

Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los 9 días del mes de Septiembre de dos mil quince, reunidos en Acuerdo los Señores Jueces de la Excm. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala "B", para conocer en los recursos interpuestos en los autos caratulados: "Bautista, Mamani Sabina c/ Rey, Maximiliano y otros s/ daños y perjuicios" respecto de la sentencia de fs. 257/265, el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver:

¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada?

Practicado el sorteo resultó que la votación debía efectuarse en el siguiente orden Señores Jueces Doctores: CLAUDIO RAMOS FEIJOO - MAURICIO LUIS MIZRAHI - ROBERTO PARRILLI A la cuestión planteada el Dr. Claudio Ramos Feijóo, dijo:

I.- La sentencia de fs. 257/265, por un lado, declaró parcialmente nula la cláusula A 1) de la póliza de seguros, en cuanto limita a \$100.000 la cobertura de daños corporales causados a personas no transportadas por el asegurado. Por el otro, hizo lugar a la demanda impetrada por Sabina Bautista Mamani contra Maximiliano Rey y Aseguradora Total Motovehicular S.A. condenándolos a pagar a la primera la suma de \$153.000, con más los intereses y costas (ver f. 264vta.). Contra dicho pronunciamiento apelan las partes.

II. A fs. 291/292 funda agravios la parte actora. En primer lugar, se queja en cuanto considera exiguo el monto de \$120.000 otorgado en concepto de incapacidad sobreviniente. Aclara que de esa suma, \$22.000 corresponden a tratamiento psicológico. Por lo que expresa que tan sólo se establecieron \$98.000 en concepto de incapacidad física y psíquica, lo que no es razonable si se analizan los porcentajes de incapacidad consignados en la pericia médica. Recuerda que sufrió lesiones de gravedad, por lo cual padeció un período inicial de incapacidad absoluta y luego una incapacidad parcial y permanente del 42% (ver f.291). En segundo término, se agravia de que se haya mensurado el daño moral en \$30.000 en tanto, de ese modo, se desvalorizan los padecimientos de la actora (ver f. 291vta.).

Por último, critica que se haya establecido la tasa pasiva desde el hecho hasta la sentencia, y recién después la tasa activa cuando el plenario Samudio ya estaba vigente al momento del hecho, que es cuando se produce la mora y la depreciación e inflación operada evidencian la insuficiencia de la tasa pasiva para compensar el dilatado tiempo transcurrido (ver f. 292).

III. A fs. 296/314 expresan agravios la parte demandada y citada en garantía. Centran su queja en cuanto consideran excesivo que se haya declarado nula la cláusula que establece un límite indemnizatorio (\$100.000) para satisfacer el reclamo de un tercero no transportado (ver f. 296vta.). Sostienen que de prosperar tal criterio se desnaturalizaría la función del seguro al romper con toda posibilidad de pronóstico actuarial y equivalencia de su tarifa, alterando totalmente el régimen hasta ahora conocido (ver f. 297vta.). Señalan que la sentencia se apartó de la legislación vigente sin dar fundamentos razonables (ver f. 298). Aclaran que el vencedor percibirá de la aseguradora el monto asegurado y, además podrá cobrar el remanente del contratante de la póliza o del titular del bien involucrado en el siniestro (ver f. 298vta.). Indican que las sumas aseguradas en la póliza adjuntada fueron debidamente autorizadas por la autoridad de contralor, la Superintendencia de Seguros de la Nación (ver f. 299). Destacan lo resuelto por la CSJN frente al plenario "Obarrio", haciendo suyos los fundamentos vertidos en el voto del Dr. Lorenzetti. Asimismo, citan al respecto los arts. 24, 25 y 26 de la ley 17.418 (ver fs. 300/306). Finalmente concluyen que la póliza emitida es legítima porque se asienta en su principio liminar, la libertad de contratar y el límite de una póliza no afecta ninguna de las garantías constitucionales (ver f.308). Por otra parte, se agravian de los diversos rubros indemnizatorios fijados en el fallo recurrido. En primer lugar, en cuanto al daño físico señalan que tal incapacidad del 22% otorgada por el perito es contradictoria con el propio dictamen. Aseguran que de la historia clínica que se cita en la pericia sólo emerge que la actora presentó fractura de muñeca, pero no existieron otras secuelas. Además, informan que el déficit de agudeza visual por trastornos o vicios de refracción no guardan relación con el accidente, por lo que se debe descontar un 5% de la incapacidad otorgada. También sustentan que la pericia médica fue impugnada oportunamente porque de la historia clínica de la actora no se referenciaba el antecedente de traumatismo de cráneo con pérdida de conocimiento, por lo que deberá retraerse el 12% de incapacidad de la suma concedida, provocando ello una disminución de la cantidad fijada (ver fs. 309vta./311vta.). En segundo término, con relación al

