

Danos Y Perjuicios Transporte Ferroviario De Personas Lesiones Al Bajar Del Tren Culpa Concurrente

JURISPRUDENCIA

Daños y perjuicios. Transporte ferroviario de personas. Lesiones al

bajar del tren. Culpa concurrente En el marco de una acción de daños y perjuicios por lesiones durante el transporte ferroviario, se modifica la sentencia, en cuanto estableció la responsabilidad exclusiva de la demandada al disponer que solo deberá responder por el 70% de la condena, pues surge probado que la víctima viajaba cerca de las puertas y que bajó del tren en movimiento.

En Buenos Aires, a 27 días del mes de abril del año 2018, hallándose reunidos los señores jueces integrantes de la Sala ?H? de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, a los efectos de dictar sentencia en los autos ?Mastroianni, Diego Norberto y otro C/ Ferrovías S.A.C. y Otro S/ daños y perjuicios -ordinario?, y habiendo acordado seguir en la deliberación y votado el orden de sorteo de estudio, el Dr. Fajre dijo: I.- La sentencia obrante a fs. 608/624 admitió parcialmente la demanda entablada por Diego Norberto Mastroianni y condenó a Ferrovías S.A. Concesionaria a abonarle la suma de \$ 253.000 con más intereses y las costas del proceso. Asimismo, desestimó la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por La Meridional Compañía de Seguros S.A., a quien le hizo extensiva la condena. La sentencia fue apelada por la parte actora, quien expresó sus quejas a fs. 655/657, que fueron respondidos por la demandada a fs. 677/681, quien a su vez expresó agravios a fs. 664/673, que no merecieron respuesta, y la citada en garantía, quien hizo lo propio a fs. 659/663 que tampoco fueron respondidos. La parte actora se queja de la cuantía de los montos indemnizatorios. La citada en garantía se agravia de la extensión de la condena en su contra, así como de la declaración de nulidad de la franquicia. Los agravios de Ferrovías Sociedad Anónima Concesionaria giran en torno del marco legal dentro del cual la a quo encuadró el reclamo, de la atribución de responsabilidad que dispuso la sentencia, de la procedencia de los rubros, de la cuantía de la condena y de la tasa de interés fijada. II.- Comenzaré por analizar las quejas de esta última, relativas al encuadre legal dispuesto y a la atribución de responsabilidad. En lo que hace al primer aspecto, entiende esta parte que si bien es correcto que se aplique al caso la ley vigente al momento del accidente, no corresponde la aplicación del art. 184 del Código de Comercio porque no se acreditó la calidad de pasajero del Sr. Mastroianni. Ello así por cuanto frente al desconocimiento de su parte de tal calidad, no se acompañó el boleto correspondiente ni se realizó mención alguna en la demanda acerca de su adquisición del pasaje. Sobre el particular, y contrariamente al argumento de la recurrente, se ha sostenido, con criterio que comparto, 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 por su ascenso al medio propuesto. De ahí que a los efectos de tener por probado el contrato no resulte indispensable aportar el respectivo boleto, siendo suficiente que la condición de pasajero de la víctima se desprenda de las pruebas producidas a tales fines (Areán, Beatriz, Juicio por accidentes de tránsito, T. 3ª, pág. 251). De hecho, el art. 141 según decr. 23.724/48 dispone que cuando se encuentre a bordo del tren algún pasajero sin boleto o con boleto de fecha vencida deberá abonar al guarda el importe correspondiente al trayecto y una multa, y agrega el art. 142 que en caso que el pasajero de rehusare o no pudiere pagar el importe y la multa, se le hará descender en la primera estación que se encuentre en el trayecto. En síntesis, y como primera conclusión, puede sostenerse que el pasajero que viaja sin haber abonado el boleto, más allá de la infracción administrativa, en caso de sufrir un accidente está igualmente protegido por el art. 184 del código de Comercio, ya que el pago no hace a la esencia del contrato sino al cumplimiento de la obligación que estaba a cargo del pasajero. Y la otra conclusión a la que puede arribarse es que haya o no obtenido el boleto antes de subir al convoy, a los efectos de la prueba del contrato de transporte no resulta indispensable el aporte de dicho documento, siendo suficiente que la condición de pasajero se desprenda de las probanzas del juicio (Tanzi-Humphreys-Papillú, La obligación tácita de seguridad en el contrato de Transporte, LL 2004-F-571). Así, tal como ocurrió en el caso de autos, era innecesario que Diego N. Mastroianni tuviera en su poder el boleto, pues la sola circunstancia de encontrarse a bordo del tren, tal como se acreditó, implica que la empresa de transporte aquí demandada, prestó su consentimiento tácito para que viajara. En idéntico sentido y de modo uniforme se ha manifestado la jurisprudencia (Areán, Beatriz, ob. cit. pág. 253 y jurisprudencia allí citada). De este modo, habré de proponer al Acuerdo que se desestime el agravio de la accionada Ferrovías S.A. Concesionaria, disponiendo en consecuencia que en cuanto al encuadre jurídico que habrá de regir esta litis, atendiendo a la fecha en que se produjo el hecho que le dio origen, entiendo que resulta de aplicación al caso lo dispuesto la normativa contenida en el Código Civil y en el Código de Comercio, hoy derogados, por aplicación de lo dispuesto en el art. 7 del Código Civil y Comercial de la Nación, actualmente vigente, sin perjuicio de señalar, claro está, que a idéntica solución final arribaría aplicando al caso las normas pertinentes de este último cuerpo legal. Por ello coincido con los sólidos fundamentos jurídicos en los que la Sra. magistrada encuadró el hecho de

