

Danos Sufridos En Ocasion Del Transporte

JURISPRUDENCIA Daños sufridos en ocasión del transporte Se revoca la sentencia de primera instancia y se hace lugar a la demanda impetrada, por considerar que se acreditó la producción del suceso dañoso, es decir, que las lesiones por las que la actora formula el presente reclamo fueron consecuencia de una maniobra efectuada por el chofer, en oportunidad en que viajaba en un colectivo de la empresa accionada. Lomas de Zamora, a los 23 días de Mayo de 2019, reunidos en Acuerdo Ordinario los señores jueces que integran esta Excma. Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial y de Familia, Sala I, de este Departamento Judicial, Dres. Carlos Ricardo Igoldi y Javier Alejandro Rodiño con la presencia del Secretario actuante, se trajo a despacho, para dictar sentencia, la causa n° LZ-30550-2010, caratulada: "VERA BLANCAC/ GRAL TOMAS GUIDO S.A.C.I.F. Y OTROS S/DAÑOS Y PERJ.AUTOM. C/LES. O MUERTE (EXC.ESTADO)".- De conformidad con lo dispuesto por los artículos 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y 266 del Código Procesal Civil y Comercial, del mismo Estado, la Excma. Cámara resolvió plantear las siguientes: -CUESTIONES- 1°.- ¿Es justa la sentencia dictada? 2°.- ¿Qué corresponde decidir? Practicado el sorteo de ley (art. 263, últ. parte, Cód. Proc.), dio el siguiente orden de votación: Dres. Carlos Ricardo Igoldi y Javier Alejandro Rodiño.- -VOTACION- A la primera cuestión, el Dr. Carlos Ricardo Igoldi dice: I.- Según resulta de la sentencia dictada en autos a fs. 320/329, el Sr. Juez titular a cargo del juzgado de primera instancia en lo Civil y Comercial N° 3 Departamental, rechazó la demanda que por daños y perjuicios promoviera Blanca Vera contra General Tomas Guido SACIF, Ramón Antonio y la citada en garantía Argos Mutual de Seguros del Transporte Público de Pasajeros. Impuso las costas a la parte actora que resultó vencida, siguiendo el principio de condena que consagra el ordenamiento procesal (art. 68 del Cód. Procesal). Difiere la regulación de los honorarios profesionales para la oportunidad en que se encuentre firme el respectivo decisorio. El pronunciamiento fue apelado por la parte actora a fs. 333, siéndole concedido su recurso libremente a fs. 334. Radicadas las presentes actuaciones en esta Sala, a fs. 356/358 fue presentada la correspondiente expresión de agravios, la cual ha merecido la réplica de la demandada y citada en garantía de fs. 360/363. A fs. 365, se llamaron autos para sentencia, el que fuera suspendido a fs. 366 último párrafo, y reanudado a fs. 374 por providencia que se encuentra consentida y firme. II- De los agravios.- De la actora: Se agravia la parte actora de la sentencia recaída en autos -resumidamente- por cuanto el a-quo decide el rechazo de la demanda impetrada, entendiendo que el hecho no ha sido acreditado tal como oportunamente se relatara en el escrito de demanda. Sostiene, que para arribar a tal conclusión, se desentiende, ligeramente de la prueba producida en autos tal como la contestación del oficio al Hospital Penna donde se desprende que la actora fue atendida en la guardia médica luego del accidente ventilado en autos. Agrega, que de la declaración testimonial obrante a fs. 15 de la causa penal, la testigo dijo que una pasajera se encontraba sentada en un asiento de dos también de la parte delantera, y salió despedida. Es así que sostiene que de las constancias de autos, a su entender ha quedado demostrado que los hechos han ocurrido en la forma relatada en la demanda. En conclusión, solicita se revoque la sentencia apelada y se disponga hacer lugar a la demanda en todas sus partes, con expresa imposición de costas a la contraria. A su vez, en oportunidad de contestar los agravios los demandados y citada en garantía acusaron a la actora de no haber cumplido con la carga que impone el artículo 260 del código de rito en su expresión de agravios, motivo por el cual solicitan la deserción del recurso. A todo evento y en forma subsidiaria contestan los respectivos agravios. III- Cuestión preliminar.- El 1° de agosto de 2015 entró en vigencia el Código Civil y Comercial de la Nación aprobado por la ley 26.994; circunstancia sobreviniente por la cual corresponde determinar en primer término la ley aplicable a los supuestos como el que nos ocupa.- Que el artículo 7 del nuevo ordenamiento vigente establece la aplicación inmediata de las leyes a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, agregando a párrafo seguido que las mismas no tienen efecto retroactivo, salvo disposición en contrario. Que ambos principios (aplicación inmediata e irretroactividad de la ley), bien entendidos, se complementan.- Que de tal modo, corresponde entender -como regla general- que la nueva legislación se aplica inmediatamente a todos los supuestos acaecidos a partir de su entrada en vigencia, así como también a aquéllos otros que, habiéndose originado aún en fecha anterior, producen sus consecuencias jurídicas con posterioridad a la sanción de la norma.- No será aplicable entonces a las relaciones o situaciones jurídicas -y sus consecuencias- consumadas, agotadas o extinguidas con anterioridad a su vigencia, excepto cuando, claro está, exista disposición legal en contrario. Que, sentado ello, advierto que en la especie la relación jurídica obligacional en la que se funda el reclamo nació en el momento en el que se denuncia la producción del daño -esto es, el 24 de agosto de 2009-; razón por la cual considero que el conflicto deberá ser juzgado por la ley vigente en aquél entonces, hoy derogada; excepto en lo relativo a la aplicación de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo. (En este sentido, KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., en La Ley 02/06/2015, punto IV último párrafo.;

LORENZETTI, R. L., en ?Cód. Civ. y Com. de la Nación Comentado? T. I, p. 47 y sgtes, Ed. Rubinzal Culzoni; ?Cód. Civ. y Com. de la Nación Comentado? Tit. Prel. y Libro I, Ed. INFOJUS; p. 23 y sgtes; íd. SCBA, Ac. 107.423; art. 7, 3º párrafo, Cod. Civ. Com.).

