

Accidente De Transito Paso Por Peaje Sin Detenerse

JURISPRUDENCIA

Accidente de tránsito. Paso por peaje sin detenerse Se

modifica el monto indemnizatorio de condena establecido en la sentencia que hizo lugar a la demanda por las lesiones y los golpes que sufrió la accionante, al ser embestida por el demandado -que circulaba al mando de una motocicleta- al trasponer sin detenerse por el peaje del Acceso Oeste cuando ella cruzaba de una cabina a la otra. En la ciudad de Mercedes, a los 15 días del mes de noviembre del año dos mil diecisiete, reunidos en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces que integran la Sala Segunda de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial Mercedes de la Provincia de Buenos Aires, el Dr. Tomás Martín Etchegaray en su carácter de miembro permanente, y el Dr. Emilio Armando Ibarlucía como presidente de la Cámara que subrogó al miembro permanente Dr. Luis Tomás Marchiío quien se encuentra en uso de licencia, conforme dispone el art. 4º del Acuerdo Extraordinario del 25-09-2008, publicado en BO pág. 12.609, con la presencia de la Secretaria actuante, se trajo al despacho para dictar sentencia el expediente número 30.251 caratulado ?González Andrea Patricia c/Flurin Nicolás Emmanuel y otro s/Daños y perjuicios?. La Cámara resolvió votar las siguientes cuestiones esenciales de acuerdo con los artículos 168 de la Constitución y 266 del Código de Procedimientos: 1ª) ¿Se ajusta a derecho la apelada sentencia de fs. 513/517, en cuanto ha sido materia de apelación y agravios? 2ª) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? Practicado el sorteo de ley dio el siguiente resultado para la votación: Dres. Tomás Martín Etchegaray y Emilio Armando Ibarlucía. V O T A C I Ó N Al la primera cuestión planteada, el Sr. Juez Dr. Etchegaray dijo: I)- El trámite del recurso. Contra la sentencia de fs. 513/517, dictada el 30 de noviembre de 2016, que hizo lugar a la demanda promovida por Andrea Patricia González, y en consecuencia condenó a Nicolás Emmanuel Flurín y a Liderar Compañía General de Seguros SA a pagar una suma de dinero más intereses, con costas a los demandados, apelaron el actor (fs. 518), y la citada en garantía (fs. 528bis). Recursos que se concedieron libremente (fs.519 y 530 respectivamente). Llamados a expresar agravios (auto de Presidencia de fs. 535, punto II), los recurrentes lo hicieron mediante los sendos libelos de fs. 538/541, y 542/546. Solo mereció la réplica del actor el de la citada en garantía (fs. 548 y vta.). Llamados ?autos para sentencia? (fs. 552, punto III), consentido y practicado el pertinente sorteo (misma foja, vta.) quedó la causa en condiciones para ser votada (CPC 34 inc. 3º - c, y 263). II)- La sentencia, en lo interesante al recurso, relacionó que Andrea Patricia González demandó (fs. 20) por indemnización de daños y perjuicios a Nicolás Emmanuel Flurín reclamando una suma de dinero para reparar las lesiones y golpes que sufrió cuando el 31-05-2009 a las 17:15 aprox., el demandado la embistió al mando de una motocicleta al trasponer sin detenerse por el peaje del Acceso Oeste de Luján cuando ella cruzaba de una cabina a la otra. También citó en garantía a la ?compañía que corresponda?. Que al demandado Furín, por no ser ubicado, se lo citó por edictos, y asumió intervención por él el Defensor Oficial (fs. 142), quien se reservó responder para la oportunidad del CPC 354 inc. 1º. Que Liderar Compañía General de Seguros SA contestó la citación (fs. 110). Reconoció la relación aseguraticia hasta el límite de la cobertura pactada en la póliza. Pidió que se intime a la actora a denunciar obra social y ART, con pedido que se apliquen leyes 24432 (límite de honorarios en CC 505) y 24283 (desindexación). Consideró aplicable el código civil derogado, por ser la norma vigente al momento en que se trabó la relación jurídica; que el caso se subsume en la teoría del riesgo creado para resolver el tema de la responsabilidad, la que discernió en la testa del demandado ya que no aportó elemento alguno que pudiera eximirlo de ella. Así resolvió condenarlo, condena que hizo extensiva a la aseguradora citada en garantía con el alcance y en las condiciones de la póliza (ver fs. 515vta, primer párrafo; citó arts. 505, 512, 901, 903, 1068, 1113 y conc. Código Civil, 60, 163 inc. 5º, 375 y 384 del CPC, y 118 dec. ley 17418/67). En cuanto a los rubros, describió el concepto de ?incapacidad sobreviniente?, daño que la víctima deberá soportar -dijo- respecto a la pérdida de posibilidades de normal desarrollo en los planos productivo, social, personal, etc., daño a reparar con una suma de dinero. Enumeró las lesiones (politraumatismos con traumatismo cervical, de hombro derecho, de tórax, de ambas rodillas y pierna derecha, luxofractura de hombro derecho, fractura de platillo tibial, metáfisis de rodilla izquierda y fractura de tibia y peroné derechos), que originaron secuela de cicatrices y limitación de movilidad del hombro derecho, derivados en incapacidad del 33% según pericia de fs. 364/368. Por daño psíquico o psicológico presenta incapacidad del 10% según pericia de fs. 395/397. Que si bien el daño no se calibra por pautas porcentuales de la ley laboral, ello no obsta a que sean orientadoras. Lo fijó en \$ 200.000. Dijo que se deben adicionar los gastos de atención médica, traslados, medicamentos y otros que no requieren prueba, los que fijó en \$ 2.000. Lo mismo que gastos por tratamiento psicológico, en \$ 9.000. Pero desestimó los rubros futura cirugía, tratamiento kinesiológico, y asistencia domésticaporque no se aportaron parámetros para estimar su monto, ni tampoco fueron indicados o sugeridos por un profesional, por lo que resultan de imposible mensura. En cuanto al daño moral, que corresponde indemnizar, lo fijó en \$ 200.000. Expresó que no corresponde actualización monetaria (ley 24283), y mandó pagar intereses desde la

