

Voces: LEALTAD COMERCIAL Y PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR - PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR - RELACIÓN DE CONSUMO - OBLIGACIÓN DE SEGURIDAD - DEPORTES - DEPORTES, TURISMO Y RECREACIÓN - ESQUÍ - DAÑOS Y PERJUICIOS - INDEMNIZACIÓN - DAÑO EMERGENTE - DAÑO MORAL - INCAPACIDAD SOBREVINIENTE - INTERESES

Partes: Ferrario Roberto Gabriel c/ Catedral Alta Patagonia | daños y perjuicios

Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil

Sala/Juzgado: L

Fecha: 30-may-2011

Cita: MJ-JU-M-67709-AR | MJJ67709

Producto: MJ

Se condena a la empresa dedicada a brindar servicio de elevación para esquiadores a indemnizar a los actores, quienes mientras intentaban montarse en una aerosilla, cayeron al vacío, pues debió adoptar mayores medidas de seguridad para el momento de ascenso a la silla, lo mismo que para detener la marcha en tiempo oportuno, ante la eventualidad de que los usuarios no se ubiquen adecuadamente y la aerosilla avance fuera de la plataforma.

Sumario:

- 1.-Corresponde responsabilizar a la empresa que brinda servicios de elevación para esquiadores por los daños sufridos por los actores, que al intentar montarse en una aerosilla, terminaron cayendo al vacío, pues dicha empresa tiene una obligación de seguridad respecto a los mismos.
- 2.-Sin lugar a dudas los actores se constituyeron en usuarios del servicio de traslado en aerosilla en el cerro Catedral que presta la sociedad demandada, generándose entre quien explota el servicio y los usuarios una relación de consumo, que torna aplicable al caso la normativa mencionada, la que se genera precisamente a raíz del contrato que ambas partes celebraron, y por ende esa relación se halla comprendida dentro del marco legal consagrado por la citada ley de defensa del consumidor.
- 3.-La existencia de un contrato lejos está de excluir la defensa del consumidor y la aplicación de la ley que regula tal defensa, tampoco necesariamente descarta la regulación propia de cada contrato, sino que se complementan y sólo cuando se genera una relación de consumo en caso de conflicto debe prevalecer la ley de defensa del consumidor.
- 4.-Rige en autos la obligación de seguridad que surge de la relación contractual y se funda en la buena fe con que deben ser cumplidos los contratos, por la que el obligado a prestar el servicio debe resguardar al cocontratante de causarle lesiones durante la ejecución del contrato, por lo que al menos

en nuestra legislación resulta inadmisibles imponer la carga de la prueba al usuario del medio de elevación o aerosilla, como a mi juicio en forma equivocada alega la aseguradora.

5.-El art. 40 de la ley 24240 (incorporado por la ley 24999) contempla el supuesto de daño al consumidor que resulte del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, y dispone que entre otros responderá el proveedor del servicio y que sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena. Lo cual importa establecer la responsabilidad objetiva del proveedor y, por tanto, es la empresa explotadora del servicio de aerosilla quien debe acreditar la causa ajena.

6.-Fue la empresa demandada la que no cumplió con el deber de cuidado de los actores, máxime si se tiene en cuenta que las aerosillas, cuyo mecanismo está en movimiento continuo, no se detienen inmediatamente, lo que determina que debió adoptar mayores medidas de seguridad para el momento de ascenso a la silla, lo mismo que para detener la marcha en tiempo oportuno, ante la eventualidad de que los usuarios no se ubiquen adecuadamente y la aerosilla avance fuera de la plataforma.

7.-Lo indemnizable como incapacidad sobreviniente no son las lesiones padecidas, sino la disminución de la aptitud física o psíquica derivada de las secuelas del accidente, que perduran de modo permanente, y si bien los porcentajes de incapacidad fijados en los peritajes constituyen un medio útil para la apreciación de la entidad del daño, sólo tienen un valor relativo, por lo que el juzgador, con sustento en las circunstancias personales de los damnificados, debe valorar principalmente las secuelas físicas y psíquica que surgen descriptas por el experto que importen una disminución en la capacidad vital.

En Buenos Aires, a los 30 días del mes de mayo del año dos mil once, encontrándose reunidos en Acuerdo los Señores Jueces de la Sala "L" de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil a fin de pronunciarse en el expediente caratulado "Ferrario Roberto Gabriel c/ Catedral Alta Patagonia s/ daños y perjuicios" de acuerdo al orden del sorteo el Dr. Galmarini dijo:

I.- Roberto Gabriel Ferrario y Marta Haydee Burrel iniciaron este juicio por el accidente que sufrieron el 5 de noviembre de 2008 a las 16:45 hs. aproximadamente, cuando iban a subir a una aerosilla denominada "Linch" del Cerro Catedral, sito en la Pcia. de Río Negro. En tales circunstancias, expresaron que siguieron las instrucciones de los empleados que se encontraban al costado de la aerosilla para ascender a ella, que no se detiene a ese fin, y cuando intentaron sentarse advierten que los asientos estaban muy inclinados hacia adelante, por lo que, dicen, no lograron acomodarse y no pudieron bajar la barra de seguridad, que por ello sólo pudieron agarrarse de los costados, motivo por el cual la actora pierde el equilibrio quedando sostenida por el Sr. Ferrario; y cuando la silla había recorrido 10 mts. aproximadamente, ambos caen al vacío desde una altura de 7 mts., permaneciendo sobre el suelo durante una hora hasta que llegó el auxilio que los trasladó al Sanatorio San Carlos.

