

Accidente De Transito Inoponibilidad De La Franquicia

JURISPRUDENCIA

Accidente de tránsito. Inoponibilidad de la franquicia Se

eleva el monto indemnizatorio establecido en la sentencia que hizo lugar la acción por daños y perjuicios derivados de un accidente. Se declara la inoponibilidad de la franquicia, haciendo plenamente extensiva la condena a la aseguradora citada en garantía.

En Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los 4 días del mes de abril de dos mil dieciocho, reunidos en Acuerdo los señores jueces de la Excm. Cámara Nacional de la Apelaciones en lo Civil, Sala ?D?, para conocer en los recursos interpuestos en los autos caratulados ?OCHOA GÓMEZ, ANÍBAL OCTAVIO Y OTRO C/MICROÓMNIBUS PRIMERA JUNTA S.A LÍNEA 324 Y OTROS S/DAÑOS Y PERJUICIOS?, el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver: ¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada? Practicado el sorteo resultó que la votación debía efectuarse en el siguiente orden: señores jueces de Cámara doctores Liliana E. Abreut de Begher, Patricia Barbieri y Osvaldo Onofre Álvarez. A la cuestión propuesta la doctora Liliana E. Abreut de Begher, dijo: I) Contra la sentencia obrante a fs. 516/524, en la que se hizo lugar la acción intentada, y en consecuencia, se condenó a ?Micro Ómnibus Primera Junta S.A? y a ?Mutual Rivadavia de Seguros del Transporte Público de Pasajeros?- con los alcances del artículo 118 de la ley 17.418 y en la medida del contrato que la vincula a su aseguradora- a abonar a Aníbal Octavio Ochoa Gómez y Federico Jesús Rodríguez, en el plazo de diez días y en concepto de indemnización de daños y perjuicios, las sumas de trescientos cincuenta u ocho mil pesos (\$358.000) y de un millón treinta y cinco mil pesos (\$1.035.000), respectivamente, con más sus intereses, calculados en la forma establecida en el considerando v de dicho resolutorio, y las costas del juicio, apeló la parte actora a fs.525, recurso que fue concedido a fs. 527. A fs. 532/543 expresó agravios, que fueron contestados por la contraria a fs. 547/562. En consecuencia, las actuaciones se encuentran en condiciones para que sea dictado un pronunciamiento definitivo. II) Agravios Se quejan los actores por considerar que los montos otorgados bajo los rubros ?Incapacidad Sobreviniente?; ?Gastos de Tratamiento Psicológico?; ?Gastos de Atención Médica, Farmacia, Kinesiología y Traslados?; ?Daño Moral? resultan insuficientes a los fines indemnizatorios requeridos en el escrito inicial. Se agravian, asimismo, por encontrarse disconformes con la desestimación del reclamo efectuado en concepto de ?Daño Estético? por el co-actor Rodríguez, por la extensión de la condena a la citada en garantía ?en la medida del seguro? y por último, por la tasa de interés fijada por la Sra. Juez ?a-quo?. III) En primer término, cabe señalar de acuerdo a las disposiciones del art. 7 del Código Civil y Comercial de la Nación, el presente caso será resuelto conforme la normativa de la anterior legislación que estaba vigente a la fecha de ocurrencia del hecho. IV) Seguidamente, me ocuparé de analizar los cuestionamientos formulados con relación a las indemnizaciones concedidas. a) Incapacidad sobreviniente (física y psíquica) de los coactores Aníbal Octavio Ochoa Gómez y Federico Jesús Rodríguez y tratamiento psicológico: reclamaron por \$220.000 y \$24.000 y \$ 1.220.000 y \$ 72.000, respectivamente La indemnización por incapacidad sobreviniente -que debe estimarse sobre la base de un daño cierto- procura el resarcimiento de aquellos daños que tuvieron por efecto disminuir la capacidad vital de la persona afectada, no solo en su faz netamente laboral o productiva sino en toda su vida de relación (social, cultural, deportiva e individual) (Mosset Iturraspe, Jorge y Ackerman, Mario E., El valor de la vida humana, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2002, pág. 63 y 64). Entraña la pérdida o la aminoración de potencialidades de que gozaba el afectado, teniendo en cuenta de modo predominante sus condiciones personales. Habrá 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?, pág. 343; CSJN, Fallos: 315:2834, in re ?Pose, José D. c. Provincia de Chubut y otra?, 01/12/1992). Por ello, 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). En tal sentido 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, ello provoca un enriquecimiento sin causa de la víctima, con el correlativo empobrecimiento del responsable. 