fecha del hecho, hasta el día del efectivo pago, a la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la provincia de Buenos Aires en sus depósitos a 30 días, vigente al inicio de cada uno de los períodos comprendidos, y por aquellos días que no alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo debe ser diario con igual tasa. Falló condenando a Flurín y Liderar a abonar a la actora la suma de \$ 411.000, más intereses y costas. III)- El recurso de la parte actora. Se quejó por lo exiguo del monto fijado por daño psicofísico. Argumentó, dicho muy resumidamente, que esa cifra es injusta por haber sido fijada de modo imprudente e inequitativo, y no resulta ser compartida por la valoración social de nuestro país. Ídem respecto del daño moral: no es justo -dijo el agraviado- que se lo fije en \$ 200.000 frente a los padecimientos físicos y síquicos de la damnificada, quien sufrió postración, tratamientos, traslados, preocupación, trastorno familiar, peligro sufrido por su vida, el miedo a las secuelas, etc. Pidió que se eleve el monto ponderando la índole del hecho generador, la edad de la víctima, y la entidad del sufrimiento. Respecto de los gastos no documentados se agravió porque los \$ 2.000 que fijó la sentencia lo fueron sin dar razón alguna, y él los considera exiguos en relación a la magnitud de las lesiones, el tiempo de restablecimiento, los tratamientos que se debió efectuar, traslados y estudios. Dijo que la sentencia incurrió en grave error al rechazar el rubro ?cirugía reparadora? con el argumento de que no se podía determinar el monto que podía alcanzar por no haber aportado pautas a tal fin: la pericia médica a fs. 364 y ss., punto VI-i estableció el costo en \$ 15.000. Que lo mismo ocurrió con el rubro ?asistencia doméstica?, ya que en éste también la pericia médica (punto VI-c) precisó el tiempo de incapacidad funcional de la actora, y aportó la necesidad de la asistencia en tareas doméstica, y los testigos Lezama, Arce y Cagliaris afirmaron que la actora la precisó durante 4 meses a razón de 4 horas diarias. Finalmente, se agravió porque los intereses fueron fijados a la tasa pasiva del Bco. Pcia. Bs.As., y solo aplicando la activa se podría alcanzar la reparación integral del daño. Porque la pasiva no compensa la pérdida de valor del dinero. Trajo a colación como fundamento el fallo plenario de la CNCiv. de la CABA en ?Samudio de Martínez?. En subsidio, pidió que se aplique la ?tasa pasiva digital?. No mereció respuesta de la parte apelada. IV)- El recurso de la citada en garantía ?Liderar? (fs. 542 y sgtes.). Su primer agravio consistió en considerar que como la sentencia extendió en su contra la responsabilidad del demandado y la condena a pagar la indemnización de \$ 411.000 con más intereses, cuestionó la oponibilidad a la víctima del límite de la cobertura que, sin contradicción ni oposición de la parte actora, denunció cuando contestó la demanda. Se fundó en los términos del art. 118 de la ley 17418, y en la prácticamente unánime jurisprudencia y doctrina que sustentan ese criterio, y en resoluciones de la SSN nrs. 22187, 34225, 35863, 38065 y ccdtes. en pro de exponer la legitimidad del monto de la limitación. En segundo lugar se quejó porque la sentencia nada dijo respecto del descuento del pago recibido por el actor de la ART Galeno, acreditado por informe de fs. 478, por la suma de \$ 55.692. Pidió que se subsanara la omisión. También se quejó por alguno de los rubros admitidos. Dijo que no procedían los gastos de atención médica, traslados y medicamentos, y asistencia psicológica, ya que como la actora fue atendida por su ART, esas erogaciones fueron cubiertas. Y que el monto acordado por daño moral resultaba por demás exagerado, superaba lo razonable y lo equitativo, debiéndose reducir. Además, que la actora no aportó prueba que justificara el importe acordado. Le contestó la actora (fs. 548) que en una situación traumática prolongada como la que soportó la actora normal y habitualmente se incurría en gastos de atención médica que no cubría la asistencia social, y por tal razón estaban receptados sin necesidad de acreditación alguna. Que la sentencia ?...ha mensurado el resarcimiento por tales gastos en una suma que aparece razonable y apropiada al caso...? (sic: fs. 548), por lo que pidió que se rechazare la queja. Respecto de los gastos por asistencia psicológica, dijo que debían confirmarse porque estaban fundados en dictamen pericial que el quejoso no atacó oportunamente. Del daño moral, que su resarcimiento no requería de prueba concreta, ya que su existencia se probaba por sí solo por la acción antijurídica. Finalmente, respecto a la queja por la omisión del descuento por el pago de la ART, pidió que se lo rechazare pues tal pago no estaba acreditado, y por otra parte, la cuestión no integró el debate. De haber pronunciamiento al respecto, sería un ?extra petita? que afectaría el principio de congruencia. V)- La solución que propongo. a)- Como vimos en la relación que precede, ninguno de los recurrentes expresó agravios sobre el precípulo tema de la responsabilidad, por lo que la jurisdicción de Alzada se resume en el tratamiento de las indemnizaciones. La actora se quejó por el monto otorgado a distintos rubros, y la tasa de los intereses. El demandado directamente no apeló. Y la citada en garantía protestó porque a su entender se la condenó a pagar la misma suma que al demandado, y no en la medida del seguro, con desconocimiento de la limitación de cobertura que denunció sin que mediara objeción de la víctima actora; también porque se omitió descontar del monto de la condena la suma de dinero que la actora ya percibió, por los conceptos de la indemnización, de parte de su ART, y por fin por la procedencia y monto de algunos rubros. Los trataré en el orden recién expuesto. b)- Tampoco vino cuestionada la aplicación al caso de las normas del derogado código civil, por ser las que se encontraban vigentes a la fecha en que ocurrió el hecho. Por mi parte estoy de acuerdo con tal criterio. c)- Respecto del rubro ?incapacidad? o ?daño psicofísico?, la actora se quejó porque le parecieron exiguos e injustos los \$ 200.000 que la sentencia le reconoció por el rubro. Al demandar había pedido \$ 250.000, suma que relacionó con una secuela incapacitante que estimó en el 40% (ver fs. 21vta.). La incapacidad, como rubro del resarcimiento indemnizatorio por hecho ilícito, procura restañar la secuela o disminución física o psíquica que pudiera quedar luego

