

## Heridas Sufridas Por Un Hecho Delictivo A Bordo De Un Colectivo Fuerza Mayor Indemnizacion Por Razones De Equidad

### JURISPRUDENCIA

### Heridas sufridas por un hecho delictivo a bordo de un colectivo.

Fuerza mayor. Indemnización por razones de equidad

Se revoca la sentencia que hizo lugar a la demanda de daños y

perjuicios por las graves heridas sufridas por el accionante cuando fue asaltado el colectivo en el que viajaba como pasajero, por entender que se encuentra configurada la eximente de responsabilidad por fuerza mayor. Se otorga una reparación por razones de equidad.

En General San Martín, a los 10 días del mes de marzo de dos mil quince, se reúnen en Acuerdo Ordinario las señoras Jueces de la Sala Tercera de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial San Martín, para pronunciar sentencia en los autos caratulados: "ONETTO, JORGE LUIS C/ EXPRESO PARQUE EL LUCERO S.A. Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS", y habiéndose practicado oportunamente el sorteo que prescriben los arts. 168 de la Constitución Provincial y 266 del Código Procesal, resultó del mismo que la votación debía realizarse en el orden siguiente: Dras. Dora Mónica Gallego y Alejandra Inés Sánchez Pons, interviniendo la Dra. María Silvina Pérez, en virtud de la integración dispuesta a fs. 509 (art. 35 de la ley 5827 y Acuerdo 755/14 de esta Cámara). El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes: CUESTIONES 1ª) ¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada? 2ª) ¿Que pronunciamiento corresponde dictar? VOTACION A la cuestión propuesta, la señora juez Dra. Gallego dijo: I. Contra la sentencia de fs. 445/450vta. que rechaza la demanda incoada, interpone recurso de apelación la parte actora a fs. 451.- Expresa sus agravios a fs. 462/478, recibiendo contestación de la parte demandada a fs. 487/501 y de la citada en garantía a fs. 502/506.- Se agravia el apelante por considerar equivocado el pronunciamiento, en cuanto exime la responsabilidad de la empresa de transportes, encuadrando el hecho en un supuesto de fuerza mayor. Fija puntualmente su planteo en los siguientes ítems recursivos que luego exploya en su presentación: a) la omisión de aplicar normas constitucionales que protegen la salud y la seguridad de los consumidores. Al respecto cuestiona que no se haya regido la sentencia conforme lo dispuesto por los artículos 42 de la CN, 38 de la C. Pcial. y por la ley 24.240, considerando a su parte un usuario de la empresa sujeto a una relación de consumo a quien se le debe garantizar su salud y seguridad durante la duración del contrato de transporte, así como también un trato igualitario -en cuanto a las medidas de seguridad- respecto de las demás líneas de colectivos de la misma empresa; b) la violación del principio de congruencia. Alega que la sentenciante ha introducido una defensa no propuesta por la accionada (fuerza mayor), cuando la contestación de demanda se sostuvo con la invocación de la culpa de un tercero por el cual no le corresponde responder; c) la no aplicación de la sana crítica. Se queja por la falta de valoración de determinadas pruebas, fundamentalmente testimoniales, que demuestran tanto la peligrosidad de la zona por la cual circulaba el colectivo (dentro del cual ocurrió el hecho delictivo resultando víctima el actor) y otros antecedentes similares ocurridos, así como la falta de control satelital del interno -que sí tendrían otros ramales-. Situaciones estas -entiende- que tornaban previsible la posibilidad de robos y la consecuente obligación de la demandada de adoptar medidas de seguridad; d) la orfandad probatoria de la contraparte. Sostiene que a fin de probar su exoneración, la accionada ninguna prueba aportó al efecto, no habiendo la sentenciante valorado tal extremo; e) la errónea consideración del "casus" para exonerar la responsabilidad de la demandada. Manifiesta los requisitos esenciales para la procedencia de la exoneración de responsabilidad por fuerza mayor e indica que los mismos no se cumplen en el supuesto de autos; f) la no aplicación de la ley 24.240 (t.o. ley 26.361). Finalmente, concluye encuadrando el contrato de transporte en un supuesto de relación de consumo, haciendo valer sus derechos como consumidor, a la luz de la citada normativa.- II. Se trata el presente de un hecho delictivo ocurrido el día domingo 21 de octubre de 2007, aproximadamente a las 7.30 horas en el cual resultó víctima el Sr. Onetto quien viajaba como pasajero del colectivo interno N° 71 de la línea 341 de la Empresa de Transportes demandada.- Las partes son contestes en cuanto ocurrencia del mismo, no existiendo diferencias sustanciales en sus relatos (conf. demanda, fs. 53/72vta. y sus contestaciones de fs. 85/98 y fs. 149/161; arts. 330 inc. 4 y 354 inc. 1 y 2 del CPCC).- En tal entendimiento, y como surge además de las declaraciones testimoniales tanto del conductor del colectivo Leonardo Emmanuel Cudugnello (fs. 1) y del actor (fs. 6) obrantes en la causa penal 15-01-017228-07 que corre por cuerda, el Sr. Jorge Onetto ascendió al transporte citado, que efectuaba el recorrido "Azul por Polvorines", en la esquina de las calles Sucre y Marañón del Partido de Malvinas Argentinas. Luego de que el transporte efectuara un par de cuadras circulando por la calle Marañón, se levantaron de sus asientos cuatro pasajeros jóvenes y empezaron a gritar que era un asalto y a pegarle al actor en forma violenta -trompadas y patadas- a la vez que le reclamaban dinero y le robaban su teléfono celular hasta hacerlo caer al suelo donde le siguieron pegando. Que mientras eso ocurría los delincuentes desviaban el recorrido del vehículo y que, antes de descender, desde el estribo, uno de ellos le disparó al Sr. Onetto hiriéndolo gravemente en la pierna izquierda a la altura de su rodilla para luego darse a la fuga (art. 456 del CPCC).- III. Tiene

