

Danos Sufridos En Un Colectivo Caída Al Descender

JURISPRUDENCIA

Daños sufridos en un colectivo. Caída al descender

Se

revoca la sentencia apelada y se hace lugar a la demanda incoada con motivo de los daños que alega haber sufrido la accionante, vinculados con el viaje realizado en un colectivo de la empresa demandada. En la Ciudad de Morón, Provincia de Buenos Aires, el 03 de Diciembre de 2015, reunidos en la Sala de Acuerdos del Tribunal, los Señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Segunda, del Departamento Judicial de Morón, Doctores Jose Luis Gallo y Felipe Augusto Ferrari, para pronunciar sentencia definitiva en los autos caratulados: "MAMONE MARIA ANTONIAC/ DI COCCO DONATO Y OTROS S/DAÑOS Y PERJ.AUTOM. C/LES. O MUERTE (EXC.ESTADO)", Causa N° MO-30177-2011, habiéndose practicado el sorteo pertinente -arts. 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires- resultó que debía observarse el siguiente orden: GALLO-FERRARI, resolviéndose plantear y votar la siguiente: CUESTION ¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada? VOTACION A LA CUESTION PROPUESTA EL SEÑOR JUEZ DOCTOR GALLO, dijo: I.- Antecedentes 1) El Sr. Juez Titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial nro. 7 Departamental a fs. 582/8 dictó sentencia en la que resolvió rechazar la demanda entablada con costas a la actora.- 2) Contra tal forma de decidir se alzó a fs. 589 la accionante interponiendo recurso de apelación; el mismo fue concedido libremente a fs. 595 y se fundó con la expresión de agravios de fs. 603/7vta., replicada a fs. 611/612vta.- 3) A fs. 614vta., se llamó "AUTOS PARA SENTENCIA", providencia que al presente se encuentra consentida dejando las actuaciones en condición de ser resueltas.- II.- Las quejas Se queja la parte actora del rechazo de su demanda, habla de la incorrecta valoración de las pruebas, se refiere a las declaraciones testimoniales allegadas por su parte, reseña -luego- que la contraria no aportó prueba sustancial a fin de probar algún eximente de responsabilidad; añadiendo que la responsabilidad de la empresa transportadora resulta presumida, argumentando en tal sentido.- Así, concluye que la responsabilidad de la contraria es incuestionable y la única manera de desligarse es demostrando que el accidente provino de fuerza mayor o sucedió por culpa de la víctima o de un tercero por quien aquel no sea civilmente responsable, situación que no aconteció en autos, y por el contrario su parte corroboró que hubo responsabilidad del transportista.- A los términos de la fundamentación recursiva cabe remitirse brevitatis causae.- III.- La solución desde la óptica del suscripto En orden a dar respuesta a la cuestión planteada, y a modo de introducción, debo esquematizar -muy someramente- el objeto de este proceso, como así también la postura de ambas partes.- Se trata de un reclamo de daños y perjuicios, entablado por la Sra. Mamone contra la empresa de transportes y el chofer del colectivo; la actora sostiene haber sufrido ciertos daños vinculados con el viaje realizado por ella en un colectivo de la empresa demandada (ver fs. 177vta./178vta.), habiendo -a su turno- los accionados y la citada en garantía resistido la pretensión, sin desconocer el hecho pero alegando como eximente la conducta de la propia víctima (ver fs. 229/231, 255/vta. y 273/vta.).- Realicé esta introducción previa a efectos de irnos aproximando al encuadre jurídico de la cuestión, luego volveré sobre los relatos liminares.- Y así -antes que nada- debemos determinar si el caso debe juzgarse a la luz de las nuevas previsiones del CCyCN o en el contexto normativo vigente al momento de acaecer los hechos.- Es del caso señalar que el art. 7 del nuevo Código determina (con una redacción que -en lo que interesa al presente- es casi idéntica a la del art. 3 del ordenamiento derogado) 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?.- La aplicación inmediata de la ley es el principio consagrado en la primera cláusula del artículo, en función del cual las leyes se aplican a las nuevas situaciones o relaciones jurídicas que se creen a partir de la vigencia de la ley y a las consecuencias que se produzcan en el futuro de relaciones o situaciones jurídicas ya existentes al momento de vigencia de la ley. Señalando la doctrina que en estos casos no hay retroactividad ya que la nueva ley solo afecta a las consecuencias que se produzcan en el futuro (cfe. FERREIRA RUBIO, Delia M., en AA.VV. Código Civil Comentado, BUERES, Alberto (dir.) -HIGHTON, Elena (coord), T 1, ps. 10/11).- Ahora bien, a la luz de lo expuesto cabe determinar si casos como el presente deben resolverse con apoyatura en la normativa vigente al momento de la sentencia (art. 184 C. Com.) o si deviene de aplicación la nueva preceptiva del Código Civil y Comercial de la Nación.- Desde que la determinación de cual es la preceptiva aplicable resulta esencial en la sentencia (arts. 171 Const. Pcial., 34, 163 CPCC) y en tal sentido la jurisdicción debe explicitar suficientemente los motivos y fundamentos de su decisión, es que juzgo imprescindible esta aclaración previa.- Y ya dando una respuesta al tema, estimo que -para el juzgamiento de la responsabilidad- debemos apoyarnos en la normativa vigente al momento de acaecer los hechos.- Coincido, en tal sentido, con lo sostenido por autorizadísima doctrina; dijo la Dra.

Kemelmajer de Carlucci (integrante incluso de la Comisión Redactora del Proyecto que terminó sancionándose como nuevo ordenamiento) que ¿si la Cámara revisa una sentencia relativa a un accidente de tránsito, aplica la ley vigente al momento de ese accidente; en agosto de 2015 la revisará conforme el artículo 1113 del Cód. Civil, no porque así resolvió el juez de primera instancia, sino porque la ley que corresponde aplicar es la vigente al momento que la relación jurídica nació (o sea, el del accidente)? (Kemelmajer de Carlucci, Aída, El artículo 7 del Código Civil y Comercial y los expedientes en trámite en los que no existe sentencia firme, LL 2015-B, 1146).- Coincido totalmente con tal postulación, y con los demás conceptos delineados en dicho artículo: lo dirimente no es la normativa que haya aplicado el juez de primera instancia, sino la que corresponde aplicar de acuerdo al régimen vigente al momento de tener que dictar nuestra resolución.- En otra obra de su autoría, y con cita de Roubier, la encumbrada jurista es categórica: la responsabilidad civil se rige por la ley vigente al momento del hecho antijurídico dañoso (KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes, Rubinzal Culzoni Editores, ps. 100/101), evocando múltiples precedentes judiciales en el mismo sentido.- Es incluso, y como bien lo recuerda la autora, la posición que ha adoptado -en algún caso- la cimera jurisdicción local (Sup. Corte Bs. As., 2/3/2011, ca. C 107.423, publ. en Cuadernos de Doctrina Legal, nro. III, ps. 19 y sigtes.), donde el tribunal señalaba -memorando incluso sus precedentes anteriores- que ¿el art. 3 del Código Civil establece que las leyes valen a partir de su entrada en vigencia aún para las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, es decir que consagra el principio de la aplicación inmediata de la legislación nueva que rige para los hechos que están en curso de desarrollo al tiempo de su sanción. Empero la misma no resulta aplicable respecto de hechos consumados con anterioridad a su vigencia? (el resaltado me pertenece).- Y aquí, insisto, se da esta circunstancia con lo cual, estimo que el juzgamiento de la responsabilidad deberá efectuarse con apoyatura en las normas del Código Civil vigente al momento de acaecer los hechos.- Tesitura, incluso, que me parece la mas razonable y acorde al resguardo del derecho de defensa de las partes: es que si todo el procedimiento se llevó a cabo partiendo de la base de que los hechos estaban regidos por determinado ordenamiento, orientándose en tal sentido la actuación procedimental (esencialmente: alegación y prueba) el cambio del ordenamiento jurídico aplicable para decidir no es solo cuestión que incumba al ejercicio del iura novit curia (al momento de sentenciar) sino también a lo que pudieran haber actuado las partes a lo largo del trámite; luego, al entrar en juego un ordenamiento que no era el vigente en los albores del proceso, el surgimiento de nuevos argumentos y, especialmente, la posible relevancia de otros hechos y circunstancias fácticas (que difícilmente puedan ya acreditarse, pues la etapa de ofrecimiento ya habrá transcurrido) podrían llegar a menoscabar, en ciertos casos, el ejercicio de aquel derecho. Empero, como aquí eso no sucede (por las razones ya dadas), no caben mayores reflexiones sobre el particular.- Zanjada tal cuestión, recordaré que esta Sala ha señalado (causa nro. 56.818, R.S. 334/09) que: "el Código de Comercio se ocupa en el artículo 184 de la responsabilidad de los empresarios de transporte en caso de muerte o lesión de pasajero. La norma está literalmente referida al supuesto de accidentes ocurridos durante el transporte ferrocarril. Pero la doctrina y jurisprudencia ha extendido su ámbito de aplicación a los que ocurran en cualquier medio de transporte. Así, se ha decidido que los principios del art. 184 se aplican al transporte automotor de pasajeros, sobre todo cuando es realizado en forma de Empresa; a todos los servicios públicos de transporte, cualesquiera sean los vehículos utilizados, inclusive colectivos y taxímetros o automóviles de "remise". (CNFed. Sala 1ra., Civ. y Com. 18-9-70, J.A. 9-1971-164; S.C.J.B.A. 31-5-60; A.S. 1.960-IV-170; Cám 2da. C.C. La Plata Sala 3ra., 13-3-62; Cód. de Com. Comentado Juan Carlos Fernández Madrid T ° D).- Es decir, el transportista asume una obligación fundamental de resultado; el desplazamiento o conducción del pasajero sano y salvo hasta el lugar de destino. La mentada obligación no expira con el cumplimiento del traslado del viajero sino también asume una obligación de seguridad y de vigilancia para que no sufra su integridad personal. Sin lugar a dudas estamos frente a una relación contractual (pasajero-empresa) y la ejecución debe de efectuarse de acuerdo a lo convenido, conduciéndose al pasajero al lugar de destino, por la ruta y en el tiempo establecido o el que resulte de las reglamentaciones.- El citado artículo (184 del Código de Comercio) para la relación precedentemente indicada establece una responsabilidad objetiva, como una expresión del riesgo creado. En consecuencia, el pasajero debe probar el contrato de transporte y el daño sufrido pero no es necesario que pruebe la culpa del transportista, pues dicha norma presume la responsabilidad del mismo y por ende, incumbe al transportador la prueba de alguna causal eximente de responsabilidad (SCJBA 31-5-60; A.S. 1960-IV-1.970); ya que priva el principio de la inversión de la prueba. Tales causales son; la fuerza mayor, la culpa de la propia víctima o el hecho de un tercero por el que el transportista no es civilmente responsable".- Ahora bien, en el contexto descripto es claro que incumbía a la actora dejar suficientemente demostrada la existencia del hecho en sí, como así también su vinculación (nexo causal) con los daños en virtud de los cuales viene a reclamar, con esto levantaría su carga -y en caso de no lograr acreditar alguno de estos extremos se diluiría la responsabilidad del transportador-; luego, si el actor probaba los extremos a su cargo, incumbiría a la demandada la alegación -y demostración- de alguno de los eximentes legales ya descriptos.- En el caso, el hecho llega admitido, pero se ha esgrimido como defensa la eximente vinculada con la conducta de la víctima.- Ante este cuadro de situación, debemos acudir al plexo probatorio,

