

## Danos Y Perjuicios Accidente De Transito Transporte De Pasajeros Inoponibilidad De La Franquicia A La Victima

### JURISPRUDENCIA

Daños y perjuicios. Accidente de tránsito. Transporte de pasajeros.

Inoponibilidad de la franquicia a la víctima                      Se cuantifican las partidas otorgadas a la actora a raíz del accidente protagonizado, en el que fue violenta e imprevistamente embestida en el lateral izquierdo medio de su rodado, por la parte frontal de la unidad de la demandada.                      En Buenos Aires, a 7 de noviembre de dos mil dieciocho, encontrándose reunidos en Acuerdo los Señores Jueces de la Sala ?L? de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil a fin de pronunciarse en el expediente caratulado ?R G D c/ Rocaraza S.A. y otros s/daños y perjuicios? de acuerdo al orden del sorteo la Dra. Pérez Pardo dijo:    I.- Contra la sentencia dictada a fs. 353/360, recurrió el actor por los agravios que expone a fs. 379/382, cuyo traslado no fue contestado y la demandada y su aseguradora por los que esgrime a fs. 384/389, que fueron replicados por los accionantes a fs. 391/395.    II.- En la instancia anterior se hizo lugar parcialmente a la demanda por medio de la cual G D R reclamó la indemnización de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del accidente ocurrido el día 27 de marzo de 2014, siendo aproximadamente las 12:00 hs., cuando circulaba al mando de su vehículo Renault Kangoo, dominio ?, por la calle Manzoni de la localidad de José Ingenieros, Provincia de Buenos Aires. Al emprender el cruce con la calle Ricchieri, ya habiendo traspuesto más de la mitad de dicha arteria, fue violenta e imprevistamente embestido en el lateral izquierdo medio de su rodado, por la parte frontal del interno 2561 de la línea de colectivos 146, patente ?, que transitaba a elevada velocidad por ésta última, provocando que su vehículo sea desplazado sobre la vereda e impactara contra un poste, causándole las lesiones por las que reclama.    Para así decidirlo, el a quo consideró de aplicación el artículo 1113 del C.C., segundo párrafo y que los accionados no lograron acreditar ninguna de las eximentes previstas por la citada norma.    III.- La parte actora cuestionó los montos fijados en concepto de indemnización por incapacidad sobreviniente y tratamientos psicológico y fisioterapéutico.    Por su parte, la demandada y su aseguradora, se agraviaron por considerar elevada la suma indemnizatoria fijada en concepto de incapacidad psicofísica y tratamiento psicológico, por la tasa de interés fijada y por la declaración de inoponibilidad de la franquicia opuesta por Argos Mutual de Seguros del Transporte Público de Pasajeros.    IV.- Tendré en cuenta la normativa vigente al momento en que sucedieron los hechos para analizar la responsabilidad y sus efectos, por cuanto los efectos de la relaciones jurídicas se rigen por la ley vigente al momento en que éstas se producen (conf. art. 7 CC y C; Kemelmajer en ?La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes?, pág. 32 y sgtes., ed. Rubinzal - Culzoni).    Procederé en primer lugar a tratar las quejas referidas a la responsabilidad, aclarando que los jueces no están obligados a analizar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, ni tampoco cada medida de prueba; sino solamente aquellas que sean conducentes y posean relevancia para decidir el caso, según la forma en que ha quedado trabada la relación procesal (CSJN, Fallos: 144:611; 258:304, 262:222, 265:301, 272:225, 274:113, 276:132, 280:3201, 303:2088, 304:819, 305:537, 307:1121, entre otros).    V.- No cuestionada la responsabilidad atribuída en la instancia de grado a los accionados, me avocaré en primer término al tratamiento de los agravios vertidos por las partes.    a) En la sentencia recurrida se fijó la suma de pesos ciento ochenta mil (\$ 180.000) en concepto de indemnización por incapacidad psicofísica y la de pesos veinticuatro mil (\$ 24.000), para tratamientos psicológico y fisioterapéutico futuros, suma que el actor considera insuficiente.    En mi criterio, la incapacidad sobreviviente se configura cuando se verifica una disminución en las aptitudes tanto físicas como psíquicas de la víctima. Esta disminución repercute en la víctima tanto en lo orgánico como en lo funcional, menoscabando la posibilidad de desarrollo pleno de su vida en todos los aspectos de la misma, y observándose en el conjunto de actividades de las que se ve privada de ejercer con debida amplitud y libertad. Estas circunstancias se proyectan sobre su personalidad integral, afectan su patrimonio y constituyen inescindiblemente los presupuestos para determinar la cuantificación del resarcimiento, con sustento jurídico en disposiciones como las contenidas en los arts. 1068 y 1109 del Código Civil y las actuales 1737 a 1740 y conc. del CCyC. Por tanto, es claro que las secuelas permanentes, tanto físicas como psíquicas y sus correspondientes tratamientos, quedan comprendidos en la indemnización por dicha incapacidad. Ello se debe a que la capacidad de la víctima es una sola, por lo que su tratamiento debe efectuarse en igual modo.    Asimismo, para que el daño psíquico sea indemnizado dentro de la incapacidad sobreviniente e independientemente del moral, debe configurarse como consecuencia del siniestro objeto de autos, por causas que no sean preexistentes y en forma permanente. Se da en una persona que presente luego de producido el hecho, una disfunción, un disturbio de carácter psíquico permanente. En conclusión, se presenta cuando se acredita una modificación definitiva en la personalidad de la víctima, una patología psíquica que se origina en el hecho o que importa un efectivo daño a la integridad personal y no sólo una sintomatología que aparece como una modificación disvaliosa del espíritu, de los sentimientos y que lo haría encuadrable tan sólo en

