

## Accidente De Tránsito Responsabilidad De La Concesionaria Ruta Nacional Deber De Seguridad Inoponibilidad De La Franquicia

### JURISPRUDENCIA

Accidente de tránsito. Responsabilidad de la concesionaria. Ruta

nacional. Deber de seguridad. Inoponibilidad de la franquicia Se confirma -en lo principal- la sentencia que responsabilizó a la concesionaria por el accidente protagonizado por los actores cuando las ruedas delanteras de su rodado cayeron dentro de un surco que se encontraba en la cinta asfáltica de una ruta nacional, al concluirse que existió negligencia en la prestación del servicio, en el mantenimiento y en las reparaciones necesarias (ya que el vehículo perdió el control por la irregularidad en el pavimento de la ruta). Asimismo, se declara la inoponibilidad de la franquicia a la víctima, atento a su derecho a una reparación integral.

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los 1 días del mes de octubre de 2018, hallándose reunidos los Señores Vocales de la Sala K de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, a fin de entender en los recursos de apelación interpuestos por las partes en los autos caratulados: ?FIGUEROA, José Luis y otros c/ CINCOVIAL SA y otro sobre Daños y Perjuicios?, habiendo acordado seguir en la deliberación y voto el orden del sorteo de estudio, el Dr. Osvaldo Onofre Álvarez dijo:

Contra la sentencia de grado dictada a fs. 690/ 696 (aclaratorias de fs. 704 y 705) que hizo lugar a la demanda, expresaron agravios la citada en garantía ?Testimonio Compañía de Seguros S.A.? a fs. 725/ 728, la demandada Cincovial S.A. a fs. 730/ 748 y la Sra. Defensora de Menores e Incapaces a fs. 759/ 762; cuyos traslados fueron contestados a fs. 750/ 753, 763 y 765/ 772,

respectivamente. I.- La cuestión litigiosa. Figueroa José Luis, González Carolina Jaqueline, por derecho propio y en representación de su hijo F. J. J. y Quiroga Mirta Julia Graciela, en representación del entonces menor Q. P. J., promovieron demanda contra Cincovial S.A. como consecuencia del episodio cuya ocurrencia denuncian. Manifestaron que, el 13 de noviembre de 2011, aproximadamente a las 13.15 horas, José Luis Figueroa circulaba al mando de su vehículo Ford Falcon, por el carril lento de la Ruta Nacional N° 9, en sentido hacia la ciudad de Rosario, acompañado por Carolina Jaqueline González, el hijo menor de ambos, F. J. J. y Q. P. J. -hoy mayor de edad-. Que, a la altura del km. 109 (Provincia de Buenos Aires), de manera repentina las ruedas delanteras del rodado cayeron dentro de un surco que se encontraba sobre la cinta asfáltica, el cual tenía un montículo elevado en el centro, golpeando contra éste, perdiendo el control y saliendo despedido para la banquina derecha, impactando contra la valla de contención del puente sobre el Río Arco. Agregan que ese surco pudo haberse producido por camiones, por sus ruedas, dejando una profunda huella. Señalan que sufrieron lesiones de gravedad y reclaman a la accionada como única y exclusiva responsable del accidente. A su turno, contesta demanda Cincovial, quien si bien primero desconoció la existencia del accidente, señaló luego que la realidad de los hechos es totalmente opuesta a la narrada por los actores en cuanto atribuyen responsabilidad a su parte. Que por el sistema de atención telefónica de llamadas provenientes del poste S.O.S, se informó de su ocurrencia, poniéndose en funcionamiento el completo método de asistencia. Que su parte operó con celeridad y eficacia, no habiendo -por otro lado- constancia alguna de la presencia de un desnivel en la cinta asfáltica. Consideró que, en su caso, hay culpa exclusiva del actor en el suceso, por su manifiesta impericia al conducir, no existiendo nexo de causalidad alguno con el accionar de Cincovial. La aseguradora ?Testimonio Compañía de Seguros SA? reconoció la cobertura asegurativa con el límite establecido en la póliza y deducible a cargo del asegurado. Por otra parte, negó la ocurrencia del hecho y, para el eventual supuesto de que resultare acreditado en el proceso, afirma que no existe responsabilidad de Cincovial SA y plantea culpa de la propia víctima. II.-

La sentencia. El Sr. juez de grado, luego de analizar la prueba producida, tuvo por acreditado el accidente y establecida la responsabilidad exclusiva de la accionada en su producción; partiendo de la responsabilidad de quien presta el servicio, el concesionario, por no haber evitado las deficiencias en el camino de circulación, existiendo negligencia en la prestación del servicio, en el mantenimiento y en las reparaciones necesarias. Así, frente al incumplimiento de los deberes de conservación de la ruta y su obligación de seguridad, todo inherente al contrato de consumo, sumado a lo normado en el art. 40 de la Ley de Defensa del Consumidor, no habiendo sido ajena la causa y no habiendo ocurrido el accidente por culpa del conductor del vehículo siniestrado, existiendo nexo causal entre el obrar de Cincovial SA y el hecho, hizo lugar a la demanda, condenando a la demandada a abonar a Figueroa José Luis la suma de \$ 98.400, a González Carolina Jaqueline la de \$ 162.800, a F. J. J. la de \$ 48.400 y a Q. P. J. la de \$ 78.600; todo ello en el plazo de diez días, con más intereses y costas; extensivo a la citada en garantía, quien deberá responder en la medida del aseguramiento. III.- Los agravios de las partes. La citada en garantía se agravia por: 1) la responsabilidad atribuida a Cincovial S.A. en la producción del siniestro, eludiendo la que recae sobre el conductor del rodado debido a su impericia. Señala que la demandada ha probado que la ruta cuenta con medidas de seguridad tenientes a que los usuarios no tengan inconveniente alguno en ocasión de sus viajes, pero no se puede incurrir en el abuso de exigirle su omnipresencia para evitar todo suceso como el

de autos. Agrega que no se da en la especie una estricta relación de consumo y, en este caso, el usuario de una concesión asume obligaciones que, de no cumplirse, eximen de responsabilidad a la empresa concesionaria. Sostiene así que la empresa no ha vulnerado las previsiones de la ley 24.240 ni el art. 42 de la CN y que, desde el punto de vista contractual, cumplió con todas las obligaciones a su cargo. Solicita se revoque la sentencia dictada.

2) Subsidiariamente, de existir algún grado de responsabilidad de la demandada, cuestiona la procedencia y/o montos concedidos a los actores por Daño físico y psíquico. Refiere que no se han adjuntado en autos constancias que acrediten o demuestren que los reclamantes realizaban al momento del hecho algún tipo de actividad lucrativa y señala que el dictamen médico producido, estimó las incapacidades en ambos aspectos sin que surjan consecuencias laborales y/o personales.

2) la cuantía otorgada por ?tratamiento psicológico? a cada uno de los coactores. Refiere que el informe producido no amerita la procedencia de tan elevados montos y que los mismos resultan a todas luces improcedentes, configurando un claro enriquecimiento sin causa.

3) la admisión de rubro Gastos médicos, de traslado, farmacia y vestimenta. Alude que los elementos de juicio no permiten tener por ciertos los gastos admitidos; no se arrimó prueba fehaciente que indique los desembolsos en tal sentido. Peticiona su rechazo.

4) las sumas fijadas por daño moral, por considerar que no ha sido probada la procedencia del rubro.

5) por la discriminación efectuada en cuanto a la tasa activa de interés. Peticiona que la misma se aplique eventualmente desde el momento en que se incurra en mora en el pago de los conceptos indemnizatorios otorgados, y, hasta dicho momento, se compute la tasa pasiva del Banco Central.

6) la imposición de costas. Pide se haga efectiva la aplicación de lo dispuesto por el art. 505 del Código Civil con las modificaciones introducidas por la ley 24.432; estableciendo el mismo una limitación de la responsabilidad de la condenada respecto de las costas. Y agrega que tal norma no se refiere a una limitación al pago de los honorarios exclusivamente, sino que inequívocamente refiere a todas las costas.

Por su lado, la accionada cuestiona: 1) el reconocimiento de la mecánica del accidente, que considera erróneo. Hace hincapié en que la zona se encontraba en obra y debidamente señalizada, por lo que no puede afirmarse como lo hace el perito, que el lugar donde ocurriera el accidente no estaba demarcado, ni tampoco el desperfecto que tendría la autopista. Lo que deriva también de la respuesta de la propia Dirección Nacional de Vialidad que informó la inexistencia de incumplimientos por parte de Cincovial. Asimismo, que debe tenerse presente que de las constancias de la causa penal surge que la vía estaba seca, limpia y correctamente señalizada. Por lo tanto, entiende que no puede tenerse por cierto que el accidente denunciado fuera causa única y exclusiva del supuesto desnivel de la calzada que, reitera, estaba en zona de obra indicada. Sostiene que el a-quo no analizó la totalidad de la prueba y convalidó solamente las conclusiones del perito. El personal policial que se apersonó en el lugar, jamás dimensionó el desnivel, como tampoco aseveraron que el automóvil Ford Falcon hubiera golpeado su tren delantero con el asfalto de la autopista a causa del surco que existiría. Agrega que el ahuellamiento debió tener mínimamente 14 centímetros para poder impactar contra la parte baja del Falcon, por las características técnicas del rodado. Es decir, que el desperfecto en la capa asfáltica no pudo constituir la causa del accidente, sino que la pérdida del control del vehículo obedeció a otra causa o circunstancia. Refiere a la vetustez y rotura de la dirección del Falcon que coadyuvó al desenlace y destaca que ninguno de los actores, al declarar, hizo mención alguna al estado de la calzada, lo que recién manifiestan en el escrito de demanda. Por último, considerando que el casco del rodado quedó prácticamente seccionado en dos fragmentos, extrae dos conclusiones: que se desplazaba a una velocidad mayor a la informada por el perito y que sus condiciones estructurales no eran adecuadas para su circulación. Solicita, en consecuencia, el rechazo de la demanda.

