

Danos Y Perjuicios Transporte De Personas Omision De Probar El Dano Y La Relacion De Causalidad Rechazo De La Demanda

JURISPRUDENCIA

daño y la relación de causalidad. Rechazo de la demanda

Daños y perjuicios. Transporte de personas. Omisión de probar el

Se revoca la sentencia que hizo lugar a la demanda de daños y perjuicios deducida contra la empresa de transporte por las lesiones sufridas por la actora mientras era transportada, pues, ante el discordante contexto probatorio que emerge de la causa penal, la solitaria declaración testimonial del testigo ofrecido por la actora no puede allegar convicción alguna acerca de lo que aconteció el día del hecho. Lomas de Zamora, a los 09 días de Agosto de 2017, reunidos en Acuerdo Ordinario los señores jueces que integran esta Excma. Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial y de Familia, Sala I, de este Departamento Judicial, Dres. Carlos Ricardo Igoldi, Sergio Hernan Altieri y Rosa Maria Caram con la presencia del Secretario actuante, se trajo a despacho, para dictar sentencia, la causa n° 74344, caratulada: "ALMIRON GLADYS CRISTINAC/ EZPRESO VILLA GALICIA S.A S/DAÑOS Y PERJ.AUTOM. C/LES. O MUERTE (EXC.ESTADO)".- De conformidad con lo dispuesto por los artículos 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y 266 del Código Procesal Civil y Comercial, del mismo Estado, la Excma. Cámara resolvió plantear las siguientes: -CUESTIONES- 1°.- ¿Es justa la sentencia dictada? 2°.- ¿Qué corresponde decidir? Practicado el sorteo de ley (art. 263, últ. parte, Cód. Proc.), dio el siguiente orden de votación: Dres. Carlos Ricardo Igoldi, Sergio Hernan Altieri y Rosa Maria Caram.- -VOTACION- A la primera cuestión, el Dr. Carlos Ricardo Igoldi dice: I.- El Señor Juez interinamente a cargo del Juzgado de Primera Instancia en lo civil y comercial N°5 departamental dictó sentencia a fs. 254/259 haciendo lugar a la demanda interpuesta por Gladys Cristina Almiron, contra Expreso Villa Galicia San Jose SA por daños y perjuicios, condenando a la demandada a abonar en el plazo de diez días de ejecutoriada la sentencia la suma de \$ 58.000 con más intereses. Hizo extensiva la condena y en la medida del seguro y su franquicia a la empresa aseguradora Mutual Rivadavia de Seguros del Transporte Público de Pasajeros". Impuso las costas del juicio al demandado vencido y su aseguradora citada en garantía y difirió la pertinente regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. El pronunciamiento fue apelado a fs. 260 por la parte actora y a fs. 262 por la demandada y la citada en garantía, siéndoles concedidos libremente sus recursos a fs. 261 y fs. 268, respectivamente.- Radicadas las presentes actuaciones en esta Sala, a fs. 289/293 expresó agravios la parte actora mientras que a fs. 294/297 lo hicieron la demandada y la citada en garantía. Corrido el pertinente traslado, el mismo fue evacuado a fs. 299/302 por la parte actora. A fs. 306 se llamó la causa para dictar sentencia por providencia que se encuentra consentida. II- De los agravios.- De la actora: La parte actora cuestiona las sumas fijadas a efectos de reparar el daño físico, daño moral, daño psicológico y los gastos médicos y de traslados, por considerarlos reducidos. Luego, cuestiona la extensión de la condena a la aseguradora citada en garantía, solicitando la inoponibilidad de la franquicia invocada por la citada en garantía, argumentando que la misma no ha sido acreditada. Finalmente, cuestiona la de interés que establece el decisorio, solicitando la aplicación de la tasa pasiva más alta del Banco de la Provincia de Buenos Aires. De la demandada y la citada en garantía: A su turno, al demandada y la citada en garantía se agravian del juicio de responsabilidad que contiene el fallo al cuestionar la valoración de la prueba testimonial realizada por el magistrado de anterior grado, así como también las pruebas informativas y periciales. Sostiene que corresponde el rechazo de la demanda instaurada debido a la falta de acreditación del hecho. III- Cuestión preliminar.- El 1° de agosto de 2015 entró en vigencia el Código Civil y Comercial de la Nación aprobado por la ley 26.994; circunstancia sobreviniente por la cual corresponde determinar en primer término la ley aplicable a los supuestos como el que nos ocupa. Que el artículo 7 del nuevo ordenamiento vigente establece la aplicación inmediata de las leyes a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, agregando a párrafo seguido que las mismas no tienen efecto retroactivo, salvo disposición en contrario. Que ambos principios (aplicación inmediata e irretroactividad de la ley), bien entendidos, se complementan. Que de tal modo, corresponde entender -como regla general- que la nueva legislación se aplica inmediatamente a todos los supuestos acaecidos a partir de su entrada en vigencia, así como también a aquéllos otros que, habiéndose originado aún en fecha anterior, producen sus consecuencias jurídicas con posterioridad a la sanción de la norma. No será aplicable entonces a las relaciones o situaciones jurídicas -y sus consecuencias- consumados, agotados o extinguidos con anterioridad a su vigencia, excepto cuando, claro está, exista disposición legal en contrario. Que, sentado ello, advierto que en la especie la relación jurídica obligacional en la que se funda el reclamo nació en el momento en el que se produjo el daño -esto es, el 30/7/2010-; razón por la cual considero que el conflicto deberá ser juzgado por la ley vigente en aquél entonces, hoy derogada (En este sentido, KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., en La Ley 02/06/2015, punto IV último párrafo.; LORENZETTI, R. L., en "Cód. Civ. y Com. de la Nación Comentado" T. I, p. 47 y sgtes, Ed. Rubinzal Culzoni; "Cód. Civ. y Com. de la Nación Comentado" Tit.