dicho la jurisprudencia que ?En el caso de transporte de personas, el pasajero debe acreditar solamente la existencia del daño y que éste se produjo mientras era transportado. Dados estos dos supuestos, la ley presume que dicho daño se produjo como consecuencia del transporte, siendo a cargo de la empresa portadora demostrar que él provino de un hecho de fuerza mayor o del accionar de la víctima o de un tercero por quien no deba responder. Tratándose de un supuesto de responsabilidad contractual objetiva, es carga del transportista probar que fue el accionar de la víctima, de un hecho fortuito o del actuar de un tercero por quien no debe responder, la causa del accidente. La hipótesis contemplada en la parte final del art. 184 del Cód. de Comercio -culpa de un tercero por quien la empresa no es civilmente responsable- configura un supuesto particular de caso fortuito, y para poder admitírsela como eximente, debe revestir los caracteres de imprevisibilidad e irresistibilidad, y las demás propias del caso, recayendo sobre quien la esgrime la carga de la prueba de la ocurrencia de tales requisitos? (conf. JUBA, sumario B2550479, CC0001 LZ 59530 RSD-513-4 S 18-11-2004).- Esta fuera de duda que la responsabilidad del transportista es de naturaleza objetiva y esta fundada en la obligación de seguridad (que la tendencia mayoritaria califica como obligación de resultado) de transportar al pasajero sano y salvo al lugar de destino. Aún así, la responsabilidad del transportista no es una responsabilidad absoluta; por el contrario, reconoce eximentes basadas en la ruptura de la relación causal cuya prueba incumbe al sindicado como responsable, es decir, a la empresa transportadora.- La cuestión a resolver es si la demandada ha probado alguna de las eximentes previstas: a) fuerza mayor; b) culpa de la víctima y c) culpa de un tercero por quien la empresa no sea civilmente responsable (conf. art. 184 del C. Cóm., cccte. 1113 del C.C).- En casos como el de autos -asalto del vehículo por delincuentes-, donde se alegan la primera y la última de las eximentes citadas, el problema gira en torno a la demostración de los caracteres de imprevisibilidad, inevitabilidad y ajenez del hecho. Las víctimas suelen sostener que, dada su frecuencia, estos hechos no pueden ser considerados ni imprevisibles, ni ajenos; por el contrario, son un riesgo inherente al transporte y, por su parte, las empresas entienden que son hechos inevitables, por su carácter de irresistible, y ajenos al riesgo propio del transporte, desde que el asalto a mano armada puede producirse en cualquier lugar (conf. Revista de Derecho de Daños. Eximentes de Responsabilidad - II. Aída Kemelmajer de Carlucci ?La Responsabilidad de la Empresa de Transporte Terrestre no ferroviario interurbano y el daño causado aun pasajero por delincuentes armados?, págs. 7/23, Edit. Rubinzal - Culzoni, 2006-2).- Conforme la obra citada tanto la doctrina como la jurisprudencia se han expedido en ambos sentidos más ?la tendencia doctrinal y jurisprudencial mayoritaria afirma que el caso fortuito que libera al transportador debe ser exterior y extraño al riesgo empresarial creado?. Las discrepancias surgen cuando se intenta encuadrar al asalto a mano armada realizado durante la ejecución del transporte como hecho que configura el caso fortuito: para un sector, este tipo de hechos no reúne los requisitos de ser extraño y exterior al riesgo creado ya que quien explota un servicio de transportes de pasajeros está asumiendo una actividad riesgosa susceptible de causar daños a sus transportados y no transportados y no existe diferencia, en cuanto a la naturaleza riesgosa de la actividad, entre el daño producido por una caída a raíz de una frenada brusca y el causado por un incidente dentro del vehículo en el que resulta lesionado por una bala, ya que el riesgo creado es el mismo, rigiendo en ambos casos la responsabilidad objetiva y siempre en el terreno de la responsabilidad extracontractual. Para otro sector, por frecuentes que sean, los asaltos a mano armada de terceros no ingresan en los riesgos propios de la empresa del transporte terrestre, advirtiéndose diferencias significativas entre un delincuente y un transeúnte u otro automovilista, o un vicio en la calzada, o en el propio automotor, hechos que obligan al conductor a realizar una maniobra que provoca daños a la persona transportada; en estos casos, se trata de riesgos inherentes al hecho de trasladar; el delincuente a mano armada, en cambio, carece de todo tipo de relación con la prestación a cumplir por el transportista. Finalmente, algunas decisiones no niegan que el asalto a mano armada sea un caso fortuito sino que indican que, en el supuesto a resolver, la empresa no ha acreditado ni la irresistibilidad del ataque, ni haber tomado algún tipo de medidas preventivas (conf. doctrina y jurisprudencias indicadas en la obra antes citada).- IV. No encontrándose discutida la ocurrencia del hecho, la prueba ofrecida por el actor apuntó a demostrar la previsibilidad del hecho, así como la falta de un control adecuado que garantice su seguridad como usuario del transporte.- De la causa penal N° 15-01-017228-07 que obra por cuerda, se destacan las declaraciones de las dos víctimas del hecho: el conductor Leonardo E. Cudugnello (fs. 1) y el actor, Jorge L. Onetto (fs. 6), de donde surge el relato de los hechos, procediéndose a su archivo a fs. 11.- Como prueba documental (fs. 14/30) -que fue certificada en cuanto a su autenticidad durante la etapa probatoria (fs. 233, 268, 269)- distintos informes periodísticos que relatan situaciones como la de autos ocurridas en el conurbano bonaerense en los últimos años.- Ofreció la parte actora también prueba testimonial. A fs. 199/200 el testigo Lucio Raúl Ibañes -no presencial- indicó que donde ocurrió el hecho es ?una zona insegura hay muchos hechos delictivos? y que ?Es común que suban chicos drogados a prepotear a la gente, carteristas, punguistas, sobre todo los fines de semana porque vienen de bailar de un lugar que queda en Ruta 8 y 197 donde hay dos bailantas muy pesadas; que viajan en esta línea hacia la zona donde vive el dicente donde ocurrió el hecho de autos?.- El testigo Eduardo Humberto Salazar (fs. 201 y vta. -no presencial-); relata que ?nunca presencié un hecho delictivo dentro del colectivo; que hay gente que comenta que le roban porque hay punguistas; que desgraciadamente a la señora del dicente le sacaron el monedero cuando viajaba en esa línea (341). Que

