

Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario

CNCiv., Sala L, Argentina, 30-06-10, “Aguirre, Diego Oscar c. Argañaraz, Ramón Francisco y otros s. daños y perjuicios”; “Campusano, Diego Omar c. Argañaraz, Ramón Francisco s. daños y perjuicios” y “Quiñones, Gabriela Noemí c. Argañaraz, Ramón Francisco s. daños y perjuicios”.

En Buenos Aires, a los 30 días del mes de junio del año dos mil diez, 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 los expedientes acumulados caratulados: “Aguirre Diego Oscar c/ Argañaraz Ramón Francisco y otros s/daños y perjuicios”, “Campusano Diego Omar c/ Argañaraz Ramón Francisco s/daños y perjuicios” y “Quiñones Gabriela Noemí c/ Argañaraz Ramón Francisco s/ daños y perjuicios” de acuerdo al orden del sorteo el Dr. Liberman dijo:

I.- En estos expedientes acumulados, Diego Oscar Aguirre, Diego Oscar Campusano, Zoraida Lilia Silva, Gabriela Quiñones y Carolina Méndez, promovieron sendas acciones contra Ramón Francisco Argañaraz, Empresa de Transporte Teniente General Roca S.A. y Autopistas del Sol S.A., por los daños y perjuicios derivados del accidente de tránsito ocurrido el día 4 de junio de 2005 en Av. General Paz. Se citó en garantía a Argos Mutual de Seguros del Transporte Público de Pasajeros, Seguros Bernardino Rivadavia Cooperativa Limitada y La Meridional Compañía Argentina de Seguros S.A.

La sentencia única dictada con fecha 11 de febrero de 2009 hizo lugar a las demandas incoadas estableciendo una responsabilidad compartida, que de conformidad a la influencia causal que estimó cupo a cada uno de los emplazados, situó en un 45% para Argañaraz y Empresa de Transporte General Roca S.A., 30% para Autopistas del Sol y el 25% restante para Campusano. Todo ello sin perjuicio de responder solidariamente frente a los damnificados. Contra esa decisión se alzaron disconformes las partes.

En el expte. N° 65.241/05 “Aguirre c/ Argañaraz”, la parte actora expresó agravios a fs. 572/580 manifestando su disconformidad respecto a los montos otorgados a los distintos rubros, interés aplicable y lo decidido en torno a la franquicia, los que fueron evacuados por Seguros Bernardino Rivadavia Coop. Ltda. -aseguradora del codemandado Campusano- a fs. 655/661, quien a su vez vertió sus quejas respecto a los rubros a fs. 582/586. Por su parte la empresa de transportes, el conductor Argañaraz y Argos Mutual de Seguros del Transporte Público de Pasajeros a fs. 603/624 se quejaron acerca de la responsabilidad atribuida en la sentencia, de los montos otorgados a los rubros que resultaron prósperos, como así también que se haya hecho extensiva la sentencia a la aseguradora, los que merecieron la presentación de fs. 666/668 por parte de Seguros Bernardino Rivadavia. A fs. 627/629 expresó agravios Autopistas de Sol S.A. y su aseguradora, cuestionando la responsabilidad atribuida a la concesionaria y la procedencia y cuantía de los rubros que conforman la condena. Mediante la presentación de fs. 646/653 la parte actora contestó los agravios vertidos por las codemandadas. A fs. 670/673 los codemandados transporte, Argañaraz y aseguradora contestan los agravios de la actora y de los restantes codemandados. A fs. 682/683 obra dictamen del Sr. Fiscal de Cámara.

En el expte. N° 71.941/05 “Campusano c/ Argañaraz”, a fs. 504/512 la parte actora expresó agravios en torno a la responsabilidad atribuida, montos de condena otorgados (incapacidad sobreviniente y daño

Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario

moral), aceptación de la franquicia invocada por Argos Mutual de Seguros, tasa de interés e imposición de costas. Los codemandados Transporte Tte. Gral. Roca S.A., Argañaraz y Argos Mutual a fs. 520/539 vertieron sus quejas respecto a la responsabilidad, a las sumas fijadas en concepto de resarcimiento y lo resuelto respecto a la franquicia. Autopistas del Sol S.A. y La Meridional Compañía Argentina de Seguros S.A. a fs. 542/545 expresaron agravios en relación a la responsabilidad endilgada, procedencia y cuantía de los rubros. A fs. 560/563 la parte actora contestó los agravios de las codemandadas y aseguradoras respectivas. Por su parte, la empresa de transporte, chofer y aseguradora contestaron los agravios de las contrarias a fs. 565/569. A fs. 572/573 el Fiscal de Cámara emitió dictamen.

En el expte. N° 77.886/05 “Quiñones c/ Argañaraz”, Seguros Bernardino Rivadavia expresó agravios a fs. 572/578 cuestionando la indemnización concedida. A su turno la actora, a fs. 580/585, vertió su disconformidad respecto al monto otorgado en concepto de incapacidad sobreviniente y daño moral, tasa de interés y lo decidido en torno a las franquicias invocadas por Argos Mutual y La Meridional Cía. Arg. de Seguros. A fs. 604/624 expresó agravios la empresa de transporte, Argañaraz y la aseguradora. A fs. 626/628 hizo lo propio Autopistas del Sol y su aseguradora cuestionando la responsabilidad, procedencia y montos de los rubros. A fs. 642/648 la actora contestó los agravios vertidos por las codemandadas. Mientras que a fs. 651/652 Seguros Bernardino Rivadavia Coop. Ltda. contestó los agravios de fs. 604/624, a fs. 654/655 evacuó los de fs. 626/628 y a fs. 657/662 los de fs. 580/585. Finalmente a fs. 665/670 la empresa de transporte, chofer y aseguradora respondieron a los agravios vertidos por las contrarias. A fs. 677/678 obra dictamen del Sr. Fiscal de Cámara.

II.- Por cuestiones de orden metodológico, habiendo sido cuestionada la atribución de responsabilidad endilgada en autos, me avocaré en primer término a su estudio.

De conformidad a lo que surge de las constancias de los expedientes acumulados, los distintos accionantes persiguen la indemnización de los daños y perjuicios derivados del accidente de tránsito ocurrido el 4 de junio de 2005 en Av. Gral. Paz en el que participaron el Fiat Spazio, propiedad de Zoraida Lilia Silva, conducido en la ocasión por Campusano, y en el que viajaban en carácter de acompañantes Diego Oscar Aguirre, Carolina Méndez, Gabriela Quiñones y Juan Quiñones; y el colectivo de la empresa de Transporte General Roca S.A. guiado por Ramón Francisco Argañaraz.

Las partes estuvieron contestes en que el accidente se produjo en oportunidad que el Fiat Spazio circulaba por Av. Crovara y retomó por la subida hacia Riachuelo que le permitía el ingreso a la Av. Gral. Paz, y ya circulando por esta última colisionó con la parte trasera del colectivo interno 153 de la Línea 21 que se encontraba estacionado como consecuencia de un desperfecto mecánico a la altura de la calle Scapino.

La cuestión estuvo encuadrada por la primera sentenciante, en primer lugar en adecuación al art. 1109, último párrafo del Código Civil, en cuanto a la responsabilidad solidaria de los copartícipes del accidente de tránsito; y en segundo lugar conforme lo previsto en el art. 1113, segunda parte, párrafo segundo del Código Civil, en tanto en los supuestos de daños causados por el riesgo o vicio de la cosa, el dueño o guardián sólo puede eximirse de responsabilidad acreditando culpa de la víctima o de un tercero por quien no deba responder.

Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario

Se ha dicho que “las autopistas o vías rápidas de circulación fueron diseñadas para el desplazamiento de altas velocidades y construidas de modo tal que se evite el peligro de accidentes mediante su desarrollo sin intersecciones a fin de evacuar grandes conglomerados en forma rápida. No sólo tiene un límite máximo de velocidad sino que tiene uno mínimo. A su vez la detención por un hecho ajeno a la voluntad del conductor, supone inexorablemente que éste, en la medida en que el desperfecto mecánico de que se trate se lo permita, realice todas aquellas maniobras y medidas de señalización tendientes a mitigar el riesgo propio de estas contingencias” (ver: Daray, Hernán: «Accidentes de Tránsito», Astrea, Buenos Aires, 2001, T. 1, págs. 161 y 165, sumarios 1 y 27).

De las constancias de la causa penal N° 29.972 que tengo a la vista (ver declaraciones de fs. 1/2, 12/13, croquis de fs. 5, fotografías de fs. 71/72), localización de los daños, fotografías de fs. 1163/168 del expte. N° 65.241/05 y datos aportados en los informes técnicos por el perito ing. Iriarte a fs. 315/322 del expte. N° 65.241/05 y por el perito ing. Bourdieu a fs. 272/285 del expte. N° 77.886/05, surge en forma coincidente la ubicación del colectivo, el cual se hallaba estacionado en forma paralela a la línea continua blanca que marca el límite derecho del carril de acceso a la Av. Gral. Paz, con aproximadamente 1/4 de su ancho en la banquina y los 3/4 restantes en el mencionado carril de acceso.

En lo que a la visibilidad respecta, las pericias técnicas concluyen que, considerando la hora aproximada de la ocurrencia del hecho (6.00 A.M.), era buena y que de la inspección del lugar no se evidencian elementos que pudieran haberla entorpecido. Incluso las fotografías dan cuenta de la existencia de columnas de luz ubicadas antes del puente peatonal. También el perito ing. Bourdieu se expidió sobre la insuficiencia del ancho de la banquina, lo que dio lugar a que gran parte del colectivo ocupara el carril destinado a la circulación lenta.

En cuanto a la posible velocidad desarrollada por Campusano, si bien el ing. Iriarte la situó entre 40 y 80 km/h y el ing. Bourdieu la estimó en unos 60 a 70 km/h, ambos coincidieron en que éste no fue un factor técnicamente influyente en la producción del accidente.

Existieron declaraciones encontradas en cuanto a si el colectivo tenía o no encendidas las balizas, pero lo cierto es que no surge de autos constancia alguna que dé cuenta que Argañaraz tomara todos los recaudos necesarios a los fines de señalar en forma adecuada la presencia de la unidad a su cargo y de ese modo alertar a terceros. Por el contrario abandonó el lugar y así fue como la unidad fue encontrada al momento de hacerse presente el subinspector Semchman (fs. 1 de la causa penal), el empleado de Autopistas de Sol, Sr. Berea (ver declaración de fs. 279/281 del expte. N° 65.241/05) y el testigo Quevedo (conf. declaración vertida en el expte. n° 77.886/05). Considero que a todo evento, debió al menos colocar las balizas triángulo u otra señalización con una distancia suficiente para señalar tamaño obstáculo. No lo hizo, y eso es altamente reprochable.

No menos trascendente fue el accionar de Campusano quien, no teniendo obstáculo en la visibilidad, embistió con la parte frontal del Fiat Spazio la parte trasera izquierda del colectivo. Es evidente que su falta de cuidado en la conducción fue elemento coadyuvante en la producción del hecho.

En cuanto a la responsabilidad atribuida a Autopistas del Sol S.A., fue clara la primer sentenciante,

Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario

a cuyos fundamentos remito en honor a la brevedad. La evidente falta al deber de seguridad y vigilancia en que se vio incurso la concesionaria se advierte en: la existencia de una banquina carente del ancho mínimo exigido por la ley 24449 para que un vehículo del tamaño del colectivo pudiera estacionar o detenerse sin representar riesgo para terceros; como así también en la falta de diligencia en remover oportunamente -a través del personal autorizado- al colectivo que permaneció por más de cuatro horas estacionado en el lugar de ocurrencia del hecho. Nada hizo Ausol para despejar semejante obstáculo de la vía a ella concesionada sino una vez ocurrido el accidente, lo que se traduce en una falta de servicio.

Sin embargo, considero que el accionar de Argañaraz, y consecuentemente de la empresa de transporte, resultó de mayor incidencia en la ocurrencia del evento dañoso, en tanto fueron quienes en definitiva colocaron en la vía la cosa riesgosa que resultó factor desencadenante del hecho. Por tanto propongo modificar los porcentuales de distribución de responsabilidad a un 60 % a cargo de la empresa y su chofer, Sr. Argañaraz, y 15% a cargo de la concesionaria Ausol S.A., subsistiendo el 25% de Campusano.

Por todo lo expuesto, voto por confirmar la responsabilidad atribuida y modificar los porcentajes de distribución entre los emplazados.

III.- Ahora he de considerar los distintos rubros indemnizatorios tratados en la sentencia de grado y que fueran materia de recurso.

A) Expte. N° 65.241/05 “Aguirre c/ Argañaraz”.

Diego Oscar Aguirre:

Incapacidad sobreviniente:

Este tribunal ha sostenido que la indemnización por incapacidad sobreviniente debe estimarse sobre la base de un daño cierto y deben ser elementos a considerar el estado civil, edad, ocupación y condición socioeconómica, entre otros diversos aspectos de la persona, que tienden a la equidad y justicia de la reparación del daño.

Resulta ocioso reiterar las consideraciones médico legales detalladas por el Cuerpo Médico Forense en su dictamen de fs. 397/402, que fueron volcadas y tenidas en cuenta por la juez de grado. Simplemente haré hincapié en que se halló en el actor una incapacidad física actual del 46,86% de la total y una incapacidad psíquica situada en el orden del 15% vinculadas al hecho que motiva esta litis, sugiriendo un tratamiento psicológico de aproximadamente de un año de duración con una frecuencia semanal, estimando el costo de la sesión en \$ 50.

Teniendo en cuenta que Aguirre sufrió una fractura expuesta tipo II de fémur derecho, fractura de fémur izquierdo, fractura expuesta de cuello de 5° metacarpiano derecho con sección de aparato extensor, y que al examen físico que se le practicara se evidenciaron cicatrices varias y secuelas, ello aunado a los estudios y tratamientos médicos a los que debió someterse, estimo un tanto exiguo el monto otorgado en concepto de incapacidad física, por lo que propongo su elevación a la suma de \$ 120.000.

A idéntica conclusión arribo respecto a la incapacidad psíquica, toda vez que si bien se tiene en cuenta la personalidad de base del reclamante, que en el informe del CMF se califica de “inmadura”, no resulta

Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario

menos cierto que el padecimiento de vivencias de deterioro físico con la consecuente angustia, fobia e inhibición emocional que limitan el campo personal, familiar y laboral, me llevan a proponer la elevación de esta partida a \$ 25.000.

Tratamiento psicológico:

Siguiendo con esta línea de razonamiento, y atendiendo que la incapacidad psíquica se ubicaría entre el Grado I y Grado III del Baremo Nacional (Decreto 478/98) y que su estado tendría una relación de concausalidad respecto de los hechos de autos, considero adecuado el tratamiento psicológico propiciado por la Lic. en psicología del C.M.F., Lic. Kanopliov de Sicardi. Ello, toda vez que, en orden a lo explicado en el dictamen realizado, surge más que prudente otorgar a Aguirre la posibilidad de acceder a un tratamiento en aras de lograr una vida más satisfactoria. No considero que el hecho de no haber iniciado hasta ahora una psicoterapia, tenga suficiente incidencia como para negarle tal posibilidad, máxime cuando la víctima deberá seguir peregrinando por consultorios de distintas especialidades para la realización de tratamientos. Propongo confirmar la partida otorgada.

Daño Moral:

En el caso de lesiones, para que proceda resarcir daño moral, la ley no requiere prueba de su existencia, ya que se presume. Para establecer la cuantía del daño, el juzgador debe sortear la dificultad de imaginar o predecir el dolor que el hecho dañoso produjo en la esfera íntima del reclamante para luego establecer una indemnización en dinero que supla o compense el desmedro injustamente sufrido: por lo que más que cualquier otro rubro queda sujeto al prudente arbitrio judicial, que ha de atenerse a una recta ponderación de las diversas características que emanan del proceso. Así, también la determinación del monto no depende de la existencia o extensión de los perjuicios patrimoniales, pues no media interdependencia entre tales rubros, ya que cada uno tiene su propia configuración, pues se trata de daños que afectan a esferas distintas (Llambías, “Obligaciones”, T° I, pág. 229).

En congruencia con lo precedentemente dicho, las lesiones físicas sufridas y secuelas de orden psíquico con recomendación de tratamiento, permiten inferir la existencia del daño moral sin necesidad de exigir otras pruebas. Aguirre tuvo que padecer intervenciones quirúrgicas, períodos de convalecencia, portación de yeso en su mano derecha, tratamientos de rehabilitación, la incomodidad mínimamente traducida en la concurrencia a centros asistenciales, estudios de rigor a que debió someterse, ayuda necesaria de la que debió valerse para la realización de sus tareas habituales, molestias que debe soportar por las lesiones sufridas, etc... y sin dejar de lado que al momento del accidente tenía 26 años de edad, laboraba de ayudante de cocina en restaurantes y la dificultad de poder superar exámenes preocupacionales en atención a las secuelas que padece. Considero escasa la cuantificación realizada en la sentencia de grado para este rubro. Propongo su elevación a la suma de \$ 80.000.

Gastos médicos, farmacéuticos, de traslado y por colocación de clavos:

Como bien dijera la primera sentenciante, probada la existencia de las lesiones sufridas, estas erogaciones deben ser reembolsadas a la víctima, aunque no exista prueba fehaciente de su realización, bastando

Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario

que guarden relación con la entidad de las mismas.

Ya se ha expedido reiteradamente este tribunal por la razonabilidad de su viabilidad estimando su presunción según las particularidades del caso.

En el caso que nos ocupa, quedó acreditado que el actor fue atendido luego del accidente en el Hospital Santojanni donde fue intervenido quirúrgicamente y se le colocó clavo endomedular en ambos fémures, se le enyesó su mano derecha y permaneció internado hasta el día 6 de julio de 2005. Ha de inferirse que, como consecuencia de los diversos traumatismos padecidos, el actor debió ingerir medicamentos aún después de su externación. Si a ello le sumamos los gastos de traslado en que pudo haber incurrido debido a su reducida movilidad como consecuencia de las lesiones sufridas, considero adecuada las sumas otorgadas en estos conceptos.

Por otra parte, en cuanto al gasto por la compra de los clavos endomedulares, considero adecuado el reembolso propiciado en la sentencia en estudio, máxime cuando dicha erogación se encuentra debidamente respaldada con la factura agregada a fs. 437.

Gastos futuros:

De conformidad a la entidad de las lesiones de orden físico y psíquico halladas en Aguirre, considero adecuada la procedencia y monto otorgado en la primera sentencia a los fines de cubrir estos gastos. Máxime cuando el perito de oficio, Dr. de la Iglesia, en su dictamen de fs. 361/365, si bien no sugiere monto alguno, sí expresa la necesidad de realización de tratamientos con especialistas en traumatología, neurología, cirugía estética y reparadora, como así también kinesiología y psicología.

Gastos de vestimenta:

Si bien es cierto que no existe en autos prueba específica de la pérdida o daño en la vestimenta, en atención al modo de ocurrencia del accidente y lesiones sufridas por el reclamante es dable presumir el deterioro de la ropa, por lo que coincido con la primer sentenciante en otorgar una suma para cubrir mínimamente esta partida.

B) Expte. N° 71.941/2005 “Campusano c/ Argañaraz”

Diego Omar Campusano:

Incapacidad sobreviniente:

De la experticia realizada por el perito médico (ver fs. 372/377 y aclaraciones de fs. 402) surge que el conductor Campusano sufrió traumatismo de cráneo sin pérdida de conocimiento, fractura de fémur derecho y heridas múltiples en cara y cuero cabelludo, que debieron suturar las heridas y que fue intervenido quirúrgicamente en tres oportunidades debido a la falta de consolidación de su fractura de fémur.