2) por no analizarse el caso conforme la normativa de tránsito correspondiente, ley 24.449, y las defensas opuestas por su parte por existir culpa del Sr. Figueroa en el accidente denunciado. Peticiona se establezca su incidencia como causal de eximición de responsabilidad.

3) por la procedencia del rubro incapacidad, refiere a las observaciones que efectuaran a la experticia que demuestran claramente que el informe médico no prueba la existencia de los daños invocados por los actores y no resulta conducente para fundar el resolutorio.

4) por resultar acogido el daño psíquico, cuando no surge de la pericial que los accionantes posean una incapacidad que les ocasione una disminución psicológica y que mantenga vinculación con el hecho de autos. Asimismo, indicándose tratamientos, se entiende que la incapacidad no está consolidada y que no es permanente; lo que es más evidente en el caso del menor, quien todavía no ha formado su personalidad de base. Por su parte, la Sra. Defensora de Menores, respecto del menor F. cuestiona: 1) que no se haya reparado la incapacidad psicológica que sufriera, independientemente del daño moral. Solicita sea evaluado cada uno en forma autónoma y se eleve considerablemente el monto para indemnizar tanto el daño psíquico como el moral.

2) el monto concedido por gastos de atención médica, farmacia y traslados. Refiere que los gastos aducidos por la actora cabe tenerlos por demostrados atento las circunstancias de hecho vividas. Peticiona la Defensora que la sentencia configure para su representado una reparación plena de los daños sufridos.

3) la tasa de interés aplicada en el decisorio (8 % anual desde el hecho hasta la entrada en vigencia del CCyCN, desde allí al efectivo pago a la tasa activa del plenario ?Samudio?). Solicita se establezcan a tasa activa desde la fecha del hecho, a fin de no ocasionar un grave perjuicio al menor.

4) la admisión de la franquicia que importa convalidar la ilícita eximición del asegurador dejando a su representado sin posibilidad concreta de hacer

efectiva la totalidad de su crédito, teniendo en cuenta -por otro lado- el carácter alimentario de la indemnización. Tratándose de un tercero ajeno al contrato de seguro, considera que le son inoponibles los términos y condiciones de las pólizas contratadas entre demandada y aseguradora, lo que así pide prospere. IV.- En cuanto a las deserciones de los recursos incoadas, corresponde recordar que en atención a la necesidad de salvaguardar el principio de defensa en juicio (art. 18 CN), la facultad que acuerda el art. 266 del CPCCN debe ser utilizada con un criterio restrictivo; vale decir, acudir a ella cuando de una manera clara y acabada se opera una trasgresión a la citada preceptiva legal. En este sentido, en la sustanciación del recurso de apelación el cumplimiento de sus requisitos debe ponderarse con tolerancia, mediante una interpretación amplia que los tenga por cumplidos aun ante la precariedad de la crítica del fallo apelado. En otras palabras, si la fundamentación cumple en cierta medida con las exigencias del art. 265 del CPCCN, según un criterio de amplia flexibilidad, cabe estimar que se ha satisfecho con la mentada carga procesal (conf. CNCiv. Sala B in re "Hinckelmann v. Gutiérrez Guido Spano s/ liq. de sociedad conyugal", del 28/10/2005; íd., en autos "Menéndez v. Alberto Sargo S.R.L. s/daños y perjuicios", del 23/11/2005; id. CNCiv. Sala H, del 15/6/2005; esta Sala expte. N° 78.929/ 05). Teniendo en cuenta ello y dado que en las expresiones de agravios en cuestión no se advierte un apartamiento por parte de las recurrentes a los principios fijados en el art. 265 del Código ritual, corresponde desestimar lo solicitado en el sentido que se declaren desiertos los recursos impetrados. V.- Forzoso es señalar que, de acuerdo a la fecha de ocurrencia del suceso, resulta de aplicación el Código Civil Velezano de conformidad con las disposiciones contenidas en el artículo 7 del Código Civil y Comercial de la Nación vigente desde el 1° de agosto de 2015. VI.- El hecho dañoso y su responsabilidad. Procede, en primer lugar, el análisis de las quejas vertidas en relación a la responsabilidad atribuida en la producción del siniestro de autos, pudiendo adelantar opinión en el sentido que las mismas no habrán a mi criterio de prosperar. Examinados los agravios y valorada la prueba producida a la luz de los principios que inspiran la sana crítica (arts. 386 del CPCC, entiendo que no puede arribarse a una solución distinta a la adoptada en cuanto a la exclusiva responsabilidad de Cincovia S.A. He de destacar que los magistrados no están obligados a ponderar una por una y exhaustivamente todas las probanzas, ni seguir a las partes en todos y cada uno de los argumentos que esgrimen en resguardo de sus pretensos derechos, pues basta que lo hagan respecto de las que estimaren conducentes o decisivas para resolver el caso, pudiendo preferir algunas de las pruebas producidas a otras, u omitir toda referencia a las que estimaren inconducentes o no esenciales. Asimismo, resulta difícil al Juzgador que no presencié el hecho obtener una certeza absoluta acerca de la forma en que ocurrió, basta a tal fin alcanzar una certeza moral, debiendo entenderse como tal el grado sumo de probabilidad acerca del modo de producirse el evento. Atento las disposiciones del art. 377 del Código Procesal, los damnificados que ejercieran la acción resarcitoria tienen a su cargo la prueba del daño sufrido y el contacto con la cosa de la cuál éste provino y el demandado, en su condición de dueño o guardián de esa cosa, para eximirse de responsabilidad o disminuir la que se le atribuye, debe acreditar la culpa de la víctima, de un tercero por quien no deba responder o el caso fortuito. Pues bien, a raíz del accidente se instruyó la causa penal N° 004540-11 que tramitó ante la UFI N° 1 Descentralizada de Zárate, Pcia. de Buenos Aires, agregada a las presentes en fotocopias certificadas a fs. 410/ 474 y en la cual, conforme fs. 455 y 472 se procedió a su archivo en los términos del art. 268 del Cód. Procesal Penal. No obstante, resultan de importancia los elementos probatorios existentes en dichas actuaciones, las que han sido ofrecidas como prueba. Conforme acta de procedimiento de fs. 420, constituida la instrucción en el lugar del hecho, km. 109 de la Ruta Nacional N° 9, mano hacia Rosario, al arribar siendo las 13.45 hs., se observó un automóvil marca Ford Falcon que había colisionado de frente contra las defensas metálicas del Río Areco, razón por la cual sus ocupantes habían resultado lesionados. El conductor y su hijo menor habían sido trasladados al Hospital de la ciudad de Zárate, identificados como Figueroa José Luis -23 años- y J. F. -de un año y medio-. Advierten sobre la cinta asfáltica una persona de sexo femenino, Carolina González -19 años- con varias lesiones y, en la parte trasera del rodado, sobre el asiento, una persona de sexo masculino, P. Q. -de 16 años-, quien también requería intervención médica. Se hacen presentes ambulancias que trasladan a los restantes lesionados al Hospital Virgen de Areco de Zárate. Se deja constancia en el acta que las condiciones de visibilidad eran totalmente normales, que la ruta se hallaba seca, limpia y correctamente señalizada. Que el Ford se encontraba detenido e incrustado de frente contra las barreras de contención metálica del Río Areco, totalmente destruido y partido al medio (v. fotografías fs. 435/ 437). En cuanto al lugar, se asienta que se trata de una zona descampada pero turística; de doble sentido de circulación, correctamente demarcada, señalizada y en buenas condiciones de mantenimiento; a excepción de que, a unos 50 metros antes del lugar, sobre el carril lento, existe un desnivel en la cinta asfáltica en el cual el automóvil habría impactado con su tren delantero. En el acta de inspección ocular de fs 422, se detalla que el lugar donde ocurrieron los hechos resulta ser el comienzo del puente del Río Areco, donde la ruta posee dos guardarail que cubren la totalidad de la superficie del río. Que unos 50 mts. antes del comienzo del puente, sobre el carril lento de la ruta existe un levantamiento de la cinta asfáltica, la cual cuenta con una marca de arrastre posiblemente realizada por el auto que intervino en el hecho. De la declaración prestada por la aquí coactora Carolina Jaqueline González, se desprende que se dirigían a la localidad de Baradero, junto a su marido José Luis Figueroa, su hermano P. J. Q. y su hijo J. F.,