autos. En efecto, el caso debe ser examinado bajo la directiva impuesta por el art. 184 del Código de Comercio, así como por el 42 de la Constitución Nacional y, en particular, los arts. 5, 10 y 40 de la ley de Defensa del Consumidor N° 24.240 (según texto de la ley 26.361). Esta última, fue elaborada para regular la responsabilidad del transportador ferroviario, consagra en forma expresa una obligación de seguridad, cuya fuente inmediata es el contrato de transporte concertado entre la empresa y el pasajero, al disponer en su última parte que "El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio. La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena (Artículo incorporado por el art. 4° de la ley 24.999, B.O. 30/7/1998). Como puede advertirse, se trata de una obligación de resultado, cuyo incumplimiento hace nacer la responsabilidad objetiva de la empresa ferroviaria por los daños sufridos por la persona transportada. Por lo tanto, se genera en contra del transportista una presunción de responsabilidad o de causalidad, que sólo podrá ser desvirtuada por la causa ajena: la culpa o hecho de la víctima o de un tercero por quien aquél no deba responder o el caso fortuito. Esta sala ha sostenido que el factor objetivo de imputación recogido por el art. 184 del Código de Comercio, se proyecta en la distribución de la carga probatoria. Por un lado, el actor debe probar su carácter de pasajero y la lesión padecida durante el viaje, la que importa incumplimiento de la obligación de llevar al pasajero sano y salvo al lugar de destino. Por el otro incumbe a la transportadora alegar y probar alguna de las eximentes previstas en dicha normativa, sin que sea suficiente a tal fin la demostración de que no hubo culpa en el subordinado que conducía la unidad de transporte público (in re "Conditi, Susana Haydée c/ La Nueva Metrópoli SA y otro s/ daños y perjuicios", 05/04/2000, in re "Ayala, Américo Idilio c/ Transportes Metropolitanos General San Martín SA s/ daños y perjuicios" 02/07/2001; CNCiv., Sala G, "Leiva, José Emilio c/ Transportes Guido SRL s/ daños y perjuicios", 21/05/1996). Siendo ello así, no es necesario que el actor pruebe la culpa del transportista o de sus dependientes, y tampoco basta que la demandada acredite su falta de culpa. Es necesario que demuestre alguna de las citadas causales. Se trata entonces de una responsabilidad objetiva, que existe independientemente de la culpa del empresario transportador. Pone a cargo de quien ejerce esa actividad el deber de seguridad que se traduce en la obligación de indemnizar los daños que resultan de la misma. Siendo el fundamento de esta responsabilidad el riesgo creado, de nada vale que el transportador pretenda probar que no hubo culpa de su parte, ni de sus dependientes o subordinados. Sólo se exonera si prueba que el nexo causal entre el daño y el riesgo del transporte fue interrumpido por una causa ajena al mismo, esto es, la culpa de la víctima, o de un tercero por quien el transportador no deba responder, o el caso fortuito o fuerza mayor. Para así decidir, he tenido especialmente en cuenta el lugar en que se desarrolló el hecho, por lo que, reitero, no tengo dudas en el caso de la calidad de pasajero de la víctima. Con criterio que comparto, se dijo que a ejecución del contrato de transporte comienza en el mismo momento en que se subió al tren y aún antes, cuando se halla en el andén que es parte de la infraestructura para servir al tráfico ferroviario (Conf. Bustamante Alsina, Jorge, La obligación de seguridad en el transporte ferroviario, LL, 1990-D, 96). De modo tal que los daños sufridos por el viajero en su persona, y que comprenden el período previo a su traslado de un lugar a otro, es decir, el ascenso y descenso del vehículo, se rigen por el art. 184 del Código de Comercio, que establece una responsabilidad objetiva del porteador (Conf. CSJN, 9/12/93, SAIJ, Sumario: A0027595). En función de los hechos que motivan la litis, resultan aplicables los pronunciamientos del máximo Tribunal en los autos "Ledesma, María Leonor c/ Metrovías SA" (22/4/2008, LL 2008-C, 562) y, "Uriarte Martínez, Héctor Víctor y otro c/ Transportes Metropolitanos General Roca S.A. y otros" (9/03/2010). En sendos pronunciamientos se sostuvo que recae sobre las empresas transportistas una obligación de seguridad y la extensión de esa obligación debe ser integrada con lo dispuesto por el artículo 184 del Código de Comercio, así como con el derecho a la seguridad previsto constitucionalmente para los consumidores y usuarios (artículo 42, Constitución Nacional). Agregó el Alto Tribunal 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, poderosos o débiles, ancianos o adolescentes, expertos o profanos (Fallos: 331:819). Desde esta perspectiva, ese concepto debe ser entendido como un valor que no sólo debe guiar la conducta del Estado sino también la de los organizadores de actividades que, directa o indirectamente, se vinculan con la vida o la salud de las personas. Por otra parte, la noción de seguridad trata de impedir que el poder de dominación de una parte en dicha relación afecte los derechos de quienes se encuentran en situación de debilidad; es decir, el consumidor y el usuario. A partir de esa premisa, el transportista debe adoptar las medidas atinentes a la prevención de los riesgos que la prestación prometida acarrea para el consumidor. Finalmente, debo señalar que para interrumpir el nexo causal, el hecho en cuestión no debe haber tenido por antecedente el obrar negligente del demandado (art. art. 513 in fine, Cód. Civil). Esta sala decidió que "para que el hecho de la víctima tenga virtualidad como eximente de responsabilidad de la empresa de transportes por los daños producidos durante éste, no debe ser imputable a la acción u omisión del demandado" (10/10/1996, "G.", R. H. c/ Empresa Ferrocarriles Argentinos y otro", La Ley, 1997-D, 832; DJ, 1999-2-147). En ocasiones el hecho de la víctima está de alguna manera forzado o impuesto por el demandado, como en daños sufridos por pasajeros que infringen alguna regla de seguridad y