La Sra. juez de grado admitió la demanda y condenó a Catedral Alta Patagonia S.A. a pagarle a la Sra. Burrel la suma de \$ 290.400 y al coactor Ferrario \$ 140.400. A su vez, hizo extensiva la condena a Boston Compañía Argentina de Seguros y declaró la inoponibilidad de la franquicia aplicando en forma análoga el plenario "Obarrio". Impuso las costas a los vencidos y fijó los intereses a la tasa activa desde la fecha del ilícito hasta el efectivo pago, en relación al rubro "gastos futuros" los intereses los estableció desde la sentencia. (fs.825/32 y 834).

En esta instancia se quejó la citada en garantía por los fundamentos que expuso a fs. 948/56, contestados a fs. 976/7; los actores por los de fs. 958/9, contestados a fs. 979/82 y 984/5 y la demandada expresó agravios a fs. 965/68, cuya réplica obra a fs. 976/7. El Fiscal de Cámara dictaminó

a fs. 989.

II.- Pese a las críticas de la parte demandada vinculadas con el encuadre jurídico dado al caso, considero que la magistrada ha aplicado acertadamente al caso la ley 24.240 que regula la defensa del consumidor. Sin lugar a dudas los actores se constituyeron en usuarios del servicio de traslado en aerosilla en el cerro Catedral que presta la sociedad demandada, generándose entre quien explota el servicio y los usuarios una relación de consumo, que torna aplicable al caso la normativa mencionada, la que se genera precisamente a raíz del contrato que ambas partes celebraron, y por ende esa relación se halla comprendida dentro del marco legal consagrado por la citada ley de defensa del consumidor.

Es indudable que el caso en examen no es igual al de un comprador de una computadora -como insinúa la demandada a fs. 966-, pero parecería que esta recurrente entiende que la ley de defensa del consumidor sólo se aplicaría a la adquisición de bienes muebles o al consumo de productos elaborados, cuando la ley también contempla explícitamente la prestación de servicios.

Es de recordar que el art. 1º de la mencionada ley, modificado por la ley 26361, dispone que se entiende por consumidor o usuario "a toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social"; y el art.2 según la reforma establecida en la mencionada ley actualmente vigente, proveedor "Es la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios. Todo proveedor está obligado al cumplimiento de la presente ley."

La existencia de un contrato lejos está de excluir la defensa del consumidor y la aplicación de la ley que regula tal defensa tampoco necesariamente descarta la regulación propia de cada contrato, sino que se complementan y sólo cuando se genera una relación de consumo en caso de conflicto debe prevalecer la ley de defensa del consumidor.

Por otro lado, el letrado apoderado de la citada en garantía invoca doctrina francesa según la cual el explotador del servicio tiene una obligación de medios, y de ello se extrae que sería el cliente quien tiene que probar la culpa del explotador. Más adelante cita un antecedente también de Francia en el que distingue la existencia de una obligación de seguridad de parte de la sociedad que explota medios de elevación durante el transporte de los usuarios, de otra relacionada con las operaciones de embarque y desembarque, en las que se necesita el concurso activo del cliente, por lo que se la considera una obligación de medios (fs. 948 vta/949). En sentido concordante también invoca un trabajo de José Luis Marcó ("Una aproximación al Derecho del Ski", L.L. 1980-D-1263), en el que distingue dos situaciones: una, el enganche y desenganche del pasajero, y otra, el transcurso del viaje. La recurrente entiende que en esta segunda situación es aplicable el art. 184 del Código de Comercio y la responsabilidad es objetiva. En cambio considera que en la primera, el enganche y desenganche requiere no sólo de la calidad del medio de elevación, sino de la idoneidad de quien intenta transportarse. De encuadrarse el caso en el contrato de transporte, no encuentro razón valedera para distinguir el supuesto en examen de otro tipo de transporte como es el que se realiza en ómnibus, tren o colectivo, como arguye la apelante, pues aun cuando en el ingreso a la silla requiera de parte del usuario un comportamiento más activo, por el sistema de movimiento constante del dispositivo, la relación contractual se origina desde el ingreso a la zona de ascenso en el medio de elevación y desde entonces se genera la obligación de seguridad de la explotadora del servicio, quien para liberarse de responsabilidad por los daños a los usuarios debe acreditar la ruptura del nexo causal, no al revés.

