civ., esta sala, L. 476.356, del 31/8/07). En razón de lo expuesto, postulo confirmar la suma establecida, que surge como una correcta aplicación de las facultades discrecionales otorgadas por la ley ritual (art. 165, Código Procesal). V.- La citada en garantía critica la sentencia en cuanto declara la inoponibilidad de la franquicia a la víctima del accidente basándose -frente al fallo plenario del fuero dictado el 13 de diciembre de 2006 en ?Obarrio, María Pía c/ Microómnibus Norte S.A. y otro s/ daños y perjuicios (Acc. Tran. c/ Les. o muerte) Sumario? y ?Gauna, Agustín c/ La Economía Comercial S.A. de Seguros Generales y otro s/ daños y perjuicios? citado en el pronunciamiento- en la jurisprudencia de la Corte Suprema en la materia. Como lo he expresado en otras oportunidades la cuestión radica en preguntarse -y responder- si corresponde apartarse de la doctrina plenaria en pos de la sentada por la Corte Federal. Esta sala ya lo ha hecho en la causa L.495.634, fallada el 4 de marzo de 2008, sin desmedro de lo dispuesto en el art. 303 del Código Procesal, ya que el expediente había venido para emitir un nuevo pronunciamiento por haber sido casado el anterior por la Corte Suprema. En esa oportunidad se dijo que el acatamiento a esta era obligatorio cuando se trataba de aplicar lo decidido en y para el caso en cuestión (cf. Fallos: 311:2004; 324:3322). Si bien el presente supuesto es diferente desde que no existe, como ocurría en aquel, una sentencia del máximo tribunal dictada en este proceso, entiendo que, de todos modos, cabe arribar a similar solución. En el precedente L. 498.853, del 26 de mayo de 2008, la sala E, con voto preopinante del juez Fernando M. Racimo, demostró con claridad que la Corte Suprema no solo ha descalificado las sentencias de la Cámara Civil fundadas sobre la mentada doctrina plenaria, incluida la dictada en la causa ?Obarrio? como consecuencia de lo decidido en pleno, sino que en el caso ?Gauna?