dejando en claro -para ello- que "como regla el Juez tiene el deber de apreciar la prueba lo que no implica la obligación de referirse en detalle a cada uno de los elementos aportados, SINO SELECCIONARLOS A FIN DE FUNDAR EL FALLO en lo mas fehaciente" (SCBA, DJBA t. 36, págs. 393 y 471 DJBA; SCJBA Agosto 4/53 "Emmi Antonio y otra c/ Carnevale Nicolás") y que según lo determina el artículo 384 del ritual habrán de apreciarse, conforme las reglas de la sana crítica, las que fueran esenciales y decisivas para el fallo de la causa.- Sentado ello, es tiempo de volver a los escritos fundacionales del litigio, y especialmente sobre el escrito de demanda, sobre el cual se ha apoyado el sentenciante para decidir (ver fs. 586, cuatro párrafo).- La actora, en su demanda, relata los pormenores de su ascenso al colectivo de la línea 182, para luego señalar como la cantidad de pasajeros en el mismo fue aumentando a lo largo del recorrido y que, hallándose sentada a escasos metros de la puerta de ingreso de adelante, al llegar al lugar donde debía descender, el acceso a la puerta trasera era imposible en virtud de la gran cantidad de pasajeros que se hallaban a bordo de la unidad; dice "la aglomeración era tan grande que no se podía transitar, había personas hasta en los accesos a las puertas. Inclusive el chofer tenía su visual disminuida por la gran cantidad de gente que transportaba".- Sigo copiando su relato: "En tales condiciones, con el objetivo de bajar, y a pesar de la dificultad, me dirigí hacia la puerta mas cercana -la de adelante-, al llegar, con nula visibilidad, emprendí el descenso Al intentar el descenso carecía de visibilidad hallándome impedida de amarrarme al pasamano por hallarse tapado por los otros pasajeros. Entonces, tanteando con el pie derecho encontré un escalón, allí pensé que estaba apoyada, sin embargo, ello no fue así. Cuando quise avanzar me derrumbé hacia a la calle, sobre el pavimento, ya que el autobus estaba alejado, aproximadamente medio metro del cordón" (ver fs. 178).- Mientras tanto, tal lo dicho, la demandada -y su garante- pretendieron capitalizar el relato inicial de la actora, para deducir -de allí- que habría responsabilidad de la propia víctima en cuanto a la caída.- La sentencia recepta la tesis de las requeridas, lo que agravia a la actora apelante.- Y por mi parte, no puedo mas que discrepar con la decisión de la instancia previa.- Es que, a mi modo de ver, el decisorio de la instancia previa contiene varios yerros, y de gravedad.- Veamos.- El primero de ellos es haber fraccionado, indebidamente, el relato actoril.- Sabemos que, dentro de la constelación de los medios probatorios, la admisión de un hecho desfavorable a la propia pretensión implica ni mas ni menos que una confesión.- Y en materia de confesión judicial existen dos reglas, plasmadas expresamente en el Código Procesal: que -en principio- la confesión resulta indivisible y que, en caso de duda, la misma debe intepretarse en favor del confesante (art. 422 CPCC).- Sobre este piso de marcha, entiendo que en la sentencia apelada se ha parcelado, y seccionado, inadecuadamente el relato de la parte actora.- Es que mal podían tomarse, del relato inicial, aquellos aspectos desfavorables a la pretensión actoril y deshechase aquellos favorables a su postura.- Evidentemente, la actora no inició su demanda diciendo que se cayó del colectivo por su responsabilidad; una lectura global, y no fragmentaria, de su relato denota justamente lo contrario: la actora reconoce haberse precipitado del colectivo, pero dice también que ello fue por las condiciones en las que viajaba (especialmente por la cantidad de pasajeros).- Luego, violenta los mas elementales principios de ponderación probatoria -y las reglas de la sana crítica (art. 384 del CPCC)- construir una decisión tomando aisladamente los dichos de la accionante.- La actora reconoce haberse caído, pero no por su responsabilidad, sino porque le fue imposible asirse del pasamanos y ver el lugar por el que estaba transitando.- Computar el relato inicial de otra forma implica, a mi juicio, una lectura sesgada -y parcializada- del mismo; por cierto incorrecta a la luz de lo establecido por el art. 422 del CPCC al no darse ninguno de los supuestos que ameritaban la división del relato actoril.- Y lo propio ha hecho el sentenciante cuando tomó el relato que la actora le había efectuado a la perito (fs. 586vta., tercer párrafo); advierto cómo se ha parcelado aquello que plasma la perito, tomándose solo la última parte, pero deshechándose incorrectamente todo lo otro que dijo la actora (fs. 441).- Otro aspecto del fallo que no comparto es aquel en el cual se endilga a la actora no haber referido al momento del hecho las circunstancias que relató en la demanda (fs. 586, último párrafo).- En primer lugar hay algo muy elemental: que el acta policial, como instrumento público, puede hacer plena fe de lo que el funcionario policial documentó; en tal sentido, de lo que la actora le manifestó.- Empero no puede hacer fe de lo que no le manifestó.- Con esto quiero significar que el hecho de no haberse plasmado en el acta prevencional lo que luego se detalló en la demanda, no quiere decir que tales manifestaciones no hayan existido, sino solamente denota que no se las documentó.- O sea, estaría -en principio- fuera de discusión que la actora manifestó haber "trastabillado" (incluso la elección del vocablo utilizado es resorte de quien confecciona el acta), pero hasta allí llega el acta; mas aún, dicha acta ni siquiera es firmada por la actora.- Estimo que el a quo le otorga una relevancia al acta que la misma no tiene, especialmente cuando es indudable que tales manifestaciones de la actora las realizaba a poco de ocurrido el hecho y recién fracturada; con las consecuencias que -según las máximas de la experiencia- dicho estado físico puede producir en una persona, que aquí se ven corroboradas por los dichos de los testigos Salinas (fs. 400vta.), Badaracco (fs. 401vta.) y Zanino (fs. 402vta.) que dicen haber visto a la actora dolorida y muy mal.- Todo ello lo contextualizo con un elemento capital mas para el análisis pues, según entiendo, tampoco la sentencia es adecuada en lo que hace a la valoración de la prueba testimonial arrimada por la parte actora.- Veamos.- Ninguno de los testigos ha presenciado la caída en sí; pero todos ellos han sido coincidentes en que el colectivo transportaba una cantidad considerable de