IV.- CONSIDERACION DE LAS QUEJAS

1.- Tocante al pedido hecho en la réplica para que se declare desierto el recurso, basado en la inexistencia de suficiente fundamentación, debo dejar sentado que esta Sala, efectivamente, se ha impuesto un criterio de exigir la formulación de una crítica concreta objetiva, razonada y circunstanciada de todos y cada uno de los fundamentos del fallo. Es así, que el desarrollo de los agravios a la luz del artículo 260 del Código Procesal Civil y Comercial de nuestra provincia supone, como carga procesal, una exposición en la que mediante el análisis razonado y crítico del fallo impugnado se evidencie su injusticia. La expresión de agravios debe contener la crítica concreta y razonada de las partes del fallo recurrido que se consideren equivocadas, en base a las constancias de autos, debiendo ser la pretensión de la quejosa autosuficiente y demostrativa de los desaciertos del Magistrado, pues no resulta ataque idóneo las meras afirmaciones del recurrente no avaladas en circunstancias emergentes del proceso, ni la mera disconformidad con lo decidido, toda vez que este proceder en manera alguna satisface la requisitoria legal de los artículos 260, 261 y 266 del rito y, en consecuencia, acarrea como lógica conclusión, que corresponda declarar desierto este aspecto del recurso (esta Sala, causa: 65280 RSD: 231/08 S 01/07/2008 in re ?Moravicky, Alejandro c/Bressan, Luciana s/Ds y Ps?). En los casos que aún mínimamente se cumplieran tales extremos, y se entendiera que está en juego el principio de defensa en juicio, corresponde atender tales quejas, siguiendo la denominada doctrina amplia (CALZ Sala I Reg. Sent. Def. 181/92, 46/93, 138/93, 177/93, 96/94, 56/98, 169/99 y ot.). En mi concepto, el escrito cuestionado no puede ser calificado de insuficiente respecto de la crítica que formula al decisorio apelado. En consecuencia, estimo necesario atender sus quejas y revisar la justicia del fallo (Doctrina del art. 260 CPCC y jurisprud. Anotada).

2.- Del rechazo de la demanda:

a.- Sentado ello, corresponde entonces analizar en primer término las quejas vertidas en lo que respecta al rechazo de la presente acción, por no encontrarse -a criterio del a-quo- acreditada la producción del suceso dañoso, es decir, que las lesiones por las que la actora formula el presente reclamo hayan sido consecuencia de una maniobra efectuada por el chofer, en oportunidad en que viajaba en un colectivo de la empresa accionada. Analizando la responsabilidad y ocurrencia de eventos como el que nos toca, en tales circunstancias resaltaré que nuestro Código Civil adoptó el criterio de ?causalidad adecuada? (Bustamante Alsina, Jorge, ?Teoría General de la Responsabilidad Civil?, 8a. ed., pto 594, pag. 265; Cazeaux, Pedro N. -Trigo Represas, Felix A., ?Derecho de las Obligaciones?, 2da. ed., 1a. Reimp., T. 4 págs. 388 y sgs.; Bredia, Roberto H. ?Hechos y actos jurídicos?, t. 1 pag. 100, nota 40; CS, Cagliarso c/ Bardín de Badaracco? SCBA, Ac. 49964 S 2-11-1993). Es entonces que, la responsabilidad contractual que contrae el transportador por el daño que sufren sus pasajeros durante el transcurso del transporte tiene su razón de ser en una obligación preexistente al propio convenio celebrado por las partes. No se trata del incumplimiento de una obligación creada por el contrato, sino lisa y llanamente por la violación de un deber jurídico establecido por la propia ley (arts. 1109 y 1113 y concs. Cód. Civil) generador de una responsabilidad de naturaleza extracontractual (Conf. S.C.B.A., 5-7-96, Ac. 56.514, D.J.J.B.A., Tº 151, nº 12.249)

Del encuadre que debe darse al analizar la cuestión que aquí se ventila: la responsabilidad debe quedar indefectiblemente atravesada por la luz que emite el faro del artículo 184 de nuestro Código de Comercio, ya que no debemos en ningún momento perder el norte cuando la analizamos, que el episodio se produce a consecuencia de un transporte oneroso de personas. Por haber ocurrido el desenlace a consecuencia de un transporte público de pasajeros de modo que, podemos inferir entonces:

1.- La responsabilidad legal y objetiva establecida por el artículo 184 del Código de Comercio encuentra su fundamento en la teoría del riesgo creado profesional que, en materia de empresa, tiene una sólida base de solidaridad social, justicia y también de equidad. En efecto, dado que el empresario transportista obtiene con su actividad un beneficio, (lícito por cierto) debe correr con los riesgos inherentes a ella e indemnizar a los usuarios del servicio que hayan sufrido un daño.

2.- La norma del artículo 184 del Código de Comercio tiene carácter de orden público, siendo, por ende, inderogable por las partes, lo cual demuestra ?a fortiori?, que se trata de una obligación legal.

3.- En virtud de la obligación de ?resultado? que pesa sobre el transportista de llevar al pasajero sano y salvo a destino, cabe considerar que la responsabilidad del primero comprende todo daño que pueda ocurrir durante el viaje, salvo que medie culpa de la víctima, de un tercero por el cual la empresa transportista no deba responder, o en su defecto, de un caso fortuito. Sólo se ha de indemnizar aquel daño que constituya una consecuencia del hecho que obliga a la indemnización. Se trata de dejar de lado teorías abstractas, fórmulas mágicas, para poner en manos del Juez la decisión; es el Juez quien tratando de ubicarse en el momento del hecho, para formular su pronóstico, afirmará la previsibilidad o no de las consecuencias (Mosset Iturraspe, Jorge ?Responsabilidad por daños?, T. IV - Las eximentes, págs. 84 y ss; Ed. Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 1999). Ha dicho la Suprema Corte de esta Provincia que los jueces de mérito pueden preferir alguna de las pruebas producidas a otras y omitir toda referencia a las que estimen inconducentes; que basta expresarse en su valoración de los datos fácticos a aquellos dirimentes para la solución del caso, y que no deben seguir al pie de la letra las argumentaciones de las partes, siendo suficiente que se pronuncien sobre las cuestiones fundamentales (Doct. art. 384 CPCC; Ac. 22330 del 13-X-76; Ac. 33589 del 2-XI-84; Ac. 33693 del 25-IX-84; Ac.