Prel. y Libro I, Ed. INFOJUS; p. 23 y sgtes; íd. SCBA, Ac. 107.423). IV- Consideración de las quejas.- A- Por una cuestión de orden lógico procesal, habré de abordar en primer término la atribución de responsabilidad que contiene el fallo.- La demandada y la citada en garantía sostienen que del plexo probatorio producido en autos no puede válidamente concluirse la existencia del hecho. Por el contrario, sostiene -y apunta- una cantidad de insalvables contradicciones que, a su criterio, obstan a la posibilidad de tener por acreditada la existencia del hecho. Comienzo por señalar que esta Sala en lo referente a los supuestos de negativa de autoría, como acontece en la especie, tiene tomada una clara posición expresada en reiteradas oportunidades. Así, se ha sostenido que, negada la autoría, la falta de legitimación pasiva o la causalidad entre el accidente y el daño, por la parte demandada, la carga de la prueba recae sobre la parte actora. Además se expresó, que la prueba debe ser absolutamente convincente, y terminante, debiendo la misma ser merituada con marcada estrictez. A su vez, se impone la individualización del autor del hecho del ilícito de la cosa que lo produjo, con certeza (CALZ Sala I, Reg. Sent. Def. 220/97 entre otras).- En todos los casos, esta Alzada siguió el criterio de exigir una acabada, concreta y precisa prueba de la existencia de autoría; carga que recayó sobre la parte actora (art. 375 del CPCC).- Se entendió que, quien endilga a otro haberle causado un daño derivado de un acto ilícito, debe probar tal extremo.-

En este sentido, del análisis que efectuaré de la prueba producida en la causa, me permiten adelantar que la actora ha logrado acreditar en autos la existencia del hecho por el que reclama; pudiendo afirmar que el mismo tuvo lugar en oportunidad en que la actora se disponía a descender del colectivo de la línea 564, perteneciente a la empresa demandada cuando el conductor bruscamente arrancó la marcha antes que la actora complete su descenso provocando que sea despedida de la unidad y cayera al asfalto. B- Con relación a las contradicciones apuntadas en los informes brindados por el Hospital Luisa C. de Gandulfo en el sumario penal y las presentes actuaciones, diré que estimo que las mismas no son tales. Máxime cuando se advierte que en sus contestaciones de demanda la demandada y la citada en garantía han sostenido la inoponibilidad de la causa penal. Los apelantes ahora pretenden confrontar una prueba producida en dichas actuaciones con una producida aquí dando preponderancia a la primera, poniéndose en clara contradicción con su comportamiento anterior. Sin perjuicio de ello, estimo que el informe producido a fs. 190 de las presentes actuaciones presenta una contradicción solo aparente con aquél agregado a fs. 41 de la IPP venida como prueba. Entre ellos no existe coincidencia en cuanto a las fuentes consultadas a los fines de brindar la información vertida. El informe que ha sido agregado en estas actuaciones refiere que la atención dispensada a la parte actora surge del libro de guardia de traumatología. Ello aparece como consistente con el hecho que la actora sufrió una fractura de peroné, una lesión que resulta comprendida dentro de la especialidad traumatología, mientras que del informe agregado en la causa penal no aparece compulsado dicho libro (art. 384 CPCC). A ello debe sumarse que historia clínica acompañada a fs. 83/84, donde se constata un control el día 30 de agosto de 2010 que hace referencia a fractura de peroné derecho el día 30 de julio de 2010. Con estas prueba reseñadas, tengo para mí que la parte actora ha logrado acreditar su atención médica en fecha 30 de julio de 2010 y que ello resulta coetáneo con el hecho denunciado (art. 384 CPCC). A renglón seguido las apelantes cuestionan la valoración de la declaración testimonial de el Sr. Hepp. En este punto cabe aclarar que en torno a la prueba testimonial, es pacífica la doctrina y jurisprudencia en desechar la idea que es menester pluralidad de testigos para conformar convicción válida, porque significa una inaceptable cortapisa a la libre valoración del juez; revalorizando así al testigo único, que si bien requiere un análisis estricto, es idóneo como medio de reconstrucción del hecho histórico en tanto sus afirmaciones ofrezcan garantías de imparcialidad, seriedad y verosimilitud. En refuerzo de lo expuesto, cabe señalar que ha entendido el Alto Tribunal de la Provincia, que el sistema de apreciación regido por la sana crítica -esquema de persuasión racional- (arts. 384 y 456 CPCC), no le impide al juez fundar su pronunciamiento en el testigo único, pues los testigos se "pesan" y no se "cuentan" (SCBA, Ac 66561 S 31-3-1998; SCBA, AC 70266 S 22-12-1999; SCBA, AC 78288 S 19-2-2002; SCBA, Ac 87034 S 24-8-2005; SCBA, Ac 93964 S 26-4-2006, Sumario B24470, JUBA7). Hecha esa aclaración podemos decir que en el análisis de la prueba testimonial debemos traer a consideración que el testimonio se funda en una doble presunción: la conformidad del conocimiento de este con la realidad y la de su fundamento moral; es decir, que no se ha engañado y que no trata de engañar al juez, ya que la fe en la palabra del hombre que ha presenciado el hecho es uno de los pocos recursos que restan al magistrado para la averiguación de la verdad. Además, el valor del testimonio es de libre apreciación por parte del juez, según la norma del art. 384 del CPCC; aunque la referencia a las reglas de la sana crítica está indicando que "el principio de la libertad está constituido en base del criterio objetivo" en oposición "al subjetivismo y al empirismo de la convicción íntima o de la conciencia"; y en particular para esta prueba, el art. 456 dispone que el juez apreciará "las circunstancias y los motivos que corroboren o disminuyan la fuerza de las declaraciones", también según las reglas de la sana crítica. Es que los testigos no son de la parte que los propuso, sino que constituyen elementos de juicio del proceso. Ello por sí solo es insuficiente para presumir que el testimonio tiende a favorecer a uno de los litigantes. No cabe olvidar que se ha prestado juramento o promesa de decir verdad y a su vez, como son interrogados por las preliminares de la ley, a los fines de facilitar la crítica del testimonio, las circunstancias personales que no se ocultan pueden, en ocasiones, dar mayor fuerza de convicción (arts. 438, 439 y 456 del CPCC). El testigo