adoptó esa determinación respecto del fallo plenario mismo, pues en ese expediente se pronunció al resolver el recurso extraordinario interpuesto directamente contra el pronunciamiento dictado en virtud de lo establecido en el art. 300 del Código Procesal. La sentencia plenaria es una norma jurídica -sea que se la considere individual o general- que ha sido descalificada -por arbitraria o inconstitucional- por la Corte Suprema. Esta descalificación, consecuentemente, la hace inaplicable al caso. Así como la declaración de inconstitucionalidad de una ley efectuada por el máximo tribunal federal determina que tal norma no sea acatada, sin que obste a ello la obligatoriedad que ella entraña y prevé el art. 1º del Código Civil, la descalificación del mismo pronunciamiento plenario en el expediente en el cual se emitió -como ocurre en el caso 'Gauna'- conduce a su no aplicación, sin que lo enerve la normativa del art. 303 del Código Procesal. Una sentencia plenaria revocada por la Corte Suprema por arbitrariedad normativa -esto es, por arbitrariedad en la interpretación de ley- no puede subsistir como fuente obligatoria de derecho para los integrantes del mismo fuero y carece, en consecuencia, de la fuerza obligatoria impuesta por el mencionado art. 303 del Código Procesal porque ya no es una interpretación legal aceptable de la norma respectiva (cf. fallo de la sala E citado). El máximo tribunal ha estimado que se afectaban las garantías comprendidas en el art. 18 de la Constitución Nacional y obrado en consecuencia (cf. art. 31 de la norma fundamental). Esta sala junto con la E, la I y la J, procuró, con pedido formulado el 15 de abril de 2008, que la Cámara se autoconvocase para revisar la doctrina plenaria a la luz de la jurisprudencia de la Corte, a fin de solucionar la problemática que generan las discrepancias entre las decisiones de ambas instancias judiciales y, en un principio, frente al fracaso de tal intento estimó que correspondía la aplicación del fallo plenario. Sin embargo, el examen de la descalificación de la misma normativa judicial ya destacada me conduce a proponer la solución a la que arribo, sobremanera cuando en el caso no se han aportando nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición adoptada por el máximo tribunal federal (cf. Fallos 329:4931; 318:2060 y sus citas). Por lo demás, sin perjuicio de mi opinión sobre el fondo del asunto, advierto que la decisión que postulo evita crear falsas expectativas en las víctimas de los accidentes de tránsito, máxime si se repara en que la Corte Suprema ha suspendido la ejecución de las sentencias que condenan a las aseguradoras hasta tanto recaiga pronunciamiento en los recursos extraordinarios interpuestos contra aquéllas (cf. Fallos: 331:95, entre otros), pronunciamiento que, finalmente, siempre declara la oponibilidad de la mentada franquicia (cf. L. 870 XLIII, 'Lemos, Wenceslada c/Aguin, Mario y otros s/ daños y perjuicios?', del 12/8/08, entre otros). La derogación prevista en el art. 12 de la ley 26.853, en todo caso, dejaría sin sustento este aspecto de la sentencia de grado y conduciría a reconocer la oponibilidad de la franquicia en virtud de la jurisprudencia del máximo tribunal federal (Fallos: 329:3054 y 3488; 330:3483; 331:379, entre otros). Sobre la base de todo lo expuesto, postulo la revocación de lo decidido en el pronunciamiento respecto de la franquicia. VI.- Respecto de las costas cuya adecuación al principio de 'vencimiento parcial y mutuo' se pretende, al requerir que se tengan en cuenta los aspectos en definitiva no admitidos, he de recordar que en los procesos de daños y perjuicios deben imponerse al vencido aun cuando no hayan prosperado todo lo pretendido por la actora, atento al principio de reparación integral y a la naturaleza resarcitoria que revisten estos gastos, como parte integrante de la indemnización, sin que obste a ello la demasía en la pretensión esgrimida, pues fue la actitud de la demandada la que hizo necesario tramitar el pleito. De admitirse una solución contraria, el derecho que la sentencia reconoce a la demandante quedaría menoscabado con infracción del fundamento mismo de la institución de las costas (cf. C.N.Civ., sala H, 'Fiore de Genovese, María c. Natural Foods Industria Exportadora S.A. y otro?', del 17/12/02, en La Ley 2003-B, 198; íd., esta sala L. 469.367, del 20/2/07 y L. 489.020, del 27/12/07, entre muchos otros), máxime cuando no se puede considerar configurado un supuesto de una pluspetición inexcusable desde que la demandada no aceptó deber suma alguna, sino que pidió el rechazo de la demanda (cf. C.N.Civ., esta sala, L. 423.485, del 13/2/07). VII.- En mérito de lo expuesto, después de haber examinado las argumentaciones y pruebas conducentes, propongo al acuerdo revocar parcialmente el pronunciamiento apelado para declarar la oponibilidad de la franquicia pactada; modificarlo para incrementar lo establecido por incapacidad a \$ 180.000 y por daño moral a \$ 60.000; y confirmarlo en lo demás que decide y fue materia de agravios no atendidos; todo ello con costas dealzada a la demandada sustancialmente vencida, en atención a la manera como se decide y a la naturaleza del reclamo, y en el orden causado las generadas por la cuestión de la franquicia en razón de la discrepancia jurisprudencial y doctrinaria existente (art. 68 del Código Procesal). El Doctor Bellucci votó en igual sentido por análogas razones a las expresadas en el voto del Doctor Carranza Casares. Con lo que terminó el acto. Buenos Aires, 9 de mayo de 2017.- Y VISTOS: Por lo que resulta de la votación de que instruye el acuerdo que antecede, SE RESUELVE: I.- Revocar parcialmente el pronunciamiento apelado para declarar la oponibilidad de la franquicia pactada; modificarlo para incrementar lo establecido por incapacidad a \$ 180.000 y por daño moral a \$ 60.000; y confirmarlo en lo demás que decide y fue materia de agravios no atendidos; todo ello con costas de alzada a la demandada sustancialmente vencida, y en el orden causado las generadas por la cuestión de la franquicia. II.- Devueltas que sean las actuaciones se proveerá lo pertinente a fin de lograr el ingreso de la tasa judicial (arts. 13 y conc. de la ley 23.898). III.- En atención al monto condenado, la calidad, extensión y mérito de la labor profesional desarrollada en este proceso, etapas cumplidas y resultado obtenido; a lo que establecen los arts. 6, 7,

9, 10, 14, 19, 37, 38 y conc. de la ley 21.839 y la ley 24.432 se confirman por haber sido apelados sólo por altos los honorarios de los letrado patrocinante de la actora Dr. M. R. O. y los de los letrados apoderados de la demandada y citada en garantía Dres. P. A. S., D. A. C. y M. A. A.. Por los trabajos de alzada se regulan los honorarios de los letrados de la parte actora Dr. O., en la suma de PESOS VEINTIUNMIL (\$21.000) y Dr. S. en la suma de PESOS QUINCE MIL (\$15.000). En atención a la calidad de la labor pericial desarrollada en autos; a su mérito y eficacia y a la adecuada proporción que deben guardar las retribuciones de los expertos con las de los letrados intervinientes (Fallos: 314:1873; 320:2349; 325:2119, entre otros) se elevan los del Ingeniero C. L. B., a la suma de PESOS QUINCE MIL (\$15.000) y los del contador M. A. C. a la suma de PESOS QUINCE MIL (\$15.000); y por haber sido recurridos únicamente por elevados se confirman los emolumentos del médico A. J. M. S. y del médico psiquiatra N. N.; como así también los de la mediadora G. A. S.. Se deja constancia de que la publicación de esta sentencia se encuentra sujeta a lo establecido por el art. 164, segundo párrafo, del Código Procesal. Regístrese, notifíquese al domicilio electrónico denunciado, conforme lo dispone la ley 26.685 y acordadas 31/11 y 38/13 de la CSJN, oportunamente cúmplase con la acordada 24/13 de la Corte Suprema de la Nación y devuélvanse. La vocalía n° 20, oportunamente recusada, se halla vacante (art. 109 RJN).-

CARLOS A. CARRANZA CASARES      CARLOS A. BELLUCCI      018542E