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. Cabe recordar, asimismo, que las personas de existencia visible tienen derecho a la integridad de su aspecto, o apariencia, o traza, o presencia. Así, el daño estético es una alteración de entidad perceptible en el aspecto normal o habitual de una persona. Alteración es un quebranto, una perturbación, un deterioro. Esa alteración debe tener una entidad perceptible. Es decir, una importancia que permita advertirla ante las observaciones corrientes. El aspecto normal o habitual significa la exterioridad corpórea. (Cipriano, Néstor A., ?La lesión estética. Revisión de su concepto?, publicado en: LL 1984-C, 1140 y Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo II, 1377) En ese mismo sentido, la Sala ?H? de esta Excma. Cámara ha dicho que el daño estético es todo menoscabo o disminución de la integridad corporal que altera la regularidad y normalidad físicas de la víctima del evento dañoso con prescindencia del sexo, profesión y estado civil (?Blanco, Carlos Eduardo y otro c/ Núñez, Francisco Félix y otro; s/ daños y perjuicios. Accidente de tránsito?, Expte. 11.980/2006, del 05/12/2011; ?Ojeda, Marcia Soledad c/ Prado, Gabriela Lorena s/ daños y perjuicios?, Expte. 29.557/2007, 22/08/2012, para citar algunos) Se computa como daño estético toda modificación exterior de la figura precedente o alteración del esquema corporal aunque no sea desagradable ni repulsivo. El desvalor ínsito del daño estético no es únicamente lo feo, deformante, repugnante o ridículo, sino, además, lo extraño, raro, anormal e, inclusive, lo distinto con relación a la presentación física anterior al hecho (CNCiv., Sala L, del 25/03/1994). En virtud de dichas consideraciones, entiendo acertado valorar las consecuencias disvaliosas generadas en el ámbito estético por el accidente ventilado en los presentes actuados en el presente ítem. Para utilizar criterios matemáticos, debemos ponderar los ingresos de la víctima -acreditados en el expediente-, 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 con variantes (ej. ?Vuoto?, ?Marshall?, ?Las Heras-Requena?, etc.) para obtener el valor presente de una renta constante no perpetua, o en su caso, en forma más justa, con una fórmula de valor presente de rentas variables (y probables) (ver sobre estos aspectos 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; y mismo autor, ?Sobre el cómputo de rentas variables para cuantificar indemnizaciones por incapacidad?, RCCy C 2016 (noviembre), 17/11/2026,3), lo cierto es que el juzgador no tiene porqué atarse férreamente a ellas, sino que llevan 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. De allí que en materia civil y a los fines de su valoración, no puedan establecerse pautas fijas por cuanto habrá de atenderse a circunstancias de hecho variables en cada caso en particular. Al tratarse de una reparación integral, para que la indemnización sea justa y equitativa deben apreciarse diversos elementos y circunstancias de la víctima, tales como su edad, sexo, formación educativa, ocupación laboral y condición socioeconómica (esta Sala, in re ?Cabrera, Oscar Alejandro c/ Cergneaux, Elvio Omar y otros s/ daños y perjuicios?, R. 539.455, 19/03/2010; in re "Echazu, César Oscar c/ Rebori, Tomás Esteban y otro s/ daños y perjuicios (acc. trán. c/ les. o muerte)", R. 544.834, del 30/03/2010). Por otra parte, cabe destacar que los porcentuales de incapacidad que se determinan en los dictámenes periciales no constituyen un dato rígido sobre el cual deben establecerse las indemnizaciones pues estas no son tarifadas, sino que dichas incapacidades deben ser meditadas por el juzgador en función de pautas razonablemente generales, siempre con un criterio flexible, para que el resarcimiento pueda ser la traducción lo más real posible del valor verdadero y concreto del deterioro sufrido. De la historia clínica aportada por la Clínica Privada Luján se desprende que el Sr. Ochoa Gómez