pasajeros.- El testigo Salinas habla de "muchas gente" (ver fs. 400); el testigo Badaracco que "el colectivo estaba con bastantes personas" (ver fs. 401vta.); el testigo Zanino que "el colectivo estaba totalmente lleno" (ver fs. 402vta.); la testigo do Pazos que "venía bastante llenito" (ver fs. 403vta.).- Mientras que la testigo Gallego (fs. 404/vta.) reconoce no haber presenciado el accidente y saber de los hechos por lo que le dijo su marido.- De estos testimonios, el Sr. Juez a quo descreo; y, en lo que a mí respecta, no comparto su postura.- Veamos.- Que los testigos conocieran a la actora no es algo ilógico, impensable o irrazonable, a poco que tengamos en cuenta que, justamente, la actora relató que se estaba bajando en la parada correspondiente a su domicilio; es coherente, entonces, que quienes la hayan visto caída la conocieran, justamente por ser residentes de la zona; lo sospechoso hubiera sido que negaran tal calidad (arts. 384 y 456 del CPCC).- Los testigos que he reseñado son coincidentes en cuanto a la cantidad de gente que venía en el colectivo y no hay en la causa ninguna prueba objetiva que demuestre lo contrario.- ¿Qué hicieron la demandada y citada en garantía a su respecto? Pues nada.- Ni los repreguntaron en la audiencia (bien podían haberlo hecho, si consideraban que faltaban a la verdad al decir que el colectivo venía lleno), ni tampoco dinamizaron la potestad del art. 456 del CPCC; y esto es de suma importancia.- Era sumamente sencillo, para la demandada y su garante, demostrar que el colectivo no contenía tantos pasajeros como decían los testigos; con una pericia que determinara la cantidad de pasajes expendidos en ese viaje hubiera sido suficiente o incluso otros testigos (pasajeros) que el conductor pudiera haber recabado en aquel momento; podían haber arrojado, así, evidencia suficiente si estimaban que los testigos habían faltado a la verdad.- Pero, a la luz de lo expuesto y no obstante los términos de su contestación de demanda (donde se negaba la gran cantidad de pasajeros), no lo hicieron.-

Por otro lado, el eventual apuro en responder (por parte de los testigos) bien puede ser indicio de que los mismos faltan a la verdad; con todo, la actora da una explicación en tal sentido al expresar agravios señalando que ese es el procedimiento en el Juzgado y que así se manejan los audiencistas (ver fs. 604vta., segundo párrafo).- Puede ser que esto sea así, advierto que no existe interrogatorio y que los testigos fueron interrogados "a viva voz"; incluso, en la réplica de los agravios, no se controvierte tal afirmación.- A lo que se suma el hecho de que el apuro en responder es un elemento a computar dentro de un conjunto de circunstancias, que aquí no existen: no hay ningún elemento objetivo, insisto, que denote que los testigos hubieran faltado a la verdad.- Y aquí llego a un momento especial de esta exposición, para lo cual necesito copiar textual un párrafo de la sentencia.-

Se dice a fs. 588vta. lo siguiente: "en definitiva, estimo que, sobre el punto, tanto actora, como testigos, han faltado a la verdad; conclusión que se robustece a poco que se repare que el horario nocturno en que aconteciera el evento de marras (20:50 hs.), no configura precisamente la situación conocida popularmente con la expresión "hora pico", que coincide con el regreso de la masa trabajadora a su hogar y que, como es público y notorio, resulta en un cuasi colapso del transporte público".- Es tiempo de recordar que un principio elemental en materia probatoria es el de necesidad de la prueba, referido a la necesidad de que los hechos sobre los cuales debe fundarse la decisión judicial estén demostrados con pruebas aportadas al proceso sin que el juez pueda suplirlas con el conocimiento personal o privado que tenga sobre ellos (esta Sala en causa nro. 53.265 R.S. 176/07).- Pero aquí la situación es mas grave: el juez no se basó en su conocimiento personal, sino en una inferencia -o suposición- que no sabemos de donde es extraída.- Dice el a quo que las 20.50hs. no configura lo que se conoce como "hora pico".- ¿Qué lleva al sentenciante a considerarlo así? ¿Su conocimiento personal de la zona? ¿Las máximas de la experiencia? Obviamente, lo que puede considerarse "hora pico" en determinados contextos (momento y lugar), puede no serlo en otros.- En derecho probatorio se maneja el concepto de hecho notorio.- Pueden considerarse hechos notorios aquellos que entran naturalmente en el conocimiento, en la cultura o en la información normal de los individuos, con relación a un lugar o a un círculo social y a un momento determinado, en el momento en que ocurre la decisión (Couture, Eduardo J., Fundamentos de derecho procesal civil, p. 235).- Con todo, es una noción algo compleja de utilizar pues muchas veces se corre el riesgo de caer en lo arbitrario, si la pretendida notoriedad no fuera tal.- Luego, y lo reconozco, difícilmente podamos sostener con categoricidad que sea un hecho notorio que las 20.50hs. no configuran un supuesto de "hora pico" o que fuera imposible que en ese horario el colectivo llevara muchos pasajeros.- Incluso -y esto sí es un hecho evidente- cuando la cantidad de pasajeros no depende solamente del horario, sino también de la frecuencia; así, en cualquier horario, si por un largo período determinado colectivo no transita su recorrido es probable que el que comience a circular, luego de un tiempo, se congestione bastante.- Luego, el elemento del que se vale el sentenciante para descreer a los testigos no llega siquiera a constituir fundamento de una presunción (art. 163 inc. 5 del CPCC).- De este modo, no comparto para nada la tesis del a quo; en cambio, considero suficientemente acreditado, primeramente, que la actora era pasajera del colectivo; que ella se precipitó del colectivo sufriendo determinados daños y, finalmente, que el colectivo se encontraba lleno; no dejo de advertir, tampoco, las circunstancias personales de la actora (sexo femenino, 62 años de edad).- Paralelamente, entiendo que no ha quedado configurada ninguna de las eximentes legales; especialmente descarto que la conducta de la víctima haya tenido idoneidad, siquiera parcial, para provocar la fractura del nexo causal en los términos del art. 184 del Código de Comercio.- Y estimo que esta tesis es la que mejor se acomoda a la interpretación del tema que, en los últimos tiempos, han