Es de advertir que en el trabajo antes citado de José Luis Marcó se distinguen diferentes medios de elevación según la actividad o pasividad del esquiador que los usa -telecabina o cablecarril (medio

pasivo); elevación por arrastre (medio activo); y aerosilla (medio mixto), respecto del cual hace la distinción antes señalada-, por lo que por un lado entiendo que no es lo mismo un esquiador que una pareja que integraba un contingente de jubilados que asciende a una aerosilla en son de paseo, pero de todos modos juzgo que en el supuesto de este último medio de elevación también el esquiador se encuentra resguardado por la obligación de seguridad de la prestadora del servicio desde el momento mismo del embarque o ascenso a la silla.

Aun en la hipótesis de que se admitiera el criterio invocado por la aseguradora en cuanto a que se trataría de una obligación de medios, en el caso no variaría la solución, pues se encuentra debidamente probado -como más adelante lo desarrollaré al examinar la prueba- que sea por la reacción tardía de los dependientes o por la demora en detenerse propia del mecanismo de la aerosilla que surge de la pericial mecánica, la causa eficiente del accidente es endilgable a la sociedad demandada.

Sin perjuicio de ello juzgo que en el casorige la obligación de seguridad que surge de la relación contractual y se funda en la buena fe con que deben ser cumplidos los contratos, por la que el obligado a prestar el servicio debe resguardar al cocontratante de causarle lesiones durante la ejecución del contrato, por lo que al menos en nuestra legislación resulta inadmisibles imponer la carga de la prueba al usuario del medio de elevación o aerosilla, como a mi juicio en forma equivocada alega la aseguradora.

En efecto, considero que en supuestos como el sometido a decisión en autos, estos cuestionamientos han sido superados a partir de la vigencia de la ley de defensa del consumidor, en la que como señalé anteriormente debe encuadrarse la solución del caso en el que sin duda se presenta una relación de consumo. El art. 40 de dicha ley (incorporado por la ley 24999) contempla el supuesto de daño al consumidor que resulte del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, y dispone que entre otros responderá el proveedor del servicio y que sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena.

Lo cual importa establecer la responsabilidad objetiva del proveedor y, por tanto, es la empresa explotadora del servicio de aerosilla quien debe acreditar la causa ajena.

La demandada y su aseguradora invocaron que el accidente se produjo por una actitud negligente de los actores en el ascenso, en tanto no cumplieron con las instrucciones dadas por el personal de la empresa. Frente a la responsabilidad objetiva que resulta de la aplicación de la normativa antes mencionada, es insuficiente alegar que el personal brindó explicaciones y colaboró con el ascenso de los actores y que estos fueron negligentes cuando subieron a la silla. La culpa alegada debió ser fehacientemente acreditada como causa eficiente y adecuada de la producción del accidente y de los daños que derivaron de la caída, lo cual a mi juicio, no ha ocurrido en el caso. Aun considerando la declaración de los dependientes de la demandada juzgo que no se acredita conducta de los usuarios a la que pueda calificarse de negligente o imprudente. Ambos coinciden en que la señora no se sentó bien en la silla o se sentó en forma equivocada, que uno de ellos la acomodó, y en ese momento el marido de aquella se para -según uno (fs. 278/279)- o se baja de la silla para ayudar y pone sus pies sobre la plataforma mientras la silla continuaba su paso -según otro (fs. 291/292)-, coincidiendo ambos en que el marido se aferró a los hierros laterales de la silla, por lo que no se pudo bajar la barra de seguridad, y ante esta situación uno de los dependientes le grita al otro que parara la aerosilla mediante la soga de seguridad ubicada al costado, y así se hace, pero ambos señalan que no se detiene al instante sino que según uno "tarda un metro" (fs. 279) y según el otro accionada la soga de seguridad según el peso que traiga la línea puede parar antes o después de los dos metros, aclarando "que ese día al ser los últimos pasajeros la línea de bajada se encontraba completa y el frenado de la misma fue más largo de lo normal..." (fs. 291). También los testigos Héctor Molina y Luisa Nérida Manieri hacen mención a la tardanza en detenerse la aerosilla (fs. 281/282 y fs. 283).

A su vez, no debe soslayarse que el perito mecánico informó a fs. 359/87 que antes de producir el

enganche con la silla, existe un sensor ubicado a 10 cm. del piso aproximadamente, que detecta si existe algún pie o persona arrastrando que no se hubiese acomodado en la aerosilla, que detiene la marcha y que dicho interruptor debe ser accionado por un empleado del lugar (fs.421/29).