permaneció internado tres días, habiendo sufrido traumatismo encéfalo craneano sin pérdida de conocimiento, al igual que politraumatismo que afectó la zona lumbo-sacra derecha como así también la pérdida de piezas dentarias (v.fs. 189/207). Por otro lado, de los antecedentes que remitiera el Hospital "El Cruce", al que fue derivado el Sr. Federico Jesús Rodríguez desde el nosocomio "Mi Pueblo", quedó acreditado que el mismo sufrió severo traumatismo de cráneo encefálico, debiendo practicársele una craneotomía, habiendo permanecido internado por un lapso de tres semanas. De acuerdo a la pericia médica obrante a fs. 380/382, el perito determinó que el co-actor Ochoa Gómez padece de lumbalgia postraumática, piezas dentales fracturadas y disfunción temporomaxilar. Estimó que el actor presenta una incapacidad física parcial y permanente del 13 % la cual guarda vinculación causal con el accidente denunciado. En cuanto a la faz psíquica se refiere, la especialista designada de oficio determinó a fs. 502/507 que el actor padece perturbaciones psicológicas derivadas del hecho que motiva la litis, ascendiendo su incapacidad a un 20% de la total obrera y total vida. Aconsejó que el actor realice un tratamiento psicoterapéutico, con una duración de no menos de un año, estimando el costo en los \$300 por cada sesión. Respecto del otro de los actores, el experimentado afirmó que como consecuencia de dichas lesiones, el Sr. Rodríguez presenta las secuelas que detalla en su informe y generan una incapacidad del 50, 28 % de la T.O (v.fs. 376/379). Agregó que el accionante presenta anosmia y ageusia-pérdida de olfato y gusto - y cefaleas, llamando la atención la lentitud de la prosodia con leve déficit motor braquial derecho. La perito psicóloga, por su lado, concluyó que el Sr. Rodríguez padece un cuadro de desarrollo psíquico post-traumático en grado severo que disminuye su capacidad en un 25 %.- Recomendó, a su vez, la realización de un tratamiento en la materia durante un lapso de uno a dos años (v.fs. 420/426). Si bien los informes periciales fueron impugnados por la parte contraria, considero que los peritos han contestado debidamente los cuestionamientos que se le formularon, por lo que estaré a sus conclusiones (art. 477 CPCC). Entonces, considerando que el co-actor Ochoa Gómez tenía 32 años a la fecha del hecho, que presuntamente trabaja como músico (v.fs. 41/42 del BLSG N° 65.754/11), de acuerdo a los porcentajes de incapacidad indicados por los peritos de oficio, junto a las demás circunstancias personales que se desprenden de las constancias agregadas en el incidente de beneficio de litigar sin gastos, así como el costo y extensión del tratamiento psicológico sugerido, propongo al Acuerdo de Sala elevar este ítem a la suma de \$ 300.000. Propongo, por otro lado, la elevación del monto justipreciado a favor del Sr. Federico Jesús Rodríguez - de 31 años al momento del siniestro, que supuestamente realizaba tareas de construcción y daba clases de música- al monto de \$850.000. b) Daño moral: reclamaron por \$ 90.000 y \$ 500.000. Debo indicar que participo de la postura doctrinaria y jurisprudencial que considera la indemnización por daño moral, de carácter resarcitorio, y no sancionatorio, pudiendo no guardar relación alguna con la fijación de la incapacidad sobreviniente, dado que puede existir con independencia del mismo (v. Orgaz, El daño resarcible, 1967). El daño moral es una afección a los sentimientos de una persona, que determina