venido haciendo tanto la Corte Suprema de Justicia de la Nación como así también el Alto Tribunal bonaerense.- En efecto, ha dicho la Corte Suprema que la interpretación de la extensión de la obligación de seguridad que tiene causa en el contrato de transporte de pasajeros, integrada con lo dispuesto por el art. 184 del Código de Comercio, debe ser efectuada con sustento en el derecho a la seguridad previsto constitucionalmente para los consumidores y usuarios y que la incorporación del vocablo seguridad en la Carta Magna, es una decisión valorativa que obliga a los prestadores de servicios públicos a desempeñar conductas encaminadas al cuidado de lo más valioso: la vida y la salud de sus habitantes, ricos o pobres, poderoso o débiles, ancianos o adolescentes, expertos o profanos (Corte Sup., 3/5/2012, ?Montaña, Jorge L. v. Transportes Metropolitanos General San Martín?, SJA 2012/11/21-25).- Se reiteraban, así, conceptos que la Corte venía expresando con anterioridad en diversos precedentes. Entre ellos, me parece relevante destacar lo resuelto en ?Ledesma, María Leonor c. Metrovías S.A.?, fallo del 22/04/2008 (Fallos 331:819), especialmente cuando se producen daños a los pasajeros en medio de tumultos. Allí se señalaba: ?5°) Que la sentencia impugnada sostiene que hay un deber de seguridad a cargo del prestador del servicio quien debe llevar al pasajero sano y salvo a destino (art. 184 Código de Comercio), y luego lo exime invocando culpa de la pasajera por introducir el pie en el hueco que había entre el vagón y el andén. Este razonamiento revela un defecto grave de fundamentación que obliga a calificar como arbitraria a la sentencia en recurso. 6°) Que el razonamiento judicial debe partir de la ponderación de los valores constitucionales, que constituyen una guía fundamental para solucionar conflictos de fuentes, de normas, o de interpretación de la ley como los invocados por la recurrente. En el presente caso, se trata de la seguridad, entendida como un valor que debe guiar la conducta del Estado así como a los organizadores de actividades que, directa o indirectamente se vinculen con la vida o la salud de las personas. La incorporación de este vocablo en el art. 42 de la Constitución Nacional, es una decisión valorativa que obliga a los prestadores de servicios públicos desempeñar conductas encaminadas al cuidado de lo más valioso que existe en ella: la vida y la salud de sus habitantes, ricos o pobres, poderosos o débiles, ancianos o adolescentes, expertos o profanos. La interpretación de extensión de la obligación de seguridad que tiene su causa en un contrato de transporte de pasajeros integrada con lo dispuesto por el art. 184 del Código de Comercio, debe ser efectuada teniendo en cuenta el derecho a la seguridad previsto en la Carta Magna para los consumidores y usuarios. 7°) Que los usuarios y consumidores son sujetos particularmente vulnerables a los que el constituyente decidió proteger de modo especial, y por lo tanto no corresponde exigirles la diligencia de quien celebra un contrato comercial. Un comerciante exigiría a un colega una serie de pruebas y de información para celebrar un contrato de transporte de mercaderías valiosas, y si no lo hace, no podrá invocar su propia torpeza. En cambio, el usuario de un servicio de subterráneos, que sale del vagón rodeado de gente, sin poder ver siquiera el piso, apretujado y empujado hacia la salida, no puede desempeñar el mismo estándar de diligencia. Sería contrario a las costumbres y hasta absurdo que antes de subir exigiera información sobre las medidas de seguridad que tiene el vagón, o en los momentos previos al descenso interrogara al guarda, que tampoco suele estar presente, sobre los riesgos que existen en ese acto. El ciudadano común que accede a un vagón de subterráneos tiene una confianza fundada en que el organizador se ha ocupado razonablemente de su seguridad. Ello es así porque la prestación de servicios masivos presenta un grado de complejidad y anonimato que resultan abrumadores para quienes los reciben. El funcionamiento regular, el respaldo de las marcas y del Estado es lo que genera una apariencia jurídica que simplifican y los hacen posible. Las pruebas que realiza el consumidor para verificar la seriedad creada y representada por el derecho. El fortalecimiento de la apariencia jurídica y de la confianza son esenciales para estos sistemas, que no podrían subsistir tanto si se negara protección jurídica a las marcas, como si se exigiera que el consumidor se comportara como un contratante experto que exigiera pruebas e información antes de usar el servicio. Por estas razones, cabe concluir que en la sentencia atacada se aplicó un criterio de interpretación de la diligencia contrario a la protección constitucional de la seguridad de los consumidores y usuarios. 8°) Que aún enfocando la controversia desde la sola aplicación del derecho común, la sentencia incurre en un defecto grave de fundamentación. La obligación de seguridad en este caso es, como lo señala la propia decisión en recurso, objetiva, de modo que las eximentes sólo pueden referirse a la ruptura del nexo causal. El hecho de la víctima, consistente en poner el pie en el hueco del andén, es un acto que no tiene aptitud alguna para configurarse en una eximición de responsabilidad. No hay una imputación clara a la conducta de la propia víctima porque el descenso se produjo grupalmente y pudo haber sido empujada; no hay gravedad alguna que permita darle entidad causal interruptiva. Pero además, la sentencia omite examinar que la falta que se imputa a la víctima es una consecuencia de una omisión previa del prestador como se analizará en el considerando siguiente. 9°) Que los prestadores de servicios públicos deben cumplir sus obligaciones de buena fe que, en el caso, exige un comportamiento que proteja las expectativas razonables que se crean en la otra parte, entre las cuales está la de preparar el descenso de modo que nadie más sufra daños. Desde esta perspectiva, aun cuando por la vía de hipótesis pudiera achacarse algún tipo de "maniobra incorrecta" a la actora cuando descendió del vagón, lo cierto es que en el sub examine, la alzada no ponderó la circunstancia de que la demandada tuvo a su alcance la posibilidad de evitar la producción del accidente (Fallos: 312:2413; 317:768). Ello es así, porque la empresa debió adoptar las medidas necesarias para asegurar el

ordenado ascenso y descenso de los pasajeros de los vagones; ya sea, por ejemplo, mejorando la frecuencia de las formaciones para evitar las aglomeraciones en los andenes o instruyendo a su personal para que el servicio se desarrolle -principalmente en las "horas pico"- sin tropiezos ni peligros; originados usualmente en empujones, golpes y pisotones -por regla involuntarios- entre los usuarios (ver disidencia del juez Fayt en Fallos: 312:1379). No se puede soslayar, por otra parte, que dicho servicio es también utilizado por menores y personas de edad avanzada o con ciertas disminuciones físicas que, como consecuencia de los "tumultos" de pasajeros en determinadas horas del día, pueden ver seriamente comprometida su integridad física. Un contratante racional y razonable juzgaría adecuado invertir dinero, prestar un servicio, obtener ganancias, así como adoptar los cuidados para que los usuarios puedan gozar del mismo en paz y seguridad. La persecución racional de la utilidad no es incompatible con la protección de la persona, sino por el contrario, es lo que permite calificar a un comportamiento como lo suficientemente razonable para integrar una sociedad basada en el respeto de sus integrantes.

10) Que la Constitución Nacional obliga a los prestadores de servicios a los consumidores a brindarles un trato digno (art. 42 Constitución Nacional) El trato digno al pasajero transportado significa que se deben adoptar medidas para que sea atendido como una persona humana con dignidad, contemplando la situación de quienes tienen capacidades diferentes, o son menores, o no tienen la instrucción necesaria para comprender el funcionamiento de lo que se le ofrece. Ello incluye la adopción de medidas para que el pasajero no descienda empujado por una marea humana con riesgo de su integridad física y para que viaje de un modo razonablemente cómodo.

11) Que en razón de lo expuesto la sentencia impugnada no satisface las condiciones de validez de las decisiones judiciales, ya que ha omitido totalmente las normas constitucionales que protegen a los consumidores que eran de aplicación al caso? (los subrayados y resaltados me pertenecen). Creo que esos conceptos son totalmente aplicables a la situación aquí en análisis (por la cantidad de pasajeros del colectivo, sumado a la edad de la accionante), y reafirman -además- la postura que he asumido en mi aproximación al plexo probatorio. A lo que cabe agregar, como bien lo ha traído a colación la actora, la postura de la casación local en autos "Blanco, Raúl Humberto contra Mutual Rivadavia de Seguros del Transporte Público de Pasajeros y otros. Daños y perjuicios" (fallo del 24 de Abril de 2013); allí sostuvo la Suprema Corte que ¿la circunstancia que diera lugar al hecho dañoso ocurrido en el caso -ya sea una caída por una frenada brusca del chofer o bien por haberse tropezado al intentar descender por la escalera del vehículo- es una eventualidad propia de la circulación en la vía pública que no autoriza a erigirla en una circunstancia que interrumpa el nexo de causalidad, ya que esta clase de accidentes son una contingencia previsible para las empresas de transporte de colectivos urbanos (fs. 407 vta./408; arts. 513, 514 y 901 a 906, Cód. Civil), la responsabilidad objetiva atribuida a los demandados no puede ser eximida en el caso?.- Incluso, frente a casos como el presente, en la medida en que se hubiera acreditado la existencia del hecho y la vinculación con los daños padecidos, la duda debería resolverse asumiendo la postura mas favorable al consumidor (esta Sala en causa nro. 55.740 R.S. 266/12).- Así entonces, y por lo que llevo dicho, considero que de ninguna manera puede tenerse por acreditada la eximente legal invocada por la parte demandada; con lo cual, la demanda ha de prosperar, condenando a los accionados a resarcir los daños que correspondan, de acuerdo al análisis que en seguida paso a efectuar.- La actora ha reclamado los siguientes rubros: A. daño físico e incapacidades; B. lesión estética; C. daño moral; D. daño psicológico; E. tratamiento psicológico; F. gastos de atención médica, tratamiento y farmacia; G. gastos de traslado; H. daño emergente e I. pérdida de chance (ver fs. 178vta./183).- Previamente al abordaje de los rubros, es necesario analizar si resultan de aplicación las reglas del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación referentes a la tarificación de los perjuicios.- Al respecto, y en postura que comparto, ha resuelto esta Sala en la causa nro. 53.797 (R.S. 159/2015), que "la solución es la misma que en materia de responsabilidad: decía la Dra. Kimmelmajer de Carlucci -en la obra anteriormente citada- que el daño no es una consecuencia sino un elemento constitutivo del régimen de responsabilidad y esta es la razón por la cual rige la ley vigente al momento del hecho y no la posterior; señalando categóricamente que la mayoría de las reglas establecidas en los artículos 1708 y siguientes se aplican solo a los daños producidos después de Agosto de 2015 (KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, La aplicación, cit., p. 28 y 158). En el mismo sentido, ha explicado Moisset de Espanes que ¿la obligación de resarcir es una relación jurídica que se establece entre la víctima y el responsable, en virtud de la ley, cuando se reúnen los requisitos o presupuestos de hecho necesarios para que ella se configure. Uno de los presupuestos básicos es el daño sin el cual no va a nacer la obligación de resarcir; queremos destacar, entonces, que el daño no es consecuencia de la relación jurídica de responsabilidad, sino que es causa constitutiva de esa relación. Para que nazca la obligación de resarcir es menester que se reúnan todos los presupuestos que la ley exige y, en especial, el daño? (MOISSET DE ESPANES, Luis, El daño moral y la irretroactividad de la ley, JA 1972 Serie Cont.-13, 352). Distinguiendo, con mucha claridad, efectos de consecuencias se ha dicho que efectos son las derivaciones necesarias de un hecho o acto; y que, por estar incorporados en él, se regirán siempre por la ley existente en el momento de su constitución (LAVALLE COBO, Jorge E., en AA.VV., Código Civil y leyes complementarias, BELLUSCIO, Augusto C. (dir) - ZANNONI, Eduardo A. (coord), T 1, p. 21). En suma: para el juzgamiento de los montos resarcitorios vinculados con los daños producidos al momento de acontecer el hecho, corresponderá aplicar el ordenamiento jurídico

