

Danos Y Perjuicios Transporte De Pasajeros Responsabilidad Objetiva Obligacion De Seguridad

JURISPRUDENCIA

Daños y perjuicios. Transporte de pasajeros. Responsabilidad

objetiva. Obligación de seguridad Se confirma el fallo que hizo lugar a la demanda de daños deducida contra la empresa de transporte de pasajeros de larga distancia pues se probó que cuando la actora descendía en una parada intermedia, se cayó desde la escalera porque pisó algo resbaloso y golpeó su tobillo entre la parte de abajo del colectivo y el cordón. ACUERDO. En Buenos Aires, a los 19 días del mes de abril del año dos mil dieciocho, hallándose reunidas las señoras jueces de la Sala 3ª de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Dras. María Isabel Benavente, Elisa M. Díaz de Vivar y Mabel De los Santos, a fin de pronunciarse en los autos "Hayward, Silvia Inés c/Autotransportes Andesmar S.A. y otro s/daños y perjuicios", expediente n° 109.609/2012, la Dra. Benavente dijo: I.- Silvia Inés Hayward demandó a Autotransportes Andesmar S.A., por el resarcimiento de los daños y perjuicios que alegó haber sufrido a raíz del accidente ocurrido el 15 de abril de 2011, cuando viajaba desde la ciudad de San Miguel de Tucumán hacia la de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a bordo del interno 263, dominio ..., de propiedad de la empresa demandada. Relató que durante el trayecto del viaje el ómnibus realizó una parada en la Provincia de Córdoba, aproximadamente a las 15 hs., y que cuando intentaba descender del colectivo para ir al baño, se resbaló en la escalera a raíz de un líquido o sustancia que había en uno de los escalones y cayó parada en falso entre el cordón y el colectivo. Sufrió las lesiones en el tobillo izquierdo por las que reclama. Señaló que cuando arribó a Bahía Blanca intentó realizar la denuncia en la oficina de la empresa demandada -como le había indicado el chofer- pero no pudo hacerlo porque estaba cerrada, y por ello la presentó en la oficina de la CNRT (Comisión Nacional de Regulación del Transporte). Luego concurrió al Hospital "Dr. José Penna" de dicha ciudad, donde le proporcionaron las primeras atenciones y le diagnosticaron traumatismo de tobillo y fractura de peroné distal. Fue enyesada y le suministraron analgésicos y antiinflamatorios (cfr. fs. 9 y fs. 320). Solicitó la citación en garantía de "Mutual Rivadavia de Seguro del Transporte Público de Pasajeros". Al presentarse en autos la aseguradora referida reconoció el contrato de seguro y la póliza que la unía a la demandada, pero negó tanto la calidad de pasajera de Hayward, como la ocurrencia del accidente denunciado. En síntesis, negó e impugnó todo lo relatado y reclamado en el escrito de inicio (ver fs. 186/190). Al contestar la demanda la empresa de transportes adhirió en un todo a la presentación efectuada por su aseguradora (ver fs. 202/203). En la sentencia de fs. 460/465 el Sr. Juez de grado admitió parcialmente la demanda y condenó a la accionada a abonar a la actora la suma de \$248.000, con más sus intereses y costas. Hizo extensiva la condena contra la compañía de seguros en los términos del art. 118 de la ley 17.418. El pronunciamiento fue apelado por la demandante (fs. 467), y por la empresa de transportes y su seguro (fs. 469). La primera expresó agravios a fs. 476/477, la accionada lo hizo a fs. 479/485 y la citada en garantía fundó su recurso a fs. 490/499. Estas quejas fueron respondidas a fs. 507/510 y fs. 501/505 respectivamente. II.- Con carácter previo, me parece importante despejar cuál es la norma que habrá de regir el caso. Al respecto, no obstante que el 1° de agosto de 2015 ha entrado en vigencia el Código Civil y Comercial, entiendo que los hechos que motivan el presente reclamo se rigen por el Código Civil sustituido, que se encontraba vigente al momento de la ocurrencia del siniestro que motiva el presente. En efecto, el art. 7° del Código Civil y Comercial reproduce -en lo sustancial y en lo que aquí interesa- el art. 3° del código derogado, según la modificación introducida en su momento por la ley 17.711. Rigen, entonces, los principios de irretroactividad y de aplicación inmediata de la ley, en virtud de los cuales la nueva disposición se aplica hacia el futuro, pudiendo alcanzar los tramos de situaciones jurídicas que no se encuentran aprehendidas por la noción de consumo jurídico. Estos conceptos, que fueron incorporados al referido art. 3° derogado, tuvieron como base la obra de Roubier. Dicho autor proponía soluciones que procuran armonizar las exigencias de la seguridad jurídica con las reformas que expresan aquello que el legislador entiende como más representativo del valor justicia, equilibrio que contribuyó -sin duda- a que su obra fuera una referencia insoslayable en el tema (conf. ROUBIER, PAUL, *Le droit transitoire (Conflicts des lois dans le temps)*, 2ª ed. Pariz, ed. Dalloz et Sirey, 1960, nro. 42, p. 198 y nro. 68, p. 334, citado por Kemelmajer de Carlucci, *El artículo 7 del Código Civil y Comercial y los expedientes en trámite en los que no existe sentencia firme*, La Ley Online AR/DOC/1330/2015). A partir de lo expuesto, el límite a la aplicación inmediata de una nueva ley va a estar dado por la noción de "consumo jurídico", pues aquella podrá operar en tanto las consecuencias no se encuentren ya consolidadas con anterioridad a su entrada en vigencia. Por aplicación de los principios expuestos, la doctrina coincide en que la responsabilidad civil queda gobernada por la ley vigente al momento del hecho antijurídico o del incumplimiento contractual, esto es, el Código Civil y sus leyes complementarias, aunque la nueva disposición rige -claro está- respecto de las consecuencias que no se encuentran agotadas al momento de entrada en vigencia del Código Civil y Comercial (conf. Kemelmajer de Carlucci, *Aída ?La*

aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes?, en Rubinza Culzoni, Santa Fe. 2015, p. 101 Zavala de González, Matilde, "Resarcimiento de daños" 2da Daños a las personas (integridad Psicosfísica), Ed. Hammurabi- José Luis Depalma Editor, p. 473; Galdós, Jorge M., "La responsabilidad civil y el derecho transitorio", en rev. La Ley del 1611-2015, p. 3). En tales condiciones, si el hecho que es base del presente reclamo tuvo lugar el 15 de abril de 2011, esto es, con anterioridad a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, es claro que habrá de regirse por la ley vigente al tiempo de su causación. Por supuesto, con excepción de la cuantificación del daño que ha de quedar gobernada por la nueva normativa (conf. Galdós, op.cit.).

III.- Por una cuestión de orden lógico corresponde tratar en primer lugar las quejas formuladas por la demandada y su seguro respecto de la atribución de responsabilidad decidida por el a quo. Sostuvieron que la actora no produjo prueba tendiente a acreditar el hecho denunciado en el escrito de inicio y que el Juez de grado se basó para decidir en "simples indicios" con los cuales no se lo puede tener por demostrado fehacientemente. Agregaron que no existen testimonios que den cuenta del accidente relatado por Hayward, ni la relación causal entre el supuesto viaje en el ómnibus de la demandada y los daños alegados. De este modo, sostuvieron que el a quo valoró arbitrariamente la prueba y las circunstancias de la causa.

IV.- Las quejas negaron terminantemente la ocurrencia del infortunio y que la actora viajaba en el ómnibus. Ante tan cerrada negativa, por aplicación del principio "onus probandi incumbit actoris" que enuncia el art. 377 del Código Procesal, quedaba a cargo de la accionante probar el hecho constitutivo del derecho cuyo reconocimiento pretende. En tales condiciones, debía probar no sólo su calidad de pasajera sino también que las lesiones sufridas tuvieron lugar durante el viaje. Si éstas se acreditan, ello importa -a su vez- el incumplimiento de la obligación de trasladarla sana y salva al lugar de destino. Se trata de una obligación de resultado y no de medios. De modo tal que si ese resultado no se logra cabalmente, la ley establece una presunción objetiva de responsabilidad del transportador a quien, para liberarse de sus consecuencias, no le basta con alegar y probar su falta de culpa sino que está precisado a acreditar que el accidente sucedió sólo por algunas de las causales de excusación que prevé la norma citada, esto es, la culpa de la víctima, de un tercero por quien no debe responder o el casus (CNCiv, Sala G, L. 192.696, del 21-5-96; ídem, íd. del 11-12-91, ED 147, pág. 593/594, esta Sala, mi voto, en autos "Vera González, Martha y ot. c/ Tnsporte Río Grande SACIF Línea 5 y ot. s/ ds y ps" (expte. n° 72.497/2.012) del 14-12-2017). Es bien sabido que el contrato de transporte es un contrato consensual que se perfecciona por el solo consentimiento de las partes, es decir, con el ofrecimiento de realizar el transporte y la aceptación por parte del pasajero, que se traduce en su ascenso al medio propuesto. Por cierto, no tiene una forma impuesta para la prueba, de modo que los elementos que ofrezca la actora para acreditarlo deberán ser valorados en función de su fuerza convictiva, que habrá de ser apreciada según las reglas de la sana crítica (art. 386 CPCCN).

Para acreditar el hecho, Hayward acompañó prueba documental que corrobora sus dichos. Así, a fs. 9 obra la denuncia penal que oportunamente efectuó a los tres días del accidente (19-04-2011) en la Comisaría 4ª de Bahía Blanca. Declaró que el viernes 15 de ese mes y año, a eso de las 16 hs., viajaba a bordo de un colectivo de larga distancia perteneciente a Andesmar, con destino hacia la ciudad de Bahía Blanca. La unidad realizó una parada en Córdoba, y se decidió a bajar. Cuando descendía se cayó desde la escalera, porque pisó algo resbaloso y golpeó su tobillo entre la parte de abajo del colectivo y el cordón. Agregó que un chofer logró sostenerla. Cuando regresó al ómnibus se percató que tenía una inflamación en el tobillo, que estaba de color oscuro, y comenzó a sentir un fuerte dolor. Además a fs. 10/11 se encuentra agregado el formulario que da cuenta del reclamo efectuado por la actora en la oficina de la CNRT (Comisión Nacional de Regulación del Transporte) de la ciudad de Bahía Blanca (del 19-04-2011). Allí describió el accidente en términos similares a los expuestos en la denuncia penal, y agregó la información sobre las lesiones experimentadas (ver fs.10). Destaco que a fs. 316/25 obra copia del expediente S02:114487/2014 remitido por la CNRT. A fs. 319 obra la copia certificada de la denuncia acompañada por la actora como prueba documental a fs. 10. Además a fs. 320 lucen fotocopias certificadas de las recetas y órdenes médicas de fecha 16-04-2016, que dan cuenta de la atención médica recibida por la actora en el Servicio de Ortopedia y Traumatología del Hospital "Dr. José Penna" de Bahía Blanca, el mismo día en que arribó a la ciudad. A fs. 321 del expediente administrativo obra la fotocopia certificada del pasaje del ómnibus de la accionante. Allí se leen perfectamente los datos de la empresa demandada -"Autotransportes Andesmar S.A."- el nombre y número de documento de identidad de la actora (Silvia Inés Hayward, DNI ...), la fecha de expedición del boleto (14/04/2011), como así también la fecha y lugar de salida y de destino del viaje (origen: Tucumán, fecha y hora: 15/04/2011, 06:00 hs., destino: Bahía Blanca, fecha y hora: 16/04/2011, 06.15 aprox., Boleto N° 4153715). Todo ello coincide con los extremos que se mencionan en la demanda. A mayor abundamiento, destaco que a fs. 330 luce la contestación de oficio en donde la accionada informó que el boleto adjuntado por la actora coincidía con los datos que surgían de los registros de la empresa. Pues bien. Todo lo expuesto permite tener por acreditado que la víctima era pasajera del ómnibus de la demandada. En otras palabras, existen en autos suficientes indicios que, a mi juicio, revelan que Hayward revestía tal carácter. Así, resalto la concurrencia de la actora a la consulta médica ni bien finalizó el viaje (ver certificado y recetas de fs. 320 suscriptos por el Dr. Agustín Ariel Paz, traumatólogo del Hospital Penna de Bahía Blanca, del 16 de abril de 2011). Además, en la fotocopia de la historia clínica de "Traumatología del