Como consecuencia de dichas lesiones quedaron secuelas de carácter permanente como acortamiento del fémur derecho de 2 cm y disminución importante de la fuerza muscular del miembro, claudicación en la marcha y se le deberá realizar una nueva intervención quirúrgica para la extracción del clavo endomedular que se le colocó en el fémur derecho aproximadamente a los dos años de la consolidación de la fractura. Quedaron además secuelas estéticas a nivel del muslo, tercio superior de la pierna cresta ilíaca derecha, y en la cara por las cicatrices visibles en mentón y ceja.

Ante el cuadro descripto, con apoyatura en el examen físico practicado y estudios efectuados, el

Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario

perito estimó necesario completar con rehabilitación y tratamiento kinésico; estableciendo una incapacidad del 35% de la T.O. en el miembro inferior, 10% por las cicatrices en la cara.

Por otra parte, desde el aspecto psicológico, la Lic. Rivas halló en el actor una incapacidad del 25% correspondiente a la entidad denominada “Duelo Patológico” en grado moderado, recomendando un tratamiento de no menos de dos años de duración con una frecuencia de dos veces semanales, con un costo de \$ 60 la sesión en el ámbito privado.

Si bien coincido con la primera sentenciante respecto a la procedencia de una partida a los fines de indemnizar un tratamiento psicoterapéutico, considero un tanto excesivo el lapso y frecuencia propiciado por la experta, en tanto creo que dos años de tratamiento con una frecuencia semanal resultaría suficiente.

De lo expuesto, habiéndose acreditado el daño, alcance de las secuelas psicofísicas y atendiendo a las características personales de la víctima, de 23 años al momento del hecho, soltero, camarero, privación de realizar actividades deportivas, rutina habitual conforme su nivel socio-cultura y demás consideraciones personales de la víctima, me llevan a proponer la confirmación de la partida en la suma de \$ 90.000 por incapacidad física y elevar a \$ 18.000 por la incapacidad psíquica. Mientras que la partida por tratamiento psicológico, considerándola excesiva, propongo su disminución a la suma de \$ 5.800. Todo ello, sin perjuicio de la reducción a efectuar, por el 25% de causalidad atribuida en la etapa de liquidación.

Gastos futuros

Habiendo afirmado el perito médico en su dictamen que el Sr. Campusano una vez consolidada la fractura de fémur deberá someterse a una nueva intervención quirúrgica para la extracción del clavo endomedular, con recomendación de rehabilitación kinésica posterior, coincido con la procedencia y suma asignada a tal fin en la sentencia en estudio. No alcanza el agravio vertido por AUSOL y su aseguradora en cuanto a que el perito no estableció monto alguno en su dictamen y que fue la juez quien asignó la indemnización. Parece olvidar el quejoso que, justamente, era la primer sentenciante quien debía establecer la cuantía del rubro valiéndose de la información colectada en autos y de conformidad a lo prescripto por el art. 165 del CPCC.

Gastos de farmacia, asistencia médica y traslado.

Resulta adecuado el importe concedido para los gastos enunciados.

El argumento deslizado en los agravios en cuanto a la falta de documentación respaldatoria de las erogaciones (ver fs. 543 vta./544) no logra conmover lo decidido por la a quo en oportunidad de analizar este rubro, máxime si se toma en cuenta que la gratuidad nunca es total, tanto sea que la atención haya sido recibida en Hospitales públicos o en alguna clínica perteneciente a la obra social de la víctima. Ha de presumirse que por la entidad de las lesiones sufridas por Campusano existieron gastos complementarios destinados a tratamientos, medicamentos y curaciones. Así también, cabe suponer que ante la reducida movilidad, debió valerse de medios de transportes a los fines de procurar su traslado, al menos, para la concurrencia a controles médicos luego de la externación. Voto por su confirmación.

Daño Moral:

Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario

Por los mismos argumentos, propicio la elevación del monto asignado a esta partida. Las lesiones sufridas, intervenciones quirúrgicas a las que debió someterse y restando realizar una nueva con su consecuente post-operatorio, acortamiento del miembro derecho en 2 cm., sumado al injusto cambio de vida y que seguramente debió y debe acudir a la ayuda de sus seres cercanos para la realización de tareas habituales, así lo ameritan. Propongo su elevación a la suma de \$ 60.000, considerando el 100% y, por tanto, sujeta a reducción del 25%.

Zoraida Lilia Silva:

Daños Materiales

El perito ingeniero Bourdieu en su dictamen de fs. 325/333 y aclaraciones de fs. 367, basándose en las fotografías de fs. 447/451 que reflejan los daños que tuvo el Fiat Spazio y considerando su antigüedad (año 1992), sostuvo acerca de lo antieconómico de la reparación, debiéndose considerar destrucción total con un valor de los restos por rezago en el orden del 25%. Estableció el valor en plaza para una unidad de idénticas características y buen estado de conservación (Fiat Spazio TRD año '92) en la suma de \$ 9.300 conforme datos publicados en la revista Info Auto N° 128 de noviembre de 2006.

De este modo, teniendo en cuenta los datos colectados por el experto, fotografías adunadas a la causa, sentido común y razones de sana crítica, me llevan a proponer al acuerdo la confirmación de la suma otorgada por esta partida.

Privación de uso:

En lo concerniente a la privación de uso del rodado, es sabido que la simple indisponibilidad comporta por sí misma un daño indemnizable, ya que el usuario y/o propietario se ve impedido de transitar con su automóvil, fin específico al cual se halla destinado. Ello es así porque cubre una necesidad sea de esparcimiento o de utilización (conf. exptes. N° 51.482, 51.816 y 56.527 entre muchos otros). En este orden de ideas, si bien en el particular la reparación del rodado no resulta conveniente, concuerdo con la sentenciante anterior en otorgar una suma de dinero que compense mínimamente el tiempo que el vehículo estuvo retenido con motivo de la causa penal y el necesario para la tramitación necesaria para la adquisición de una nueva unidad.

Razón por la cual, no resultando desmedida, voto por confirmar la suma fijada en la instancia anterior para este rubro.

C) Expte. N° 77.886/2005 “Quiñones c/ Argañaraz”

Gabriela Noemí Quiñones:

Incapacidad sobreviniente:

A fs. 413/428 obra la pericia médica realizada por el Dr. Escudero, quien informó que Quiñones fue trasladada en ambulancia del SAME al Hospital Santojanni, donde permaneció en observación durante varias horas. Allí se le efectuaron las primeras curaciones y se le tomaron radiografías prescribiéndole el uso de un collar cervical durante las tres semanas posteriores al accidente. Las lesiones al ingreso del nosocomio fueron: politraumatismos, traumatismo de cráneo con heridas cortantes en la cara, traumatismo de columna cervical y excoriaciones en la pierna derecha.

Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario

Al examen físico el experto constató las siguientes secuelas: 1) Cervicalgia postraumática caracterizada por dolor y limitación de la amplitud de los movimientos de la columna cervical, la que le genera una incapacidad parcial y permanente del 5%. Aconseja tratamiento kinésico no inferior a 40 sesiones a razón de \$ 30 la sesión. 2) Cicatriz lineal en el párpado superior del ojo izquierdo de 3 cm. de longitud y otra en la cola de la ceja izquierda de 2 cm. de longitud y otra de 2cm. secuelar a excoriación profunda a nivel de la mejilla izquierda. También verificó cicatriz macular en la pierna derecha. A las cicatrices descriptas las considera en su conjunto asignándole una incapacidad parcial y permanente del 3%.

Desde el plano psicológico, el perito concluye que la actora presentaba una personalidad de base normal con adecuada relación familiar y social, y a partir del accidente presentó reacción anormal vivencial neurótica de grado II con componentes fóbicos depresivos que afectan su vida de relación, estimando una incapacidad parcial y permanente del 5% de la T.O. En tal entendimiento aconseja tratamiento de psicoterapia por un lapso mínimo de 18 meses con una frecuencia de dos sesiones semanales a un valor de \$ 40 la sesión.

Sentado ello, toda vez que las secuelas psicofísicas generan a la actora una incapacidad parcial y permanente del 13% de la T.O., teniendo en cuenta además las condiciones personales de la víctima, de 29 años a la fecha del accidente, separada con un hijo menor, camarera, estudios secundarios completos, etc., y no surgiendo de las impugnaciones ni agravios vertidos razones que me hagan apartar de las conclusiones arribadas por el experto y la primer sentenciante en cuanto a la procedencia y cuantía del rubro, voto por su confirmación. Sin perjuicio de ello, he de considerar un tanto excesivo el monto asignado en concepto de tratamiento psicoterapéutico indicado por el experto, en tanto creo que 18 meses con una frecuencia semanal resultaría suficiente.

Por ello y siguiendo con esta línea de razonamiento, propongo disminuir a \$ 4.400 la partida destinada a indemnizar el tratamiento psicológico.

Daño Moral:

Resulta ocioso reiterar los argumentos que llevan a considerar la procedencia de una indemnización que compense el desmedro injustamente sufrido en el caso de lesiones como el que nos ocupa.

Teniendo en cuenta las lesiones sufridas por Quiñones, secuelas de orden psíquico con recomendación de tratamiento, molestias que debió soportar traducidas mínimamente en el uso de un collar cervical durante las tres semanas posteriores al accidente, ingesta de calmantes y antiinflamatorios, estudios de rigor a los que debió someterse, concurrencia a centros asistenciales, etc., propongo la elevación el monto fijado en el decisorio de grado a la suma de \$ 15.000.

Gastos Futuros:

El perito médico constató en Quiñones una cervicalgia postraumática derivada del accidente que le trae aparejado dolor y una limitación en la amplitud de los movimientos cervicales. En consecuencia aconsejó tratamiento kinésico no menor a 40 sesiones a razón de \$ 30 cada una.

Bajo esas pautas, no encuentro razones para apartarme de lo decidido. El cálculo efectuado por la

Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario

primer sentenciante no parece desorbitante, y si bien el perito no indicó monto alguno, sí suministró los datos necesarios para su cálculo. El agravio de AUSol en ese sentido no merece mayor análisis.

Gastos de atención médica, farmacéutica y traslado.

En congruencia con los argumentos ya deslizados, teniendo en cuenta la naturaleza de las lesiones, y si bien no se acompañaron constancias acreditantes de los gastos efectuados, ha de suponerse la existencia más allá de la gratuidad que trae aparejada -en principio- la atención en hospital público. Además, resulta razonable que haya tenido que efectuar gastos de traslado al menos para la concurrencia a controles médicos. Resultando adecuado el importe fijado, voto por su confirmación.

Carolina Méndez:

Incapacidad Sobreviniente:

El perito médico constató en Méndez las siguientes secuelas: cervicalgia postraumática (aspecto físico) y reacción anormal vivencial neurótica de II grado con componentes fóbicos (aspecto psíquico). Concluye que se relacionan en forma directa con el accidente denunciado generándole una incapacidad parcial y permanente del 9.5% de la T.O. Al igual que para la co-actora Quiñones, recomienda tratamiento kinésico no inferior a 40 sesiones con un costo de \$ 30 cada una y tratamiento psicoterapéutico consistente en dos sesiones semanales a razón de \$ 40 cada una por el lapso de 18 meses.

Se ha hecho una prudente evaluación de las pruebas colectadas, existe una incapacidad psicofísica concreta que podría menguar con tratamiento y no surge evidencia que me haga apartar de las conclusiones arribadas por el perito y la anterior sentenciante en cuanto a la procedencia del rubro. Sin embargo, considero un tanto elevada la indemnización otorgada para los rubros incapacidad física y psíquica, por lo que propongo su reducción a la suma de \$ 12.000.

Por su parte, y por los mismos argumentos vertidos respecto a la coactora Quiñones, considerando un tanto excesiva la frecuencia propuesta por el experto en relación al tratamiento psicológico, propongo su reducción a la suma de \$ 4.400.

Daño Moral:

Los padecimientos sufridos como consecuencia del accidente del cual la actora resultara víctima, hace presumir la existencia de este daño; y su cuantificación corresponde sea evaluada en adecuación a sus condiciones personales.

Bajo tales pautas, adelanto mi coincidencia con lo decidido en la primera sentencia respecto a la procedencia del rubro en cuestión, no así respecto a su cuantificación, la que a mi juicio resulta un tanto escasa.

Teniendo en cuenta las secuelas psicofísicas que Carolina Méndez padece, concurrencia obligatoria al nosocomio público para su atención, período de convalecencia de aproximadamente tres semanas en las que sufrió dolores y limitaciones, toma de calmantes y antiinflamatorios, recomendación de tratamiento kinésico y psicológico, me llevan a proponer la elevación de este rubro a la suma de \$ 12.000.

Gastos Futuros:

Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario

Existiendo por parte del perito médico recomendación de tratamiento kinésico de no menos de 40 sesiones a un valor de \$ 30 la sesión, y no existiendo razones fundadas que me hagan apartar de dicha solución, coincido en otorgar la suma de \$ 1.200 para cubrir mínimamente la posibilidad de acceder al mismo. Voto por su confirmación.

Gastos de atención médica, farmacia y traslado:

Por las mismas razones explicadas en relación a la coactora Quiñones, y teniendo en cuenta la entidad de las lesiones sufridas, atención en nosocomio público y necesidad de mínimos traslados, propongo la confirmación de la partida.

IV.- Franquicias

La primer sentenciante aceptó las franquicias invocadas por Argos Mutual de Seguros del Transporte Público de Pasajeros (ver fs. 113 del expte. 65.241/05), como así también la invocada por La Meridional Compañía Argentina de Seguros S.A. (ver fs. 83 del citado expediente). Sobre esa decisión se agravia la actora, solicitando se revoque y se declare la inoponibilidad de las franquicias invocadas.

Con relación a la planteada por Argos Mutual, la actora solicita que la solución sea en concordancia a lo establecido en el fallo plenario “Obarrio”.

Ya he opinado en otras oportunidades acerca de que ese fallo no da respuesta al requerimiento de las aseguradoras de fundamentar por qué son condenadas no habiendo -ése es su argumento- obligación preexistente hacia la víctima, toda vez que esta carga adhesiva a la obligación principal aparecería limitada a la medida del seguro.

Sin embargo, esa obligación existe.

La Corte Suprema ha reiterado decisiones que limitan la cobertura a lo que en un primer análisis surgiría del art. 118 L.S. Pero lo ha hecho remitiendo a precedentes en los que sólo advierto base en la irrazonabilidad de las sentencias casadas por defecto de fundamentación.

Por ese motivo, reconociendo omisiones en algunos antecedentes de otra Sala y, en particular, en el caso “Nieto c. La Cabaña” (exp. 66.069), esta Sala, con primer voto de la distinguida colega Dra. Pérez Pardo, por un lado ha declarado la inconstitucionalidad de la resolución 25.429 y reiterado la inoponibilidad de la franquicia a la víctima, condenando a la aseguradora por el todo. En esa oportunidad di explicaciones acerca del fundamento de la condena. En forma casi inmediata el criterio fue adoptado por la Sala (“Fernández c. Transportes América” y otros).

Se dijo entonces y se reitera que, en virtud de lo resuelto por la Corte Suprema en autos “Cuello c. Lucena” y la ampliación de fundamentos de dos de sus ministros, hay que formular algunas precisiones.

En primer lugar merece otro párrafo el problema del acatamiento de los jueces inferiores a la doctrina de los pronunciamientos del máximo tribunal. Se dirá entonces que, en lo que hace a la cuestión en estudio, ha habido fallos reiterados declarando arbitrarias sentencias de la Sala M de esta Cámara civil. Era nuevo, por el contrario, el argumento ampliado del voto del ministro Lorenzetti con adhesión parcial de la ministra

Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario

Highton de Nolasco; otros tres integrantes de la Corte sólo reprodujeron el criterio de que la sola impugnación de la franquicia con ese argumento es una aseveración dogmática carente de respaldo en razones jurídicas objetivas. Y esto es lo que se reitera en las simultáneas sentencias de la Corte en “Villarreal”, “Gauna” y “Obarrio” y otras que siguieran. Con argumentos adicionales y analizando la constitucionalidad de algunas disposiciones en juego, esta Sala no está limitada a seguir la doctrina del tribunal superior.

Como juez de primera instancia he entendido desde hace tiempo que el descubierto obligatorio del seguro contra la responsabilidad en el transporte público es irrazonable e inoponible al tercero. Analicé la cuestión en autos “Arreguez” (13-5-2004; L.L. 2006-E, 679). Lo dicho tiene plena vigencia, por lo que se reitera.

Recordé entonces que la ley de seguros creó el instituto de la "citación en garantía", denominación con más de forma procesal para encuadrar la participación en juicio del asegurador por responsabilidad civil que de instituto de derecho sustancial. Que es de lo que en rigor se trata: una decisión legislativa de legitimar al damnificado para demandar directamente al asegurador del responsable civil. Se reconoció una acción directa del tercero contra el asegurador, aunque sin autonomía procesal del reclamo contra el responsable.

En otra oportunidad se discutió en plenario acerca de la naturaleza de esta citación en garantía (antes en “Flores c. Robazza”, CNCiv., en pleno, 23-9-91). Ocurrió con motivo de las discrepancias existentes en torno a la oponibilidad de la defensa de culpa grave del asegurado (CNECC., en pleno, 11-5-82, "Mustafá c. Núñez"). Al justificar la decisión asertiva, mayoritaria, se dijo que es un instituto específico con modalidades sustanciales y rituales que permite al acreedor (la víctima) agredir directamente al deudor (asegurador) de su deudor (el asegurado responsable civil).

En sustento de su postura, la minoría discurrió largamente acerca del seguro de responsabilidad civil. Al así hacerlo explicó su parecer encuadrándolo como un supuesto de estipulación a favor de tercero; recibió duras críticas (ver, p. ej., E.D. 100-610). Explicación que tampoco aceptan otros autores.

No creo en la importancia 'a priori' de los rótulos y encuadres en tal o cual instituto legal. Por tanto no asigno relevancia al nombre "estipulación a favor de tercero" u otro para particularizar a este tipo de seguro. Especialmente cuando se trata de un seguro obligatorio. Sin embargo, como muy acertadamente señalara la minoría en "Mustafá" siguiendo y citando largamente a Borda, la tarea del magistrado "está en el deber de valorar las soluciones y de todas las interpretaciones posibles debe elegir aquélla que mejor se adapte a las actuales circunstancias y que implique una solución más beneficiosa y justa. (...) (Los jueces) han comprendido claramente que no deben permanecer indiferentes a los resultados de la interpretación de la ley...".

En ese orden de ideas, con cita de Perelman, he dicho en otras oportunidades que el juez, cualquiera sea la técnica de razonamiento que se utilice en Derecho, "no puede desinteresarse de la reacción de las conciencias ante la iniquidad del resultado al que el razonamiento lleva". Hay que desechar entonces el razonamiento puramente formal que no formule un juicio de valor sobre la conclusión, conciliando las técnicas de razonamiento jurídico con la justicia o, por lo menos, la aceptabilidad social de la decisión (Perelman, Ch., “La lógica jurídica y la nueva retórica”, Ed. Civitas, Madrid, reimpresión, 1988, pág. 20). El juez, nuevamente con

Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario

Borda, debe buscar ensanchar las posibilidades más o menos flexibles de la ley para lograr la solución más feliz del caso y sentar la regla más valiosa desde el punto de vista social (“Tratado...”, Parte General, Ed. Perrot, 1976, t. I, pág. 219/220).