de completado el período de recuperación o restablecimiento, en la medida que aquellas incidan en el patrimonio del afectado, ya sea afectándolo directamente en sus ingresos corrientes, ya indirectamente en sus potencialidades y consecuentes expectativas legítimas. En éste orden de ideas debe entenderse que la ley considera incapacitada a toda persona que padezca una alteración funcional, permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implique desventajas considerables para su integridad familiar, social, educacional o laboral (ley 22.431, art. 2º; sancionada y promulgada el 16 de marzo de 1981 como Ley del Sistema de Protección Integral de los Discapacitados). Cuando en sede civil se indemniza por incapacidad, en la medida que la reparación debe ser "integral", se lo hace teniendo en cuenta la integralidad de la persona, no solo en lo que ella es capaz de producir desde lo económico -como con preponderancia se evalúa en la indemnización tarifada del derecho laboral-, sino también como y cuanto esa persona se ha visto afectada desde lo social, lo deportivo, lo sexual, etc., etc. Es decir, cabe tomar en cuenta a la persona humana integralmente considerada, en toda su multiforme actividad, no solo en abstracto sino atendiendo a sus concretas condiciones personales (edad, estado civil, profesión, salud, condición social, etc.). No es solo lucro cesante. Es también el deterioro biológico. Es también el perjuicio que se le origina con las pérdidas de chances u oportunidades, las de gozar de la vida con salud, de tener proyectos, ya sea laborales o familiares, de progresar como ser humano en lo intelectual, en lo espiritual, tanto en lo físico como en lo psíquico. Lo que en materia civil interesa son las concretas minusvalías que específicamente quedaron en el individuo a consecuencia del hecho dañoso (CC 1069, 1086 y concs.). La determinación del resarcimiento -vengo diciendo desde que soy juez- debe ser realizada prudencialmente, con ponderación lógica, aproximada y compensatoria de las minusvalías comprobadas, sin sujeción a cálculos aritméticos ni tablas matemáticas con cómputos ya de ingresos o de años de vida, exclusiva y precisamente, sino atendiendo pautas de razonabilidad en función de la edad, condición social y económica, capacidad laboral, esos ingresos meritados desde esa óptica, etc. (S.C.B.A., DJBA, 109-338, nº 16, ídem, 119-457, entre muchos); ello así en la medida que el asunto no está regido por el 1796 del CCyCN. En el caso de autos, la pericia médica traumatológica (fs. 364) estableció que la actora Srta. González sufrió politraumatismos, luxación (y) fractura de hombro derecho, fractura cerrada de tibia y peroné derechos, y fractura de platillos tibiales en rodilla izquierda. Constató el experto que fue operada en el Hospital Italiano de CABA para osteosíntesis de ambos miembros inferiores. Y que a la fecha de la pericia (4 años después del hecho) presenta cicatrices y limitación en la movilidad del hombro derecho. También dijo que la fractura de tibia y peroné consolidan en no menos de 3 meses, a menudo más, y en ese lapso deben estar inmovilizadas. Estimó que presenta una incapacidad del 33% de la TO, equivalente a la total vida, para el aspecto físico. Llegó a ese valor aplicando la regla de la incapacidad restante, a saber: por fractura de tibia y peroné consolidada sin deseos, 20%; fractura de platillos tibiales con desplazamiento y sin rigidez residual, 10%; y luxación de hombro con fractura del tróquiter en miembro dominante con secuela de rigidez, 7% (punto V, fs. 367). Estimó que el lapso de incapacidad (total) para sus tareas laborales y funcionales fue de entre 10 y 12 meses (fs. 367vta., VI-c). También dictaminó que en la actualidad puede desarrollar tareas como las que realizaba para la fecha del hecho, pero tendrá limitaciones para el salto, la carrera, y dificultades para realizar esfuerzos físicos, como secuelas definitivas que no mejorarán (fs. 367vta., VI, d y e). Que requirió tratamiento de rehabilitación kinésica para hombro y miembros inferiores; en cuanto al costo no lo estimó porque fue cubierto por la ART. En cuanto a una futura cirugía plástica reparadora de la cicatriz de la rodilla, dijo que no puede asegurar su eficacia, y tendría un costo aproximado de \$ 15.000 en un centro de excelencia (fs. 368, VI-i). Según el dictamen de la pericia psicológica (fs. 395), la causante padeció por el hecho síndrome postraumático, con daño psíquico y síntomas fóbicos que alteraron su vida familiar y social; que requiere tratamiento de un año con sesiones semanales de un costo de \$ 180 cada una. Las observaciones de parte a las mencionadas pericias no pasaron de discrepancias meramente subjetivas, sin asiento en consideraciones técnicas o científicas que pudieran confutar el sentido de los bien fundados dictámenes. Y por mi parte tampoco encuentro mérito para desoír el consejo de los expertos en los temas que son de su incumbencia profesional, razón por la cual las reglas de la sana crítica en su apreciación aconsejan no apartarse de ellos (CPC 474). Entiendo que por las secuelas descritas, tanto físicas como psíquicas, y dada la edad de la Sra. González en la fecha del siniestro (solo 25 años), estimo que la indemnización fijada es razonable, por lo que propongo sea confirmada en \$ 200.000. d)- En cuanto al rubro "daño moral", si bien en cuanto a su procedencia no fue motivo de agravio, viene objetado su monto por las posiciones contrapuestas de las partes en sus sendos recursos. Propongo se confirme el fijado por el a-quo. Es cierto que no coincide con lo que solicitó la actora. Y desde ya que, habida cuenta la naturaleza del renglón, que "es la privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor precioso en la vida del hombre y que son la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los más sagrados afectos" (Arturo Acuña Anzorena, "Estudios sobre responsabilidad civil", pág. 64); y SCBA, Ac. 35.579, sent. del 22-IV-1986; Ac. 39.019 del 31-V-1988; Ac. 40.197. del 21-II-1989; Ac. 40.082 del 9-V-1989; Ac. 46.353, del 22-XII-1992; Ac. 52.258, del 2-VIII-1994; Ac. 54.767, del 11-VII-1995; Ac. 55.774 del 14-V-1996, etc.), es claro que el monto así fijado por el juez fue prudente. Cuando me toca ocuparme de éste tema, trato de seguir los consejos de un conocido autor, quien predica que se debe ponderar que la indemnización por daño moral en el hecho ilícito no