vigente en aquella época".- Efectuadas estas aclaraciones iniciales estoy, entonces, en condiciones de dar tratamiento a cada uno de los rubros.- A.- Daño físico e incapacidad Para abordar el rubro es necesario recordar -en cuanto a la incapacidad física- que, en mi concepción, la lesión a la integridad psicofísica de la persona implica "un daño en el cuerpo o en la salud", es decir, en la composición anatómica o en el desenvolvimiento funcional o fisiológico del sujeto; habiéndose precisado que la salud e incolumidad de las personas deben ser adecuadamente protegidas, y que a ese postulado no puede ser ajeno el derecho de daños, que debe brindar los adecuados resortes preventivos y resarcitorios frente a la lesión contra la integridad del ser humano (Zavala de González, Matilde. "Resarcimiento de daños", t. 2da..Daños a las personas:, pág. 71 y sgs.).- La integridad personal cuenta con la protección del orden jurídico todo (conf. arg. arts. 33, 75 inc. 22 y cc. Const. Nac., 89 del C. Penal, 1086 y ccs. del Código Civil).- Es así que concluimos que el individuo tiene derecho a su integridad física, pues la salud y la citada integridad no son sólo un bien jurídicamente tutelado, cuyo quebrantamiento (doloso o culposo) debe ser reparado, sino que, además, constituye un valor en cuya protección está interesado el orden público (entre otras: ver causa nro. 30.973, R.S. 389bis/1993).- Al efecto cabe recordar que, tal como se ha sostenido por esta Sala en casos anteriores (ver entre otros: causa nro. 40.053, R.S. 530/98 con voto del Dr. Suares), la Corte Suprema de Justicia de la Nación no sigue para la tabulación de los perjuicios derivados de lesiones físicas, criterios matemáticos, sino que en casos en que la lesión afecte la actividad laboral de la víctima, computa el daño efectivo producido, sus circunstancias personales, como también los efectos desfavorables sobre su ulterior actividad, y que los porcentajes de incapacidad estimados por los peritos, constituyen por su propia naturaleza, un valioso aporte referencial, pero no un dato provisto de precisión matemática, de tal forma que el Juez goza a su respecto de un margen de valoración de cierta amplitud (ver también: causa 27.937, R.S. 34/92 con voto del Dr. Conde).- También que si bien es cierto que probado el daño, el monto de la indemnización ha sido deferido por la ley al soberano criterio del Juez, y éste -a falta de pautas concretas resultantes de las constancias de autos- ha de remitirse a sus propias máximas de experiencia (conf. S.C.B.A., Ac. y Sent. 1972, t. I, pág. 99; 1974 t. I, pág. 315; 1975 pág. 187; ésta Sala en causas 21.427. R.S. 128/88, entre otras), siendo cierto también que tales facultades deben ser ejercidas con prudencia y sin crear en un caso particular determinaciones de monto que excedan razonablemente las otorgadas en otros casos análogos -prudencia y equidad son preferibles a cálculos matemáticos y fríos, ello sin abandonar las ideas rectoras de realismo e integridad, debiéndose estar a las circunstancias de cada caso- (conf. Morello-Berizonce, "Códigos Procesales", T. II, pág. 137).- Por otra parte, cabe recordar que esta Sala (causa 35.878, R.S. 354/96) ha señalado que al repararse una incapacidad sobreviniente el juez contempla las posibilidades o chances frustradas o cercenadas, según las cualidades personales del sujeto y que debe atenderse que las incapacidades no solo limitan las posibilidades de trabajo sino a todas las que pertenecen al área de actuación de la víctima.- Sobre este piso de marcha, y en cuanto a la justipreciación económica del menoscabo, cabe aclarar que la presente Sala desde hace ya varios años viene siguiendo a los efectos de determinar y/o cuantificar económicamente los porcentajes de incapacidad, el basamento expresado por el Dr. Héctor N. Conde, al que adhirieron los otros vocales integrantes de la misma en la causa nro. 37.152, R.S. 359/97 -entre otras-, y que ha sido compartido por mí en numerosas causas, y que se refiere al método italiano y el francés que fijan un valor concreto para cada punto de incapacidad, y que el "calcul au point" implica fijar un valor dinerario por cada punto de incapacidad, tomando tal cálculo como base, si bien podrá variar tomando en cuenta las características y pruebas en cada caso en particular, no obstante y reiterando, tal base de cálculo se hace tomando como base objetiva del punto de incapacidad en la suma de pesos ...; cabe también poner de resalto que en casos en que concurren varios porcentajes que informan menoscabos en diversos aspectos de una persona, los mismos no se suman sino que se van calculando sobre la capacidad residual que los anteriores han determinado, pues lo contrario sí se convertiría en inequitativo.- Ahora bien, respecto a tal temática, posteriormente hemos elevado la tarificación del punto base de incapacidad siendo que en la actualidad, recientemente y a raíz de la decisión sentencial dictada por la presente Sala en la causa C53.797 (R.S. 159/2015) antes citada, y que comparto totalmente, se ha fijado el valor dinerario de cada punto en la suma de pesos ... (... pesos); dejo aclarado que el anterior valor referencial era de \$... (causa nro. 49861 RS 60/14).- Por otro lado, estimo necesario destacar -además- que a mi modo de ver no cabe atenernos a lo informado a fs. 424/425vta. y 515/516, especialmente a los valores allí indicados para cada punto de incapacidad, en tanto dichos valores se remontan a varios años antes (año 2009), tratándose fundamentalmente de cálculos matemáticos, que operan en base a dichos de la parte actora; opino, entonces, que debemos estarnos al valor referencial antes aludido.- Sobre este piso de marcha, cuadra poner de resalto que la aplicación de la teoría del "calcul au point" no implica la utilización de una fórmula matemática abstracta y fría, sino valerse -y exteriorizar en la motivación del fallo- un punto de partida objetivo, adecuado, luego, a las variables circunstancias de cada caso en particular (SCBA, causa L, fallo del 7/4/2010).- De este modo, la fijación de los montos resarcitorios no implicará solo la multiplicación del porcentual de incapacidad por determinada suma sino, en cambio, partiendo de la base de aquella operatoria, articular su resultado -valiéndonos de la sana crítica y las máximas de la experiencia- con las demás circunstancias del caso (sexo, edad, expectativa de vida, condición económica, posibilidades futuras, concreta repercusión del