circulando por la colectora de la ruta N° 9 a la altura del km 109, sentido sur-norte, conduciendo su pareja; que todo iba con absoluta normalidad hasta que, en determinado momento, sienten un fuerte impacto proveniente de la parte delantera del auto, que ocasionó que el mismo saltara y perdiera la dirección, por lo que luego de esto, el rodado impactó fuertemente, perdiendo la dicente el conocimiento (fs. 448). A su turno, P. J. Q. declaró que, se dirigían hacia Baradero por Ruta 9, junto con su hermana, su cuñado y su sobrino, a bordo del automóvil Ford Falcon, el cual era conducido por José Luis Figueroa. Que su hermana Carolina Jaqueline González se encontraba ubicada en el asiento del acompañante y el dicente y su sobrino detrás. Que pasaron por el peaje de Lima y se acostó sobre el asiento trasero y se durmió; que momentos más tarde -sin poder precisar cuanto tiempo pasó- se despertó al sentir un fuerte estruendo proveniente de abajo del auto y escuchó los gritos de su hermana e inmediatamente después sintió un impacto, no recordando nada más (fs. 453). A fs. 458 consta la inspección técnica del rodado de la que surge que el Ford Falcon posee cubiertas que presentan un 10 % de desgaste, con llantas de hierro cromadas. Que presenta impacto frontal, con desplazamiento hacia el lado derecho, con destrucción total de su frente. Que se encuentra quebrado al medio en la parte inferior del piso parte media. Que por su estado al momento de la revisión, es imposible determinar el funcionamiento del sistema de luces y frenos (v. fotografías fs. 459/ 462). A fs. 601/ 609 de autos obra contestación de oficio de la Dirección Nacional de Vialidad, adjuntando copia certificada del informe producido por la Supervisión General de Corredor Vial N° 5, de la que surge que no hay registros de observación alguna respecto a depresiones, ahuellamientos, falta de mantenimiento, acumulación de agua y/o cualquier otro motivo de los referidos en la calzada y/o banquina de la RN 9 a la altura del km 119,20 al 13/11/11. Aclara que el 13 de noviembre de 2011 se estaba ejecutando en la calzada ascendente de la RN N° 9, la obra ORI C5.1.1, entre los km 106 y 157, con proyecto, seguimiento y control a cargo del 1° Distrito Buenos Aires de la Dirección Nacional de Vialidad. En la peritación efectuada en autos a fs. 534/ 536 por el experto designado de oficio surge, respecto de la mecánica probable del accidente, que el rodado de la actora, Ford Falcon, instantes previos al arribo al puente sobre el Río Areco (km 109,20) se encuentra súbitamente con un obstáculo que le presenta la cinta asfáltica, que le provoca un descontrol errático tal, que lo impulsa finalmente en dirección al guardrail o baranda de seguridad que posee el puente de la ruta, donde el rodado colisiona y ?ancla? su sector delantero, generando a continuación un violento giro hacia su derecha, produciéndose consecuentemente la rotura literal de su casco/ habitáculo con las consecuencias de daños corporales de sus ocupantes. Señala el profesional que: - Se puede presumir que el rodado poseía una velocidad regular y aceptable para la ruta N° 9 en el tramo del hecho -perfectamente rectilíneo-, previo a su arribo al puente del río Areco, vale decir, que conforme a su estimación y en función de la evaluación del grado, tipo y ubicación de los daños emergentes del siniestro, esta velocidad se encuentra en el rango de los 80 km/h a 90 km/h. - Que conforme las actuaciones policiales en la inmediatez del hecho, se informa a 50 metros del lugar, sobre el carril lento, la existencia de un desnivel de la cinta asfáltica en el cual el automóvil había impactado con su tren delantero (fs. 420); se refiere a un levantamiento en la cinta asfáltica (fs. 422). Determina el perito que, con estos elementos de carácter objetivo, surgidos de la instrucción, se explica entonces el descontrol del rodado, producido por esta irregularidad en el pavimento de la ruta, cuando ingresa al puente. El rodado así arriba a la traza del pasadero fuera del control de su conductor y se produce su primera detención cuando se dirige y se ?enchufa? en la baranda del puente. Seguidamente, la energía que posee el rodado se traduce en un brusco y violento giro en el sentido de las agujas del reloj, tomando como pivote del giro al punto del ?enchufe? que lo liga a la baranda. Ésta resulta entonces la posición final del Ford Falcon, en la que lo encontró el personal policial. El guardrail se encuentra fijado al concreto de la ruta con postes metálicos, razón por la cual ofrece una resistencia notable ante una colisión de un vehículo. Esta situación se verifica simplemente por el hecho que el mismo se partió en dos pedazos. Infiere que, de todas las posibles causas generadoras de un descontrol de un rodado y revisando cuidadosamente las actuaciones de la Instrucción registradas en la causa penal, pasándolas por un tamiz deductivo, surge con nitidez aquella que refiere a la marcada irregularidad del pavimento, ya que ofrece la mayor probabilidad de ocurrencia. Ello converge con la mecánica del accidente formulada y con la presentación de la demanda. Agrega que la cabina, sector delantero del rodado, se encuentra desplazada y girada respecto del resto de la estructura de este rodado. Observa que se verifica con la documentación del rodado que el actor posee la misma ajustada a las reglamentaciones vigentes. En la contestación a las observaciones formuladas por Cincovial SA, el experto señaló que no debe ni utiliza estadísticas accidentológicas para inferir un dictamen técnico. Que los valores estadísticos de causas de accidentes viales están condicionados a multifactores, son cambiantes y marcan tendencias pero no certezas de que un accidente ocurra merced a la existencia de las mismas. Sostiene el profesional que no es aceptable el juicio de valor de que el accidente se atribuye a la impericia del conductor y a las características de su rodado, sin fundamento alguno que lo avale. Reitera la posible mecánica del hecho y aclara que la causa penal no registra carencias o fallas mecánicas en el rodado del actor, como ser: cubiertas con dibujo por debajo de lo reglamentado, entre otros. Agrega que la responsable de la concesión debe cuidar, a través de sus acciones de mantenimiento y señalización de la ruta, que todo rodado autorizado circule normalmente por la misma. Ya que existía un desnivel probado en la ruta, debió existir una señalización transitoria en calidad de advertencia para los conductores, en