daño psicológico también indican que el porcentual asignado por tal incapacidad (20%) es desmesurado y desproporcionado por cuanto no existen evidencias objetivas clínicassemiológicas que lo justifiquen. Basan ello en que el informe pericial omitió toda referencia a la personalidad básica de la actora, no determinando cuanto de la sintomatología que se pretende atribuir al siniestro corresponde a un componente orgánico. En ese mismo sentido, agregan que el tipo de stress que describió la perito no genera incapacidad pues resulta reversible con tratamiento, por lo que solicitan que se disminuya el monto indemnizatorio otorgado (ver fs. 311vta./312vta.). En tercera instancia, rechazan la suma otorgada en concepto de daño moral por su exagerada cuantificación. Ello en razón de que las lesiones físicas y psíquicas que resultan de las probanzas de autos carecen de entidad y sabido es que a la hora de precisar un resarcimiento debe examinarse el resultado de las lesiones (ver f.312 vta.) Por último, se agravan de la suma establecida en concepto de gastos médicos, de farmacia y traslados en tanto de la propia demanda no surge de manera clara y precisa cuales fueron los gastos que realizó la actora, sino que se encuentran descriptos de una manera vaga dentro del rubro daño emergente (Ver f. 313vta./314) IV. A fs. 316/318 contestan agravios el demandado y citada en garantía solicitando se rechacen los vertidos por la demandante y se haga lugar a lo peticionado en su memorial de agravios.

V. A f. 320 la accionante refuta las quejas deducidas por los accionados en tanto las considera pretensiones infundadas.

VI. Debe recordarse que los magistrados, no están obligados a ponderar una por una y exhaustivamente todas las pruebas, ni seguir a las partes en todos y cada uno de los argumentos que esgrimen en resguardo de sus pretensos derechos pues basta que lo hagan respecto de las que estimaren conducentes o decisivas para resolver el caso, pudiendo preferir algunas de las pruebas producidas a otras, u omitir toda referencia a las que estimaren inconducentes o no esenciales (CSJN, Fallos:258:304; 262:222; 265:301 y doctr. de los arts. 364 y 386 del CPCCN). Sentado ello y en razón de encontrarse cuestionada la declaración parcial de nulidad de la cláusula A 1) de la póliza de seguros, en cuanto tiene como fin limitar a \$100.000 la cobertura de daños corporales causados a personas no transportadas por el asegurado corresponde tratar esta cuestión en primer término. De la póliza N° 0071543 acompañada a fs. 31/52 -reconocida por la actora al momento de plantear la nulidad y/o oponibilidad de la limitación de cobertura a f. 68- surge de las condiciones particulares una cláusula que reza lo siguiente:"A) RESPONSABILIDAD CIVIL - 1) Daños corporales a personas no transportadas \$400.000 por acontecimiento, no correspondiendo una indemnización mayor de \$100.000 por persona afectada". La determinación de si la cláusula en cuestión es abusiva, y por ello anulable o nula, impone considerar ciertas circunstancias particulares de la relación asegurativa. Por un lado, que la razón de la existencia de una estipulación de tal índole se relaciona directamente con la relación riesgo-prima que conforma una ecuación económica sustancial en materia de seguros. Por otro, el mayor riesgo que implica, en el seguro de responsabilidad civil, dar cobertura a los daños corporales sufridos por personas que no han sido transportadas. La delimitación del riesgo consiste en excluir o restringir los deberes del asegurador por la no asunción de alguno o algunos riesgos. Implica, entonces, la ausencia de tutela o garantía, la existencia de daños no asumidos (Sup. Corte Just. Mendoza, sala 1ª, 21/12/1995, "Triunfo Coop. de Seguros v. Intraguglielmo, Víctor", LL 1996-D-182; DJ 1996-1-872). No puede soslayarse que el asegurador sólo se halla obligado a resarcir un daño o cumplir la prestación convenida si ocurre el evento previsto (art. 1 LS) en el marco del riesgo debidamente determinado. En consecuencia, como el precio de la prima se ha fijado en relación al riesgo cubierto y éste último se ve acrecentado por los accidentes que pueden suceder con aquellas personas que no son transportadas, apartarse de lo voluntariamente convenido conduciría a la ruptura de aquella ecuación económica que es inherente y de la esencia del régimen del seguro. La doctrina especializada se ha expresado en relación a esta cuestión señalando: es característica definitoria de la cláusula abusiva que importe un desequilibrio significativo entre los derechos y cargas del asegurado/usuario y las obligaciones y cargas del asegurador/profesional, derivadas del contrato y en perjuicio del primero (STIGLITZ, Rubén S., "Derecho de Seguros", La Ley, 4ta edición, Buenos Aires, 2004, T. I., pág.472). También ha expresado el mismo autor que: por "desequilibrio significativo" se entiende "ventaja excesiva" -que debe ser relevante, manifiesta o significativa- o dicho con otras palabras, la inequivalencia presupone ampliación de ventajas o provechos en favor del asegurador o aligeramiento o supresión de sus obligaciones y, consecuentemente, agravamien