menoscabo permanente en los actos de su vida diaria, incidencia del daño en las diversas actividades de la víctima) y así llegar a una suma que, en la mayor medida posible, se adecúe a las circunstancias del caso (art. 165 CPCC) y respete el principio de integridad (art. 1083 del C. Civil).- Es tiempo de pasar a referirme, ahora, a los elementos de prueba colectados.- Memorando, antes, que en cuanto al valor probatorio de los dictámenes periciales, he compartido la opinión vertida antes de ahora en ésta Sala en expte. "Sandoval, Felipe y otra c/ Alemany, Juan y otro", publicado en la Rev. L.L., 1987-C, págs. 98/113, del 18/12/869 (y conf. entre otros: Hernán Devis Echandía" en su "Compendio de la prueba judicial", anotado y concordado por Adolfo Alvarado Velloso), que señala en su t.II, pág. 132, como uno de los requisitos para la existencia jurídica del dictamen pericial, "...Que el dictamen esté debidamente fundamentado. Así como el testimonio debe contener la llamada "razón de la ciencia del dicho", en el dictamen debe aparecer el fundamento de sus conclusiones. Si el perito se limita a emitir su concepto, sin explicar las razones que lo condujeron a las conclusiones, el dictamen carecería de eficacia probatoria y lo misma será si sus explicaciones no son claras o aparecen contradictorias o deficientes. Corresponde al juez apreciar este aspecto del dictamen y, como hemos dicho, puede negarse a adoptarlo como prueba, si no lo encuentra convincente y, con mayor razón, si lo estima inaceptable; en ese caso debe ordenar un nuevo dictamen" "...El juez es libre para valorarlo mediante una sana crítica. Lo ideal es dejar la valoración del dictamen al libre criterio del juez, basado en su conocimiento personal, en las normas generales de la experiencia, en el análisis lógico y comparativo de los fundamentos y de las conclusiones del dictamen, como se acepta en los modernos códigos de procedimientos y en todos los procesos nuestros. Es absurdo ordenarle al juez que acepte ciegamente las conclusiones de los peritos sea que lo convenzan o que le parezcan absurdas o dudosas, porque se desvirtúan las funciones de aquél y se constituiría a éstos en jueces de la causa. Si la función del perito se limita a ilustrar el criterio del juez y a llevarle al conocimiento sobre hechos como actividad probatoria, debe ser éste quien decida si acoge o no sus conclusiones"; así también la jurisprudencia ha dicho que "...los jueces pueden apartarse de las conclusiones periciales, dando los fundamentos de su convicción contraria (conf. entre otros: S.C.B.A., DJBA, t. 16, pág. 221; Rev. L.L., t. 42, p. 122); "...es que el dictamen de los peritos es sólo un elemento informativo sujeto a la aceptación y apreciación del juez" (S.C.B.A., A. y S., 1957-IV, p. 54; DJBA, t. 64, p. 153); "...las conclusiones a que arriba el perito no atan al juzgador de forma de sustituirse en sus facultades decisorias privativas" (Jofre-Halperín, "Manual", t. III,396, nro. 28; Morello "Códigos...", t. V, p. 586; y causas de esta Sala nro. 31.320, R.S. 227/85 y 36.432, R.S. 522/96).- Recuérdese, además, que esta Sala ha puesto de manifiesto -reiteradamente- que "tratándose de una cuestión fáctica de orden técnico o científico es prudente atenerse al dictamen del perito, si no resulta contradicho por otras probanzas, máxime cuando no existe duda razonable de su eficacia probatoria" (causa nro. 31.794 R.S. 18/95; en igual línea de pensamiento véase esta Sala en causa nro. 35.173, R.S. 114/96, entre otras) y que las discrepancias técnicas de las partes con las conclusiones del experto designado no son -por si solas- elementos suficientes para apartarse de lo dicho por el experto (arts. 384 y 474 del C.P.C.C.; esta Sala en causa nro. 48.539, R.S. 472/05, entre otras).- Continuemos.- La prueba capital, en el punto, es la pericial médica, que tenemos glosada a fs. 546/8, con sus explicaciones de fs. 563/vta.- De la misma surge que como consecuencia del hecho la actora sufrió fractura severa de rodilla izquierda la cual fue intervenida en varias oportunidades, presentando al momento del examen una artroplastia acompañada de una infección crónica la cual se encuentra medicada con ATB y una importante limitación funcional, habla además de dos cicatrices que comprometen muslo y pierna izquierda con un granuloma prerotuliano fistulante, asigna una incapacidad física parcial y permanente del 61% con el método de la capacidad restante (40% por artroplastia con prótesis e infectada, 28 % por la limitación funcional y 10% por el daño estético).- A fs. 555/7 la demandada y citada en garantía requieren explicaciones, las que fueron evacuadas a fs. 563/vta., sin que se insistiera sobre el particular.- Complementariamente, tenemos a fs. 448/503 copia de la Historia Clínica de la actora, donde se documenta el motivo de ingreso, diagnóstico y tratamientos recibidos.- Contamos, además, con la declaración testimonial de la señora Gallego (fs. 404/vta.) quien nos relata que antes la actora tenía una vida prácticamente normal "ahora pobrecita vive practiamente postrada".- Y todo lo dicho debemos conjugarlo con las circunstancias personales de la actora (sexo femenino, 62 años de edad al momento del hecho, casada, de la condición socio económica que surge de las piezas de fs. 12 y 20 de los autos sobre beneficio de litigar sin gastos que corren por cuerda).- Así entonces, a tenor de todo lo dicho, computando la entidad del menoscabo físico sufrido (detrayendo la cuestión de las cicatrices, pues el daño estético ha sido objeto de reclamo por separado -con lo cual computo una incapacidad parcial y permanente del 56,8%-), las circunstancias personales de la accionante y las pautas referenciales anteriormente mencionadas, entiendo que el rubro debe prosperar, por la suma de \$... (... pesos).- B. Lesión estética

En cuanto a la lesión estética la hemos precisado como "aquella que se manifiesta como una deformación, desfiguración, afeamiento o mutilación del cuerpo y que más allá del daño patrimonial cierto que pueda provocar, debe ser indemnizable en todo aquello que pueda proyectarse sobre su personalidad plena, es decir tanto en el plano individual como social. Ocurre que los signos característicos de humanidad de los cuales habla el art. 51 del Código Civil conducen al concepto de entidad corporal o material. Cada persona tiene derecho a mantener la integridad de su aspecto y a ser resarcido cuando se produce una lesión estética

desfigurativa (ver esta Sala en causa N° 29.597, R.S. 68/95). En igual sentido se ha expresado que toda persona, al margen de sus condiciones de belleza o sexo, tiene incorporado común derecho inherente a su personalidad la preservación de sus formas físicas exteriores; y precisamente la indemnización del daño estético apunta a reparar el perjuicio que la alteración de tal aspecto estético origina" (ver causa N° 47.192, R.S. 698/04, entre otras).- Vamos al caso.- El perito médico nos habló de dos cicatrices y de una incapacidad del 10% por daño estético (que debemos calcular según el método residual); por otro lado, y si del menoscabo estético se trata, las placas fotográficas de fs. 547 son elocuentes en tal sentido.- Sentado ello, computando la entidad del menoscabo (tipo de cicatriz, lugar de emplazamiento) y las circunstancias personales de la actora (que ya he reseñado), conjugándolas que las enunciadas pautas de tarificación monetaria, entiendo que el rubro debe prosperar, por la suma de \$... (... pesos).- C.- Daño moral Abordando el punto debo recordar que he sostenido reiteradamente antes de ahora, que si se hubieran acreditado que por la ocasión del hecho dañoso se le produjeron a la víctima lesiones físicas, el daño moral se tiene probado "in re ipsa" al decir de Orgaz y que en atención a lo especificado precedentemente y las conclusiones periciales se tuvieron por demostradas las lesiones padecidas por la víctima por el hecho dañoso.- En lo que hace al monto indemnizatorio por tal concepto, cabe recordar que hemos dicho en esta misma Sala (ver entre otras voto de mi autoría: causa nro. 43.370, R.S. 317/02) que el daño moral resulta de una lesión a los sentimientos, en el padecimiento y las angustias sufridas, molestias, amarguras, repercusión espiritual, producidos en los valores más íntimos de un ser humano; que, probado el daño, el monto de la indemnización ha sido diferida por la ley al soberano criterio del Juez, y éste -a falta de pautas concretas resultantes de las constancias del proceso- ha de remitirse a sus propias máximas de experiencia (conf. entre otros: S.C.B.A., Ac. y Sent., 1992, t. I., pág. 99; 1974, t. I., pág. 315; 1975, pág. 187; ésta Sala en causas 21.247, R.S. 128 del 3/8/88, idem causa 21.946, R.S. 192 del 9/8/88, causa 29.574, R.S. 45 del 9/3/93).- Además, reiteradamente hemos venido señalando que daño psicológico y daño moral son partidas resarcitorias que responden a diversos conceptos, integrando el primero el "daño material" y el segundo el "daño moral", pudiendo bien existir un padecimiento espiritual -dolor- sin verificarse un daño material relacionado con la esfera psíquica del reclamante (causa nro. 44.116, R.S. 621/01; entre otras), distingos que (incluso) se trasladan al régimen probatorio por cuanto el daño psicológico requiere de prueba específica, mientras que el moral -tal lo dicho más arriba- si la víctima ha sufrido padecimientos físicos se tiene por demostrado "in re ipsa".- Por todo ello, por ser notorio y estando autorizado o legitimado para petitionar como lo hace por la norma del art. 1078 del Código Civil, y teniéndose presente el carácter reparatorio y no represivo que para mí tiene este componente del derecho de daños, y de acuerdo con la totalidad de los elementos que hemos analizado, las características del hecho y las lesiones padecidas por la víctima (con el dolor que implica toda fractura), sus circunstancias personales ya reseñadas, los tratamientos a los que debió someterse (cirugías incluídas) y las importantes secuelas que le han quedado, entiendo que el rubro debe prosperar, por la suma de \$... (... pesos).- D.- Daño psicológico Para dar respuesta al reclamo actoril en el punto resulta menester memorar que el daño psicológico es la lesión del funcionamiento cerebral.- Y que las alteraciones o secuelas en dicha esfera, sean totales o parciales, son indemnizables cuando derivan en una incapacidad, pues toda disminución de la integridad humana es materia de obligado resarcimiento, dentro del cual debe incluirse, a la merma de las aptitudes psíquicas del individuo, lo que por sí constituye un daño resarcible (el suscripto en causa 28.511 R.S. 89/1.992, entre muchas otras).- La prueba esencial, en la especie, es la pericial que obra a fs. 440/6 y sus explicaciones de fs. 530/2vta.- La pericia en cuestión emana de profesional idóneo (licenciado en psicología), basada en entrevistas y técnicas psicológicas que el experto detalla, conteniendo multiplicidad de fundamentos y explicaciones en aval de sus asertos.- Se concluye en dicha labor pericial que la actora presenta un diagnóstico psicopatológico de trastorno depresivo mayor, encuadrado en la figura de reacción vivencial anormal neurótica, con una incapacidad psíquica del 10%; secuelas que tienen relación causal directa e inmediata con el hecho de autos.- Asimismo, al brindar las explicaciones la perito ratifica su dictamen.- Por mi parte, no veo mérito, razón ni fundamento para apartarme del dictamen; insisto: la pericia está fundada, emana de profesional idóneo, es clara y explicativa, sus conclusiones son razonables y asertivas, no existiendo en al causa constancias (objetivas) que ameriten apartarse de la misma (arts. 384 y 474 del CPCC).- Consecuentemente, tenemos por acreditado el menoscabo psíquico, vinculado causalmente con el hecho de autos y generador de una concreta incapacidad.- Luego, ponderando el porcentual informado (computado con el método residual), conjugándolo con las circunstancias personales de la actora (ya reseñadas) y con las pautas de tarificación económica anteriormente aludidas, entiendo que el rubro debe prosperar por la suma de \$... (... pesos).- E. Tratamiento psicológico El Tribunal se ha expedido reiteradamente en el sentido que no procede acumular indemnización por incapacidad y gastos de tratamiento curativo; el único caso que se acuerdan es cuando los gastos son "preventivos" de agravamiento de la incapacidad (esta Sala en causa nro. 16546 R.S. 143/15, entre muchas otras).- No procede, entonces, la acumulación de los rubros incapacidad permanente y gastos de tratamiento, so pena de incurrir en una injustificada duplicidad resarcitoria, que agrediría la regla del art. 1083 del Código Civil.- Así entonces, tenemos que aquí la perito ha recomendado un tratamiento, pero no surge que el mismo apunte a evitar el empeoramiento del cuadro (ver fs. 442vta./443) con lo