tanto la misma no se repare o subsane. En consecuencia, ratificó el perito su informe y rechazó las observaciones de la accionada por carecer de fundamentos (fs. 574/ 576). Las conclusiones precedentes son aceptadas en los términos de los art. 476 y 477 del Ritual. Así, se ha dicho en forma reiterada que si bien el Juez tiene plena facultad para apreciar el dictamen pericial, no puede ejercerla con discrecionalidad, pues para poder apartarse de las conclusiones allegadas por el experto, debe tenerse razones muy fundadas. Y ello por cuanto, si bien es cierto que las normas procesales vigentes no acuerdan al dictamen el carácter de prueba legal, no lo es menos que cuando el mismo comporta la necesidad de una apreciación específica del campo del saber del perito, técnicamente ajeno al hombre de derecho, para desvirtuarla es imprescindible traer elementos de juicio que le permitan concluir eficientemente en el error o en el inadecuado uso que el técnico hubiera hecho de los conocimientos científicos de los que por su profesión o título habilitante, necesariamente ha de suponerse dotado. Corresponde, a mi criterio, tener por acreditado en consecuencia, mediante las distintas probanzas agregadas, que el desnivel o levantamiento en la cinta asfáltica, que tornó irregular el pavimento en cuestión, representó un obstáculo en la trayectoria de Figueroa que lo llevó a perder el control del vehículo y que, como tal, debió encontrarse señalizado o advertido a fin de evitar la producción de accidentes; más aún cuando la zona se encontraba en obra y pese a que la anormalidad presentada no hubiese sido advertida por el organismo de control pertinente. En cuanto al campo de responsabilidad en el que se halla inmerso el corredor vial, sabido es que los jueces pueden calificar la pretensión y aplicar el derecho que entiendan que corresponde al caso en estudio con independencia de las normas que invoquen las partes (Chioyenda, "Principios de Derecho Procesal Civil", Madrid 1922, T 1, p. 238; Falcón, Enrique Código Procesal Civil y Comercial de la Nación..., TII, Ed. Abeledo Perrot Buenos Aires 1983, p. 140/41, Fassi Yañez, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación..., T 1 Ed. Astrea, Buenos Aires 1988, p. 794/95; Kemelmajer de Carlucci, A., en "Cód. Civil...", T.5, p. 332 y fallos allí citados). He sostenido que la relación entre la concesionaria y el usuario del servicio prestado por aquella se enrola bajo la órbita de la responsabilidad contractual. En esta tesitura, he de adherir a los fundamentos dados por mi distinguido colega de Sala Dr. Ameal, en numerosos precedentes, en posición a la que adhiero (ver expte. N° 43.796/34, "Meraldi, María Elena c/ Caminos del Atlántico SACV s/ daños y perjuicios", "Preatoni Alfredo Eduardo c/ Covisur S.A. s/ dñ. y pj.", Expte. N° 26.340/ 07 de esta Sala, entre otros), "la doctrina y jurisprudencia han ensayado distintas posturas sobre la naturaleza jurídica y alcances de la responsabilidad de los concesionarios viales". "El llamado criterio 'tributarista' de la responsabilidad extracontractual o tesis restrictiva, establece que el peaje participa del género de los tributos dentro de la especie de las contribuciones especiales y no en un precio por el uso del camino. A fin de responsabilizar al concesionario de la autopista, la causa del siniestro debe radicar en algo inherente a la ruta en sí misma y a su estado de conservación, así también como a todo objeto inerte que dificulte el tránsito o lo haga peligroso (CNCiv., Sala G, (Carnelli, Juan Oscar c/ Nuevas Rutas S.A. s/ daños y perjuicios) del 7/6/1995; CNacCiv., Sala D, (Roa c/ SEMACAR S.A. s/ daños y perjuicios), Expte. 115.284/93 del 5/6/98; Barra, Rodolfo Carlos, "Contrato de obra pública", T 1, pág. 295 y sgts; Muzi, Sergio, "Responsabilidad del concesionario de rutas por peaje frente a un accidente provocado por un animal suelto", La Ley Córdoba 1992-597). El poder de policía vial perteneciente al Estado es irrenunciable y no se transfiere a la concesionaria (CNCiv., Sala I, in re: "Papasidero, Agostino c. Camino del Atlántico S.A.", del 24/11/1998; STJ de Corrientes; "Sinat Raul Antonio C/Ramón Bogado V.I.C.O.V. S.A. Y/O Q.R.R. S/Ordinario" 18/12/2006, Expte. N° 27012/06 y sus citas). "Para esta tesis, la responsabilidad del concesionario vial estaría restringida a las obligaciones expresamente asumidas por este frente al Estado, pues resultando un simple delegado de este último, no podría exigírsele que preste ningún tipo de actividad que no este rigurosamente establecida en el marco de los contratos de concesión de obra pública, postura que desprotege al usuario (conf. Carlos A. Ghersi-Celia Weingarten, "Tratado de Daños Reparables, pág. 631). "La corriente contractualista amplia, tipifica la relación concesionario-usuario como contractual, debido a que el automovilista accede al uso de la carretera mediante el pago al concesionario de una suma de dinero en concepto de peaje (precio), como contraprestación por hacer posible la circulación en los términos del contrato administrativo de concesión celebrado entre el Estado y la empresa concesionaria (Martín Diego Pirola, "Compendio Jurisprudencial sobre Accidentes de Tránsito en Carreteras y Autopistas", Pág. 96). "Este contrato de derecho privado generaría para el concesionario dos obligaciones: una obligación principal, cual sería la de habilitar al usuario el tránsito por el corredor vial y una obligación de seguridad (art. 1198 del Código Civil), por los daños que éste pudiera sufrir durante la circulación vehicular a través del trayecto concesionado, que es independiente de la obligación principal o típica y de resultado, generando consecuentemente responsabilidad objetiva derivada del factor de atribución de seguridad (Conf. Boragina, Juan C y Meza, Jorge A. "Responsabilidad civil de las empresas concesionarias de peaje en relación a los daños padecidos por el usuario", en JA del 12-11-97, n° 6063, pág. 5; Vázquez Ferreira, Roberto, "La demanda contra los concesionarios de autopistas", Revista de derecho de daños, núm. 1 Accidentes de tránsito, pág. 157; CNac.Civil, Sala F, "Abba, Miguel A. y otra c/ Duarte S.A.", LL,1992-D, Págs. 195/99, con nota de Jorge Bustamante Alsina; Idem, "Lerner c/ Autopistas del Sol S.A. y otro s/ daños y perjuicios" del 17/09/98; CNCiv., Sala G, in re: "Duarte, Alejandra E. c. García, Hugo A. s/ daños y perjuicios", del 15.2.2000;

ídem, Sala D, in re: "Di Gregorio, Roque Vitale A. y otro c. De Godos; Julio A. y otros s/ daños y perjuicios", del 8.10.1999).? Se trata así de una obligación tácita, derivada del deber de buena fe consagrado en el art. 1198, 1a parte del Código Civil que es accesoria de la obligación principal y en virtud de la cual el deudor debe, además de la prestación prevista en el contrato, velar que no recaiga ningún daño a la persona o eventualmente a los bienes de su co-contratante.? Se ha dicho así que el principio de la buena fe tiene un fuerte contenido ético, que se manifiesta con un criterio objetivado y que tiene una función creadora o complementaria del ordenamiento jurídico considerado este en sentido amplio como legislación y como contrato (conf. art. 1197 de Código civil- La obligación de seguridad en el contrato de espectáculo público: una garantía a favor del espectador?, nota a fallo CNCom., Sala D, 04-05-05, Tren de la Costa SA, concurso preventivo, s/ inc. de verificación de crédito de Yebra de Castaño, María?, por Diego Martín Pirola).? La progresiva operatividad del principio de buena fe en el derecho privado, ha generado exigencias de conducta traducidas en deberes complementarios del deber de prestación (evitar daños a la contraparte), que implican una manifiesta ampliación del ámbito de la responsabilidad contractual.? Un tercer criterio encuadra a la concesión vial en una "relación de consumo", pues las cuestiones suscitadas en torno a la interpretación de los contratos de concesión de corredores viales que involucren la protección del usuario deben resolverse aplicando los estatutos particulares, en especial la ley 24.240, adecuando el orden de prelación que imponga la solución mas beneficiosa para aquél, sobre todo considerando que la reforma constitucional de 1994 otorgó jerarquía supralegal a los derechos de los consumidores (CSJN marzo 21- Recurso E2006, Ferreira Víctor D. y otro c. VICOV S.A, Lexis 35003186; CNCOM; SALA B; 25/08/2003 CAUSA 86771/95 - "D'Onofrio Vanesa Graciela c/Caminos Del Atlántico SACV s/sumario" - elDial.com AA1A46; CCiv.yCom. de Córdoba, in re: "Hernández, Emilio c. Red Vial Centro S.A. s/ordinario", del 27.5.1999; STJ de Corrientes Expte. N° 27012/06 - "Sinat, Raúl Antonio C/ Ramón Bogado -V.I.C.O.V. S.A. Y/O Q.R.R. S/ Ordinario", 18/12/2006 elDial - AA3ADC).? Dentro de esta concepción, y en orden a la cuestión relativa a si la concesión vial configura la prestación de un servicio público, Carlos Ghersi en la obra citada destaca se trata de un servicio que el concesionario presta en el contexto de su actividad económica empresarial con la finalidad de obtener beneficios, lo cual implica la asunción de una serie de obligaciones y un determinado riesgo empresarial. Así mediante una organización se pretende que el usuario utilice la carretera en forma libre y segura. Ello por cuanto Mediante la manufacturación de determinados insumos, maquinarias y mano de obra (el camino, la señalización, el mantenimiento de carpeta asfáltica, etc.) las concesionarias producen un servicio, (art. 40 de la ley 24.999) que tiene que se prestado de buena fe (art. 1198 del CC) y con el cumplimiento de los principios de información (art. 4 de la ley 24.240 y de seguridad (art. ley 24.240)?, (Conf. Ghersi-Weingarten, Ob.cit. pág. 631).? El concesionario no asume una obligación de dar el uso y goce de una cosa, sino de prestar un servicio, y tiene el verdadero deber jurídico de obrar, evitando la producción de daños. Debe adoptar medidas de prevención adecuadas a los concretos riesgos existentes en la ruta concesionada. De tal manera que si el usuario sufre un daño como consecuencia de la defectuosa o irregular prestación se genera una obligación resarcitoria en cabeza del concesionario.? La Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso Ferreira , Ramón c/ VICOV SA?, del 21-3-2006, LL 2006-C-490, sostiene este criterio al señalar que se trata de una relación contractual de derecho privado y hace nacer una obligación objetiva de seguridad a cargo de la concesionaria , pues se trata de prestar un servicio de carácter continuado, moralmente reflejado por el ingreso a las rutas en forma masiva, y de uso simultáneo, sin que pueda existir una deliberación previa de forma que permita al usuario modificar las condiciones de la prestación? destacándose que ...la imposibilidad de deliberación, torna relevante la operatividad del principio de buena fe que informa el art. 1198 del código Civil, de forma que debe reflejarse indispensablemente en la eficiencia y seguridad del servicio que presta, para lograr de modo acabado la obtención del resultado...? (del voto del Dr. Zaffaroni).? Se trata, dice el Dr. Lorenzetti en el fallo citado, de la seguridad, entendida como un valor que debe guiar la conducta del estado así como a los organizadores de actividades que, directa o indirectamente se vinculen con la vida o la salud de las personas...? , agregando que El ciudadano común que accede a una ruta concesionada tiene una confianza fundada en que el organizador se ha ocupado razonablemente de su seguridad...El funcionamiento regular, el respaldo de las marcas y del estado es lo que genera una apariencia jurídica que simplifica su funcionamiento y lo hacen posible...?. Resalta que El fortalecimiento de la apariencia jurídica y de la confianza son esenciales para estos sistemas, que no podrían subsistir tanto si se negara protección jurídica a las marcas, como si se exigiera que el consumidor se comportara como un contratante experto que exigiera pruebas e información antes de usar el servicio?. En cuanto al contenido de la seguridad, el fallo establece que deberá ser la previsibilidad del art. 902 del Cód. Civil, entendiendo que el concesionario es un profesional en su participación en el mercado. En dicha inteligencia, la existencia de animales en las rutas resulta previsible para la empresa concesionaria, y no libera de responsabilidad pues se encuentra dentro del riesgo propio y específico de la actividad económica desarrollada, no excluyendo la del dueño del animal, cuando se encuentra identificado, pues concurre con la responsabilidad del concesionario (Ghersi-Weingarten, Ob.cit. pág. 642).? Comparto en definitiva el criterio que sostiene que el vínculo que se establece entre el concesionario y el usuario de una ruta de peaje es una relación contractual de derecho privado que hace nacer una