el recorrido del colectivo tiene lugares que son muy peligrosos como en todos lados, que no sabe donde sucedió el hecho de autos?. Que ?sobre la línea esa sabe que mataron a un colectivo... Que no sabe en qué circunstancias de hecho?, que ?lo sabe por comentarios en el mismo colectivo de la línea?.- El testigo Antonio Javier Turri (fs. 202 y vta. -no presencial-), también usuario de la línea refiere que ?que nunca le pasó nada, que no presencié hechos delictivos dentro del colectivo. Que el lugar donde sucedió queda cerca de la casa del testigo, unas siete cuadras; que en la zona están cerca rodeados de villas; hay 4 villas y allí donde dobla el colectivo hay un arroyo y allí vive gente al costado del arroyo en un asentamiento precario. Que los fines de semana hay mucho borracho en la zona que vienen del baile, que hay cerca un lugar para bailar, a veces suben al colectivo y no quieren pagar el boleto y tienen problemas con el chofer?; que ?no sabe de hechos delictivos en esta línea 341?.- Finalmente, a fs. 350/351 (4/8/2011) obra el testimonio del conductor del colectivo Leonardo Emmanuel Cudugnello, quien luego de relatar la situación vivida indicando que ?uno de los malvivientes... lo hizo desviar del recorrido en ese trayecto y lo hizo ir despacio mientras otros le robaban a los pasajeros?, agrega que ?el colectivo atraviesa barrios carenciados pero no es habitual que sucedan robos, que la empresa Parque Lucero no tiene dispositivos de seguimiento satelital; que Microómnibus Tigre hace poco pusieron control satelital; que la gente de Parque El Lucero es la misma que Microómnibus Tigre. Que en ese momento no había ninguna manera de conocer que el colectivo fue desviado del recorrido. Que no tiene vigilancia en las paradas de colectivo, tampoco personal que ascienda y descienda del colectivo, que la empresa mantiene el mismo recorrido no cambiándola por ese motivo?.- V. En una situación de hecho distinta a la de autos (mi voto en causa N° 58.196 del 10/6/2008 cuando integraba la Sala Primera de este Tribunal), pero similar en lo sustancial que se plantea se expresó que ?La situación de inseguridad existente en el conurbano bonaerense al tiempo del hecho, la cual lamentablemente, persiste hasta la actualidad, no implica la obligación de quien posee un comercio de contar con seguridad privada. Puede ser un servicio más para atraer clientela, pero no una obligación, cuya ausencia le atribuya responsabilidad por los eventuales ilícitos que terceras personas puedan llevar a cabo en los establecimientos. Los tribunales nacionales con asiento en la Ciudad de Buenos Aires, que tampoco es ajena a estas circunstancias y tipo de hechos, sostuvieron que ?no puede achacarse a ningún ciudadano que cuente con una vigilancia o fuerza de seguridad especial para ejercer una actividad a menos que el propio Estado a través de sus órganos reguladores así lo disponga por las características de la actividad en cuestión? (Cám. Nac. Civ., Sala C, 19-12-2006 ?Biscione c/ Almaga S.R.L.? (JA 2007-II, fascículo n° 11). Y la misma Corte Suprema de Justicia de la Nación determinó que ?es arbitraria la sentencia que atribuyó responsabilidad extracontractual a una inmobiliaria por los perjuicios que sufrió el comprador que fue despojado de su dinero en dicho establecimiento por asaltantes con armas de fuego, con sustento en el incumplimiento de un deber de seguridad, pues no existe disposición legal alguna que imponga dicho deber -art. 1074 C. Civil- configurándose además un caso fortuito -art. 514, cuerpo legal citado-, atento a la fuerza irresistible resultante de la portación de armas?. Agregando este fallo que ?cuando contingencias como las que nos ocupan pudieran ser consideradas previsibles en términos generales, ello no resultaría decisivo para determinar la responsabilidad de la demandada en tanto el robo haya sido cometido por delincuentes armados, dado que ello tornaría al hecho inevitable en los términos del art. 514 del C. Civil? y que ?frente a ciertas circunstancias la fuerza irresistible resultante de la portación de armas por parte de malhechores en la perpetración de un asalto hace impensable cualquier hipótesis de resistencia debiendo entenderse configurado, en esos casos, el hecho inevitable caracterizado por el art. 514 del C. Civil? (Corte Sup., 2-11-2003 ?Finardi, alberto v. D'Odorico Propiedades S.R.L.?, fallo publicado en ?Responsabilidad Civil y Seguros? Ed. La Ley, tomo 2003, p. 494)?.- VI. Conforme hasta lo aquí expuesto considero que en el caso, se dan, en principio, los extremos para eximir de responsabilidad del hecho a la demandada por la causal de fuerza mayor.- Las pruebas ofrecidas no indican una previa inobservancia por parte de la demandada de sus obligaciones de seguridad -inherentes al tipo de servicio que ofrece (arts. 184 del C. Com., 375 y 384 del CPCC). La situación de hecho sufrida por el actor excede su poder de control y/o previsión, no pudiendo la cita de antecedentes similares o bien los testimonios ofrecidos, servir de fundamento para entender que existió una culpa previa en la custodia a cargo del responsable.- Conforme indica la Dra. Kemelmajer de Carlucci en la obra antes mencionada citando a Anaya ?el vandalismo es una de las afligentes manifestaciones del desorden en la moral social, de la desintegración cultural, de la entropía generalizada en los grandes centros urbanos. No se trata, por ende, de un tipo de agresión localizado en el transporte público de pasajeros. Por lo tanto, no resulta justo poner a cargo de los transportistas la previsión, la represión o el control de estas manifestaciones de violencia que no se producen con previas advertencias sobre el lugar y el momento sino que se amparan en la impunidad que acompaña a la sorpresa de su acaecimiento?.- En relación al argumento del testimonio del conductor del colectivo -respecto a la falta de monitoreo satelital del vehículo- entiendo que tampoco procede, pues más allá que del mismo se desprende que la implementación del sistema en otra empresa (Microómnibus Tigre) habría sido ?hace poco? en relación a la fecha en la que declara (4/8/2011), es decir, que mínimamente no es claro se estuviere utilizando a la fecha del hecho (21/10/2007), tampoco dicha medida garantizaría evitar el lamentable resultado.- Conforme la obra citada, se expresó que ?no puede exigirse a la empresa que tenga un policía en cada unidad que presta servicios en el área urbana desde que,