el concepto de daño moral. Por tanto, será resarcible dentro de este ítem, cuando sea consecuencia del accidente, sea coherente con éste y se configure en forma permanente. Bajo estos lineamientos entiendo que corresponderá analizar el dictamen pericial de autos. A fs. 258/261, presentó la pericia el médico designado de oficio por el Juzgado, quien luego de analizar los resultados del examen clínico traumatológico y de los estudios complementarios, informó que como consecuencia del hecho objeto de autos, el Sr. G D R, sufrió un traumatismo cerrado de tórax con neumotórax sin fracturas costales, grado II. Y que en el caso de autos, ha quedado como secuela una cicatriz torácica sin operaciones espirométricas. En cuanto al traumatismo de columna cervical denunciado en la demanda, lo consideró probable ya que la mecánica lesional justifica traumatismo en ese segmento; y agregó que seguramente y al no existir lesiones óseas dado el tiempo transcurrido desde el infortunio hasta la evaluación médica (dos años y medio), ha curado sin dejar secuelas indemnizables, ya que no verificó alteraciones anatómo funcionales a la fecha en que revisó a la víctima. Por ello, estimó la incapacidad en el 5%, que calificó como parcial y permanente. Finalmente, consideró innecesaria la realización de un tratamiento fisiokinésico de rehabilitación. En el plano psicológico, a fs. 238/240, obra glosada la pericia psicológica. Allí, la experta señaló que al momento de entrevistarlo, el actor le expresó no recordar cómo salió del vehículo que manejaba y que se sintió sorprendido por la operación que tuvieron que realizarle y por el ambiente hospitalario negativo, que soportó durante los 6 días que duró la internación. También le refirió sentirse angustiado porque no podía hacer natación, ni jugar al fútbol, ni hacer nada de impacto, que tenía el pulmón izquierdo caído y le manifestó la preocupación que le generaba tener temor de realizar actividades físicas que en algún momento fueron placenteras y por sentir que corre riesgo su vida. La perito también afirmó -según dichos del damnificado-, que durante el tiempo que se vio impedida su actividad laboral, tuvo que pedir ayuda económica en su trabajo, a su jefe y a la inmobiliaria para poder pagar el alquiler en cuotas. Así, la licenciada concluyó que el Sr. R presentaba un cuadro de desadaptación producto de lo ocurrido y de las consecuencias físicas y psíquicas que el evento dañoso dejó en él. Relató que se trataba de un joven con un perfil de sujeto que muestra quejas somáticas, que se incrementan ante situaciones de estrés y que estos aspectos afectan la eficiencia en su desempeño laboral, familiar y social. Señaló que este cuadro tenía una relación directa con los acontecimientos y la secuela física que funcionaba como generador del estrés en situaciones determinadas en donde el sujeto sentía peligro o riesgo de vida, afectando su personalidad, al generar un trastorno adaptativo. Por último, afirmó que el siniestro ha dejado una incapacidad del 11 al 20 %, reversible mediante un tratamiento intensivo, cuya realización recomendó, por un lapso de dos años, a un costo aproximado de \$ 700 por sesión (ver fs. 239 vta.). Este dictamen fue impugnado por la citada en garantía a fs. 244/245 (en el plano psicológico) y a fs. 263/264 (en el aspecto médico); no obstante lo cual cada uno de los expertos, a fs. 268/270 y 323 respectivamente, ratificaron fundadamente las conclusiones a las que arribaron en sus informes. Entiendo que el dictamen pericial se encuentra fundado razonablemente en principios y procedimientos técnicos y resulta congruente con el resto de la prueba rendida. Tales circunstancias conducen a aceptar sus conclusiones, al ponderarlo conforme los arts. 386 y 477 del CPCC. Al respecto se ha señalado que cuando la prueba pericial aparece fundada en principios y procedimientos técnicos no objetables la sana crítica aconseja aceptar las conclusiones del perito (Palacio, Lino E., "Derecho Procesal Civil", T. IV p. 720, citado en C.N. Civil, Sala H, "Domínguez Marta Nilda c/Graziano, Jorge Lucio s/daños y perjuicios, 11-7-06, Gaceta de Paz 13/9/06 pág. 5.). En lo atinente a la cuantificación de la incapacidad sobreviniente, corresponde recordar que la indemnización no se determina con cálculos, porcentajes o pautas rígidas. Para supuestos como el de autos, la determinación del monto indemnizatorio se rige por el actual art. 1746 y conc. del CCyC y queda librado al prudente arbitrio judicial, debido a que se trata de situaciones en que varían diferentes elementos a considerar, tales como las características de las lesiones padecidas, la aptitud para trabajos futuros, la edad, condición social, situación económica y social del grupo familiar, etc., siendo variables los parámetros que harán arribar al juzgador a establecer la reparación. En consecuencia encontrándose acreditadas las secuelas señaladas, teniendo en cuenta los dictámenes mencionados, que al momento del siniestro de autos la víctima tenía aproximadamente 23 años, era soltero pero vivía en pareja y tenía un hijo menor de edad, que su conviviente se ocupaba de las tareas de la casa y del cuidado del niño, que él trabajaba con la camioneta de su propiedad que resultó dañada en el hecho debatido en autos, y que vivía en una casa alquilada en la localidad de Castelar, Provincia de Buenos Aires (conf. fs. 238/239 de estos autos y demás constancias del beneficio de litigar sin gastos n° 5704/2016/1), en uso de las facultades conferidas por el art. 165 del Cód. Procesal, por considerar reducida la suma fijada, propondré su elevación a la suma de pesos ciento sesenta mil (\$160.000) comprensiva de daño físico, psíquico y tratamiento psicológico futuro. V.- Los intereses se fijaron desde el día del accidente (27 de marzo de 2014) hasta el efectivo pago conforme la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina. Sobre esto se agravan la empresa de transportes demandada y su aseguradora, quienes sostienen que por haberse fijado las indemnizaciones a valores actuales, corresponde aplicarse la tasa pasiva ó bien, una que sea acorde a la realidad económica del caso y del país, ya que de lo contrario, se configuraría un supuesto de enriquecimiento sin causa del acreedor. Con relación a los intereses de la suma reconocida en concepto de tratamiento psicológico, piden se ordene el cálculo desde que dicha suma sea debida y no desde el hecho.