La circunstancia de que según la prueba mecánica el medio de elevación tarde necesariamente 1,5 mts por segundo para detenerse, necesitando de 7,5 a 9 mts para hacerlo, en manera alguna desvirtúa lo dicho por los testigos en cuanto a la demora, pues efectivamente el recorrido de esos metros es reveladora de que esa tardanza existió. Además esta circunstancia también demuestra el mayor peligro que implica la mencionada distancia de frenado, que justifica la aplicación a casos como el presente de la responsabilidad objetiva, y consecuentemente la acreditación fehaciente que no deje lugar a duda de la causa ajena idónea para provocar la ruptura del nexo causal. No es óbice para ello el bajo índice de siniestralidad y el consecuente de seguridad de la aerosilla Lynch, que invoca la citada en garantía con apoyo lo manifestado en el dictamen del ingeniero D'Alessandro a fs. 426, pues la estadística se desvanece ante el hecho concreto de quienes han sufrido la caída, sin que pueda inferirse de esa aparente seguridad que el accidente fue causado por la conducta negligente de los usuarios.

Aun cuando la actitud del marido de haberse aferrado al hierro lateral impidiera bajar la barra de seguridad, cuando aparentemente habría bajado para ayudar a su esposa, no configura una conducta negligente con entidad suficiente para considerar que fue la causa eficiente de la caída, cuando fue el riesgo propio del mecanismo en constante movimiento, con escasos segundos para ascender, agravado por el tiempo que demora en detenerse, ante una eventualidad como la que se presentó en el caso, la causa determinante del resultado dañoso. El mismo dependiente de la actora reconoció que el frenado fue más largo que lo normal.

Por lo expuesto, corresponde concluir en que fue la empresa demandada la que no cumplió con el deber de cuidado de los actores, máxime si se tiene en cuenta que las aerosillas, cuyo mecanismo está en movimiento continuo, no se detienen inmediatamente (ver al respecto pericial mecánica), lo que determina que debió adoptar mayores medidas de seguridad para el momento de ascenso a la silla, lo mismo que para detener la marcha en tiempo oportuno, ante la eventualidad de que los usuarios no se ubiquen adecuadamente y la aerosilla avance fuera de la plataforma.

Por estas consideraciones y por los fundamentos expresados por la Sra. juez, que no se encuentran desvirtuados por los agravios de la demandada y de la citada en garantía, voto porque se confirme el pronunciamiento en lo atinente a la responsabilidad.

III.- Corresponde analizar ahora las críticas formuladas la citada en garantía vinculadas con la extensión de la condena a su cargo. La Sra. juez de grado declaró la inoponibilidad de la franquicia, aplicando por analogía la doctrina del fallo plenario "Obarrio" y nada dijo respecto al límite de cobertura estipulado en la póliza. Las quejas de la apelante se refieren a que ese fallo plenario no debe aplicarse en la especie y que la condena debe ser en los términos del seguro.

Asiste razón a la recurrente pues la doctrina del plenario dictado el 13 de diciembre de 2006 en los autos "Obarrio, María Pía c/ Microómnibus Norte S.A. s/ daños y perjuicios" y "Gauna, Agustín c/ La Economía Comercial S.A. de Seguros Generales y otro s/ daños y perjuicios", es aplicable a los casos en que la condena sea contra una empresa de transporte público de pasajeros, situación en la que se declara la inoponibilidad al tercero damnificado del descubierto obligatorio previsto en la Resolución 25.429/97 de la Superintendencia de Seguros. Sobre el particular no hallo motivos para aplicar analógicamente ese antecedente, dado que se trata de supuestos distintos. La doctrina plenaria es obligatoria en casos de transporte público de pasajeros a los que se refiere la resolución mencionada, supuestos en los que estaba involucrada la cuestión relacionada con el seguro obligatorio previsto en la ley de tránsito. Aquí se trata de un supuesto diferente que se funda en los daños originados a usuarios del servicio de aerosilla, por lo que debe respetarse lo convenido por los contratantes, máxime si se

tiene en cuenta que la parte actora no objetó el contrato de seguro (CNCiv. Sala B, julio 23/2008, "Bevacqua c/ Consorcio Barrio Comandante Espora s/ daños y perjuicios", L.484.172; id. Sala G, junio 13/2008, "Heredia Álbares, Inés c/ EDESUR S.A. s/ daños y perjuicios", L. 504.378; id. Sala L, septiembre 27/2007, "Pachilla, Hugo Armando y otros c/ Transportes Metropolitanos Gral. Roca S.A. y otros s/ sumario", R. 570.795, entre otros). Concordantemente se ha sostenido que no corresponde extender el espíritu que emana de la doctrina plenaria a supuestos no contemplados por ella, más cuando no se advierte que el monto de franquicia sea irrazonable (CNCiv. Sala I, diciembre 22/ 2009, "Palacio, Juan Alberto c/ Elecnor de Argentina y otro s/ daños y perjuicios" L. 594.878). Así se ha entendido que los plenarios deben ser aplicados a situaciones que tengan una analogía indiscutida, porque, de lo contrario, se transformaría en una norma general que significaría excederse en la doctrina sentada en dichas convocatorias. De tal forma se concluye en que si bien una doctrina plenaria resulta obligatoria para los jueces -y en ello se asemeja a una ley-, sus alcances deben ser específicos, a diferencia de la norma que comprenden situaciones generales y abstractas (Néstor E. Solari, "Apostillas del plenario 'Arce'", L.L. del 28 de febrero de 2011, p.11, nota a fallo n° 115.255).