to de las cargas y obligaciones del asegurado sin que de la correlación de los polos provecho/sacrificio surja una contrapartida en beneficio del usuario (conf. STIGLITZ, ob. cit., págs. 473 y 475). Y la jurisprudencia de nuestros tribunales se ha pronunciado en sentido similar en autos: C.I c/ C. de G., D. y otro (CNCiv., Sala G, 15/02/1999) y Arnal, Jorge A. c/ Arnal, Julio C.(CNCiv., Sala H, 22/03/2000). En consecuencia, no se aprecia que la delimitación causal objetiva contenida en la cláusula cuestionada resulte abusiva en el sentido que implique un injustificado aprovechamiento de la aseguradora frente al asegurado o una estipulación discriminatoria, lo cual conduce a concluir en su oponibilidad al tercero damnificado pues se trata de una defensa basada en hechos anteriores a la ocurrencia del siniestro. No se pasa por alto que en ciertas particulares circunstancias una estipulación que objetivamente no resulta abusiva pueda devenir tal en el marco de su ejercicio. Sin embargo, ello no sucede en el caso. Con relación a la inoponibilidad de la limitación de cobertura entiendo que al tercero damnificado le son oponibles todas las cláusulas, aun aquellas que restrinjan o eliminen la garantía de indemnidad, sin distinguir la naturaleza que éstas pudieran tener, mientras su ejercicio no sea abusivo. Ello así porque esa prescripción quiere significar que el tercero está subordinado, le son oponibles, lo afectan o se encuentra enmarcado por determinadas estipulaciones contractuales, aun cuando haya sido ajeno a la celebración del pacto. En materia del seguro contra la responsabilidad civil, las exclusiones de cobertura resultan oponibles al tercero en razón de integrar "la medida del seguro", a la que no puede ser condenado el asegurador (art.118, LS), lo que las diferencia de la caducidad de la cobertura por incumplimiento de cargas que sólo será oponible a la víctima en cuanto resulte una defensa nacida antes del siniestro (p. ej., no podrá oponerse a la víctima del daño la caducidad derivada de la falta de denuncia del siniestro (art. 47 LS) (cfm. COMPIANI, María Fabiana, "Las exclusiones de cobertura en el seguro automotor", La Ley, AR/DOC/424/2015) Además, las obligaciones que se atribuyen al asegurador no deben serle impuestas más allá de los términos pactados en la póliza, pues la misma ley 17.148 (el art. 118, párr. 3, señala que la sentencia hará cosa juzgada respecto del asegurador y puede ejecutarse contra él en la medida del seguro) establece que el contrato es la fuente de sus obligaciones y en dicho instrumento se determinan los alcances y límites de la garantía debida (conf. COMPIANI, ob. cit.).

El principio de reparación integral de las víctimas tutelado constitucionalmente no implica que aquéllas accedan a la indemnización en todos los casos, sino que tal derecho debe ajustarse a los términos del contrato de seguro que invoca y que le es oponible en los términos que prescriben el juego armónico de los arts. 1195, 1199 del Código Civil y el art. 118 Ley de Seguros. Los dos primeros, en cuanto establecen el principio de la relatividad de los contratos, por el cual sus efectos sólo comprenden a las partes y sus sucesores y no pueden perjudicar a terceros; el último, en cuanto expresamente sienta la excepción, la oponibilidad por la aseguradora al tercero de las defensas anteriores al siniestro. Tampoco puede pasarse por alto que la cláusula bajo estudio tiene fundamento normativo, primeramente, en el Anexo I de la Resolución 27.033/99 de la Superintendencia de Seguros de la Nación y, luego, en su reforma Resolución 35.401/10 que ha permitido que se establezcan límites económicos tanto por acontecimiento, como por persona muerta o lesionada. Además, la cláusula de limitación de la cobertura contenida en la póliza fija una suma máxima indemnizatoria -\$100.000 por daños corporales a personas afectadas no transportadas- que no es exigua, por lo que no desnaturaliza las obligaciones de la aseguradora. Conforme lo expuesto, considero que la cláusula declarada parcialmente nula en la sentencia apelada no es tal. Sin embargo, la cuestión no termina allí. Creo atinado que la misma deba ser analizada conforme los principios protectorios de los consumidores, de modo que no se vean afectados inequitativamente sus derechos. Sabido es que, de conformidad con lo normado por la ley 24.240 reformada por la ley 26.261, la víctima de un accidente de tránsito es un tercero expuesto a la relación de consumo establecida entre la entidad aseguradora y el asegurado, y por ello se encuentra protegido por los derechos que el estatuto del consumidor le acuerda. En el contrato de seguro existe un desequilibrio entre los contratantes porque el consumidor se adhiere mediante cláusulas predispuestas y no tiene casi posibilidad de discutirlos o renegociar aspectos particulares de la contratación. Constituye un deber y una facultad del juez interpretar los términos del contrato con equidad y prudente arbitrio, para así poder buscar lo que verosíblemente los contratantes entendieron o pudieron entender al celebrarlo, pues la interpretación de un contrato es reconstruir la intención de las partes, siendo necesario colocarse con un punto de vista que esté por encima del interés de cada una sin desnaturalizarlo (cf. CNCiv., Sala H, 3-11-98, DJ 1999-3-764).