concluye en que si ello ocurre por las condiciones anormales, precarias o inadecuadas en que la empresa presta el servicio de transporte, no puede hablarse de culpa exclusiva de la víctima, sino de una concausa (Zavala de González, "Resarcimiento de daños", t. 4, p. 283).- Efectuado entonces el encuadre jurídico que habrá de regir esta litis, corresponde analizar el modo en que ocurrieron los hechos, para así determinar si se dan los requisitos necesarios para que funcionen las presunciones de causalidad y responsabilidad establecidas por el art. 184 del Código de Comercio. Desde esta perspectiva, analizaré entonces los agravios de Ferrovías S.A.C. respecto de la atribución de responsabilidad. Refiere la agraviada que la Sra. juez a quo al describir los puntos de pericia, omitió hacer referencia a lo mencionado por el experto respecto de la ubicación del actor antes de la caída, en cuanto a que debía haber estado ubicado en el estribo del coche o próximo a una puerta abierta. Asimismo señala que tampoco valoró el testimonio de Silvia Lagos en sede penal cuando señaló que observó como el actor se bajó del tren en movimiento lo que ocasionó que se cayera entre el andén y la formación férrea, ni lo informado por el perito respecto de lo que surge del libro de novedades, en cuanto a que se registró que el guarda de la formación informó que un pasajero ubicado en el coche 4399 310 resbaló del estribo cayendo debajo de la misma puerta, mientras que la sentenciante señaló que ningún elemento aportó la demandada para acreditar que el actor viajaba en el estribo del vagón. Por ello entiende que debe darse crédito a su versión de los hechos en cuanto a que el actor se encontraba viajando en un lugar peligroso o ha intentado un descenso con el tren en movimiento. III.- Sentado ello diré que bien se ha dicho que el hecho de la víctima, para que tenga virtualidad como eximente de responsabilidad, no debe ser imputable a la acción u omisión del demandado (Conf. Pizarro, Daniel, "Causalidad adecuada y factores extraños", en el libro en homenaje a Mosset Iturraspe, "Derecho de daños", p. 286). Un caso muy común es que el pasajero caiga del tren en movimiento sufriendo serios daños en su persona. En este supuesto, el daño puede deberse a la culpa de la propia víctima, lo que sería fácil de demostrar a la empresa ferroviaria, pero es necesario ser muy cauteloso al apreciarla en dichas circunstancias, por cuanto a la propia empresa corresponde tomar las precauciones para evitar irregularidades tales como la presencia de pasajeros colgados en los estribos de los vagones (Conf. Vázquez Ferreyra, Roberto A., "Accidentes ferroviarios y responsabilidad civil. (Factor de atribución)?, LL, 1985-A, 780). Ahora bien, para resolver el conflicto traído a esta Alzada, cobran especial relevancia los dichos del propio actor contenidos en la demanda. Expresó allí que subió al tren quedando de frente a la puerta de acceso al mismo, ya que el vagón se encontraba repleto de gente no pudiendo ubicarse cerca de los asientos debido a la cantidad de pasajeros que viajaba a esa hora. Llegando a la estación Don Torcuato, se desvaneció y debido a que dicha formación tenía las puertas de acceso abiertas, cae del tren en movimiento hacia adelante quedando atrapado entre la parte baja del andén y el tren. Ello así no coincide con sus propios dichos, según se lo manifestara a su hermana mientras estaba internado, conforme lo declarado por ella en sede penal, y mucho menos coincide con la versión aportada por la testigo presencial Silvia Lagos. Me explico. De las constancias de la causa penal, advierto que a fs. 7 luce la declaración de Ana Mastroianni, hermana del actor, brindada el mismo día del hecho y señaló que éste le dijo que "... el día de hoy, horas 09.00, aproximadamente, cuando estaba viajando hacia Capital Federal en una formación de trenes de la línea Belgrano Norte antes de llegar a la estación Don Torcuato, se había descompuesto, presumiendo Diego que le había bajado la presión (agregando la dicente que ambos son hipoglucémicos), levantándose del asiento dirigiéndose a la puerta de ascenso y descenso, abriendo la puerta, lugar donde perdió el conocimiento despertándose cuando estaba entre las ruedas del tren...?...agregando Diego a la dicente que había sido un accidente nadie lo había empujado...?. Idéntico es el relato brindado por la madre del actor, quien declaró a fs. 13, según la versión que le diera su hija Ana, mientras que el actor, cuya declaración luce a fs. 19, señaló que cuando se sintió mal con sudor frío y mareos, por lo que supuso que le había bajado la presión, se dirigió a la puerta de ingreso al vagón, lugar donde perdió el conocimiento, omitiendo señalar si había abierto o no la puerta del coche. Ahora bien, luce a fs. 1 de la causa N° 93497, cocida por cuerda a continuación de la causa penal N° 94986, el Acta de Procedimientos del que surge el testimonio de Silvia Lagos, que fuera obtenido por el personal policial destacado al lugar con motivo del accidente instantes después de producido. Ella señaló haber observado que el aquí actor se bajó del tren en movimiento, lo que ocasionó que cayera entre el andén y la formación férrea. Evidentemente, hasta aquí, todo parece indicar que el actor no se encontraba sobre la puerta de acceso como lo sostuviera en la demanda, pues el mismo señaló y le manifestó a su hermana, que se dirigió hacia la puerta de acceso del vagón, es decir que estaba en el interior del coche, es más, estaba sentado, pues según lo declarado por Ana "...levantándose del asiento dirigiéndose a la puerta de ascenso y descenso, abriendo la puerta...?. Sin embargo, Daniel Natuce señaló que no había asientos para sentarse, también dijo que vio al actor cuando subió, que se fue para adentro del vagón y después lo vio en el pasillo, a pocos metros de ingresar a la estación vio que estaba apoyado en la puerta del vagón que estaba abierta. A su turno, el perito mecánico estimó que si el actor cayó al andén sin que nadie lo empujara, podría haber estado ubicado en el estribo del coche o muy próximo a la puerta abierta. Asimismo, surge del libro de novedades de la demandada que el guardatrén Peralta informó que un pasajero ubicado en el coche 4399 310 resbaló del estribo cayendo debajo de la misma puerta. Dijo el actor haberse desvanecido, haber perdido el conocimiento antes de caer, y recuperarlo estando debajo del tren cuando fue auxiliado. Del

acta de procedimientos referenciada surge que el actor salió por sus propios medios, se acostó sobre el andén, y le brindó todos sus datos al personal policial encargado de la diligencia. Otro dato, no menor, es el que refiere a las puertas del convoy que son corredizas y se accionan manualmente, poseen picaportes que permiten cerrarlas correctamente, según lo señalado por el perito mecánico en su dictamen y que, lógicamente, pueden ser accionadas por los pasajeros. Ahora bien, no me queda claro si estaban abiertas cuando cayó el actor, o estaban cerradas y fue él quien las abrió, pues según lo declarado por su hermana, las habría abierto el actor, mientras que el testigo Natuce dijo que estaban abiertas. A esta altura de los hechos debo señalar que las contradicciones entre los hechos relatados en el escrito de inicio y lo declarado por la hermana del actor, me hacen dudar de la sinceridad de uno y otro relato. En efecto, debo preguntarme entonces si el actor entró al choche, se sentó, luego se paró y se encaminó hacia la puerta, o bien, si desde que subió se quedó frente a la puerta; ¿las puertas estaban abiertas y cayó o él las abrió? ¿Se desmayó y cayó y debajo del tren recobró el conocimiento?; ¿se resbaló del estribo y cayó?; o ¿se quiso bajar del tren en movimiento y por eso cayó?

Frente a tantas imprecisiones, debo señalar que el actor pudo haberse mareado a raíz de la baja de presión, sin llegar a desvanecerse por completo, pudo haber estado sentado y luego ponerse de pie y acercarse a la puerta, o haber estado todo el tiempo junto a la puerta, éstas pudieron haber estado abiertas o él mismo pudo abrirlas, pero presumo que muy probablemente, y tal vez debido a su malestar, haya intentado bajar del tren en movimiento mientras estaba arribando a la estación. Ello así, por un lado, en base al testimonio del Silvia Lagos, quien fue contundente en afirmar que el actor se bajó del tren en movimiento, cuya declaración habré de considerar sumamente idónea pues resultó ser una testigo circunstancial convocada el personal policial en el lugar del accidente, apenas después de producido, y que además lo presencié, y, por el otro, que fue el propio actor quien le transmitió a su hermana "...que había sido un accidente nadie lo había empujado...?". De todos modos, esa conducta reprochable de la víctima no desvirtúa por sí sola la presunción de responsabilidad de la empresa, si ésta, a su vez, no demuestra que ha dado cumplimiento a su obligación de controlar que las puertas de acceso al vagón estén cerradas antes de iniciarse la marcha, conforme a lo establecido por el art. 11 de la ley 2873, art. 154 del Reglamento y art. 508 del Reglamento Interno Técnico Operativo. Por ello, el art. 11 de la ley 2873 dispone que "Toda empresa deberá tener en las estaciones, en los trenes y en todo el trayecto del camino, de día y de noche, desde que empiece hasta que termine el movimiento diario, el número de empleados que fuese necesarios para que el servicio se haga con regularidad y sin tropiezos ni peligro de accidentes. Estos empleados estarán provistos de las instrucciones y medios requeridos para el buen cumplimiento de sus obligaciones". Se ha dicho que: "El servicio público de transporte de personas, por cualquier medio que sea, debe ser eficiente, es decir, debe contar con el número de vehículos necesarios para cubrir las frecuencias y servicios adicionales; personal idóneo y capacitado para esos menesteres y, por último, trasladar a los pasajeros con un mínimo de comodidad y seguridad, de modo que el trato sea adecuado a seres humanos dignos y no afecte la moral y las buenas costumbres. Si se permite el acceso del pasajero al vehículo colmado, el riesgo no es del viajero, sino de la empresa porteadora. El público acepta de mal grado el servicio de transporte que se le proporciona deficientemente, y no hay culpa del pasajero por viajar v. gr. en el estribo del vehículo, pues la necesidad de trasladarse para cumplir con sus obligaciones laborales o escolares es ineludible? (esta Cámara sala F, 27/02/1996 Lexis N° 10/2688). Como señala Marienhoff, la explotación del servicio público la hace el concesionario a su propia costa y riesgo, "ello significa que toda la responsabilidad que derive de hechos que concreten el 'ejercicio' de la concesión, le corresponde al concesionario", aunque dicha responsabilidad se limita a los daños que causare en "ejercicio" de la concesión, pero al margen de su texto y contenido (conf. autor citado, "Tratado de Derecho Administrativo", t. III-B, 1994, pág. 595). Es claro que la prestación del servicio por parte de la empresa demandada no puede considerarse eficiente, cobrando especial relevancia en el caso la utilización de vagones con puertas de apertura manual. Es indudable que en el caso, si las puertas no hubieran estado abiertas, o el actor no hubiera podido abrirlas mientras el tren estaba en movimiento, la caída hacia las vías no se habría producido, como tampoco habría ocurrido si el actor no se acercaba peligrosamente a esas aberturas. Se ha dicho que si de la prueba surge que había pocas personas de pie en el pasillo correspondiente y la víctima viajaba al lado de la puerta del tren, cabe considerar que se ubicó voluntariamente en un lugar antirreglamentario y peligroso, debiéndose evaluar dicha circunstancia para atribuir la proporción de culpa correspondiente al actor en la producción del ilícito. La obligación prevista por el art. 184 del Código de Comercio de naturaleza objetiva, es impuesta por el legislador por razones de política en materia de transportes 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, el estricto cumplimiento de las leyes y reglamentos y, por otra parte, en amparo de las posibles víctimas, para quienes el resarcimiento resultaría ilusorio en la mayoría de los casos si tuvieran que probar la responsabilidad del transportador (esta Sala, 13/3/92, SAIJ, Sumario: C0020055). El pasajero que se ubica en la escalerilla de ingreso al vagón, contraviniendo la previsión del art. 154 del Reglamento de Ferrocarriles, voluntariamente se coloca en una situación de riesgo, que denota una actitud imprudente. Sin embargo, esa conducta no desvirtúa en manera absoluta la presunta responsabilidad objetiva de la empresa de ferrocarriles, si ésta, a su vez, no ha probado haber dado