41085 S 7-7-89; Ac. 82248 S 23-4-03, entre otros). Si bien el juez tiene el deber de apreciar la prueba, ello no implica la obligación de referirse en detalle a cada uno de los elementos aportados, sino de seleccionarlos a fin de fundar el fallo en los más eficientes, tal como viene de la acción de los artículos 163 y 384 de la ley procesal. Es que no existe imposición de meritar todas y cada una de las pruebas arrimadas pues se halla dentro de las facultades legalmente regladas -como ya lo referí- la de preferir uno sobre otros sin siquiera hacer mención de estos últimos, cuando no resulten relevantes para la dilucidación de la cuestión litigiosa (esta Sala I, in re "G. de V. C. n. c/ V.C.A. s/ Alimentos" causa n°58.267 reg. sent. Def:545/03). No está de más señalar que los órganos jurisdiccionales gozan de amplias atribuciones en la selección y jerarquización de los elementos de juicio aportados al proceso, en la medida, claro está, que no incurra en absurdo (conf. S.C.B.A., causa L. 67.419, sent. del 31-V-2000, entre otras). Esta Sala, en lo referente a los supuestos de negativa de autoría, tiene tomada una clara posición, expresada en reiteradas oportunidades. Así, se ha sostenido que, negada la autoría, la falta de legitimación pasiva o la causalidad entre el accidente y el daño, por la parte demandada, la carga de la prueba recae sobre la parte actora. Además expresó, que la prueba debe ser absolutamente convincente, y terminante, debiendo la misma ser merituada con marcada estrictez. A su vez, se impone la individualización del autor del hecho ilícito de la cosa que lo produjo, con certeza (CALZ Sala I, Reg. Sent. Def. 360/87, 27/88, 80/91, 158/93, 321/95, 48/96, 142/97, 220/97).- De todas maneras, sea cual fuere el sistema de responsabilidad que corresponde aplicar a los hechos, es carga específica de quien reclama el daño la de acreditar la relación de causalidad, para atribuir responsabilidad de las partes parcial o totalmente en un siniestro como el que nos ocupa: La diferenciación entre causalidad y culpabilidad está dada por la circunstancia de que la relación de causalidad se refiere a la vinculación física entre la conducta del individuo y un resultado material: el daño; la culpabilidad, por el contrario, se refiere a la reprochabilidad psíquica de la acción (SCBA Ac. 39671 S 7-6-88, Ac. 41368 S 23-4-90, Ac. 58351 S 8-7-97; CC0103 LP 211912 RSD 111-92 S 12-5-92; CALZ Sala I, RSD 155/87, 177/97; arts. 1113, 1109, 512 Cod. Civil).- En todos los casos anotados, esta Alzada siguió el criterio de exigir una acabada, concreta y precisa prueba de la existencia de autoría; carga que recayó sobre la parte actora (art. 375 CPCC). Se entendió que, quien endilga a otro el haberle causado un daño derivado de un acto ilícito, debe probar tal extremo. En el mismo sentido, se ha dicho que "quien tiene la carga de probar los extremos de su demanda es el actor, pues sobre él recae demostrar el presupuesto de hecho de la norma que invoca como fundamento de su pretensión (art. 375 del CPCC), y en caso contrario, soportar las consecuencias de omitir ese imperativo en el propio interés (SCBA, Ac. 74697 S. 23/8/2000) "Tolosa c/ Fisco de la Provincia de Buenos Aires s/ Daños y Perjuicios)". Al actor le incumbe la obligación de acreditar los hechos constitutivos del derecho que invoca y al demandado los extintivos, impositivos o modificativos que opone a aquellos (Art. 375 del Cód. Procesal; Esta Sala I, causa n° 74.620, S. del 31/08/2017, Reg. Sent. 121/2017). Sentado el encuadre jurídico aplicable a la cuestión traída a resolver, he de analizar los elementos probatorios plasmados en el proceso, a los fines de determinar la imputación de responsabilidad, o no, que acarrea el presente suceso. Del análisis que efectuaré de la prueba producida en la causa, me permiten adelantar que se encuentra acreditado autos la existencia del hecho por el que se reclama; pudiendo afirmar que el mismo tuvo lugar en oportunidad en que la actora era transportada en el colectivo de la empresa demandada. b.- Relató la parte actora en su escrito postulatorio que, el día 24 de agosto de 2009, viajaba en calidad de pasajera en el colectivo de la línea 25, interno 157, de propiedad de la empresa demandada sentada en el primer asiento individual del lado derecho, cuando por motivos que desconoce al llegar a la intersección de las Avda. Caseros y Combate de los Pozos, el conductor maniobró en forma sorpresiva, abrupta y violenta, saliendo aquella despedida y cayendo en el interior de la unidad, sufriendo las lesiones que detalla. A los fines de acreditar su carácter de pasajero, acompaña la actora copia del boleto, obrando una copia certificada del mismo a fs. 6 de la causa penal; cuya autenticidad ha sido desconocida por la demandada y citada en garantía; empece a lo cual no han producido prueba alguna tendiente a acreditar dicha circunstancia. De dicho instrumento, se desprende que el mismo pertenece a la línea 25, int. 157, Ch. 3171, N° 000188 Secc, 2V del 24/08/09 13:14 hs, es decir, coincidente con la fecha del evento dañoso denunciada en el escrito de inicio y con la fecha de atención de la ambulancia del Same que fuera la que se hiciera cargo del traslado de la actora con diagnóstico de politraumatismo al Hospital Penna. No obstante, y con relación a dicho medio de prueba, es vasta la Jurisprudencia que considera que: "La distribución de las cargas probatorias en el contrato de transporte señala que a la actora le basta con tener en su poder el boleto respectivo, y si la parte contraria sostiene que no le pertenece deberá ser ella la que acredite tal extremo" (confme esta Sala I "Galimberti Delia Nora c/ Amarilla Mariano del Rosario y otros s/ Ds. y Ps." Reg. Sent. def. 7/66 del 7 de febrero de 2018). A su vez, a fs. 15 de la causa penal que fuera recepcionada ad effectum videndi et probandi y tengo ante mi vista obra la declaración testimonial de Marcela Tamara Ruya que refiere que viajaba en el colectivo sentándose en un asiento de uno por la parte delantera, y observa que al llegar a la intersección de Combate de los Pozos y 15 de noviembre producto de una frenada del colectivo una pasajera que se encontraba sentada en un asiento de dos también de la parte delantera, salió despedida hacia delante, terminando cayendo en los pies del chofer, quien continuó con el recorrido, siendo que la pasajera fue socorrida por los pasajeros. Agrega, que al notar que la pasajera tenía raspones y se encontraba dolorida