Se ha dicho así que en la interpretación de los contratos juegan un papel preponderante las reglas previstas en los arts. 1197 y 1198 del Código Civil, en las que prima ante todo la buena fe y que determinan que debe preferirse el sentido que el uso general da a las palabras. La interpretación debe atender a la intención común de las partes, analizar los hechos subsiguientes al contrato, de un modo acorde con su naturaleza y las reglas de equidad, y teniendo en mira sus verdaderos efectos jurídicos (cfm. CNCiv., Sala L, 29-4-96, "Puyol Jorge c/Sertal Elena", Rev. La Ley del 2-9-97, p. 7). En los casos en que exista una relación de consumo, donde están en juego los derechos de los consumidores, se debe optar por la interpretación más favorable para el consumidor. A la luz de los principios orientadores expuestos corresponde establecer el alcance que tiene la limitación del riesgo prevista en los condiciones particulares de la póliza analizada en autos para los supuestos que existan "daños corporales a personas no transportadas \$400.000 por acontecimiento, no correspondiendo un indemnización mayor de \$100.000 por persona afectada". De la letra de tal cláusula aplicable al presente surge que la limitación se da sólo en casos que exista daño corporal en personas no transportadas, no correspondiendo indemnización mayor a \$100.000 por persona afectada. En efecto, a fin de determinar cual es la medida del seguro en el presente caso cabe determinar el alcance que corresponde otorgarle al término utilizado en el contrato "daño corporal". La RAE define corporal como: "aquello perteneciente o relativo al cuerpo, especialmente al humano". Mientras que por cuerpo entiende, entre otros significados: "aquello que tiene extensión limitada, perceptible por los sentidos al conjunto de los sistemas orgánicos que constituyen un ser vivo". Dado que los daños corporales son aquellos detrimentos, perjuicios, menoscabos, dolores o molestias que padece el cuerpo, es que debe excluirse de la limitación los daños que no afectaron lo corporal, es decir, aquellos que no afectan la integridad física de una persona. Correspondiendo entonces desestimar la limitación de los siguientes rubros indemnizatorios fijados en la sentencia de grado: "daño moral", "gastos por tratamiento psicológico" y "gastos de farmacia, asistencia médica y traslados". En mérito a lo expresado, debe revocarse la declaración parcial de nulidad de la cláusula limitativa de responsabilidad, estableciéndose que la limitación pactada en este caso -la medida del seguro- no comprende las partidas otorgadas por "daño moral", "gastos por tratamiento psicológico" y "gastos de farmacia, asistencia médica y traslados", por los cuales la aseguradora deberá responder por el total.

VII. Incumbe ahora analizar las quejas referentes al acogimiento y montos otorgados en los diversos rubros indemnizatorios.