Hepp, en su declaración de fs. 130, manifestó que vio un colectivo que venía por Anatole France, que iba para el lado de Cerrito y venía frenando, desde el cual una señora iba descendiendo y quedó suspendida en el aire agarrada de un pasamanos de descenso. Luego, el colectivo arrancó y siguió su curso, cuando esta señora ya había apoyado un pie, lo que produjo que ésta se caiga. Esta declaración resulta coincidente con lo dicho por la actora en su escrito inaugural, en lo sustancial, mientras que las contradicciones apuntadas por las apelantes, nuevamente, giran en torno a particulares interpretaciones de la prueba producida. La cuestión de las condiciones climáticas no aparece relevante así como tampoco el testigo ha sostenido que la actora viajara a bordo de un colectivo de la línea 263, sino solamente dijo que allí había una parada de esa línea. Tampoco aparece como imposible o fraguada la razón de sus dichos (que vio el accidente en el momento de dirigirse a la peluquería). Por ende, estimo que su declaración debe ser considerada y que sumada a la prueba aportada respecto a la atención médica a la que hice referencia más arriba generan un núcleo convictivo hábil a fin de tener por acreditada la producción del evento. Acreditada entonces, la existencia del infortunio y el carácter de pasajera de la actora en el colectivo de la empresa demandada, corresponde pasar a analizar si hubo responsabilidad de la misma y en su caso su encuadre jurídico. En tales circunstancias resaltaré que nuestro Código Civil adoptó el criterio de ¿causalidad adecuada? (Bustamante Alsina, Jorge, ¿Teoría General de la Responsabilidad Civil?, 8a. ed., pto 594, pag. 265; Cazeaux, Pedro N. -Trigo Represas, Felix A., ¿Derecho de las Obligaciones?, 2da. ed., 1a. Reimp., T. 4 págs. 388 y sgs.; Bredia, Roberto H. ¿Hechos y actos jurídicos?, t. 1 pag. 100, nota 40; CS, Cagliarso c/ Bardín de Badaracco? SCBA, Ac. 49964 S 2-11-1993). Es entonces que, la responsabilidad contractual que contrae el transportador por el daño que sufren sus pasajeros durante el transcurso del transporte tiene su razón de ser en una obligación preexistente al propio convenio celebrado por las partes. No se trata del incumplimiento de una obligación creada por el contrato, sino lisa y llanamente por la violación de un deber jurídico establecido por la propia ley (arts. 1109 y 1113 y concs. Cód. Civil) generador de una responsabilidad de naturaleza extracontractual (Conf. S.C.B.A., 5-7-96, Ac. 56.514, D.J.J.B.A., T° 151, n° 12.249). Del encuadre que debe darse al analizar la cuestión que aquí se ventila: la responsabilidad debe quedar indefectiblemente atravesada por la luz que emite el faro del artículo 184 de nuestro Código de Comercio, ya que no debemos en ningún momento, perder el norte cuando la analizamos, que el episodio se produce a consecuencia de un transporte oneroso de personas. Por haber ocurrido el desenlace a consecuencia de un transporte público de pasajeros de modo que, podemos inferir entonces: 1.- La responsabilidad legal y objetiva establecida por el artículo 184 del Código de Comercio encuentra su fundamento en la teoría del riesgo creado profesional que, en materia de empresa, tiene una sólida base de solidaridad social, justicia y también de equidad. En efecto, dado que el empresario transportista obtiene con su actividad un beneficio, (lícito por cierto) debe correr con los riesgos inherentes a ella e indemnizar a los usuarios del servicio que hayan sufrido un daño. 2.- La norma del artículo 184 del Código de Comercio tiene carácter de orden público, siendo, por ende, inderogable por las partes, lo cual demuestra, ¿a fortiori?, que se trata de una obligación legal. 3.- En virtud de la obligación de ¿resultado? que pesa sobre el transportista de llevar al pasajero sano y salvo a destino, cabe considerar que la responsabilidad del primero comprende todo daño que pueda ocurrir durante el viaje, salvo que medie culpa de la víctima, de un tercero por el cual la empresa transportista no deba responder, o en su defecto, de un caso fortuito. Sólo se ha de indemnizar aquel daño que constituya una consecuencia del hecho que obliga a la indemnización. Se trata de dejar de lado teorías abstractas, fórmulas mágicas, para poner en manos del Juez la decisión; es el Juez quien tratando de ubicarse en el momento del hecho, para formular su pronóstico, afirmará la previsibilidad o no de las consecuencias (Mosset Iturraspe, Jorge ¿Responsabilidad por daños?, T. IV - Las eximentes, págs. 84 y ss; Ed. Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 1999). Como corolario de lo expuesto, entiendo y esa resulta mi propuesta al Acuerdo, que la sentencia debe ser confirmada. Seguidamente corresponde evaluar las quejas traídas respecto a los distintos rubros indemnizatorios que han sido motivo de agravios. 1.- Daño físico e incapacidad sobreviniente: Corresponde recordar que el daño resarcible no consiste en la lesión misma, sino en sus efectos. La cualidad funcional del daño, su resarcibilidad, ciñe el contenido que debe serle asignado. De tal modo, el artículo 1067 del código Civil, establece: ¿no habrá acto ilícito punible para los efectos de este Código (es decir, no hay acto que engendre responsabilidad civil resarcitoria), si no hubiese daño causado u otro acto exterior que lo pueda causar...?. Por ende, el daño es la contrapartida de la reparación y debe congruentemente consistir en una consecuencia que ¿pueda? ser reparada en alguna forma, más o menos perfecta (por equivalente o por medio de satisfacción indirecta). En otros términos, el daño resarcible no es cualquier daño en sentido amplio, pues la resarcibilidad del perjuicio exige que éste se integre con un resultado disvalioso que la reparación procura subsanar o compensar. Esta Sala -en su anterior integración- tiene dicho en reiterados pronunciamientos que, en relación al daño resarcible, en definitiva más allá de las calificaciones o ¿nomis juris? que demos a las cosas y a los perjuicios a tarifar, de lo que se trata es de indemnizar justa e integralmente estos últimos. Tan solo la reparación jurídicamente plena o integral, que no es otra cosa que la indemnización o equivalente dinerario en la medida de lo justo (equitativo) para el caso determinado (Cám. Civ. y Com. Lomas de Zamora, Sala I, Causa 58.026, RSD-136-4, 27-4-2004 ¿Olivera, Ramón c/ Microómnibus Quilmes SACIF y ots. S/Ds y Ps). Del informe médico