decidió bajarse en Av. Caseros y Combate de los Pozos donde esta el Hospital Udaondo. A su vez, de la referida causa penal surge que siendo que las lesiones que afectaban a la actora imposibilitaban su desplazamiento con normalidad, solicitó mediante frecuencia la concurrencia de ambulancia del SAME, que sin demora alguna hizo arribo a cargo de la Dra. Vanina Palmitesta M.N., retuvo a aquella en todo momento el boleto del transporte público de pasajeros. A fs. 166/168, obra informe expedido por el SAME, dando cuenta, que de la compulsa manual a la documentación brindada por la Subgerencia Operativa Coordinación Operativa de Incidentes, denominada "Registro de Atención Médica de Urgencias con Ambulancias (Auxilio Médico), surge un pedido de auxilio médico para "Av. Caseros 2051 (V.P.) Vía Pública, solicitado a las 14 Hs. El motivo de la solicitud se lee: "A" (atropellado), Categoría "Código Rojo (emergencias)". El móvil comisionado al lugar se identifica como "Penna 2", arribando a las 14:15 hs., finalizando el auxilio médico a las 12:45 horas, con traslado del paciente al Hospital General de Agudos José María Penna. En el campo rotulado "Apellido del médico" -asistente al lugar - se lee: "Dr. Hipólito", En el campo correspondiente a "Apellido y nombre" del paciente se registró "Blanca Vera". diagnóstico presuntivo "Código 4 (traumatismo leve), caída colectivo", Edad 60 años. A su vez, a fs. 119/123 obra agregado el oficio emanado del Hospital Penna dando cuenta de la atención dispensada a la actora el día de producido el accidente, el que si bien refiere que se trata de una atropellada; lo cierto es que con toda la demás prueba obrante en la causa y a la que me referí ut supra, no cabe duda que la atención dispensada a la misma tuvo su origen en la caída del colectivo. Todos estos elementos hasta aquí mencionados, forman en mi convicción suficiente acerca de la existencia del hecho que da origen al presente reclamo, y que los daños por los que se reclama, han tenido lugar en ocasión de ser trasladada la actora en el ómnibus de la línea de la empresa demandada. A mérito de lo que vengo diciendo, entiendo, y esa resulta mi propuesta al Acuerdo, que la sentencia debe ser revocada en el sentido que se encuentra demostrada la producción del accidente por el que se incoa la presente acción. En base a ello, y a las normas precedentemente indicadas habré de decir que la responsabilidad por el hecho generador del presente reclamo debe recaer en la empresa demandada, el chofer y hacer extensiva la misma a la citada en garantía Argos Mutual de Seguros del Transporte Público de Pasajeros en la medida de la cobertura contratada (arts. 184 Cód. de Comercio; arts. 514, 701 del Cód. Civil y art. 118 de la ley 17.418). 3.- De los rubros reclamados: Prosperando la demanda, corresponde evaluar cada uno de los rubros reclamados por el actor a los fines de determinar su procedencia y en su caso los montos indemnizatorios respectivo. a.- Incapacidad física sobreviniente y tratamiento kinésico: Corresponde recordar que el daño resarcible no consiste en la lesión misma, sino en sus efectos. La cualidad funcional del daño, su resarcibilidad, ciñe el contenido que debe serle asignado. De tal modo, el artículo 1067 del código Civil, establece: "no habrá acto ilícito punible para los efectos de este Código (es decir, no hay acto que engendre responsabilidad civil resarcitoria), si no hubiese daño causado u otro acto exterior que lo pueda causar...?". Por ende, el daño es la contrapartida de la reparación y debe congruentemente consistir en una consecuencia que pueda ser reparada en alguna forma, más o menos perfecta (por equivalente o por medio de satisfacción indirecta). En otros términos, el daño resarcible no es cualquier daño en sentido amplio, pues la resarcibilidad del perjuicio exige que éste se integre con un resultado disvalioso que la reparación procura subsanar o compensar. Esta Sala -en su anterior integración- tiene dicho en reiterados pronunciamientos que, en relación al daño resarcible, en definitiva más allá de las calificaciones o "nomis juris" que demos a las cosas y a los perjuicios a tarifar, de lo que se trata es de indemnizar justa e integralmente estos últimos. Tan solo la reparación jurídicamente plena o integral, que no es otra cosa que la indemnización o equivalente dinerario en la medida de lo justo (equitativo) para el caso determinado (Cám. Civ. y Com. Lomas de Zamora, Sala I, Causa 58.026, RSD-136-4, 27-4-2004 "Olivera, Ramón c/ Microómnibus Quilmes SACIF y ots. S/Ds y Ps). En cuestiones eminentemente técnicas, como indudablemente se dirimen en este rubro, la prueba pericial adquiere especial relevancia y preeminencia, si bien la misma, en su contenido y conclusiones carece de fuerza vinculante para el Magistrado, como que su seguimiento o apartamiento no depende de la actitud del justiciable de observar el dictamen o la falta de ello, sino del grado de convicción que tal elemento acreditatorio produzca en el ánimo del juez, en sustento de la aplicación y experiencia (sana crítica) del adecuado procedimiento para la realización y producción de tal medio. Los profesionales brindan valores que deben ser ponderados para asumir la decisión, dando pautas que, aún de orden matemático como los porcentuales, configuran meros parámetros y no autorizan resolver la cuestión de manera arbitraria ni discrecional (doct. art. 384, 473, 474 CPCC; CALZ Sala I Reg. Sent. Def. 373/95, 5/97, 151/97, 255/97, 91/97 entre muchos otros). El informe pericial resulta el medio de excelencia, puesto que integra los conocimientos del juez a través de explicaciones técnicas y ciertas apreciaciones que efectúa el experto caben presumirlas sustentadas precisamente en el conocimiento que emana de la circunstancia de detentar título habilitante de rigor científico con incumbencia en el tópico, aún cuando el juez personalmente las posea. En principio, la fuerza probatoria del dictamen solamente puede enervarse por fundadas razones científicas o técnicas, resultando ilógica la pretensión de contrariarlas con opiniones profanas o discrepancias subjetivas, y, por más amplias que sean las facultades del juez al apreciar las conclusiones y que las mismas no sean vinculantes, el apartamiento debe ser fundado en razones de mucha entidad (SCBA, Ac. 45797 S 14-5-1991, A y S 1991-I-710).

