

## Danos Y Perjuicios Transporte De Pasajeros Responsabilidad Objetiva Franquicia Cuantificacion

### JURISPRUDENCIA

### Daños y perjuicios. Transporte de pasajeros. Responsabilidad

objetiva. Franquicia. Cuantificación Se confirma el fallo que hizo lugar a la demanda de daños deducida contra la empresa de transportes, pues el pasajero resultó lesionado al descender del colectivo, cuando el chofer reinició la marcha del rodado intempestivamente.

En Buenos Aires, a 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 ?C, J C c/ La Primera de Martínez S.A línea 314 y otro s/ daños y perjuicios? de acuerdo al orden del sorteo la Dra. Pérez Pardo dijo:

I.- Contra la sentencia dictada a fs. 220/231, recurre: la empresa de transportes demandada y su aseguradora Mutual Rivadavia de Seguros del Transporte Público de Pasajeros, por los argumentos que esgrime a fs. 248/252, cuyo traslado fue contestado por la actora a fs. 254.

II.-En la instancia anterior se hizo lugar parcialmente a la demanda interpuesta por el Sr. J C C, quien reclamó la indemnización de los daños y perjuicios sufridos el día 11 de noviembre de 2011, a las 5:10 horas aproximadamente, cuando en el cruce de las calles Sarratea y El Chasque de la localidad de Boulogne, Provincia de Buenos Aires, descendiendo del interno 49 de la línea de colectivos 314, el chofer a cargo de la unidad, aceleró la marcha del rodado, provocando que perdiera el equilibrio y cayera sobre la vereda, causándole lesiones por las que fue trasladado al servicio médico de su trabajo, donde le sacaron placas y le diagnosticaron esguince de tobillo izquierdo, colocándole una bota Walker.

Para así decidirlo, la a quo consideró acreditada la ocurrencia del hecho invocado -que había sido negado por las demandadas al contestar la acción- y consideró responsable al chofer del colectivo. La empresa de transportes demandada y su aseguradora se agravieron por considerar errónea la atribución de responsabilidad decidida y la citada en garantía, también lo hizo por la extensión de la condena en su contra, pese a la existencia de la franquicia oportunamente invocada. Por último, ambas cuestionaron la tasa de interés fijada.

III.- En primer lugar debo señalar que tendré en cuenta la normativa vigente al tiempo en que sucedieron los hechos, por cuanto los efectos de las relaciones jurídicas se rigen por la ley vigente al momento en que éstas se producen (conf. art. 7 CCyC; Kemelmajer en ?La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes?, pág. 32 y sgtes., ed. Rubinzal - Culzoni).

Asimismo, debo recordar 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).

IV.- Analizaré a continuación los agravios vertidos por la empresa demandada y su aseguradora respecto de la atribución de responsabilidad. En la demanda, el actor refirió el hecho dañoso que afectó su integridad personal y las accionadas negaron la ocurrencia del accidente, la participación del interno citado y la calidad de pasajero del Sr. J C C.

Sobre quien reclama, pesa en principio la carga de probar los hechos constitutivos de su pretensión procesal, por ser quien puso en funcionamiento el aparato jurisdiccional del Estado y quien más interés posee en demostrar la pertinencia de su pretensión. La carga de la prueba es una circunstancia de riesgo que consiste en que quien no demuestre los hechos que debe probar, pierda el pleito (conf. Couture, Eduardo J. ?Fundamentos del derecho procesal civil?, Depalma, pág. 242). Y en ese sentido, entiendo que la accionante logró acreditar los hechos constitutivos de su reclamo.

El propósito o fin de la prueba apunta a a formar en el juez la convicción acerca de la? verdad ?del hecho alegado, con los medios, en la forma y oportunidad que el ordenamiento determine, ( conf. Kielmanovich, J. en ?Código Procesal Civil y Comercial de la Nación ? Comentado y Anotado; T II, pág 992 y ss, ed. Abeledo Perrot ).

No obstante las distintas posturas asumidas por las partes, considero adecuada la valoración de la prueba efectuada por la anterior sentenciante. En efecto, el mismo día del siniestro, el Sr. J C C formuló la denuncia del hecho por ante la Comisaría de la localidad de Boulogne, Provincia de Buenos Aires y adjuntó a su relato el boleto respectivo cuyo original se acompañó a fs. 5, pese a que, atento el paso del tiempo, resulta ilegible. Ello, sin perjuicio de que a fs. 8, el personal policial que labró el acta, agregó una fotocopia del mismo, tal como lo asentó en dicho instrumento.

Ello así, cabe tener por acreditado que el accionante viajaba en el colectivo de la empresa demandada. La condición de pasajero del damnificado, se ve también probada con la declaración testimonial brindada por el Sr. A F A (obrante en el CD glosado a fs. 212).