debe ser una suma simbólica; tampoco debe producir un enriquecimiento injusto; debe atender a la gravedad del daño; debe ser una suma que le permita a la víctima compensar el dolor sufrido con un placer a disfrutar; y debe tener la razonabilidad de ser pagable por el ofensor dentro del contexto económico del país y el general estándar de vida (Moset Iturraspe, "Diez reglas...", L.L., 1994-A-728). Una prudente apreciación de los elementos reseñados me persuade que ninguno de los dos recursos debe prosperar, y, me repito, que la dosificación del "a-quo" fue correcta. Más aun si se considera que en su dosificación tomamos en cuenta la persistencia de cicatrices que no resultarán reparables por vía quirúrgica, de lo que me ocuparé más adelante.

e)- A los gastos no documentados, que el a-quo fijó en \$ 2.000, la actora los protestó por exiguos y faltos de fundamento. Y la citada en garantía, por improcedentes toda vez que fueron afrontados por la ART, agravio que específicamente trataré más adelante (ver punto "j" de éste capítulo). Sobre este rubro, cuando contestó los agravios de "Liderar", dijo la actora que la sentencia "...ha mensurado el resarcimiento por tales gastos en una suma que aparece razonable y apropiada al caso..." (sic: fs. 548). Sabido es que se admite la procedencia de la indemnización por pequeños gastos en que indefectiblemente se incurre cuando de atender la salud se trata, más aun cuando, como en el caso, la reclamante permaneció un significativo lapso en internación en nosocomio en lugar apartado de su domicilio, aun sin contar con los comprobantes documentales. Porque se considera humanamente aceptable que por extravíos, apuros, ignorancia, la propia naturaleza del servicio, o alguna otra circunstancia conexas a esa difícil situación en que se hayan inmersos el causante y sus allegados, no se los haya obtenido o no se los conserve. Pero, eso sí, se trata solo de gastos menores, como ser propinas, fármacos de menor entidad, algún traslado aislado y no sistemático, alguna vianda ocasional, etc. El carecer de prueba directa sobre ellos, hace que su admisión solo pueda ser estricta, y que se exija una razonable concordancia con la naturaleza de los gastos de curación ciertos y efectivamente comprobados. Propongo se confirme el punto, con rechazo de los ambos recursos.

f)- La actora se quejó también por el rechazo del rubro "cirugía reparadora", para lo que argumentó que el a-quo dio como fundamento una razón no verdadera: dijo que en autos no se había determinado su costo, cuando el perito dijo que era de \$ 15.000. Estoy de acuerdo con lo resuelto por el a-quo, aunque no por la razón que él expuso. La queja de la actora es cierta, ya que el perito dijo que una eventual y futura cirugía plástica reparadora de la cicatriz de la rodilla tendría un costo aproximado de \$ 15.000 en un centro de excelencia (fs. 368, VI-i) -con lo cual el argumento del juez quedó replicado-. Pero no es menos cierto que en su dictamen afirmó claramente que no puede asegurar la eficacia de esa operación. Lo que en buen romance significa tanto como que se trataría de un procedimiento curativo cuya necesidad no resulta imperiosa. Para que su costo proceda como ítem indemnizatorio le falta la indispensable certeza de su necesidad. Ninguna parte de la pericia lo afirma como tal. Adviértase que el perito nunca dijo asertivamente que ese procedimiento fuera necesario, sino solo que, de realizarse, no puede asegurar su éxito. Esa es razón suficiente para que el rubro no progrese, ya que la obligación de reparar por un ilícito civil cuasidelictual se limita a las consecuencias necesarias e inmediatas (CC 520 y 903, y 904 "a contrario sensu"). El costo de una intervención quirúrgica para reparar las cicatrices, en el caso, no lo es, en la medida que el requisito de la certeza del daño también comprende a la de la necesidad del procedimiento con el que se pretende corregirlo o repararlo. Por otro lado, el aspecto anímicamente mortificante de las cicatrices, en el caso, encontró su reparación en el rubro "daño moral", ya que allí se lo contempló para la dosificación del monto. Propongo desestimar el agravio, con confirmación de la sentencia en el punto.

g)- Respecto del rubro "asistencia doméstica", también desestimado por la sentencia con el argumento de la indeterminación del monto, la parte actora se agravio porque la pericia médica (punto VI-c) precisó el tiempo de incapacidad funcional de la actora, y aportó la necesidad de la asistencia en tareas domésticas, y los testigos Lezama, Arce y Cagliaris afirmaron que la actora la precisó durante 4 meses a razón de 4 horas diarias. El agravio aparece conducente. En efecto, la pericia médica dictaminó que el lapso de incapacidad (total) que tuvo la actora para sus tareas laborales y funcionales fue de entre 10 y 12 meses (fs. 367vta., VI-c). Y los testigos que mencionó el recurso ratificaron esa necesidad. Bien entendido que la necesidad estaba dada porque la Srta. González convivía con su pareja, y tenía un hijo de muy corta edad que requería de su atención. Propongo por ello que el rubro sea acogido, y para fijar su monto, que estimo en \$ 5.760 que son los reclamados (fs. 22vta.; CPC 34 y 163), recurro a que es de público y notorio conocimiento que un servicio doméstico de 4 horas diarias no podía en esa época ser retribuido con menos de \$ 1.500 mensuales (CPC 165).