de fs. 179/181 efectuado por la Dra. Patricia Loianno, se desprende que la actora en la actualidad padece las secuelas de un traumatismo de tobillo con fractura de peroné que la incapacitan en forma parcial y permanente en un 8%. Conforme fuera dicho al momento de dar respuesta a los agravios traídos con relación a la acreditación del hecho, los informes emitidos por el Sanatorio Modelo Burzaco y el Hospital Luisa C. de Gandulfo, dan cuenta de la lesión descrita por la perito. El mencionado informe mereció el pedido de explicaciones de la demandada y la citada en garantía obrante a fs. 186/187, las que fueron respondidas por la experta con total rigor científico a fs. 198, motivo por el cual no existe mérito para apartarse de sus conclusiones. En virtud de ello y conforme lo señalado supra, habré de concluir que para determinar la valuación de la incapacidad sobreviniente, por depender de circunstancias de hecho variables en cada caso y libradas a la prudente apreciación judicial, ha de atenderse a las condiciones particulares del damnificado y al modo en que el infortunio habrá de influir negativamente en todas las posibilidades de su vida futura. Por lo expuesto, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, y las conclusiones del dictamen pericial propongo al acuerdo fijar en la suma de pesos setenta mil (\$ 70.000) la indemnización a conceder por el presente rubro (art. 474 del Cód. Procesal).

2.- Daño moral: El daño moral es aquel que afecta principalmente los derechos y atributos de la personalidad, de carácter extrapatrimonial, y su reparación tiene por objeto indemnizar el quebranto que supone la privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor fundamental en la vida del hombre y que son: la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los mas sagrados afectos. No requiere prueba específica en cuanto ha de tenérselo por demostrado por el solo hecho de la acción antijurídica (art. 1078 del C.C. Y su doctrina; SCBA 13-6-89, ?Miguez Rubén y otro c/ Comarca S.A. y otro? -L 40.790- El derecho T° 136 pág.526). La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, ha expresado en casos similares que al no requerir prueba específica alguna, ha de tenérselo por demostrado por el solo hecho de la acción antijurídica -daño in re ipsa- correspondiendo al responsable del hecho dañoso acreditar la existencia de una situación objetiva que excluya la posibilidad de dicho daño. (conf. causas Ac. 55.648, sent. Del 14-VI-96; Ac. 57.523, sent. del 28-V-96; L.38.931, sent. del 10-V-88 en A y S1988-II-114, entre otras). La Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha impuesto la doctrina que establece que el daño moral tiene carácter resarcitorio, el que surge de textos legales expuestos (arts. 522 y 1078 del C.C.), no teniendo que guardar relación con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio a este (?Forni, Francisco y otros c/ Ferrocarriles Argentinos s/ Indemnización de Daños y Perjuicios? F 439.XXI, setiembre 7 de 1989). Lo que se procura, en definitiva, es alcanzar un objetivo justo dentro de una seguridad mínima, que no priorice la situación del dañador, ni automatice la indemnización, desentendiéndose de las particularidades de cada suceso. Bajo tales premisas y dentro de dicho contexto interpretativo, he de proponer al acuerdo elevar a la suma de pesos treinta y cinco mil (\$ 35.000) la indemnización a conceder por el presente rubro (art. 1078 del Cód. Civil, y 165, 384 y conchs. del Cód. de forma).

3.- Daño Psicológico y su tratamiento: En distintas oportunidades esta Sala -incluso desde sus anteriores integraciones-, ha señalado que el rubro indemnizatorio por incapacidad psíquica, tiene una naturaleza diferenciada de las demás minusvalías (CALZ Sala I RSD N°265/96, 61/98 y 395/06 entre otras), representando el daño psíquico una modificación o alteración de la personalidad que se expresa a través de síntomas, inhibiciones, depresiones, bloqueos, etc. Por lo que resulta claro que no se lo debe vincular con la existencia o magnitud de las secuelas físicas producidas por un evento como el de autos, ni con el daño moral en cuanto este último recoge la realidad del daño indemnizable y la valora en tanto desequilibrio espiritual profundo que implica una honda lesión de las afecciones legítimas de la víctima. La perito psiquiatra interviniente Dra. Silvia C. Bortz, en su dictamen de fs. 152/154, informa que la actora presentó una incapacidad parcial y temporal del 15%, debido a Síndrome Por Estrés Postraumático Agudo. Al momento de la pericia, no presentaba una enfermedad mental diagnosticable según los manuales internacionales de la materia, no necesitando tratamiento psiquiátrico por enfermedad vinculada con el hecho de autos. La mencionada pericia mereció el pedido de explicaciones introducido por la demandada y la citada en garantía a fs. 161/162, el cual fue respondido por la experta con adecuado rigor científico a fs. 170. Sentado lo expuesto, tomando en cuenta el alcance de las lesiones, las condiciones personales de la víctima y particulares circunstancias que emergen de la causa, entiendo justo confirmar la suma otorgada en concepto de indemnización a conceder por el presente rubro (arts. 165, 375, 384, 474 del C.P.C.C.; arts. 1068, 1083, del Cód. Civil).