Norte? del 19-04-2012, se consignó que las lesiones que motivaban la intervención quirúrgica que allí se menciona, tenían origen en un antecedente traumático ocurrido el 15/04/2011 (ver fs. 46: ?accidente al caerse en escalera del colectivo?). Asimismo en la historia clínica remitida a fs. 332/333, puede leerse que con fecha 04/05/2011 se asentó ?2 semanas del accidente al caerse del colectivo? (fs. 333). Estos elementos que aisladamente considerados podrían parecer escasos, pero si se los analiza en su conjunto, por su gravedad, precisión y concordancia, permiten formar convicción moral suficiente sobre la existencia del hecho que fue desconocido por la accionada, esto es, que la actora viajaba en el ómnibus de su propiedad el día y hora indicados en el escrito de inicio y que, por una sustancia o líquido que había en uno de los escalones del micro se resbaló y cayó a la calle lesionándose su tobillo izquierdo. Desde otro ángulo tampoco es extraño que después de semejante caída, la actora hubiere intentado hacer la denuncia en la de la CNRT y luego haya concurrido al Hospital Penna, y que haya faltado a la verdad, pues no es razonable que bajo los efectos del dolor una persona mienta abiertamente para obtener un beneficio indebido. Por lo menos, no lo que acostumbra a suceder en la vida de todos los días. No sería atinado exigir prueba directa y acabada del hecho, sino que bastará con que se aporten suficientes indicios para acreditar la verosimilitud de lo narrado. En otras palabras, cuando ocurre un accidente inesperado, como en la especie, generalmente las víctimas no se preocupan por buscar pruebas para promover eventualmente un juicio, sino que la situación de dolor y la conmoción que experimentan las lleva normalmente a buscar asistencia médica de inmediato. Hasta sería sospechoso que en esas circunstancias, en lugar de procurar ayuda rápidamente, el damnificado se ocupe de buscar testigos presenciales o cualquier otro elemento para acreditar la responsabilidad del transportista. Pero, precisamente, esa situación de vulnerabilidad, no podría redundar en detrimento de la justa indemnización que le corresponde, porque de lo contrario en la mayoría de los casos el daño debería ser soportado por la víctima inocente. Por tal motivo, el juzgador -que no presencié el infortunio- debe tratar de reconstruirlo, analizando la prueba en su conjunto, teniendo como premisa básica el principio según el cual la certeza exigible para el proceso, no ha de ser matemática sino una probabilidad lógica prevaleciente (conf. Muñoz Sabaté y Gorphe, citados por la Dra. De los Santos en CNCiv., Sala M, en autos ?Tobar Tapia, Giannina Alejandra c/ Pereyra, Beatriz Amparo y otros s/ daños y perjuicios?, expte. n°11.865/2007, del 07/10/2015, entre muchísimos otros precedentes de su vocalía, esta Sala, mi voto en autos ?Asociart SA ART c/ Dota SA Transporte Automotor y otros s/ cobro de sumas de dinero?, expte. n° 56.630/2012 del 24/05/2017). En conclusión, a mi juicio, los datos objetivos debidamente comprobados, valorados de conformidad con las reglas de la sana crítica, permiten inferir tanto la calidad de pasajera de la actora, como así también, que la lesión en su tobillo izquierdo se produjo durante el viaje con motivo de la presencia de alguna sustancia en uno de los escalones del micro que ocasionó que aquella se resbalara y cayera a la calle. V.- El transportista asume una verdadera obligación de seguridad de resultado que consiste en llevar sano y salvo al pasajero hasta su lugar de destino; por lo tanto, cualquier inconveniente que éste sufra configura, en principio, un incumplimiento de la debida prestación del transportador y da nacimiento a la responsabilidad, a menos que demuestre alguna de las eximentes expresamente previstas (cfr. Fallos: 322:139; 323:2930). El art. 184 del Código de Comercio dispone que: "En caso de muerte o lesión de un viajero, acaecida durante el transporte en ferrocarril, la empresa estará obligada al pleno resarcimiento de los daños y perjuicios, no obstante cualquier pacto en contrario, a menos que pruebe que el accidente provino de fuerza mayor o sucedió por culpa de la víctima o de un tercero por quien la empresa no sea civilmente responsable". Sostienen Fernández y Gómez Leo que la obligación resarcitoria que establece el precepto transcrito, con las solas eximentes que él determina, constituye una responsabilidad de índole objetiva, impuesta por el legislador por razones de política en materia de transporte, para inducir a las empresas a extremar las precauciones respecto de la buena calidad, perfecto estado y funcionamiento del material, la capacitación y buen desempeño de su personal y el estricto cumplimiento de las leyes y reglamentos y, por otra parte, en amparo a las posibles víctimas, para quienes el resarcimiento resultaría ilusorio en la mayoría de los casos si tuvieran que probar la culpa del transportador. Según esos autores, dicha responsabilidad encuentra su fundamento jurídico en la teoría del riesgo, que en materia de empresa tiene una sólida base de solidaridad social, de justicia y de equidad, pues desde el momento que el empresario obtiene con su actividad un beneficio, debe correr con los riesgos que crea y, por consiguiente, indemnizar a los usuarios y a los terceros si sufren daños (conf. Raymundo L. Fernández y Osvaldo R. Gómez Leo en "Tratado teórico práctico de derecho comercial", t. III-B, ps. 556 y 561). Es sabido que la obligación del porteador es de resultado y no de medios. De modo tal que si ese resultado no se logra cabalmente, la ley establece una presunción objetiva de responsabilidad del transportista a quien, para liberarse de sus consecuencias, no le basta con probar su falta de culpa sino acreditar que el accidente sucedió por algunas de las causales de excusación que prevé la norma citada, esto es, la culpa de la víctima, de un tercero por quien no debe responder o el casus. A idéntica conclusión se llega si se aplica en el caso las disposiciones de la ley de defensa del consumidor. Es que el vínculo entre el transportador y el pasajero configura una relación de consumo a la cual es aplicable los arts. 5 y 40 de la ley 24.240 que entrañan también una responsabilidad objetiva que sólo libera total o parcialmente a quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena (cf. Fallos: 331:319; 333:203). A ello se agrega la reforma constitucional de 1994, con la cual el referido principio obtiene primera jerarquía al quedar