En mérito a lo expuesto y de acuerdo a lo dictaminado por el Sr. Fiscal de Cámara, juzgo que deben admitirse los agravios y revocarse este aspecto del fallo, y consecuentemente deberá disponerse que la condena a la citada en garantía se extiende en los términos del contrato de seguros, con el alcance que a continuación propongo, y de conformidad del art. 118 de la ley 17418.

En lo concerniente al alcance de la cobertura que la aseguradora cuestiona pretendiendo se apliquen las normas de la pesificación, como integrante de la Sala "F" de este mismo tribunal he adherido al criterio que es favorable a esa pretensión. En esos precedentes, lo mismo que en este caso, la póliza de seguros fue contratada cuando existía la paridad cambiaria entre la moneda extranjera y la nacional (US\$1 = \$1). De ahí que atendiendo a los términos del seguro contratado no caben dudas de que se trata de una obligación de dar sumas de dinero, es decir que el contrato así celebrado constituyó una obligación dineraria, exigible desde que el evento dañoso ocurrió y si bien la cantidad no se encontraba líquida, ésta se hizo fácilmente liquidable a partir del reconocimiento judicial que se efectúa en la causa a través del dictado de la sentencia. Sobre esa base el tribunal consideró que el límite impuesto por los contratantes tanto para la franquicia como para la cobertura ante un eventual siniestro quedó desvirtuado con la crisis económica que generó la sanción de las leyes de emergencia que vinieron a romper la ecuación que las partes ponderaron al momento de celebrar el acuerdo y de mantener la ecuación que las partes ponderaron al momento de celebrar el acuerdo y de mantener esa situación colocaría a los co-contratantes en una verdadera situación desigualdad (CNCiv. Sala F, agosto 27/2010, "Hourtelian Horacio Ismael y otro c/ Palacios, Mónica Mabel y otros s/ daños y perjuicios", L. 536.580; id.Sala F, abril 29/2008, "Sena de Andino María Elisa c/ Buenos Aires al Pacífico San Martín S.A. y otros s/ daños y perjuicios" R. 497.154). En lo atinente a la determinación de los montos de la franquicia y del límite de cobertura, en esos antecedentes se aplicó el criterio sustentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos "Longobardi, Irene Gwendoline y otros c/ Instituto de Educación Integral San Patricio S.R.L. (L. 971.XI del 18/12/2007), es decir se deberán convertir los dólares a razón de \$1 más el 50% de la brecha entre \$1 y el valor del dólar libre a la cotización de la fecha en que se practique la liquidación, siempre y cuando la utilización del coeficiente de estabilización de referencia previsto en las normas de emergencia económica (CER) no arroje un resultado superior.

Con este alcance se admiten las quejas de la citada en garantía en cuanto a la pesificación de la franquicia y del límite de cobertura. Por lo que la extensión de la condena se hará en los términos del art. 118 de la ley de seguros, atendiendo a la pesificación del monto de la franquicia y del límite de la cobertura, que se determinarán oportunamente en la etapa de ejecución de sentencia.

IV.- Partidas indemnizatorias.

En primer lugar debo señalar que los pretendidos agravios de la parte demandada vinculados con los montos indemnizatorios establecidos en la sentencia, se encuentran desiertos, pues sólo se volcó en forma global en el escrito de fs. 965/68, que los montos son elevados y no se condicen con los fijados usualmente en casos similares, pero nada más se dijo para argumentar por qué son elevados a fin de cumplir así con el art. 265 del Cód. Procesal, motivo por el cual propicio que se declare la deserción de estos agravios (art.266 de la citada norma legal).

Incapacidad sobreviniente (daños físicos y psíquicos, y tratamiento psicológico)

La anterior juez otorgó a favor de Ferrario la suma de \$ 80.400 (\$ 70.000 por el daño y \$ 10.400 por el tratamiento) y para la coactora Burrel la suma de \$ 173.400 (\$ 150.000 por el daño y \$ 23.400 por el tratamiento).

Mientras que la parte actora se quejó por considerar bajos los montos, a la citada en garantía le parecieron elevados.

