

Prioridad De Paso De Quien Circula Por Una Via Pavimentada

JURISPRUDENCIA

Prioridad de paso de quien circula por una vía pavimentada

Se revoca la sentencia apelada distribuyendo la responsabilidad por el choque entre la moto del actor y un colectivo a ambas partes por igual porque el colectivo tenía prioridad de paso al circular por una vía pavimentada, pero circulaba a una velocidad excesiva.

En la Ciudad de Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los 12 días del mes de junio de dos mil dieciocho, reunidos en Acuerdo los Señores Jueces de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, para conocer en el recurso de apelación interpuesto en los autos caratulados: ?G. A. Y OTRO c/ D. SA D. T. A. Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS?, respecto de la sentencia de fs. 720/732, el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver: ¿ES JUSTA LA SENTENCIA APELADA? Practicado el sorteo resultó que la votación debía realizarse en el siguiente orden: Señores Jueces de Cámara Doctores CARLOS CARRANZA CASARES - CARLOS ALFREDO BELLUCCI - MARÍA ISABEL BENAVENTE.- A la cuestión planteada el Señor Juez de Cámara Doctor Carranza Casares dijo: I.- La sentencia apelada Cerca del mediodía del 22 de abril de 2011, en la intersección de Baradero y Darwin de la localidad de Villa Fiorito, partido de Lomas de Zamora, chocaron la moto Zanella de M. E. T. conducida por A. G. y el colectivo de la línea 28 de DOTA S.A. d. T. A. La sentencia dictada en el juicio iniciado por los dos primeros condenó a la aludida sociedad, con extensión a A. M. de S. d. T. P. d. P., al pago de \$ 123.000 al conductor de la moto y \$ 6.000 a la dueña. II.- Los recursos El fallo fue apelado por el actor y por su demandada y su aseguradora. El primero en su memorial de fs. 798/803, contestado a fs. 842/846, reclama el incremento de lo determinado por incapacidad, daño moral y gastos; y el reconocimiento de lo pedido por tratamiento kinesiológico. Las segundas, en su presentación de fs. 805/821, respondida a fs. 823/839, cuestionan la responsabilidad atribuida y lo establecido por incapacidad, daño moral, gastos e intereses; así como lo fijado por daños materiales y privación de uso; y la inoponibilidad de la franquicia pactada. III.- La ponderación de lo conducente y la ley aplicable Frente a la extensión de los escritos presentados en esta instancia, he de recordar que, conforme la doctrina de la Corte Suprema, los jueces no están obligados a ponderar una por una y exhaustivamente todas las pruebas agregadas ni a tratar la totalidad de las cuestiones propuestas, sino sólo aquellas, de unas y otras, que estimen conducentes para fundar sus conclusiones (cf. Fallos: 272:225; 274:113; 308:2172; 310:1853, 2012; 311:120, 512; 312:1150, entre otros). Aclaro, asimismo, que en razón de la fecha en la que tuvo lugar el hecho invocado como generador de la deuda que se reclama, no corresponde la aplicación retroactiva de la normativa de fondo del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (cf. art. 7 del citado, similar al art. 3 del Código Civil). IV.- La responsabilidad El pronunciamiento ha encuadrado correctamente el presente en el supuesto de la parte final del segundo párrafo del art. 1113 del Código Civil (ver art. 1757 del Código Civil y Comercial de la Nación). Por lo tanto, al estar en juego un factor de atribución objetivo, no pesa sobre la parte actora la carga de demostrar la culpabilidad del agente dañoso, sino que es la demandada quien para eximirse de responsabilidad, debe probar la ruptura del nexa causal, esto es, la culpa de la víctima o la de un tercero por el que no debe responder civilmente o el caso fortuito (Fallos: 321:3519; C.N.Civ., esta sala, L.468.763, del 16/2/07 y sus citas). La Cámara Civil en el conocido fallo plenario dictado el 10 de noviembre de 1994 ha establecido que la responsabilidad del dueño o guardián emergente de accidentes de tránsito producidos como consecuencia de una colisión plural de automotores en movimiento, no debe encuadrarse en la órbita del art. 1109 del Código Civil (?Valdez, Estanislao F. c/ El Puente S.A.T. y otro?) y la Corte Suprema de Justicia ha dicho ya en Fallos: 310:2804 y lo ha reiterado en numerosos precedentes, que la sola circunstancia de la existencia de un riesgo recíproco no excluye la aplicación de lo dispuesto en el art. 1113, segundo párrafo, del Código Civil, que regula lo atinente a la responsabilidad civil por el hecho de las cosas y, de tal suerte, en supuestos como el sometido a la consideración del tribunal, se crean presunciones de causalidad concurrentes como las que pesan sobre el dueño o guardián, quienes deben afrontar los daños causados a otros salvo que prueben la existencia de eximentes En el caso, la demandada y su compañía de seguros han reconocido la existencia de la colisión (fs. 96 vta./97), pero han sostenido como eximente para considerar escindido el nexa causal, el hecho de que el damnificado habría ocasionado en forma exclusiva el accidente por haber advertido con antelación suficiente la presencia del interno 60 de su propiedad. A su vez, invocan las reglas de prioridad de paso con la que contaba su unidad por circular por una vía de mayor jerarquía y la pérdida de preferencia de quien circula por la derecha cuando se ingresa desde una calle de tierra a una pavimentada. En efecto, según las constancias de la causa, la calle Darwin por donde circulaba el actor - a la derecha de la vía por la que transitaba el interno de propiedad de la demandada - no se encontraba asfaltada (fs. 189/191, 238/240, , 284/286, 388/393 y 437/438). Y sobre este punto, no puedo pasar inadvertido que la ley nacional de tránsito, a la que adhirió la Provincia de Buenos Aires en el marco del art. 1 de la ley 13.927, dispone que la prioridad del que viene por la derecha se pierde cuando se desemboque desde una vía de tierra a una pavimentada (conf. art. 41, inc.