dolor o sufrimiento físico, inquietud espiritual o agravio a las afecciones legítimas, y en general toda clase de padecimientos susceptibles de apreciación pecuniaria (Conf. Bustamante Alsina, Teoría de la responsabilidad civil, p. 205; Zavala de González en Highton (dir.), Bueres (coord.), Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, tomo 3A, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p.172). Respecto de la prueba del daño moral, se ha dicho que: "cuando el daño moral es notorio no es necesaria su prueba y quien lo niegue tendrá sobre sí el onus probandi. Fuera de esta situación, esta clase de daño, como cualquier otra, debe ser objeto de prueba por parte de quien lo invoca (Cazeaux-Trigo Represas, Derecho de las Obligaciones, t. 1, ps. 387/88). El carácter estrictamente personal de los bienes lesionados al producirse un daño moral, está indicando por sí la imposibilidad de establecer una tasación general de los agravios de tal especie. Así, el daño moral corresponde que sea fijado directamente por el juzgado sin que se vea obligado en su determinación por las cantidades establecidas en otros rubros. 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 mas que en cualquier otro rubro queda sujeto al prudente arbitrio judicial, que ha de atenerse a la ponderación de las diversas características que emanan del proceso. "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? (cfr. Llambías, Obligaciones, t. I, p. 229). Así las cosas, teniendo en consideración las características personales de los actores -de las que di cuenta al tratar los rubros de incapacidad sobreviniente-, como así también las particularidades que presentó el hecho, la repercusión que en los sentimientos de los damnificados debió generar la ocurrencia misma del accidente como una agresión inesperada a su integridad física, las secuelas que les produjo y tiempo de internación que debieron soportar, elevo a la suma de \$ 150.000 y \$ 350.000 los montos correspondientes a favor de los Sres. Ochoa Gómez y Rodríguez respectivamente. c) Gastos médicos, farmacéuticos y de movilidad: reclamaron por \$5.000 y \$ 60.000. Desde antiguo se ha entendido que los gastos en los que incurre quien sufre un ilícito no necesitan de una acabada prueba documental y, además, se presume que quien ha sufrido lesiones que requirieron tratamiento médico realiza gastos extraordinarios en concepto de medicamentos y traslados. No obsta a tal

solución que los damnificados fueran atendidos en hospitales públicos, ya que también en estos supuestos debe afrontar ciertos pagos que le ocasionan un detrimento patrimonial. Respecto de los gastos de traslados es razonable pensar, por las lesiones sufridas, que el actor debió por un tiempo movilizarse en vehículos apropiados. Aunque no estén acreditados estos gastos en forma cierta, ello no es óbice para la procedencia del rubro, ya que no suelen obtenerse comprobantes que permitan una fehaciente demostración (CNCivil sala L, del 31/8/07; criterio que he sostenido en autos ?Ojeda, Marcia Soledad c/ Prado, Gabriela Lorena s/ daños y perjuicios?, 22/08/2012 y ?Brugorello, Marta Antonia c/ Instituto Dupuytren S. A. y otros; s/ Ordinario?, 06/09/2012, entre otros). Lo expuesto permite presumir la existencia de tales gastos por un monto básico, que solo podrá ser incrementado si la parte interesada arrima pruebas que permitan inducir erogaciones superiores a las que normalmente cabe suponer de acuerdo a la dolencia padecida. (CNCiv., sala G, ?C., G. S. c. G. U., M. y otro s/daños y perjuicios?, del 03/05/2013, RCyS 2013-IX, 145 y RCyS 2013-VIII, 65 con nota de Ramiro J. Prieto Molinero). En cuanto a los gastos de traslado, no obstante la escasa gravedad de las lesiones, su localización me lleva a presumir que durante los primeros momentos posteriores al hecho la movilidad del actor se encontraba reducida. Ello determina la procedencia del reclamo. Respecto a los gastos médicos y de farmacia entiendo que ellos