Y no concierne al juez ensayar una respuesta sobre el déficit científico de la pericia. Lo que sí corresponde es apreciar tal diligencia mediante parámetros vinculados con la colección de información, exámenes, respaldo empírico, fundamentos, exposición lógica de datos y conclusiones como ingredientes principales a la actividad destinada a formar convicción judicial a través de la sana crítica (doct. arts. 384, 474 CPCC). Es que, si bien la pericial no es vinculante para el juez de la causa, éste debe tener fundadas razones técnicas para enervarlo. En la hipótesis, el magistrado debe contar con fundamentos científicos del mismo nivel y rigor probatorio que el elaborado por el experto, pues sería ilógico - como quedó dicho - que el sentenciante intente confrontar un dictamen de tal naturaleza con discrepancias de índole subjetiva que nunca alcanzarían la entidad conductiva del informe, puesto que si éste no resulta fuera del contexto de las circunstancias de autos, ni encuentra demostrada al juzgador la inexactitud de sus conclusiones, no debe apartarse de ellas (CNCiv., Sala F, LL, 1982-D-249). El informe emanado del Hospital de Agudos J. M. Penna obrante a fs. 119/123 da cuenta de la atención dispensada a la actora el día del accidente por politraumatismo. Se solicitó radiografías de cráneo, rodilla, pelvis, columna cervical y lumbosacra y eleva fotocopia del libro de ambulancia y del libro de rayos. A fs. 166/168 obra informe del Same informando un pedido de auxilio médico en la Avda. Caseros, motivo de la solicitud (atropellado), categoría "Código rojo" (Emergencias). El auxilio médico finalizó con el traslado del paciente al nosocomio ut supra referido. Se registró el nombre del paciente, coincidente con el de la actora, siendo el diagnóstico presuntivo "Código 4 (traumatismo leve) caída colectivo".

A su vez, del informe médico emanado del perito Héctor Outeiro Ferro obrante a fs. 226/228 se desprende que la actora presenta cuadros compatibles con cervicalgia con contractura paracervical, con restricción de grados de movimientos sin irradiación a miembros superiores: 5%. Lumbalgia con contractura paravertebral lumbar, con restricción de grados de movimiento, sin irradiación a miembros inferiores: 5%. Limitación por dolor en cadera derecha con restricción de grados y movimiento con marcha eubásica: 5%. En base a estos antecedentes estima una incapacidad por fórmula de Balthazard del 13,36%, siendo los baremos consultados los de Altube Rinaldi, Rubistein y Col. El mencionado informe pericial ha merecido el pedido de explicaciones de la demandada y la citada en garantía de fs. 232, el que fuera contestado por el experto con total rigor científico a fs. 243/244 motivo por el cual no existe mérito para apartarme de sus conclusiones. Ahora bien, resulta oportuno recordar que los porcentuales de incapacidad discernidos por los expertos no apareja de modo inexorable, el automático cálculo indemnizatorio en función de dichos baremos, toda vez que éstos constituyen pautas orientativas o referenciales que exigen ser conjugadas con los restantes elementos de la causa a fin de conocer -con relativa aproximación- la verdadera incidencia minorante de las lesiones (doctr. art. 474 del C.P.C.). Y ello es así, puesto que la indemnización no está tarifada en razón de baremos de incapacidad previamente establecidos. Por el contrario los baremos escogidos en las pericias -los hay numerosos y distintos- no limita la facultad judicial para apreciar libremente la real entidad del daño, y en consecuencia fijar la indemnización. Lo significativo en la pericia es la comprobación y la descripción de las lesiones y sus secuelas. Solo de esta manera puede actuarse el principio de reparación integral que propicia la indemnización del daño de acuerdo a su índole particular y real y no en base a construcciones lógicas como son los baremos, evaluables como elemento comparativo, pero sin atarse matemáticamente a ellos. De allí, que en la búsqueda de dar cumplimiento con el fin supremo que hace a la justicia del caso, la forma de estimar el resarcimiento estará sustentada por las pautas presididas por otros importantes principios del derecho, como son la prudencia, la razonabilidad y la equidad. En base a lo expuesto, conforme las pautas en uso por esta Sala en situaciones análogas, edad, ocupación, y demás condiciones personales considero adecuado fijar en la suma de pesos noventa mil (\$ 90.000) la indemnización a conceder por el rubro en tratamiento (arts. 1068, 1086 y concls del Cód. Civil; arts. 165, 375, 384 del ritual) lo cual propongo al Acuerdo. Desestimando el reclamo formulado en concepto de tratamiento kinesiológico, atento a la orfandad probatoria incurrida por la actora al respecto. b.- Daño Moral: El daño moral es aquel que afecta principalmente los derechos y atributos de la personalidad, de carácter extrapatrimonial, y su reparación tiene por objeto indemnizar el quebranto que supone la privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor fundamental en la vida del hombre y que son: la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los mas sagrados afectos. No requiere prueba específica en cuanto ha de tenérselo por demostrado por el solo hecho de la acción antijurídica (art. 1078 del C.C. Y su doctrina; SCBA 13-6-89, ?Miguez Rubén y otro c/ Comarca S.A. y otro? -L 40.790- El derecho T° 136 pág.526). La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, ha expresado en casos similares que al no requerir prueba específica alguna, ha de tenérselo por demostrado por el solo hecho de la acción antijurídica -daño in re ipsa- correspondiendo al responsable del hecho dañoso acreditar la existencia de una situación objetiva que excluya la posibilidad de dicho daño. (conf. causas Ac. 55.648, sent. Del 14-VI-96; Ac. 57.523, sent. del 28-V-96; L.38.931, sent. del 10-V-88 en A y S1988-II-114, entre otras). La Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha impuesto la doctrina que establece que el daño moral tiene carácter resarcitorio, el que surge de textos legales expresos (arts. 522 y 1078 del C.C.), no teniendo que guardar relación con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio a este (?Forni, Francisco y otros c/ Ferrocarriles Argentinos s/ Indemnización de Daños y Perjuicios? F 439.XXI, setiembre 7 de 1989). Como bien dice Von Ihering, en ?Ouvres Choisies? Paris, 1893, T° II