1) Incapacidad Sobreviniente: La parte actora se queja del exiguo monto otorgado en concepto de incapacidad sobreviniente. Mientras que el accionado y citada en garantía se agravan de aquél por improcedente y excesivo. La indemnización por incapacidad sobreviniente comprende la merma genérica en la capacidad futura del damnificado, la cual proyecta en todas las esferas de su personalidad y constituye por tanto, un quebranto patrimonial indirecto; debiendo apreciarse todo daño inferido a la persona, incluida la alteración y afectación de su ámbito psíquico, de manera que importe también éste un menoscabo a la salud, considerada en su aspecto integral y computándose también la incidencia o repercusión que todo ello, en alguna medida, pueda aparejar sobre su vida. Esto significa que la incapacidad sobreviniente está dada por las secuelas o disminución física o psíquica que queda luego de completado el período de recuperación o restablecimiento, produciéndose para la víctima un quebranto patrimonial indirecto, derivado de las limitaciones que presenta al reanudar sus actividades habituales y restablecer su imposibilidad total o parcial de asumirlas y cumplirlas adecuadamente. Esa minusvalía entraña un déficit en la capacidad vital del damnificado, en comparación con su aptitud plena para el trabajo y demás proyecciones individuales y sociales, lo cual se establece en términos de porcentuales que traduzcan, aproximadamente, los grados de incapacidad comprobados a través de una pericia médica (CAZEAUX TRIGO REPRESAS, Derecho de las obligaciones, Librería Editora Platense S.R.L., La Plata, 1994, t. IV, págs. 658 y 659). En otro orden de ideas, es dable señalar a los efectos de fijar el resarcimiento pautas como podrían ser los métodos basados en cálculos matemáticos - materiales sobre la probable vida útil del damnificado, puesto que debe adoptarse un criterio flexible que tienda a valorar las circunstancias generales de la causa, variable por diversos factores y librado al prudente arbitrio judicial. El órgano jurisdiccional apreciará así la trascendencia de las lesiones sufridas, la edad de la víctima, su actividad, condición social, estado civil, trabajos cumplidos,

situación económico social de la unidad familiar, cantidad de personas a cargo del afectado, etc.

Cabe meritarse la edad de la víctima -45 años al momento del hecho-, su estado civil -casada -, su ocupación -ama de casa-, mano hábil - derecha- y la índole de las lesiones sufridas. Al respecto, del informe pericial de fs. 212/221 surge que la actora tiene una incapacidad parcial y permanente de orden físico del 22%. La experta, Dra. Nora Ferrazzano, describió que a raíz del accidente sufrido a la víctima se le provocó politraumatismo con heridas cortantes en rostro, escoriaciones varias, y fractura de muñeca derecha que requirió inmovilización con yeso antebraquiopalmar. Aclara que no surge de la historia clínica que haya tenido pérdida de conocimiento. Añade que, en el caso de autos, el déficit visual detectado no puede desvincularse del episodio siniestral denunciado. Explica que hay desbalance de pelvis por alargamiento de 3 cm del miembro inferior izquierdo atribuible al implante del vástago femoral. Describe que la movilidad de las caderas izquierdas flexión llega a los 90° (normal hasta 145°), aducción conservada, abducción, hay bloqueo a los 30°, hay déficit de rotación externa y que no logra adoptar la posición de cuclillas ni de punta de pies. Asimismo, respecto a la faz psicológica, la perito de oficio mencionada concluyó que Sabina Bautista Mamani presenta un cuadro de desarrollo vivencial anormal de grado III, estimando en un 20% el porcentaje de la incapacidad psíquica. Aprecia que en la actora se ha objetivado signos sintomatología característica de un trastorno de stress postraumático objetivado en el estudio psicodiagnóstico solicitado (ver f. 219). La perito médica concluye que la víctima padece, a partir de las lesiones psicofísicas sufridas, una incapacidad parcial, permanente y definitiva del 42%. Si bien la misma fue impugnada a fs. 224/225 por la parte demandada y citada en garantía el juez a quo ha declarado su negligencia a f. 238. De igual modo, la impugnación no contaba con un fundamento de real gravitación, no teniendo entidad suficiente para desmerecer la fuerza probatoria del dictamen. En materia de procesos de daños y perjuicios, la prueba pericial deviene relevante ya que el informe del experto no es una mera apreciación sobre la materia del litigio, sino un análisis razonado con bases científicas y conocimientos técnicos (CNCiv., Sala D., en autos "Yapura, Gregoria Erminda c/ Transporte Automotor Riachuelo S.A. s/ Ds. y Ps.", expte. libre n° 77.257/98, del 8/10/02; ídem, "Fiorito, José Luis c/ Petersen, José y otro s/ Ds. y Ps.", expte. libre n° 105.505/97, del 20/09/91). La función de la prueba pericial es de asesoramiento, pues se trata de cuestiones ajenas al derecho respecto de los cuales el Juez no tiene conocimientos específicos. No será el perito quien defina el pleito, pero es indudable que -fundando debidamente su informe- tiene mayor peso y envergadura que los dichos de un eventual testigo. Por otro lado, la mera opinión de los litigantes no puede prevalecer sobre sus conclusiones, en especial si se advierte que no hay argumentos valederos para demostrar que éstas fueron irrazonables. La solvencia técnica que se desprende de cada profesión indica que la prueba pericial es la más adecuada, de ahí su importancia en algunos rubros. Su opinión es el fruto del examen objetivo de circunstancias de hecho, de aplicación de ellas a los principios científicos inherentes a la especialidad y de los razonamientos que siguen para dar respuesta a los temas sometidos a su dictamen (CNCiv., Sala "D", en autos "Quiros de Delgado, Nélica c/ Ferrocarriles Metropolitanos S.A. s/ Daños y Perjuicios", expte. libre n° 25.403/93 del 27/12/96). De tal forma, es que corresponden desestimar las quejas planteadas por demandado y citada en garantía en cuanto sostuvieron que: i) no existieron otras secuelas más que la fractura de muñeca; ii) no existió traumatismo de cráneo con pérdida de conocimiento; iii) déficit de la agudeza visual por trastornos o vicios de refracción no guardan relación con el accidente. Respecto de la primera basta recordar que de la constancia de atención a la actora el mismo día del accidente en el Hospital Zonal General de Agudos Héroes de Malvinas de Merlo, Provincia de Buenos Aires, surge que la paciente sufrió: " politraumatismo vía pública, presenta RX de muñeca derecha. Se inmoviliza con yeso". Por lo tanto, se encuentra acreditado que existieron más secuelas que las de la muñeca fracturada. En atención a la segunda, de la simple lectura de la experticia ya analizada la perito descarta que la accidentada haya tenido pérdida de conocimiento. Y en lo concerniente a la tercera, fue la misma médica la que expresó que no puede desvincularse el déficit visual del siniestro. Por las circunstancias fácticas y jurídicas hasta aquí reseñadas, y considerando la índole de las lesiones padecidas, propongo hacer lugar a los agravios vertidos por la actora y, en consecuencia, elevar el monto establecido de \$120.000 en concepto de incapacidad sobreviniente. Asimismo, entiendo que debe confirmarse la suma de \$22.000 establecida para gastos por tratamiento psicológico y tratada dentro de este mismo rubro en la anterior instancia pero que es importante se tengan en cuenta separadamente a la hora de