obligación objetiva de seguridad a cargo del primero, que es de fuente constitucional (cit. art. 42 de la Constitución Nacional) y legal (art. 5 ley 24999; ley 24240), de manera que enlaza al usuario con el concesionario vial una típica relación de consumo, por la cual la responsabilidad de este último se encuadra en el régimen contractual (CSJN, in re: "Ferreira", op. cit.; CNCiv., Sala F, in re: "Greco, Gabriel c. Caminos del Atlántico s/ daños", del 13.3.2000, voto de la Juez Highton; Lorenzetti, Ricardo L., "Concesionarios viales ¿En qué casos hay responsabilidad?", Rev. de Derecho de Daños, nro.3, Accidentes de tránsito-III, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, pág. 157 y ss; CNCom Sala B; 25/08/2003 CAUSA 86771/95 - "D'Onofrio Vanesa Graciela c/Caminos Del Atlántico SACV s/sumario" - eDial.com AA1A46).? En dicha inteligencia y analizando el caso en tratamiento a la luz de los conceptos expuestos, considero al igual que el primer juzgador, que la empresa demandada es responsable por los perjuicios sufridos por los coactores, con fundamento en la deficiencia del servicio prestado; teniendo en cuenta que pesaba sobre la concesionaria toda medida tendiente a resguardar la seguridad y adecuada circulación en el corredor vial. En efecto, se acreditó acabadamente el mantenimiento defectuoso de la ruta concesionada en el lugar del hecho, así como la deficiencia de las medidas de seguridad adoptadas en la emergencia. La correcta señalización de la vía que se menciona en las actas policiales, no indica en modo alguno que el desnivel o levantamiento de la cinta asfáltica de que se trata estuviera también suficientemente advertido. En cuanto a los argumentos de la empresa demandada y la aseguradora que refieren a la culpa de la víctima como causal de eximición de responsabilidad, al respecto el Código Civil admite en forma expresa como eximente de responsabilidad civil la culpa de la víctima en la producción de su propio daño, tanto en la norma genérica del art. 1111 del Código Civil como en otras disposiciones específicas en las que se particulariza la eximente, como en el caso de autos el art. 1113 del Código Civil, circunstancia ante la cual se coloca a la propia víctima como único responsable material del hecho y, por ende, debe soportar el daño. Esta conducta debe tener incidencia causal adecuada para la producción del resultado, ya que ninguna influencia tiene la conducta culposa si no ha sido la causa adecuada del perjuicio. No habiendo autoría, mal puede formularse juicio de imputación de responsabilidad -objetiva o subjetiva-. El centro de la cuestión debe ser emplazado en torno a la relación de causalidad no se trata de ponderar culpas sino autorías materiales (Daniel Pizarro, en Código Civil y normas complementarias, Comentado, anotado y concordado; T 3º, dirección Alberto Bueres, Coordinación Elena Highton, Editorial Hammurabi, p 566 y ss). Analizando entonces el accionar que desplegó Figueroa como conductor del Ford Falcon al tiempo del hecho, no puede más que concluirse su falta de culpa, desde que no se acreditó que circulara a excesiva velocidad -más allá de la permitida-, ni que efectuara ninguna maniobra negligente o imprudente en la ocasión, como tampoco que su rodado se encontrara en anormales condiciones de mantenimiento. Seguidamente, corresponde avocarse al tratamiento de las partidas indemnizatorias, en los términos de los agravios traídos a consideración de este Tribunal.

VII. La indemnización. Liminarmente he de advertir, a los fines de la estimación de los montos resarcitorios, que en el escrito de inicio las sumas peticionadas fueron supeditadas a ¿lo que en más o en menos resulte de las pruebas a producirse en estos autos? (fs. 23). Asimismo, que a fs. 755 fue declarado desierto el recurso de apelación interpuesto por la parte actora; expresando agravios la Sra. Defensora de Menores en cuanto atañe a su defendido. A) Incapacidad sobreviniente (daño físico, psíquico y tratamiento). La incapacidad sobreviniente es el perjuicio que consiste en las limitaciones a la capacidad genérica que son consecuencia de las lesiones experimentadas por la víctima al producirse el accidente, exigiendo el resarcimiento del perjuicio patrimonial sufrido por el damnificado la consideración prudencial de los aspectos a ella referidos (edad, sexo, actividad, grado de instrucción, etc.), gozando el arbitrio judicial de un amplio margen de apreciación. Comprende, en consecuencia, la merma genérica en todas las esferas de su personalidad y constituye, por tanto, un quebranto patrimonial indirecto. Así como toda disminución de la integridad física humana debe ser materia de resarcimiento, hay que admitir que cualquier merma de las aptitudes psíquicas de un individuo constituye también un daño resarcible. En este aspecto, se configura la lesión psíquica mediante la alteración de la personalidad, es decir, la perturbación profunda del equilibrio emocional de la víctima que guarde adecuado nexo causal con el hecho dañoso y que entrañe una significativa descompensación que perturbe su integración en el mundo social. En esa inteligencia, corresponde a mi criterio colegir la total autonomía e independencia entre el daño psíquico y el moral. Uno importa un menoscabo a la salud psíquica e integra el concepto de incapacidad, mientras que el otro repercute en los sentimientos del damnificado. Por otro lado, el tratamiento conjunto de los reclamos que los accionantes efectuaran por daño físico, psíquico y tratamiento, no representa agravio para la parte si son ponderados adecuadamente dichos conceptos. Para fijar el respectivo quantum indemnizatorio se ha resuelto que debe tenerse en cuenta no sólo de qué manera incide su gravitación en las aptitudes de la víctima para el trabajo futuro o en la frustración de obtener beneficios económicos, pues esa incidencia no es única ni exclusiva a los fines resarcitorios, sino además de qué manera gravita en todos los demás aspectos de la personalidad de la víctima (v. esta Sala Exptes. 101.557/97; 31.005/01; CNac.Civ., Sala F, 21/11/02, JA 2003-IV- síntesis; CCiv. Y Com. Morón, Sala 1a, 1/10/02, JA 2003-II-síntesis; Id., Sala 2a. 20/2/03, JA 2003-IV-262; C.Nac.Civ., Sala H, 23/5/02, JA 2003-I-síntesis, entre muchos otros). Ello por cuanto su afectación se proyecta necesariamente al futuro, cercenando o menoscabando probabilidades de desenvolvimiento, éxito o inserción en el mundo