cumplimiento a su obligación de controlar que las puertas de acceso al vagón estuvieren cerradas antes de iniciarse la marcha, lo que resulta violatorio de los arts. 11 de la ley 2873 y 508 del Reglamento Interno Técnico Operativo. De ahí que, si el obrar negligente del pasajero sumado al hecho de que no se hubieren previsto mecanismos de seguridad aptos para que las puertas permanecieran cerradas durante el transporte, el exceso de pasaje, que en alguna medida condicionó el comportamiento de aquél, se han constituido en la causa adecuada del infortunio, todo ello lleva a que las cargas de las consecuencias dañosas sean distribuidas entre las partes. Si bien es cierto que la empresa de ferrocarriles, ante los daños sufridos por un pasajero, responde en razón de una apreciación objetiva del peligro de daño que comporta el transporte ferroviario, independientemente de toda culpa de su parte, ello no implica que no pueda existir concurrencia del riesgo con culpa de la víctima que pudo agravar ese riesgo? (esta Cámara, Sala D, 24-4-1998, elDial.com AA433). Por todo lo expresado considero que la conducta de la víctima ha interferido en el nexo causal que determinó el daño que sufriera (art. 1111 del Código Civil y eximente del art. 184 del Código de Comercio), en una proporción que gradúo en un treinta por ciento, por lo que la demandada sólo deberá responder por el setenta por ciento de los daños sufridos por aquélla, lo que me lleva a proponer al acuerdo la modificación de la sentencia apelada en este aspecto. VI.- Seguidamente trataré los agravios deducidos respecto de las partidas indemnizatorias otorgadas en la sentencia de grado, sobre las que deberá aplicarse la proporción determinada precedentemente. a) Incapacidad sobreviniente. La sentencia fijó la suma de \$ 200.000. Se agravan el actor y la citada en garantía. Se agravan el actor, la empresa demandada y la citada en garantía. Esta sala ha sostenido reiteradamente que para que exista expresión de agravios no bastan manifestaciones imprecisas, genéricas, razonamientos totalizadores, remisiones, ni, por supuesto, el planteamiento de cuestiones ajenas. Se exige legalmente que se indiquen, se patenten, se analicen parte por parte las consideraciones de la sentencia apelada. Ello no significa ingresar en un ámbito de pética conceptualización, ni de rigidez insalvable. En el fecundo cauce de la razonabilidad, y sin caer en un desvanecedor ritualismo de exigencias, deben indicarse los equívocos que se estiman configurados según el análisis -que debe hacerse- de la sentencia apelada (esta sala, 11/2013 ?Gini, Marcela Alejandra c/ Ponce, Jorge Gustavo y otro s/ daños y perjuicios?, L. 629.142; 20/5/2013, ?Ávila, Gustavo José c/ Transporte Automotor Plaza SACI y otros s/ Daños y perjuicios? L. 616.334; ídem, 8/2/2013, ?Abraham, Christian Walter c/ Rodríguez, Diego Cristian y otros s/ Desalojo por vencimiento de contrato? L. 604.274; entre muchos otros). En su escrito, el apelante debe examinar los fundamentos de la sentencia y concretar los errores que a su juicio ella contiene, de los cuales derivan las quejas. Su función consiste en mantener el alcance concreto del recurso y fijar la materia de reexamen por el ad quem, dentro de la trama de las relaciones fácticas y jurídicas que constituye el ámbito del litigio. Luego de analizar la pieza presentada por ambas recurrentes, no puedo menos que concluir en que ninguna de ellas cumple con los requisitos de suficiencia técnica exigidos por los arts. 265 y 266 del CPCCN, pues no dejan constituir un mero desacuerdo con lo decidido en la sentencia acerca de la indemnización concedida por este rubro, sin formular una crítica concreta y razonada de los fundamentos tenidos en cuenta por el magistrado de grado. En efecto, el actor se limitó a solicitar que se aumente dicho importe incluyendo el descuento de \$ 50.000 que le fuera abonado por el accidente in itinere, pues solo hizo referencia a sus condiciones personales, sin aportar razón alguna que justifique el apartamiento de lo decidido en la sentencia apelada, mientras que Ferrovías S.A.C. dirige sus críticas a lo que consideró una desatención del a quo acerca de las impugnaciones a la peritación médica sostenidas por la quejosa, sin dar razón alguna de sus dichos. Lo mismo puede decirse respecto de la citada en garantía que se limitó a sostener que la suma otorgada por este concepto constituye sin más un enriquecimiento sin causa por parte del actor, y tampoco aportó fundamento alguno. En razón de lo expuesto, no cabe menos que concluir que las quejas ensayadas carecen de entidad para lograr el propósito que persiguen, ya que los apelantes no abordan, en el marco de su presentación de alzada, consideraciones de peso que desvirtúen las razones que desarrolla el magistrado de grado para llegar al resultado plasma o en la sentencia en relación a este rubro. Por ello, propicio que se declaren desiertos los recursos de apelación deducidos y firme la indemnización otorgada. b) Daño psicológico y tratamiento psicoterapéutico. La sentencia desestimó la procedencia de estos rubros. Al respecto debo señalar que no solo habré de coincidir con las razones que expuso la colega de la instancia de grado en el apartado VII, a las que me remito breviter causae, sino que las mismas me eximen de mayores comentarios. Lo mismo debo decir respecto de los argumentos del actor sobre los que intenta fundar sus quejas, cuando refiere que ? ... no es que ?una psicóloga? ... tenga que decirle a juez en lenguaje técnico ...?, toda vez que cualquier pronunciamiento que se formule respecto de la procedencia o de la cuantía de este rubro sin que, como en el caso, se le hayan hecho a la víctima los estudios correspondientes, sería meramente especulativo y carente de fundamento científico, máxime cuando fue el propio actor quien en su ofrecimiento de prueba, ap. 3.b)k) solicitó que el perito informe si a consecuencia del accidente padeció secuelas de orden psicológico, basado en pruebas y observaciones objetivas (test y entrevistas). Por ello, propondré al acuerdo la desestimación de los agravios y la confirmación de la sentencia en este punto. c) Daño moral. El sentenciante de grado estableció la suma de \$ 50.000. Se agravan el actor, la demandada y la citada en garantía. Cabe recordar que, en casos como el presente, de acuerdo con dispuesto por el art. 522 del Código Civil, en materia de responsabilidad contractual,