realizarse la liquidación final por lo resuelto en esta instancia con relación a la cláusula limitativa de responsabilidad -ver Considerando VI- (arts. 163 incs. 5, 6, 386, 477 del CPCCN, 1083 y 1086 del Cód. Civil).

2) Daño Moral: En relación al daño moral, hace falta aclarar que el agravio moral es todo sufrimiento o dolor que se padece, independientemente de cualquier repercusión de orden patrimonial (Orgaz, "El daño resarcible", Ed. Depalma, Buenos Aires 1967, pág. 184), es así que a fin de justipreciarlo se contemplan las afectaciones al espíritu, sentimientos de dolor, angustia y padecimientos sufridos por quien los reclama. Sin lugar a dudas, las circunstancias provocadas por el evento dañoso, sus secuelas luctuosas, sorpresivas e imprevisibles lo convierten en absolutamente procedente. La indemnización del daño moral no requiere guardar proporción con la del perjuicio material, pues responden a razones de índole diferente, de tal forma no resulta la materialización de los intereses morales gozando los magistrados de un amplio arbitrio para su determinación toda vez que se tiene por acreditado por la sola comisión del acto antijurídico, es una prueba in-re ipsa y surge inmediatamente de los hechos mismos. Para meritar este rubro debe ponderarse la vinculación entre la gravedad objetiva de las lesiones y las implicancias espirituales que correlativamente suponen para la persona damnificada. En fin, ponderando las características objetivas del menoscabo y sin descuidar el carácter predominantemente resarcitorio de la partida, considero prudente hacer lugar a los agravios vertidos por la parte accionante, debiendo incrementarse el monto indemnizatorio en concepto de daño moral a la suma de \$50.000 (arts. 163 incs. 5 y 6, 265, 386 del CPCCN y 1078 del Código Civil).

3) Gastos de farmacia, asistencia médica y traslados: Con respecto al rubro de "gastos de farmacia, asistencia médica y traslados", el criterio que debe prevalecer sobre la procedencia de estos rubros es amplio, no siendo necesario agregar documentos que acrediten tales erogaciones ya que la costumbre determina que no se otorgue comprobante alguno. No requieren, entonces, una prueba fehaciente para ser admitidos; y ello en razón que se deducen de las lesiones sufridas por la víctima (art. 163 inc. 5 CPCCN). Es así que teniendo en cuenta las constancias de las actuaciones, considero que el importe (\$3.000) establecido por el juez de grado a favor de la actora por el presente rubro resulta ajustado a derecho; por lo que propondré al Acuerdo su confirmación (art. 165 CPCCN).