h)- Finalmente, se agravio porque los intereses fueron fijados a la tasa pasiva del Bco. Pcia. Bs.As.. Argumentó que solo aplicando la tasa activa se podría lograr la reparación integral del daño. Trajo a colación como fundamento el fallo plenario de la CNCiv. de la CABA en "Samudio de Martínez". En subsidio, pidió que se aplique la "tasa pasiva digital". El agravio no resulta audible, pues lo que la sentencia aplicó no fue una simple "tasa pasiva" -como parece entenderlo la recurrente-, sino la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la provincia de Buenos Aires en sus depósitos a 30 días, vigente al inicio de cada uno de los períodos comprendidos, y por aquellos días que no alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo debe ser diario con igual tasa. Todo ello desde la fecha del hecho hasta la del pago. Que no es sino la tasa que tiene fijada la SCBA como doctrina. En efecto, el 15 de junio de 2016, la SCBA se pronunció sobre el tema de los intereses moratorios en causa C. 119.176, "Cabrera c/Ferrari s/Daños y perjuicios", y por mayoría

resolvió aplicar el inc. 2º del art. 768 del CCC, en consonancia con la vigente doctrina dimanante de los fallos "Ponce" y "Ginosi", en el sentido que los intereses moratorios de la obligación de reparar el daño causado por un hecho ilícito acaecido con anterioridad al 1º de agosto de 2015, deberán liquidarse según la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta (30) días, vigente al inicio de cada uno de los períodos comprendidos y, por aquellos días que no alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo debe ser diario con igual tasa, desde la fecha del hecho dañoso hasta el día de su efectivo pago (arts. 622 y 623, Código Civil de Vélez Sarsfield; 7 y 768, inc. 2º, Código Civil y Comercial de la Nación; 7 y 10, ley 23.928 y modif.) (JUBA B420187). Por si de la sentencia no resultaba claro, sirva el presente como aclaración, sin perjuicio de proponer la desestimación del recurso en éste aspecto. i)- En su recurso, la citada en garantía se agravió porque la sentencia no respetó la cláusula del seguro que establecía una limitación a la cobertura por el rubro daños a terceros, hasta la suma de \$ 30.000. Entendió así porque en el fallo se le extendió la condena aplicada al demandado, y se la condenó a pagar la misma suma de dinero que aquel, en exceso de ese límite contractual, que según su tesis resulta oponible a la víctima. Se extendió en los más variados argumentos. Sin embargo, si bien el fallo peca de lacónico, y en una rápida lectura parece decir lo que entendió el recurrente, no es menos cierto que se lo debe interpretar en consonancia con el contexto del discurso. Y en sus fundamentos, el juez sí fue claro cuando dijo, luego de condenar al demandado como responsable objetivo que no había acreditado ninguna circunstancia que lo relevara, que la condena la hizo extensiva a la aseguradora citada en garantía con el alcance y en las condiciones de la póliza (ver fs. 515vta, primer párrafo; y citó expresamente el artículo 118 del dec. ley 17418/67). Justamente es ésta norma la que establece que el asegurador responde en los términos y condiciones establecidos en la póliza. La cuestión de la oponibilidad de esa limitación a la víctima es hoy materia de discusión no saldada en doctrina. En sus trabajos y en las conferencias que dicta, el Dr. Waldo Sobrino es un acérrimo opositor a ese criterio, para lo cual parte del punto de vista de que la víctima de un siniestro (hecho ilícito cuasidelictual, en el que el responsable está asegurado por responsabilidad civil con el seguro obligatorio según la ley nacional de tránsito) es asimilable a un consumidor, y por ende legitimado para cuestionar la validez de determinadas cláusulas del seguro que lo tiene como