aunque lo tuviese, el control podría eventualmente llegar a tener un efecto disuasorio, pero no sería efectivo para los delincuentes que suben en grupo, o con otro colaborador; en efecto, tener controles humanos en cada unidad no parece una medida proporcionada ni razonable dada la evidente diferencia que existen entre el micro y su recorrido, y el ferrocarril, a punto tal que para el ferrocarril algunas normas reglamentarias establecen expresamente obligaciones en tal sentido, normas inexistentes, por el momento, en otro tipo de transportes terrestre?.- No corresponde entonces imponer a la empresa de transportes demandada la obligación de reparar a título de responsabilidad.- VII. El artículo 907, segundo párrafo del Código Civil, regla la indemnización de equidad, en casos de hechos involuntarios, teniendo en cuenta la importancia del patrimonio del autor del hecho y la situación personal de la víctima.-

No estamos frente a un caso de hecho involuntario, pero si trascendemos la casuística del artículo 907 citado, el espíritu de esta norma nos lleva a los principios generales del derecho, donde la equidad es un valor fundamental a tener en cuenta en toda decisión judicial.- Una solución justa del caso requiere una compensación fundada en razones de equidad. No es la misma situación patrimonial de una empresa de transportes con fines de lucro, como la demandada, frente a un usuario del servicio -pasajero- que no posee bienes (conf. Beneficio de Litigar sin Gastos; testimonio sentencia, fs. 446).- La fijación de una indemnización de equidad es una norma de carácter excepcional. Se trata de un resarcimiento, y no ¿del? resarcimiento, no es el principio de reparación integral, sino el establecimiento de algún remedio para el infortunio en la medida en que la equidad lo exige (conf. Llambias, J.J., ¿Cód. Civ. Anot.?, T. II-B, coment. art. 907; mi voto como juez de Primera Instancia en Expte. 44.147 de febrero de 2002 en autos ¿Schwindt, Frida c/ Deutsche Bank Argentina S.A. s/ Daños y perjuicios?. Criterio confirmado por la Sala Primera de este Tribunal conforme sentencia -en los mismos autos- del 4 de diciembre de 2002, Reg. D-117/02 -Causa Nº 46.434) donde se dijo: ¿Decía el doctor San Martín, llevando el voto de la mayoría de la Excma. Suprema Corte de Justicia, (Ac. 79.389, in re: "Castillo, Julio David c/ Estado de la Provincia de Buenos Aires y otro s/ Daños y perjuicios" del 22-6-2.001) con proficua e ilustrativa cita doctrinaria, citando a su vez un voto del doctor Laborde (Ac. 48.973, sent. Del 17-II-98, D.J.B.A, 154-226 "La Ley Buenos Aires", 1998-720) que existen supuestos en lo que a pesar de no concurrir la antijuricidad, el derecho estima que deben establecerse consecuencias dirigidas a compensar al titular del interés sacrificado. Citando a Gesualdi agregará que no existirá obligación de resarcir el daño ocasionado si hay una causa de justificación que excluye la antijuricidad, sin embargo compartiendo el pensamiento de Zavala González, afirma que la indemnización no es producto de la reprobación del acto, sino de la equidad que intenta subsanar sus consecuencias. No se desdobra la esencial unidad lógica entre el acto y el resultado, sino que se modifica la perspectiva jurídica