Refirió que conocía al actor por haber sido compañeros de trabajo entre los años 2008 y 2014 y señaló que con su auto siempre esperaba al Sr. C en la calle Sarratea, alrededor de las 4:50 horas, cerca de la parada del colectivo y juntos iban a la fábrica de Peugeot, donde cumplían sus labores diarias. Relató que el día del hecho, estaba esperando en ese lugar, eran las 5:05 hs. y su compañero no llegaba, por lo que lo llamó al celular, pero atendió el contestador y cuando ya se retiraba del lugar, observó llegar al colectivo y que el actor descendía del mismo por la puerta del medio.

Antes que éste terminara de bajar completamente, el ómnibus aceleró, provocando su caída al piso. La demandada y su aseguradora pretenden desvirtuar ésta declaración con fundamento en que no puede tenerse por acreditada la ocurrencia del hecho sólo con el testimonio de una persona que dijo haber visto el siniestro por el espejo retrovisor de su vehículo. Entiendo que este cuestionamiento no puede ser tenido en cuenta, ya que debe considerarse que el testigo, posteriormente, expuso que se acercó hasta el lugar donde estaba caído el Sr. C y le ofreció llevarlo a la Clínica que había en la fábrica, porque vio que se había caído. Es decir, que además de haber visto el momento exacto del accidente, constató en forma directa las lesiones sufridas por el damnificado. La valoración de los testimonios está sujeta al prudente arbitrio judicial según las circunstancias o motivos que corroboren o disminuyan la fuerza de su contenido, de tal suerte que deben ser apreciados en función de diversos elementos, tales como las condiciones individuales y genéricas del deponente, seguridad del conocimiento que manifiesta, coherencia del relato, razones de la convicción que declara y la confianza que inspira, de acuerdo a las reglas de la sana crítica. La declaración del testigo no debe mirarse con desfavor, ni con exageradas aprehensiones. La aceptación del dicho de un testigo tiene que ser menos rigurosa que su examen para desecharlo. El juez debe apreciar esta prueba según las reglas de la sana crítica y las circunstancias o motivos que corroboren o disminuyan la fuerza de las declaraciones de los testigos; es así, que la fuerza probatoria de un testigo está vinculada con la razón de sus dichos y, en particular, con las explicaciones que pueda dar acerca del conocimiento de los hechos a través de lo que sus sentidos percibieran. La circunstancia de que el Sr. A F A fuera el único testigo presencial del hecho, de ninguna manera desmerece su valor probatorio. La sana crítica dejó de lado hace ya varios años la máxima "testis unus, testis nullus". Además, su relato es claro y contundente en cuanto a la ocurrencia y mecánica del accidente. Por otra parte, también encuentro probado, a tenor de la contestación de oficio glosada a fs. 107, que ese mismo día la víctima recibió atención médica en el Sanatorio Las Lomas de la ciudad de San Isidro, Provincia de Buenos Aires, donde el Servicio de Guardia le diagnosticó esguince grave de tobillo izquierdo y le indicaron reposo, bota Walker y Aines. Además de todo lo expuesto, destaco que por aplicación del principio de la carga dinámica de la prueba, los accionados estaban en mejores condiciones de probar - y no lo hicieron - que la línea 314 tenía otro circuito; que no contaba con ningún interno 49; que el día 11/11/2011 el referido interno circuló alrededor de las 5:10 hs., por otro lugar, y que, a todo evento, el interno estaba a cargo de otro chofer. Nada han probado sobre estas circunstancias, mientras que la propia citada en garantía reconoció a fs. 45 vta. que aseguraba la unidad nº 49 de la empresa de transportes demandada. La circunstancia de que por algún motivo el chofer no haya formulado la denuncia sobre el hecho dañoso a la empresa o al seguro, no exime a éstas de probar que los datos suministrados sobre el interno, el chofer, lugar, día y hora indicada, coincidían con la realidad de los registros ó recorridos. Sobre quien reclama, pesa en principio la carga de probar los hechos constitutivos de su pretensión procesal, por ser quien puso en funcionamiento el aparato jurisdiccional del Estado y quien más interés posee en demostrar la pertinencia de su pretensión. La carga de la prueba es una circunstancia de riesgo que consiste en que quien no demuestre los hechos que debe probar, pierda el pleito (conf. Couture, Eduardo J. "Fundamentos del derecho procesal civil", Depalma, pág. 242). Y en ese sentido, entiendo que el accionante logró acreditar los hechos constitutivos de su reclamo. Por otra parte, la relación que une al usuario con el prestador del servicio resulta encuadrable en una verdadera relación de consumo en donde el usuario resulta consumidor del servicio de transporte, explotado por la demandada. En este marco, el proveedor del servicio, además, asume una obligación accesoria de seguridad frente a los usuarios, que incluye el uso de la escalera de acceso y egreso del transporte. Ello se desprende de las previsiones de la ley 24.240 sancionada en el año 1.993, de defensa del consumidor -con la modificación de la ley 26.361-, que torna operativa la protección otorgada por el art. 42 de la Constitución Nacional, normativa general en la que se encuadra también el caso. Esta obligación accesoria de seguridad abarca no sólo a quienes ya hubieran celebrado un contrato con la empresa que explota el servicio, sino que debe ser garantizada ante situaciones de riesgo creadas en sus instalaciones, incluso respecto de quienes aún no llegaron a celebrar el contrato. En este sentido, dispone la LDC en su artículo 40, que el transportista responderá por los daños causados al consumidor con motivo o en ocasión del servicio, lo cual incluye que sea tanto por el vicio o riesgo de la cosa, como por la prestación del servicio en sí. Por ello, la obligación de seguridad asumida por la empresa que explota el servicio exige que la usuaria o consumidora pueda hacer uso de las instalaciones sin sufrir daño alguno. Conforme la normativa citada precedentemente, compete a la demandada cumplir con todas las medidas necesarias a fin de resguardar la seguridad de los usuarios. Por todas estas circunstancias, es que llego al convencimiento que el hecho efectivamente tuvo lugar del modo en que fue señalado por el actor, sin que la demandada acreditara eximente legal alguno. En efecto, tratándose de una responsabilidad objetiva, las pruebas reunidas en autos y los indicios graves, precisos y concordantes que señalé, que me llevan al convencimiento de la existencia del hecho en el modo en que fue narrado por el actor, y que importaron un conducir negligente del chofer del colectivo, por el cual deben responder los accionados. Así, considero que corresponde confirmar la sentencia apelada en cuanto a la atribución de responsabilidad. V.- Los intereses se fijaron desde el día del accidente (11 de noviembre de 2011) 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 pura desde la fecha del hecho y hasta el dictado del pronunciamiento, ya que de lo contrario, se configuraría un supuesto de enriquecimiento sin causa del acreedor. 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, entiendo que corresponde que todas las partidas indemnizatorias devenguen intereses desde el hecho (11/11/11) 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, Mutua Rivadavia de Seguros del Transporte Público de Pasajeros se agravió de que se haya hecho extensiva la condena en su contra en todos sus términos, declarándose inoponible la franquicia por ella invocada. Sobre este punto, 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.