Esta tarea interpretativa no podría asentarse o centrarse en delimitar la naturaleza o los contornos, en el caso, del seguro de responsabilidad civil, para extraer de allí la solución del problema a resolver. La cuestión en debate excede en mucho al contrato de seguro.

Ha expuesto Morandi que ignorar las causas del nacimiento de una institución significa estructurar un sistema jurídico divorciado de la realidad (“Estudios de Derecho de seguros”, Ed. Pannedile, Buenos Aires, 1971, pág. 1). Autor que abriera ese compendio destacando la función social que el seguro debe cumplir, derivando de ello la necesidad de una regulación, ejemplo del fenómeno de “publicización”, en virtud de los enormes intereses de la comunidad comprometidos en su gestión (pág. 2).

Es evidente que, con el seguro obligatorio, “en realidad fue el derecho de la víctima el que pasó a la primera línea, alejando a este tipo de seguro del esquema clásico del seguro de responsabilidad civil” (Garrigues, Joaquín, cit. en L.L. 1995-C, 1016). Circunstancia que llevara a Barbato a señalar que esta modalidad responde más a una necesidad colectiva que individual. En este seguro, diferenciable del clásico seguro de RC, “el verdadero interés asegurable es del tercero damnificado” (Simone, Osvaldo Blas, L.L. 1990-D, 1032). El seguro obligatorio se ha instituido en favor de las eventuales víctimas, aunque también proteja el patrimonio del asegurado (Roitman, Horacio, “El seguro de la responsabilidad civil”, Lerner Ediciones, Buenos Aires, 1974, pág. 48).

Explica Roitman que las víctimas han ganado un importante derecho con la teoría de la acción directa, en contra del principio de relatividad de los contratos; pasando desde la originaria protección de los derechos del contrayente hasta convertirse en importante instrumento social. Termina como estructura para satisfacer exigencias que exceden la economía individual y pasan a ser objeto de tutela de toda la sociedad (op. cit., pág. 54/5).

Corresponde entonces realizar una interpretación armónica de todo el ordenamiento legal, principiando por la Constitución nacional, las leyes de tránsito, el régimen de seguros, la ley de defensa del consumidor 24.240 (dado que los servicios deben ser prestados de forma que no presenten peligro para la salud o integridad de los consumidores o usuarios, art. 5; sistema que, por otra parte, establece una responsabilidad plural de toda la cadena de comercialización de cosas y servicios, art. 40). Interpretación iluminada naturalmente por la Constitución, que es el vértice del sistema jurídico, de acuerdo al principio de supremacía (art. 31). Ley suprema y vigente que, sancionada con el propósito de afianzar la justicia y promover el bienestar general, consagra la protección de consumidores y usuarios de bienes y servicios, debiendo las autoridades proveer el control de los monopolios naturales y legales y de la calidad y eficiencia de los servicios públicos (art. 42). Mandas constitucionales no siempre respetadas por los entes de aplicación.

Cierto es que, en principio, el seguro de responsabilidad civil nace en forma voluntaria (...y clandestina, ver Morandi, op. cit., pág. 385), y su finalidad es, también por principio, mantener indemne el

Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario

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 beneficiaria la potencial víctima, el sujeto pasivo del daño, a quien la ley ha tenido en mira al compeler la contratación de seguro.

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). Por la buena senda, 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).

Aun más, cuando en países europeos se instrumentó un seguro obligatorio, se atribuyó al tercero damnificado un derecho autónomo, declarando que el seguro se ha estipulado a su favor (conf. Morandi, "Estudios...", cit., pág. 388). Caballero Sánchez (cit. por Sobrino) afirma que el TS español ha enfatizado de tal modo la importancia de la víctima que el seguro de responsabilidad civil se configura más que como instrumento de protección del asegurado (criterio originario) como institución destinada a tutelar los intereses del perjudicado (ver nota 45; y el criterio concordante de Manuel Olivencia, citado por Puig Brutau, en nota 25 de pág. 47, op. cit.).

De allí que, salvo que por norma de igual jerarquía se amparase valores de peso similar a esta asignación adicional de recursos (los del asegurador, a más de los del civilmente responsable) en aras a consolidar la reparación del daño de la víctima (una suerte de garantía), mediante ley especial que confrontase con las leyes generales de tránsito, no podría algún otro estatuto inferior, fuese decreto, resolución ministerial, (y menos aún) una simple resolución de la S.S.N., derogar la obligatoriedad de asegurarse conforme lo estatuyen, por ejemplo, el art. 68 de la ley 24.449 y el 48 de la ley bonaerense 11.430. Sin embargo es lo que acontece con la resolución. Porque esa cláusula carece de razonabilidad en tanto ejercicio de poder supuestamente delegado por la ley.

Como dijera la Sala M y el plenario "Obarrio", tan elevada franquicia desnaturaliza una norma de alto contenido social. Y esto confronta hasta el absurdo -por contradictorio- cuando es claro que la siniestralidad en el autotransporte público de pasajeros es elevadísima y que la mayor parte de los reclamos encuadran en dicho descubierto obligatorio.

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

Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario

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.

Es lugar común que la declaración de inconstitucionalidad es acto de suma gravedad institucional, la 'ultima ratio' del orden jurídico. Pero en épocas de marcada fragilidad institucional, muy por el contrario los jueces estamos en el deber -aún sin petición de parte- de señalar la inadecuación de leyes y normas inferiores a la Constitución, cuando su aplicación al caso repugna los preceptos de la norma superior. De lo contrario haríamos caso omiso al juramento de cumplir y hacer cumplir la ley máxima, siendo como es mucho más grave institucionalmente que un juez abdique de las potestades que le son inherentes al balancear y resolver el conflicto entre normas de diferente jerarquía.

Las provincias delegaron en el gobierno federal la sanción del Código de Comercio y, por ende, de un régimen de seguros. Pero no delegaron en la S.S.N. la facultad de enervar y derogar en la práctica la obligatoriedad de circular con seguro de responsabilidad civil. La ley 24.449 en modo alguno pudo delegar en la Superintendencia la regulación de un régimen de seguro obligatorio con alcance nacional o local. Esto hace formal, genéticamente, inválida la resolución. Invadió competencias no delegadas; tan es así que la ley bonaerense 11.430 exigía a los conductores circular con seguro, sin delegación alguna a autoridades federales. La única autoridad en la materia competente para reglamentar el seguro obligatorio es el propio Congreso nacional.

Nótese que a través de esta inconstitucional delegación, los vehículos de transporte público de pasajeros de todo el país, causantes de la mayor siniestralidad en accidentes de tránsito, incumplen la obligatoriedad de contar con un seguro de responsabilidad civil. A más de diez años de vigencia de un régimen que tal vez pudo justificarse como una corta emergencia, de aceptarse la oponibilidad, es hora de que se explique a la comunidad que circular con la cobertura de la resolución 25.429 no diferencia mayormente a los servicios regulares de los irregulares, "truchos", en punto al aseguramiento contra la responsabilidad civil.

Si se admite la oponibilidad del descubierto, habida cuenta de las perversas y más o menos sofisticadas formas de elusión de responsabilidad a través de reiterados concursos, acuerdos preventivos extrajudiciales o quiebras, o fideicomisos constituidos por las empresas de transportes y de seguros, ni unos ni otros tienen patrimonio sobre el que las víctimas puedan cobrar indemnizaciones.

En cuanto a la sustancia, no sólo \$40.000 constituye una franquicia o descubierto elevadísimo e inusual en seguros de responsabilidad civil automotor. La cláusula 4ª prevé que "Dicho descubierto obligatorio a su cargo se computará sobre capital de sentencia o transacción, participando el Asegurado a prorrata en los intereses y costas." O sea que, por ejemplo, ante una condena a pagar \$50.000 de capital más \$20.000 de intereses, y \$17.500 de costas, la aseguradora sólo afrontaría un 20% de cada uno de los rubros. Como es notorio que gran cantidad de empresas de transporte han quebrado, se han concursado o han usado la nueva ingeniería del acuerdo preventivo extrajudicial (con todos los ingredientes conocidos para limpiar pasivos quirografarios), la desprotección de la

Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario

víctima es evidente.

Esta resolución vino de la mano de la crisis desatada por la caída de la cooperativa Belgrano y, como surge de los propios considerandos del decreto 260/97, de la alta siniestralidad del sector. Circulando por las calles y rutas o atendiendo a los medios de comunicación, es notorio que nada ha cambiado sino para peor, elevando la desprotección de la comunidad mediante mecanismos de inmunidad patrimonial de aseguradoras y empresas de transporte. La franquicia, lejos de beneficiar a las víctimas, las deja inermes. A muchos años de la resolución 25.429 sólo ha beneficiado con menores primas a los dañadores, pero no a los terceros, habida cuenta que los asegurados no han mostrado la menor preocupación por evitar siniestros y, por su enormidad, con meridiana claridad el descubierto no procura excluir los siniestros pequeños (ver al respecto Polotto y citas, en E.D. 93-652).

Al declarar la inconstitucionalidad del decreto 260/97, como juez de primera instancia hice referencia a la doctrina de la "emergencia" y al "estado de sitio de los derechos". Dije que, ante toda la maraña legislativa que partiera con la ley 23.696, legislación impulsada básicamente por intereses sectoriales, que cuando no es el bien de la comunidad lo que guía la legislación llamada "de emergencia", queda muy claro que la única emergencia que puede declararse en este país es la emergencia moral.

Pareció en aquel momento y sigue pareciendo importante insertar el problema dentro del contexto "emergencial" general en que se encuentran los derechos individuales porque uno de los fundamentos de la supuesta emergencia sectorial, según los considerandos del decreto 260/97, estribaba en la alta siniestralidad de la actividad y las distorsiones del mercado asegurativo. Va de suyo que los sucesivos gobiernos, en vez de solucionar problemas provocados por su falta de control y de supervisión del tránsito y de la actividad aseguradora, los trasladó y sigue trasladando a las víctimas. Esto es: se "privatiza" la pérdida, traspasando sus consecuencias a los dañados, haciéndolos socios de las pérdidas de estas actividades económicas empresariales (y, por tanto, de finalidad eminentemente lucrativa).

Este criterio, lamentablemente generalizado en el país, antes y ahora, de que los derechos individuales viven en permanente "estado de sitio" ha sido marcado con acierto por jusfilósofos y juristas. El resultado, como apunta Lorenzetti, citando a Nino, es decididamente un país al margen de la ley, en el que el Derecho va oscilando demasiado con el paso del tiempo y la presión de los 'lobbies'. Esto termina -está a ojos vista- con la instauración de un "orden público de protección de la parte fuerte" (ver Lorenzetti, "Las normas fundamentales de Derecho privado", Rubinzal - Culzoni Editores, 1995, pág. 383). Alberto B. Bianchi lo ha calificado de "estado de sitio económico" (cit. por Nicolás Diana en L.L. 2009-D, 785).

Nacidos el decreto -declarado inconstitucional por toda esta Cámara de Apelaciones y la propia Corte Suprema de Justicia nacional- y la resolución al calor de recurrentes crisis al no solucionar la siniestralidad, que es el verdadero problema, las consideraciones sobre uno son plenamente aplicables a la otra.

Está claro que hacia la última década del siglo XX se desarrollaron políticas repudiables por las que, puestos en colisión, se privilegió el derecho de propiedad de algunos menos, pero con poder, por sobre los derechos

Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario

de la persona humana e instalado como variable de ajuste la infravaloración de ésta.

Las soluciones que se den a este enfrentamiento no pueden pasar inadvertidas para los jueces cuando los argumentos de “seguridad jurídica” y el derecho de propiedad sirven para dejar en la desprotección a las víctimas, sean consumidores o simples terceros (ver al respecto: Gregorini Clusellas, L.L. 2006-F, 1505).

Por ese motivo, llama poderosamente la atención la reiteración de llamados a favor de sostener el derecho de propiedad de las aseguradoras y la seguridad jurídica que se afectaría por no interpretar literal y exegéticamente el art. 118 de la ley de seguros. Así -se dice- se pondría en crisis el sistema asegurador argentino, comprometiendo su propia existencia, y que las víctimas no tengan cobertura alguna. Ya se ha dicho, y es notorio para un juez con competencia en materia de daños por accidentes, y para cualquier mediador, que la desprotección ya está instalada con el perverso sistema vigente. Tampoco es que vayan a sufrir las empresas de transporte, concursadas o quebradas o con APEs limpiando pasivos quirografarios, las deudas de indemnización por daños.

La desprotección deja a la gente inerme, inerte, frente a la agresión primera del dañador y a la siguiente, la agresión del sistema legal. Sistema que, de tal modo interpretado, expulsa y desalienta a la víctima. Sistema que confirma en su exclusión a los ya excluidos, no bien se mira que son las personas de menores recursos las que en mayor medida utilizan el transporte público y son las más dañadas en accidentes viales. Sistema que pasa por alto el anacronismo de juzgar, bajo el prisma de normas de vieja data (p. ej. art. 118 L.S. y el Código Civil en cuanto a la relatividad de los contratos), la inserción de otras disposiciones que son ejemplo paradigmático de las políticas “de shock” aplicadas en la última década del siglo XX en naciones como la Argentina. Es que, como explica Naomi Klein, “a través del shock se fuerza a la gente a ser obediente”; y, por otra parte, las consecuencias de la aplicación de teorías económicas neoliberales no son accidentales (cit. por Mario Diament en “La Nación” de 6-10-2007). Son mecanismos de ganancia rápida a través del desastre, lo que aún para la frágil memoria de los argentinos lleva de la mano al proceso que hizo eclosión en el cercano bienio 2001/2002. Esta desprotección, y la necesidad de una interpretación tuitiva de los usuarios y víctimas en general de accidentes, fue advertida con diferentes fundamentos por la mayoría en el plenario “Obarrio” y varios tribunales de este fuero y el comercial.

Entiendo que, poniendo en perspectiva la década pasada desde 1997 y el desastroso resultado de los incentivos desplegados por la corta vida del decreto 260 y la más larga y dañina de la resolución 25.429, que contradicen hasta el absurdo los respectivos fundamentos, al así hacerlo los jueces de la mayoría del plenario no se han desentendido de las consecuencias de sus actos.

Están a la vista las consecuencias desastrosas para las víctimas de decisiones alternativas. Alentemos entonces comportamientos más cuidadosos de los varios actores de esta cadena de comercialización de un producto riesgoso y altamente dañino. Al decir de Posner, ampliando el marco de referencia, la justicia y la equidad hacen de la controversia individual un resultado justo y equitativo para la clase de actividad (ver Posner, Richard A., “El análisis económico del derecho”, FCE, México, 2000, pág. 30). Puestos en la balanza, no me preocupa, en términos de Klein, la eventual e hipotética catástrofe de las aseguradoras; me ha preocupado desde siempre el desastre actual y tristemente visible de las víctimas de carne y hueso, directas e indirectas, que acuden a

Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario

la justicia en procura de amparo.

Las víctimas de los accidentes de tránsito también tienen derechos humanos que los jueces debemos atender.

Una última referencia al marco económico antes de entrar al fundamento obligatorio de las aseguradoras. Aún desde el punto de vista del análisis económico del Derecho (AED), estas empresas están, desde varios ángulos, en mejor posibilidad de soportar el riesgo de insolvencia del dañador (su asegurado) por la dispar situación de los implicados. Un buen estudio del tema a través del prisma del AED revela que el asegurador está en mejores condiciones de tomar medidas frente al riesgo de insolvencia de su asegurado, siendo entonces el “cheapest cost avoider” en relación a la víctima (ver Tolosa, Pamela, en J.A. 2008-I-991). Con argumentos de fácil acceso porque transita el más elemental sentido común, concluye que la solución más próxima a la eficiencia sería la inoponibilidad del descubierto. Encuentra coincidencia entre lo que sería tal vez la solución más equitativa con la más eficiente.

Ha puesto de relieve Lorenzetti que, a pesar de que -según se ha dicho- el siglo XX tiene su inicio cuando se empieza a razonar por sistemas, en el derecho de contratos se sigue pensando en función de categorías subjetivas. Sin embargo obra en la actualidad una sensible mutación de la figura del contrato individualista (“Las normas fundamentales...”, cit., pág. 467). En ese orden de ideas, el efecto jurídico relativo de los contratos (art. 1195, C.Civ.) es un principio cierto en cuanto a los efectos directos, pero los contratos indirectamente afectan a terceros. Acertadamente recalca el autor que “las partes tienen tendencia a no asumir las externalidades negativas, las exportan para que otros las sufran. En cambio el Estado toma en cuenta estas externalidades y las regula, poniendo límites más o menos extensos a la programación contractual en función de cómo influyen materialmente en los terceros”. Y pone como modelo la responsabilidad del fabricante no vendedor por daños causados a los consumidores (op. cit., pág. 464). Es ejemplo claro del orden público económico obligatorio que constituyen leyes especiales, el llamado orden público de dirección, al que interesan las externalidades contractuales, plasmado en la Constitución nacional, leyes y la elaboración jurídica (ver op. cit., pág. 479 y 480).

El sistema perverso de fragmentada responsabilidad de daños causados por el autotransporte público de pasajeros es producto del concierto de varias partes, entre las que claramente se cuentan las empresas porteadoras y las aseguradoras. Es más, existe una íntima vinculación e integración entre unas y otras (conf. Zapiola Guerrico, L.L. Actualidad, 7-9-06). Un sistema concertado de fragmentación de responsabilidad con apariencia de estructura jurídica seria.

Brebbia, al tratar la interpretación de las cláusulas generales en el seguro de responsabilidad, recuerda que son aprobadas por la SSN, cuya intervención supone evitar los abusos de los aseguradores (“Problemática jurídica de los automotores”, Astrea, tomo 2, pág. 47). Pero esta intervención estatal no quita, continúa, “que sean las compañías aseguradoras quienes hayan preparado tales condiciones generales, sin intervención de los asegurados”, por lo cual siguen operando las mismas prevenciones al interpretar condiciones generales en contra de la parte que las prepara, de especial manera cuando establecen exenciones o atenuaciones a

Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario

la responsabilidad legal del asegurador.

Acerca del deficiente -cuanto menos, agrego- control estatal ya hacía referencia Halperin en el prólogo a la primera edición (op. cit., pág. XII y XIII, mencionando las “conocidas depredaciones en el mercado asegurador”). Es más, destacaba la falta de una auténtica independencia de la autoridad, que la hace víctima de las presiones de las empresas, algunas de las cuales, con un afán de enriquecimiento apresurado, afectaban la función del asegurador y el funcionamiento de un buen sistema.

Se ha dicho 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 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.

Es reconocido que, frente a la protección de usuarios y consumidores prevista en la carta magna, el derecho de los consumidores asume particular trascendencia, al decir de Lorenzetti un “carácter iusfundamental” (en “Consumidores”, Rubinzal - Culzoni, 2003, pág. 46), por lo que se presenta como un “microsistema con principios propios y hasta derogatorios del Derecho Privado tradicional” (op. cit., pág. 51), una reformulación de gran parte de los Códigos civil y comercial (Ghersí, J.A. 1994-I-870). En ese orden de ideas, ha afectado severamente el principio de relatividad de los contratos. Lorenzetti señala que el Derecho civil diseñó ese principio y que el Derecho del consumo lo destruyó, al sugerir la imputación por daños al fabricante y demás integrantes de la cadena de comercialización (pág. 53, y 384 y sig.).