g, punto 1). Así, aplicando el citado art. 41 de la ley 24.449, no existe motivo para prescindir del texto legal que acuerda la prioridad de paso a quien circula por una vía pavimentada por sobre quien accede desde una de tierra, perdiéndose la prioridad de quien accede por la derecha (Areán, Beatriz, Juicio por accidentes de tránsito, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2006, t. 2, p. 565 y sus citas). No obstante que el perito mecánico señaló a fs. 388/393 que no podía establecer las responsabilidades, tampoco puedo soslayar que la ubicación de los daños en el frente de la moto indican su condición de embestidora y permiten presumir que el impacto se hubiera podido evitar o morigerar si el actor hubiera estado atento a las contingencias del tránsito al arribar a la esquina en cuestión (fs. 391). Por otra parte, si bien no se encuentra acreditado en la causa que la arteria por la que circulaba el rodado de la demandada fuera efectivamente una avenida, fue uno de los testigos ofrecidos por el propio actor quien le otorgó tal entidad (fs. 9 de la causa penal) y ante dicho extremo, contaría también con la prioridad de paso en la ocasión. De todos modos, considero que la conducta de la víctima al desatender la prioridad de paso no habilita en el caso a tener por seccionado en su totalidad el nexo causal en estudio. Ello es así, por cuanto aun cuando el colectivo de la recurrente transitaba por una vía pavimentada, las declaraciones testimoniales permiten inferir que lo hacía a una velocidad excesiva. Así lo puso de relieve el deponente de fs. 186/188 al narrar que "cuando el colectivo le pega a la moto volantea y se va para la vereda donde estaban él (testigo) y su amigo. Que a su amigo lo roza el colectivo pero que a él (testigo) el colectivo le pegó en la espalda del lado izquierdo y pegó contra la camioneta que estaba en la vereda. Que del susto se levantó rápido. Que el colectivo recién frenó cuando se subió a la vereda. Que no llegó a ver bien si le pegó al poste de luz, pero que cree que lo rozó?". A su vez, el declarante de fs. 189/191, que caminaba con el anterior, contó que "chocó a la moto, como que hace una maniobra y se va para la vereda, choca a su amigo, y que choca un poste de luz y ahí calva los frenos?". Y el testigo de fs. 284/286, vecino del lugar, expresó que "El colectivo se ve que venía bastante fuerte, porque había dos palos de luz y los quebró a los palos de luz, venían caminando dos muchachos y uno había quedado debajo del colectivo?" y añadió que "la moto empezaba a cruzar la calle, no se a qué velocidad vendría, pero el colectivo bastante rápido me parece, sino no rompería dos palos de luz, aparte una persona quedó abajo del colectivo así que vendría bastante rápido?". Es oportuno recordar que el art. 456 del Código Procesal dispone que el juez ha de apreciar, según las reglas de la sana crítica (art. 386 del citado cuerpo legal), las circunstancias y motivos que corroboren o disminuyan la fuerza de las declaraciones. Como así también que esas reglas son las de la lógica, la experiencia y el sentido común, que constituyen el soporte del correcto entendimiento judicial (Fallos: 316:1877; 321:2990; 335:729), que no ha de prescindir del curso natural y ordinario de las relaciones humanas (Fallos: 316:247; 321:1596; 325:450). Tales declaraciones, por otra parte, han de ser integradas y armonizadas con otras constancias de la causa, efectuando un examen completo de los distintos medios probatorios, lo cual tiende a resguardar la garantía de la defensa en juicio y el debido proceso (Fallos: 320:726; 322:1325; 323:1989; 325:1616; 326:2211). Desde esta óptica, considero que la circunstancia de que el testigo nombrado en segundo lugar no hubiera declarado en la causa penal si bien aconseja una gran circunspección en su evaluación no inhibe el testimonio (C.N.Civ., esta sala en L.619.340, del 12/8/2013), máxime cuando en el caso el primer declarante, cuya presencia en el lugar fue asentada por el oficial de policía interviniente (fs. 1), había dicho a fs. 9 de esas actuaciones que caminaba con el segundo, y, además, el actor había denunciado a fs. 47 que contaba con tres testigos presenciales. La elevada velocidad del colectivo, así acreditada, no ha sido inocua en la causalidad del accidente y sus consecuencias, si se repara en que el rodado de la demandada habría terminado sobre la vereda y derribado dos postes de luz. Imprudencia que no enerva totalmente, sin embargo, el descuido del actor al evadir la prioridad de quien transita por una calle pavimentada contra una de tierra. Desde esta perspectiva, cabe señalar que así como la regla "derecha versus izquierda" no es ni puede ser absoluta, con el alcance de independiente, ilimitada, que excluya cualquier relación; y que cada proceso será un caso a evaluar analizando las circunstancias específicas que lo han rodeado y que un conductor que provenía de la derecha podrá ver frustrada su aspiración a obtener una indemnización o triunfará plenamente o terminará compartiendo su culpa, según haya sido su comportamiento enfrentado con el del conductor demandado (cf. C.N.Civ., esta sala L. 472.524, del 11/5/07; ver también Fallos: 320:2971), tampoco lo puede ser la regla de "calle pavimentada versus calle de tierra". Se ha dicho también que la prioridad de paso no puede constituir un bill de indemnidad (cf. C.N.Civ., esta sala L. 482.385, del 4/9/07) y no es dable dejar de lado que también se ha afirmado en reiteradas oportunidades que para soslayar la preferencia legal que asiste al vehículo, es menester que aquel que se desplazaba sin aquella gozara de una franca factibilidad de cruce. La construcción jurídica que emerge de los arts. 901 y ss. del Código Civil (ver arts. 1726 y 1736 del Código Civil y Comercial de la Nación), permite establecer que para determinar la causa de un daño, es necesario formular un juicio de probabilidad, o sea considerar si tal acción u omisión del presunto responsable era idónea para producir regular o normalmente un cierto resultado. Ese juicio de probabilidad que deberá hacerlo el juez, lo será en función de lo que un hombre de mentalidad normal, juzgada ella en abstracto, hubiese podido prever como resultado de su acto (cf. Bustamante Alsina, Jorge, La relación de causalidad y la antijuricidad en la responsabilidad extracontractual?, La Ley 1996- D. 23). Es así que, para determinar la causa de un daño, se debe hacer ex post facto un juicio de adecuación o cálculo de probabilidad a la