Del peritaje médico de fs. 471/77 surge, luego de describir el resultado del examen efectuado a los reclamantes y de enunciar las lesiones padecidas a raíz del accidente, que cada uno de los actores padece con motivo de este accidente una incapacidad física parcial y permanente del 30 %. Frente a las impugnaciones de fs. 479/80 y 486/92, la experta amplió el dictamen e informó que la Sra. Burrel padeció politraumatismos y fractura de anillo pelviano (diastasis pubiana, fractura de hueso sacro), que en el miembro inferior izquierdo constató limitación en flexión en 25 grados, abducción en 20 grados y aducción 10 grados. Los movimientos de rotación interna y externa 5 grados. Que en el miembro derecho padece una limitación en flexión 35 grados, abducción en 30 grados y aducción en 15 grados. Los movimientos de rotación interna y externa en 15 grados; que se observan cicatrices circulares de 0,5 cm. por 0.5 cm., hiperocrómica, correspondiendo a la tracción supracondílea. Que deambula con bastón por falta de estabilidad para movilizarse.

En cuanto al coactor Ferrario la experta indicó que con motivo del accidente sufrió politraumatismos, fractura de muñeca izquierda, fracturas costales izquierdas arco posterior 7, 8, 9 y 11, contusión pulmonar, contusión muslo izquierdo. Así, constató en el hombro izquierdo, la elevación del brazo al cenit, limitación en 20 grados, las rotaciones internas y externas limitadas en 15 grados y la flexoextensión limitadas en 20 grados respecto a su par. En la muñeca izquierda constató cicatriz en dorso de 4cm., que los movimientos activos y pasivos están limitados, la flexión en 20 grados, extensión en 15 grados, inclinación cubital en 25 grados. Que en la radiografía de la muñeca izquierda se observan secuelas de fractura y signos de artrosis (fs. 509/11)

En relación a la faz psicológica surge del dictamen pericial de fs. 332/35 que la Sra. Burrel sufría al momento del examen un síndrome depresivo reactivo postconmocional en período de estado grave, para el cual la experta señaló que según el baremo que indica la incapacidad era del 60% al 100% (fs. 334), pero al responder a las impugnaciones la estimó a ese momento en el 80 % (ver fs. 513/5). Recomendó un tratamiento psicoterapéutico tres veces por semana y durante un tiempo no menor a tres años. A su vez, indicó que los resultados de la psicoterapia determinarían si la incapacidad era transitoria o permanente.

En cuanto a Ferrario diagnosticó la experta que padece un síndrome depresivo reactivo postconmocional en período de estado moderado, cuyo grado de incapacidad según el mismo baremo era de un 30% a un 60%, aunque advirtiendo que se trataba de una incapacidad parcial y transitoria (fs. 334). También con respecto a este reclamante al responder a las impugnaciones estimó la incapacidad parcial y transitoria en el 50 % (fs. 513/5). Recomendó realizar terapia de corte psicoanalítico durante dos años, dos veces por semana.

El informe fue impugnado a fs. 486/92, sin embargo la experta a fs. 513/5 ratificó el dictamen anterior. Además, para desvirtuar la eficacia probatoria que posee el dictamen pericial, debe valerse de elementos que permitan advertir fehacientemente el error o la escasa utilidad de los conocimientos científicos que el experto debe tener por su profesión o título habilitante, circunstancias que no se dan en el caso. Ahora bien, lo indemnizable como incapacidad sobreviniente no son las lesiones padecidas, sino la disminución de la aptitud física o psíquica derivada de las secuelas del accidente, que perduran de modo permanente, y si bien los porcentajes de incapacidad fijados en los peritajes constituyen un medio útil para la apreciación de la entidad del daño, sólo tienen un valor relativo, por lo que el juzgador, con sustento en las circunstancias personales de los damnificados, debe valorar principalmente las secuelas físicas y psíquica que surgen descriptas por el experto que importen una disminución en la capacidad vital (CNCiv. Sala C, septiembre 20/1999, "Huaman, María de la Cruz c/Micro Ómnibus Norte S.A. s/daños y perjuicios", L.258.943; CNCiv. Sala F, febrero 1º/2008, "Guzzetti, Domingo Horacio c/Calcagno, Andrés Ricardo y otros s/daños y perjuicios", L. 482.822).

Desde hace tiempo vengo sosteniendo que no corresponde indemnizar por un lado la incapacidad psíquica y por otro el gasto por la psicoterapia cuando aquella patología puede ser superada con el tratamiento. Además considero que someterse a sesiones de terapia siempre ayuda -por más mínimo que sea el aporte- a paliar ciertas deficiencias, y a disminuir el porcentaje de incapacidad (conf. CNCiv. Sala "F", mi voto en autos "Belikow, Vladimiro c/Ideas del Sur S.A.s/daños y perjuicios", septiembre 15/2009, L.530.361).

En la especie, la incapacidad psíquica que la perito determinó respecto a Ferrario es transitoria, razón por la cual para determinar el resarcimiento por incapacidad sobreviniente a su favor solo corresponde valorar las secuelas físicas incapacitantes, y se aclara que las secuelas psíquicas transitorias serán tenidas en cuenta al momento de evaluar la indemnización del daño moral.