En el caso, tratándose de una consecuencia no agotada de una relación jurídica que diera origen a la demanda ( art. 7 CCyCN) corresponde confirmar los intereses a la tasa activa desde el momento del hecho y hasta el efectivo pago, pues por imperio del art. 768 del Cód. Civil y Comercial, la tasa para liquidarlos nunca podrá ser inferior a aquella, ya que ante la falta de pago en tiempo y dada las actuales circunstancias económicas, otra solución iría en desmedro del principio de reparación plena del daño causado al cual se refiere el art. 1740 Cód. Civil y Comercial ( conf. CNC Sala B, ?Cisterna c/ Lara s/ ds. y ps.? del 9/11/2017 , en RCyC n° 4, abril 2018 , pág.209). Nótese que si bien el BCRA no ha reglamentado una tasa de interés moratorio para estos casos, judicialmente se ha suplido dicha omisión .Con anterioridad a la vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, regía el art. 622 del CC, y la doctrina emanada del fallo de esta Cámara en los autos ?Samudio de Martinez c/ Transporte Doscientos setenta SA s/ daños y perjuicios? del 20/4/2009 - que fue obligatoria mientras rigió el art. 303 del CC y luego se impuso por su fuerza de convicción - por la cual correspondía aplicar intereses moratorios a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina , desde la mora hasta el efectivo pago. Su aplicación tenía lugar aún cuando el juez estimara ciertos rubros indemnizatorios a valores actuales para preservar en equidad el carácter resarcitorio de la indemnización , pues ello no significaba que los jueces actualizaran los montos de la demanda o aplicaran índices de depreciación monetaria que se encontraban prohibidos desde la sanción de la ley 23.928 ( 1991). Si bien el fallo preveía como excepción que su aplicación en el período transcurrido hasta el dictado de la sentencia, implicara una alteración del significado económico del capital de condena que configurara un enriquecimiento indebido , en mi criterio para que ello resultara procedente debían darse ciertos supuestos ,como ser la derogación de las leyes como la aludida 23.928- mantenida en el art. 4° de la ley 25.561 - que prohibían toda indexación, actualización monetaria o repotenciación de deudas ; y la existencia de otros recaudos que debían solicitarse y acreditarse debidamente por el interesado, como ser la coexistencia de enriquecimiento de una parte y empobrecimiento de la otra, relación causal entre ambos, e inexistencia de una justa causa que avalara la variación operada entre los patrimonios del deudor moroso y del 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 (conf. fundamentos que suscribí en el plenario mencionado ; también CNC Sala K, ?Hausbauer c/ Iriarte? del 8/7/2013 en LL Online AR/JUR/41876/2013). De modo que desde antes de la vigencia del nuevo Código Civil y Comercial sostenía la aplicación de la tasa activa para todas las partidas indemnizatorias, desde el hecho - en que se produjo la mora - hasta el efectivo pago, sin que la fijación de partidas indemnizatorias a valores actuales importe un extremo que obste a la aplicación de la doctrina ?Samudio? (ver también CNCivil Sala H, ?S.,N c/ E del C y otros s/ da. Y pj? del 15/2/2016 en La Ley Online, AR / JUR / 5218 / 2016). Por todas estas consideraciones, -como lo señalé anteriormente-entiendo que corresponde confirmar lo decidido en la instancia anterior en cuanto a que todas las partidas indemnizatorias devenguen intereses desde el hecho (27/3/2014) hasta el efectivo pago, conforme a la tasa activa que preveía el fallo ?Samudio? y mantiene el BCRA para las operaciones de préstamo a sus clientes que brinda el Banco de la Nación Argentina. Por otra parte, y a fin de asegurar el cumplimiento en plazo de la sentencia, voy a proponer al acuerdo que, además de los intereses impuestos, se paguen intereses moratorios equivalentes a otro tanto de la tasa activa del fallo ?Samudio?, sólo en el caso de demora en el pago de la condena en el plazo establecido, desde esa fecha y hasta el efectivo pago (conf. esta Sala, expte n° 21.656/09 ?Chivel, Francisco Alberto c/ Venturino, Gustavo s/ daños y perjuicios (acc. tran. c/ les. o muerte)? del 28/5/2014). VI.- Por último, el a quo declaró inoponible a la víctima la franquicia invocada por Argos Mutual de Seguros del Transporte Público de Pasajeros y por lo tanto, hizo extensiva la condena en su contra, sin limitación alguna. En este punto se agravia la aseguradora. Sin embargo entiendo que la solución brindada en la instancia anterior resulta acertada. Es que comparto la doctrina emanada del fallo de esta Cámara de fecha 13/12/06 en los autos ?Obarrio, María Pía c/ Microómnibus Norte S. A. s/ daños y perjuicios? y ?Gauna, A. c/ La Economía Comercial S.A. de Seguros Generales y otros s/ daños y perjuicios? (La Ley 2007-A, 168; DJ 27/12/2006, 1244- RCyS 2007-I, 47), en los cuales se decidió que en los contratos de seguros de responsabilidad civil de vehículos automotores destinados al transporte público de