luz de los hechos de la causa, habrá que preguntarse si la acción u omisión del presunto agente - en abstracto y prescindiendo de sus condiciones particulares -, era por sí misma apta para ocasionar el daño según el curso ordinario de las cosas. Si se contesta afirmativamente de acuerdo con la experiencia diaria de la vida, se declarará que la acción u omisión era adecuada para producir el daño, el que será entonces imputable objetivamente al agente. Si se contesta que no, faltará relación causal, aunque considerando el caso en concreto tenga que admitirse que dicha conducta fue también una *condictio sine qua non* del daño, pues de haber faltado este último no se habría producido o al menos no en esa manera (cf. López Mesa, Marcelo J., El mito de la causalidad adecuada, La Ley 2008-B, 861). Si un observador neutral hubiera divisado la moto Zanella introduciéndose en la arteria Baradero desde otra de tierra sin reparar en la proximidad del colectivo, advertiría la seria probabilidad de un accidente, la que se mostraría incrementada por la peligrosidad derivada de la elevada velocidad a la que se desplazaba el vehículo de mayor porte. Tal observador consideraría que se hallaba ante una tragedia anunciada, desde que era la consecuencia esperable según el orden natural y ordinario de las cosas. Y esta, es la idea de causalidad adecuada - que entraña la noción de previsibilidad - consagrada en nuestro derecho. Cuando la incidencia del actuar de la víctima, como en el caso, ha sido sólo parcial, el daño habrá de resultar de la interferencia o conexión de dos cadenas causales distintas: la que se origina en el hecho del mismo damnificado y la que proviene del riesgo o vicio del automotor. Se produce entonces lo que se denomina *concurencia de causas* o *concausación*. En tal hipótesis, la responsabilidad objetiva no desaparece, pero se atenúa al circunscribirse a los límites en que el riesgo o vicio realmente contribuyó o pudo contribuir a la producción del evento dañoso, dentro de los cuales, únicamente, le corresponderá indemnizar al dueño o guardián de la cosa (cf. Brebbia, Problemática jurídica de los automotores, t. I, p. 262, n° 9; Areán, Beatriz, Juicio por accidentes de tránsito, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2006, t. 2, p.853). Se ha dicho además, que difícilmente se produce un choque de vehículos en un cruce de calles, sin que exista - en alguna medida - culpa de ambos conductores, pues casi siempre bastaría con que uno de ellos proceda con extremo cuidado para que el accidente no se produzca (cf. Areán, Beatriz, Juicio por accidentes de tránsito, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2006, t. 2, p. 495 y su cita). Por lo expresado, al no encontrar motivos para asignar mayor incidencia causal a alguno de los factores examinados en detrimento del otro, considero que corresponde atribuir por partes iguales la responsabilidad en el hecho al actor y a la demandada.

V.- Los daños En la determinación del daño, como es criterio de esta sala, no he de aplicar el Código Civil y Comercial de la Nación por no encontrarse vigente al tiempo de configurarse el perjuicio constitutivo de la responsabilidad (cf. art. 7 del citado cuerpo legal y 3 del Código Civil; C.N.Civ., esta sala, CIV/11380/2012/CA1, del 18/8/15 y numerosos precedentes a partir de entonces; ver doctrina del fallo plenario *Rey, José J. c/ Viñedos y Bodegas Arizu S.A.*, del 21/12/71, en La Ley 146, p. 273; y en similar sentido C.N.Civ., sala E, Expte. 101.221/07, del 15/7/16; ídem sala F, Expte. 13.793/12; íd., sala I, Expte. 25.837/10, del 11/12/15); sin perjuicio que de hacerlo, como postula la distinguida colega designada en la vocalía 20, arribaría de todos modos en el caso a similar resultado.

a. Incapacidad Esta sala reiteradamente ha sostenido que tanto el denominado trastorno psíquico, como el daño estético, carecen de autonomía indemnizatoria ya que, en tanto daños patrimoniales indirectos, integran el de incapacidad y en cuanto a aspectos extrapatrimoniales, el daño moral. Es que en realidad, no cabe confundir el bien jurídico afectado, esto es la integridad física y psíquica, con los perjuicios que de ella derivan que sólo pueden comportar daños patrimoniales indirectos -incapacidad- o daño extrapatrimonial -moral- (cf. Zannoni, Eduardo Antonio, El daño en la responsabilidad civil, 2° ed. act. y amp., Ed. Astrea, Buenos Aires, 1993, ps. 157/166 y sus múltiples referencias; esta sala L. 163.509, del 6/6/95, L. 169.841, del 20/7/95; L. 205.632, del 26/11/96; L. 219.296, del 2/7/97, L. 226.466, del 24/10/97 y L. 450.661, del 13/3/07; entre muchos otros concordantes). En un afín orden de ideas la Corte Suprema ha postulado que aunque se reconozca autonomía conceptual al daño psíquico o psicológico por la índole de la lesión que se causa a la integridad psicofísica de la persona, ello no significa que haya de ser individualizado como un rubro resarcitorio autónomo para ser sumado al daño patrimonial o moral (cf. Fallos: 326:847) y, asimismo, ha puntualizado que el daño estético no es autónomo respecto al material o moral, sino que integra uno u otro o ambos, según el caso (cf. Fallos: 321:1117; 326:1673). Si los menoscabos estéticos y psíquicos generan incapacidad han de ser resarcidos por este concepto, más allá de su repercusión valuable al resarcir el daño moral.