Con su ascenso desde la ley especial al trato constitucional, la figura de consumidores y usuarios es central y autoriza la derivación directa de derechos a través de las normas constitucionales que se estime aplicables (conf. Lorenzetti, últ. cit., pág. 83; Lovece y García Ocio, “Derechos del Consumidor”, La Ley, 2005, pág. 5; Weingarten, “Derecho del consumidor”, Ed. Universidad, pág. 61). Derechos que pueden nacer de contratos o hechos lícitos o ilícitos, toda vez que puede haber ilícitos que originen una relación de consumo, como cuando la fuente obligacional es el daño causado por productos o servicios (Lorenzetti, op. cit., pág. 107).

Las empresas de seguros, al generar con su actividad empresaria una cadena de comercialización del servicio público del autotransporte (ya hemos referido además la íntima relación personal entre las porteadoras y las aseguradoras), han contribuido a la generación de una actividad riesgosa. Lo han hecho formando este eslabonamiento con presumible conciencia -dado la profesionalidad del asegurador- de que las cláusulas del contrato infringían normas de orden público nacionales y provinciales. Y si podría haber alguna duda en el ámbito

Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario

“nacional” por la ya indicada inconstitucional “delegación” en la S.S.N., ninguna excusa es aceptable cuando la porteadora circula por caminos de la Provincia de Buenos Aires, cuya ley exigía incondicionalmente contar con seguro.

Aun más, las aseguradoras del transporte público de pasajeros han brindado cobertura (y por ende, andamiaje formal para sostener las autorizaciones estatales de concesión) a empresas cuya solvencia conocían o debían conocer (nuevamente la referencia al profundo estudio de Pamela Tolosa en J.A. 2008-I), situación que, por obvia, fue también tenida en consideración por la Cámara en lo Comercial en autos “Barreiro c. Transportes Metropolitanos Sur”. En algunos casos probablemente integrando una y otra parte del aseguramiento las mismas personas físicas o jurídicas.

En consecuencia, como la obligación resarcitoria indistinta o concurrente -solidaria, según la ley- de todo aquel que integra un sistema de comercialización de cosas o servicios se erige como un principio general del derecho protectivo de usuarios y consumidores, la inoponibilidad de la franquicia conlleva la inherente responsabilidad por el todo de la empresa aseguradora.

Aparecerá seguramente quien alce su voz invocando contra esta elaboración la necesidad de aplicar la norma con “criterio restrictivo”. Acotamientos similares con invocación de “seguridad jurídica” se hacen en forma reiterada para cohonestar conductas disfuncionales de los entes societarios (ver, p. ej. Martorell, en E.D. 4-10-07).

Estamos en los albores del siglo XXI. Han pasado dos siglos desde que, centrado el régimen civil patrimonial en la defensa del propietario y aplicadas las normas a través del rígido corsé de la exégesis, fueron creciendo por imperio de otras circunstancias nuevos paradigmas que variaron el enfoque de la responsabilidad civil desde el dañador hacia la víctima, desde la propiedad hacia la persona, desde la imputación culpable como único factor de atribución hacia el reconocimiento de factores objetivos. La elaboración de estos nuevos parámetros no fue consecuencia de mutaciones legales, sino más bien éstas efecto del laboreo de la doctrina judicial y autoral, despojada finalmente del claustro de la exégesis e interpretando, a la luz de la realidad social, el ordenamiento vigente como un todo.

En ese carril, la ya consolidada objetivación de la responsabilidad frente a la paulatina incorporación a la vida diaria de cosas y actividades riesgosas puso en aprietos a los deudores beneficiados. Como la producción de bienes y provisión de servicios adoptó formas sofisticadas, tercerizando todo o parte del proceso de producción y comercialización, aparecieron en consecuencia formas varias de limitación de responsabilidad personal y nuevas figuras jurídicas enderezadas hacia la fragmentación parcelaria de la deuda indemnizatoria en personas diferentes en apariencia pero integrantes de un todo destinado a ofrecer bienes y servicios a consumidores y usuarios. Aparece entonces la respuesta protectora de éstos frente a los daños causados por cosas o servicios riesgosos: la responsabilidad plural, indistinta, de todos los integrantes del proceso de generación del producto (ver Weingarten, “Derecho del consumidor”, cit., pág. 233 y sig.; Lovece y García Ocio, op. cit., pág. 129 y sig.).

Esta responsabilidad solidaria, sustentada en el art. 42 de la Constitución, y art. 40 de la ley 24.240,

Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario

se expande como principio general en estos tiempos, 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, párr. 20). No es el art. 40 norma excepcional, acotada, susceptible de interpretaciones restrictivas. Muy al contrario, se ha sentado un principio general del derecho.

Trasladado este principio al caso, involucrada la aseguradora en el proceso de gestación y oferta del servicio de transporte público, el artículo 118 de la ley de seguros no podría ofrecer resistencia válida. Esto es: el artículo 118, en tanto limitaría la ejecutabilidad de la sentencia “en la medida del seguro” no obstante la infracción de normas de orden público, es inaplicable al caso por inconstitucional. Esto así en tanto que, en la especie, supondría una cortapisa a la responsabilidad indistinta del asegurador que, integrado a una cadena o grupo productor de servicios riesgosos, ha ofrecido y concertado un seguro de responsabilidad civil a conciencia de que en los hechos deroga, a través de una mera disposición administrativa, normas de jerarquía superior y de orden público.

Mis colegas de Sala, Dres. Pérez Pardo y Rebaudi Basavilbaso han explicado que el art. 118 de la ley de seguro ha quedado implícitamente derogado para estos casos de aseguramiento obligatorio de la posterior ley 24.449. Sea por una u otra vía, no es aplicable al caso el art. 118.

El acento puesto en la autonomía de la voluntad y el derecho de propiedad, desentendidos de las externalidades, de sus efectos perjudiciales frente a otros, corresponde a una época situada dos siglos atrás. En sencillas y sabias palabras de Ciuro Caldani, “vale aprovechar las enseñanzas de la historia para conjugar con la mayor justicia posible las diversas fronteras de protección y, al fin, para comprender que la justicia exige amparar al individuo contra todas las amenazas que pueden afectar su personificación, incluyendo no sólo las que se vinculan con la realización activa y pasiva de la utilidad. En última instancia hay que procurar que se realice la complejidad pura de todos los valores a nuestro alcance, que culmina en el valor humanidad.” (Ciuro Caldani, Miguel Ángel, “Desde la protección del propietario a la protección del consumidor y el usuario”, E.D. 159-1029).

Una consideración final. Este ordenamiento es plenamente aplicable a los dañados no transportados. No sólo porque hay paridad de antecedente dañoso entre unos y otros, desde que se considera la inadecuación del descubierto frente a normas generales que regulan el tránsito, sino también porque la reforma a la ley de defensa de consumidores ha extendido explícitamente la protección a los dañados colaterales a una relación de consumo.

Una y otra vez aparecen quienes resisten los cambios de paradigma. Hemos sido formados, educados y embelesados jurídicamente por la codificación del siglo XIX. Pero el movimiento codificador -además de concebir a las personas como iguales, aunque no lo sean- sentó su expansión alrededor de los conceptos de propiedad privada y libertad de contratación. Y cautivó a muchas generaciones por su apariencia de completa, y simple como sistema.

Sin embargo, los cambios están a la orden del día en muchos países de Derecho continental. Con mucho mejor criterio, hoy se afirma que la legislación codificada es sólo un elemento del sistema legal; los

Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario

regímenes supuestamente especiales han modificado desde su raíz muchas instituciones de los códigos. Y estos ordenamientos posteriores ya no son de aplicación residual. La legislación codificada ocupa hoy la posición de residualidad, resultado de una creciente intervención del Estado en las relaciones de derecho privado (conf. Llamas Pombo, sus citas de Irti y Schlesinger, cit. por Wajntraub, Javier H., en Rev. Der. de Daños N° 2007-3, pág. 207 y sig.).

Es más, puede decirse con Ameal que el Derecho del consumo es el Derecho de todos. Agrego: es el Derecho común, porque en la actualidad todos somos consumidores o estamos expuestos a una relación de consumo; aún grandes empresas proveedoras en algún momento también son consumidoras.

La ley 24.240 modificada por la ley 26.361 ilumina el camino con más claridad. La importante reforma introduce la figura del "bystander", el dañado colateral o adyacente a una relación de consumo. Ahora es consumidor o usuario quien, de cualquier manera, está expuesto a una relación de consumo (art. 1). De allí que cualquier dañado por producto o servicio calificable como de consumo está beneficiado, de ahora en más sin lugar a dudas, con la protección legal. Esto viene a confirmar que son consumidores en los términos de la ley 24.240 quienes hayan sido dañados en su persona o bienes por accidentes de tránsito en que resulte responsable el autotransporte público de pasajeros. Argumento adicional para legitimar pasivamente a la aseguradora (art. 40).

Con estos argumentos, propongo al acuerdo declarar la inoponibilidad de la franquicia invocada, admitiendo de ese modo el agravio de la actora.

Respecto a la franquicia invocada por La Meridional Compañía Argentina de Seguros S.A., adelanto que el planteo de inoponibilidad también merece acogida favorable.

No es de aplicación la doctrina plenaria sentada en "Obarrio" y "Gauna" porque el presupuesto fáctico es otro. Sin embargo, muchas de las consideraciones vertidas en relación al fundamento de la concurrente obligación resarcitoria de las aseguradoras del autotransporte por el todo, descartando el descubierto obligatorio o "franquicia", son plenamente aplicables.

Sólo como ejemplo señalo, en primer lugar, que la circulación de vehículos por caminos concesionados también entraña una relación de consumo. Además, el marco normativo contractual que llevara a estas concesiones exige, al igual que las ferroviarias y otras, que las empresas cuenten con seguro de responsabilidad civil (entre otros, cláusula 15.2. del Contrato de Concesión... Acceso Norte, 1993, aprobado por decreto 1167/94).

De allí que la contratación de seguros con franquicias o descubiertos elevados (en el caso 60.000 dólares) implican una realidad diversa, ocultan un ardid, un fraude a la ley: no cubren la mayor parte de los siniestros y significan un evidente incumplimiento de la normativa. El comportamiento de los contratantes es ilícito. Este modo de aseguramiento absolutamente ínfimo, al igual que el de las aseguradoras del autotransporte y del transporte ferroviario, ha sido concertado a sabiendas de su inocuidad como cobertura efectiva de los terceros, a quienes la ley, los reglamentos y contratos de concesión y obra pública buscan proteger al obligar a asegurarse contra la RC.

Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario

La profesionalidad de la aseguradora no permite suponer desconocimiento de las consecuencias de estas estipulaciones ni de que este aseguramiento es un contrato conexo con el de concesión. Un "conjunto de contratos complejo", al decir de Morello y Stiglitz (J.A. 2006-III-711). Como tal, mal podría desentenderse de la exigencia de una real cobertura en las normas marco de la concesión (conf., en lo pertinente, CNCom., Sala A, 4-8-06, "Barreiro", consid. IX.2). Es más, como he expresado en relación al autotransporte, no habría concesión sin seguro; de allí que al brindar una fachada de supuesta cobertura ha permitido operar a la concesionaria. Integra de tal modo la cadena de comercialización del servicio, con las inherentes responsabilidades del art. 40 de la ley 24.240.

Esta misma profesionalidad, este mejor conocimiento del riesgo asegurado en función de la posible siniestralidad y la solvencia del co-contratante, aconsejan, desde el punto de vista de los criterios de Análisis Económico del Derecho, que sea el asegurador quien cargue con el riesgo de insolvencia del asegurado. En este caso, en coincidencia con el del seguro del autotransporte, también la solución más próxima a la eficiencia es también la más equitativa (conf., en lo pertinente, Tolosa, J.A. 2008-I-991, cit.).

A mayor abundamiento, si bien transito un camino diferente para sostener la obligación concurrente del asegurador por el total, entiendo plenamente aplicables las consideraciones de la Cámara en lo Comercial, Sala A, 'in re' "Barreiro", y los comentarios de Morello y Stiglitz. Es más, la cita del contrato de concesión ferroviaria (punto 18.2) trae a colación la cláusula 15.2. del contrato celebrado con Autopistas del Sol. "Al momento de la Toma de Posesión -reza esta cláusula- la Concesionaria deberá haber contratado los siguientes seguros: a) De responsabilidad civil contra cualquier daño, pérdida o lesión que pudiere sobrevenir a bienes o personas a causa de cualquier acción relacionada con el cumplimiento del objeto de la Concesión, en forme tal de mantener a cubierto a la Concesionaria, sus empleados, agentes, contratistas y/o subcontratistas y/o terceros, por un monto mínimo de veinte (20) millones de dólares estadounidenses (...)".

Acoto, para terminar el punto, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos "Ortega" (O. 64. XLIII), remitió al dictamen de la Procuración Fiscal elaborado para "Barreiro" e hizo algunas consideraciones adicionales para desestimar los planteos de arbitrariedad formulados por la aseguradora. Creo, a pesar de las aclaraciones del Supremo tribunal en "Ortega", que las normas generales, el principio de la buena fe -especialmente aplicable en materia de seguros- y las de la ley 24.240 y art. 42 de la Constitución nacional, generan un deber resarcitorio concurrente autónomo (sin limitaciones exorbitantes) por haber incurrido en una ilicitud comercial con potencial daño hacia terceros, un fraude a la ley, y haber integrado una cadena de comercialización de un servicio riesgoso. Y este deber cae tanto en cabeza de las aseguradoras de concesionarias ferroviarias cuanto las viales y del autotransporte público de pasajeros.

V.- Intereses

La sentencia en estudio mandó a liquidar intereses a una tasa del 6% anual desde la fecha que se produjo cada perjuicio objeto de la reparación hasta ese pronunciamiento, devengándose a partir de esta fecha y hasta el efectivo pago intereses conforme tasa pasiva. La actora solicita la aplicación del plenario "Samudio".

Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario

Vigente el plenario “Samudio” corresponde liquidar intereses a tasa activa. Pero, frente a valores actualizados, considero que la tasa debe situarse en el 8% hasta la sentencia. Voto entonces por liquidar los intereses desde la fecha en que se produjo el hecho (4 de junio de 2005) al 8% anual hasta la sentencia que fija la cuantía, y en adelante a la tasa activa prevista en el plenario “Samudio”, a excepción de los rubros tratamiento psicológicos y gastos futuros, ya que corresponde que dichas partidas sean liquidadas desde la fecha de la primera sentencia, en tanto se trata de gastos aún no realizados y, como tales, siendo futuros, la deuda no devenga intereses desde el ilícito.

Propongo entonces al acuerdo: I.-Modificar en los tres expedientes acumulados el porcentaje de distribución de responsabilidad de los demandados, correspondiendo: el 60% a Empresa de Transportes General Roca S.A. y Ramón Francisco Argañaraz; el 15% a Autopistas del Sol S.A. y confirmando el 25% restante a cargo de Diego Omar Campusano. II.-Modificar lo decidido respecto a las franquicias invocadas por Argos y La Meridional, declarándolas inoponibles a los actores en razón de los fundamentos expuestos. III.- En el expte. n° 65.241/2005 “Aguirre c/ Argañaraz”: modificar la sentencia, 1) elevando a \$ 120.000 el rubro incapacidad física; a \$ 25.000 la incapacidad psíquica y a \$ 80.000 el importe otorgado en concepto de daño moral; 2) modificando la tasa de interés, ordenando se calculen del modo establecido en el punto V; y confirmarla en todo lo demás que fuera materia de agravios. IV.- En el expte. n° 71.941/2005 “Campusano c/ Argañaraz”, modificar la sentencia: 1) elevando a \$ 18.000 el rubro incapacidad psíquica y a \$ 60.000 el importe otorgado para daño moral. 2) disminuyendo a \$ 5.800 la partida para cubrir el tratamiento psicológico; 3) modificar la sentencia en cuanto a la tasa de interés aplicable, la que será calculada en la forma establecida en el punto V de este acuerdo y confirmarla en todo lo demás que fuera materia de agravios. V.- En el expte. n° 77.886/2005 “Quiñones c/ Argañaraz”: modificar la sentencia: 1) disminuyendo a \$ 4.400 el monto otorgado a Gabriela Quiñones en concepto de tratamiento psicológico y elevando a \$ 15.000 el rubro de daño moral. 2) disminuyendo a \$ 12.000 el importe otorgado a Carolina Méndez en concepto de incapacidad sobreviniente y a \$ 4.400 la partida otorgada para tratamiento psicológico. 3) elevando a \$ 12.000 el importe otorgado para el rubro daño moral. Las costas de alzada serán soportadas por las demandadas y citadas en garantía sustancialmente vencidas.

Disidencia parcial Pérez Pardo:

Por razones análogas adhiero a lo resuelto por el distinguido colega preopinante en cuanto a la solución dada al caso, a excepción de lo resuelto respecto a los intereses.

Entiendo que en el caso particular, no se presenta el supuesto previsto por el punto 4º, última parte, del plenario de esta Cámara “Samudio de Martínez c/ Transporte Doscientos Setenta S.A. s/ daños y perjuicios” de fecha 20 de abril de 2.009. El único límite que impone el fallo es que el cómputo de intereses por el período anterior a la sentencia importe una grave y trascendente alteración del significado económico de la condena que pueda llevar a pensar que ha habido enriquecimiento indebido, situación que -como dije- no encuentro configurada en autos.

Por tal razón, en función de la regla general que impone el plenario y lo normado por el art.303 y

Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario

concordantes del Código Procesal, los intereses deben liquidarse desde la mora, es decir, desde el día del perjuicio (4 de junio de 2005) y hasta el efectivo pago, conforme la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de La Nación Argentina.

Dejo así a salvo mi opinión personal sobre el tema.

El señor juez de Cámara doctor Diego C. Sánchez dijo:

Habiendo sido sorteado para integrar el Tribunal, y rechazada la segunda recusación sin causa interpuesta por la actora (fs. 548 de “Campusano”), me expediré sobre los agravios, haciéndolo en - primer término - en el tema en que mis estimados colegas están en desacuerdo.

I. Tasas de interés

Anticipo, en esta materia, mi voto adhiriendo al del doctor Liberman.

Desde antes de votar en el fallo plenario “Samudio de Martínez, Ladislaa c/ Transportes Doscientos Setenta S.A. s/ daños y perjuicios” -del 20 de abril de 2009- y con especial énfasis entonces, vengo repitiendo -coincidiendo con el Dr. Liberman- que ante valores actualizados –como en el *sub lite*- la tasa de interés debe ser pura; en este supuesto particular -por la decisión recurrida y las pretensiones de los apelantes, como el modo en que se resuelve- adhiero a la del 8% anual (v.gr. dictamen del señor Fiscal General a fs. 678/678v. de “Quiñones”) a liquidar en la forma que se lo propone, desde que se produjo cada perjuicio objeto de la reparación hasta esta actualización-; desde ahora y hasta el pago la tasa debe ser la activa prevista en el plenario “Samudio”, hoy vigente; coincido también con la excepción del interés propuesto –en el *sub examen*- de las partidas que expresa el doctor Liberman por tratarse de gastos futuros.

Recientemente he recordado (mi voto del 10-06-10, en la sentencia dictada por la Sala “D” de esta Cámara - que integro- *in re* “Vivarelli, Aída Rosa c/ Noto, Roberto Carmelo s/daños y perjuicios”, como los allí citados) que si las tasas activa o pasiva -que incluyen componentes de actualización por depreciación monetaria según resulta de fundados votos en “Samudio”, y en sus precedentes “Vázquez” y “Alaniz”- se devengarán desde el momento en que se produjeron los perjuicios, cuando los valores de condena se fijan con posterioridad, se estaría computando dos veces la misma cosa y alterando el significado económico del capital de condena por la desvalorización y depreciación monetarias operadas entre el perjuicio y su cuantificación.