4.- Gastos de farmacia y de asistencia médica: En lo que atañe al mentado ítem, ha de recordarse que partiendo del principio de reparación integral, demostrada la existencia de lesiones corporales y, atento a las características del siniestro, corresponde acceder a la solicitud de ?gastos médicos, de farmacia y traslados?, aun cuando los mismos no se encuentren cabalmente acreditados o hayan sido cubiertos por la obra social, pues es notorio que existen erogaciones que deben ser solventadas por los pacientes (art. 1086 del Cód. civil). Desde ya que la falta de constancias de los gastos efectuados, conspira contra su precisa determinación, pero las máximas de la experiencia indican que en sintomatologías dolorosas se requiere la utilización de medicamentos o tratamientos paliativos, y que, en general, ciertos gastos no cuentan con una registración adecuada. Aún cuando la víctima sea atendida en establecimientos públicos o por cuenta de obra social, subsisten todo tipo de gastos -no siempre módicos- que deben ser solventados por el paciente.

Así, la doctrina judicial atempera el rigorismo formal, por la dificultad de la obtención de documentación acreditatoria. No obstante ello y, como es sabido, estos desembolsos se hayan ligados con la naturaleza de las lesiones y sus secuelas, de modo que deben ser evaluados con suma prudencia; en base a lo cual, considero razonable elevar a la suma de pesos cinco mil (\$ 5.000) la indemnización a conceder por el presente rubro (arts. 165 y 384 del Cód. Procesal). Extensión de la condena a la aseguradora.- En este punto, la actora se agravia respecto al límite en la cobertura del seguro que contiene el fallo. En este sentido se ha señalado que la sentencia contra el responsable civil será ejecutable contra el asegurador en la medida del seguro (art. 118, tercer parte) y de la normativa dictada por la Superintendencia de Seguros de la Nación que prevé como cobertura básica del seguro de responsabilidad civil de vehículos destinado al transporte público de pasajeros una franquicia de \$40.000(Res.25.429/1997, Anexo II, cláusula 4), sustentando dicha solución en la mera afirmación dogmática que dicha cláusula limitativa de cobertura no fue acreditada por la empresa aseguradora. Asimismo se ha sostenido que el contrato de seguro es un contrato uberrimae bona fidei y exige, por tanto, conducta clara y leal y disposición pronta de ambas partes para el cumplimiento de sus obligaciones. En relación a la póliza como instrumento probatorio, es necesario destacar que la misma presupone la perfección del contrato de seguro, del cual es una consecuencia, su prueba capital y guía de interpretación. En el sub-lite, la citación de la empresa aseguradora por la parte actora y la presentación de la citada en garantía en su mérito, implicó el reconocimiento del vínculo que unía a las partes, razón por la cual pretender hacer valer este vínculo sólo en cuanto beneficia a una de ellas y desconocerlo en aquella que la perjudica, importaría un alejamiento de pristinas normas de nuestro ordenamiento legal y especialmente del principio rector de la buena fe que impera en todo iter contractual (art.1198, C.C). Cualquiera sea el alcance de la sentencia, su ejecución contra el asegurador citado en garantía no puede exceder del límite de la cobertura, pues el artículo 118 de la Ley de Seguros sólo reconoce el derecho a ejecutar la sentencia "en la medida del seguro", efecto que rige tanto en el supuesto en que la citación sea pedida por la víctima, como cuando lo sea por el propio asegurado; la citación tiene "idénticos efectos". En este sentido nuestro Máximo Tribunal Provincial ha decidido que el tercero damnificado le son oponibles todas las cláusulas, aún aquellas que restrinjan o eliminen la garantía de indemnidad, sin distinguir en la naturaleza que éstas pudieran tener. Ello es así por que esa prescripción quiere significar que el tercero está subordinado, le son oponibles, lo afectan o se encuentra enmarcado por determinadas estipulaciones contractuales, aun cuando haya sido ajeno a la celebración del pacto (Conf. Ac. 40.684, 2-5-1989 A. y S., Ac. 83.726 del 5-5-2004). En virtud de lo expuesto, considero que la condena habrá de ser extensiva a la citada en garantía en la medida del seguro contratado, por lo que habré de desestimar las quejas traídas en este sentido, lo cual dejo propuesto al Acuerdo (esta Sala, Exp:73482 RSD: 156/2016 sent. del 07 de Septiembre de 2016 in re "Brouchoud, Norma Beatriz y ot c/Cia. Andrade Emp. de Transporte de Pasajeros SRL s/Ds y Ps"). En virtud de las razones y fundamentos expuestos, citas legales, doctrinarias y jurisprudenciales, no siendo íntegramente justo el decisorio apelado, Tasa de Interés.- Finalmente, la parte actora cuestiona la tasa de interés fijada en el decisorio, que dispuso la aplicación de la Tasa Pasiva del Banco de la Provincia de Buenos Aires a plazo fijo a 30 días en su versión digital, desde la fecha del hecho y hasta el efectivo pago y, en caso de no existir dicha tasa en algún período, a la tasa pasiva en su versión tradicional, solicitando se la reemplace por la tasa pasiva más alta del Banco de la Provincia de Buenos Aires, de conformidad con la más actual doctrina legal de la SCBA. Que, en los autos "Ubertalli Carbonino, Sivlia c/ Municipalidad de Esteban Echeverría s/ demanda contencioso administrativa" y "Cabrera, Pablo David contra Ferrari, Adrián Rubén. Daños y perjuicios" donde el Máximo Tribunal dispuso -con carácter de doctrina legal- la aplicación de la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires para la captación de depósitos a plazo fijo a 30 días, durante los distintos periodos de devengamiento, conforme las condiciones determinadas en las reglamentaciones aplicables en cada caso (Ac. B. 62488, sent 18/05/2016; SCBA, C. 119.121 15/6/2016; arts. 622 y 623 del Cód. Civil). Que resultando ello coincidente con el criterio sostenido por esta Sala en casos análogos, propongo al Acuerdo su inmediata aplicación a los presentes, por lo que si mi propuesta es compartida, deberá aplicarse dicha tasa desde el momento del hecho hasta el efectivo pago. En virtud de estas consideraciones, corresponde revocar la sentencia de conformidad con los considerandos que anteceden -VOTO POR LA NEGATIVA- A la primera cuestión, el Dr. Sergio Hernán Altieri dijo: Lamento anticipar que he de discrepar con la opinión vertida por mi colega preopinante, a partir de lo desarrollado en el punto IV de la presente expresión. De conformidad entonces con lo adelantado, expondré a continuación las razones y argumentos que avalan mi postura. Prueba del hecho - Responsabilidad - Tratamiento a) Quiero comenzar destacando que, a tenor de los agravios introducidos por los apelantes, la primera cuestión a desentrañar se finca en verificar si se acreditó el siniestro que origina el reclamo. Es que resulta sabido que, no obstante la responsabilidad objetiva que dimana de los arts. 1113 y 184 de los derogados Código Civil y de Comercio, respectivamente, aplicables a la fecha del siniestro, al caso que convoca este Acuerdo, resulta carga del promotor de la acción la demostración tanto del daño sufrido, como así también, de la relación de causalidad existente entre éste y la actuación de la cosa portadora de vicio o riesgo (doct. y arg. art. 375 del CPCC). Dichos elementos -perjuicio y nexo causal-, constituyen presupuestos centrales de la responsabilidad civil. Son, por ende, los