constituyen una consecuencia forzosa del accidente, de modo tal que el criterio de valoración debe ser flexible. Lo fundamental es que la índole e importancia de los medios terapéuticos a que responden los gastos invocados guarden vinculación con la clase de lesiones producidas por el hecho, es decir, que exista la debida relación causal. En esta valoración debe primar la evaluación de las circunstancias del caso, como ser el lugar donde fue atendida la víctima, importancia y extensión de las lesiones sufridas, ausencia total de comprobantes, que determinarán el obrar prudente del magistrado en la ponderación del monto a fijarse, haciendo justo y equitativo uso de lo dispuesto por el art.165 de la ley ritual (Esta Sala, ?Hornos González, Alejandro Leonel c/ Paz, José Raúl s/ Daños y Perjuicios?, 29/12/2011; Sala G, ?Harire de Scafa, Idelba Ofelia c. Arcos Dorados S. A. s/daños y perjuicios?, 09/04/2013; Sala E, ?Navarro, Epifania y otros c. General Tomás Guido S.A.C.I.F.I. s/ daños y perjuicios?, 08/02/2013, entre otros). Por lo expuesto, considero que los gastos terapéuticos y de traslado deben ser admitidos; ya que sin bien no están acreditadas las erogaciones que se afirma haber realizado, las lesiones sufridas por la víctima presuponen necesariamente la existencia de los mismos. En consecuencia, dada las características de las lesiones y sus secuelas producto del accidente, considero que resulta justificado su reclamo, por lo que entiendo acertado los montos justipreciados por la anterior sentenciante \$8.000 y \$ 25.000, por lo que propongo su confirmación (conf.art. 165 CPCC). V) Franquicia. Considero que la cláusula que dispone una franquicia de \$40.000 a cargo del asegurado no es inoponible a la víctima como pretende los actores con sustento en la doctrina del plenario ?Obarrio?, sino que en realidad es nula. Sobre este aspecto me he expedido en los autos ?García, Diego Edgardo Francisco c/ Velázquez Sosa, José Osmar y otro; s/ daños y perjuicios (acc. trán. c/ les. o muerte)?, R. 569.695, 09/05/2011; entre otros. En distintos precedentes de la Sala que integro como vocal titular ("Cabral, Oscar Orlando c/ Transportes 68 SRL y otros s/ daños y perjuicios", Expte. N° 92.223/2006, del 5/10/2009 y "Meyn, Ana Sofía c/ Almafuerce, SATACI s/ daños y perjuicios", Expte. 1227/2000, del 22/12/2009) me he inclinado por seguir la opinión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos ?Obarrio, María Pía c/ Microómnibus S.A. y otros;s/recurso de hecho? y ?Gauna, Agustín y su acumulado c/ La Economía Comercial S.A. de Seguros Generales y otro; s/recurso de hecho?, ambos del 04/03/2008, en los cuales se descalificaron los fundamentos del plenario de la CNCivil in re ?Obarrio, María Pía c/ Microómnibus S. A. y otros? del 13/12/2006. Motivó mi actuar el hecho de considerar que debía primar la seguridad jurídica del justiciable, sin perder de vista la economía procesal y evitar un dispendio jurisdiccional. Sin embargo, la Sala ?H? de esta Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en distintos fallos (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) ha decidido 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. Mi adhesión a esta postura obedece a que, si bien consideré que era conveniente -por las razones arriba indicadas- seguir los lineamientos de la Corte, en tanto ésta se había expedido contraargumentando concretamente lo dicho en el plenario ?Obarrio?, los nuevos fundamentos que mi colega Dr.Kiper, y mi ex colega, Dr. Mayo propiciaron -y a los que me he adherido- no han corrido tal suerte. Es por ello que, en principio, no encuentro motivos de peso que me lleven a descartar tan sólidos razonamientos, los que comparto en lo sustancial. En ese contexto, debe recordarse que ha sido el mismo Tribunal Supremo 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), la Sala ?H? de esta Cámara con la integración del Dr. Kiper y la del Dr. Jorge Mayo, declaró la nulidad absoluta 