el juez está facultado para condenar al responsable a la reparación del agravio moral, de conformidad con la índole del hecho generador de la responsabilidad y las circunstancias del caso. En el ámbito contractual, no cualquier daño moral origina la responsabilidad del autor del hecho, sino un verdadero agravio. El daño moral emergente de un incumplimiento contractual que consagra el art. 522, no lo admite como un derecho estricto del agraviado, sino como una posibilidad de que el juez haga funcionar una atribución que la ley ha remitido a su prudencia y discreción. Así se ha señalado que no todo incumplimiento contractual trae aparejado daño moral, pues la reparación respectiva queda sujeta a la libre apreciación del juez acerca del hecho generador del perjuicio y de las circunstancias del caso, pues no puede sustentarse en cualquier molestia que se derive de la satisfacción de las prestaciones contractuales (conf. Llambías, "Obligaciones", t. 1, p. 353, n. 270 bis y "Código Civil anotado", t. II-A, p. 177; Borda, "Obligaciones", t. I, p. 170, n. 75; Bustamante Alsina, "Teoría general de la responsabilidad civil" Ver Texto, p. 183, ns. 570/571; Mayo en Belluscio - Zannoni, "Código Civil comentado, anotado y concordado", t. 2, p. 733, n. 4; Huberman, "El daño moral en la responsabilidad contractual", LL 149-522). Además, siendo excepcional, corresponde al actor la prueba de que verdaderamente hubo daño moral (Conf. Borda, Guillermo, "La Reforma del Código Civil-Responsabilidad Contractual", en E.D. 29-763); en otras palabras, es necesaria la acreditación de la existencia de una lesión a los sentimientos, afecciones o de la tranquilidad anímica, que no puede confundirse con las inquietudes propias y corrientes del mundo de los pleitos y de los negocios (Conf. Huberman, Carlos, ob. cit.). En el ámbito de la responsabilidad contractual, todo perjuicio debe ser cierto y debidamente probado, por lo que no cabe efectuar una suposición conjetural sobre la afectación moral que la inejecución de las obligaciones de la demandada pueda haber ocasionado en su cocontratante (Conf. C. Nac. Civ., sala M, 7/3/1994, JA 1997-III-síntesis). Dentro de la órbita de la responsabilidad contractual prima en doctrina y jurisprudencia un criterio restrictivo en materia de reparación del daño moral. La imposición de un resarcimiento por daño moral producido por el incumplimiento de una obligación contractual queda librada al prudente arbitrio judicial, a cuyo fin el juzgador se encuentra facultado para apreciar libremente el hecho generador y sus circunstancias, a efectos de imponer o liberar al deudor de una reparación y sin que pueda inferirse de cualquier molestia que ocasione el aludido incumplimiento? (Conf. C. Nac. Civ., sala E, 19/03/2003, SJA 26/5/2004, síntesis). ¿O sea que no todo incumplimiento contractual conlleva un daño moral resarcible; es preciso que la afección íntima trascienda lo que puedan ser incertidumbres, molestias y frustración es propias de los negocios y su existencia debe aparecer clara y apreciarse con criterio restringido? (Conf. C. Nac. Civ., sala I, 28/4/1993, JA 1994-III-32). El solo incumplimiento generador de inconvenientes no resulta suficiente para configurar daño moral (Conf. C. Nac. Civ., sala A, 2/11/1999, JA 2000-IV-62) y aun cuando no se reserva a las hipótesis de dolo en el incumplimiento obligacional, debe existir una actuación al menos abiertamente desaprensiva e irresponsable que produzca una verdadera lesión a las afecciones legítimas del cocontratante; no siendo congruente que una contingencia desfavorable en la vida de una relación de suyo frágil o inestable, se traduzca en incomodidades, sufrimientos o alteraciones en el orden afectivo o espiritual que hagan viable la admisión del reclamo, pues si el incumplimiento pudo haber inferido algún menoscabo económico, éste tiende a ser resarcido a través del daño material (Conf. C. Nac. Civ., sala A, 17/5/2002).

Se ha dicho que existen lesiones que son exclusivamente espirituales, que conciernen a la proyección existencial hacia valores, como dimensión privativa del hombre y en los que las consecuencia económicas son puramente eventuales (Conf. Zabala de González, Resarcimiento de daños- Daños a las personas (Integridad espiritual y social), T. 2c, pág. 59). Por otra parte, a la hora de precisar el resarcimiento, debe examinarse ¿el resultado de la lesión?, es decir, de qué manera y con qué intensidad el agravio contra la persona le ha causado un perjuicio. Los bienes personalísimos no pueden ser cuantificados en más o en menos, pero el sujeto puede sufrir más o menos por la lesión, y también el juez debe graduar de la misma manera la indemnización ya que no siempre es igual el daño moral derivado de actividades lesivas análogas. Por lo tanto rige el principio de individualización del daño y las circunstancias de la víctima suelen dimensionar de distinta manera, inclusive en el ámbito espiritual, las derivaciones de una lesión similar (Conf. Zabala de González, Matilde, Código Civil y normas complementarias, Bueres-Highton, T. 3 A, págs. 171/2).

Dese esta perspectiva, diré que en el caso ninguna duda cabe en cuanto a la importancia y gravedad de las lesiones, así como que a raíz de los hechos que se tuvieron por acreditados, Diego Norberto Mastroianni padeció las secuelas incapacitantes que refiere la peritación médica, lo que, evidentemente, debió causarle sentimientos de angustia, incertidumbre e impotencia, frente a una situación que le fue tan adversa, sin que las quejas articuladas por la demandada y la citada en garantía me lleven a modificar en menos o a desestimar este rubro. Por el contrario, a mi modo de ver, el importe de la partida reconocida en la sentencia en crisis es insuficiente, por lo que propondré a mis colegas que sea elevado a la suma de \$ 80.000. No se me escapa que el actor solicitó en su demanda un importe menor. Sin embargo, sujetó su pedido a ? ... lo que en más o en menos resulte de las pruebas a producirse en autos ...?, lo que habilita al tribunal -ponderando las circunstancias de la causa, y el tiempo transcurrido desde aquel momento- a conceder una suma diferente. d) Gastos médicos, farmacéuticos, de traslado. En la sentencia se fijó la suma de \$ 3.000 para estos rubros. Todas las partes se agravian. Sin embargo, ninguna de ellas ha traído argumentos que puedan considerarse una

crítica concreta y razonada de las partes de la sentencia que se consideran equivocadas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 265 del CPCC. Si se tiene en cuenta la envergadura de las lesiones y que el monto es adecuado a ello, se requería -para hacer lugar a las quejas- que aquéllas desplegaran sus esfuerzos argumentales y probatorios a fin de descalificar el fallo en este punto, cosa que no hicieron, cuando tal pronunciamiento consideró para así decidir, a mi juicio con acierto, todas las circunstancias aludidas en sendos agravios. En consecuencia, propondré al acuerdo se declare desierto el recurso en este punto el recurso. e) Pérdida de chance.