primeros elementos del acto ilícito (arts. 1067 y 1068 del anterior Digesto de fondo). Ocurre que ningún perjuicio se indemniza en el vacío, sino en vista de un concreto antecedente fáctico respecto del cual se investigan -luego de acreditada su ocurrencia- los presupuestos de resarcibilidad. Así pues, el hecho lesivo constituye uno de los extremos esenciales de prueba en el juicio de daños (Zavala de González, Matilde, "Resarcimiento de daños", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, Tomo 3, pág. 155). Es decir, que ante la negativa expresa y cerrada de la parte demandada y su aseguradora en torno a la existencia del hecho, a la calidad de pasajera de la actora, al contrato de transporte, y a su responsabilidad en el punto (v. fs. 52/58 y 67), recae sobre la parte actora la carga de probar la existencia del hecho dañoso y su relación causal, tal como lo narró al demandar. La prueba del daño y de la relación causal, cuando menos en su fase primaria -puramente material-, incumbe al pretensor. Es una simple aplicación del principio que fluye del artículo 375 del CPCC (Brebba, Roberto H. "Hechos y Actos Jurídicos", Ed. Astrea, Bs. As., 1979, pág. 141; Vázquez Ferreira, Roberto A., "Responsabilidad por Daños - Elementos", Ed. Depalma, Bs. As., 1993, pág. 226 y ss.; Bustamante Alsina, Jorge "Teoría General de la Responsabilidad Civil", Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1993, n° 606 y 607, pág. 269). Concluyo entonces, que el pretensor del resarcimiento de daños debe demostrar los presupuestos de la norma que lo beneficia. Debe probar la existencia del hecho por el que demanda, o de la acción antijurídica, o el incumplimiento; también el factor de atribución, el nexo causal y el daño serán motivo de su esfuerzo demostrativo (Lorenzetti, Ricardo Luis, "Carga de la prueba en los procesos de daños", en La Ley 1991-A-995). Bajo tal óptica, resulta necesario examinar si con las pruebas rendidas, la actora cumplió con aquella carga procesal. Ciertamente, a partir de escrutar el plexo probatorio, no comparto la decisión adoptada en la instancia de origen y en el voto precedente, en virtud de las contradicciones que exhiben estos actuados y el sumario penal acollarado respecto del hecho aquí ventilado. Ergo, mal puede considerarse acreditado y enrostrarse a la accionada, su responsabilidad en el evento (art. 375, 384, 456 y ctes. del Cód. Proc.). Veamos porqué.