categoricamente incorporado al art. 42 de la Ley Suprema. La disposición expresa que "Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno...". La expresión que adopta la ley es "relación de consumo" para evitar circunscribirse al ámbito contractual y referirse con una visión más amplia a todas las circunstancias que rodean o se refieren o bien constituyen un antecedente o son una consecuencia de la actividad encaminada a satisfacer la demanda de bienes y servicios para destino final de consumidores y usuarios (del voto de la Dra. Highton, LL 2004-A, 433). En la especie, -reitero- si bien la emplazada y la citada en garantía negaron la ocurrencia del siniestro, desconocieron la calidad de pasajera y las lesiones invocadas, no alegaron concretamente ninguna de las causales que autoricen a presumir que la caída de la actora mientras bajaba del colectivo obedeció a un hecho ajeno que permita tener por fracturado total o parcialmente el nexo causal. En consecuencia, despejada la existencia del hecho, toda vez que en la especie no se ha desvirtuado la presunción de responsabilidad objetiva, y no se ha fracturado el nexo causal, la procedencia de la demanda contra la empresa de transportes se encuentra sellada y ésta habrá de responder por los daños que surjan comprobados (art. 184 del Código de Comercio, aplicable al caso). En función de ello, propongo al Acuerdo, rechazar las quejas formuladas y confirmar la sentencia de grado en este aspecto del debate.

VI.- Paso ahora a analizar las críticas vertidas en punto a las sumas concedidas para enjugar las distintas partidas indemnizatorias:

a) Incapacidad psicofísica sobreviniente: La demandada y el seguro apelaron el monto fijado en la sentencia por incapacidad física por considerarlo elevado. Sostuvieron que de las constancias de autos no se desprende que la actora se haya visto perjudicada en su vida cotidiana ni que haya sufrido perjuicios económicos con motivo del accidente. Por tanto, solicitaron la reducción de este ítem. La actora se quejó del rechazo de la partida pretendida por daño psicológico. Indicó que no debe confundirse con el daño moral y aludió a lo dictaminado en autos por el perito médico y al porcentual de incapacidad psíquica estimado. Por incapacidad sobreviniente debe entenderse cualquier alteración del estado de salud física o psíquica de una persona que le impide gozar de la vida en la medida en que lo hacía con anterioridad al hecho, con independencia de cualquier referencia a su capacidad productiva (conf. Alpa-Bessone, *Il fatti illeciti*, en *Tratatto de Diritto Privato* (dir. Resigno), XIV-6, p- 9. La protección de la integridad corporal y la salud estuvo implícitamente consagrada en la Constitución Nacional de 1853 (S.C.J. Mendoza, sala I, marzo 11993, *Fundación Cardiovascular de Mendoza c/Asociación de Clínicas de Mendoza*? E.D. T° 153 pág. 163 con nota de Susana Albanese) y, explícitamente, en el art. 42 de la Carta Magna y a través de la incorporación de los tratados internacionales, en la modificación de 1994. Así, tal protección resulta, entre otros, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 25.1: *Todo ser humano tiene el derecho a un nivel de vida que le permita a él mismo y a su familia gozar de salud y bienestar; tiene derecho a la seguridad en caso de desempleo, enfermedad, discapacidad, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia*?); del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12.1: *Los Estados se comprometen al reconocimiento de derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*?); de la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 5.1: *Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral*? y art. 11.1: *Toda persona tiene el derecho... al reconocimiento de su dignidad*?); del art. 18 del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (*Toda persona afectada por una disminución de sus capacidades físicas o mentales tiene derecho a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad*?). Como se advierte, la salud aparece como un bien jurídico de la mayor jerarquía a la hora de su tutela jurídica. En virtud de ello, las consecuencias de su afectación resultan un daño resarcible, en tanto agravia el interés de la persona a mantener su nivel de salud, que es protegido por el ordenamiento (conf. Parellada, Carlos A., *Incapacidad parcial y permanente*?, en *Reparación de daños a la persona. Rubros indemnizatorios y responsabilidades especiales*?, dir. Trigo Represas, F.-Benavente, M., ed. La Ley, 2014, T. III p. 3). Si se ubica a la persona como centro y eje del ordenamiento jurídico, el contenido y la consideración del daño experimentado ha de tener especial significación. La actora ha reclamado en acápites separados la incapacidad física y psíquica, pero las examinaré en conjunto. En primer lugar, participo de la opinión según la cual tanto el *daño psicológico*? como la *lesión estética*? carecen de autonomía (conf. CNCiv., Sala G, LA LEY 1995-E-, págs. 461/277, *T.I.A. c/ Casagrande*?, del 22 de marzo de 1995, entre muchísimos otros). Esto significa que tales afecciones no configuran un tercer género independiente de los daños patrimoniales y extrapatrimoniales, porque se distingue previamente el bien jurídico lesionado -integridad corporal, derecho de la personalidad- de las consecuencias que su ilegítima afectación provoca; lo que no impide, desde luego, que si un hecho lesivo de esa naturaleza genera disminución de posibilidades de obtención de ganancias mediante actividad retribuida, comporte un daño patrimonial indirecto que pasará a integrar la partida *incapacidad*?. En segundo término, aclaro que parto de la concepción de que el ser humano es una unidad vital y si existe una minusvalía que repercute en el ámbito físico o psíquico de las personas debe ser íntegramente considerada pues, parcializarla o descomponerla en distintos renglones implica una visión fragmentada e irreal que, contrariamente a lo que se presume, no importa justipreciar adecuadamente el menoscabo. Se trata de diferentes rótulos que, en