cual, a mi modo de ver, habiéndose mandado a resarcir la incapacidad permanente, el rubro no debe admitirse.- F. Gastos de atención médica, tratamiento y farmacia Abordando el punto debo recordar que los gastos por tratamientos médicos, farmacéuticos, traslados y erogaciones análogas, deben ser reparados aun sin haberse demostrado documentadamente su existencia; pero ese concepto dista mucho de ser absoluto y de resultar una graciosa concesión de los jueces, sino que encuentra su fundamento en la naturaleza del perjuicio que hace sumamente dificultosa su prueba, y en la correlación entre los gastos realizados y las lesiones experimentadas, tiempo de curación, secuelas y carácter de ellas, y todo ello sí debe ser probado, no pudiendo derivar solamente de la voluntad o comodidad de la víctima o sus familiares.- Es menester referir que ha dicho esta Sala, con anterioridad, que corresponde presumir las erogaciones por tal concepto a cargo de la víctima aunque no esté demostrado cabalmente su importe -S.C.B.A., T 117, pág. 127- (Conf. Causas de esta Sala N° 20.745, R.S. 63/88; N° 24.973 R.S. 165/90; N° 41.649, R.S. 607/99).- También se ha sustentado que cuando se pretende un mayor resarcimiento que el prudente, deben aportarse las pruebas necesarias que justifiquen mayores erogaciones, conforme lo prescribe el art. 375 del Código Procesal (esta Sala en causa 43.617, R.S. 241/01).- Así las cosas, tenemos que en el caso la parte actora aportó un cúmulo de documentación (recibos) a fs. 119/121 y 125/164, cuya autenticidad fue negada (ver fs. 124) y nada se hizo para acreditarla.- De este modo, entiendo que a tenor de todo lo dicho, para determinar la cuantía del rubro, debemos operar según las máximas de la experiencia y en los términos del art. 165 del CPCC.- Consecuentemente, teniendo en cuenta la entidad del daño físico sufrido, los tratamientos y cirugías a los que debió someterse la parte actora, considero que este rubro debe tarifarse -prudencialmente- en la suma de \$... (... pesos).- G.- Gastos de traslado Desde esta Sala hemos señalado que los gastos de traslados para cumplir con los tratamientos asistenciales constituyen consecuencias inmediatas de las lesiones sufridas y de la necesidad de su curación pues es lo que acostumbra a suceder, según el curso natural y ordinario de las cosas, no siendo necesaria una prueba concreta y específica al respecto y la existencia de tales gastos se admite aún cuando haya intervenido el hospital público (esta Sala en causa N° 33.001, R.S. 295/95; 46.224 R.S. 556/02).- Decíamos también que dichos gastos ingresan en la categoría del art. 1086 del código civil, pues la "curación" implica necesariamente acercarse hasta el sitio donde la atención es recibida (esta Sala en causa nro. 51.607 R.S. 111/15).- Pues bien, aquí se aportó también alguna documentación vinculada con los gastos de traslado (ver fs. 166vta./171), pero -desconocida que fue- su autenticidad no se acreditó.- Mientras tanto, el informe obrante a fs. 502 se da cuenta -puntualmente- del control por consultorios externos, en un sanatorio ubicado en la Ciudad de Buenos Aires; agrego a lo expuesto, que habiendo sufrido la actora lesiones en sus extremidades inferiores, ello incide en las posibilidades de traslado, lo que reafirma la atendibilidad del rubro.- Consecuentemente, a tenor de lo dicho y no existiendo aquí tampoco prueba específica, debemos acudir a la regla del art. 165 del CPCC, teniendo en cuenta la entidad del daño padecido y la atención médica a la que debió someterse, entiendo que el rubro debe prosperar por la suma de \$... (... pesos).- H.- Daño emergente Como fundamento para reclamar este rubro sostiene la actora que antes del hecho asistía diariamente a su progenitora, que como consecuencia del accidente se vio imposibilitada de continuar con tal menester y debió contratar a una persona que la reemplace (ver fs. 182).- Empero tales circunstancias no se han acreditado en autos (especialmente, la necesidad de contratar a una persona para atender a su progenitora), con lo cual -a tenor de lo prescripto por el art. 375 del CPCC-, el rubro no puede prosperar.- I.- Pérdida de chance Sostiene la reclamante que la incapacidad originada en el siniestro, le provocó además de los daños descriptos, la pérdida de obtener una mejor ocupación en la futura vida productiva que tenía por delante, argumentando en tal sentido.- A mi modo de ver, las posibilidades futuras cercenadas a la víctima como consecuencia del evento se ven resarcidas, justamente, por el acogimiento del rubro incapacidad permanente; así lo hemos indicado en reiteradas ocasiones desde esta Sala (causa nro. 50.400 R.S. 738/05; 57.744 R.S. 218/10; 57.398 R.S. 97/10; entre otras).- Consecuentemente, el rubro tampoco prospera.- Así entonces, y sumando los parciales que habrán de admitirse, la demanda prosperará por la suma de \$... (... pesos).- A dicha suma deberán añadirse intereses desde la fecha del hecho (10/12/2009) hasta el efectivo pago a la tasa informada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires para sus plazos fijos digitales a 30 días (cfé. esta Sala en causa nro. C2/51607 R.S. 111/15).- Fundando tal propuesta debo memorar que decíamos, al respecto, en la causa recién citada que "invariablemente (causas 48.351, R.S. 879/04; 56.021, R.S. 59/09; 49.026, R.S. 179/09; 56.448, R.S. 317/09, 47.889 R.S. 214/12; entre otrs), desde este Tribunal se ha venido aplicando la tasa pasiva, en sintonía con reiterados precedentes de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (originariamente, Ac. 43.858, "Zgonc Daniel R y otro v Asociación Atlético Villa Gesell" fallo del 21/5/91 y posteriores en el mismo sentido, incluso luego de abandonado el régimen de convertibilidad, causa L. 77248, "Talavera, Severiano contra Digital S.RL.. y otros. Daños y perjuicios", fallo del 20 de Agosto de 2003; y en las mas recientes Ac. C 101.774 "Ponce"; L 94.446, "Ginossi"; 49.439 "Cardozo"; 68.681 "Mena de Benitez"; L 80.710, "Morinigo" del 9 de Mayo de 2012, entre infinidad de otras), desechando expresamente -de este modo- la aplicación de la tasa activa (causa nro. 45.638 R.S. 195/12).- (...) En cambio, sí juzgo atendible el planteamiento subsidiario que apunta a que dispongamos la aplicación de la tasa pasiva digital (BIP).- La jurisprudencia provincial, en algunos casos, ha admitido la