II. Responsabilidad, daños e “inoponibilidades” de las franquicias a los terceros; declaraciones de inconstitucionalidad

En tales materias, objeto de agravios, en las que mis colegas están de acuerdo en su solución, no lo estoy y expresaré - brevemente- las razones de mi desacuerdo.

II – 1) Respecto de la responsabilidad estimo que es mayor la de Campusano quien, circulando sin el debido dominio de su conducido, embistió al microómnibus que estaba detenido, aunque discutiéndose su señalización; me inclino a admitirla como reglamentaria pues el testigo Barea - que llegó al lugar del

Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario

siniestro como empleado de Ausol- *refiere que el colectivo estaba abandonado con desperfectos mecánicos, estaba con balizas reglamentarias* (fs. 279v. de “Aguirre”); repreguntado insiste *lo único que vio es la baliza reglamentaria en el colectivo, las balizas amarillas traseras* (fs. 280v.); en sentido similar se pronuncia otro empleado de la codemandada Ausol (De Marco, fs. 282v./3).

En todo caso, en el primer voto y con acierto, se le imputa a Campusano que -no habiendo tenido obstáculo en la visibilidad- haya embestido con la parte frontal del Fiat Spazio la parte trasera izquierda del colectivo que se encontraba detenido. Concluye el doctor Liberman: “Es evidente que su falta de cuidado en la conducción fue elemento coadyuvante en la producción del hecho”; estimo -por el contrario- que fue elemento principal, que su culpa resultó de mayor incidencia en la ocurrencia del siniestro que la de Argañaraz, que debió detener el colectivo donde pudo hacerlo (conf. arts. 512, 1109 y 1113 del Código Civil, 39-b, 50, 51, 59, 64 y concs. de la ley 24.449).

II – 2) En cuanto a algunos daños también discrepo. Se sostiene, por ejemplo, en el primer voto: “En lo concerniente a la privación de uso del rodado, es sabido que la simple indisponibilidad comporta por sí misma un daño indemnizable, ya que el usuario y/o propietario se ve impedido de transitar con su automóvil, fin específico al cual se halla destinado”.

Pero hoy y aquí sabemos que el uso de un vehículo representa considerables gastos en combustibles, estacionamiento y muchos otros, sin considerar siquiera amortizaciones y desgastes como correas, cubiertas, filtros, etc., siendo por tanto su privación un daño que debe ser acreditado por quien pretende su compensación, como otros daños; así lo he sostenido (v.gr. mi voto del 22-03-10, *in re* “Pérez, Magalí Guadalupe c/ Empresa Argentina de Servicios Públicos S.A.” y los allí citados -“Fontela c/ Transporte”, “Lescano c/ Trenes”, “Ortega c/ Editorial”, “Potigian c/ Spinelli”-) y así se ha pronunciado la doctrina (por ej.: Martorell, Jorge Enrique, “El resarcimiento por privación de uso de vehículos según su afectación a uso privado o al comercial - Comentario Breve”, ED, 174-427).

En la edición del matutino Perfil, de esta ciudad, del pasado día 20 de junio se destina su página 23 a informar que mantener el auto cuesta el doble que en 2007, por el aumento en combustibles y cocheras (el costo mensual pasó de \$ 1.281 a \$ 2.156,50 por mes). En recuadro color se titula: “El bolsillo del automovilista en problemas”.

El doctor Rebaudi Basavilbaso ha dicho (esta Sala “L”, 29-10-08, *in re* “Transporte Nesbar S. R. L. c/ HSBC La Buenos Aires Seguros S. A. s/ cumplimiento de contrato”), refiriéndose al **lucro cesante**, que por su propia naturaleza no es un daño presumible, sino que requiere su demostración cierta, desde que importa la ganancia o utilidad de la que se ve privada la víctima del ilícito, por lo que debe ser real y efectivo y no supuesto o hipotético (cfr. esta sala exptes. n° 63.262, 63.332, 63.561).

II – 3) Respecto de las “inoponibilidades” de las franquicias a las actoras (admitidas en primera

Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario

instancia las opuestas por Argos Mutual de Seguros del Transporte Público de Pasajeros y por La Meridional Compañía Argentina de Seguros S.A. y recurrido por la actora), no coincido con casi nada de lo que se expresa y propone en el considerando IV del voto del doctor Liberman –menos aún con las declaraciones de inconstitucionalidad que postula-. Voto -por mi parte- por desestimar los agravios de las actoras, confirmando la sentencia recurrida, con costas (art. 68 del Cód. Proc.).

Digo “casi nada” porque sí coincido con: “El resultado, como apunta Lorenzetti, citando a Nino, es decididamente un país al margen de la ley”. Dije en mi voto en “Samudio”: “He sostenido que la **anomia**, el no cumplir las leyes, es la causa de muchos de los males que padecemos (v.gr. mis votos del 11-06-07, *in re* "Bianco Bueno, Velmar c/ Parra, Jorge Blas" y del 27-05-08, *in re* "Sylveyra Jorge Omar c/ Transporte Automotor Plaza S.A.", éste en suplemento de Derecho Procesal de eldial.com -del 23-06-08- y en suplemento de Derecho de Seguros de El Derecho -del 31-12-08-, fallo 31, anotado por Carlos Schwarzberg, "La responsabilidad en dos accidentes de tránsito y temas conexos. Oponibilidad de la franquicia"). Al juez corresponde juzgar -salvo excepciones y considero que no estamos ante ellas- según las leyes y no a las leyes (*Judicare non de legibus sed secundum leges*)”.

Porque así pienso, porque considero que debemos aplicar las leyes vigentes (ver *infra*, especialmente **II – 3 - 8**), que no son inconstitucionales en mi opinión, y la de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, reitero que voto por desestimar los agravios.

En lo que no coincido con el preopinante intentaré, a continuación, demostrar que las por él llamadas “nuevas razones”, que aduce para sostener la misma doctrina plenaria mayoritaria de “Obarrio y Gauna”, no son tales y ya han sido desestimadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Y concluiré (**II – 4**) las disidencias con otra coincidencia.

II – 3 - 1) Recuerdo *ab initio*, en relación a la franquicia opuesta por Argos Mutual de Seguros del Transporte Público de Pasajeros, que en el **plenario “Obarrio y Gauna”**, del 13 de diciembre de 2006 (**cuya doctrina estimo hoy revocada, insubsistente, no vigente**), he integrado la minoría, insistiendo así en votos anteriores en la Sala “D” (28-11-05, *in re* “Mele, Lydia Linda c/ Sociedad San Cristóbal SRL y otros s/ daños y perjuicios” y su acumulado “Paesani, Roberto Cándido c/ Durán y Fonseca, Hugo Marcelo y otros s/ daños y perjuicios”). Pero antes, y especialmente después, he coincidido con la Corte Suprema de Justicia de la Nación; y ahora –también- con las Salas “E” y “G” de esta Cámara; igualmente con otros Tribunales Superiores.

II – 3 – 1 - 1) En el voto de la minoría en “Obarrio y Gauna” –al que me remito en su totalidad- dijimos especialmente: “Nuestro **Máximo Tribunal**, desde agosto del corriente, en causas N.312.XXXIX, "Nieto Nicolaza del Valle c/ La Cabaña S.A. y otros" del 8/8/06 y V.482.XL, "Villarreal Daniel Alberto c/ Fernández Andrés Alejandro y otros", del 29/8/06 y, más recientemente, en causa F.498.XL, "Fara Teresa Catalina c/ Línea 71 S.A." del 18/10/06, dejó sin efecto las respectivas sentencias, todas ellas de la Sala "M" de este Tribunal, donde se declaró la inoponibilidad de la franquicia al tercero víctima. **Sostuvo invariablemente que se prescindió de lo**

Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario

dispuesto por el art. 118 de la ley 17.418, en cuanto dispone que será ejecutable la sentencia contra el asegurador "en la medida del seguro", **así como también** de la resolución de la Superintendencia de Seguros de la Nación N° 25.429/97 que prevé como cobertura básica de este tipo de seguro una franquicia de \$ 40.000.

“Tal criterio fue mantenido, siempre por unanimidad con una sola disidencia formal, en "Weingarten, Celia c/ Empresa de Transporte Pedro de Mendoza CISA Línea 29 y otros s/ recurso de hecho", del 31/10/06 -precedente de la Sala "B" de este Tribunal-, en "Rodríguez, Julio César c/ Transporte Automotor Plaza S.A.C.I." en "Arancibia, Victoriano c/ Del Ponte, Daniel Cayetano", del 31/10/06; y en "Apaza, Sabina Jacoba c/ Flores, Oscar Rafael Empresa Atahualpa SRL y Protección Mutual de Seguros de Transporte Público de Pasajeros", del 7/11/06 con lo que se trata de una **doctrina indudablemente consolidada**.

“Esta jurisprudencia es reiteración de decisiones anteriores (a la aquí, en el plenario, cuestionada resolución 25.429/97 de la SSN) que habían dejado sin efecto la sentencia que resolvió que la franquicia estipulada por la aseguradora citada en garantía con su asegurado, no podía ser invocada frente al tercero damnificado en tanto que, sobre la base de una mera aserción dogmática, el tribunal prescindió de la disposición legal aplicable al caso: art. 118, apart. 3°, de la ley 17.418 ("Cia. Arg. de Seg. Visión S.A. c/ Comac S.A.", del 2/10/90, en "Fallos" 313:988, El Derecho tomo 142, pág. 775, Jurisprudencia Argentina, tomo 1990-IV, pág. 593); o que también habían descalificado sentencias que se apartaron de la literalidad de la póliza ("Iglesias, Lidia A. c/ Medic Gem's S.A. y otro", del 9/4/02, en "Fallos" 325:595, El Derecho tomo 198, pág. 145, Doctrina Judicial 2002-2, pág. 478, Responsabilidad Civil y Seguros 2002-672, La Ley tomo 2002-D, pág. 405, con cita de la doctrina de "Fallos" 318:862, 319:3395; 323:262). En similar sentido se ha pronunciado en muchos otros casos (por ej.: "Tarante, César D. c/ Eluplast S.R.L.", del 27/12/96, en Jurisprudencia Argentina tomo 2000-I-síntesis, pág. 53 y La Ley tomo 1997-C, pág. 995; "López, Raúl Emilio c/ Sol San Javier SA", del 17/3/98, en "Fallos" 321:394; "Yegros, Abel Baltazar c/ Tornal SA", del 15/4/99, en El Derecho tomo 184, pág. 473, entre otros)” (los destacados me pertenecen).

Me permitiré agregar, entre los muchos otros precedentes, un caso en particular:

Con anterioridad al plenario, la Sala “B” de esta Cámara (24-02-06, *in re* “González Osuna, Gerbacia Nimia c/ Empresa de Transportes Sargento Cabral S.C. A. y otros”) dictó sentencia decidiendo que la franquicia es inoponible a la víctima. Recurrida ante el Alto Tribunal, éste luego del plenario (21-08-07) declaró formalmente admisible el recurso extraordinario y dejó sin efecto la decisión, con costas, disponiendo la devolución de los autos al tribunal de origen para que, por medio de quien corresponda, proceda un nuevo fallo con arreglo a lo expresado. La actora requirió la nulidad de la sentencia, siendo rechazado el pedido por la Corte Suprema (13-11-07).

Finalmente (25-04-08) en la Sala “D” desestimamos el agravio de la actora y confirmamos la sentencia de primera instancia que había decidido que la condena era extensiva a la aseguradora citada en garantía, en los términos del artículo 118 de la ley 17.418, en la medida del seguro, con costas a la actora respecto de este agravio.

La doctrina citada por la minoría en “Obarrio y Gauna”, como la que individualizo en mis votos (ver *infra* II – 3 -

Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario

2) da mayor fuerza a la solución; también la recientemente publicada (v.gr.: Soto, Héctor Miguel, “Oponibilidad y razonabilidad de las franquicias en el seguro de responsabilidad civil”, RCyS, setiembre de 2009, p. 31, entre otros).

II – 3 – 1 - 2) El Alto Tribunal, el día 7 de agosto de 2007, dictó sentencia en “Cuello, Patricia Dorotea c/ Lucena, Pedro Antonio” (ED 223-643 y LL 2007-E-398) declarando formalmente admisible el recurso extraordinario y revocando la sentencia de la Sala “B” de esta Cámara, con costas, disponiendo la devolución de los autos al tribunal de origen a fin de que, por medio de quien corresponda, proceda a dictar un nuevo fallo con arreglo a lo expresado.

Correspondió hacerlo a la Sala “C” que se pronunció (22-11-07) sin aplicar la decisión del Alto Tribunal en el mismo expediente en que fue dictada y **declarando inconstitucional el art. 4° del Anexo II de la Resolución n° 25.429 de la Superintendencia de Seguros de la Nación en cuanto impone una franquicia en el seguro obligatorio oponible a la víctima**. Con un nuevo recurso extraordinario la sentencia **fue revocada** por la Corte Suprema (el 18-06-08).

Esta **sentencia del 18 de junio de 2008, no solo revocó la inconstitucionalidad declarada por la Sala “C” de nuestra Cámara, sino que -ya vigente la ley 26.361- se pronunció admitiendo la franquicia prevista en el contrato de seguro como oponible al tercero damnificado y disponiendo que la sentencia no podrá ser ejecutada contra la aseguradora sino en los límites de la contratación.**

El 4 de marzo de 2008, la Corte Suprema dictó tres sentencias definitivas y en ellas, en los términos del artículo 16 de la ley 48, *revocó la decisión apelada, admitiendo que la franquicia prevista en el contrato de seguro celebrado entre la compañía de seguros y el asegurado es oponible al tercero damnificado, decidiendo que la sentencia no podrá ser ejecutada contra la aseguradora sino en los límites de la contratación.*

Las tres sentencias entonces **revocadas** fueron: 1) **la misma sentencia plenaria cuyo recurso contra ella antes había sido concedido**, *in re* "Recurso de hecho deducido por La Economía Comercial S.A. de Seguros Generales en la causa Gauna Agustín y su acumulado c/ La Economía Comercial S.A. de Seguros Generales y otro"; 2) la sentencia dictada por la Sala “F” de esta Cámara en el expediente en que se dictó el plenario y aplicando su doctrina: *in re* "Recurso de hecho deducido por La Economía Comercial S.A. de Seguros Generales en la causa Obarrio, María Pía c/ Microómnibus Norte S.A. y otros" y 3) la sentencia dictada por la Sala “C” de este Tribunal en el expediente, tantas veces citado por sus anteriores decisiones del Alto Tribunal, “Recurso de hecho deducido por La Economía Comercial S.A. de Seguros Generales en la causa Villarreal, Daniel Alberto c/ Fernández, Andrés Alejandro”; aquí se expresó por la Corte Suprema que la circunstancia de que la doctrina aplicada en el pronunciamiento recurrido sea el resultado de una reunión plenaria del fuero, no permite apartarse de lo decidido por el Alto Tribunal en la misma causa (LL 2008-B-273 y 402, con nota de López Saavedra, Domingo M., “La franquicia deducible en el contrato de seguros y su oponibilidad a los terceros: ¿El final de una historia?”).

La Corte Suprema reiteró esta jurisprudencia (v.gr.: 01-04-08, *in re* “Benica Mabel Mirta c/ La Cabaña”, “Matías Gago, Carlos Fernando y otro c/ Empresa de Transportes Teniente General Roca S.A. y otros” y “Villasboa

Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario

Gómez Julio César c/ Nuevo Ideal SA”; 08-04-08, *in re* “Ordóñez Matilde Clara c/ Ruiz Jorge”; 22-04-08, *in re* “Bustamante, Beatriz Yolanda c/ Ruiz Héctor Fabián”; 29-04-08, *in re* “García Elena Isabel c/ La Nueva Metropól”, “Monzón Delia Paulina c/ Expreso Caraza SA”, “Kraizman Silvia Mónica c/ Transportes Automotores Luján SA” y “Álvarez Marcela Lorena c/ La Independencia SA de Transporte Línea 203”; 13-05-08, *in re* “Galligani Naciso Ascanio c/ Jadra Eduardo”; 20-05-08, *in re* “Rouco Francisco c/ Detrano Sergio” y “Zaragoza Carlos c/ Burgos Daniel”; 03-06-08, *in re* “Trupp de Susselmann, Berta y otros c/ Velázquez, Aníbal Jesús”; 10-06-08, *in re* “Gómez Oscar Alfredo c/ Expresa Caraza SA” y “Bertinetti Alberto c/ MONSA”; 18-06-08, *in re* “Arabolaza José Luis c/ Juan B. Justo” y “Cuello, Patricia Dorotea c/ Lucena, Pedro Antonio”; 01-07-08, *in re* “Anania Beatriz Liliana c/Transportes Sargento Cabral” y “Vaccarezza Ada Blanca c/ Farías Orlando”; 08-07-08, *in re* “Cuello Nelly Juanca c/ Empresa Tandilense SA”; 13-07-08, *in re* “Sánchez Molinete María c/ El Puente”; 12-08-08, *in re* “Alzogaray, Raúl Alberto c/ Transportes Automotores Chevallier S.A.”, “Hernández Guillermo c/ Línea 60”, “Maravankin, Dora c/ Transportes Automotores Plaza S.A.”, “Routurou Rolando c/ Microómnibus Norte SA” y “Vellido Zulema del Valle c/ Expreso Esteban Echeverría SRL”; 20-08-08, *in re* “Enrique Germán c/ La Primera de San Isidro”, “Sinewald Francisco José c/ Empresa Tandilense SA”; 02-09-08, *in re* “Madia Néstor c/ Amoroso Gabriel”, “Riquelme David Hernán c/ Empresa Transportes Pedro de Mendoza” y “Díaz Adriana Ruth c/ MONSA”; 16-09-08, *in re* “Portaneri Ignacio c/ Transporte La Cabaña”; 07-10-08, *in re* “Di Dio, Miguel Esteban c/ La Independencia S.A. de Transportes y otro” y “Giacioia Gustavo Jorge c/ Cuello Walter Armando”; 21-10-08, *in re* “ALuis, Beatriz Isabel y otro c/ Transportes Villa Ballester S.A.C.”; 16-12-08, *in re* “Giannattasio Claudia c/ Emp. Transporte Riachuelo”; 28-04-09, *in re* “Arrua Oscar c/ Díaz Roberto”; 27-05-09, *in re* “Machado Mirta B. c/ Microómnibus Tigre SA” y “Ortiz, Dora María c/ Transportes Automotores Riachuelo S.A. y otros”; 02-06-09, *in re* “Cheverry Eduardo José c/ Marega Esteban”; 10-06-09, *in re* “González, Stella Maris c/ Transportes Automotores Riachuelo Sociedad Anónima TRAS y otros”; 30-06-09, *in re* “Riva, Ricardo Gabriel c/ Transportes Automotores Plaza S.A.”; 08-09-09, *in re* “Álvarez, Enrique Oscar c/ Empresa de Transportes Pedro de Mendoza Comercial y otro”; 18-09-09, *in re* “García, Asunción Alicia c/ Transportes Santa Fe SA”; 29-09-09, *in re* “Arce, Manuela c/ Transportes Villa Ballester SACEI Línea 237 y otros”; 06-10-09, *in re* “Suárez, Ana Gladis c/ Transportes Los Andes SA Línea 78 y otros” y 19-05-10, *in re* “Rinaldi, Emilia María c/ Transportes Automotores Plaza SACI”, entre otros).

Me permitiré copiar la última decisión, cuyo texto es similar a las anteriores y, lamentablemente será - casi con seguridad- similar a la que se dicte en este mismo expediente:

“R. 87. XLVI.