beneficiario, cuando, como en el caso, aparecen como notoriamente abusivas. Pero ese tema no fue traído a éstos estrados en éste caso, ya que al contestar el traslado que se le hubo corrido de la documentación acompañada con la contestación de la citada en garantía "Liderar", la parte actora no objetó ni cuestionó la limitación que en ese responde ya se había denunciado, cuando bien pudo hacerlo en la oportunidad que le ofrece el CPC 484 3º párrafo (ver lo actuado a fs. 81 a 109 -documentación-, fs. 110 a 125 -responde; en especial a fs. 111vta., punto VII donde se denuncia la limitación de cobertura en \$ 30.000 para incapacidad, \$ 1.000 gastos sanatoriales, y \$ 14.000 daños materiales-; escrito de la actora a de fs. 137, punto II-a, en el que expresa que nada tengo que observar a la documental acompañada; y que respecto de la cuestión del límite de cobertura, lejos de hacer uso de la opción que le confiere el tercer párrafo del art. 484 CPC, guardó silencio). El CPC 484 3er. párr. establece que dentro de los 5 días de notificado el auto que tiene por contestada la demanda, el actor puede ampliar su prueba con respecto a los nuevos hechos invocados por el demandado. Eso implica que debe hacer también una exposición de hechos o derecho, ya que no tendría sentido que se ofrezca prueba si no se dice sobre que hechos versará. Es decir que nada le impedía al actor exponer su versión sobre un hecho incorporado al proceso recién con la contestación de la citada en garantía, como lo fue la manifestación de que el límite de cobertura por incapacidad de tercero era de \$ 30.000. Esa fue una oportunidad para hacer algún planteo. Pero nadie lo hizo. Cuando contestó el traslado de la expresión de agravios de la citada en garantía, el actor nada dijo al respecto. Por tal razón digo que el tema no integró el menú a tratar en la sentencia. Al no haber sido propuesta la cuestión a la decisión del juez de primera instancia, esta Alzada se encuentra inhabilitada para fallar sobre el tema (CPC 272). Sin su perjuicio, debo manifestar que sobre uno análogo (no de límite superior, sino de la cláusula franquicia de la póliza de seguro), en la causa "Gómez c/Empresa Chivilcoy s/Daños" (expte. n° 26.322, del 16-09-2009), tengo dicho en mi voto que "...en cuanto a que la obligación de la citada en garantía lo es "en la medida del seguro", ello ha sido expresamente manifestado en la sentencia ... El art. 118, 3er. párr. de la ley 17.418 establece que la sentencia hace cosa juzgada respecto del asegurador "en la medida del seguro", y la jurisprudencia de la casación provincial es invariable en cuanto a que el asegurador sólo responde en los términos del contrato de seguro (L.30.801 del 6/7/82; Ac. 40.329 del 19/9/89; L. 42.713 del 29/8/89; Ac. 34.338 del 5/11/85; L. 80.574 del 5/11/03 y CSJN, "Yegros c/Tornal SA, E.D., 184-473). La obligatoriedad del seguro de responsabilidad civil de todo automotor que establece el art. 68 de la ley 24.449, no altera los términos de la póliza de que se trate, ya que el mismo precepto expresa "de acuerdo a las condiciones que fije la autoridad en materia aseguradora", y el seguro con franquicia es una modalidad autorizada (Halperín, Isaac, "Seguros", Depalma, Bs.As., 2ª ed., 1983, T. II, ps. 558 y 797). Sobre ésta temática se ha expedido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos "Cuello, Patricia c/Lucena, Pedro" del 7/8/07, con lo que ha terminado de saldar la discusión que se generara en la doctrina y la jurisprudencia acerca de la oponibilidad de tal tipo de cláusulas a las víctimas del tránsito. En efecto, el fallo aludido, reiterando los argumentos vertidos en los precedentes "Nieto c/La Cabaña SA" y "Villarreal c/Fernández" del 8 y 29/08/06 respectivamente, ha descalificado por arbitraria la sentencia de