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 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 jurígenas 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)?. Debe tenerse presente que una resolución de la Superintendencia de Seguros de la Nación (N° 35.614 del 11/02/2011) estableció que esta entidad, ?para aprobar los elementos técnicos-contractuales, analizará si dichas condiciones se ajustan a las normas constitucionales, legales y reglamentarias vigentes?. Agregando que ?especialmente se considerará la adecuación de tales elementos técnicos-contractuales con las disposiciones de las leyes N° 17.418, 20.091 y 24.240 y demás legislación general aplicable...? Estas disposiciones nos otorgan un marco interpretativo acorde con la solución que propiciamos y, sobre todo, que protege al consumidor en todas sus dimensiones. Dentro de este contexto, toda vez que el seguro por responsabilidad civil de todo automotor es obligatorio en beneficio de la víctima: ?daños causados a terceros, transportados o no? (art.68 ley de tránsito), y que la franquicia a cargo del asegurado, desvirtúa el principio de reparación integral al que tiene derecho; considero que la cláusula contractual por la que se estipula la franquicia que intenta hacer valer la aseguradora resulta nula, correspondiendo la modificación de la sentencia de grado en cuanto hace extensiva a su respecto la condena recaída en autos contra su asegurado en los términos del contrato de seguro. Hoy encontramos el argumento jurídico en la normativa del nuevo Código Civil y Comercial, arts. 2, 9, 10, 11, 961, 988, 989, 1066, que si bien no resultan aplicables al caso de autos conforme

lo dispone el art. 7 CCC, no lo es menos que muestra la senda correcta a seguir para la solución de casos análogos. Corresponde entonces la modificación de la sentencia de grado en cuanto hace extensiva la condena contra la asegurada en los términos del contrato de seguro conf. art. 118 ley 17.418, y se establece que la franquicia de \$ 40.000 a cargo del asegurado es nula. VI) Intereses. a) La Sra. Juez de la anterior instancia dispuso que los réditos debidos hasta el dictado del pronunciamiento recurrido-incluso los devengados a partir del 1 de agosto de 2015- serán calculados a una tasa del 8 % anual, devengándose para lo futuro y hasta el efectivo pago conforme a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina. b) 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 que, 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 y así lo ratifican las normas del CCCN. Cuando se asigna a las deudas en mora una tasa menor a la que abonar...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). La Sala "H" de esta Excm. Cámara Nacional de Apelaciones en lo civil que integro como vocal titular 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. La aplicación doble de la tasa activa de interés rige, como es sabido, a partir de 01/08/2015 y hasta el efectivo pago, dado que hasta esa fecha y desde la fecha del hecho, esta Sala entiende que la doctrina del caso "Samudio" es obligatoria, como se ha sostenido en numerosos precedentes ("Nieto, Rubén Esteban c/ Cajal, Saúl Guillermo y otros s/ Daños y perjuicios", Expte. 104.622/2011, del 12/06/2016; "Focaraccio, Georgina Vanesa y otros c/ Giménez, Ángel y otro s/ daños y perjuicios", Expte. 95.334/2013, del 10/08/2008; "Medina, Daniel c/ Fernández Prior, Jorge s/ daños y perjuicios", Expte. 100.900/2013, del 15/07/2016, entre otros). En ese orden de ideas, estimo razonable que se aplique la tasa activa conforme surge del citado plenario desde la fecha del hecho hasta el 1° de agosto de 2015 y a partir de allí la doble tasa activa hasta el efectivo pago (arts. 768 inc. c) y art. 770 del C.C.y C.), lo que así habré de proponer al acuerdo. VII) Costas Las costas del proceso correspondientes a ambas instancias deben ser soportadas por el demandado y la aseguradora, por aplicación del principio objetivo de la derrota (conf. art.68 CPCC). VIII) Colofón Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo acoger los agravios de los actores, modificar la sentencia apelada y, en consecuencia: 1) Decretar la nulidad de la cláusula que establece la franquicia en el contrato de seguros; 2) Condenar en forma concurrente a la demandada y su aseguradora a abonar a los actores las sumas que surgen del considerando IV del presente resolutorio, con más intereses calculados de acuerdo a lo dispuesto en el considerando VI de este voto; 3) Imponer las costas de ambas instancias como se