del problema, con el objeto, ni más ni menos, de satisfacer doblemente el interés general (evitar un mal mayor) y el interés privado (la reparación del perjuicio sufrido por la víctima). Por último sostiene Dora Mariana Gesualdi, citada en el voto, ("De la antijuricidad a las causas de justificación" en "Responsabilidad por daños en el tercer milenio". Ed. Abeledo Perrot, Bs.As., 1.997, pág. 143 y ss.). "No se me escapa que otros autores afirman que debe indemnizarse a base del enriquecimiento sin causa, casi la expropiación privada, la solidaridad o la reparación de los daños. Pero todos coinciden en que la reparación no será plena? (conf. Sala Primera, en causa Nº 46.434 antes citada del 4/12/02, voto del Dr. Manuel Augusto Sirvén).- El monto que debe abonarse en razón de equidad responde a los principios generales del derecho y de justicia distributiva en cuanto tiende a repartir el sacrificio del hecho dañoso entre la empresa de transportes y uno de sus usuarios (conf. Sala Primera en causa Nº 46.434 del 4/12/02).- Corresponde entonces, determinar las secuelas del hecho vivido por la víctima.- El actor fue trasladado en primer término al Hospital Dr. Ramón Carrillo de Los Polvorines (conf. libro de guardia e Historia clínica de fs. 234/248) y, posteriormente al Centro de Alta Complejidad Dr. Rene G. Favaloro del Partido de Malvinas Argentinas (conf. fs. 249/260).- Informa el médico legista a fs. 13vta. de la causa penal Nº 15-01-017228-07, con fecha 24/10/2007 (a tres días del hecho), el actor, de 58 años de edad presenta: ?1. Múltiples lesiones excoriativas, de forma irregular, sobre el dorso de la nariz, la mejilla derecha arcada cigomática izquierda, dorso del antebrazo derecho y ara anterior del antebrazo izquierdo. 2. lesión contuso cortante, de forma lineal, suturada, sobre la cara externa del tercio superior de la pierna izquierda. Muestra un par radiológico en el que se puede observar un elemento radio opaco, como un proyectil de arma de fuego. El causante muestra una regular dificultad para la flexión dorsal del pie, y dada la zona donde ingresara el proyectil, es posible que haya determinado una lesión del nervio ciático poplíteo externo, que deberá ser nuevamente evaluado en un plazo no menor a 45 días, y 3. En las demás zonas, donde según sus dichos fueron asiento de traumatismos, por el carácter de los mismos o por el tiempo transcurrido, no dejaron secuelas de interés médico legal?.- En el dictamen pericial efectuado en estas actuaciones a fs. 322/323 (23/5/2011), informa el Perito Médico que al examen radiológico, a nivel de la rodilla izquierda, en zona posteroexterna se observa imagen de aspecto metálico compatible con proyectil de arma de fuego, lo cual le provoca una limitación en su movilidad tanto de flexión como de extensión en comparación con la rodilla derecha, lo cual le representa una incapacidad del 20% de carácter permanente, que se visualiza por la renguera. Indica también que requirió en su oportunidad limpieza mecánica y quirúrgica de la herida no pudiéndose extraer el proyectil a la fecha.- El dictamen recibió las observaciones de la citada en garantía a fs. 333 y vta. y el pedido de explicaciones del actor a fs. 335 y de la empresa de transportes