El día del siniestro el actor fue trasladado en ambulancia al Hospital Luisa C. de Gandulfo de Lomas de Zamora (fs. 1 de la causa penal y fs. 687/692 de la presente). En la misma fecha fue derivado a la Clínica Privada Independencia S.A. donde se le diagnosticó fractura expuesta del primer metatarsiano del pie izquierdo y fue sometido a cirugía para la colocación de clavijas. Egresó del establecimiento el 26 de abril de 2011 (fs. 194/213). Seguidamente ingresó a la Clínica Boedo de Lomas de Zamora hasta el 3 de mayo de ese mismo año (fs. 309/342). El perito médico designado de oficio informó a fs. 656/657 que el reclamante padecía secuelas de fractura de primer metatarsiano del pie izquierdo, consolidada en eje. Señaló que había sido tratado quirúrgicamente, con rehabilitación posterior y, según los dichos del actor, alta a los 7 meses del accidente. Comprobó una limitación funcional de articulación metatarsofalángica del primer rayo del pie izquierdo, secundaria a fractura compleja y expuesta de metatarsiano correspondiente, consolidada en eje (sin desplazamiento), a la que atribuyó una incapacidad del 6,5 %. Y agregó que

la cicatriz de 6 por 4 cm en dorso de pie izquierdo a nivel del primer metatarsiano le producía una incapacidad del 4% y la de 1,5 por 1 cm a nivel del quinto metatarsiano una del 1 %. En el aspecto psicológico la experta en la materia, en su dictamen de fs. 571/590, después de entrevistar al requirente, señaló que las técnicas de evaluación implementadas no arrojaban indicadores compatibles con la vivencia de daño que se vincularan causalmente con el hecho. Agregó que el reclamante había podido sobreponerse al impacto del suceso y tener a su disposición para su aprovechamiento los recursos psíquicos que poseía conforme a la configuración de su estructura psíquica. Concluyó que la estructura de personalidad de base no había sido afectada ni modificada por el accidente. Observó que no presentaba indicadores de daño psicológico ni de incapacidad que pudieran ser mensurables. Finalmente, por no haber detectado secuelas relativas al infortunio, consideró improcedente un tratamiento psicoterapéutico. A pesar de que en nuestro sistema el peritaje no reviste el carácter de prueba legal, si el experto es una persona especialmente calificada por su saber específico y se desempeña como auxiliar judicial distinto de las partes, la prudencia aconseja aceptar los resultados a los que haya llegado, en tanto no adolezca de errores manifiestos, o no resulte contrariado por otra probanza de igual o parejo tenor (Fallos: 331:2109). Aun cuando las conclusiones del dictamen pericial no obligan a los jueces en la ponderación de la prueba, para prescindir de ellas se requiere, cuanto menos, que se les opongan otros elementos no menos convincentes (Fallos: 321:2118). Si no se observan razones que desmerezcan sus asertos, corresponde asignarle suficiente valor probatorio (Fallos: 329:5157), que es lo que ocurre en el caso ya que los dictámenes no fueron cuestionados por el actor y las objeciones formuladas al peritaje médico por parte de la demandada y su citada a fs. 673/674, fueron adecuadamente respondidas por el experto a fs. 676, sin que las impugnantes se hubieran hecho cargo de tal contestación en su memorial, que se limita a repetir aquella presentación como si no hubiese sido respondida. El máximo tribunal federal ha expresado en múltiples oportunidades que cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas de manera permanente, esta incapacidad deber ser objeto de reparación al margen de que desempeñe o no una actividad productiva pues la integridad física tiene en sí misma un valor indemnizable y su lesión afecta diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, social, cultural y deportivo con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida (cf. Fallos: 308:1109; 312:752, 2412; 315: 2834; 316: 2774; 318:1715; 320: 1361; 321:1124; 322:1792, 2002 y 2658; 325:1156; 326:874). Tengo presente al efectuar la estimación del tópicus por incapacidad que, como éste tiene por fin compensar la genérica disminución de aptitudes patrimoniales tanto en el aspecto laboral o profesional como en las áreas social, familiar y educacional, debe acordársele un capital que, invertido razonablemente, produzca una renta destinada a agotarse junto con el principal al término del plazo en que razonablemente pudo haber continuado desarrollando actividades de tal índole (C.N.Civ., esta sala, L.169.841, del 20/7/95; L. 492.653, del 12/12/07; L. 462.383, del 6/3/07 y L. 491.804, del 14/12/07; CIV/1339/2009/CA1, del 28/9/15; cf. Fallos: 318:1598 y art. 1083 del Código Civil aplicable en razón de la fecha en la que tuvo lugar el hecho generador de la deuda y arts. 1740 y 1746 del Código Civil y Comercial de la Nación). Por ello, como regla, ha de tomarse en consideración la disminución de la aptitud de la demandante para realizar actividades productivas hasta la edad jubilatoria y las económicamente valorables hasta la de expectativa de vida (ver Fallos: 321:570). En razón de todo lo dicho, habida cuenta las condiciones personales del damnificado a la fecha del hecho: 44 años, casado, con dos hijos, dependiente de una empresa de transporte (cf. fs. 1 de la causa penal, fs. 1 y 2 del incidente de beneficio de litigar sin gastos y fs. 312 de la presente); la reducción de la condena a la mitad y el modo de resarcir que surge del apartado VI, propongo establecer por incapacidad un total de \$ 70.000. b. Tratamiento kinesiológico Toda vez que la erogación atinente al tratamiento kinesiológico no ha sido debidamente acreditada y que el actor no refuta los argumentos dados por la juez para rechazar el pedido (arts. 265 y 266 del Código Procesal) en cuanto a que no surge del dictamen pericial - que no fue impugnado por el recurrente -, la necesidad de su realización (fs. 656/657), postulo la confirmación de su rechazo. c. Daño Moral En lo atinente a la reparación del daño moral -prevista en los aplicables arts. 522 y 1078 del Código Civil y en el art. 1741 del Código Civil y Comercial de la Nación- sabido es que está dirigida a compensar los padecimientos, molestias e inseguridades, únicamente desde el plano espiritual, cobrando especial importancia la índole de las lesiones y el grado de menoscabo que dejaren, para mostrar en qué medida ha quedado afectada la personalidad y el sentimiento de autovaloración. El detrimento de índole espiritual debe tenerse por configurado por la sola producción del episodio dañoso, ya que se presume -por la índole de los daños padecidos- la inevitable lesión de los sentimientos de la demandante y, aun cuando el dolor no puede medirse o tasarse, ello no impide justipreciar la satisfacción que procede para resarcir -dentro de lo humanamente posible- las angustias, inquietudes, miedos, padecimientos y tristeza propios de la situación vivida por el actor, teniendo en cuenta la índole del hecho generador de la responsabilidad y la entidad del sufrimiento causado, que no tiene necesariamente que guardar relación con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio a éste (cf. Fallos: 334:1821; 332:2159; 330:563, entre otros). En consecuencia, valorando las mencionadas condiciones personales y sociales del damnificado, la existencia de un padecimiento espiritual provocado por el accidente, la intervención quirúrgica y las secuelas ya descriptas, habida cuenta el porcentaje de responsabilidad reconocido, propicio establecer la suma de \$ 30.000 para esta partida. d. Gastos Se ha dicho reiteradamente que los gastos farmacéuticos