detalló en el considerando VII del presente; 4) Se confirme la sentencia de grado en todo lo demás que decide y fuera motivo de apelación y agravio; 5) Se deja constancia que la publicación de la presente sentencia se encuentra sometida lo dispuesto por el artículo 164 párrafo segundo del ritual y artículo 64 del Reglamento para la Justicia Nacional. La señora Juez de Cámara Dra. Patricia Barbieri dijo: a) Adhiero a las consideraciones efectuadas por la distinguida colega Dra. Abreut de Begher como asimismo a los antecedentes por ella valorados, pero precisamente en su virtud y atendiendo a precedentes similares de esta Sala, entiendo que los montos fijados para resarcir la incapacidad sobreviniente y el daño moral deben ser elevados. En consecuencia, propongo fijar para el coactor Aníbal Octavio Ochoa Gómez las sumas de quinientos mil pesos (\$500.000) por incapacidad psicofísica y doscientos cincuenta mil pesos (\$250.000) por daño moral y para el coaccionante Federico Jesús Rodríguez la cantidad de un millón cuatrocientos mil pesos (\$1.400.000) por incapacidad sobreviniente y setecientos mil pesos (\$700.000) por daño moral.- Por el contrario, coincido con las sumas fijadas para compensar los gastos médicos, de farmacia y traslados y con la imposición de costas en esta instancia. b) Tocante a la franquicia, es sabido que el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación recaído en los autos "Gauna c. La Economía Comercial S.A. de Seguros" descalificó el plenario homónimo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que había establecido la inoponibilidad a la víctima de la franquicia prevista en un contrato de seguro de responsabilidad civil de vehículos destinados al transporte público de pasajeros, más dicha descalificación no conduce a su aplicación en forma absoluta, pues también nos hallamos regidos por establecido en el art. 303 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Al respecto diré que si bien no desconozco que el art. 303 del CPCCN fue derogado por el art. 12 de la ley 26.853, en virtud del art. 15 de aquella norma, tal disposición recién resultará operativa a partir de la efectiva integración y puesta en funcionamiento de los tribunales que allí se crean, continuando vigentes las doctrinas plenarias citadas en el presente. Criterio este que se encuentra avalado por la Acordada N° 24/13 de la CSJN, en tanto corresponde dar una visión integradora a la reforma y a todo el sistema judicial. Continuando con el fondo del asunto, ya se ha pronunciado esta Sala, en su antigua composición, in re ?Gómez, Carmen Clementina c. Monzón, Diego y otros? del 11/9/2008, en el sentido que el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación recaído en los autos "Gauna c. La Economía Comercial S.A. de Seguros" no revocó el plenario homónimo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que había establecido la inoponibilidad a la víctima de la franquicia prevista en un contrato de seguro de responsabilidad civil de vehículos destinados al transporte público de pasajeros pues, la obligatoriedad de la sentencia del Supremo Tribunal no se extiende más allá de la causa en que ha sido dictada y el art. 303 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación dispone que la doctrina sentada en un fallo plenario sólo podrá modificarse por medio de una nueva sentencia plenaria?. En consecuencia y sin perjuicio de