verdad, son mentalmente valorados al momento de establecer la indemnización que se entiende justa y razonable (conf. esta Sala, mi voto, en autos ?Delgado, Brenda C. c/ Carreira, Osvaldo F. y otros s/ daños y perjuicios? del 7/6/2017, entre muchos otros). En el caso, el perito médico designado de oficio -Dr. Efraín E. Fernández Collazo- primero reseñó que en la fecha indicada en la demanda la actora sufrió luxofractura del tobillo izquierdo con fractura del peroné y distensión del ligamento interóseo. Debió someterse a una operación y luego utilizar muletas para desplazarse y realizar múltiples sesiones de fisiokinesioterapia. Luego, señaló los pormenores de la incapacidad que exhibe la víctima. Comprobó que presenta secuelas en el tobillo mencionado -limitación funcional postraumática- que le generan dolor y limitaciones en la movilidad y la estática. Estimó la incapacidad física en el 10%, e indicó que los daños comprobados tienen relación de causalidad con un hecho como el denunciado en autos. Desde el punto de vista psicológico, el experto comprobó que Hayward presenta una personalidad de base dentro de la norma, pero con disturbios que son previos a la existencia del daño físico causado por el accidente y que se han agravado por éste. Observó en la paciente signos de retraimiento y bloqueo afectivos, indicadores de ansiedad, angustia y depresión, defensas insuficientes y percepción agresiva de lo externo. De esta manera dictaminó que padece un trastorno mixto depresivo ansioso de grado moderado, ocasionado tanto por factores ajenos y previos al siniestro, como por las consecuencias de éste. Indicó que era imposible determinar con precisión el grado de incidencia de ambos grupos, por lo que la repartió en partes iguales (ver fs. 411/vta.). Indicó que la actora presenta un 10% de incapacidad en esta órbita, pero aclaró que solamente un 5% de la afección psíquica corresponde al infortunio de autos. Agregó, que exhibe como secuelas estéticas asimetría de ambos tobillos y cicatrices visibles, que le producen un 2% de incapacidad adicional. Aconsejó realizar un tratamiento psicológico, el que fue admitido en primera instancia, que no ha sido recurrido. El peritaje médico no fue cuestionado por las partes. No está de más recordar que el dictamen de los peritos es un juicio de valor sobre cuestiones de hecho, respecto de las cuales se requieren "conocimientos especiales" y que el juzgador no puede dejar de lado arbitrariamente (conf. Fenochietto-Arazi, "Código Procesal Civil y Comercial", tº 2, pág. 523, com.art. 477). Y aun cuando las normas procesales no acuerdan al peritaje el carácter de prueba legal, toda vez que el art. 477 del Código Procesal establece que su fuerza probatoria será estimada por el juez teniendo en cuenta la competencia del perito, los principios científicos o técnicos en que se funda, la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica, las observaciones formuladas por los consultores técnicos o los letrados, conforme a los arts. 473 y 474 y los demás elementos de convicción que la causa ofrezca (art. 386 y cc. de la ley cit.), cuando ha sido emitido por los expertos en el marco de sus incumbencias, no puede ser dejado de lado, sin más, por el juzgador (conf. Fenochietto-Arazi, "Código Procesal Civil y Comercial", tº 2, pág. 523, com. art. 477). Ello es así en la medida que no surja desvirtuado por otras pruebas de igual o superior valor científico que, por su seriedad y fundamento, permitan formar una convicción contraria a sus conclusiones (art. 477 del CPCCN). Por cierto, no existen en el caso elementos que autoricen a apartarse del informe.