deben ser admitidos, aun cuando no estén acreditadas las erogaciones que se afirma haber realizado, si las lesiones sufridas presuponen necesariamente la existencia de tales desembolsos, pues aunque la víctima haya sido tratada en un establecimiento gratuito o dependiente de una obra social, los gastos en medicamentos corren por cuenta del interesado (cf. C.N.Civ., esta sala, L. 497.770 y 497.771, del 4/12/08; L. 530.337, del 14/8/09, y L. 558.746, del 26/11/10, entre muchos otros). Bien entendido que el resarcimiento solo deberá cubrir la parte no abarcada por la gratuidad (cf. C.N.Civ., esta Sala, L. 504.149, del 25/8/08; L. 526.164, del 15/5/09; L. 550.300, del 8/7/10, entre otros) Respecto de los gastos de traslado es también razonable pensar, por las lesiones sufridas, que debió desplazarse con un transporte adecuado. Aunque no estén acreditados en forma cierta, por cuanto no suelen lograrse comprobantes que permitan una fehaciente demostración, ello no es óbice para su procedencia (cf. C.N.Civ., esta sala, L. 476.356, del 31/8/07). Lo expuesto, obviamente, permite presumir la existencia de tales gastos por un monto básico, que solo podrá ser incrementado si la parte interesada arrima pruebas que habiliten razonablemente a inducir erogaciones superiores a las que normalmente cabe suponer de acuerdo a la dolencia padecida. Bajo tales premisas, en atención a las visitas a los profesionales médicos, gastos de farmacia, asistencia médica y de traslado a los que tuvo que someterse, la forma de resarcir y la reducción de la condena señaladas, estimo que cabe establecer la suma de \$ 1.500 para este rubro. e. Daño material. En relación con la partida denominada daños materiales a la moto, entiendo que cabe admitir su reconocimiento. A la luz de lo establecido en el art. 1110 del Código Civil, estimo que se encuentra suficientemente acreditada la condición de usuaria de la actora (cf. plenario ?Belluci, Nicolás R. c/ Pollano, Edgardo C. y otros s/ sumario?, del 30/12/1985). Ello es así no sólo por la indiscutida circunstancia de que el coactor, su marido, lo estaba utilizando al tiempo de ocurrir el accidente, sino por lo que surge de las actuaciones penales a fs. 63/65 (boleto de compraventa). La amplia jurisprudencia que prevalece sobre este tópico avala esta interpretación (cf. Kemelmajer de Carlucci, en Belluscio, Zannoni, Código Civil, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1984, t. 5, p. 387 y sus citas). Sin perjuicio de ello, más allá del presupuesto (no factura) reconocido por su emisor a fs. 227/229, asiste razón a la recurrente en tanto la parte actora omitió requerir en su escrito de demanda que el experto se expida respecto de la cuantía de los daños a la moto como para obtener una pauta objetiva para su determinación, por lo cual en uso prudencial de las facultades del art. 165 del Código Procesal, sumado a la ya aludida reducción de la condena a la mitad, me lleva a indicar para este ítem la suma de \$ 2.500. f. Privación de uso Esta sala ha sostenido que la privación del uso importa siempre un perjuicio que es posible presumir, en la medida que el automotor constituye para el damnificado un bien de capital del que se ve privado por causas que no le son imputables (cf. Zannoni, El daño en la responsabilidad civil, 2º ed., p. 270, citado en L.400.269, del 21/9/04; íd., L. 414.120, del 22/2/05). Esta imposibilidad de utilizarlo basta para demostrar el daño porque en general no se tiene un automóvil sino para usarlo y la indisponibilidad es índice suficiente de la necesidad de reemplazarlo, salvo prueba en contrario que debe suministrar el demandado (cf. Zavala de González, Daños a los automotores, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1989, p. 122). En mérito de lo expuesto y de lo señalado sobre la condición de usuaria de la requirente, teniendo en cuenta que no surge de las actuaciones penales que se hubiera otorgado la tenencia definitiva de la moto, considero que la suma determinada no resulta elevada y sólo cabe adecuarla a la distribución de responsabilidad aludida en un total de \$ 500. V.- Franquicia. La citada en garantía critica la sentencia en cuanto declara la inoponibilidad de la franquicia a la víctima del accidente basándose -frente al fallo plenario del fuero dictado el 13 de diciembre de 2006 en ?Obarrio, María Pía c/ Microómnibus Norte S.A. y otro s/ daños y perjuicios (Acc. Tran. c/ Les. o muerte) Sumario? y ?Gauna, Agustín c/ La Economía Comercial S.A. de Seguros Generales y otro s/ daños y perjuicios? citado en el pronunciamiento- en la jurisprudencia de la Corte Suprema en la materia. Como lo he expresado en otras oportunidades la cuestión radica en preguntarse -y responder- si corresponde apartarse de la doctrina plenaria en pos de la sentada por la Corte Federal. Esta sala ya lo ha hecho en la causa L.495.634, fallada el 4 de marzo de 2008, sin desmedro de lo dispuesto en el art. 303 del Código Procesal, ya que el expediente había venido para emitir un nuevo pronunciamiento por haber sido casado el anterior por la Corte Suprema. En esa oportunidad se dijo que el acatamiento a esta era obligatorio cuando se trataba de aplicar lo decidido en y para el caso en cuestión (cf. Fallos: 311:2004; 324:3322). Si bien el presente supuesto es diferente desde que no existe, como ocurría en aquel, una sentencia del máximo tribunal dictada en este proceso, entiendo que, de todos modos, cabe arribar a similar solución. En el precedente L. 498.853, del 26 de mayo de 2008, la sala E, con voto preopinante del juez Fernando M. Racimo, demostró con claridad que la Corte Suprema no solo ha descalificado las sentencias de la Cámara Civil fundadas sobre la mentada doctrina plenaria, incluida la dictada en la causa ?Obarrio? como consecuencia de lo decidido en pleno, sino que en el caso ?Gauna? adoptó esa determinación respecto del fallo plenario mismo, pues en ese expediente se pronunció al resolver el recurso extraordinario interpuesto directamente contra el pronunciamiento dictado en virtud de lo establecido en el art. 300 del Código Procesal. La sentencia plenaria es una norma jurídica -sea que se la considere individual o general- que ha sido descalificada -por arbitraria o inconstitucional- por la Corte Suprema. Esta descalificación, consecuentemente, la hace inaplicable al caso. Así como la declaración de inconstitucionalidad de una ley efectuada por el máximo tribunal federal determina que tal norma no sea acatada, sin