aplicación de esa tasa (C. Civ. y Com. Mar del Plata, sala 2ª, 9/9/2014, "Avila, Rosa A. c/ Transportes 25 de Mayo SRL y ot. s/ ds. y ps.; C. Civ. y Com. Junin, 4/11/2014 "Remy Juan Domingoc/ Viora Orlando S/Daños Y Perj").- Incluso, y esto es fundamental para que opine como lo hago, recurridas que fueron sentencias en las cuales se había ordenado su aplicación, la casación local rechazó el recurso no considerando violentada su doctrina (SCBA, 11/3/2015, "Zoccaro, Tomas Alberto c/ Provincia ART s/ daños y perjuicios", 06/05/2015, "Tarelli, Walter Santos contra Ministerio de Seguridad. Enfermedad Profesional" y, de la misma fecha, "Marmol, Mabel Susana contra Dirección General de Cultura y Educación. Enfermedad Profesional").- La doctrina, a su turno, si bien en materia laboral y criticando la no aplicación de la tasa activa, ha sostenido que de aplicarse la tasa pasiva, la que corresponde es la tasa pasiva digital (véase Klun, Adolfo - Klun, Rodolfo L., Juicio crítico acerca de las tasas de interés aplicadas a los litigios laborales en la provincia de Buenos Aires, en LLBA 2015 (mayo), 368).- En este contexto, es necesario recordar que el art. 622 del Código Civil establece que "el deudor moroso debe los intereses que estuviesen convenidos en la obligación, desde el vencimiento de ella. Si no hay intereses convenidos, debe los intereses legales que las leyes especiales hubiesen determinado. Si no se hubiere fijado el interés legal, los jueces determinarán el interés que debe abonar". De tal suerte, y en casos como el presente, al no haber intereses convencionalmente fijados por las partes, ni tampoco una tasa indicada por la ley, será resorte del órgano jurisdiccional la determinación de la tasa de interés a aplicar en orden a conjugar la reparación del llamado "daño moratorio".- Y en tal faena, computando las circunstancias económicas actuales (de público y notorio conocimiento) entiendo que -hoy en día- la tasa que mejor se acomoda a la reparación efectiva del daño moratorio, dentro de los límites antes enunciados en cuanto al tipo de tasa a utilizar, es la tasa pasiva informada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires para plazo fijo digital a 30 días. Para explicarme, debemos acudir a las mencionadas tasas, que pueden consultarse en http://www.bancoprovincia.com.ar/Content/docs/tasas_frecuentes.pdf.- Tenemos que, para el año 2008, la tasa pasiva (depósitos a plazo fijo a 30 días) fue del 6,5% anual, que se mantuvo hasta el 2/8/2013, cuando se elevó al 9%, hasta el 19/12/2013, en que se elevó al 10%, a 10,5% el 16/1/2014 y a 11% desde el 28/1/2014.- Mientras tanto, la tasa para plazo fijo digital a 30 días, comienza en 2008 al 12%; para principios de 2012 se encontraba al 15,5%, llegando a fines de 2013 al 18,10%, a fines de 2014 al 23,37% y al 1/5/2015 al 22,83%. Frente a lo dicho, creo que ha de quedar en claro que no parece para nada razonable la fijación de tasas -en los últimos tres años- que oscilan entre el 6,5 y el 11% anual (tasa pasiva común) y que -incluso- para algunos períodos se sitúan por debajo de la evolución de los índices de precios al consumidor proporcionados por el Indec.- Sí, en cambio, se ajusta algo más a las circunstancias económicas de estos tiempos (evolución de los costos de vida, erosión progresiva del valor de la moneda), la fijación de las tasas informadas por el Banco de la Provincia de Buenos Aires para los plazos fijos digitales en tanto operan por encima de tales índices y se erigen en cifras prudentes y razonables como forma de hacer frente al daño moratorio (incluso cabe considerar que si se hubiera colocado el dinero a plazo fijo, el inversor hubiera lógicamente procurado la opción más conveniente, que es esta, siendo tal el rédito que podría haber obtenido); ajustándose ello, incluso y tal lo señalado, a la pautas dadas por la Suprema Corte (advértase que no se están tomando tasas activas) que ha convalidado la aplicación de estas tasas".- Hoy, incluso, son más los tribunales provinciales que se han plegado a la utilización de esta tasa (C. Civ. y Com. La Matanza, sala 1ª, 17/9/2015, "Tipitto Viviana Maria Ofelia Y Otro C/ Malerba Alberto Y Otro S/ Daños Y Perjuicios"; C. Civ. y Com. Azul, sala 2ª, 8/10/2015, "Castro, Gabriel Antonio C/ Marcovecchio, Martin Maria S/ Cumplimiento De Contrato" y 22/10/2015, "Ortiz Oscar Manuel c/ Sena Carlos Alberto s/ Cobro sumario sumas de dinero"; c. 2ª Civ. y Com. La Plata, sala 3ª, 15/10/2015, "G. F. A. J. C/ R. R. P. S/ incidente de ejecucion de honorarios") y especialmente la Sala 3ª de este mismo tribunal (autos "Wippi Gabriel c/ Saini, Eduardo s/ ds. y ps." fallo del 27/10/2015).- Promoveré, entonces, que esa sea la tasa de interés que se mande a aplicar.- En cuanto a las costas, deberán imponerse -en ambas instancias- a los demandados vencidos (arts. 68 y 274).- La condena, y las costas, se harán extensivas a la aseguradora Metropol Sociedad de Seguros Mutuos en los términos del art. 118 de la ley 17.418, dentro del límite de la cobertura.- Finalmente, propondré que la regulación de honorarios se difiera para su oportunidad, en los términos de los arts. 31 y 51 del Dec. Ley 8904/77; en cuanto al planteo vinculado con la aplicación de la ley 24.432 a los honorarios profesionales, resulta prematuro su abordaje en este estadio procesal.- IV.- CONCLUSION Si mi propuesta es compartida se deberá revocar la sentencia apelada en cuanto rechazó la demanda, haciéndose lugar a la misma y condenando a Sargento Cabral S.A. de Transporte y Donato Di Cocco a abonar a la actora Maria Antonia Mamone la suma de \$... (... pesos), con más sus intereses calculados desde la fecha del hecho (10/12/2009) hasta el efectivo pago a la tasa informada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires para sus plazos fijos digitales a 30 días. La condena en cuestión deberá cumplirse dentro de los diez días de quedar firme la resolución que apruebe la liquidación, liquidación que la reclamante habrá de practicar cuando -a su vez- quede firme la presente sentencia. Dejando también establecido que la condena deberá cumplirse bajo apercibimiento de ejecución.- En cuanto a las costas, deberán imponerse -en ambas instancias- a los demandados vencidos (arts. 68 y 274).- La condena, y las costas, se harán extensivas a la aseguradora Metropol Sociedad de Seguros Mutuos en los términos del art. 118 de la ley 17.418, dentro del límite de

la cobertura.- Finalmente, propondré que la regulación de honorarios se difiera para su oportunidad, en los términos de los arts. 31 y 51 del Dec. Ley 8904/77.- Lo expuesto me lleva a votar en la cuestión propuesta por LA NEGATIVA A la misma cuestión, el Señor Juez Doctor FERRARI, por iguales consideraciones y fundamentos a los expuestos precedentemente, adhiere votando en el mismo sentido que el Dr. Gallo.- Con lo que terminó el Acuerdo, dictándose la siguiente: SENTENCIA AUTOS Y VISTOS: CONSIDERANDO: Conforme al resultado obtenido en la votación que instruye el Acuerdo que antecede, SE REVOCA la sentencia apelada en cuanto rechazó la demanda, haciéndose lugar a la misma y condenando a Sargento Cabral S.A. de Transporte y Donato Di Cocco a abonar a la actora Maria Antonia Mamone la suma de \$... (... pesos), con mas sus intereses calculados desde la fecha del hecho (10/12/2009) hasta el efectivo pago a la tasa informada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires para sus plazos fijos digitales a 30 días. La condena en cuestión deberá cumplirse dentro de los diez días de quedar firme la resolución que apruebe la liquidación, liquidación que la reclamante habrá de practicar cuando -a su vez- quede firme la presente sentencia. Dejando también establecido que la condena deberá cumplirse bajo apercibimiento de ejecución.- En cuanto a las costas, SE IMPONEN -en ambas instancias- a los demandados vencidos (arts. 68 y 274).- La condena, y las costas, SE HACEN EXTENSIVAS a la aseguradora Metropól Sociedad de Seguros Mutuos en los términos del art. 118 de la ley 17.418, dentro del límite de la cobertura.- SE DIFIERE la regulación de honorarios para su oportunidad (arts. 31 y 51 del Dec. Ley 8904/77).- REGISTRESE. NOTIFIQUESE. DEVUELVA.- 005463E