mi opinión personal sobre el tema, entiendo que este pronunciamiento no dejó sin efecto la doctrina establecida en el plenario "Obarrio", 2006/12/13 (LA LEY 2007-A, 168), pues dicho tribunal juzgó y se pronunció en ese caso concreto, correspondiendo entonces su aplicación al supuesto en estudio. En virtud de estas consideraciones, propicio admitir las quejas vertidas por los accionantes y declarar la inoponibilidad de la franquicia denunciada en autos, haciendo plenamente extensiva la condena a la aseguradora citada en garantía Mutual Rivadavia de Seguros del Transporte Público de Pasajeros. c) Finalmente, respecto de los intereses, en base a los fundamentos vertidos en mi voto, en los autos Expediente N° 81.687/2004 ?PEZZOLLA, Andrea Verónica c/ Empresa de Transportes Santa Fe SACEI y otros s/ daños y perjuicios? y su acumulado Expte. N° 81.683/2004 ?PEZZOLLA, José c/ Transportes Santa Fe SACI s/ daños y perjuicios? del 27/11/2017 Sala D, a los que en honor a la brevedad me remito, propongo admitir las quejas vertidas por la parte actora y disponer que los intereses se liquiden desde la fecha del siniestro y hasta el efectivo pago a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal actual vencida a 30 días del BCRA. Conclusión. Por todo lo expuesto propongo: a) Admitir las quejas vertidas por los accionantes y elevar las indemnizaciones en concepto de incapacidad sobreviniente y daño moral a: quinientos mil pesos (\$500.000) y doscientos cincuenta mil pesos (\$250.000) para Aníbal Octavio Ochoa Gómez y un millón cuatrocientos mil pesos (\$1.400.000) y setecientos mil pesos (\$700.000) para Federico Jesús Rodríguez, respectivamente; b) Declarar la inoponibilidad de la franquicia denunciada en autos, haciendo plenamente extensiva la condena a la aseguradora citada en garantía Mutual Rivadavia de Seguros del Transporte Público de Pasajeros; c) disponer que los intereses se liquiden desde la fecha del siniestro y hasta el efectivo pago a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal actual vencida a 30 días del BCRA.- Tal mi voto.- El señor juez de Cámara doctor Osvaldo Onofre Álvarez, por análogas razones a las aducidas por la señora juez de Cámara doctora Patricia Barbieri, votó en el mismo sentido a la cuestión propuesta. Con lo que terminó el acto. LILIANA E. ABREUT DE BEGHER -PATRICIA BARBIERI-OSVALDO ONOFRE ÁLVAREZ. Este Acuerdo obra en las páginas n° n° del Libro de Acuerdos de la Sala ?D?, de la Excm. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Buenos Aires, de abril de 2018. Por lo que resulta de la votación que instruye el Acuerdo que antecede, SE RESUELVE: POR MAYORÍA: a) admitir las quejas vertidas por los accionantes y elevar las indemnizaciones en concepto de incapacidad sobreviniente y daño moral a: quinientos mil pesos (\$500.000) y doscientos cincuenta mil pesos (\$250.000) para Aníbal Octavio Ochoa Gómez y un millón cuatrocientos mil pesos (\$1.400.000) y

setecientos mil pesos (\$700.000) para Federico Jesús Rodríguez, respectivamente; b) declarar la inoponibilidad de la franquicia denunciada en autos, haciendo plenamente extensiva la condena a la aseguradora citada en garantía Mutual Rivadavia de Seguros del Transporte Público de Pasajeros; c) disponer que los intereses se liquiden desde la fecha del siniestro y hasta el efectivo pago a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal actual vencida a 30 días del BCRA; d) POR UNANIMIDAD: imponer las costas de ambas instancias a la demandada y citada en garantía; e) confirmar la sentencia de grado en todo lo demás que decide y fuera motivo de apelación y agravio.- Se deja constancia que la publicación de la presente sentencia se encuentra sometida a lo dispuesto por el art. 164, 2° párrafo del Código Procesal y art. 64 del Reglamento para la Justicia Nacional. Notifíquese por Secretaría y devuélvase.

Liliana E. Abreut de Begher Patricia Barbieri (en disidencia) Osvaldo Onofre Álvarez (en disidencia)
031101E