de relación ( conf. Zavala de González, Daños a las Personas - Integridad Psicofísica, T 2a., pág. 41). Asimismo, sabido es que existiendo entre el daño y el accidente relación de causalidad, en caso de surgir de la peritación idónea al efecto la necesidad de apoyo psicológico, los responsables del hecho deben cargar con las erogaciones necesarias a fin de lograr la disminución de las secuelas producidas o evitar un agravamiento del cuadro. La procedencia de estos gastos no obsta a que tenga lugar el resarcimiento por la incapacidad padecida, ni que exista por dicha causa duplicación de reparaciones, puesto que una cosa es resarcir la minoración permanente de aptitudes y otra cubrir con una terapia adecuada la posibilidad de que empeore el estado del peticionante. Ahora bien, para que procedan los reclamos en estudio, resulta de fundamental importancia la existencia de un daño cierto resarcible que indique que el hecho generador ha provocado secuelas de carácter discapacitante, con clara relación causal. En este orden de ideas, se hace necesario señalar que es precisamente la opinión de los expertos en la materia la adecuada para tener en cuenta a los efectos de estudiar la procedencia o no de los conceptos en tratamiento. A tal fin, cabe atenerse a las constancias obrantes en la causa y experticias médicas, que valoro y acepto en los términos de los arts. 386 y 477 del C.P.C.C.N. Pues bien, en la experticia de fs. 508/ 510 producida por la profesional designada de oficio, surge que los actores presentaron un grave accidente en la vía pública. En el caso de Figueroa José Luis, Carolina González y P. J. Q., evidenciaron politraumatismos con pérdida de conocimiento y fractura. Padecieron una incapacidad transitoria de casi 100 % y, al momento del peritaje, 20 % para Carolina González y 10 % para P. Q. por limitación funcional a la movilidad de miembro inferior, presencia de cicatriz tortuosa antiestética y 8% para José Luis Figueroa por limitación funcional de cadera, con predominio lado derecho. En lo que atañe a J. J. F., no se evidenció al peritaje daño secuelar en el orden físico, sólo la presencia de cicatriz en área frontal. En la contestación a las impugnaciones a fs. 570, la experta ratificó la incapacidad física otorgada, la cual -reitera- guarda relación con la litis en cuestión. El señor José Luis Figueroa presentó fractura de cadera derecha con limitación a la movilidad. J. P. Q., politraumatismos varios con fractura de fémur izquierdo. Carolina González, fractura de fémur derecho y rama izquiopubiana, con varias interurrencias durante su internación, hematuria, anemia, etc. En cuanto al aspecto psíquico, a fs. 363/ 370, la perito psicóloga designada de oficio determinó, conforme a la evaluación conjunta del material psicológico obtenido, que José Luis Figueroa padece, a partir del hecho mencionado en autos, un trastorno adaptativo, en tanto el accidente sufrido impactó traumáticamente sobre su integridad psicofísica. De acuerdo a la patología, corresponde un 15 % de incapacidad. Se considera necesaria la realización de una psicoterapia con una frecuencia semanal, de un tiempo aproximado de un año de duración. Respecto de Carolina Jaqueline González, llegó a la conclusión que posee una estructura de personalidad neurótica, con síntomas asociados a cuadro de Trastorno por estrés postraumático, con recurrentes signos de angustia ante el recuerdo de la situación conflictiva por la cual atravesó. Con una incapacidad de un 20 %, ubicando el daño como parcial y permanente y afectando la vida de la actora. Estima necesario la realización de un tratamiento a fin de elaborar el suceso, con una duración de doce meses y dos sesiones semanales. En cuanto a P. J. Q., sostuvo que padece -a partir del accidente- una dolencia psíquica reactiva, que puede ser considerada como desorden o trastorno por estrés postraumático y que el porcentual de incapacidad estaría en el 10 %. Recomienda tratamiento psicológico individual, con el fin de elaborar la vivencia sufrida, el que estima de un año, con una frecuencia de una vez por semana. Por último, respecto de J. F., adujo que el accidente sufrido y las consecuencias en su entorno próximo -padres- no han sido ajenas al niño; su vida se vio alterada y modificada abruptamente. Refiere que el menor se encuentra en proceso de estructuración psíquica, su aparato esta en constitución, siendo imposible un diagnóstico definitivo y, si bien no se cuenta con un baremo para niños, se trata de realizar equivalencias de los cuadros infantiles a los cuadros psicopatológicos de los adultos para cuantificar el daño. Lo expuesto es compatible con Trastorno por estrés postraumático, con un porcentaje atribuible del 20 % que se vincula a la falta de defensas psicofísicas que presenta un niño a esa edad. Recomienda tratamiento de 18 meses, a una sesión semanal, con equipo especialista en intervenciones tempranas. En la contestación a las impugnaciones a fs. 487/ 491, la perito aclaró que la incapacidad psíquica que presentan los actores es permanente, en relación a un cuadro psicopatológico desde el punto de vista jurídico irreversible (cronicidad) o consolidado jurídicamente. Los fundamentos para los diagnósticos arribados, los grados de incapacidad valorados para cada caso y el carácter permanente de los mismos, se halla en correspondencia con los datos objetivados en la evaluación realizada. Señaló también que queda claro que, en el caso, nos encontramos con examinados que antes del hecho podían manejarse normalmente, no exhibían aspectos mórbidos previos; no hay antecedentes psiquiátricos, depresivos, ni fóbicos. Debe destacarse que si bien el dictamen pericial no obliga al juez, cuando está suficientemente fundado y uniforme en sus conclusiones debe acordársele valor probatorio. La sana crítica aconseja seguir el dictamen pericial cuando no se oponen a ello argumentos científicos y técnicos, legalmente bien fundados, por lo que debe reconocerse plena validez a este tipo de prueba que recae sobre hechos controvertidos sustancialmente técnicos para cuya valoración se requieren conocimientos especiales, pudiendo sus conclusiones solo ser enervadas por fundadas razones científicas y no por la mera opinión discordante de profanos en la materia o sobre la base de meras divergencias subjetivas (conf. expte. n° 37.715/04 de esta Sala, entre otros). En función de lo expuesto, meritando las condiciones personales de los

damnificados, situación socio-económica (conf. BLSG expte. N° 79.985/ 2012), las objetivas del evento dañoso, la naturaleza de las lesiones padecidas y la incapacidad física y psíquica que presentan en relación causal con el accidente de autos, es que si mi voto es compartido, propongo al Acuerdo confirmar la procedencia y sumas acordadas en la instancia de grado a favor de José Luis Figueroa (\$ 50.000), Carolina González (\$ 80.000) y P. J. Q. (\$ 40.000) por daño físico y psíquico, y las determinadas a éstos por tratamiento psicológico ( \$ 14.400, \$ 28.800 y \$ 9.600, respectivamente), aun considerándolas excesivamente reducidas, por no existir agravio de los accionantes. En cuanto al menor J. J. F., propongo al Acuerdo hacer lugar al rubro daño psíquico en forma autónoma, por el que fijo la suma de pesos doscientos mil (\$ 200.000) -conf. art. 165 del CPCCN-, confirmando la establecida por tratamiento psicológico (\$ 14.400) sobre la que no se agravia la Sra. Defensora. B) Daño Moral. Existe daño moral indemnizable cuando hay una lesión o agravio a un interés jurídico no patrimonial, es decir un menoscabo a bienes extrapatrimoniales. El derecho no resarce cualquier dolor, humillación, padecimiento sino aquello que sea consecuencia de la privación de un bien jurídico sobre el cual el dolorido tenía un interés reconocido jurídicamente (conf. Zannoni, "El daño en la responsabilidad civil", pág. 234/235; Brebbia, "Daño moral", pág. 47; art. 1078 del Código Civil). El agravio moral está constituido por la lesión a las afecciones íntimas del damnificado, los padecimientos que experimenta, la duración de su convalecencia y la incertidumbre sobre el grado de restablecimiento. Es así que, considerando las condiciones subjetivas de los coactores, entidad de las lesiones sufridas, la incapacidad que padecen, tratamientos recibidos y demás circunstancias que surgen de la causa, es que propongo al Acuerdo confirmar la procedencia y cuantías asignadas a José Luis Figueroa (\$ 30.000), Carolina González (\$ 50.000) y P. J. Q. (\$ 25.000), aun considerándolas excesivamente reducidas, por no existir agravio de los nombrados, e incrementar la suma acordada en la anterior instancia a favor de J. J. F. (\$ 30.000 -comprensiva de daño psíquico-) a la de pesos cien mil (\$ 100.000) -conf. art. 165 del CPCCN-, teniendo en cuenta que se indemniza autónomamente el daño psíquico, como quedó dicho. C) Gastos de farmacia, médicos y de traslado. Es dable recordar que para la procedencia de tales reclamos no se requiere prueba cierta y determinada y deben ser abonados cuando es presumible su existencia en virtud de la índole de las lesiones sufridas. Siendo ello así, la determinación de su monto ha de quedar librada al prudente arbitrio judicial por aplicación de lo dispuesto por el art. 165 del Cód. Procesal, gravitando para ello factores tales como el lugar donde fue atendida la víctima, importancia y extensión de las lesiones, etc. Es por ello que, atento las constancias de la causa, teniendo en consideración las lesiones que sufrieran los damnificados; la circunstancia que la atención en hospital público o por intermedio de obras sociales no implica la gratuidad de todos los medicamentos y prestaciones; sumado a los traslados que hubieron de realizar durante su recuperación; es que propongo al Acuerdo confirmar la procedencia del rubro y las sumas acordadas por el a-quo (\$ 4.000 a cada reclamante), sobre la que no existe agravio de la actora, con excepción de la concedida a J. J. F. que se eleva a la suma de pesos seis mil (\$ 6.000) -conf. art. 165 del Ritual-. VIII.- Tasa de interés aplicable. El magistrado de grado aplicó un interés del 8 % anual desde la fecha del hecho hasta el 31/7/2015 y, desde la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación (1/8/2015) al efectivo pago, la tasa activa establecida en el plenario ?Samudio?. La citada en garantía se queja de tal determinación y solicita que la tasa activa se aplique desde el momento en que eventualmente se incurra en mora en el pago de los conceptos indemnizatorios otorgados y, hasta dicho momento se fijen a la tasa pasiva del Banco Central. La Sra. Defensora de Menores, en representación de J. F., peticiona se establezca la tasa activa desde la fecha del fecho. Entiendo que le asiste razón a la representante pupilar y no así a la aseguradora. Debe señalarse que en el Acuerdo Plenario celebrado el día 20 de Abril de 2009 en autos ?Samudio de Martínez, Ladislaa c/ Transportes Doscientos Setenta S.A. s/ daños y perjuicios?, se resolvió dejar sin efecto la doctrina fijada en los fallos plenarios ?Vázquez, Claudia Angélica c/ Bilbao Walter y otros s/ daños y perjuicios? - del 02/08/93 - y ?Alaníz Ramona Evelia y otro c/ Transportes 123 SACI interno 200 s/ daños y perjuicios? -del 23/03/04 - y establecer la tasa de interés moratorio, correspondiendo aplicar la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, con cómputo desde el inicio de la mora hasta el cumplimiento de la sentencia, salvo que su aplicación en el período transcurrido hasta su dictado implique una alteración del significado económico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido. Esta Sala ya se ha pronunciado en el sentido que el juez en la sentencia fija un quantum, lo que de ningún modo es igual al momento a partir del cual la obligación se hace exigible, teniendo en cuenta que la no liquidez de la suma no implica la no exigibilidad y, por tanto, es desde la mora -en el caso, el hecho- que resulta computable (conf. Expediente N° 71.896/2003, ?Latorre Costa, José Alfredo c. Osperyh y otros s/Daños y perjuicios?, del 2 de julio de 2009, con voto preopinante de la Dra. Hernández). En definitiva, de establecerse una tasa menor se estaría premiando al deudor por el tiempo transcurrido entre el hecho y la sentencia firme que decide su pago. Como ha señalado la Sala H en autos ?Fragoso c/ Construed SA s/ daños y perjuicios? (22/04/03) ?...una tasa inferior a la de plaza provoca un beneficio para el deudor moroso que aumenta a medida que el proceso se dilata, mientras que una tasa acorde a la del mercado constituye un estímulo que es el deseable, en tanto se ajusta a la garantía insita en el art 18 de la Constitución Nacional?. En otro orden de ideas, la Dra. Hernández, la Dra. Díaz y el Dr. Ameal