4) Intereses: Con relación a las quejas vertidas en materia de intereses, atento la doctrina plenaria en autos "Samudio de Martinez, L. c/ Transportes Doscientos Setenta S.A." s/ daños y perjuicios", los intereses deben aplicarse a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina. desde el momento del hecho y hasta el efectivo pago (art. 303 del CPCC). Por otra parte, cabe destacar que en el caso se impone la vigencia del art. 303 del ritual, precepto que considero vigente en su redacción originaria conforme lo decidido por esta Sala (R. 621.758, del 30/08/2013, "Perez Horacio Luis c/ Banco Saez S.A s/ ejecución de honorarios, La Ley, cita online:AR/JUR/55224/2003). El mentado plenario admite una solución diversa cuando acontezca "una alteración del significado económico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido". Pero esa singular especie comporta una situación harto excepcional, que se aparta de la regla general, y que -para que pueda tener lugar- debe ser acreditada fehacientemente y sin el menor asomo de duda en el marco del proceso. A mi juicio no obran en la causa constancias que certifiquen que, con la aplicación de la tasa activa desde el día del evento, se configuraría el mentado "enriquecimiento indebido"; como tampoco existen elementos que siquiera lo hagan presumir. En función de lo expuesto, y en cumplimiento de la doctrina plenaria, he de proponer al Acuerdo que se le adicione al capital de condena los intereses a la tasa mencionada, los que se computarán desde la fecha del hecho (día del accidente) y hasta el momento del efectivo pago.

VIII. Por lo hasta aquí expuesto propongo al acuerdo modificar parcialmente la sentencia apelada: i) revocando la declaración parcial de nulidad de la cláusula limitativa de responsabilidad y estableciendo que la limitación pactada en la póliza de autos no comprende las partidas otorgadas por "daño moral", "gastos por tratamiento psicológico" y "gastos de farmacia, asistencia médica y traslados", de acuerdo a lo desarrollado en el Considerando VI; ii) elevando el monto en concepto de "incapacidad sobreviniente" a \$120.000 (no incluye tratamiento psicológico, cuya suma de \$22.000 fue confirmada en esta instancia y debe ser

tenida en cuenta separadamente por lo aquí resuelto con relación a la cláusula limitativa de responsabilidad); iii) incrementando la partida indemnizatoria por "daño moral" a \$50.000; iv) adicionando al capital de condena los intereses, que se aplicarán a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina desde el momento del hecho y hasta el efectivo pago; y confirmar en todo lo demás en cuanto ha sido materia de agravios. Entiendo que las costas de alzada deben imponerse de igual forma que en la instancia de grado, en tanto demandado y citada en garantía resultaron vencidos (arts. 68, 163 inc. 8 CPCCN y art. 110 inc. a del dec. ley 17.418).

Así lo voto. Los Dres. Mizrahi y Parrilli aclaran:

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1° de la ley 27.077 (B.O n° 33.034 del 19-12-2014), que modificó el art. 7 de la ley 26.994, el Código Civil y Comercial de la Nación aprobado por esta última, que fuera promulgada por decreto 1795/2014 (B.O. n° 32.985 del 8-10-2014), ha entrado en vigencia el 1 de agosto pasado por lo que, antes de ingresar en la consideración de las cuestiones sujetas a recurso, y dada la cuestión relativa a la vigencia de las normas sucesivas en el tiempo, se hace necesario determinar los alcances del nuevo texto legal en el presente caso. Al respecto el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación fija en su artículo 7° las reglas a seguir en estos casos estableciendo que: "A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. La leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo". Como se aprecia, en materia de derecho intertemporal, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo y salvedad hecha de la evidente omisión incurrida en el primer párrafo del adverbio "aún", el nuevo cuerpo legal ha decidido mantener el mismo texto y sistema que el derogado art. 3° del Código Civil, según reforma de la ley 17.711. De este modo, con las aclaraciones ya realizadas en materia contractual, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación es aplicable a las relaciones y situaciones jurídicas futuras; a las existentes a la fecha de su entrada en vigencia, tomándolas en el estado en que se encuentren - en este caso regirá los tramos de su desarrollo no cumplidos- y también, a las consecuencias no agotadas de relaciones y situaciones jurídicas constituidas bajo el amparo de la antigua ley. Pues bien, al ser el daño un presupuesto constitutivo de la responsabilidad (cfr. arts. 1716 y 1717 del Código Civil y Comercial de la Nación y art. 1067 del anterior Código Civil), aquél que diera origen a este proceso constituyó, en el mismo instante en que se produjo, la obligación jurídica de repararlo. En consecuencia, dicha relación jurídica, al haberse consumado antes del advenimiento del actual Código Civil y Comercial de la Nación, debe ser juzgada -en sus elementos constitutivos y con excepción de sus consecuencias no agotadas- de acuerdo al sistema del anterior Código Civil - ley 17.711 (ver en este sentido, Luis Moisset de Espanes, "Irretroactividad de la ley", Universidad de Córdoba, 1975, en especial p. 22 y 42/43, p. IV, apartado "b"). Esta es la solución que siguió este Tribunal en pleno, in re, Rey, José J. c. Viñedos y Bodegas Arizu S.A." del 21/12/1971, publicado en La Ley on line, AR/JUR/123/1971, cuando luego de sancionarse la reforma de la ley 17.711 se produjeron resoluciones contradictorias respecto de la aplicación temporal de ésta. Allí, la mayoría entendió que el hecho ilícito se produce instantáneamente, no quedando sometido a acción alguna del tiempo, por lo cual corresponde atribuir a la ley antigua la regulación de los presupuestos de existencia de la obligación de reparar el daño causado, así como su contenido, inclusive la extensión del daño y su evaluación (cfr. Belluscio Augusto C.- Zannoni Eduardo A., "Código Civil y leyes complementarias...", Buenos Aires, 1979, tomo 1, p. 28). Lo expuesto no significa que no participemos de la opinión de que todo lo atinente a la aplicación temporal del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación debe seguirse una hermenéutica que no limite su efectiva vigencia. Es que, como con acierto lo recordaba Vélez Sarsfield en su nota al viejo art. 4044 -luego derogado por la ley 17.711- "el interés general de la sociedad exige que las leyes puedan ser modificadas y mejoradas, y que las leyes nuevas, que necesariamente se presumen mejores, reemplacen cuanto antes a las antiguas, cuyos defectos van a corregir". Sin embargo, por las razones antes expuestas, en este caso puntual ha de regir la limitación ya señalada por aplicación del principio consagrado en el art. 7 del mismo cuerpo legal. De todos modos, con Código viejo o nuevo, la interpretación que guíe esta decisión, y cualquier otra, no puede desconocer la supremacía de la Constitución Nacional, ni