En cambio respecto de la coactora Burrel que no se acreditó que el tratamiento supere totalmente la incapacidad, tengo en consideración que es presumible que producirá una mejora en las patologías y consecuentemente disminuirá la incapacidad verificada por la experta a la época de su dictamen.

Sentado ello, teniendo en cuenta las condiciones personales de los actores (Burrel tenía 51 años a la época del accidente, era ama de casa y Ferrario tenía 57 años y trabaja como herrero, ver declaración testimonial de fs. 451/59 y de fs. 16/7 del beneficio de litigar sin gastos) y en uso de las facultades que otorga el art. 165 del Código Procesal, estimo que los montos concedidos en la instancia previa -por los daños y el tratamiento- son adecuados, por lo que propongo su confirmación.

Daño moral:

La Sra. juez de grado fijó por esta partida la suma de \$ 50.000 a favor de Ferrario y \$ 100.000 para Burrel.

Cuestionaron los actores y la citada en garantía el quantum indemnizatorio. Pero esta última no satisface las exigencias mínimas de crítica concreta y razonada contempladas por el art. 265 del Código Procesal al formular la queja a fs. 949 vta., por lo que corresponde considerar desierto este aspecto de su recurso.

A diferencia del daño material que resulta cuantificable pecuniariamente en relación al precio de las cosas inutilizadas o la disminución del valor de la cosa menoscabada, cuando se trata de daños extrapatrimoniales cuya apreciación pecuniaria es incierta, la cuestión encierra una dificultad considerable. En la jurisprudencia se registra una notable variación en los montos que otorgan los diversos tribunales en relación a daños extrapatrimoniales similares, por lo que alguna doctrina ha sido proclive a que se establezcan pautas objetivas. Bien se ha dicho que por su carácter personal el daño

moral es uno de los perjuicios más difíciles de estimar, ya que no está sujeto a cánones objetivos, sino a la prudente valoración del juez sobre la lesión a las afecciones legítimas de los damnificados y a los padecimientos que experimentan, aunque existen factores que coadyuvan a valorar el perjuicio sufrido (conf. Carlos A. Parellada en "Responsabilidad Civil", El Daño Moral. La evolución del pensamiento en el derecho Argentino, Director Aída Kemelmajer de Carlucci, edit. Rubinzal-Culzoni, pág.373).-

El daño moral es inmaterial o extrapatrimonial y representa los padecimientos soportados y futuros que tuvieron su origen o agravamiento en el hecho generador. Lo dañado son bienes de goce, afección y percepción emocional y física, no estimables por el equivalente pecuniario, pero sí considerables para la satisfacción por medio de sucedáneos de goce, afección y mitigación al sufrimiento emocional y físico (CNCiv.Sala C, octubre 13/1992, "Varde c/Ferrocarriles", voto del Dr. Cifuentes; id. Sala C, noviembre 27/1992, "Vinaya c/Empresa Ferrocarriles Argentinos".L.L. T 1993-D-p.278, fallo n° 91.559; CNCiv.Sala F, octubre 31/2005 L.426.420 "Schaff Rubén Daniel c/Edenor S.A. s/Daños y perjuicios").-

De acuerdo a las lesiones padecidas por cada uno de los actores, las secuelas físicas y psíquicas resultantes, transitorias y permanentes, los tratamientos a que fueron sometidos y el lapso de rehabilitación, estimo que la valoración efectuada por la magistrada ha sido adecuada a la gravedad de los padecimientos sufridos por cada uno de los reclamantes, por lo que juzgo apropiados los importes concedidos en primera instancia, razón por la cual propongo que se confirme este aspecto de la sentencia en recurso (conf. art.165 del Código Procesal).

V.- Intereses.

Se quejaron la parte demandada y citada en garantía por la aplicación de la tasa activa desde el hecho ilícito hasta la sentencia.

Como en el caso los montos indemnizatorios son determinados a valores actuales y la tasa activa admitida por el plenario "Samudio de Martínez, Ladislaa c/ Transportes Doscientos Setenta S.A. s/ daños y perjuicios", incluye en su determinación el componente inflacionario, de aplicarse durante el lapso corriente entre la producción del daño y la determinación de ese valor actual se duplicaría injustificadamente la indemnización, en la medida de la desvalorización monetaria. Por lo cual considero que en supuestos como el del caso se produciría la alteración del contenido económico de la sentencia, que se traduciría en un enriquecimiento indebido.

Por ello propongo que los intereses deberán aplicarse desde la fecha del hecho dañoso hasta la sentencia de primera instancia que fija la cuantía, a la tasa del 8% anual, y de ahí en adelante hasta el efectivo pago a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina. En relación al rubro "gastos futuros", la tasa activa debe correr desde la sentencia de primera instancia, como lo decidió la magistrada y no fue apelado.