Pags. 154,155 y 179, al que sufre un perjuicio debe serle reparado no solamente por las pérdidas pecuniarias sino también por las restricciones llevadas a su bienestar, a sus conveniencias, por los disgustos, las agitaciones del espíritu que le han sido causadas. La persona, según este autor, puede ser lesionada por lo que es y por lo que tiene. En lo que es: su cuerpo, su libertad, su honor y en lo que ella tiene en sus relaciones con el mundo exterior. No puede dejar de considerarse que la reparación del agravio moral corresponde no solo por lo dispuesto por los arts. 522 y 1078 del C.C., sino también por lo establecido en la Constitución Nacional al jerarquizar los tratados como el Pacto de San José de Costa Rica -art.11- (esta Alzada, Sala I RSD 53/00 y 270/05 entre otros). La cuantificación del daño moral queda sujeta mas que cualquier otro concepto, al prudente arbitrio judicial, dependiendo del hecho generador, así como las particulares situaciones que en cada supuesto se verifican (SCBA Ac. 42.303, 3-4-90). Tratándose de un perjuicio que por su propia naturaleza, no resulta mensurable, se debe recurrir entonces a pautas de razonabilidad, que intenten acercar equitativamente la tasación a la realidad del perjuicio. Y en esa misma dirección, siendo que el daño moral es una alteración profundamente subjetiva e inescrutable, la apreciación debe ser naturalmente objetiva y abstracta. Para ello debe tomarse en consideración cual pudo ser hipotéticamente el estado de ánimo de una persona común, colocada en las mismas condiciones que se halló el damnificado. (Bustamante Alsina, Jorge "Equitativa valuación del daño mensurable?", en La Ley 1993-H-347 y ss). Lo que se procura, en definitiva, es alcanzar un objetivo justo dentro de una seguridad mínima, que no priorice la situación del dañador, ni automatice la indemnización, desentendiéndose de las particularidades de cada suceso. Bajo tales premisas y dentro de dicho contexto interpretativo, he de proponer al Acuerdo fijar en la suma de pesos cuarenta y cinco mil (\$ 45.000) la indemnización a conceder por el presente rubro (art. 1078 del Cód. Civil, y 165, 384 y conchs. del Cód. de forma).

c.- Daño psicológico y su tratamiento: Esta Sala ha señalado -en anteriores integraciones- que el rubro indemnizatorio por incapacidad psíquica, tiene una naturaleza diferenciada de las demás minusvalías (CALZ Sala I RSD N°265/96, 61/98 y 395/06 entre otras), representando el daño psíquico una modificación o alteración de la personalidad que se expresa a través de síntomas, inhibiciones, depresiones, bloqueos, etc. Por lo que resulta claro que no se lo debe vincular con la existencia o magnitud de las secuelas físicas producidas por un evento como el de autos, ni con el daño moral en cuanto este último recoge la realidad del daño indemnizable y la valora en tanto desequilibrio espiritual profundo que implica una honda lesión de las afecciones legítimas de la víctima. Interpreto que no se produce superposición al otorgarse una suma por incapacidad y otra por los tratamientos, especialmente si no existen constancias de los resultados de tales tratamientos al tiempo de la sentencia, porque debe tenerse especialmente en cuenta que la reparación del daño debe ser integral, es decir, comprender todos los aspectos del individuo, o dicho de otro modo, deben resarcirse las disminuciones que se sufran a consecuencia del evento y que le impidan desarrollar normalmente las actividades que el sujeto realizaba, como así también compensar de algún modo sus expectativas. Reparar el daño no es siempre rehacer lo destruido; casi siempre suele ser darle a la víctima la posibilidad de procurarse satisfacciones equivalentes a lo que ha perdido, porque el verdadero carácter del resarcimiento de los daños y perjuicios es un papel "satisfactorio" cargando el responsable con todas las consecuencias disvaliosas conectadas causalmente con la injustificada tardanza en el cumplimiento de la prestación resarcitoria (Zavala de Gonzalez, M. "Resarcimiento de Daños -2.a. Daños a las personas - Integridad psicofísica-, pág. 209). La perito psiquiatra interviniente Dra. Silvia C. Bortz en su dictamen de fs. 157/160 refiere que la actora presenta una fobia específica que se halla en el apartado (300.29), la cual consta en los manuales de enfermedades mentales como el D.S.M. IB TR bajo el número de apartado mencionado de tipo crónico y que se halla relacionado con un evento traumático, resultando el detallado en autos idóneo en causarlo, estimando en base a ello una incapacidad parcial y permanente del 7% acorde a los baremos generales para el fuero civil de Altube-Rinaldi utilizados como orientativos. Aconseja la realización de tratamiento en forma de entrevistas psiquiátricas quincenales, aun costo si se realiza en forma particular de \$ 300 como mínimo, con la prescripción por lo menos de medicación a un costo de \$ 340 mensuales y psicoterapia que puede ser de tipo cognitivo -conductual con sesiones semanales y a un costo mínimo si se realiza en forma particular de \$ 100 y por un término no inferior a seis meses, no garantizando resultados. El mencionado informe ha merecido el pedido de explicaciones de los demandados y citada en garantía de fs. 164, el que fuera respondido por la experto a fs. 189 ratificando las conclusiones arribadas en el primer informe. Sentado lo expuesto, teniendo en especial consideración lo señalado al tratar el rubro daño físico en cuanto a la valoración que ha de efectuarse del dictamen pericial; tomando en cuenta el alcance de las lesiones, las condiciones personales de la víctima y particulares circunstancias que emergen de la causa, entiendo justo fijar en la suma de pesos cuarenta mil (\$ 40.000) la indemnización a conceder por el presente rubro incluyendo el gasto por tratamiento psicoterapéutico aconsejado (arts. 165, 375, 384, 474 del C.P.C.C.; arts. 1068, 1083, 1083 del Cód. Civil).