se han pronunciado en sus fundamentos al voto que dieran en el plenario respectivo, en lo referente a la excepción en él señalada, en el sentido que no resulta aplicable a supuestos como el de autos, en base a las consideraciones que ya expusieran en votos a fallos de esta Sala ( ver exptes. N° 43.604/02 y 48.738/02), que me permito reproducir, adhiriéndome a dicha posición. En efecto, conjuntamente con los Dres. Sansó, Mizrahi, Ramos Feijóo, Díaz Solimine, Vilar, Zannoni, Mattered, Wilde, Verón y Pérez Pardo, sostuvieron en aquella oportunidad que la salvedad del último punto de la doctrina del plenario provoca cierta perplejidad. ¿Cómo es posible sostener que la aplicación de la tasa de interés activa implica nada menos que una alteración del significado económico del capital de condena que configura un enriquecimiento indebido? Se dijo: "En esa cuestión, la salvedad sólo tendría significación en los casos en que el capital de condena se tradujese en sumas actualizadas por índices que miden la depreciación monetaria acaecida entre la mora, o el día en que se produjo el perjuicio objeto de reparación, y el dictado de la sentencia. Esto así porque, en ese supuesto, la actualización monetaria ya habría recuperado el valor del capital. Si a dicho capital de condena, por hipótesis actualizado, se le adicionara una tasa activa que incluyese el plus destinado a recomponer, justamente, el valor del capital, se originaría un enriquecimiento sin causa pues se estaría condenando a cargar no sólo con la depreciación monetaria, sino con un interés cuya tasa la computa nuevamente. Es decir, se obligaría al deudor a pagar dos veces por la misma causa. Tales fueron los fundamentos que llevaron, en la década de los setenta, a consagrar tasas de interés "puro" que excluían la prima por la desvalorización monetaria que ya había sido calculada al actualizarse el capital mediante el empleo de índices?". "A partir de la ley 23.928, en 1991, quedó prohibida toda "indexación" por precios, actualización monetaria, variación de costos o cualquier otra forma de repotenciación de las deudas, prohibición que ha mantenido el art. 4, vigente ley 25.561, denominada de emergencia económica. "En ningún caso dice esta última norma se admitirá actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deudor". "De tal modo el capital de condena no es susceptible, hoy, de estos mecanismos de corrección monetaria, que en su origen fueron propiciados exclusivamente para las llamadas obligaciones de valor que se liquidan en dinero y que con la hiperinflación que azotó a nuestra economía durante décadas se generalizó a todas las obligaciones dinerarias. En tal sentido, los fallos plenarios dictados por la Cámara Nacional en lo Comercial (13/4/1977) y por esta Cámara (in re "La Amistad S.R.L. v. Iriarte, Roberto C." del 9/9/1977), siguiendo pronunciamientos anteriores de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ejercieron un efecto multiplicador de la crisis inflacionaria. Y fue en ese contexto que se elaboraron criterios relativos al cálculo del interés "puro", que oscilaba entre el 6 %, el 8 % y hasta el 15 % anual?". "El contexto actual no es, por fortuna, aquél. La circunstancia de que, cuando se trata de resarcimientos derivados de hechos ilícitos, el juez en la sentencia estima ciertos rubros indemnizatorios a valores actuales como suele decirse, a los fines de preservar en equidad el carácter resarcitorio de la indemnización, no significa que se "indexen", o sea actualicen, los montos reclamados en la demanda mediante la aplicación de índices de depreciación monetaria. Tales procedimientos de actualización están prohibidos, se reitera, por las leyes antes citadas. Y aunque pudiera argumentarse que, aun así, la obligación de resarcir daños constituye una típica obligación de valor que se liquida en dinero, según la clásica nomenclatura, existe consenso por lo menos a partir del dictado de la ley 23.928 que los montos liquidados por quien reclama el resarcimiento en juicio, constituyen parámetros que deben respetarse en acatamiento del principio de congruencia, salvo lo que, en más o en menos, surja de la prueba producida durante el proceso?". "Con ese mismo criterio se aceptó, desde 1992, aplicar a falta de un pacto o convenio de intereses, la tasa pasiva promedio que mensualmente publica el Banco Central de la República Argentina y que entre ese año y el 2004, estuvo por encima de los precios al consumidor, lo cual no ocurre en la actualidad. Como señaló la mayoría del tribunal al responder a la primera pregunta del acuerdo plenario, una tasa que se encuentra por debajo de los índices inflacionarios no sólo no repara al acreedor sino que beneficia al deudor que dilata el pago de la deuda?". "Por todo lo que sucintamente quedo expuesto, se entiende que la salvedad que se hace al responder a la última pregunta que se formuló en el acuerdo no es operante en este contexto; dicha salvedad queda confinada al hipotético caso de que, en el futuro, se autorizara la repotenciación de un capital de condena, lo que, en principio, no es posible hacer actualmente, en acatamiento del derecho vigente?". "Es por ello que, desde "el inicio de la mora", ya sea que la obligación pertenezca a la órbita contractual o aquiliana, "hasta el cumplimiento de la sentencia" quedó determinada una regla general: aplicar al cálculo de intereses moratorios (art. 622 del Código Civil) la tasa activa. Dicho aserto no admite cuestionamiento?". "El enriquecimiento indebido, especie del enriquecimiento sin causa, funciona como principio general de derecho que representa un llamado abstracto a la justicia, que debe primar en todo ordenamiento jurídico?". "Pero dicho principio, como tal, adolece de una vaguedad e imprecisión notorias, que dificultan su aplicación a situaciones concretas que se dan en la práctica de las relaciones jurídicas?". "No obstante, aun derogadas en un futuro hipotético las leyes que prohíben la actualización por repotenciación de deuda, a efectos de otorgarle virtualidad a la excepción a la regla general resuelta en el plenario, es necesario que se den ciertos presupuestos: la coexistencia de un enriquecimiento de una parte y un empobrecimiento de la otra, relación causal entre ambos e inexistencia de una justa causa que avale la variación operada entre los patrimonios del deudor moroso y su acreedor, que altere el

significado económico del capital de condena por aplicación de una tasa distinta a la activa en el cálculo de los intereses moratorios, todo lo cual deberá ser debidamente solicitado y acreditado por el interesado?. ¿Ello así, por cuanto la facultad morigeradora de oficio es propia cuando en virtud del principio de autonomía de la voluntad (art. 1197) las partes pactaron intereses punitivos exorbitantes en caso de mora del deudor, pero de ningún modo cuando se trata del supuesto contemplado por el art. 622 del Código Civil, atento al principio dispositivo del proceso; la naturaleza patrimonial de la acción ejercida y las reglas respecto de la carga probatoria establecida en el art. 377 del Código Procesal?. Por los fundamentos vertidos, se dispone la aplicación sobre el capital de condena, de la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina desde la mora, aquí, desde el hecho y hasta el efectivo pago, en lo que atañe a las sumas fijadas a favor del menor F. J. J.; confirmándose lo establecido por el a-quo respecto de los restantes coactores por no existir agravio de su parte sobre el particular.