Por todo lo expuesto, voto por confirmar la sentencia de fs. 825/832, salvo en cuando declara la inoponibilidad de la franquicia a la parte actora, aspecto que se revoca, declarando que la franquicia es oponible a los reclamantes y que la extensión de la condena a Boston Compañía Argentina de Seguros S.A. lo es en los términos del contrato de seguro (art. 118 de la ley 17.418), pero atendiendo a la pesificación del monto de la franquicia y del límite de la cobertura, que se determinarán oportunamente en la etapa de ejecución de sentencia, en la forma dispuesta en el considerando III. Asimismo voto porque se fijen los intereses como se dispuso en el considerando V. Las costas de alzada se imponen a la demandada y citada en garantía por resultar sustancialmente vencidos (art. 68 del Cód. Procesal).

Disidencia parcial de la Dra. Pérez Pardo:

Adhiero a lo resuelto por mi colega preopinante en cuanto a la solución dada al caso, a excepción de lo referido al cómputo de 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 en 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 concordantes del Código Procesal, los intereses deben liquidarse desde la mora, es decir, desde el día del perjuicio (5 de noviembre de 2008) 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.

Por razones análogas a las expuestas por el Dr. Galmarini, el Dr. Liberman vota en el mismo sentido.

Con lo que terminó el acto. Firmado: José Luis Galmarini, Marcela Pérez Pardo y Víctor Fernando Liberman. Es copia fiel del original que obra en el Libro de Acuerdos de esta Sala.

Jorge A. Cebeiro

Sec. de Cámara interino

Buenos Aires, de mayo de 2011.

Y VISTOS: lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo precedentemente transcrito el tribunal decide: confirmar la sentencia de fs.825/832, salvo en cuando declara la inoponibilidad de la franquicia a la parte actora, aspecto que se revoca, declarando que la franquicia es oponible a los reclamantes y que la extensión de la condena a Boston Compañía Argentina de Seguros S.A. lo es en los términos del contrato de seguro (art. 118 de la ley 17.418), pero atendiendo a la pesificación del monto de la franquicia y del límite de la cobertura, que se determinarán oportunamente en la etapa de ejecución de sentencia, en la forma dispuesta en el considerando III del voto del Dr. Galmarini. Fijar los intereses como se dispuso en el considerando V del voto del Dr. Galmarini. Las costas de alzada se imponen a la demandada y citada en garantía por resultar sustancialmente vencidos (art. 68 del Cód. Procesal).-

Conociendo de los recursos deducidos a fs. 841, fs. 843, fs. 845 y fs. 850/852 -y sus fundamentos- contra la regulación de fs. 832 vta., teniendo en consideración el monto del proceso, labor profesional desarrollada, representación invocada, etapas cumplidas y lo dispuesto por los arts. 6, 7, 9, 14, 19, 33, 38 y cc. de la ley 21.839, 13 de la ley 24.432 y 478 del Código Procesal, por ser reducidos se elevan los correspondientes a los Dres. Oscar Alfredo Santillán y Elisabet Rosana Gutiérrez -en conjunto- a la suma de (\$.), los de los Dres. Enrique H. Rodino, Juan Carlos Carvajal y Timothy M. Martín -en conjunto- a la de (\$.) y los del perito ingeniero Vito D'Alessandro a la de (\$.). Por no resultar elevados los correspondientes a los Dres. Luis Alberto Pennino y José Luis Marcó -en conjunto-, ni los de las peritos, médica Dr. Mónica Rosana Barroso y psicóloga Lic. Cecilia Cabrera, se los confirma.

Por los trabajos de alzada que dieran lugar a la sentencia, fíjense los emolumentos de la Dra. Elisabet Rosana Gutiérrez en la suma de (\$.), los del Dr. Timothy M. Martín en la de (\$.) y los de los Dres. Luis Alberto Pennino y José Luis Marcó -en conjunto- en la de (\$.). Por las tareas que dieran lugar a la

resolución de alzada de fs. 936, fíjense los emolumentos de la Dra. Elisabet Rosana Gutiérrez en la suma de (\$) y los del Dr. Luis Alberto Pennino en la de (\$).

En cuanto a los emolumentos fijados para retribuir la tarea de la mediadora, toda vez que el juez no la justipreció sino que se limitó a determinar los honorarios siguiendo la escala que establece la ley 24.573 (to por el decreto reglamentario 1.465/07) que fija la retribución de acuerdo a una escala cuya base es el monto de la sentencia o acuerdo al que arriben las partes, se rechaza el recurso interpuesto respecto de la retribución de la Dra. Graciela Silvia Barreiro, pues no corresponde apartarse de las pautas objetivas allí fijadas.

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

JOSE LUIS GALMARINI

(P.A.S.)

MARCELA PEREZ PARDO

VICTOR FERNANDO LIBERMAN

En disidencia parcial