d.- Gastos de farmacia, asistencia médica y de movilidad: En lo que atañe al mentado ítem, ha de recordarse que partiendo del principio de reparación integral, demostrada la existencia de lesiones corporales y, atento a las características del siniestro, corresponde acceder a la solicitud de "gastos médicos, de farmacia y traslados", aun cuando los mismos no se encuentren cabalmente acreditados o hayan sido cubiertos por la obra social, pues es notorio que existen erogaciones que deben ser solventadas por los pacientes (art. 1086 del

Cód. civil). Desde ya que la falta de constancias de los gastos efectuados, conspira contra su precisa determinación, pero las máximas de la experiencia indican que en sintomatologías dolorosas se requiere la utilización de medicamentos o tratamientos paliativos, y que, en general, ciertos gastos no cuentan con una registración adecuada. Aún cuando la víctima sea atendida en establecimientos públicos o por cuenta de obra social, subsisten todo tipo de gastos -no siempre módicos- que deben ser solventados por el paciente. Así, la doctrina judicial atempera el rigorismo formal, por la dificultad de la obtención de documentación acreditatoria. No obstante ello y, como es sabido, estos desembolsos se hayan ligados con la naturaleza de las lesiones y sus secuelas, de modo que deben ser evaluados con suma prudencia; en base a lo cual, considero razonable fijar en la suma de pesos tres mil (\$ 3.000.-) la indemnización a conceder por el presente rubro (arts. 165 y 384 del Cód. Procesal).

3.- De la limitación de cobertura - seguro con franquicia invocado por la citada en garantía y su inoponibilidad invocada por la actora: Plantea la actora a fs. 56/58 que la franquicia invocada por la citada en garantía debe ser declarada inoponible frente a terceros, por las razones que alega y a las que me remito; debiendo en esta instancia en virtud de la procedencia de la presente acción establecida ut supra, expedirnos al respecto. Ya hemos dicho antes de ahora, siguiendo la doctrina emanada de los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que cuando se encuentra acreditado el límite de cobertura y el convenio sobre la franquicia a cargo de la asegurada, la condena de la citada en garantía debe limitarse, respetándose en tal sentido el contenido de la relación asegurativa (CSJN ?Compañía Argentina de Seguros S.A. c/ COMAC S.A.? fallo del 2/10/90 E.D. CALZ Sala II Causa N° 35.761 del 15/3/07 entre muchas otras; esta Sala causa n° 70.606 del 22/10/2013). También se señaló que la cláusula que prevé la existencia de una franquicia resultaba oponible a los terceros. Ello es así, toda vez que si bien el principio general consiste en que el contrato no produce efectos frente a terceros -ello con fundamento en la previsión contenida en el art. 1199 del Código Civil-, lo allí expresado debe ser entendido con la reserva de que la eficacia de los contratos -el respeto a los mismos- es oponible respecto -o frente- a terceros. Y esto es lo que acontece con la franquicia la que, constituyendo una limitación objetiva atinente a la garantía comprometida por el asegurador a favor del asegurado, es factible de ser opuesta a quienes no han sido parte en el contrato, en la medida de la razonabilidad de su cuantía (CALZ Sala II Causa 39.386 RSD 72/09 sentencia del 7/4/2009). A eso se adicionó como argumento, que en el seguro contra la responsabilidad civil, la franquicia opera como defensa anterior al siniestro y por lo tanto, es oponible al tercero damnificado (arg.art. 118-3, LL Cám. Nac. Com. Sala B 30/6/2005. La Ley 2005-F-712). A su vez se puso de relieve que el tercero -que, como es sabido, no es parte del contrato- no adquiere un derecho autónomo sobre el patrimonio del asegurado, ni un derecho propio contra el asegurador, resultando alcanzado por todos los términos del contrato, aún aquellos que eliminen o restrinjan la garantía de la indemnidad. Y eso es así porque al prescribir el art. 118 de la Ley de Seguros que ?... la sentencia que se dicte hará cosa juzgada respecto del asegurador y será ejecutable contra el en la medida del seguro...? quiere significar que el tercero está subordinado, le son oponibles, lo afectan o se encuentra enmarcado por las estipulaciones convencionales, aún cuando haya sido ajeno a la celebración del pacto (SCBA Ac. 40.468, S 2-5-89 y Ac. 63.595 S 24-3-1998 entre muchos otros). Lo expuesto resulta de aplicación al caso de autos, a lo cual cabe también adunar que, la Corte Suprema Nacional resolvió que ?no puede afirmarse que la franquicia es un instrumento que perjudica a terceros, ya que es el ejercicio razonable de una limitación al riesgo de la actividad. Si un tercero puede cobrar al asegurador una suma superior a la contratada, no solo viola la ley de seguros, sino que consagra una obligación sin causa (art. 499 del Código Civil). Si bien el tercero damnificado puede llegar a ser acreedor de la aseguradora del causante del daño, siempre deben respetarse las limitaciones de las cláusulas contractuales pactadas en dicha convención, que a su vez están subordinadas a la normativa vigente (CFR. CSJN in re ?Cuello Patricia Dorotea c/ Lucena Pedro Antonio s/ Recurso de Hecho? S. 7/8/2007, C. 724 XLI voto Dr. Ricardo Lorenzetti). En este contexto interpretativo, el citado Tribunal concluyó que: ?La condena contra el responsable civil será ejecutable 'en la medida del seguro' (art. 118, apartado tercero, de la ley 17.418)? y existiendo cláusula de la franquicia pactada contractualmente entre la compañía y el asegurado por la cual se pone un límite al riesgo cubierto de acuerdo a la normativa legal prevista, ello conduce a concluir que el descubierto obligatorio es oponible al tercero damnificado, y que la sentencia no podrá ser ejecutada contra la aseguradora sino en los límites de la contratación (fallo citado supra). Ello es así, toda vez que el seguro de responsabilidad civil está instituido para proteger la indemnidad del patrimonio del asegurado, y su contratación representa un beneficio indirecto para los terceros damnificados. Estos, por el contrato de seguro, pueden acceder a la suma asegurada en virtud de una convención que les es ajena, y por lo tanto, estos terceros están subordinados a las estipulaciones de esa convención. Por lo demás, la aceptación de la citación en garantía de un contrato de seguros de responsabilidad civil, debe entenderse siempre hecha de conformidad con lo dispuesto en el art. 118 de la Ley 17.418, es decir, en el marco de la cobertura contratada. En la misma línea de pensamiento se ha expedido la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires al decir ?el tercero está subordinado, le son oponibles, lo afectan o se encuentra enmarcado por determinadas estipulaciones contractuales, aún cuando haya sido ajeno a la celebración del pacto. Además las obligaciones que se atribuyen al asegurador no deben serle impuestas más allá de los términos pactados en la póliza, pues la misma ley 17.418