demandada a fs. 336/337, habiendo contestado el perito a fs. 342 y vta., 361 y fs. 436 y vta., sin observarse mayores datos de interés (arts. 473, 474 y 384 del CPCC).- Obra también a fs. 301, contestación de oficio de ?Maquinarias F.B. S.R.L.? donde trabajaba el actor, informando que, como el hecho se produjo en un día no laborable, tal circunstancia no fue denunciada a la ART que cubre al personal de la empresa. De cualquier manera -se informa- que la empresa abonó al Sr. Onetto la totalidad de los días en los cuales estuvo con licencia médica, adjuntando copia de los recibos de haberes de la segunda quincena de octubre de 2007 y la primera de noviembre de 2007, por un total de 135 horas laborales.- Por otra parte, en la pericia psicológica de fs. 344/347 del 15/7/2011, dictamina la perito que el actor presenta un cuadro de Estrés Postraumático leve que guarda relación de adecuada causalidad con el hecho de autos. El mismo le representa una incapacidad parcial y permanente del 10% del VTO. El dictamen fue observado por la parte demandada a fs. 365/367, y contestado por la Perito a fs 376/377vta. sin observarse mayores datos de interés.- Conforme lo expuesto, contemplando la particularidad del suceso vivido por la víctima, las secuelas psicofísicas derivadas de éste así como la características personales del actor, un hombre de 58 años de edad que trabajaba en relación de dependencia (conf. fs. 301), encuentro ajustado a derecho, conforme los fundamentos de la indemnización citados, fijar a su favor la suma de pesos ... (\$ ...), (doct. art. 907 y cccts. del Código Civil, 384 y 165 del CPCC).- Por todo lo expuesto, a la primera cuestión voto por la NEGATIVA.- A la primera cuestión, la Señora Juez Dra. Sánchez Pons dijo: Coincido con la solución propuesta en el voto que antecede respecto de la existencia en el caso de autos de causales de exclusión de la responsabilidad de la demandada, lo que motiva el rechazo de la acción intentada (arts. 1.113 y cdtes del C.Civil y 184 del Código de Comercio).- No comparto en cambio la fijación de una indemnización de equidad que allí se propone.- La finalidad de tal indemnización es posibilitar la reparación de aquellos perjuicios involuntarios, imputables ?en su materialidad? a quienes poseen medios económicos, que, con fundamento en la equidad y en la justicia distributiva, permitan dar a la víctima una reparación adecuada, a los fines de mantener el equilibrio vulnerado por el hecho involuntario (conf. Bueres-Highton ?Código Civil y normas complementarias - Análisis doctrinario y jurisprudencial? T° 2B, ed. Hammurabi, pág. 439).- Se requiere por lo tanto que dicha reparación sea a cargo del autor del hecho, debiendo tenerse en cuenta para su fijación, la especial situación de ambos protagonistas, en el entendimiento de que no constituye una sanción sino la necesidad de satisfacer el interés social, restableciendo el equilibrio jurídico económico alterado por el daño (conf. Mosset Iturraspe, Jorge- Piedecabras, Miguel A. ?Responsabilidad por Daños?, ed. Rubinzal Culzoni, T° XI, págs. 91 y sgtes.).-