La sentencia desestimó esta partida. Parta así decidir la Sra. juez consideró que al celebrarse la audiencia preliminar el actor señaló que seguía trabajando en la misma empresa con horario restringido, y que ha ponderado este rubro dentro de la incapacidad física sobreviniente. Se agravio el actor, quien consideró errónea tal inclusión. Como es sabido, la denominada pérdida de chance constituye un rubro sujeto a un alto grado de incertidumbre, ya que en definitiva resulta imposible establecer con precisión si la persona que alega el perjuicio, habría obtenido o no ciertas ventajas o evitado o no ciertas pérdidas, de no haber mediado el comportamiento antijurídico atribuido a otro sujeto. De todos modos, el daño puede ser resarcible, según el mayor o menor grado de probabilidad de que llegara a acontecer, aunque fuerza es aclarar que lo que habrá de resarcirse no será la totalidad de la pérdida sufrida o la ganancia dejada de percibir, pues el juez debe apreciar la proporción de ese valor que en concreto representa la frustración de la chance (Conf. Highton, Elena, "Accidentes de tránsito. Daño resarcible como lucro cesante y daño emergente en caso de lesiones a la personas desde la óptica de los jueces civiles (Justicia Nacional Civil)", Revista de Derecho de Daños, N° II, pág. 58). Se configura, cuando por la comisión de un acto ilícito, la víctima se ve privada de obtener un beneficio probable futuro o evitar un perjuicio probable. La certidumbre en la existencia del daño surge de la "oportunidad", esto es, la circunstancia cierta que torna indemnizable el perjuicio ocasionado por la pérdida de chance es que la probabilidad existía, y fue perdida por el hecho de un tercero (Bustamente Alsina, Jorge, "Teoría General de la Responsabilidad Civil", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, págs. 173,178/179). Se ha sostenido que la pérdida de una oportunidad o ¿chance? constituye una zona gris o limítrofe entre lo cierto y lo incierto, lo hipotético y lo seguro; tratándose de una situación en la que media un comportamiento antijurídico que interfiere en el curso normal de los acontecimientos de forma tal, que ya no se podrá saber si el afectado por el mismo habría o no obtenido una ganancia o evitado una pérdida de no haber mediado aquél; o sea que para un determinado sujeto había posibilidades a favor y en contra de obtener o no cierta ventaja, pero un hecho de un tercero le ha impedido tener la oportunidad de participar en la definición de esas probabilidades (Trigo Represas, Félix A., "Reparación de daños por mala praxis médica", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1995, pág. 241). La pérdida de chance no puede identificarse con el lucro cesante, sino que lo resarcible es esa chance, la que debe ser apreciada judicialmente, según el mayor o menor grado de probabilidad de convertirse en cierta (Conf. CNCivil, Sala D, 10-9-92, Jurisprudencia de la CNAC, Isis, Sum. N° 0008460). La indemnización por pérdida de chance no se identifica con la utilidad dejada de percibir, sino que lo resarcible es la "chance" misma, la que debe ser apreciada judicialmente según el mayor o menor grado de probabilidad de convertirse en cierta, sin que pueda nunca identificarse con el eventual beneficio perdido (CNCom., sala E, 07/10/2005, Díaz, Gisela T. c. Banco Río de la Plata, LL, 10/01/2006, 3). Para poder establecer la extensión del resarcimiento en estos casos hay que partir de la base de que no es posible rehacer el pasado, razón por la cual no se indemniza la pretensión frustrada, sino la pérdida de probabilidad. Para ello, es menester que el magistrado efectúe un minucioso análisis del reclamo trunco por la conducta del letrado, no como una operación matemática o un silogismo, sino "en concreto". Deberá de este modo, examinar todas las constancias de hecho, como así también los elementos jurídicos respecto de la procedencia del planteo intentado para evaluar su grado de probabilidad, factor éste por esencia contingente y en base a ello podrá mensurarla económicamente (Conf. Goldenberg, Isidoro H., "Indemnización de daños y perjuicios", 1984, págs. 248/249). En virtud de lo expuesto, es claro que la pérdida de chance, para ser indemnizable, debe tener probabilidad suficiente, debiendo valorarse y ponderarse en cada caso en particular, precisamente, de acuerdo con el mayor o menor grado de probabilidad de convertirse en cierta, desde que el daño resarcible debe ser cierto y no eventual o hipotético. Así, en este caso, si la pérdida de chance presupone la existencia de un daño cierto y actual, constituido por la pérdida o desaparición de una oportunidad como consecuencia del hecho aquí discutido, entiendo que aquí la misma presenta una probabilidad suficiente de convertirse en cierta, desde que el daño causado es cierto y actual y se traduce en la minusvalía y con ello la limitación funcional del sujeto involucrado en su proyección profesional con escasas posibilidades de desarrollo pleno, aspecto éste respecto del que se ha pronunciado el perito médico en el ap. IV.4 481 vta., a cuyas consideraciones me remito brevitatiscusae, por lo que entiendo que corresponde acoger los agravios y revocar lo decidido en la sentencia en este punto. Por lo tanto, teniendo especialmente en cuenta la gravedad de la lesión sufrida por el actor, sus condiciones personales, como su edad, y en particular lo que podría haber sido su proyección profesional, estimo que este rubro debe prosperar en la suma de \$ 50.000 (art.165 del C.P.C.C.), sin embargo, también en esta ocasión el actor solicitó en su demanda un importe menor, pero, reitero, como sujetó su pedido a ? ... lo que en más o en menos resulte de las pruebas a producirse en autos ...?, ello habilita al tribunal -ponderando las circunstancias de la causa, y el tiempo transcurrido desde aquel momento- a conceder