pasajeros, la franquicia como límite de cobertura fijada en forma obligatoria por la autoridad de control de la actividad aseguradora conforme a la Resolución n° 25.429/97, es inoponible al damnificado, sea transportado o no. Además, sobre el punto, coincido plenamente con los argumentos de la mayoría en el citado fallo plenario -a los cuales adherí en oportunidad de pronunciarme sobre la cuestión-. Si bien el instituto de la franquicia en sí misma no resulta inconstitucional, debe ponderarse en su aplicación concreta, considerando también las características de la actividad y del fenómeno asegurado, la totalidad de la normativa legal aplicable, las características frecuentes que asumen los fenómenos para todos los involucrados, para luego poder sacar conclusiones acerca del cumplimiento de los objetivos tenidos en mira por el legislador, no perdiendo nunca de vista que estamos considerando el transporte público de pasajeros y las circunstancias del caso puntual. Concretamente entiendo que no corresponde el uso de franquicias - obligatorias o no- en los contratos de seguros de responsabilidad civil de vehículos automotores destinados al transporte público de pasajeros; los daños producidos con motivo o en ocasión del transporte público de pasajeros no pueden tener la posibilidad de quedar sin una reparación integral ?a priori?, en

violación de lo dispuesto por la ley de tránsito (art. 68, ley 24.449). Sobre el tema, el legislador a través de la ley 20.091, delegó en la S.S.N. la facultad de tomar decisiones generales y obligatorias respecto de los contratos que celebren las entidades aseguradoras. La mentada Resolución n° 25.429/97 -dictada como consecuencia del Decreto de emergencia n° 260/97 del PEN- aprobó las condiciones contractuales para el riesgo de responsabilidad civil de vehículos automotores destinado al transporte público de pasajeros disponiendo que las aseguradoras ?deberán? adherirse expresamente a esta resolución, fijándose en el art. 4 del anexo II la franquicia o descubierto a cargo del asegurado, quien debe participar con un importe obligatorio a su cargo, de \$ 40.000. Sigo pensando que prohibir que las aseguradoras y las empresas de transporte puedan, si lo desean, contratar seguros de responsabilidad civil por daños inferiores a los \$40.000 importa desnaturalizar la propia ley de seguros y el seguro obligatorio impuesto por la ley de tránsito (arts. 109 y 118 de la ley 17.418 y art. 68 de la ley 24.449) así como el criterio de reparación integral admitido por los arts. 1077, 1078, 1079 y conc. del Cód Civil que resulta concordante con la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 1, 2 y 11) y Declaración Americana de los Derechos Humanos (art. 1, 3, 5, 25 y 30) y con los actuales arts. 1740, 1741, 1745, 1746 y conc. del CCyCN. En este sentido no puedo dejar de mencionar el criterio adoptado por el actual Código Civil y Comercial de la Nación para el artículo 1292, sobre contrato de transporte de personas -de aplicación analógica a los fines de la presente cuestión de inconstitucionalidad de la franquicia obligatoria- al señalar que ?las cláusulas que limitan la responsabilidad del transportista de personas por muerte o daños corporales se tienen por no escritas?. Estas normativas de derechos humanos de raigambre constitucional obligan a la reparación a la víctima de modo integral, de los daños ilegítimamente producidos; el concepto es receptado por nuestro código civil anterior y el actual; y por tratarse de una actividad riesgosa, la ley de tránsito impone el seguro obligatorio que cubra daños a terceros transportados o no. Una norma que reglamente el ejercicio de ese derecho a la reparación integral de las víctimas, no puede desnaturalizarlo al punto de impedir que la víctima pueda ir contra el/los deudores con mayor capacidad económica para solventarlos, sin perjuicio de las acciones o ajustes que posteriormente puedan darse entre asegurado y aseguradora en función del patrimonio e ingresos del primero, cuota mensual del premio, antigüedad en la contratación del seguro, antecedentes siniestros, de la unidad, etc. Tratándose en el caso de un siniestro que involucra como codemandados a una empresa de transporte público de pasajeros y su citada en garantía, y superada la situación de emergencia crítica socio-económica de nuestro país que hace que el Estado Nacional esté replanteando toda su política de subsidios a quienes han logrado obtener y mantener desde el 2001 una actividad sustentable con patrimonios o ingresos importantes y permanentes -como es el caso de las aseguradoras de transporte de pasajeros- llego al convencimiento que el modo jurídico de articular todos estos intereses en juego es permitir que la víctima o sus herederos puedan ir contra las partes del proceso a quienes considere que en modo más rápido y eficaz puedan solventar, al menos, los daños a su integridad personal (incapacidad sobreviniente y daño moral) a los cuales asigno prioridad indemnizatoria por encima de otros daños a bienes del patrimonio; impedirlo no deja de ser un trato cruel hacia la víctima o causahabientes que -como en el caso- tenían escasos ingresos (ver beneficio de litigar sin gastos). La vida humana tiene protección constitucional aunque expresamente no se lo consigne y se entienda comprendido en el art. 33 como derecho implícito. La vida y la integridad personal (física, psíquica y moral) debe ser respetada por los Estados y receptada por su derecho interno y la interpretación que se pueda dar a estas convenciones internacionales no puede limitar el goce a ejercicio de cualquier derecho, ni excluir o limitar el efecto que puedan producir. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de Bogotá (1948) ya señala que todo Ser Humano tiene derecho a la vida, a la libertad ya a la seguridad de su persona (art. 1), piedra fundamentalmente de todo el sistema jurídico pues por un lado, sin vida humana no hay ser humano; pero además la seguridad, busca garantizar que esa vida pueda desarrollarse en plenitud y la normativa legal debe estar orientada no solo a condenar que se prive o altere arbitrariamente la integridad personal sino también a facilitar o asegurar el pago de las indemnizaciones respectivas, circunstancia que en mi visión, no permite el monto alto de la franquicia impuesto como obligatorio por la Superintendencia de Seguros de la Nación. Todo el plexo normativo de raigambre constitucional (art. 75, inc. 22 C.N) impone y hace asumir a nuestro Estado deberes de respeto a la integridad personal y ello tiene relevancia cuando las personas son víctimas de hechos ilícitos como los aquí analizados; su defensa no debe ser sólo declarativa sino que deben tenerse en consideración en lo que del Estado dependa. Como se advierte, la Superintendencia de Seguros de la Nación, que rige un aspecto clave del proceso indemnizatorio de los daños a la integridad personal, de quienes se ven obligados a utilizar medios de transporte público, no está exenta del cumplimiento de esas obligaciones o deberes, pues lo que decida impactará seguramente en el proceso de percepción afectiva de esas indemnizaciones. Este criterio es aplicable aún frente a la clara normativa del art. 1 y 2 del nuevo Cód. Civil y Comercial de la Nación. La fijación de un monto alto en una franquicia impuesta como obligatoria para vehículos afectados al transporte público como sucede en el caso - obsta a la pronta percepción de la indemnización por daños personales de los usuarios de ese servicio, quienes, pese a tener la protección del art. 42 C.N. y de la ley 24.240, frente al accionar dañoso de la empresa ven dificultada la percepción de esas sumas por parte de las aseguradoras, lo cual genera por sí mismo un perjuicio concreto a la víctima, desde que ambos condenados no han

abonado ni ofrecido abonar las sumas debidas. Cabe recordar que el acceso a la justicia es un concepto más amplio que el acceso a la jurisdicción, porque aquella noción condensa un conjunto de instituciones, principios procesales y garantías jurídicas, así como directrices político-sociales, en cuya virtud el Estado debe ofrecer y realizar la tutela jurisdiccional de los derechos de los justiciables, en las mejores condiciones posibles de acceso económico y de inteligibilidad cultural, de modo tal que dicha tutela no resulte retórica sino práctica (conf. Petracci, Enrique S. en "Acceso a la justicia", LL, sup. act. 27/05/2004). Por esta razón entiendo que la franquicia vigente importa un escollo real, un obstáculo jurídico o normativo para las víctimas y/o deudos en la realización del valor justicia, y corresponde precisamente a los jueces garantizar la tutela jurisdiccional de los derechos de los justiciables. Por otra parte, si bien la ley de seguros -que entró en vigor en 1968- expresa en el tercer párrafo del artículo mencionado que la sentencia será ejecutable contra el asegurado "en la medida del seguro", debe considerarse que posteriormente se sancionó la ley de tránsito 24.449 -que comenzó a regir en el año 1995- en cuyo artículo 68 dice expresamente que todo automotor "debe estar cubierto por seguro ... que cubra eventuales daños causados a terceros, transportados o no". Esta norma legal posterior, no impone límite en el seguro para responder a terceros, sean o no transportados, dando a entender que el seguro debe cubrir la totalidad de esos daños. Consecuentemente, ésta es la "medida del seguro" mínimo y obligatorio que impuso la ley de tránsito a tal actividad. Por tal razón, las aseguradoras deben responder frente a los terceros en estos supuestos y en esta medida de cobertura de todos los daños a terceros -transportados o no- por así expresarlo el art. 68 de la ley de tránsito (conf. voto en disidencia en los autos "Vega, Adolfo c/ Villa Galicia - San José S.R.L. s/daños y perjuicios", exp. n° 66.285 y "Cabrera, María c/ Díaz Daniel s/daños y perjuicios", exp. n° 66.347). A ello cabe agregar lo expresado