los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte, no ya solo porque lo recuerde el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (art. 1º y 2º), sino porque así lo manda la Constitución Nacional (cfr. art 31 y art 75 inciso 22º). Sin duda, tampoco pueden soslayarse los valores que inspiran nuestro ordenamiento jurídico; los que se sintetizan en el mandato de "afianzar la justicia", contenido en el Preámbulo de nuestra Constitución, que no es letra vana. Finalmente, debemos aclarar que con relación a los intereses devengados a partir de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y hasta el efectivo pago, al ser una consecuencia no agotada de la relación jurídica que diera origen a esta demanda, la tasa que resulte aplicable para liquidarlos por imperio del art.768 del citado ordenamiento, nunca podrá ser inferior a la reconocida en la anterior instancia y que aquí se confirma, pues ante la falta de pago en tiempo de la indemnización y dadas las actuales circunstancias económicas, iría en desmedro del principio de la reparación plena del daño que se ha causado (ver. art. 1740 del mismo código). En consecuencia, con la aclaración anterior adherimos al fundado voto de nuestro colega preopinante.

Con lo que terminó el acto:

CLAUDIO RAMOS FEIJOO .

MAURICIO LUIS MIZRAHI.

ROBERTO PARRILLI

Es fiel del Acuerdo.

Buenos Aires, 9 de Septiembre de 2015.-

Y VISTOS: Por lo que resulta de la votación que instruye el Acuerdo que antecede, se modifica parcialmente la sentencia : i) revocándose la declaración parcial de nulidad de la cláusula limitativa de responsabilidad y estableciéndose que la limitación pactada en la póliza de autos no comprende las partidas otorgadas por "daño moral", "gastos por tratamiento psicológico" y "gastos de farmacia, asistencia médica y traslados", de acuerdo a lo desarrollado en el Considerando VI; ii) elevándose el monto en concepto de "incapacidad sobreviniente" a \$120.000 (no incluye tratamiento psicológico, cuya suma de \$22.000 fue confirmada en esta instancia y debe ser tenida en cuenta separadamente por lo aquí resuelto con relación a la cláusula limitativa de responsabilidad); iii) incrementándose la partida indemnizatoria por "daño moral" a \$50.000; iv) adicionándose al capital de condena los intereses, que se aplicarán a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina desde el momento del hecho y hasta el efectivo pago; y se confirma en todo lo demás en cuanto ha sido materia de agravios. Las costas de alzada se imponen de igual forma que en la instancia de grado, en tanto demandado y citada en garantía resultaron vencidos. Teniendo en cuenta como se decide en esta instancia, difiérese la adecuación dispuesta por el art. 279 del Código Procesal respecto de las regulaciones practicadas a fs. 264 vta./265, así como la determinación de los honorarios correspondientes a la tarea desplegada en la Alzada, hasta tanto exista liquidación definitiva aprobada (conf. art. 1 de la ley N° 24.432). Regístrese, protocolícese y notifíquese. Oportunamente publíquese (conf. C.S.J.N. Acordada 24/2013). Fecho, devuélvase.