En atención a lo expuesto, y por no haberse acreditado en autos que las secuelas psíquicas y estéticas comprobadas sean idóneas para incrementar la cuantía por incapacidad, ponderare estos ítems al momento de valorar el daño patrimonial. Pues bien. Para fijar el monto de este perjuicio, cuadra tener primordialmente en cuenta que el derecho a la reparación del daño injustamente experimentado tiene jerarquía constitucional, toda vez que el *neminem laedere*, reconoce su fuente en el art. 19 CN (CSJN, ?in re? ?Santa Coloma? (Fallos 308:1160); Ghünter?, (Fallos 308:1118); ?Aquino? (Fallos 327:3753). Por otra parte, la indemnización debe ser adecuada para dar satisfacción al principio de la reparación plena, al que se refiere el art. 1740 del nuevo Código Civil y Comercial. Esta se asienta en cuatro reglas fundamentales: el daño debe ser fijado al momento de la decisión; la indemnización no debe ser inferior al perjuicio, la apreciación debe formularse en concreto y no debe ser superior al daño sufrido (conf. Pizarro, Ramón D., ?El principio de reparación plena del daño. Situación actual. Perspectiva?, en Separata de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 1998). No debe soslayarse que una lectura sesgada del art. 1746 del CCyC hace referencia a la adopción de determinadas pautas que darían cuenta de que debería emplearse un criterio matemático para calcular el resarcimiento. Así, según dicha disposición, en el caso de lesiones, la indemnización debe consistir en una suma de capital que, debidamente invertido, produzca una renta que permita al damnificado continuar percibiendo durante su vida útil una ganancia que cubra la disminución de su aptitud para realizar actividades productivas o económicamente favorables, y que se agote al término del plazo que razonablemente pudo continuar realizando esas tareas. Como se advierte, esta fórmula, prevista para el caso de incapacidad permanente, en base a la función resarcitoria (arts. 1708 y 1716), al principio de inviolabilidad de la persona humana (art. 51) y al de la reparación plena (art. 1740) -todos ellos objetivos de la responsabilidad civil, junto con el deber de prevención (arts. 1708 y 1710)- forman un dispositivo que es necesario tener primordialmente en cuenta para cuantificar el perjuicio (conf. Galdós, en Lorenzetti (dir) ?Código Civil y Comercial de la Nación comentado?, 1º ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 294). Se trata de una herramienta, es decir, de una pauta orientadora para lograr acercarse en forma objetiva a la reparación adecuada pero que no descarta la aplicación de las particularidades del caso que son, justamente, las que permiten a los jueces resolver con justicia cada situación individual. Por tanto, en función del art. 1746 citado tomaré en cuenta las variables del caso, esto es, la edad de la

víctima al momento del hecho -46 años-, y hasta la edad de 65 años, el salario mínimo vital y móvil vigente -\$ 9.500-, su ocupación -empleada administrativa (ver fs. 410) y profesora superior de danza clásica (ver fs. 257/61)-, y las restantes circunstancias que surgen de estos autos. Además, computaré el 10% de incapacidad física y una tasa de descuento del 8%. Sobre esa base, y por considerarla equitativa, propongo a mis distinguidas colegas confirmar la suma de PESOS CIENTO TREINTA MIL (\$130.000) concedida por el primer sentenciante por incapacidad física (art. 1746 del CC y C y 165 del CPCCN). Reitero que ponderaré las molestias psíquicas y las leves secuelas estéticas comprobadas pericialmente al justipreciar el reclamo por daño moral.

b) Daño moral: La emplazada y la compañía aseguradora criticaron la suma establecida en la sentencia por este renglón por excesiva. Indicaron que la actora no acreditó suficientemente los padecimientos y molestias alegadas y que el a quo no explicó de qué modo aquella se ha visto afectada en su diario vivir. Solicitaron su reducción a valores razonables. Destaco que, desde siempre, me incliné por la corriente que asigna al daño moral carácter resarcitorio (conf. CSJN, del 24-8-95, ?Pérez, Fredy c/ Ferrocarriles Argentinos?, JA 1997-III, síntesis; CNCiv., Sala A, del 1-10-85, LL 1986-B, pág. 258; ídem, Sala C, del 8-6-93, JA 1994-IV-síntesis; ídem, Sala F, JA 1988-IV, pág. 651), ya que busca en definitiva contribuir a compensar la conmoción que el padecimiento genera mediante el alivio que puede importar la suma que se otorga (conf. Bustamante Alsina, Jorge, "Teoría Gral. de la Responsabilidad Civil", Buenos Aires, 1989, p. 179 y sigtes., Cazeaux, Pedro N. y Trigo Represas, F.A., "Derecho de Obligaciones", La Plata, 1969, t. I, p. 251 y sigtes.). No queda reducido al clásico "Premium doloris" (sufrimiento, dolor, desesperanza, aflicción, etc.), sino que además de ello, apunta a toda lesión del espíritu que se traduce en alteraciones desfavorables para las capacidades del individuo de sentir -"lato sensu"-, de querer y de entender (conf. Bueres, Alberto J., "El daño moral y su conexión con las lesiones a la estética, a la psique, a la vida de relación y a la persona en general", en Revista de Derecho Privado y Comunitario", Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, N° 1, 1992, pág. 237 a 259; Pizarro, Ramón Daniel, "Reflexiones en torno al daño moral y su reparación", JA, 1986-III- 902 y 903; Zavala de González, Matilde, "El concepto de daño moral", JA, 1985-I- 727 a 732). Este criterio es el que finalmente prevaleció en el Código Civil y Comercial (art. 1740 ?in fine?). En función de ello, los sinsabores, angustias, miedos y demás sentimientos adversos deben ser enjugados proporcionando a la víctima recursos para mitigar el detrimento causado, de modo que pueda acceder a gratificaciones viables para superar el padecimiento (Iribarne, Héctor P., ?De los daños a la persona?, ed. Ediar, p.s 143 concs., Galdós en Lorenzetti (dir), ?Código Civil y Comercial de la Nación Comentado?, ed. Rubinzal Culzoni, t. VII, p. 503 ss). Es sabido, por otra parte, que el daño extrapatrimonial se produce ?in re ipsa?, no requiere prueba y no tiene por qué guardar proporción con los perjuicios materiales (conf. CNCiv., Sala G L. 282.602, del 16-2-01). Para justipreciar esta partida tendré en cuenta las circunstancias particulares de la víctima, su edad al momento del hecho (46 años), que está casada y tiene dos hijas mayores de edad. Manifestó trabajar como empleada administrativa, cuenta con estudios secundarios completos y ha acreditado ser profesora superior de danza clásica (ver fs.257/261). Asimismo, valoraré que debió ser intervenida quirúrgicamente, el período de reposo, como así también que debió utilizar muletas por un tiempo para trasladarse, y luego realizar la pertinente rehabilitación kinesiológica. Ahora bien, sin perjuicio de valorar todo lo expuesto, considero que el monto determinado por el primer sentenciante resulta un tanto elevado. Por tanto, juzgo prudente reducirlo a la suma de PESOS NOVENTA MIL (\$90.0000, conf. arts. 1741 del CCyC y 165 del CPCCN).