que obste a ello la obligatoriedad que ella entraña y prevé el art. 1º del Código Civil, la descalificación del mismo pronunciamiento plenario en el expediente en el cual se emitió -como ocurre en el caso ?Gauna?- conduce a su no aplicación, sin que lo enerve la normativa del art. 303 del Código Procesal. Una sentencia plenaria revocada por la Corte Suprema por arbitrariedad normativa -esto es, por arbitrariedad en la interpretación de ley- no puede subsistir como fuente obligatoria de derecho para los integrantes del mismo fuero y carece, en consecuencia, de la fuerza obligatoria impuesta por el mencionado art. 303 del Código Procesal porque ya no es una interpretación legal aceptable de la norma respectiva (cf. fallo de la sala E citado). El máximo tribunal ha estimado que se afectaban las garantías comprendidas en el art. 18 de la Constitución Nacional y obrado en consecuencia (cf. art. 31 de la norma fundamental). Esta sala junto con la E, la I y la J, procuró, con pedido formulado el 15 de abril de 2008, que la Cámara se autoconvocase para revisar la doctrina plenaria a la luz de la jurisprudencia de la Corte, a fin de solucionar la problemática que generan las discrepancias entre las decisiones de ambas instancias judiciales y, en un principio, frente al fracaso de tal intento estimó que correspondía la aplicación del fallo plenario. Sin embargo, el examen de la descalificación de la misma normativa judicial ya destacada me conduce a proponer la solución a la que arribo, sobremanera cuando en el caso no se han aportando nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición adoptada por el máximo tribunal federal (cf. Fallos 329:4931; 318:2060 y sus citas). Por lo demás, sin perjuicio de mi opinión sobre el fondo del asunto, advierto que la decisión que postulo evita crear falsas expectativas en las víctimas de los accidentes de tránsito, máxime si se repara en que la Corte Suprema ha suspendido la ejecución de las sentencias que condenan a las aseguradoras hasta tanto recaiga pronunciamiento en los recursos extraordinarios interpuestos contra aquéllas (cf. Fallos: 331:95, entre otros), pronunciamiento que, finalmente, siempre declara la oponibilidad de la mentada franquicia (cf. L. 870 XLIII, ?Lemos, Wenceslada c/Aguin, Mario y otros s/ daños y perjuicios?, del 12/8/08, entre otros); franquicia que, forzoso es reconocer, ha ido perdiendo entidad desde el dictado del aludido fallo plenario en razón de la depreciación monetaria. La derogación prevista en el art. 12 de la ley 26.853, en todo caso, dejaría sin sustento este aspecto de la sentencia de grado y conduciría a reconocer la oponibilidad de la franquicia en virtud de la jurisprudencia del máximo tribunal federal (Fallos: 329:3054 y 3488; 330:3483; 331:379, entre otros). Sobre la base de todo lo expuesto, postulo la revocación de lo decidido en el pronunciamiento respecto de la franquicia.