por mi colega Dr. Liberman en su aclaraciones al votar en los autos "Correa c/ Expreso s/ daños y perjuicios", expte. n° 65.088 (41.233/02), en cuanto a que el efecto relativo de los contratos no es una defensa que permita dañar con inmunidad a terceros. Los contratos pueden afectar indirectamente a otros, con una tendencia a no asumir las externalidades negativas. Es entonces el Estado el que regula esas externalidades poniendo límites más o menos extensos al programa contractual (conf. Lorenzetti, Ricardo L., "Las normas fundamentales de Derecho privado", Rubinzal - Culzoni Editores, 1995, pág. 464). Las empresas de seguros, al generar con su actividad empresaria una cadena de comercialización del servicio público del autotransporte, han contribuido a la generación de una actividad de riesgo, con las inherentes responsabilidades que surgen del art. 42 de la Constitución nacional, y 40 de la ley 24.240. Desde otra óptica centrada en la empresa de transporte, los preceptos tuitivos del sistema de defensa del consumidor abarcan no sólo al que paga un bien o servicio, sino a todo aquél que se sirve de él (Lorenzetti, "Consumidores", Rubinzal - Culzoni, 2003, pág. 107), de modo que la responsabilidad solidaria del art. 40 de la ley 24.240 se expande como principio general, porque así lo impone la realidad y la necesidad de protección. La interpretación debe hacerse en forma amplia, extensiva a otros supuestos no previstos (conf. Farina, "Defensa del consumidor y del usuario", Astrea, 2004, pág. 1 y 28, pág. 20). El art. 40 no es una norma excepcional, acotada, susceptible de interpretaciones restrictivas. Por el contrario, la responsabilidad indistinta de todo aquél que integra una cadena de comercialización es un principio general del Derecho, favorable a cualquier dañado, sea o no consumidor. Además, el art. 118 de la ley de seguros ha sido implícitamente modificado en su alcance por la posterior ley 24.449, teniendo en cuenta que el art. 68 de ésta establece la obligatoriedad de contar con seguro de responsabilidad civil sin franquicia para las víctimas, sean transportadas o no en el transporte público de pasajeros y en especial si -como en autos- hay daños personales. Los daños producidos ilegítimamente por el asegurado son la causa de la obligación de abonar de la aseguradora, y los límites al interés asegurable deben ser razonables para merecer respeto. Pese a encontrarse cuestionadas desde hace muchísimo tiempo, las aseguradoras -en estos autos como en otros muchos- no han intentado siquiera probar su irresponsabilidad actual, fundándose sólo en la existencia de la norma de la Superintendencia de Seguros. Deseo citar aquí a mi colega Dr. Liberman en su voto en autos "Sánchez, Sergio c/ Duvi Sociedad Anónima y otros s/ daños y perjuicios" (expte. n° 94.924/07) de esta Sala, cuando expresa que el seguro de responsabilidad nace en forma voluntaria (...y clandestina, ver Morandi, op. cit., pág. 385), y su finalidad es, también por principio, mantener indemne el patrimonio del asegurado. Pero cuando leyes generales de orden público, como son las de tránsito, hacen obligatorio tomar un seguro de responsabilidad civil, el tomador lo hace tanto para cumplir la ley cuanto mantener indemne su patrimonio. O sea que contratar seguro deja de ser un acto jurídico en el solo interés de los contratantes, se convierte en un contrato en interés de la comunidad, en el que está en juego el orden público. Beneficiario deja de ser exclusivamente quien podría ver agredidos sus bienes económicos. Básicamente pasa a ser beneficiario la potencial víctima, el sujeto pasivo del daño, a quien la ley ha tenido en mira al compeler la contratación de seguro. También dice que en ese andarivel Sobrino entiende que son consumidores de seguro tanto el asegurado cuanto el damnificado (Sobrino, Waldo A. R., "Seguros y Responsabilidad Civil", Ed. Universidad, Buenos Aires, 2003, pág. 25, con cita de Caballero Sánchez, y pág. 31; ver nota 41 en que cita al mismo). Y afirma que "la tésis de la ley es muy clara: si el seguro es obligatorio, ello implica que se quiere proteger a la víctima" (op. cit., pág. 35) de modo que se va aceptando cada vez con más generalidad que el seguro obligatorio cumple una importante función social, es un mecanismo de protección social para garantizar alternativas de