RECURSO DE HECHO

Rinaldi, Emilia María c/ Transportes Automotores Plaza SACI y otros s/ daños y perjuicios.

Buenos Aires, 19 de mayo de 2010

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por Protección Mutua de Seguros del Transporte Público de

Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario

Pasajeros en la causa Rinaldi, Emilia María c/ Transportes Automotores Plaza SACI y otros s/ daños y perjuicios”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que los agravios de la recurrente remiten al examen de cuestiones sustancialmente análogas a las examinadas por el Tribunal en los precedentes "Nieto", "Villarreal" y "Cuello" (Fallos: 329:3054 y 3488; 331:379 y 330:3483) y en las causas O.166.XLIII. "Obarrio, María Pía c/ Microómnibus Norte S.A. y otros" y G.327.XLIII. "Gauna, Agustín y su acumulado c/ La Economía Comercial S.A. de Seguros Generales y otro", sentencias del 4 de marzo de 2008, cuyas consideraciones se dan por reproducidas.

La jueza Argibay se remite a su disidencia en la causa "Villarreal" (Fallos: 331:379).

Por ello, por mayoría y resultando inoficioso que dictamine el señor Procurador General, con el alcance indicado, se declara procedente la queja, formalmente admisible el recurso extraordinario y se revoca la decisión apelada. En consecuencia, se admite que la franquicia prevista en el contrato de seguro es oponible al tercero damnificado y que la sentencia no podrá ser ejecutada contra la aseguradora sino en los límites de la contratación (conf. art. 16, segunda parte, ley 48). Con costas. Agréguese la queja al principal y reintégrese el depósito. Notifíquese y devuélvase. RICARDO LUIS LORENZETTI - ELENA I. HIGHTON de NOLASCO - JUAN CARLOS MAQUEDA - E. RAUL ZAFFARONI - CARMEN M. ARGIBAY.

ES COPIA”.

II – 3 – 1 - 3) La Sala “E” de esta Cámara (29-05-08, *in re* “Lloveras Juan Benjamín c/ Bustamante Daniel Arturo”, en sus términos y con remisión a “Del Águila Sonia Karen y otro c/ Expreso Gral. Sarmiento S.A.T.” (LL 2008-D-253, RCyS 2008-976) **ha decidido la insubsistencia (falta de fundamento o razón) de la doctrina de “Obarrio y Gauna”, repitiéndolo desde entonces.**

La Sala “G” (26-09-08, *in re* “Jurado, Plácida Gertrudis c/ La Vecinal de la Matanza SAT y otros s/daños y perjuicios”, en ED digital 47248), también repitiéndolo desde entonces (30-12-08 Travaglini, Marcelo Adolfo c/ Albertelli, Mauricio Haroldo y otros La Ley Online AR/JUR/22343/2008; 20-02-09, “Monzón, Catalina Dominga c/ Gral. Tomás Guido SACIF y otros s/ interrupción de prescripción”, ED Digital (48546) y La Ley Online AR/JUR/712/2009) **ha decidido que no corresponde aplicar la doctrina de “Obarrio y Gauna”, porque esta sentencia fue revocada por la Corte Suprema por arbitrariedad normativa** –esto es, por arbitrariedad en la interpretación de ley- y entonces no puede subsistir como fuente obligatoria de derecho para los integrantes del mismo fuero, careciendo -en consecuencia- de la fuerza obligatoria impuesta por el artículo 303 del Código Procesal porque ya no es una interpretación legal aceptable de la norma respectiva.

II – 3 – 1 - 4) La Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires (23-04-08, en causas C. 94.988, "Romeggio Belkis, Amanda c/ Alí, Claudio" y otras, RCyS 2008-610, con nota de Domingo M. López Saavedra), por unanimidad, hizo lugar a los recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley **disponiendo que la condena a la aseguradora lo es dentro de los límites de la franquicia fijada en las cláusulas del contrato de seguro.**

Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario

La Suprema Corte de Justicia de la provincia de Mendoza, Sala I (25-06-07, *in re* "Protección Mutual de Seguros del Transporte Público de Pasajeros en J° 108.704/37.762 Pacheco Devia, Teresa c/ Fernández, Walter y ot. p/ d. y p. s/ inc. cas."; 28-08-07, *in re* Rutimann, Giselle c/ Carbelli, Valerio y ots.) ha resuelto, aún discrepando con lo decidido por el Alto Tribunal: *"b) El tema de la oponibilidad de la franquicia al damnificado de un accidente provocado por un vehículo dedicado al transporte público de pasajeros ha dado motivo a posiciones encontradas en la doctrina y jurisprudencia nacional (...) IX. LA OBLIGATORIEDAD DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE FEDERAL. Tengo dicho en reiteradas decisiones que aunque el sistema argentino no se rige por la regla del stare decisis vertical, razones de buen orden y de seguridad jurídica aconsejan que los tribunales inferiores acomoden su jurisprudencia a la de la Corte Federal (ver, LS 366-181 publicado en LL 2006-E-557; 25/2/2004, La Ley Gran Cuyo 2004-328, 26/4/1988, JA 1989-IV-212 entre otros) (...) Sin embargo, sigo pensando que razones de orden, seguridad, paz y justicia, aconsejan no apartarse de una jurisprudencia que se estima estable. Lamentablemente, creo que no cabe otra solución que adherirse al criterio de la oponibilidad de la franquicia"*.

Considero que son razones más que suficientes para desestimar los agravios y confirmar la sentencia.

Pero, siguiendo el orden en que los temas aparecen expuestos en el considerando IV del primer voto, daré las razones de mi discrepancia con los que estimo más relevantes.

II – 3 - 2) Se refiere el doctor Liberman al acatamiento por los jueces de las instancias inferiores de la doctrina del máximo Tribunal

Estimo haber demostrado que sí, que en estos casos **debe** ser aplicada la doctrina consolidada de la Corte Suprema (Sala "D", 20-03-07, *in re* "Fara c/ Línea 71 S.A." - LL 2007-B-676, anotada por Castro Sammartino, Mario y Schiavo, Carlos, "Nuevamente sobre la oponibilidad de la franquicia. La doctrina de la Corte y el plenario "Obarrio"; RCyS, Año IX, N° VII de julio de 2007, pág. 44, y JA, 2007-III-787 anotada por Cracogna, Dante, "Acerca de la franquicia en el seguro de responsabilidad civil del transporte público automotor de pasajeros"; en sup. Derecho de Seguros de El Derecho del 24-10-07, anotada por Quintana, Enrique José, "Plenario "Obarrio y Gauna", fallos de la Corte Suprema de Justicia y su doctrina, sentencia de la sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en "Fara, Teresa C." y algunas consideraciones de interés"-; 18-04-07, *in re* "Coulon Federico Rodolfo c/ MONSA y otro"; 25-04-08, *in re* "González Osuna Gervasia Nimia c/ Empresa de Transportes Sargento Cabral SCA y otros").

Remito, en honor a la brevedad, a lo allí expuesto, como en tantos otros votos pronunciados en la Sala "D" (v.gr.: 06-11-07, *in re* "Gonzalez, Mirta Gladys c/ Salvatierra, Víctor Hugo y otros s/ daños y perjuicios", ED 226-297, con nota de Cracogna, Dante, "De nuevo sobre la franquicia en el seguro de responsabilidad civil del transporte automotor de pasajeros" y elDial.com, sup. Derecho Procesal, del 26-02-08; 07-03-08, *in re* "Durante, Carlos Osvaldo c/ Transporte del Tejar S. A.", eldial.com, sup. Derecho Procesal, del 31-03-08; 27-05-08, *in re* "Sylveyra Jorge Omar c/ Transporte Automotor Plaza S.A." y 09-06-08, *in re* "O' Higgins Carlos Alberto c/

Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario

Microómnibus Quilmes S.A. (Línea 159) s/ daños y perjuicios”, *eldial.com*, sup. Derecho Procesal del 23-06-08, EDSe del 31-12-2008, N° 12.164 y LL Online AR/JUR/3806/2008; 11-09-08, *in re* "Gómez Carmen Clementina c/ Monzón Diego y otros s/ daños y perjuicios", LL 2008-E-682 y *eldial.com*, sup. Derecho Procesal del 22-09-08; 04-12-08, *in re* "Marchese, Marcelo Damián c/ Empresa Almirante Brown S.A.", en LL 2009-B-514, anotado por Carlos Schwarzberg, "Los accidentes de tránsito, su indemnización y los seguros de responsabilidad civil", en *eldial.com*, suplementos de Derecho Procesal del 23-02-09, y de Seguros del 26-02-09, y en Mercado Asegurador de marzo de 2009, n° 347; 10-08-09, *in re* "Meniño Sumay, María Rosa c/ Microómnibus Norte S.A. y otros s/ daños y perjuicios"; 20-10-09, *in re* "Coda, María Elvira c/ Rando, Alfredo y otros s/ daños y perjuicios"; 30-04-10, *in re* "Margarita, Martín Celestino y otro c/ M.O. General San Martín S.A. y otro s/ daños y perjuicios" y 09-06-10, *in re* "Nuñez Hugo Osmar c/ Rossi Leandro Gabriel y otros s/ daños y perjuicios").

II – 3 - 3) Expresa el doctor Liberman que corresponde realizar una **interpretación armónica de todo el ordenamiento legal, principiando por la Constitución nacional, las leyes de tránsito, el régimen de seguros, la ley de defensa del consumidor 24.240**; cita luego la opinión de Sobrino que entiende son consumidores de seguro tanto el asegurado cuanto el damnificado, para concluir -refiriéndose a la modificación de la ley 24.240 por la ley 26.361- que ilumina, dice, el camino con más claridad, pues estima importante la reforma que introduce la figura del “bystander”, el dañado colateral o adyacente a una relación de consumo. Ahora es consumidor o usuario quien, de cualquier manera, está expuesto a una relación de consumo.

Reiteradamente (en los casos antes citados) me he pronunciado - precisamente- sobre **“una interpretación armónica de todo el ordenamiento legal”** y he votado contra la inoponibilidad de la franquicia a los terceros, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 14, 16, 17, 18, 19, 28, 31, 42 y 75, inciso 22, de la Constitución Nacional; 499, 503, 504, 851, 853, 944, 1137, 1197, 1198 y 1199 del Código Civil; título preliminar, 8, 217 y 218 del Código de Comercio; 1, 5, 7, 15, 61, 109, 111, 116, 118 y 158 de la ley de seguros; 23, 25, 26, 33, 34, 58, 64, 67 y 85 de la ley 20.091; 34-4, 163-6, 271 y 277 del CPCC; Resolución N° 25.429/97 de la Superintendencia de Seguros de la Nación, y concordantes. He citado también jurisprudencia y doctrina.

Antes de la sanción de la ley 26.361 afirmamos en el voto de la minoría en “Obarrio y Gauna”: “8.- En cuanto a la efectiva aplicación de la ley 24.240 al contrato de seguro existen suficientes argumentos para ponerla seriamente en duda y así lo ha sostenido importante doctrina (v.gr. López Saavedra, Domingo, su ponencia en el Coloquio sobre Justicia y Seguros, organizado por la Academia Judicial Internacional - International Judicial, antes citado; Schiavo, Carlos Alberto, "El Derecho del Consumidor, los Contratos Aleatorios y el Contrato de Seguro", su ponencia en el curso del presente año 2006 para el Instituto de Derecho de Seguros Isaac Halperin del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal; Schwarzberg, Carlos, "Los seguros y la defensa del consumidor", en *Sup. Actualidad de La Ley* del 14-02-06, entre otros).

“Se admite que hay opiniones contrarias (por ej.: Sobrino, Waldo A. R. Consumidores de Seguros: La Franquicia y su Inoponibilidad a la Víctima de un Accidente de Tránsito -Art. 42 de la Constitución Nacional;

Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario

Art. 68 de la Ley 24.449 y Ley 24.240-, eldial.com). Empero, en los hechos ilícitos que dieron origen a las demandas en "Obarrio, María Pía c/ Microómnibus Norte S. A. y otro s/ daños y perjuicios" y en "Gauna, Agustín c/ La Economía Comercial S.A. de Seguros Generales y otro s/ daños y perjuicios" no hay duda alguna que las víctimas de los accidentes de tránsito no son "consumidores" de los contratos de seguros celebrados entre las empresas de transporte y sus aseguradoras, ni los terceros no transportados –la doctrina plenaria los comprenderá– son "consumidores" de contrato alguno”.

Luego de dictada la sentencia en “Obarrio” (el 22-11-07, en sup. de Seguros y Reaseguros de eldial.com) fue publicado el estudio de Amadeo E. Traverso cuyo título es suficiente para ilustrarnos sobre su bien fundado contenido: “El Derecho de Seguros, el Derecho de Daños y los Derechos del Consumidor. Un sofisma “SEGURO”, a propósito del dogma “consumista”.

Por cierto que, entonces, no se había sancionado la ley 26.361 (B.O. 07-04-08).

Uno de los autores citados en el primer voto (Sobrino), se pronunció inmediatamente después de esta sanción sobre la novedad legislativa (“La inoponibilidad de la franquicia de los seguros obligatorios”, LL 2008-D-1078) expresando que esta ley es un cambio importante de la normativa aplicable, para la resolución del tema que nos ocupa; lo considera *el inicio de una historia*, oponiéndose así a Domingo M. López Saavedra que había estimado a las sentencias del 4 de marzo (trabajo *supra* citado LL 2008-B-403) como *el final de una historia*.

Se pretende para las específicas leyes 24.240/26.361 una especie de supraconstitucionalidad, como si el artículo 42 de la Constitución Nacional antes citado - que también protege a la defensa de la competencia– estuviere siempre por sobre los artículos 14, 16, 17, 18, 19, 28, 31, y 75, inciso 22, también citados.

Pero lo cierto es que, **después del 7 de abril de 2008, en que se publicó la ley 26.361, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, dictó sentencias en similar sentido a las del 4 de marzo de 2008 en las decenas de expedientes que individualicé** –y en muchos otros–; en todas y cada una de ellas *revocó la decisión apelada* (que había aplicado la doctrina plenaria de “Obarrio y Gauna”) y *decidió, en los términos del artículo 16, segunda parte, de la ley 48, que la franquicia prevista en el contrato de seguro celebrado entre la compañía de seguros y el asegurado es oponible al tercero damnificado, y que la sentencia no podrá ser ejecutada contra la aseguradora sino en los límites de la contratación*.

Por tanto, aún cuando coincidiéramos con Liberman y Sobrino –que no coincidimos– habría que convenir que la respuesta afirmativa al interrogante del segundo - dado nada menos que por el Alto Tribunal, en mi opinión y por lo expuesto– corresponde al interrogante de López Saavedra. Así lo han resuelto - y reitero mi coincidencia– las Salas “E” y “G” de esta Cámara al no aplicar la doctrina de “Obarrio y Gauna”, con las sentencias citadas del 4 de marzo de 2008 debiera admitirse el **punto final** de una historia que, en mi opinión, no debió ser como fue y como –lamentablemente– todavía es.

Reitero que la Corte Suprema se ha pronunciado reiteradamente **después de la publicación de la ley 26.361** y si se aplicara esta ley, en la forma que lo expresa Sobrino y propone Liberman, habría que hacerlo con su

Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario

artículo 27, que incorpora el artículo 54 a la Ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor, pudiendo admitirse entonces que hay *cosa juzgada* (que no lo es, en mi opinión, como lo dije y para la resolución del tema que nos ocupa).

Se refiere Sobrino en aquel trabajo, a la *reanализación* de los fundamentos de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en "Cuello" (la del 07-08-07); tampoco asiste razón a su forzada argumentación respecto de esta causa pues, precisamente en ella, **el Alto Tribunal dictó sentencia el 18 de junio de 2008 (vigente la ley 26.361) admitiendo la franquicia prevista en el contrato de seguro como oponible al tercero damnificado y disponiendo que la sentencia no podrá ser ejecutada contra la aseguradora sino en los límites de la contratación.**

La colega Sala "M" de este Tribunal (06-04-09, *in re* "DA., J. L. F. c/ Microómnibus Norte S.A.", LL 2009-C-380, con nota del mismo Waldo A. R. Sobrino) afirmó: "Es cierto que a la luz de la doctrina del "sometimiento condicionado" que se desprende de los fallos "Balbuena" (LA LEY, 1982-B, 150) de 1981 y "Cerámica San Lorenzo" de 1985 (LA LEY, 1986-A, 179) (CS, Fallos: 303:1770 y 307:1094) los tribunales nacionales deben seguir la doctrina de la Corte y sólo pueden dejarla de lado si introducen nuevos argumentos que no hubieran sido tenidos en cuenta por el alto tribunal en su momento (conf. Sagüés, Néstor, "La vinculatoriedad de la doctrina judicial de la Corte Suprema", Rev. La Ley del 14/8/08). Se ha agregado también que dicho criterio es aplicable cuando existe doctrina consolidada; es decir, que no se trate de un fallo aislado, sino de varios en que la Corte se haya pronunciado en el mismo sentido (conf. Ibarlucía, Emilio, "Fallos plenarios y doctrina de la Corte Suprema", Revista La Ley del 15/12/08).

"No obstante que, como sostiene el recurrente, la Corte Suprema se ha pronunciado en varias oportunidades en favor de la oponibilidad de la franquicia, aún después del dictado del plenario "Obarrio" y aún en los aludidos autos, no debe soslayarse que **con posterioridad al dictado de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en ese sentido, se produjo la modificación de la Ley de Defensa del Consumidor en varios aspectos que establecen una solución acorde con la que consagra el fallo plenario de esta Sala, aspecto respecto del cual no ha mediado a la fecha pronunciamiento alguno de la Excma. Corte.**

"En efecto, la ley 26.361 modificó el basamento normativo sobre el cual decidió la Corte Suprema pues la modificación de la norma determinó que es aplicable a las relaciones de consumo -no sólo a los contratos de consumo- (art. 1°), amplió el concepto de consumidor y lo extiende a quien sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella, utiliza servicios como destinatario final y a quien "de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo" -en el caso: el asegurado- y en cuanto establece que "todas las relaciones de consumo se rigen por la Ley de Defensa del Consumidor" (art. 3, ley 26.361).

"Como consecuencia de ello también resulta totalmente inaplicable a las relaciones de consumo el concepto de efecto relativo de los contratos (arts. 1195 y 1199 del C. Civil) -uno de los fundamentos de las decisiones de la Corte relativas a la oponibilidad-, con relación a las personas que están expuestas a dichas relaciones de consumo

Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario

(conf. Sobrino, W.A.R., "La inoponibilidad de la franquicia de los seguros obligatorios", La Ley del 24/7/08).

“Vale decir, existiendo una modificación legal relevante que confirma la línea de razonamiento aplicada en el fallo plenario de esta Cámara y nuevos argumentos que no han sido tenidos en cuenta por el alto tribunal en su momento, en mi opinión, las decisiones de la Corte Suprema de Justicia invocadas por el recurrente no constituyen óbice para continuar aplicando el fallo plenario "Obarrio, María Pía c/ Microómnibus Norte S.A. y otro s/ daños y perjuicios" y "Gauna, Agustín c/ La Economía Comercial S.A. de Seguros Generales y otro s/ daños y perjuicios" del 13 de diciembre de 2006, que estableció la inoponibilidad de la franquicia al damnificado (sea transportado o no)”.