una suma diferente. VII.- La citada en garantía se queja de la tasa de interés dispuesta en la sentencia, que refiere a la aplicación de la tasa activa desde la fecha del hecho y hasta el efectivo pago para todos los rubros, porque entiende que la sentencia fijó los rubros indemnizatorios a valores actuales y ello producirá un enriquecimiento indebido del actor. Antes de avanzar con el análisis de la cuestión, he de señalar que la aplicación del plenario se debió a que si bien no se desconocía que el art. 303 del CPCCN había sido derogado por el art. 12 de la ley 26.853, en virtud del art. 15 de esa misma normativa, tal disposición recién entraría en vigor a partir de la efectiva integración y puesta en funcionamiento de los tribunales que allí se creaban, razón por la cual continuaría vigente hasta ese momento la doctrina plenaria. Pues bien, sentado ello y frente al planteo de la demandada será necesario que ella -obligada al pago- acredite de qué modo, en el caso concreto, la aplicación de la tasa activa desde el momento del hecho implica una importante alteración del significado económico del capital de condena y se traduce en un enriquecimiento indebido del acreedor. En palabras de Pizarro: ¿La alegación y carga de la prueba de las circunstancias del referido enriquecimiento indebido pesan sobre el deudor que las alegue? (Pizarro, Ramón D., ¿Un fallo plenario sensato y realista?, en La nueva tasa de interés judicial, suplemento especial, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 55). Así las cosas, no creo posible afirmar que la sola fijación en la sentencia de los importes indemnizatorios a valores actuales basta para tener por configurada esa situación. Ello por cuanto, en primer lugar, y tal como lo ha señalado un ilustre colega en esta cámara, el Dr. Zannoni, la prohibición de toda indexación por la ley 23.928 -mantenida actualmente por el art. 4 de la ley 25.561- impide considerar que el capital de condena sea susceptible de esos mecanismos de corrección monetaria. En palabras del mencionado colega: ¿La circunstancia de que, cuando se trata de resarcimientos derivados de hechos ilícitos, el juez en la sentencia estima ciertos rubros indemnizatorios a valores actuales -como suele decirse-, a los fines de preservar en equidad el carácter resarcitorio de la indemnización, no significa que se actualicen los montos reclamados en la demanda o se apliquen índices de depreciación monetaria?, pues tales mecanismos de actualización están prohibidos por las leyes antes citadas (Zannoni, Eduardo A., su voto in re ¿Medina, Jorge y otro c/ Terneiro Néstor Fabián y otros?, ésta cámara, Sala F, 27/10/2009, LL Online, entre otros). Pero más allá de ello, lo cierto es que, aun si se considerara que la fijación de ciertos montos a valores actuales importa una indexación del crédito, no puede afirmarse que la tasa activa supere holgadamente la inflación que registra la economía nacional, de forma tal de configurar un verdadero enriquecimiento del acreedor. La fijación de tasas menores, en las actuales circunstancias del mercado, puede favorecer al deudor incumplidor, quien nuevamente se encontrará tentado de especular con la duración de los procesos judiciales, en la esperanza de terminar pagando, a la postre, una reparación menguada -a valores reales- respecto de la que habría abonado si lo hubiera hecho inmediatamente luego de la producción del daño (esta sala, en su anterior composición, marzo de 2015, ¿Bessi, Rolando Daniel y otro c/ González, Luis y otros s/ Daños y perjuicios?, del voto del Dr. Picasso). Por ello, estimo que los agravios sobre el punto deben ser rechazados. En consecuencia, propongo al acuerdo confirmar lo decidido en la instancia de agrado acerca del período por el cual deben aplicarse los intereses respecto del daño moral. VIII.- La sentencia desestimó la excepción de falta de legitimación pasiva deducida por La Meridional Compañía Argentina de Seguros S.A., declarando la nulidad de la franquicia y le hizo extensiva la condena. La citada en garantía se agravia por ello, entiende que se ha violado el principio de congruencia, en tanto el actor planteó la inoponibilidad de la franquicia, entre otras razones que allí expone. Surge de la cláusula 20 de las condiciones particulares de la póliza N° ?, que en fotocopia luce a fs. 91/103, que la suma asegurada por cualquier acontecimiento y por todos los acontecimientos ocurridos en el año asciende a la suma de U\$S 1.500.000 y que por ?... b) responsabilidad establecida por el art. 184 del Código de Comercio?, la cobertura entra en funcionamiento en exceso de U\$S 300.000, como máximo. Esta Sala en distintos fallos (con voto del Dr. Mayo en ¿Gauna, Valentín c/ Estado Nacional s/ daños y perjuicios?, R. 527.582, sentencia del 28/12/2009, en un supuesto de accidentes ferroviarios y con voto del Dr. Kiper, en autos ¿Urey, Domitila c/Sánchez, Ceferino y otros s/daños y perjuicios, R. 566.025, sentencia del 03/05/2011, para caso de accidentes en el transporte público de pasajeros) ha decidido declarar la nulidad de las cláusulas que limitan el derecho de las víctimas a recibir una indemnización por parte de las aseguradoras en los casos de seguros obligatorios. Cabe decir que en autos ¿Gauna Valentín c/Estado Nacional y otro s/ daños y perjuicios?, (Rec. 527.582, 28/12/2009), esta Sala con su integración actual y la del ex colega Jorge Mayo, declaró la nulidad absoluta y manifiesta de una cláusula contractual de franquicia, teniéndola por no convenida o por no escrita, obligando al asegurador a la reparación integral del perjuicio sufrido sin que pueda invocar la mentada ¿oponibilidad? de la franquicia al tercero damnificado. Entre otros argumentos, se dijo allí que ¿...corresponde ejercer el control jurisdiccional sobre el contenido del contrato de seguro, en el caso específicamente sobre la franquicia establecida en las condiciones particulares, con base en el ejercicio abusivo del derecho, en la vulneración de la buena fe, de la regla moral, de las buenas costumbres (cfr. arts. 21, 953, 1071, 1167, 1198 y ctes., del Cód. Civil)?. También se afirmó que ¿...las cláusulas abusivas, por contrariar el orden jurídico, vician el contenido del contrato desde su formación, resultando inidóneas para producir ¿sus efectos propios?. El contrato de seguro como contrato de adhesión, es un contrato de contenido predispuesto. Se debe restar valor a aquellas cláusulas, cuando por su contenido y por el ejercicio que se ha hecho de ellas, se