b) En primer lugar, observo que ha sido la propia actora quien a los 21 días de haber acaecido el supuesto accidente, formula denuncia en la Seccional Octava de Lomas de Zamora, aseverando que el día 30 de julio de 2010, siendo las 9:15 hs., en ocasión de estar descendiendo por la puerta trasera del colectivo perteneciente a la Línea 564, interno 302, en la intersección de las arterias Anatole France y Anchorena, al apoyar el pie derecho sobre el cordón la unidad de la demandada repentinamente retoma la marcha provocando el chofer con su accionar su caída al piso, lo que le produjo la rotura del hueso de su pierna izquierda, siendo auxiliada por personas que se hallaban próximos a la parada de ómnibus, y luego trasladada por su marido al Hospital Luisa Gandulfo, donde la asistieron médicamente y le diagnosticaron fractura de peroné y desplazamiento de talón, para colocársele una bota de yeso y luego darle el alta médica. Afirma también que pese a hacerle señas al chofer, este en ningún momento se percató y continuó con su viaje, presumiendo que la copiosa lluvia le habría disminuido la visual. Aportó ese mismo día al testigo Braian Hepp y el original y copia del boleto respectivo (ver fs. 3 del sumario penal n° 07-00-046657-10) (el resaltado me pertenece, y sobre ello volveré oportunamente). En segundo término, si continuamos con el relevamiento del citado proceso penal, surge que ese mismo día 20 de agosto de 2010, a raíz de una comunicación telefónica efectuada por el Oficial Principal de la citada Comisaría, se presentó el Representante Legal de la empresa accionada y el chofer involucrado, acompañando copias de la documentación perteneciente a la unidad presuntamente implicada (ver fs. 7/15). Dicha peculiaridad echa por tierra todo lo que se ha escrito en derredor a la eficacia de las constancias obrantes en la mentada causa penal y a su adquisición probatoria en esta sede. De un lado, por cuanto las mismas han sido ofrecidas como prueba por la propia parte actora, de modo que no puede predicarse la inoponibilidad de los elementos allí colectados (cfr. SCBA LP Ac. 96.048, S. 13-12-2006); pero especialmente, por el otro, aflora nítido que la demandada -quien controvertió en su conteste esas constancias- ha participado en el pleito criminal, lo que confirma que ha tenido conocimiento del mismo con la consecuente posibilidad de controvertirlo, por lo que surge de toda evidencia que la garantía de la defensa en juicio ha sido respetada y, con ello, sus constancias son plenamente oponibles a su respecto (cfr. CC0001 QL 11070, RSD-29-09, S. 29-4-2009).

Despejada entonces la posibilidad de analizar el citado proceso represivo, retomaré su estudio señalando que a fs. 41 obra la respuesta a un oficio de informes que dimana del Hospital Luisa C. de Gandulfo, donde la Dra. Mirta E. Vega -Jefa del Servicio de Medicina Legal del citado nosocomio- consigna que no existen registros de la atención de la actora en el sistema computarizado de admisión y egresos ni en el libro de novedades de guardia y denuncia policial. Finalmente, a fs. 50, obra el reconocimiento médico legal efectuado el 23 de agosto de 2010 en sede policial a la accionante, por parte del médico de policía Augusto Rodaniche, quien constata que la demandante se presentó con bota de yeso corta en pierna izquierda, observando, por radiografías, fractura de tobillo izquierdo, conceptualizando las lesiones como graves. Culmina la IPP con el decreto de archivo dispuesto a fs. 53.

c) Procede ahora examinar los elementos colectados en la órbita civil, principiando el análisis con las aseveraciones formuladas en el escrito de inicio. Refiere allí la actora haber sufrido un accidente de tránsito, narrándolo prácticamente en los mismos términos en que lo hiciera en sede penal, salvo que incorpora como dato sobresaliente que luego de ser atendida en el Hospital Gandulfo, recibió atención Médica en el Sanatorio Modelo Burzaco por medio de su obra social (v. fs. 22 vta.); establecimiento donde se le realizaran estudios complementarios y se la interviniera quirúrgicamente, continuando