VI.- Intereses. Los agravios de la demandada y su aseguradora atinentes a los accesorios no han de ser admitidos ya que no se advierte que los montos fijados en el pronunciamiento lo hayan sido a valores actuales, por lo que no se configura la salvedad prevista en la respuesta al cuarto interrogante del fallo plenario ?Samudio de Martínez, Ladislaa c/ Transportes Doscientos Setenta S.A. s/ daños y perjuicios?, del 11 de noviembre de 2009. En consecuencia ha sido correctamente fijada la tasa de interés activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina desde que tuvo lugar el hecho. La decisión que postulo no se contrapone con la que surge de aplicar la normativa del Código Civil y Comercial de la Nación (art. 768), que si bien no contempla en su letra la facultad judicial de fijar intereses, ha de ser integrada con los arts. 767, 1740 y 1748 (cf. art. 2 del mismo cuerpo legal) y con el deber de los jueces de resolver -con razonable fundamento- los asuntos que les sean sometidos a su jurisdicción (art. 3 del nuevo código de fondo y art. 163, inc. 6, del Código Procesal), conforme con la idea de contar con ?mayor flexibilidad a fin de adoptar la solución más justa para el caso? (cf. Fundamentos del Anteproyecto) (cf. C.N.Civ., esta sala CIV/11380/2010/CA1 del 18/8/2015, CIV/64233/2008/CA1 del 21/9/15, Civ.88.413/2010 del 2/11/15 y Civ 28.522/2009/CA1 del 30/12/15).

VII.- Conclusión En mérito de lo expuesto, después de examinar los argumentos y pruebas conducentes, propongo al acuerdo revocar la sentencia para distribuir la responsabilidad en el siniestro a ambas partes por igual, modificar lo establecido por incapacidad a \$ 70.000; por daño moral a \$ 30.000, por gastos a \$ 1.500; por daños materiales a \$ 2.500 y por privación de uso a \$ 500; declarar la oponibilidad de la franquicia y confirmarla en todo lo demás que decide y fue objeto de agravios no atendidos. Con costas de alzada por su orden en atención a la forma en que se decide (cf. arts. 68 y 71 del Código Procesal). El Dr. Bellucci votó en el mismo sentido por razones análogas a las expresadas en su voto por el Doctor Carlos A. Carranza Casares. La Dra. Benavente dijo: Coincido con el voto del Dr. Carranza Casares en cuanto a la solución a la que arriba, con excepción de lo resuelto en punto a la franquicia. Se me hace un deber señalar que durante muchos años he adherido al criterio del más alto tribunal que descalificó los pronunciamientos que declaraban su inoponibilidad a la víctima (conf. N.312.XXXIX ?Nieto, Nicolaza del Valle c/ La Cabaña S.A. y otros? y V.482.XL ?Villarreal, Daniel Alberto c/ Fernández, Andrés Alejandro y otros,? publicadas en Fallos 331:379 y 334: 988; ídem Fallos: Fallos 319:3489; 329:3654 y 348). Entre ellos, la Corte Suprema consideró arbitraria la doctrina del fallo plenario que se aplicó en este fuero con carácter obligatorio hasta la sanción de la ley 26.853 (conf. causas O.166, L. XLIII, ?Obarrio, María Pía c/ Microómnibus Norte S.A. y otros?; G. 327, L. ?Gauna, Agustín y su acumulado c/ La Economía Comercial S.A. de Seguros Generales y otro?; V. 389, L. XLIII, ?Villarreal, Daniel Alberto c/ Fernández, Andrés Alejandro? y C. 310, L. XLIV, ?Cuello, Patricia Dorotea Lucena, Pedro Antonio y otros?, falladas el 4 de marzo de 2008 y la última el 18 de junio de 2014; B. 915. XLVII. ?Buffoni, Osvaldo Omar c/ C., R. M. s/daños y perjuicios? del 08/04/2014; mis votos en autos ?Romero, María Inés c/ Transportes Sol de Mayo C.I.S.A. y ot. s/