la Sala B de la Cámara Nacional en lo Civil, que sostuviera la tesis de la inoponibilidad de la franquicia a la víctima sustentada en el art. 68 de la ley 24.449. Dijo la Corte en tales fallos, adhiriendo a lo dictaminado por la Procuración General, que tal interpretación en cuanto prescindía del texto del art. 118 3er. párr. de la ley 17.418, de la normativa dictada por la SSN y del art. 68 de la misma ley 24.449 que dejaba a salvo las estipulaciones del contrato a lo que fijara la autoridad de aplicación, constituía una afirmación dogmática, ya que no traslucía más que una convicción personal, carente de respaldo en razones jurídicas objetivas, lo que lo descalificaba como acto jurisdiccional. Por su parte, el Dr. Lorenzetti en 'Cuello c/Lucena' se explayó en consideraciones para señalar que el criterio de la 'inoponibilidad' no sólo no tenía sustento legal, sino que la franquicia establecida por la Superintendencia de Seguros de la Nación, era una opción política válida y razonable con la finalidad de prevenir accidentes de tránsito. De ésta manera la Corte Suprema ha descalificado por arbitraria la doctrina del fallo plenario de la Cámara Nacional Civil dictado en los autos 'Obarrío c/Microómnibus Norte SA' del 13/12/06 (publicado en L.L. 2007-A, 168), que sostuviera la tesis de la sentencia revocada. Este criterio también ha sido aplicado por mi distinguido colega de sala, Dr. Marchiò, quien en los autos 'Ponce c/Rodríguez s/Daños y perjuicios', hizo referencia al plenario de la Cámara Nacional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y sostuvo firmemente la oponibilidad de la franquicia a las víctimas...? siguiendo la tesis de la minoría. Ese voto hizo sentencia. Y el antecedente que se cita del Dr. Marchiò, fue su voto en la causa 'Ponce c/Rodríguez s/Daños y perjuicios', expediente n° 24.472 de ésta Sala, en sentencia dictada en 2007, y a su voto, que hizo sentencia, adhirieron los Dres. Bagattín y Nolfi. Esta misma doctrina tuve oportunidad de reiterarla muy recientemente, en la sentencia única dictada el 10 de octubre de 2017 en los expedientes acumulados número 30.171, 'Lanegrassé, Claudia A. c/Herederos de Mussalvi Darío Pablo s/Daños y perjuicios', y número 30.169 'Debernardinis María Fernanda c/Sucesores de Dario Pablo Mussalvi y otros s/Daños y perjuicios'. Por ello, corresponde desestimar el agravio. Sin perjuicio que, de todos modos, cuadra indicar que el fallo de la sentencia en crisis, cuando extiende la condena al asegurador citado en garantía, debe ser interpretado en el sentido que surge del contexto de los considerandos, y que la responsabilidad del asegurador se materializa en la medida del seguro. Que en el caso son los \$ 46.000 del límite de cobertura (ver fs. 101).