VII.- Franquicia: Resta analizar los agravios de la compañía de seguros vinculados a la oponibilidad de la franquicia que, con sustento en el plenario Obarrio, fue decidida por el a quo. Durante mucho tiempo he adherido invariablemente al criterio del más Alto Tribunal que descalificó los pronunciamientos que declaraban su inoponibilidad a la víctima (conf. N.312.XXXIX ?Nieto, Nicolaza del Valle c/ La Cabaña S.A. y otros? y V.482.XL ?Villarreal, Daniel Alberto c/ Fernández, Andrés Alejandro y otros?, publicadas en Fallos 331:379 y 334: 988; ídem Fallos: Fallos 319:3489; 329:3654 y 348. Entre ellos, la Corte Suprema consideró arbitraria la doctrina del fallo plenario que se aplicó en este fuero con carácter obligatorio hasta la sanción de la citada ley 26.853 (conf. causas O.166, L. XLIII, ?Obarrio, María Pía c/ Microómnibus Norte S.A. y otros?; G. 327, L. ?Gauna, Agustin y su acumulado c/ La Economía Comercial S.A. de Seguros Generales y otro?; V. 389, L. XLIII, ?Villarreal, Daniel Alberto c/ Fernández, Andrés Alejandro? y C. 310, L. XLIV, ?Cuello, Patricia Dorotea Lucena, Pedro Antonio y otros?, falladas el 4 de marzo de 2008 y la última el 18 de junio de 2014; B. 915. XLVII. ?Buffoni, Osvaldo Omar c/ C., R. M. s/daños y perjuicios? del 08/04/2014; mis votos en autos ?Romero, María Inés c/ Transportes Sol de Mayo C.I.S.A. y ot. s/ daños y perjuicios? del 14/06/2016, ?González Melgarejo, Pablina Cándida c/ Empresa de Transportes Sur Nor CISA y ot. s/ daños y perjuicios? del 21/11/2016, ?Gusak, Lidia Ester c/ Consultores Asociados Ecotrans SA y ot. s/ daños y perjuicios? del 25/11/2016, ?De la Vega, Luis Alberto c/ Empresa Gral. Urquiza SRL y ot. s/ daños y perjuicios? del 15/12/2016).

Sin embargo, en el mes de julio del año próximo pasado, por la Resolución n°39.927/2016 de la Superintendencia de Seguros de la Nación, se establecieron nuevas pautas para la regulación del seguro de transporte automotor. Así, en las Condiciones Generales del Seguro de Responsabilidad Civil de Vehículos Automotores destinados al Transporte Público de Pasajeros, ANEXO II, cláusula 2° -?Franquicia o Descubierto Obligatorio a Cargo del Asegurado- dispone que: ?El Asegurado participará en cada acontecimiento por