presentan circunstancias violatorias de los principios rectores señalados, tales como el orden público, la moral y las buenas costumbres, debiendo el juez resolver la cuestión de acuerdo con los principios generales en materia de consentimiento en los contratos y por las disposiciones de los artículos 21, 953, 1071, del Cód. Civil, respecto del abuso derecho, interpretándolos a la luz del artículo 1198 (Vallespinos, Carlos Gustavo, "El contrato por adhesión a condiciones generales", ed. Universidad, 1984, pág. 322 y 470 y ss.). Si bien la ilicitud de las cláusulas abusivas es "formal", cuando éstas contrarían prohibiciones expresas de la ley (art. 1066 del Cód. Civil), existe también la ilicitud o antijuricidad "material". Esta, debe ser "algo más" que la violación de lo prohibido legalmente, dado que el derecho está constituido por los principios (art. 16 del Cód. Civil), antes que por la ley, y esta no es sino una de las formas técnicas de lo justo. Y ese algo más, se halla constituido por pautas jurídicas distintas a la ley, como ser el ejercicio regular de los derechos (art. 1071 del Cód. Civil), el orden público (art. 21), la buena fe, la regla moral, la equidad y las buenas costumbres (arts. 953, 1167 y 1198), etc., cuya violación a través de la incorporación de cláusulas abusivas importa un quebrantamiento intolerable del equilibrio contractual. También lo materialmente antijurídico se halla prohibido. En estos supuestos es admisible su nulidad (implícita, cfr. Art. 1037, del Cód. Civil), que el juzgador puede decretar luego de apreciar un contraste entre la cláusula y el ordenamiento, considerado en su plenitud, aunque no medie una específica determinación legal en ese sentido (Llambías, Jorge J., "Tratado de Derecho Civil, Obligaciones", T. III, págs. 613 y ss.; Stiglitz, "Seguro contra la responsabilidad civil", pág. 114; Stiglitz, Rubén, "Cláusulas abusivas en el contrato de seguros", págs. 170/171). No solo la ley sino todo el sistema jurídico en general y cada uno de sus componentes se orientan hacia el bien común, que de ese modo se convierte en causa final del derecho... Es evidente la incompatibilidad del contenido de la mentada cláusula con los principios esenciales de buena fe y razonabilidad porque obsta a la obtención de la finalidad práctica principal que deriva de la naturaleza del contrato contra la responsabilidad civil. El sistema de control judicial de legitimidad y equidad -que es menester realizar de las condiciones particulares del contrato de seguro en cuanto afectan normas y principios de raigambre constitucional-, exige que se declare la nulidad (manifiesta) de la franquicia, por no ser justa ni razonable, por ser abusiva, gravosa, restrictiva o leonina, como especie de sanción del ordenamiento jurídico, lo que significa que se la priva de sus efectos propios -se tendrá por no escrita- es decir por no convenida la mentada cláusula, en tanto que el resto del contrato conserva su eficacia (art. 1039 Cód. Civil). El vicio que presenta el negocio jurídico, que atenta contra el interés público y/o si el objeto del acto es prohibido, ilícito o contrario al orden público o a las buenas costumbres adolece de nulidad absoluta, es decir, sufre todo el peso de la sanción legal. Esta nulidad deberá ser ineludiblemente declarada de oficio, cuando se conjugan dos circunstancias: a) que el vicio afecte al orden público (nulidad absoluta) y que aparezca como manifiesto en el acto (acto nulo). Se tiene en cuenta para ello, que aquel, es de tal gravedad que al atentar contra el orden jurídico, impide su convalidación y justifica la intervención del poder jurisdiccional aunque no haya mediado petición de parte (Llambías Jorge Joaquín "Tratado de Derecho Civil", Parte General, T. 2, capítulo XVI, n° 1890/91 y ss., n° 1894, pág. 626 y Llambías, "Código Civil Anotado" T II-B, págs. 228 y ss.)... Cuando hay afectación del interés general, del orden económico social se trata de nulidad parcial y absoluta, que puede ser incluso declarada de oficio (MossetIturraspe, Jorge y Lorenzetti, Ricardo Luis "Defensa del Consumidor" cap. IX)?: En esta misma línea argumental, ponderando los fallos que se han dictado recientemente en materia de seguros y, principalmente, la sanción de la ley 26.361 -que modificó la ley de defensa del consumidor N° 24.240-, de orden público, me llevan a considerar que, en aquellos supuestos en que los contratos de seguros son obligatorios -como el caso que nos ocupa-, las cláusulas de exclusión en ellos previstas resultan no ya inoponibles, sino nulas. Es que la ley 26.361 amplió el concepto de consumidor y lo ha extendido a quien sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella, utiliza servicios como destinatario final y a quien "de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo" (art. 1°, ley 26.361). A raíz de ello, resulta totalmente inaplicable el concepto de efecto relativo de los contratos (arts. 1195 y 1199 del C. Civil) respecto de las personas que están expuestas a dichas relaciones de consumo (conf. Sobrino, W. A. R., "La inoponibilidad de la franquicia de los seguros obligatorios", La Ley del 24/7/08). Debe tenerse presente que una resolución de la Superintendencia de Seguros de la Nación (N° 35.614 del 11/02/2011) estableció que esta entidad, "para aprobar los elementos técnicos-contractuales, analizará si dichas condiciones se ajustan a las normas constitucionales, legales y reglamentarias vigentes". Agregando que "especialmente se considerará la adecuación de tales elementos técnicos-contractuales con las disposiciones de las leyes N° 17.418, 20.091 y 24.240 y demás legislación general aplicable..." Estas disposiciones nos otorgan un marco interpretativo acorde con la solución que propiciamos y, sobre todo, que protege al consumidor en todas sus dimensiones. Por estos argumentos, considero que la aludida cláusula contractual por la que se estipula la franquicia que intenta hacer valer la aseguradora resulta nula, por lo que propondré al acuerdo se confirme la sentencia de grado en este punto. IX.- La sentencia recurrida impuso las costas del proceso a la demandada respecto de la que prospera la demanda, de conformidad con el principio objetivo de la derrota, en los términos del art. 68 del C.P.C.C. Ferrovías S.A.C. se agravia de ello, entiende no corresponde tal imposición, toda vez que la demanda ha prosperado parcialmente, habiéndose, incluso, rechazado rubros reclamados. Ahora bien,

de acuerdo al modo en que propondré se decida la litis, las costas en ambas instancias deben imponerse a las partes en proporción al porcentaje de responsabilidad atribuido, pues la regla por la cual aquéllas integran el resarcimiento, debe dejarse de lado cuando la demanda es parcialmente admitida por atribución de responsabilidad concurrente (art. 68 del Código Procesal). X.- Por todo lo expuesto, si mi voto fuera compartido, propongo al acuerdo de mis distinguidos colegas, que se modifique la sentencia apelada en cuanto estableció la responsabilidad exclusiva de Ferrovías S.A.C., disponiendo que sólo deberá responder por el setenta por ciento de la condena; se declaren desiertos los recursos deducidos por las partes en torno de las indemnizaciones concedidas en concepto de incapacidad sobreviniente y gastos de farmacia, medicamentos y traslados; se eleve la suma otorgada en concepto de daño moral a la de \$ 80.000 y se la revoque en tanto desestimó la procedencia de la pérdida de chance, concediéndose por este rubro la suma de \$ 50.000, confirmándose en todo lo demás que ha sido materia de apelación y agravios, con costas de ambas instancias en los términos del considerando IX.- La Dra. Abreut de Begher y el Dr. Kiper, por las consideraciones expuestas por el Dr. Fajre, adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto firmando los señores Jueces por ante mí, que doy fe. FDO. José Benito Fajre, Liliana E. Abreut de Begher y Claudio M. Kiper. Buenos Aires, 27 de abril de 2018. Y VISTO, lo deliberado y conclusiones establecidas en el acuerdo transcripto precedentemente por unanimidad de votos, el Tribunal decide: I. Modificar la sentencia apelada en cuanto estableció la responsabilidad exclusiva de Ferrovías S.A.C., disponiendo que sólo deberá responder por el setenta por ciento de la condena; II.- Declarar desiertos los recursos deducidos por las partes en torno de las indemnizaciones concedidas en concepto de incapacidad sobreviniente y gastos de farmacia, medicamentos y traslados; III.- Elevar la suma otorgada en concepto de daño moral a la de \$ 80.000; IV.- Revocarla en tanto desestimó la procedencia de la pérdida de chance y conceder por este rubro la suma de \$ 50.000; y V.- Confirmarla en todo lo demás que ha sido materia de apelación y agravios, con costas de ambas instancias en los términos del considerando IX.- Regístrese, comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública, dependiente de la CSJN (conf. Ac. 15/13), notifíquese y, oportunamente, archívese. FDO. José Benito Fajre, Liliana E. Abreut de Begher y Claudio M. Kiper 028941E