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. Petracchi, 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 empresarial 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, pár. 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 télesis 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 y confirmarse este aspecto de la sentencia apelada.

VII.- En suma, si mi voto fuera compartido, propondré al acuerdo: 1) 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 (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); 2) confirmar la sentencia apelada en todo lo demás que fue materia de agravios; 3) costas de Alzada a la demandada y su citada en garantía, por resultar sustancialmente vencidas (art. 68, Cód. Procesal). Por razones análogas a las expuesta por la Dra. Pérez Pardo, la Dra. Iturbide vota en el mismo sentido. En disidencia parcial, el Dr. Liberman dijo: I.- La segunda vez que ¿Nieto c. La Cabaña? llegó a la Corte Suprema, debió analizar los argumentos de esta Sala, muy amplios, dados con posterioridad a ¿Gauna?, ¿Villarreal?, etc. Pero no lo hizo. El dictamen de la Procuración se limitó a afirmar apodícticamente 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. Más recientemente 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. 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. El escrito del letrado apoderado se hace cargo de esta cuestión a fs. 250. Ciertamente en forma somera. Creo que la contradicción persiste y que hay defensa de 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?. Siguí 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. Con lo que terminó el acto. Marcela Pérez Pardo Gabriela Alejandra Iturbide Víctor Fernando Liberman Buenos Aires, de noviembre de 2018. Y VISTOS: lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo precedentemente transcrito el tribunal decide: 1) 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 (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); 2) confirmar la sentencia apelada en todo lo demás que fue materia de agravios; 3) costas de Alzada a la demandada y su citada en garantía, por resultar sustancialmente vencidas (art. 68, Cód. Procesal). Difiérese conocer en las apelaciones contra las regulaciones de honorarios y fijar los correspondientes a esta instancia, para una vez que exista liquidación aprobada. Regístrese, notifíquese y devuélvase. Hágase saber que la eventual difusión de la presente sentencia está sometida a lo dispuesto por el art. 164, 2° párrafo del Código Procesal y art. 64 del Reglamento para la Justicia Nacional. Firmado: Marcela Pérez Pardo, Gabriela Alejandra Iturbide y Víctor Fernando Liberman. María Claudia del C. Pita Secretaria de Cámara 041412E