un hecho cubierto con un Descubierto Obligatorio de PESOS CIENTO VEINTE MIL (\$ 120.000). Dicho descubierto obligatorio a su cargo se computará sobre capital de sentencia o transacción, participando el Asegurado a prorrata en los intereses y costas. En todo reclamo de terceros, la Aseguradora asumirá el pago de la indemnización y el Asegurado le reembolsará el importe del Descubierto Obligatorio a su cargo dentro de los DIEZ (10) días de efectuado el pago....?. Aun cuando la referida directiva es de aplicación inmediata a partir del 1° de septiembre de 2016 -art. 7° del Código Civil y Comercial- es innegable que se trata de una ley en sentido material, que procura dar pautas generales para poner fin al amplio debate que suscitaba la aplicación de la Resolución n° 25.429/97, que había impuesto con carácter obligatorio a los seguros tomados por el transporte automotor de pasajeros una franquicia de pesos cuarenta mil (\$40.000). La nueva resolución regula el vínculo entre la aseguradora y el tercero damnificado o, si se quiere, establece las condiciones de la cobertura del siniestro y los alcances del deber de indemnidad que establece el art. 110 L.S., otorgando mayor protección a las víctimas. Es así que establece que éstas pueden cobrar la totalidad de la condena contra el seguro, sin perjuicio de las acciones de reembolso que pudiera tener contra su asegurado para recuperar lo abonado de más, en razón del descubierto a su cargo que contiene la póliza. Como puede apreciarse, contiene -en definitiva- una directiva que aclara -o más bien rectifica- la anterior la anterior n° 25.429/97 que, más allá del comienzo de su vigencia en los términos que indica, permite tener un panorama un poco más claro sobre el funcionamiento de la franquicia en el contrato de seguros en el transporte de personas, mientras no se regule de manera integral el seguro obligatorio. De allí, ignorar a esta altura de los acontecimientos las nuevas pautas fijadas por la autoridad de aplicación no parece saludable pues, frente a la diversidad de opiniones que aún existen, es indispensable aferrarse a reglas claras y objetivas, como ocurre en el caso de la resolución 33.547/2010, que contribuyen a generar -sin duda- seguridad jurídica frente a un contexto normativo opinable, son razonables y proporcionan mayores garantías para el cumplimiento de la condena. Si, ante la considerable elevación de la franquicia obligatoria se impone la solución anteriormente transcripta, no veo obstáculo que impida adoptar el mismo criterio en los casos en que el descubierto a cargo del asegurado es bastante inferior, e -incluso- no alcanza siquiera al monto de inapelabilidad fijado por la Corte Suprema en la Acordada 45/2016, del 30 de diciembre de ese año para acceder a la segunda instancia (ver actual art. 2015). Por tanto, en consonancia con el voto de mi distinguida colega, Dra. De los Santos en los autos ?Laurito, Alan Román y otro c/Transporte Automotor Plaza SACI y otros s/daños y perjuicios?, expediente n° 33.547/2010, del 26/12/2016 -aunque sin adherir a la tesis de la inoponibilidad- propongo al Acuerdo seguir en este caso el criterio de la Resolución n°39.927/2016 de la Superintendencia de Seguros de la Nación y disponer que la condena se haga extensiva a la citada en garantía en su totalidad, sin perjuicio de la acción de reembolso que corresponda entre las partes. Por estos únicos fundamentos, postulo se confirme la sentencia de grado en este punto (conf. esta Sala, mi voto en autos ?Pacheco, Sergio Emmanuel c/ La Nueva Metrópol y ot. s/ds. y ps.? expte. n° 61.344/2008 del 30/05/2017, etc.). VIII.- Tasa de interés: La demandada y su seguro se agravaron de la tasa activa determinada por el a quo para el cómputo de los intereses. Solicitaron se fije la tasa pura, o en su defecto la tasa pasiva más baja. Como las sumas indemnizatorias son determinadas a la fecha de este pronunciamiento, postulo modificar la tasa establecida en la sentencia recurrida fijándola en el 8% anual desde el accidente hasta el presente y, desde aquí en adelante, a la tasa activa fijada por el Sr. Juez de grado (conf. doctrina plenaria ?Samudio de Martínez, Ladislao c/ Transportes Doscientos Setenta SA s/ daños y perjuicios? del día 20 de abril de 2009). Imponer que los réditos se liquiden a la tasa activa desde el hecho, llevaría a consagrar una alteración del capital establecido en la sentencia, configurando un enriquecimiento indebido. Es que, al fijarse los montos indemnizatorios al momento de esta sentencia, se evita la posibilidad de conceder una indemnización depreciada. Por ello, corresponde que respecto de todos los rubros indemnizatorios, los intereses se calculen desde la fecha del accidente y hasta el presente pronunciamiento, a la tasa pura del 8% anual y, desde entonces y hasta el efectivo pago, a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina. Ello, con excepción de la suma determinada por ?tratamiento psicológico? (\$10.000), pues por tratarse de erogaciones futuras, los réditos comenzarán a liquidarse a la tasa activa desde este pronunciamiento y hasta el efectivo pago. Con estos alcances sugiero modificar este acápite. IX.- En síntesis. Propongo modificar la sentencia de grado en cuanto se reduce el monto establecido por daño moral al de PESOS NOVENTA MIL (\$90.000), como así también respecto al modo de liquidarse los intereses correspondientes, los que habrán de computarse de conformidad con lo dispuesto en el considerando VIII. Postulo confirmar la sentencia apelada respecto de todo lo demás que decide y ha sido materia de agravio. De compartirse mi opinión, las costas de Alzada se imponen a la demandada y a la citada en garantía, que resultan sustancialmente vencidas (art. 68 del CCCN) y por el carácter que éstas tienen en los juicios de la naturaleza del presente aunque la pretensión no prospere en su totalidad (CNCiv., esta Sala, mi voto en autos ?Tenreiro, Christian Hernán c/ Nueva Chevallier S.A. y ot. s/daños y perjuicios? (expte. n°95.909/2007) del 20/02/2018, entre muchos otros). Las Dras. Elisa M. Díaz de Vivar y Mabel De los Santos adhieren por análogas consideraciones al voto precedente. Con lo que terminó el acto, firmando las señoras jueces por ante mí que doy fe. Fdo.: María Isabel Benavente, Elisa M. Díaz de Vivar, Mabel De los Santos. Ante mí, María Laura Viani (Secretaria). Lo transcripto es copia fiel de su

original que obra en el libro de la Sala. Conste. MARÍA LAURA VIANI Buenos Aires, 19 de abril de 2018. Y
Visto: Lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo precedente, el Tribunal Resuelve: 1) Modificar la sentencia de primera instancia en cuanto se reduce el monto establecido por daño moral al de PESOS NOVENTA MIL (\$90.000). 2) Modificar el modo de liquidar los intereses correspondientes, los que habrán de computarse de conformidad con lo dispuesto en el considerando VIII. 3) Confirmar la sentencia apelada respecto de todo lo demás que decide y ha sido materia de agravio. 4) Imponer las costas de Alzada a la demandada y a la citada en garantía, que resultan sustancialmente vencidas (art. 68 del CCCN). 5) Diferir la regulación de honorarios por los trabajos realizados en esta instancia, para una vez que se encuentren determinados los correspondientes a la instancia anterior (conf. art 14 de la Ley de Arancel). Regístrese, notifíquese y devuélvase. MARÍA ISABEL
BENAVENTE ELISA M. DÍAZ de VIVAR MABEL DE LOS SANTOS MARÍA LAURA VIANI
028225E