daños y perjuicios? del 14/06/2016, ?González Melgarejo, Pablina Cándida c/ Empresa de Transportes Sur Nor CISA y ot. s/ daños y perjuicios? del 21/11/2016, ?Gusak, Lidia Ester c/ Consultores Asociados Ecotrans SA y ot. s/ daños y perjuicios? del 25/11/2016, ?De la Vega, Luis Alberto c/ Empresa Gral Urquiza SRL y ot. s/ daños y perjuicios? del 15/12/2016). Sin embargo, en el mes de julio de 2016, la Resolución N° 39.927/2016 de la Superintendencia de Seguros de la Nación estableció nuevas pautas para la regulación del seguro de transporte automotor. Así, en las Condiciones Generales del Seguro de Responsabilidad Civil de Vehículos Automotores destinados al Transporte Público de Pasajeros, ANEXO II, cláusula 2° -?Franquicia o Descubierta Obligatorio a Cargo del Asegurado?- dispone que: ?El Asegurado participará en cada acontecimiento por un hecho cubierto con un Descubierta Obligatorio de PESOS CIENTO VEINTE MIL (\$ 120.000). Dicho descubierta obligatorio a su cargo se computará sobre capital de sentencia o transacción, participando el Asegurado a prorrata en los intereses y costas. En todo reclamo de terceros, la Aseguradora asumirá el pago de la indemnización y el Asegurado le reembolsará el importe del Descubierta Obligatorio a su cargo dentro de los DIEZ (10) días de efectuado el pago....? Aun cuando la referida directiva es de aplicación inmediata a partir del 1° de septiembre de 2016 -art. 7° del Código Civil y Comercial- es innegable que se trata de una ley en sentido material, que procura dar pautas generales más claras para poner fin a la tan debatida cuestión que suscitaba la aplicación de la Resolución n° 25.429/97. La nueva directiva regula el vínculo entre la aseguradora y el tercero damnificado o, si se quiere, establece las condiciones de la cobertura del siniestro y los alcances del deber de indemnidad que establece el art. 110 LS, otorgando mayor protección a las víctimas. Es así que establece que éstas pueden cobrar la totalidad de la condena contra el seguro, sin perjuicio de las acciones de reembolso que pudiera tener contra su asegurado para recuperar lo abonado de más, en razón del descubierta a su cargo que contiene la póliza. La nueva resolución contiene -en definitiva-directrices que rectifican la anterior Resolución N° 25.429/97 que, más allá del comienzo de su vigencia en los términos que indica, permite tener un panorama un poco más claro sobre el funcionamiento de la franquicia en el contrato de transporte, mientras no se regule en forma orgánica el seguro obligatorio. Por tanto, pienso que ignorar las nuevas pautas fijadas por la autoridad de aplicación no es saludable pues, frente a la diversidad de opiniones que aún existen en la actualidad, aquellas contribuyen a generar mayor seguridad jurídica frente a un contexto normativo opinable, son razonables y garantizan una mejor eficacia para el cumplimiento de la condena. Si, ante la considerable elevación de la franquicia obligatoria se impone la solución anteriormente transcrita, no veo obstáculo que impida adoptar el mismo criterio en los casos en que el descubierta a cargo del asegurado es notoriamente inferior. Por tanto, propicio confirmar el pronunciamiento recurrido en lo que a este agravio se refiere. Con lo que terminó el acto. Buenos Aires, 12 de junio de 2018.- Y VISTOS: Por lo que resulta de la votación de que instruye el acuerdo que antecede, SE RESUELVE: I.- a) Por unanimidad, revocar la sentencia para distribuir la responsabilidad en el siniestro a ambas partes por igual, modificar lo establecido por incapacidad a \$ 70.000; por daño moral a \$ 30.000, por gastos a \$ 1.500; por daños materiales a \$ 2.500 y por privación de uso a \$ 500; y confirmarla en todo lo demás que decide y fue objeto de agravios no atendidos. b) Por mayoría, declarar la oponibilidad de la franquicia. c) Con costas dealzada por su orden. II.- Devueltas que sean las actuaciones se proveerá lo pertinente a fin de lograr el ingreso de la tasa judicial (arts. 13 y conc. de la ley 23.898). III.-Conforme lo establece el art. 279 del Código Procesal, corresponde adecuar los honorarios regulados en la sentencia de primera instancia al nuevo monto del proceso. En consecuencia, en atención a la calidad, extensión y mérito de la labor profesional desarrollada, resultado obtenido, etapas cumplidas y lo que disponen los arts. 6, 7, 9, 14, 19, 33, 37, 38 y conc. de la ley 21.839 y la ley 24.432 -aplicable al caso conforme lo decidido por esta sala en expte. CIV/111.462/2011 el 18/5/2018- se fijan los honorarios de la letrada patrocinante de la parte actora, Dra. M. d. I. Á. G., por tres etapas, en la suma de pesos Treinta y Dos Mil (\$ 32.000); y los de las letradas apoderadas de la demandada y citada en garantía, Dra. C. V., F. M. H., L. A. P. P. y M. N. M., por tres etapas, en conjunto, en la suma de pesos Veintiocho Mil (\$ 28.000). En atención a la calidad, mérito y eficacia de la labor pericial desarrollada en autos; a lo normado por los arts. 10, 13 y conc. de la ley 24.432 y a la adecuada proporción que deben guardar los honorarios de los expertos con los de los letrados intervinientes (Fallos: 314:1873; 320:2349; 325:2119, entre otros) se establecen los honorarios de los peritos: ingeniero mecánico C. G., psicóloga M. S. V. y médico R. A. C., en la suma de pesos Diez Mil (\$ 10.000), para cada uno de ellos. Se establecen los honorarios del mediador Dr. E. M. D. en la suma de pesos Siete Mil Ochocientos (\$ 7.800) en virtud de lo dispuesto por los decretos 1467/11 y 2536/15. Por los trabajos de alzada se regulan los honorarios de la Dra. G. en la suma de Nueve Mil Seiscientos (\$ 9.600) -que equivalen a 15,38 UMAS- y los de la Dra. V. en la suma de pesos Ocho Mil Cuatrocientos (\$ 8.400) -que equivalen a 13,46 UMAS- al presente conforme arts. 30, 51 y ctes. de la ley 27.423 en virtud de la fecha en que se realizaron las labores. IV.-Se deja constancia de que la publicación de esta sentencia se encuentra sujeta a lo establecido por el art. 164, segundo párrafo, del Código Procesal. Regístrese, notifíquese al domicilio electrónico denunciado, conforme lo dispone la ley 26.685 y acordadas 31/11 y 38/13 de la CSJN, oportunamente cúmplase con la acordada 24/13 de la Corte Suprema de la Nación y devuélvanse. Integra la Vocalía 20 la Sra. Juez de Cámara Dra. María Isabel Benavente (Resol. 707/17 del Tribunal de Superintendencia). CARLOS .A CARRANZA CASARES

CARLOS A. BELLUCCI MARIA ISABEL BENAVENTE (en disidencia parcial)
032704E