Ello se condice con el carácter excepcional de la norma, que sólo autoriza al juez la concesión de la indemnización cuando medien razones convincentes de equidad (Raffo Benegas, Patricio y Sassot, Rafael Alejandro ?Indemnización por razones de equidad -art. 907 del Código Civil- J.A. Doctrina 1970-773 citado en Mosset Iturraspe-Piedecabras, obra y tomo citados, págs. 95/96).- Ha sostenido asimismo Mosset Iturraspe, que la equidad como valor social implícito en todo ordenamiento legal constituye un poder moderador atribuido al juez, que se encuentra facultado a ?... imponer el deber de reparar el daño al autor de un acto involuntario, quien por tal razón no se encontraba legalmente obligado a ella...?, concluyendo luego que no es dable aludir a una responsabilidad sin mediar una relación de causalidad, y que la norma del art. 907 del Código Civil, al disponer la mentada indemnización de equidad a favor de la víctima de un daño, no está dejando de lado esa vinculación entre hecho y resultado, enfatizando que puede faltar la voluntariedad del obrar, pero no la relación de causalidad (conf. Mosset Iturraspe, Jorge, ?La indemnización de equidad...?, J.A. 2000 IV-1107, el resaltado me pertenece).- También Gesualdi, al referirse al tema, compartiendo la opinión de Zavala de González, sostiene que en este tipo de indemnización, que no es producto de la reprobación del acto, sino de la equidad, no se desdobra la esencial unidad lógica entre el acto y el resultado (el resaltado me pertenece, conf. Gesualdi Dora Mariana ?De la antijuridicidad a las causas de justificación? en ?Responsabilidad por daños en el tercer milenio?, pág. 143 y sgtes., citado en S.C.B.A., Ac. 79.389 del 22 de junio de 2001, voto del Dr. San Martín).- Ha señalado también nuestro Superior Tribunal Provincial, que: ?... Cierto es, no obstante, que la norma del art. 907 del Código Civil otorga a los magistrados la potestad de disponer la citada indemnización de equidad aún frente a la ausencia de planteo de parte, mas en autos no es posible verificar sus indefectibles presupuestos de procedencia, pues no es posible reconocer siquiera la vinculación material entre el demandado y el daño cuya reparación de equidad se pretende (arg. arts. 901, 903, 904, 1113 segunda parte del segundo párrafo y concs., Cód. Civil). Si el daño ocasionado al accionante debe ser atribuido exclusivamente a un tercero por quien el demandado no posee obligación de responder (fs. 772/772 vta.), y ningún reproche -por acción u omisión- es posible efectuar a éste, tal como ha sucedido en autos, no tratándose de un hecho involuntario del demandado que hubiera perjudicado al accionante, un eventual resarcimiento por aplicación del principio receptado en el art. 907 segundo apartado del Código Civil resulta improcedente (conf. arg. análogo. Ac. 69.025, sent. del 13-VII-1999)...? (conf. S.C.B.A. Ac. 97.843 del 16 de diciembre de 2009 ?Chiabrera, María Trinidad c/ Servicios Viales S.A. s/ Daños y Perjuicios).- Y asimismo, ?... No corresponde acordar una indemnización en concepto de equidad (art. 907 2° parte del C.C., texto ley 17.711)... no tratándose de un hecho involuntario del principal... No es posible que frente a cualquier daño se otorgue una reparación ajena a la ley, y que no tendría otro fundamento que la de una posición