Coincido plenamente con el primer párrafo, pero no puedo hacerlo con los siguientes y su conclusión; el destacado me pertenece y pretende subrayar la opinión contraria afirmando que *con posterioridad a la modificación de la Ley de Defensa del Consumidor se han dictado muchísimos pronunciamientos por la Excma. Corte Suprema con lo que el pretendido fundamento se transforma en una especie de boomerang que permite llegar a la conclusión exactamente contraria a las de la Sala “M” y su comentarista.*

A mayor abundamiento, reitero, que tampoco coincido que esta ley sea aplicable al contrato de seguro en la medida que se lo pretende y expresa en la sentencia y su nota. Además de lo que dije *supra*, de la jurisprudencia y los autores allí citados (como Schiavo, Schwarzberg, Traverso) me permito recordar la siguiente doctrina: a) Bulló, Emilio, "El derecho de seguros y de otros negocios vinculados", ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1999, Tomo 1, página 163; b) Burgos Osvaldo, "El proyecto de reforma a la ley de defensa del consumidor y sus probables incidencias sobre el mercado de seguros. Propuesta fáctica: la sustitución de las pólizas por instrumentos acordes a las nuevas pautas de contratación y control", eDial - DCAF2; c) López Saavedra, Domingo, "El seguro frente a la reforma de la Ley de Defensa del Consumidor", sup. LL del 10-06-09; d) López Saavedra, Domingo y Halperin, David Andrés, "El contrato de seguro y la ley de defensa del consumidor 24.240", LL 2003-E-1320, entre otros.

No creo que las específicas leyes 24.240/26.361 autoricen a declarar inoponible –o inconstitucional- una imperativa norma legal vigente (la 25.429/97 de la Superintendencia de Seguros de la Nación), inaplicables –o inconstitucionales- muchas otras (arts. 61, 109, 118 de la ley 17.418, y demás citados), o a modificar o integrar un contrato mercantil, aleatorio, de empresa, como se lo hace.

También la jurisprudencia así se ha pronunciado (v.gr.: CNCom. Sala B, 03-07-2009, *in re* "Petorella Liliana Irene c/ Siembra Seguros de Retiro S.A. s/ ordinario"; Sala D, 26-10-2009, *in re* "Canepa Ana Maria c/ Mapfre Aconcagua Cía. de Seguros S.A. y otro s/ ordinario", entre otros).

II – 3 - 4) Recuerda el doctor Liberman que esta Sala “L”, ha declarado la **inconstitucionalidad de la resolución 25.429**, resolución que es –insiste- inconstitucional, formal y genéticamente, y por sustancia.

Reitero, como dije *supra*, que la **sentencia del Alto Tribunal del 18 de junio de 2008**, en la causa “Cuello, Patricia Dorotea c/ Lucena, Pedro Antonio”, **revocó la sentencia que había declarado la inconstitucionalidad de**

Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario

la **resolución 25.429** (la de la Sala “C” en “Cuello” del 22-11-07).

Pero ya antes, en la reiteradamente citada causa "Villarreal" (parcialmente en "Nieto"), la Procuradora Fiscal de la Corte Suprema de la Nación Subrogante, en dictamen del 15 de abril de 2005, al que remite el Tribunal en su sentencia del 29 de agosto de 2006, dice: “el a quo al decidir incluirla en la condena y consecuentemente desestimar lo acordado entre el tomador y la aseguradora en cuanto a la franquicia, **prescindió de lo dispuesto en la Ley N° 17.418** que específicamente establece que la sentencia de condena contra el responsable civil será ejecutable contra el asegurador “en la medida del seguro” (**art.118, tercer parte**) y de la **normativa dictada por la Superintendencia de Seguros de la Nación** que prevé como cobertura básica del seguro de responsabilidad civil de vehículos destinados al transporte público de pasajeros una franquicia de \$40.000.- (**Res. N° 25.429/97, Anexo II, cláusula 4**) sustentando dicha solución en la mera afirmación dogmática de que ese descubierto viola lo dispuesto en el artículo 68 de la Ley de transporte. Aquí es necesario precisar que el artículo 68 si bien impone la obligación de asegurar todo automotor, acoplado o semi-acoplado, deja a salvo la estipulación de las condiciones del contrato a lo que fije la autoridad en materia aseguradora” (como en otros casos el destacado me pertenece).

Tengamos ahora bien presente que en las decenas de sentencias individualizadas el Alto Tribunal ha resuelto “que los agravios de las recurrentes remiten al examen de cuestiones sustancialmente análogas a las examinadas por el Tribunal en los precedentes "Nieto", "Villarreal" y "Cuello" (Fallos: 329:3054 y 3488; 331:379 y 330:3483) y en las causas O.166.XLIII. "Obarrio, María Pía c/ Microómnibus Norte S.A. y otros" y G.327.XLIII. "Gauna, Agustín y su acumulado c/ La Economía Comercial S.A. de Seguros Generales y otro", sentencias del 4 de marzo de 2008, cuyas consideraciones se dan por reproducidas” para concluir que ya se han decidido, y revocado, las cuestiones aquí planteadas.

Claramente se lee en el voto del doctor Lorenzetti en “Cuello”: “Dentro de este régimen, y atento a la delegación efectuada por la referida ley, la **Superintendencia de Seguros de la Nación** dictó el reglamento mediante la **resolución 25.429/97**, estableciendo que todo contrato de seguro que cubra la responsabilidad civil de vehículos destinados a transporte público de pasajeros, debe ser realizado de acuerdo a lo dispuesto en la misma, que impone que el asegurado participará en cada acontecimiento cubierto que se tramite por la vía administrativa o judicial con un importe obligatorio a su cargo de \$ 40.000" (art. 4, anexo II de la citada resolución).

“En consecuencia, la franquicia está legalmente prevista y opera como un límite consistente en una fracción del riesgo no cubierta por la cual el asegurado debe participar en cada acontecimiento dañoso cubierto por la póliza con un importe obligatorio de \$ 40.000.

“De acuerdo con lo establecido por el **art. 109 de la ley 17.418**, el asegurador se obliga a mantener indemne el patrimonio del asegurado o del conductor por él autorizado, por cuanto deban a un tercero como consecuencia de daños causados por el vehículo objeto del seguro, por cada acontecimiento ocurrido durante la vigencia del contrato”.

II – 3 – 4 - 1) Se sostiene en el primer voto que **el artículo 118**, en tanto limitaría la ejecutabilidad de la

Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario

sentencia “en la medida del seguro” no obstante la infracción de normas de orden público, **es inaplicable al caso por inconstitucional**. Agrega el doctor Liberman que sus colegas de Sala, doctores Pérez Pardo y Rebaudi Basavilbaso, han explicado que el artículo 118 de la ley de seguro ha quedado implícitamente derogado para estos casos de aseguramiento obligatorio por la posterior ley 24.449. Sea por una u otra vía –concluye- no es aplicable al caso el artículo 118.

Que lo último no es así resulta del propio voto del doctor Liberman: “Las provincias delegaron en el gobierno federal la sanción del Código de Comercio y, por ende, de un régimen de seguros. Pero no delegaron en la S.S.N. la facultad de enervar y derogar en la práctica la obligatoriedad de circular con seguro de responsabilidad civil. La ley 24.449 en modo alguno pudo delegar en la Superintendencia la regulación de un régimen de seguro obligatorio con alcance nacional o local”.

No coincido, y no puede válidamente sostenerse, la supuesta *modificación* del Código de Comercio (art. 163 de la ley 17.418) para provincias –por ejemplo- como la de Buenos Aires, en las que ni siquiera rige la ley 24.449. Y aún cuando coincidiera, que no lo hago, como no se dice si debemos considerar *modificadas o inconstitucionales* otras disposiciones de la ley 17.418, como sus artículos 61 o 109, hay que admitir que se encuentran vigentes y que, entonces, el asegurador está obligado a resarcir solo conforme la responsabilidad prevista en el contrato.

Es que el artículo 118 no es norma aislada, sino que resulta armónico con todo el sistema, con todos los principios, con toda la ley de seguros –cuya interpretación así es pregonada en el primer voto-; en el capítulo anterior vimos la cita por el doctor Lorenzetti del artículo 109; además resultan también concordantes con los artículos 1, 5, 7, 15, 111 y 116.

Se agrega en el primer voto: “Se ha dicho 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 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”.

El 2 de agosto de 2000 el Alto Tribunal dictó sentencia en “Risolia de Ocampo, María José c/ Rojas, Julio César y otros s/ ejecución de sentencia” (ED 189-13). La mayoría de la Corte Suprema (con la opinión contraria del procurador y el voto disidente del vicepresidente) lo declaró inconstitucional en mérito a lo establecido en el artículo 90, inciso 3º, de la Constitución Nacional, por incumplimiento de los requisitos que justifican el dictado de un decreto de necesidad y urgencia (recuerdo que el decreto 260/97 tuvo prórroga por el decreto 255/2000).

Resulta paradójal que, desde entonces, esta sola sentencia haya sido suficiente para entender inconstitucional la norma; hoy decenas de sentencias de la misma Corte Suprema (algunas revocando declaraciones de inconstitucionalidad) que han aplicado la resolución 25.429/97 y el artículo 118 de la ley 17.418, parecen

Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario

insuficientes y siguen los tribunales inferiores decidiendo lo contrario.

Finalmente tengamos presente que aseguradora y transportadora no hicieron otra cosa que cumplir la resolución 25.429/97 a la que estaban obligadas –su texto y arts. 58, 67 y concs. ley 20.091-.

II – 3 - 5) Sostiene el doctor Liberman: “Aun más, cuando en países europeos se instrumentó un **seguro obligatorio**, se atribuyó al tercero damnificado un derecho autónomo, declarando que el seguro se ha estipulado a su favor (...) Es evidente que, con el seguro obligatorio, ‘en realidad fue el derecho de la víctima el que pasó a la primera línea, alejando a este tipo de seguro del esquema clásico del seguro de responsabilidad civil’.

Por cierto que el **seguro obligatorio** al que se refiere no es el del artículo 68 de la ley 24.449 que se aplica en algunas jurisdicciones argentinas.

En el citado precedente “Núñez c/ Rossi” he insistido recientemente (09-06-10): “vengo sosteniendo desde que asumí esta Vocalía (v.gr. 30-11-05, *in re* “Franco Agustín y otros c/ Robles María Cristina”, JA 2006-II-25) que es deseable la reforma del artículo 68 de la ley 24.449, y consecuentemente sus normas reglamentarias, que **necesitamos una ley de seguro automotor obligatorio** (conf. además Aguirre, Felipe F., “La necesidad de adoptar un régimen de seguro obligatorio para la responsabilidad civil emergente del uso de vehículos automotores”, en JA, 2008-II, anotando las sentencias de la CSJN del 04-03-08; Barbato, Nicolás Héctor “El Seguro obligatorio de automotores establecido por el art. 68 de la ley de tránsito 24449”, LL 1995-C-1016; Soto, Héctor M, “El seguro implementado por la Ley de Tránsito. El transporte automotor, los terceros damnificados y las limitaciones cuantitativas de cobertura”, JA 2005-II-1230, entre otros).

“Lo he reiterado en cuantas ocasiones he podido hacerlo (por ej. en “El juez y la aplicación del contrato de seguro. En la República Argentina, en 2006”, Rev. Jurisprudencia Argentina, Ed. LexisNexis, 2006-IV, número especial “Seguros”, citado en los agravios a fs. 593v.); aquí dije que el Poder Legislativo puede, ahora mismo, resolver algunos de los problemas que mencionamos sancionando, por ejemplo, el proyecto de ley de seguro automotor obligatorio presentado por el Diputado Nacional Vanossi (01-04-04, expte. 1491-D-04, reproducido por el 1070-D-06), u otro (que los hay, como el del Diputado Nacional Atanasof, expte. 2756-D-06, Seguro obligatorio automotor y creación del fondo de reserva), o cualquier sistema que resuelva los problemas planteados.

“Hay estudios que han establecido su necesidad, causales, condiciones (v.gr. Morandi, Juan Carlos Félix y Piaggi, Ana Isabel, “La limitación del resarcimiento en la responsabilidad civil objetiva. Los seguros obligatorios. El cúmulo”, en Derecho Empresario Actual, homenaje al Dr. Raymundo L. Fernández, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1996, p. 727).

“La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial (Sala “D”, 30-09-04, *in re* “Cots Libia Elda c/ Estado Nacional Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos”, LL 2005-A-756) ha condenado al Estado Nacional por incumplimiento del deber de policía, teniendo en cuenta la trascendencia del servicio prestado.

“Afirma Julio César Rivera (h.) (“Ideas directrices del sistema de responsabilidad civil en el Proyecto de Código de 1998”; publicado en Academia Nacional de Derecho 2000, 44; La Ley 2005) que “El sistema

Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario

neocelandés prevé una indemnización de los daños corporales a cargo del Estado comprendiendo los accidentes de circulación, los accidentes y enfermedades de trabajo” y que “se financia con aportes de las empresas, los trabajadores y los automovilistas”.

“Entre los fundamentos del citado proyecto Vanossi puede leerse: “El proyecto de ley que someto a la consideración de esta Honorable Cámara establece un sistema de seguro obligatorio de responsabilidad civil por el uso de automotores, con el objeto de que los terceros damnificados obtengan en todos los casos un resarcimiento por daños corporales por un monto mínimo que represente una compensación rápida. La alta accidentología vial de nuestro país y el hecho que muchos automotores circulan sin estar provistos de un seguro hacia terceros, hace aconsejable la implantación de un sistema obligatorio como el que propicio, sobre lo cual hay muchos antecedentes internacionales e iniciativas en el mismo sentido en nuestro país...”).”

“Por el clamor subrayado por la actora en “Arrua” (textualmente transcrito *supra*), compartido como se ha expuesto, dispuse (art. 2, ley 340) en el caso “Gómez”, librar oficios a los señores Ministro de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación Argentina y presidentes de las H. Cámaras de Senadores y de Diputados de la Nación Argentina (lo que se cumplió el 17-09-08), requiriéndoles la adopción, en el tiempo más breve posible, de las medidas necesarias para la sanción de una ley de seguro obligatorio de automotores (o el sistema que mejor se considere, agregó) que otorgue adecuada solución a los problemas enunciados en la sentencia (v.gr. sistema de responsabilidad, su aseguramiento, cuantificación del daño corporal), y en los proyectos, la doctrina y jurisprudencia citados.

“Por cierto que otros colegas integrantes de esta Cámara coinciden en que la solución al problema que tratamos debe ser la legislativa (por ej. comenzamos el voto de la minoría en “Obarrio y Gauna” sosteniendo la aspiración que tenemos los jueces de una futura modificación legislativa que contemple con más amplitud la posibilidad que el tercero, víctima de un siniestro, pueda acceder al resarcimiento pleno, sin temor a que la eventual insolvencia del autor del daño pueda llevar a que se frustre, en mayor o menor medida, su legítimo derecho a él; uno de los jueces que suscribió dicho voto, el doctor Galmarini, lo ha reiterado en sentencias de la Sala “F”, v.gr.: 22-07-08, *in re* “Buñes Olga Beatriz c/ Empresa Monte Grande S.A.””).”

Así lo reiteraré al votar en “Samudio”: “Por mis fundamentos en recientes votos (11-09-08, “Gómez Carmen Clementina c/ Monzón Diego y otros s/ daños y perjuicios”, LL 2008-E-682 y *eldial.com*, sup. Derecho Procesal del 22-09-08 y el citado “Schiavo c/ Cohen”), porque considero que las víctimas tienen derecho a una rápida y equitativa compensación, aunque no comparta la forma de lograrlo con mis colegas, porque creo que el sistema todo debiera ser óptimo, he librado oficios requiriendo la adopción, en el tiempo más breve posible, de las medidas necesarias para la sanción de una ley de seguro obligatorio de automotores (cf. Soto, Héctor M., “El seguro implementado por la Ley de Tránsito. El transporte automotor, los terceros damnificados y las limitaciones cuantitativas de cobertura”, JA 2005-II-1230) -o el sistema que se decida para mejor resolver el problema- que otorgue adecuada solución al sistema de responsabilidad, su aseguramiento y la cuantificación del daño corporal; también de otra ley que pudiere ampliar la legitimación otorgada por el artículo 1078 del Código Civil para el

Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario

reclamo del daño moral”.

II – 3 - 6) Con ello anticipo respuesta contraria a otra apreciación del doctor Liberman: “Están a la vista las **consecuencias desastrosas para las víctimas** de decisiones alternativas”; insisto pues que no coincido que él y estimo, concordando con muchos reclamantes a los que tan mal se intenta proteger, que la mejor solución, con la legislación vigente de deseable reforma, es la que estoy votando.

El Alto Tribunal, con fecha 12 de agosto de 2008, al dictar sentencia en “Alzogaray, Raúl Alberto c/ Transportes Automotores Chevallier S.A.” decidió “Que en razón de **haberse allanado la actora a la oponibilidad de la franquicia a su parte** en los términos de la jurisprudencia de esta Corte, **allanamiento que importa reconocer la procedencia del recurso intentado**”.

No es un caso aislado pues en “Arrua Oscar c/ Díaz Roberto” (28-04-09), revocó la sentencia dictada por la mayoría de la Sala “D”, **coincidiendo entonces la propia actora víctima con la minoría** –el suscrito-. Por cierto que se ha repetido luego, como en la sentencia de la Corte Suprema del 1º de diciembre de 2009, *in re* “Bonzi, Lucía Elena c/ Almada, Oscar Raúl”; ante ella la actora pidió aclaratoria que fue desestimada por improcedente (30-10-10).

Las propias víctimas son así quienes prefieren seguir la jurisprudencia de la Corte Suprema (con el consiguiente favor a **la seguridad jurídica y a la economía y celeridad procesales**) pues saben que sentencias como la que en este Acuerdo y en estos expedientes se dictará, por mayoría, será casi seguramente revocada, lo que implica mayor tiempo y asumir las costas de la tercera instancia, que son impuestas por la Corte Suprema a las actoras.

II – 3 - 7) La franquicia de \$ 40.000, dice el doctor Liberman, **constituye un descubierto elevadísimo e inusual en seguros de responsabilidad civil automotor**, y aun más adicionándole intereses y costas proporcionales.

Agrega que a muchos años de **la resolución 25.429 sólo ha beneficiado con menores primas a los dañadores**.

Celebro este reconocimiento de la diferencia de primas -con una cobertura total de **\$ 10.000.000**, el premio es de **\$ 7.900** anuales, que se reduce a **\$ 3.950** si se pacta una franquicia de **\$ 40.000**, como dijimos en el voto de la minoría en “Obarrio”, oportunidad en que agregamos: “En esta convocatoria la mayoría destaca lo abusivo que importa aceptar “la franquicia por una cantidad tan elevada”. Empero, no se aclara, en criterio semejante que pareciera sustituir al legislador y al técnico, la cantidad que no lo sea. De este modo, no queda en claro el límite entre lo que se interpreta como franquicia razonable e irrazonable (...)

De admitirse otra solución se provocaría un grave desequilibrio en el conjunto de operaciones de las empresas (Castro, Jorge Mario, La responsabilidad civil del transporte público de pasajeros. La resolución n° 25.429 S.S.N., Revista Jurídica Argentina del Seguro, la Empresa y la Responsabilidad, Edit. Mundo del Seguro, Buenos Aires 1998, n° 29, págs. 25/144, trabajo en el que hay detenido estudio de la resolución cuestionada y sus antecedentes; además de plantearse algunos interrogantes –ya en 1998- que seguimos planteándonos hoy, también

Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario

incluye compartidas expresiones como: Vale entonces insistir en la necesidad de suficiencia de las primas, aspecto vital para afrontar las indemnizaciones (...) Las consideraciones técnicas que hemos mencionado, nos permiten apreciar los esfuerzos del Organismo de control, por afianzar la situación de la rama "Automotores" –Pág. 31- Merecen saludarse con aprobación, también, las medidas de prevención y seguridad vial, binomio inseparable del seguro y que, en el mediano plazo, pueden aportar soluciones definitivas al problema de la excesiva siniestralidad - pág. 47). Cuando se trata de un supuesto de limitación del riesgo o no seguro, no se debe omitir la aplicación de una cláusula de exclusión de la cobertura y resultan extrañas las consideraciones relativas a la función social del seguro y a la protección de la víctima (ver también SC Mendoza, "Martínez, Víctor y otro c/ Carrasco Salinas, Jorge y otro", del 14/5/03, en Jurisprudencia Argentina tomo 2003-IV, pág. 880)".