j)- El segundo agravio de la citada en garantía transita por requerir se subsane la omisión de la sentencia sobre el tema del descuento de lo que la actora ya percibió de su ART por los conceptos que aquí reclama, que corresponde hacer sobre el monto de la condena. La actora le respondió oponiéndose porque tal pago no está acreditado, y por otra parte, la cuestión no integró el debate. De haber pronunciamiento al respecto, dijo, sería un 'extra petita' que afectaría el principio de congruencia. La citada en garantía, en su responde a la demanda, no pidió concretamente que se efectuara el descuento de marras, como para formar una cuestión que ahora dice omitida de tratamiento en la sentencia en crisis. Una detenida lectura del escrito de fs. 110 a 125, en especial a sus puntos XIII y XIV, pone de manifiesto que solo pidió que se intimara a la actora a que denunciara si fue atendida por ART, y en su caso cual. Y sabido es que en la contestación de la demanda se deberán observar, en lo aplicable, los requisitos prescriptos en el art. 330 (CPC 354 inc. 3°). Entre esos requisitos, el que en el caso aparece incumplido -de pretenderse actuar el instituto requerido en éste agravio- están el deber de contener '...la cosa demandada, designándola con toda exactitud...' (330 inc. 3), y '...la petición en términos claros y positivos...' (CPC 330 inc. 6). Ergo: lleva la razón el recurrido: no había cuestión a resolver por el juez de la instancia. Por lo que mal puede ahora pretenderse la apertura de la jurisdicción de ésta revisora, que por ley la tiene vedada en éstos supuestos (CPC 272). Así, el agravio no es de recibo.

k)- Los demás agravios (por los gastos de atención médica, y daño moral) ya los traté juntamente con los del actor.

VI)- De prosperar el criterio sustentado en el voto, las costas de ésta instancia se deberán imponer en una proporción del 70% a la citada en garantía, ya que si bien no prosperó ninguno de sus agravios, no todos los de la actora se vieron coronados por el éxito (CPC 71). Así lo propongo. Con las salvedades que surgen del texto de mi propuesta, mi voto es por la AFIRMATIVA. A la misma primera cuestión planteada, el Sr. Juez Dr. Ibarlucía, con las mismas salvedades, por iguales razones y fundamentos que los emitidos por el Señor Juez preopinante, dio su voto también por la AFIRMATIVA.- A la segunda cuestión planteada, el Sr. Juez Dr. Etchegaray dijo: En atención al resultado que arroja la votación que precede, la resolución que corresponde adoptar es modificar la sentencia de fs. 513/517, acogiendo el rubro 'asistencia doméstica' por la suma de \$ 5.760; y confirmarla en todo lo demás que fuera materia de apelación y agravio. Con costas de Alzada en un 70% a la citada en garantía. Así lo voto. A la misma segunda cuestión planteada, el Sr. Juez Dr. Ibarlucía aduciendo análogos razones, dio su voto en el mismo sentido. Con lo que se dio por terminado el acuerdo dictándose la siguiente:

S E N T E N C I A Mercedes, de Noviembre de 2017.- **Y VISTOS:** **CONSIDERANDO:** Lo que surge del acuerdo que antecede, se **SE RESUELVE:** 1°) Modificar la sentencia de fs. 513/517, acogiendo el rubro 'asistencia doméstica' por la suma de \$ 5.760. 2°) Confirmar dicha sentencia en todo lo demás que fuera materia de apelación y agravio. 3°) Costas de Alzada en un 70% a la citada en garantía. **NOTIFÍQUESE. REGÍSTRESE. Fecho, DEVUÉLVASE.**

026665E