allí con tratamientos e interconsultas en forma ambulatoria. A los fines probatorios, ofrece prueba informativa a sendos nosocomios (v. fs. 27 vta., punto 4). Llamativamente, en ese mismo escrito postulatorio se omite consignar un dato primordial: señalar cuál fue la extremidad fracturada (izquierda, derecha o ambas). Si nos atenemos a lo afirmado por la denunciante en sede penal, surge que la fractura se habría sufrido en el peroné izquierdo (v. fs. 3), aunque el médico de policía constata fractura de tobillo izquierdo empero mediante la observación de radiografías (v. fs. 50). Más allá de las diferencias anatómicas (peroné y tobillo), tampoco arroja fulgor suficiente los precarios médicos que acompaña la accionante, pues a fs. 3 de las presentes actuaciones surge que el mismo día del accidente se ha recetado Blokium y Diclofenac (ambos de carácter antiinflamatorio y analgésico), mientras que a fs. 4 aparece recetada una Bota Walker y a fs. 11 una orden de radiografía de tobillo derecho (pero ambas un mes después del accidente sufrido: el 30 de agosto de 2010). Si escrutamos los anales clínicos del Sanatorio Burzaco de fs. 84, no surge que el día del hecho haya sido allí atendida la accionante, lo único que se consigna es que tres días después del pretense accidente tuvo un control cardiológico y un mes después (coincidente con la orden de fs. 11), se determina: fractura de peroné derecho. Por otro lado, si concurrimos a la lectura de la pericia psicológica de fs. 152/54, la demandante le relata los hechos a la perito señalando que sufrió un accidente en agosto de 2010 y que fue asistida en la guardia del Hospital Gandulfo, donde le toman una radiografía, ?...en especial del pie y tobillo izquierdo, que el traumatólogo le dice que tenía una fractura de tibia y peroné y le coloca un yeso, que debió portar durante treinta días...? (v. fs. 152 vta., relato de los hechos). Del lado de la pericia médica (v. fs. 179/81), inexplicablemente y también llamativamente, la galeno omite consignar en su dictamen cuál ha sido la extremidad fracturada. Si bien estipula ?traumatismo de tobillo con fractura de peroné en el extremo distal?, no deja en claro cuál de los dos ha sido el miembro inferior dañado, sobre todo atendiendo a que a lo largo de estas actuaciones así como también lo obrado en sede penal, como vimos, surgen consignados distintos quebrantos en diferentes zonas anatómicas. Recapitulando: el 23 de agosto de 2010, la actora concurrió a la instrucción penal a fin de ser examinada por el médico de policía con bota de yeso corta en pierna izquierda. El facultativo constata, por radiografías, fractura de tobillo izquierdo. Por su parte, en la historia clínica del Sanatorio Burzaco, siete días después, surge fractura de peroné derecho. Como se puede vislumbrar raudamente, surgen contradicciones que resultan ostensibles e insoslayables, máxime si reparamos en que a fs. 190 de estos actuados, la misma médica Jefa de Servicios de Medicina Legal del Hospital Gandulfo (Dra. Vega), que en sede penal informara que no existían registros de la atención de la accionante, aparece ahora consignando que la Sra. Gladys Almirón fue atendida por guardia de traumatología el día 30/07/2010 y que los datos los obtuvo de los archivos judiciales, estadística y de la oficina de admisión y egresos. Sin querer entrar a discurrir en torno a las palmarias disparidades entre las hojas membretadas glosadas a fs. 41 del sumario penal y a fs. 190 de estos actuados, así como tampoco abrir un juicio de valor respecto a la disimilitud en las firmas que allí aparecen estampadas, lo que sí me resulta sugestivo es que en sede civil no se hallan acompañado copias fotostáticas del libro de guardia del nosocomio Gandulfo, como es de práctica habitual en todos los casos en que una persona es atendida por guardia y se requieren dichos anales judicialmente. Ante semejante discordante contexto probatorio, cabe ahora preguntarse si la solitaria declaración testimonial del testigo ofrecido por la actora -Braian Hepp- puede allegar alguna convicción acerca de lo que aconteció el día del hecho (ver fs. 130). La respuesta negativa es certera y contundente. Y digo ello, porque a poco que se contrasta la versión de la actora, con los dichos del mencionado deponente, aparece un olvido difícil de comprender. Ha afirmado la actora tanto en su denuncia penal como en su escrito inicial, que las condiciones climatológicas del día 30/07/2010 eran de una ?copiosa lluvia? (v. fs. 3 y fs. 20 vta., segundo párrafo); sin embargo, pese a que el testigo era un transeúnte (se dirigía a la peluquería y al momento del accidente le restaban aún tres o cuatro cuadras para llegar), que luego del suceso dañoso permaneciera junto a la víctima por el espacio de diez minutos, el hecho de no recordar la ?copiosa lluvia?, a mi entender, le resta toda credibilidad a su relato (art. 384 y 456 CPCC). Al respecto, recuerdo que la apreciación de la prueba testimonial debe efectuarse conforme a los principios de la sana crítica, siéndole totalmente lícito al juzgador apreciar oportuna y justamente si el testimonio en cuestión aparece objetivamente verídico, no solamente por la congruencia de sus dichos sino, además, por corroborarlos con el resto de las pruebas que pudieran obrar en el expediente, lo cual es una facultad privativa del magistrado (arts. 384 y 456 del CPCC; cfr. C.A.L.Z., Sala III, causa n° 105, RSD-246/09 S del 20-11-2009, entre otras). Bajo tal óptica, se debilita ostensiblemente la atendibilidad del testimonio, sumado a las imprecisiones ?ut supra? mentadas en los considerandos precedentes, tengo para mí que el hecho alegado ha quedado indemostrado y, en consecuencia, la demanda debe desestimarse, motivo por el cual, propongo al Acuerdo se revoque el decisorio de la instancia primigenia, tornándose abstracto el tratamiento de los restantes agravios traídos por los recurrentes, por haber desaparecido el necesario piso de marcha que podía sustentarlos (arg. arts. 184 y 1113 de los derogados Códigos de Comercio y de Vélez Sarsfield, respectivamente; arts. 242, 375, 384, 456 y ccs. CPCC). En consecuencia, -VOTO POR LA NEGATIVA- A la primera cuestión, la Dra. Rosa María Caram dijo: por compartir idénticos fundamentos que los expresados por el Dr. Altieri: VOTO POR LA NEGATIVA.- A la segunda cuestión, el Dr. Carlos Ricardo Igoldi dice: Visto el Acuerdo por mayoría logrado al tratar la

cuestión que antecede, corresponde revocar la sentencia apelada y, en consecuencia, rechazar la demanda interpuesta por Gladys Cristina Almiron, contra Expreso Villa Galicia San Jose SA por daños y perjuicios, así como también la citación en garantía de Mutual Rivadavia de Seguros del Transporte Público de Pasajeros, con costas de ambas instancias a la parte actora vencida (art. 68 y 274 CPCC). Los honorarios profesionales se regularán en su oportunidad (Ley 8904). -ASI LO VOTO- A la misma segunda cuestión, los Dres. Sergio Hernan Altieri y Rosa Maria Caram, por compartir fundamentos, adhieren y VOTAN EN IGUAL SENTIDO.- Con lo que terminó el Acuerdo dictándose la siguiente -SENTENCIA- En el Acuerdo quedó establecido, por mayoría, que la sentencia no es justa por lo que debe ser revocada. POR ELLO, CONSIDERACIONES del Acuerdo que antecede y CITAS LEGALES, revócase la sentencia apelada y, en consecuencia, se rechaza la demanda interpuesta por Gladys Cristina Almiron, contra Expreso Villa Galicia San Jose SA por daños y perjuicios, así como también la citación en garantía de Mutual Rivadavia de Seguros del Transporte Público de Pasajeros. Costas de ambas instancias a la parte actora vencida. Postérgase la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad. Regístrese. Notifíquese y, consentida o ejecutoriada, devuélvase a la instancia de origen.-

022599E