sentimental (Cám. Nac. Civ., Sala C, set. 7-1971, E.D., 39-493)? (conf. S.C.B.A. Ac. 69.025 del 13 de agosto de 1999).- Hecha esta breve reseña, he de referirme al puntual caso de autos, destacando tal como adelantara, que entiendo no se verifican en la especie circunstancias que permitan su aplicación.- Tal como se ha dicho en la sentencia -que en ese aspecto se propone confirmar-, el daño sufrido por el actor no ha sido materialmente causado por la demandada -a quien, como ya se dijera, tampoco se ha encontrado responsable del hecho en virtud de una responsabilidad objetiva-. Por lo tanto nos encontramos frente a un hecho de un tercero -no demandado en autos-, lo que ya de por sí impide la aplicación de esta solución.- Estimo que es clara la norma -conforme se ha interpretado doctrinaria y jurisprudencialmente- en cuanto a que lo que se pretende es una distribución del daño causado, pero debiendo existir una vinculación material entre el hecho del demandado y el daño, circunstancia no acaecida en la especie.- Pero más allá de ello y si bien no desconozco la necesidad de arribar a soluciones equitativas, en situaciones donde la víctima tiene que soportar solitariamente el daño producido, lo cierto es que no puede por este medio ampliarse el espectro de los obligados, haciendo recaer el deber de indemnizar en personas que resultan ajenas al hecho, llevando así en todos los casos similares, a la adopción de este tipo de soluciones en contraposición a lo establecido en materia de responsabilidad (arts. 1.068, 1.077, 1.081, 1.109, 1.113 y cdtes. del C. Civil).- Es que la mentada norma no otorga al juez la facultad de determinar obligaciones indemnizatorias si no se presentan los condicionantes que surgen de la misma y del sistema de responsabilidad (conf. Márquez, José Fernando ?Las facultades judiciales en la indemnización de equidad del artículo 907 del Código Civil?, comentario al fallo de la S.C.B.A. 97.843, antes citado, publicado en La Ley on line AR/DOC/3511/2010).- No considero que el espíritu de la norma en tratamiento sea extender su aplicación a supuestos no contemplados en ella, por el solo hecho de tratarse de sucesos acontecidos en el ámbito de empresas que realizan actividades lucrativas.- Ello desnaturalizaría su propósito, que pretende otorgar una solución excepcional entre el autor material y la víctima, frente a especiales situaciones que así lo ameriten, extremo éste que resulta, a mi entender, ajeno al caso de autos.- Por lo tanto, y reiterando que no se verifica en la especie el supuesto previsto por el art. 907 del Código Civil, estimo que no procede la indemnización propiciada en el voto que antecede.- En virtud de lo expresado y disposiciones legales, jurisprudenciales y doctrinarias citadas estimo que debe confirmarse íntegramente la sentencia apelada, con costas de Alzada a la recurrente que resulta vencida (art. 68 del C.P.C.C.), sin acordarse la indemnización de equidad que se propone.- Voto por la AFIRMATIVA.- A la primera cuestión, la Señora Juez Dra. Pérez dijo: En atención a las particularidades del hecho que aquí se analiza, entiendo que la solución propuesta por mi colega Dra. Gallego, resulta la más adecuada a fin de responder, mediante la reparación de equidad, los perjuicios sufridos por el usuario frente al hecho delictivo desarrollado en el marco del contrato de transporte.- En tal sentido, adhiero a los fundamentos expuestos por la Sra. Juez Dra. Gallego.- Voto por la NEGATIVA.- A la segunda cuestión, la señora Juez Dra. Gallego dijo: Atento el resultado de la cuestión anterior, corresponde revocar la sentencia apelada, haciendo lugar a la demanda incoada por Jorge Luis Onetto contra Expreso Parque El Lucero S.A., condenando a ésta última a abonar al actor la suma de pesos ... (\$ ...), haciendo extensiva la condena a la citada en garantía Protección Mutual de Seguro del Transporte Público de Pasajeros, con más la tasa de interés que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones de plazo fijo (Pasiva), desde la fecha del hecho (21 de octubre de 2007).- En atención al modo en que se resuelve, las costas de Primera Instancia, así como las de esta Alzada se imponen a las partes en el orden causado (art. 68 del CPCC), difiriéndose la regulación de honorarios para la etapa procesal oportuna (art. 31 del dto. ley 8.904/77).- Así lo voto.- A la segunda cuestión, la Señora Juez Dra. Sánchez Pons dijo: En atención a los fundamentos expresados en la cuestión anterior, corresponde confirmar la sentencia apelada en todo lo que ha sido materia de agravio.- Las costas de Alzada deberán imponerse a la parte actora en su calidad de vencida (art. 68 del CPCC), difiriéndose la regulación de honorarios para la etapa procesal oportuna (art. 31 del dto. ley 8.904/77).- Así lo voto.- La señora Juez Dra. Pérez, adhiere a la segunda cuestión propuesta por la Dra. Gallego, votando en igual sentido.- Con lo que terminó el Acuerdo, dictándose la siguiente SENTENCIA Por lo expuesto, por mayoría, se revoca la sentencia apelada, haciendo lugar a la demanda incoada por Jorge Luis Onetto contra Expreso Parque El Lucero S.A., condenando a ésta última a abonar al actor la suma de pesos ... (\$ ...), haciendo extensiva la condena a la citada en garantía Protección Mutual de Seguro del Transporte Público de Pasajeros en los términos del seguro contratado (art. 118 de la L.S.), con más la tasa de interés que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones de plazo fijo (Pasiva), desde la fecha del hecho (21 de octubre de 2007). Se imponen las costas de Primera Instancia, así como las de esta Alzada por su orden (arts. 68 y 274 del CPCC), difiriéndose la regulación de honorarios para la etapa procesal oportuna (art. 31 del dto. ley 8.904/77). REGISTRESE. NOTIFIQUESE. DEVUELVA SE.- DORA MÓNICA GALLEGO ALEJANDRA INÉS SÁNCHEZ PONS MARÍA SILVINA PÉREZ BRUNO J. GORGONE SECRETARIO

001522E