reparación (conf. Halperin, Isaac: Prólogo a la primera edición, en Halperin - Barbato, ¿Seguros...?, ed. LexisNexis, 3a. ed. act., 2001, pág. XII; Morandi, ¿Estudios...?, cit., pág. 386 y sig.; Trigo Represas, L.L. 2007-B, 995, y citas en nota 30; Pagés Lloveras, L.L. 2004-E, 1459 y citas de Gabriel Stiglitz y Echevesti, y Ghersi en nota 21). Coincido con mi colega cuando expresa en dicho voto que la resolución 25429 -y sucesivas equivalentes- es inconstitucional formal y genéticamente, y por sustancia (conf. Rubén Stiglitz, L.L. 2004-F, 1214; Stiglitz y Compiani, L.L. 2005-E, 1322; J.A. 2006-III- 1028; Frick Rotela y García Villalonga; L.L. 2005-E, 929). La contratación de seguro ya era obligatoria para el transporte automotor desde la ley 12.346; siguió siéndolo -con mayor generalidad- a partir del decreto 692/92, exigencia mantenida en la ley 24.449. Pero fue derogada en los hechos, para casi todo el espectro de accidentes de tránsito, por esta mera resolución. Todo ello, con mayor razón si se repara en el criterio actualmente adoptado por la Superintendencia de Seguros de la Nación al sancionar la nueva normativa aplicable a partir de Septiembre/2016 (ver Resolución 39927). Por todas estas consideraciones entiendo que deben rechazarse estos agravios, confirmando así este aspecto de la sentencia apelada. VII.- En suma, si mi voto fuera compartido, propondré al acuerdo, modificar parcialmente la sentencia recurrida: 1) elevar la indemnización por incapacidad sobreviniente a la suma de pesos ciento sesenta mil (\$ 160.000), comprensiva de daño físico, psíquico y tratamiento psicológico futuro; 2) fijar intereses moratorios equivalentes a otro tanto de la tasa activa del fallo ¿Samudio?, sólo en el caso de demora en el pago de la condena en el plazo establecido, desde esa fecha y hasta el efectivo pago; 3) confirmar la sentencia en todo lo demás que fue materia de agravios; 4) costas de Alzada a la demandada y su citada en garantía, por resultar sustancialmente vencidas (art. 68, Cód. Procesal). En disidencia parcial, el Dr. Liberman dijo: I.- La segunda vez que ¿Nieto? llegó a la Corte Suprema, debió analizar los argumentos de esta Sala, muy amplios, dados con posterioridad a ¿Gauna?, ¿Villarreal?, etc. Pero el dictamen de la Procuración afirmó apodóticamente que el descubierto era oponible y la Corte suscribió ese más que somero e insuficiente dictamen. Sigo creyendo que lo dicho por la Corte no basta para rebatir por qué el descubierto no es oponible: porque a más de cuantitativamente irrazonable (en su momento), la resolución 25.429 es inconstitucional, formal y genéticamente, y por sustancia (conf. Rubén Stiglitz, L.L. 2004-F, 1214; Stiglitz y Compiani, L.L. 2005-E, 1322; J.A. 2006-III-1028; Frick Rotela y García Villalonga; L.L. 2005-E, 929). La contratación de seguro ya era obligatoria para el transporte automotor desde la ley 12.346; siguió siéndolo -con mayor generalidad- a partir del decreto 692/92, exigencia mantenida en la ley 24.449. Pero fue derogada en los hechos, para casi todo el espectro de accidentes de tránsito, por esta mera resolución. Se dice que, al declarar la inoponibilidad del descubierto y ejecutable la sentencia por el todo, se condena al asegurador por una inexistente obligación sin causa. La obligación existe y tiene causa, en primer lugar, en este concierto perverso, suerte de complicidad genética para fragmentar eventuales responsabilidades a través de un verdadero fraude a la ley. Integran este acuerdo fraudulento al aceptar las mutuales aseguradoras las (entonces, hace tiempo) irrazonables condiciones de la resolución 25.429, seguramente con plena conciencia de su inconstitucionalidad por exorbitancia e inadecuación a un régimen de seguro obligatorio, máxime después de la corta vida que la Justicia diera al decreto 260/97, su complemento. En segundo término, la causa de la obligación está en la integración, junto al porteador, de un proceso de comercialización de servicios riesgosos, con las inherentes responsabilidades que emanan del art. 42 de la Constitución y 40 de la ley 24.240. Hace no tanto tiempo he sido sorprendido por la ampliación de fundamentos del ministro Rosenkrantz en autos ¿Díaz c. Evangelista? (CSJN, 12-6-18), que repite o recoge varios de los temas tratados por ese juez en ¿Flores c. Giménez?. Temas y explicaciones que creo haber rebatido detalladamente en ¿Papagno c. Lado? (19-9-2017; elDial AAA292; 26-10-17; RCyS. 2017-XI, 241; L.L. on line AR/JUR/63864/2017). El máximo tribunal últimamente cita a una enorme cantidad de precedentes en los que remite a ¿Nieto?, fallo en que -ya lo dije- fallan las explicaciones. II.- Sin embargo, hay otra particularidad. Una de las más claras evidencias de que las empresas de transporte y su seguro son una sola cosa, salvo en los papeles, es que los mismos letrados -como en el caso- defienden intereses contrapuestos a pesar de la clara infracción a las normas de Ética del CPACF. Esto de por sí les quita legitimación recursiva. A pesar de las explicaciones que dio la letrada a fs. 389 está defendiendo intereses contrapuestos. Como destacara la Sala H de este tribunal se trata de una seria anomalía, habida cuenta que esta suerte de unificación de personería tiene cauce en el art. 54 del Código Procesal, pero en la medida en ¿que haya compatibilidad en ella, que el derecho o el fundamento de la demanda sea el mismo o iguales las defensas?. Siguió recordando esa Sala, que ¿dispone el Código Civil que el mandatario debe cumplir de manera ventajosa para su mandante (art. 1906), y abstenerse de cumplir cuando la ejecución fuese dañosa para el segundo (art. 1907). Debe preferir los intereses de su mandante a los suyos (art. 1908). Asimismo, se desprende de la ley 10.996 que el procurador está obligado a apelar las resoluciones adversas a su cliente, no las favorables?. Tras otras consideraciones, concluyó que no hay agravio que atender para la empresa de transportes, beneficiada con la inoponibilidad del descubierto. Y, en lo referente al recurso en nombre de la aseguradora, al haber intereses contrapuestos, puede también interpretarse que en primer lugar la apelación se hizo en nombre de la empresa transportadora. Y ¿si la aseguradora ejerce la dirección exclusiva del proceso, no puede hablarse de una actuación concurrente de los litisconsortes sino de una actitud defensiva