Respecto del tema y de uno de los autores que fundan el primer voto –Dr. Stiglitz- he dicho: “los *otros perfiles* del Dr. Stiglitz, no han coincidido con su constante prédica - ver además del trabajo citado -JA 2006-III-1028- los publicados en LL 2006-F-973; JA 2007-I-1047, SJA 7/3/2007, entre otros- en los que se califica de **desmesurada, exorbitante o irrazonable a una franquicia** del 0,4% de la cobertura, mientras que aquí se requiere la aplicación de una del 15% (con más los honorarios de la parte actora!) (...) tendríamos que concluir que el Dr. Stiglitz: a) ha calificado de **desmesurada, exorbitante o irrazonable** una franquicia de \$ 40.000, que representa el 0,4% de la suma asegurada; b) que **pide en el sub lite la aplicación** de una franquicia de más de \$ 50.000 (u\$s 15.000 x \$ 3,33, más los honorarios), que representa el 15% de la suma asegurada y c) que **ha aplaudido una sentencia** (LL 2006-E-141) que, modificando el contrato mercantil aleatorio y alterando la ecuación prima-riesgo, ha establecido una franquicia mínima de más de \$ 60.000 (u\$s 20.000 x \$ 3,33), que representa el 1% de la suma asegurada (mi voto en la sentencia de la Sala “D” del 04-12-08, *in re* "Schiavo, Alejandro y otros c/ Cohen, Liliana Laura Marcela y otros" -ED 232-39, con nota de Carlos Schwarzberg, "La reparación en la mala praxis médica. Legitimación para reclamo de daño moral; eldial.com sup. derecho procesal del 23-02-09).

II – 3 - 8) Se expresa en el primer voto: “**El sistema perverso de fragmentada responsabilidad de daños causados por el autotransporte público de pasajeros es producto del concierto de varias partes, entre las que claramente se cuentan las empresas porteadoras y las aseguradoras** (...) Se ha dicho 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 irrazonables condiciones de la resolución 25.429”.

No existe tal “concierto perverso”, habiendo contratado las partes aseguradoras (algunas son sociedades anónimas, no todas mutuales; no son titulares de los rodados, ni los explotan, ni los conducen, sino que solo asumieron contractualmente parte de un riesgo) y transportadoras en la forma impuesta en el caso por la Superintendencia de Seguros de la Nación.

Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario

Reitero una vez más el voto minoritario en “Obarrio y Gauna”, especialmente: “estamos convencidos de que lo que en abstracto pueda considerarse justo para la víctima (el resarcimiento integral), no lo es, en cambio, para quien no fue el responsable del daño y que sólo se obligó a cubrirlo en la medida en que lo hizo (art. 118, ley de Seguros). La justicia de este último señala "que pague", pero únicamente lo que debe y no más. Obligar a la aseguradora a pagar más de lo que realmente debe es cometer una injusticia para con ella, que tampoco los jueces podemos avalar. Es cierto que el derecho actual de daños se inclina hacia la víctima, pero ello nunca puede ser a costa de otra injusticia. Pero además de injusta la solución, a nuestro juicio, resulta ilegal. Por ello en este caso no se configura esa tirantez entre valores, que en definitiva deben conciliarse en aras a la credibilidad del sistema y a la prosperidad del país, que todos anhelamos. **El respeto a la ley, es la garantía absoluta del progreso y de la prosperidad**” (el destacado me pertenece para recordar la coincidencia destacada *supra* **II – 3** con el primer voto).

II – 3 - 9) Agrega el doctor Liberman: “A mayor abundamiento, si bien transito un camino diferente para sostener la obligación concurrente del asegurador por el total, **entiendo plenamente aplicables las consideraciones de la Cámara en lo Comercial, Sala A, 'in re' "Barreiro", y los comentarios de Morello y Stiglitz**”.

Discrepo una vez más, **no los estimo aplicables y menos aún el autocontradictorio comentario de Stiglitz** al que me he referido (**II – 3 - 7**).

Al votar en precedentes de la Sala “D” (30-11-09, *in re* “Ralde, Rubén Fernando c/ Transportes Metropolitanos Belgrano Sur S.A.”; 01-03-10 *in re* “Lescano, Rubén Darío c/ Trenes de Buenos Aires”) he sostenido que las recientes decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación al no abrir la instancia extraordinaria, sin pronunciarse sobre el fondo del asunto (20-10-09, *in re* “Ortega, Diego Nicolás c/Transporte Metropolitano General Roca S.A.”, y otros - **como el mencionado Barreiro, agrego hoy-**), remitiendo a los fundamentos del dictamen de la señora Procuradora Fiscal y añadiendo: “Aun cuando la ley considera que la oponibilidad de la franquicia es la regla (art. 109 de la ley 17.418), dicha solución no impide discriminar entre la diversidad de situaciones que pudieran plantearse y reconocer, como lo hizo la cámara, que cuando se ha estipulado una franquicia como la de autos se afecta el acceso a la reparación de los daños sufridos por la víctima del accidente, principio de raíz constitucional por cuya tutela corresponde velar a los magistrados (conf. Fallos: 320:1999; 327:857; entre otros).

“Que, por otra parte, como bien señala la señora Procuradora Fiscal en su dictamen, no obsta a lo expuesto la solución adoptada en Fallos: 329:3054 (“Nieto”) (La Ley Online); 330:3483 (“Cuello”) (LA LEY, 2007-E, 402) y 331:379 (“Villarreal”) pues en materia de servicio público ferroviario no existe una expresa obligación legal que imponga a los concesionarios y a las aseguradoras establecer una franquicia en los contratos de seguro de responsabilidad civil que celebren. Por lo demás, las franquicias que fueron examinadas en los precedentes señalados - relacionados con el transporte público automotor- no eran susceptibles de los juicios de reproche formulados aquí por la alzada, no aparejaban la desnaturalización del seguro contratado, además de que no contrariaban disposiciones relativas al orden público que pudiesen privarlas de validez a la luz de las reglas

Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario

jurídicas aplicables”.

Es decir que la Corte Suprema reitera su jurisprudencia respecto de la “oponibilidad” (de la aplicación de las normas vigentes) de las franquicias en el transporte público automotor, pero se las diferencia –en el caso- con las del transporte ferroviario.

No coincido en que haya razón para realizar tal diferencia y discrepo, fundada y respetuosamente, con el Tribunal Címero, con las sentencias de la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones en lo Comercial (v.gr.: 20-07-06, *in re* "Barreiro Jorge Andrés c/ Transportes Metropolitanos Belgrano Sur SA" -LL 2006-E-141- ; 17-04-07, *in re* "Navais, María Adelita c/ Calveira, Norberto"; Sala “C”, 29-08-08, *in re* "Acevedo, Juan de Dios c/Empresa Almafuerte de Transportes S.A.” –ED 230-648-, entre otros) y con el voto del doctor Liberman.

Al contrato de seguros, que es de empresa, mercantil y aleatorio, le resultan aplicables todas las normas legales, jurisprudenciales y doctrinarias, todos los conceptos expresados por la minoría en “Obarrio y Gauna” (omito, por inaplicable, la resolución 25.429 de la SSN, pero no altera - en mi opinión- tales conceptos, como tampoco lo hacen las normas que se refieren a la concesión).

Es que - reitero- la aseguradora no produjo el daño y su única relación con lo debatido es el contrato de seguro; no hay causa entonces (no hay obligación civil sin causa, arts. 499 y concs. del Cód. Civil), ni razón, para condenarla al pago de un riesgo que no cubrió (es decir que seguía siendo del asegurado), ni cobró prima por él, ni reservó, ni reaseguró.

Así resulta de los estudios de Daniel A. Sabsay (“Franquicia. Comentario al fallo de la CS "Ortega, Diego Nicolás c. Transportes Metropolitanos S.A. -recurso de hecho deducido por Boston Cía. Argentina de Seguros S.A.-”, ED suplemento Derecho de Seguros, 22-02-10, N° 12.448) y de Daniel A. Russo (“Desnaturalización del contrato de seguro de responsabilidad civil”, ED suplemento Derecho de Seguros, 27-11-09, N° 12.390), entre otros.

En el trabajo de Russo se concluye: “la actividad de la aseguradora sólo resulta posible si existe una correcta relación entre los elementos fundamentales del seguro: el riesgo, la prima que abona la mutualidad de asegurados y la prestación a cargo del asegurador. Violentar dichos elementos provoca un grave desequilibrio en la estructura de la actividad aseguradora (...) la función del seguro no es extender la responsabilidad del asegurador frente a la insolvencia, como en este caso, del asegurado. Si así fuera se impone a la aseguradora el “riesgo del asegurado” agravando el “riesgo asegurado”.

II – 4) Finalmente se sostiene en el primer voto: “Respecto a la franquicia invocada por La Meridional Compañía Argentina de Seguros S.A., adelanto que el planteo de inoponibilidad también merece acogida favorable. No es de aplicación la doctrina plenaria sentada en "Obarrio" y "Gauna" porque el presupuesto fáctico es otro. Sin embargo, muchas de las consideraciones vertidas en relación al fundamento de la concurrente obligación resarcitoria de las aseguradoras del autotransporte por el todo, descartando el descubierto obligatorio o "franquicia", son plenamente aplicables”.

He aquí la otra coincidencia que mencioné *supra* (II – 3) porque, en efecto, **muchas de las consideraciones**

Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario

vertidas en relación al fundamento de la condena a las aseguradoras del autotransporte en la medida del seguro, son plenamente aplicables (a ellas me remito).

Nuestra colega de la Sala "I", la doctora Patricia Estela Castro, ha sintetizado con acierto la posición de la Corte Suprema al respecto (29-04-08, *in re* "Manzi, Héctor Oscar c/ Transportes San Cayetano SAC (Línea 1 Int. 10) s/ daños y perjuicios"): "La doctrina de la C.S.J.N. relativa a los alcances de las obligaciones asumidas por el asegurador en el caso de seguros de responsabilidad de la que hace aplicación en esta materia es coherente con una postura general del Tribunal, que a la hora de juzgar las responsabilidades del asegurador frente a cualquier tercero beneficiario entiende que el respeto a la ley de seguros exige atenerse a los términos del contrato.

"Así sostuvo en Fallos 319: 3489 que la referencia del tribunal a la inoponibilidad de las condiciones estipuladas frente al tercero resulta insuficiente para prescindir de los términos del contrato de seguro, al que la propia ley reconoce como fuente de la obligación del asegurador y al que se halla circunscripto el alcance de su responsabilidad. De lo contrario se incurriría en un injustificado apartamiento del régimen específico vigente y la creación de una restricción al ejercicio de los derechos, que privan de validez al pronunciamiento por lesionar las garantías constitucionales de defensa en juicio y propiedad. Con ese argumento descalificó una decisión que había sostenido que, si bien se había probado la forma de producción del accidente y la existencia de la cláusula de exoneración de responsabilidad en supuestos tales como el del caso - actor menor de edad, al que le estaban prohibidas tareas de engrasado y limpieza de máquinas en movimiento y en el manejo de correas (art. 11, incs. e y f de la ley 11.357 y 195 L.C.T.), circunstancias en las que se produjo el accidente-, no correspondía admitir que la aseguradora se amparara en dicha cláusula, pues se trataba de "un pacto entre emisor y tomador de una póliza de seguros que si bien resulta hábil para reglar las relaciones negociales entre ambos, de ningún modo puede liberarla del daño frente a los reclamos de la víctima para quien la concertación concluida entre ellos constituye *res inter alios acta*". Agregó "que el contrato de seguros de responsabilidad civil tiene por objeto la obligación del asegurador de relevar al asegurado dentro de los límites de la póliza suscripta, a fin de proteger no ya al asegurado sino el eventual damnificado, pero las defensas y excepciones previstas sólo son oponibles entre las partes del contrato de seguro pero no frente al tercero quien no puede verse perjudicado, aunque entre aquellos quede luego pendiente el derecho de repetición que le pudiese corresponder según el caso".

"Por su parte, dijo en Fallos 322:653 y frente a un caso laboral en el que estaba en juego la suspensión de la cobertura por falta de pago de la prima, que conforme con la ley 17.418, el asegurador se obliga a mantener indemne al asegurado por cuanto deba a un tercero en razón de la responsabilidad prevista en el contrato. En virtud de ello, las obligaciones que se atribuyan al asegurador no deben serle impuestas más allá de los términos pactados en la póliza, pues la misma ley establece que el contrato es la fuente de sus obligaciones, y en dicho instrumento se determinan los alcances y límites de la garantía debida. Citó el precedente de Fallos: 319:3489. Cuadra señalar que en ese caso la decisión recurrida había entendido que existía responsabilidad del asegurador con sustento en la inoponibilidad de las condiciones estipuladas frente al tercero beneficiario, extremo que entendió que no constituía

Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario

fundamento válido para excluir la aplicación de las cláusulas pactadas en el contrato de seguro.

“Y en lo que al tema concreto se refiere, ya en octubre de 1990 el Tribunal había descalificado una decisión de la Sala D de esta Cámara que había considerado inoponible al damnificado la franquicia pactada (ver sumario publicado en Fallos 312:988).

“Entonces, puede decirse que los precedentes de nuestra Corte en la materia relevan que en las más diversas situaciones ha seguido una línea que hace prevalecer frente al tercero damnificado las limitaciones pactadas contractualmente entre el tomador del seguro y su asegurador. En esta línea se inscriben los pronunciamientos anteriores al fallo plenario “Obarrio” y también los posteriores, en los que la Corte siempre descalificó decisiones que entendió que se apartaban de la solución legal prevista para el caso, esto es, la norma del art. 118 de la ley de la materia.

“En este sentido debe tenerse especialmente en cuenta que la posición sostenida por la C.S.J.N. tanto en esta materia específica como en todas las antes referidas vinculadas a decisiones en las que estaba en juego el alcance de la cobertura del seguro, se basa en que los jueces se han apartado de la solución legal aplicable. Así resulta claramente del dictamen de la Procuradora sustituta al que el Tribunal remitió en la causa “Nieto”, donde afirmó que la cámara al entender inoponible la franquicia “prescindió de lo dispuesto en la Ley N° 17.418 que específicamente establece que la sentencia de condena contra el responsable civil será ejecutable contra el asegurador "en la medida del seguro" (art. 118, tercer parte) y de la normativa dictada por la Superintendencia de Seguros de la Nación que prevé como cobertura básica del seguro de responsabilidad civil de vehículos destinados al transporte público de pasajeros una franquicia de \$40.000.- (Res. N° 25.429/97, Anexo II, cláusula 4), sustentando dicha solución en la mera afirmación dogmática de que ése descubierto viola lo dispuesto en el artículo 68 de la Ley de Transporte. Aquí es necesario precisar que el artículo 68 si bien impone la obligación de asegurar todo automotor deja a salvo las estipulación de las condiciones del contrato a lo que fije la autoridad en materia aseguradora”.

“Entonces, no se trata meramente de la interpretación de una cuestión de derecho común, en la que la admisión y seguimiento de la jurisprudencia de la Corte le asignaría una suerte de función de tribunal de casación del derecho común de la que carece. Lo que realmente está en juego y es ello lo que legitima –si se me permite el término- su intervención es determinar la posibilidad de los jueces de apartarse de la solución legal sin declarar la inconstitucionalidad de la disposición pertinente, cuestión típicamente constitucional si se tiene en cuenta que se refiere directamente a la determinación de las atribuciones del Poder Judicial frente al Poder Legislativo y su delegación en un órgano administrativo. Y obvio es decirlo, éste es un problema –el del gobierno de los jueces- que preocupa al derecho constitucional desde antes de la consagración por cierto jurisprudencial del control de constitucionalidad”.

Por todo lo expuesto reitero que voto adhiriendo al del doctor Liberman en materia de tasas de interés y disintiendo en materias de responsabilidad, daños y oponibilidad de las franquicias, incluidas las declaraciones de

Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario

inconstitucionalidad propuestas, con costas a la actora que ha sostenido la pretensión en sus agravios (fs. 584/5 de “Aguirre”) requiriendo - incluso- la imposición de costas a su contraria.

Con lo que termino el acto firmando los Señores Jueces de la Sala “L” por ante mí que doy fe. E s copia fiel del original que obra en el Libro de Acuerdos de la Sala.

Julio Speroni

Secretario de Cámara

Buenos Aires, 30 de junio de 2010.

Y VISTOS: lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo precedentemente transcrito el tribunal decide: Modificar en los tres expedientes acumulados el porcentaje de distribución de responsabilidad de los demandados, correspondiendo: el 60% a Empresa de Transportes General Roca S.A. y Ramón Francisco Argañaraz; el 15% a Autopistas del Sol S.A. y confirmando el 25% restante a cargo de Diego Omar Campusano. II.- Modificar lo decidido respecto a las franquicias invocadas por Argos y La Meridional, declarándolas inoponibles a los actores en razón de los fundamentos expuestos. III.- En el expte. n° 65.241/05 “Aguirre c/ Argañaraz”: modificar la sentencia, 1) elevando a \$120.000 el rubro incapacidad física; a \$25.000 la incapacidad psíquica y a \$80.000 el importe otorgado en concepto de daño moral; 2) modificando la tasa de interés, ordenando se calculen del modo establecido en el punto V del voto del Dr. Liberman; y confirmarla en todo lo demás que fuera materia de agravios. IV.- En el expediente n° 71.941/05 “Campusano c/ Argañaraz” modificar la sentencia: 1) elevando a \$18.000 el rubro incapacidad psíquica y a \$60.000 el importe otorgado para daño moral. 2) disminuyendo a \$5.800 la partida para cubrir el tratamiento psicológico; 3) modificar la sentencia en cuanto a la tasa de interés aplicable, la que será calculada en la forma establecida en el punto V del voto del Dr. Liberman de este acuerdo y confirmarla en todo lo demás que fuera materia de agravios. V.- En el expediente n° 77.886/05 “Quiñones c/ Argañaraz” modificar la sentencia 1) disminuyendo a \$ 4.400 el monto otorgado a Gabriela Quiñones en concepto de tratamiento psicológico y elevando a \$15.000 el rubro de daño moral. 2) disminuyendo a \$ 12.000 el importe otorgado a Carolina Méndez en concepto de incapacidad sobreviniente a y \$4.400 la partida otorgada para tratamiento psicológico. 3) elevando a \$12.000 el importe otorgado para el rubro daño moral. Las costas de alzada serán soportadas por las demandadas y citadas en garantía sustancialmente vencidas.

El juzgado actuante deberá arbitrar los medios necesarios a fin de que los condenados en costas en los tres expedientes integren la tasa de justicia pertinente de conformidad con los arts. 10, 11, 12 y 14 de la ley 23.898.

Regístrese, notifíquese a las partes y al Fiscal de Cámara con remisión del expediente a su despacho; oportunamente, devuélvase.

Julio Speroni - Secretario de Cámara