establece que el contrato es la fuente de sus obligaciones y en dicho instrumento se determinan los alcances y límites de la garantía debida (cfr. Ac. 94.988 S del 23-4-2008; esta Sala causa n° 70606 ?SCHELLEMBERG, Pedro Emilio c/ MENDIETA Pedro Emilio y otros s/ Daños y perjuicios? Reg. Sent. Def. n° 136 de 22/10/213). A mayor abundamiento, repárese que el dictado de la resolución 25.429/97 de la Superintendencia de Seguros de la Nación que aprueba las condiciones contractuales para el riesgo de responsabilidad civil de vehículos destinados al transporte público de pasajeros, fue consecuencia del dictado del decreto 260/97 que declaraba la emergencia en materia del transporte público de pasajeros, no violando aquella el principio de igualdad ante la ley, ni leyes imperativas sino que se trata de una limitación técnica de la cobertura que atiende otros elementos del negocio del seguro. En base a lo expuesto, y sumado a los argumentos ut supra referidos cabe concluir que resulta oponible a la víctima la franquicia hasta la suma de \$ 40.000; por lo que corresponde hacer extensiva la demanda a la citada en garantía en la medida del seguro contratado.

4.- Interés: En cuanto a este tópico habré de dejar establecido que todas las sumas indicadas devengarán un interés que se calculará desde la fecha del hecho hasta el efectivo pago, a la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires para la captación de depósitos a plazo fijo a 30 días, durante los distintos periodos de devengamiento, conforme las condiciones determinadas en las reglamentaciones aplicables en cada caso (Cfr. SCBA, Ac. B62488, Sent. 18/05/2016, autos: "Ubertalli Carbonino, Silvia c/ Municipalidad de Esteban Echeverría s/ demanda contencioso administrativa"; arts. 622 y 623 del Cód. Civil; 7, 768 inc. "c" y 770, Cód. Civil y Comercial; 7 y 10, ley 23.928). En virtud de estas consideraciones, y no siendo justo el decisorio apelado a la primera cuestión

VOTO POR LA NEGATIVA A la misma primera cuestión, el Dr. Javier Alejandro, por consideraciones análogas, TAMBIEN VOTA POR LA NEGATIVA.- A la segunda cuestión, el Dr. Carlos Ricardo Igoldi Visto el acuerdo logrado al tratar la cuestión que antecede corresponde revocar la apelada sentencia de fs. 320/329. En consecuencia, hacer lugar a la demanda por daños y perjuicios promovida por Blanca Vera contra General Tomás Guido SACIF, Ramón Antonio Juárez y la citada en garantía "Argos Mutual de Seguros del Transporte Público de Pasajeros" en la medida de la cobertura contratada, condenándolos a pagar a la actora la suma total de pesos ciento setenta y ocho mil (\$ 178.000) dentro de los diez días de encontrarse aprobada la respectiva liquidación. Dicho importe devengará un interés desde la fecha del hecho (24/08/2009) y hasta el efectivo pago a la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires para la captación de depósitos a plazo fijo a 30 días, durante los distintos periodos de devengamiento, conforme las condiciones determinadas en las reglamentaciones aplicables en cada caso. Las costas de ambas instancias deberán ser afrontadas por los demandados, y la citada en garantía en virtud del principio objetivo de la derrota (arts. 68 y 274 del C.P.C.C.) Postergándose la regulación de los honorarios de los letrados intervinientes para su oportunidad.

ASI LO VOTO A la misma segunda cuestión el Dr. Javier Alejandro Rodiño por compartir los fundamentos, VOTA EN IGUAL SENTIDO. Con lo que terminó el Acuerdo, dictándose la siguiente:

-SENTENCIA En el Acuerdo celebrado quedó establecido que la sentencia apelada no es justa y debe ser revocada. Asimismo, que las costas de ambas instancias deben imponerse a los demandados, y a la citada en garantía en virtud del principio objetivo de la derrota (arts. 68 y 274 del C.P.C.C.). Por ello, consideraciones del acuerdo que antecede y citas legales:

- 1.- Revócase la sentencia apelada y en consecuencia se hace lugar a la demanda por daños y perjuicios promovida por Blanca Vera contra General Tomás Guido SACIF, Ramón Antonio Juárez y la citada en garantía "Argos Mutual de Seguros del Transporte Público de Pasajeros" en la medida de la cobertura contratada, condenándolos a pagar a la actora la suma total de pesos ciento setenta y ocho mil (\$ 178.000) dentro de los diez días de encontrarse aprobada la respectiva liquidación. Dicho importe devengará un interés desde la fecha del hecho (24/08/2009) y hasta el efectivo pago a la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires para la captación de depósitos a plazo fijo a 30 días, durante los distintos periodos de devengamiento, conforme las condiciones determinadas en las reglamentaciones aplicables en cada caso.
- 2.- Las costas de ambas instancias deberán ser afrontadas por los demandados, y la citada en garantía en virtud del principio objetivo de la derrota (arts. 68 y 274 del C.P.C.C.)
- 3.- Difiérase la regulación de los honorarios profesionales intervinientes para su oportunidad (arts. 23 y 51 de la ley 8904). Regístrese. Notifíquese en formato papel de conformidad con lo dispuesto por el quinto párrafo del artículo 143 del rito y el artículo 8 del "Protocolo para la notificación por medios electrónicos" (Ac. N° 3845) y, consentida o ejecutoriada, devuélvase a la instancia de origen.

041195E