única (ver Kiper, Claudio, Proceso de daños, I, pág. 421). Si se trata de una única defensa, no puede ser contradictoria?. ?En el caso -terminó explicando la Sala H- la aseguradora tuvo la dirección del proceso. Cuando esto ocurre, la finalidad es que se ejerzan adecuadamente los derechos del asegurado; el asegurador persigue mantener indemne al asegurado (art. 109, ley 17.418; Kiper, ob. cit., p. 427).? (CNCiv., Sala H, 15-8-2008, ?Zapata c. Transporte?; L. 504.971). En sentido similar se ha pronunciado la Sala I de este tribunal. El mismo profesional no puede defender intereses contrapuestos. Esto atenta contra varias normas y principios del Código de Ética del CPACF y del ordenamiento procesal. Por ello, a su entender la actuación del profesional es ineficaz en los términos del art. 953 del Código Civil. Y, con cita de Podetti, resolvió que ?el juez tiene el deber de rechazar los actos que objetivamente resulten contrarios a los principios enunciados? (CNCiv., Sala I, 13-12-2010, ?Venturi c. Micro Ómnibus Quilmes?; L.L. 2010-F, 521). No otro es el criterio de la Sala A de este mismo tribunal (CNCiv., Sala A, -10- 2015, ?Pannunzio c. Innovaciones en Salud?, exp. 58.216/2010). Las disposiciones referidas al contrato de mandato están volcadas en el CCyC, art. 1325, en sentido similar: ?si media conflicto de intereses entre el mandante y el mandatario, éste debe posponer los suyos en la ejecución del mandato, o renunciar?. Amplió fundamentos: ?la gestión de la litis es facultad y no obligación del asegurador porque, normalmente, la dirección del proceso se puede retener y asumir o inicialmente desplazarla al asegurado. Incluso, se la puede declinar o abandonar luego de haber sido asumida? (de Donati, citado por Stiglitz, Rubén S., ?Derecho de Seguros?, 4ª. ed. act. y ampliada, La Ley, Buenos Aires, 2004, tomo II, pág. 336). Facultad o derecho que no muta en procesos como éste. ?La dirección del proceso, por tanto, -como sostiene Stiglitz- es facultad que extiende sus efectos aun a litigios que inicialmente contienen pretensiones que exceden el límite máximo de la garantía comprometida? (pág. 339). Tal el caso de que la póliza contenga una suma determinada como descubierto obligatorio, como el de la especie. Al protestar la decisión que obliga al asegurador a cubrir íntegramente al asegurado, el abogado está litigando en contra de los intereses del asegurado. Y, como recuerda Stiglitz, cuando hay conflicto de intereses, el asegurador ?no puede considerar su propio interés con exclusión del interés del asegurado, pues debe hacer prevalecer los de este último? (op. cit., pág. 356). Por esos motivos corresponde declarar desierto el recurso de la aseguradora. En consecuencia, por análogas razones adhiero a la propuesta de la Dra. Pérez Pardo pero en muy parcial disidencia voto por declarar directamente la deserción del recurso del seguro en torno al descubierto obligatorio. Por análogas razones a las expuestas por la Dra. Pérez Pardo, la Dra. Iturbide vota en el mismo sentido. Con lo que terminó el acto. Firmado: Marcela Pérez Pardo y Gabriela Alejandra Iturbide. Es copia fiel del original que obra en el Libro de Acuerdos de esta Sala. Buenos Aires, 7 de noviembre de 2018. Y VISTOS: lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo precedentemente transcrito el tribunal decide: 1) elevar la indemnización por incapacidad sobreviniente a la suma de pesos ciento sesenta mil (\$ 160.000), comprensiva de daño físico, psíquico y tratamiento psicológico futuro; 2) fijar intereses moratorios equivalentes a otro tanto de la tasa activa del fallo ?Samudio?, sólo en el caso de demora en el pago de la condena en el plazo establecido, desde esa fecha y hasta el efectivo pago; 3) confirmar la sentencia en todo lo demás que fue materia de agravios; 4) costas de Alzada a la demandada y su citada en garantía, por resultar sustancialmente vencidas (art. 68, Cód. Procesal). Regístrese, notifíquese y devuélvase. Hácese saber que la eventual difusión de la presente sentencia está sometida a lo dispuesto por el art. 164. 2º párrafo del Código Procesal y art. 64 del Reglamento para la Justicia Nacional. Marcela Pérez Pardo Víctor Fernando Liberman Gabriela Alejandra Iturbide 035162E