IX.- Extensión de la condena a Testimonio Compañía de Seguros S.A. El magistrado de grado amplió a fs. 705 la parte dispositiva del fallo, disponiendo que la citada debe responder conforme el aseguramiento (U\$S 12.500.000, deducible a cargo del asegurado U\$S 70.000). Si bien no desconozco la ventaja que se atribuye a las pólizas con franquicia, al estar conformadas por un costo menor del seguro, debemos recordar que los contratos como regla general no pueden perjudicar a terceros, tampoco pueden oponerse ni ser invocados por ellos (art. 1195 y art. 1199 del Código Civil). Ergo, el contrato rige la relación jurídica entre los contratantes, excluyendo a los terceros: res inter alios acta. Explica Stiglitz que esta regla nunca quiso decir que las convenciones no ejerzan repercusión contra los terceros, sino solamente que no pueden hacer nacer un derecho en contra o en favor de un tercero, esto es que carecen de aptitud para convertir a una tercera persona en acreedora, deudora o propietaria; solución perfectamente racional: si el contrato es una ley, es una ley entre las partes. En síntesis, el principio general que emana del art. 1195 del Código Civil, se aplica a lo que se ha dado en denominar ¿verdaderos terceros?, que son jurídica y definitivamente extraños a las partes contratantes (Stiglitz, Rubén Derecho de Seguros, 5 edición La Ley 2008, p.118). Así, toda vez que la norma transcrita está inspirada en la protección a la integridad del patrimonio del asegurado, no hay duda en que la franquicia desvirtúa la función señalada. En tal sentido esta Sala, con el voto de mi distinguido colega Dr. Ameal, sostuvo que el seguro no tiene como único propósito defender al asegurado evitándole una grave pérdida económica, sino también proporcionar a la víctima el resarcimiento rápido e integral. El Estado, la seguridad jurídica y la sociedad toda no pueden permanecer indiferentes ante el derecho insatisfecho del damnificado por razones que, aunque sean valederas entre el asegurador y asegurado, a él le son por completo ajenas. Ello por cuanto la relación entre aquellos es, frente a la víctima, res inter alios acta y por lo tanto irrelevante a los fines de restablecer el derecho del tercero amparado por la ley imperativa (conf. ¿Alvarado, Fernando José c/ Lua ART la Uruguay Argentina SA ART y otros s/ daños y perjuicios? de fecha 6 de septiembre de 2006). En consecuencia, dado que el seguro por responsabilidad civil se perfecciona entre asegurado y aseguradora, y siendo el damnificado un tercero ajeno a esta relación, propongo al Acuerdo modificar la sentencia de grado en el sentido de decretar la inoponibilidad de las limitaciones del aseguramiento a la víctima, en este caso J. J. F. (por no haberse agravado los restantes coactores sobre el punto), sin perjuicio claro está, de la acción de regreso por el importe de aquélla con la que cuenta la aseguradora.

XI.- Por último, en cuanto al planteo de la citada en garantía en relación a la imposición de costas, solicitando se haga efectiva la aplicación de lo dispuesto por el art. 505 del Código Civil, he de señalar que tal normativa -hoy art. 730 del CCyCN- que limita la responsabilidad del deudor frente a la obligación de asumir las costas devengadas hasta el 25% del monto de la sentencia, conforma una cuestión que deberá ser planteada en la etapa de ejecución, en donde se practicará la liquidación correspondiente y, en su caso, el prorrateo que pudiera corresponder. Por las consideraciones expuestas, en caso de que mi voto fuera compartido por mis colegas de Sala, propongo al Acuerdo: 1) Modificar la sentencia apelada en el sentido de incrementar los montos reconocidos a J. J. F. en concepto de ¿daño moral? y ¿gastos? a las sumas de \$ 100.000 y \$ 6.000, respectivamente; 2) Hacer lugar al rubro ¿daño psíquico? a favor del menor por la suma de \$ 200.000; 3) Modificarla en el sentido de aplicar sobre el capital de condena la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina desde la mora, aquí, desde el hecho y hasta el efectivo pago, en lo que atañe a las sumas reconocidas al menor J. J. F.; 4) Modificarla en el sentido que se declaren inoponibles a la víctima J. J. F., los límites del aseguramiento denunciados; 5) Confirmarla en todo lo demás que decide, manda y fuera materia de agravio y, 6) Imponer las costas de Alzada a la demandada y aseguradora vencidas (art. 68 del Código Procesal). El Dr. Ameal por las consideraciones y razones aducidas por el Dr. Álvarez, votan en igual sentido a la cuestión propuesta. - La Dra. Verón dijo: En cuanto a los réditos aplicables sobre el capital de condena, comienzo por señalar que si bien para la doctrina y jurisprudencia mayoritaria vigente en el fuero corresponde aplicar desde el inicio de la mora y hasta el efectivo pago del capital de condena, la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco Nación, ello es así en tanto y en cuanto su aplicación en el período transcurrido hasta el dictado de la sentencia no implique una ¿alteración del significado económico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido?. En el caso sub examine considero que la aplicación de la tasa activa importa la alteración del ¿significado económico?

del capital de condena, por lo que configura un enriquecimiento indebido (esta Sala in re ?Stazi, Nora Susana c/ Expreso San Isidro SATCIFI y otros s/ Ds. y Ps.?, Expte. N° 15.030/2.009, del 05/4/2.018; ídem, ?Ruiz, Fernando c/ Bellotto, Luciano s/ Ds. y Ps.?, Expte. N° 22.052/2.014, del 24/11/2.016; ídem, ?Vallejo, Dalio Simón y otro c/ Tecnipisos S.A. s/ Ds. y Ps.?, Expte. N° 36.555/2.012, del 05/11/2.015; ídem, ?Vallejo, Dalio c/ Tecnipisos S.A. s/ Ds. y Ps.?, Expte. N° 36.555/2.012, del 05/11/2.015; ídem, ?Gutiérrez, Luis c/ Luciani, Daniela s/ Ds. y Ps.?, Expte. N° 69.941/2005, del 10/8/2010, entre muchos otros). Cabe destacar que en autos se fijan montos indemnizatorios a ?valor actual?, por lo que aquí se produce la cristalización de un quid, no el reconocimiento de un quantum, de allí que en la especie retrotraer la aplicación de la tasa activa ?a partir de cada daño objeto de reparación? importaría incurrir en un desplazamiento patrimonial injustificado. Equivaldría a computar dos veces la ?desvalorización? o ?depreciación? monetaria: una en oportunidad de fijar montos en la sentencia de grado (cristalización) y otra a través de la aplicación de una tasa de interés (la activa) que ya registra ese componente en su misma formulación. Ello implica que la tasa activa no debe computarse cuando su aplicación en todo el período transcurrido ?implique una alteración del significado económico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido?. En definitiva, a los efectos de no llevar a un enriquecimiento sin causa del peticionante y al correlativo empobrecimiento de su contraria, situación que no puede merecer amparo jurisdiccional, corresponde que desde la fecha de la mora hasta la fecha de la sentencia definitiva de la primera instancia se devenguen intereses calculados mediante la aplicación de la tasa pasiva B.C.R.A., y recién a partir de allí y hasta el pago efectivo, se liquidarán con sujeción a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina. En lo demás, adhiero al voto del Dr. Álvarez.- Bue nos Aires, de octubre de 2018.- Y visto lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo transcrito precedentemente, por mayoría de votos el Tribunal decide: 1) Modificar la sentencia apelada en el sentido de incrementar los montos reconocidos a J. J. F. en concepto de ?daño moral? y ?gastos? a las sumas de \$ 100.000 y \$ 6.000, respectivamente; 2) Hacer lugar al rubro ?daño psíquico? a favor del menor por la suma de \$ 200.000; 3) Modificarla en el sentido de aplicar sobre el capital de condena la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina desde la mora, aquí, desde el hecho y hasta el efectivo pago, en lo que atañe a las sumas reconocidas al menor J. F.; 4) Modificarla en el sentido que se declaren inoponibles a la víctima J. J. F., los límites del aseguramiento denunciados; 5) Confirmarla en todo lo demás que decide, manda y fuera materia de agravio y, 6) Imponer las costas de Alzada a la demandada y aseguradora vencidas (art. 68 del Código Procesal). Difiérase la regulación de honorarios para una vez aprobada en autos la liquidación definitiva (art. 279 Cod Procesal). Regístrese de conformidad con lo establecido con el art. 1° de la ley 26.856, art. 1 de su Decreto Reglamentario 894/2013 y arts. 1, 2 y Anexo de la Acordada 24/13 de la CSJN. La difusión de la presente resolución se encuentra sometida a lo dispuesto por el art. 164, segundo párrafo del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y art. 64 del Reglamento para la Justicia Nacional. En caso de su publicación, quien la efectúe, asumirá la responsabilidad por la difusión de su contenido. Regístrese, notifíquese por secretaría y cumplido ello, devuélvase a la instancia de grado. OSVALDO ONOFRE ALVAREZ - OSCAR J. AMEAL - BEATRIZ A. VERON - JULIO A M. RAMOS VARDE (SECRETARIO). Es copia.- Correlaciones: Schneider, Francisco Daniel c/Cinco Vial SA s/daños y perjuicios - Cám. Nac. Civ. Sala K - 09/04/2018 - Cita digital IUSJU028471E 033908E