



VOTACION

A LA PRIMERA CUESTION EL SEÑOR JUEZ DOCTOR JOSE NICOLAS TARABORRELLI dijo:

I.- Antecedentes del caso

Se trata de un accidente sufrido por una pasajera que viajaba en un transporte, que por la frenada brusca de éste último se le causó daño a su salud. Promovida la demanda de daños y perjuicios, los demandados y su aseguradora, fueron condenados al pago de los mismos.

II.- La sentencia apelada. Los recursos y sus fundamentos

A fs. 326/358 S. S. dicta sentencia haciendo lugar a la demanda de daños y perjuicios promovida por la actora contra las demandadas, haciendo extensiva la condena a la citada en garantía, en la medida del seguro, con más sus intereses y especial imposición de costas.

A fs. 362 apela el fallo la parte actora, haciéndolo también las demandadas y la citada en garantía a fs. 363, concediéndosele a éstos últimos el recurso a fs. 364 y a la parte actora a fs. 366.

Habiéndose practicado el sorteo de ley, ésta causa quedó radicada ante la Sala Primera según resolución de fs. 369.

II. a.- Agravios de la actora

A fs. 375/382 expresa agravios la parte actora bajo estos términos: a) **Daño físico:** Que con el peritaje médico producido en autos se le otorgo al actor un 6% de incapacidad. Que el Sr. Juez acepta que la actora padece una incapacidad física del 6% parcial y transitoria y que a ésta altura del proceso lleva padeciéndola casi 7 años y continuará hasta su posible recuperación, lo que sin duda habla de secuelas consolidadas; yerra al entender que tal incapacidad transitoria debe ser considerada dentro de la órbita del daño moral, destaca que el daño físico aún de carácter transitorio, posee autonomía frente al daño moral, debiendo ser indemnizado en forma autónoma. b) **Daño Moral:** Se agravia del reducido monto concedido en concepto de daño moral, dando las razones a su modo de ver, para que dicha suma sea elevada; c) Plantea la declaración de inoponibilidad de la franquicia pactada en la

póliza; solicitando se ordene la inconstitucionalidad de la resolución 25.429 anexo 2 cláusula 4, que se refiere a la franquicia o descubierto a cargo del asegurado.

A fs. 392/94 los demandados contestan el traslado de los agravios expuestos por la actora.

A fs. 402/3 el fiscal general adjunto dictamina sobre el tema del planteo de la inconstitucionalidad antes alegada, opinando que V. E. no debe hacer lugar a dicha inconstitucionalidad.

II.- b.- Agravios de los demandados y de la aseguradora

Primer agravio: El Sr. Juez consideró en su sentencia la versión de los hechos relatados en la demanda –esto es, que la actora golpeó contra el pasamano del colectivo, por una brusca maniobra de frenado del chofer- con el único testimonio recibido a fs. 274. A su vez, tuvo por no probado que la actora sufrió leves excoiaciones, sin consecuencias ulteriores por el hecho de un tercero extraño que desde la banquina arrojó al paso del colectivo una piedra que impactó contra el vidrio de una ventanilla, conforme se alegó al contestarse la demanda, cuya culpa del tercero exonera de responsabilidad a los accionados (fs. 37/41 vta., cap. V). A fs. 177 vta. la auxiliar del Juez dice que la actora: “del accidente comenta que hace tres años, en el mes de diciembre (...) iba en el colectivo 88 a Cañuelas (...), cuando tiran una piedra que impacta en la ventanilla donde ella venía sentada, y el chofer frena de golpe. Recuerda encontrarse llena de vidrios por todos lados. El chofer baja a los pasajeros y la lleva al hospital (...), espera que la atiendan y luego la lleva hasta la casa de su tía”. La actora sabe bien que el hecho traído a juicio se produjo por un acto vandálico de un tercero que arrojó desde el exterior del colectivo una piedra que impactó contra el mismo. Sin embargo, la existencia del acto vandálico y del tercero que lo ejecutó se ocultaron al relatar la demanda. El reconocimiento de la existencia de un tercero que lanza la piedra contra el colectivo, constituye admisión y por ende plena prueba de la causal de eximente de responsabilidad, la confesión de parte puede presentarse no solo en la absolución de posiciones, sino también en diversos actos procesales. Va de suyo que el señalado reconocimiento de la actora, torna inatendible el testimonio de Leguizamon prestado a fs. 274. Así las cosas, no ha quedado probada la causal del hecho esgrimida en la demanda. Y sí quedó

evidenciado que el accidente acaeció por el hecho de un tercero, siendo una causa ajena al obrar del chofer, es decir, interrumpió el nexo causal. Pide finalmente se revoque la sentencia. **Segundo agravio:** subsidiariamente se agravia de la consideración del daño físico, en tanto reversible mediante adecuado tratamiento del orden del 6%. Oportunamente el peritaje fue impugnado a fs. 221 que no recibió consideración alguna del decisor, lo que causa agravio. No hay constancia alguna que de cuenta que la actora sufrió por el hecho esguince cervical (ver fs. 115/122), circunstancia que el propio perito reconoce a fs. 218, respuesta C: “He tenido a la vista el expediente y no hallé dichas constancias. No aparece informado en la pericia y resulta inexplicable como el perito pudo medir el dolor de la actora por la cervicalgia que le constató. Conclusión: La actora no probó la relación causal entre la cervicalgia que padece y el hecho de la litis. La afirmación del perito no tiene conexión con estudios previos (historias clínicas o constancias médicas, etc.). Corresponde revocar la sentencia recurrida en cuanto se imputa el daño físico a la demandada. **Tercer agravio:** Costo de tratamiento kinésico: Conforme queda demostrado en el acápite que antecede no es imputable a mis mandantes. **Cuarto agravio:** No se presentó constancia alguna que acreditan sus erogaciones, fue atendido en hospital público y por ende con prestaciones gratuitas. La suma otorgada por dicho concepto es injusta y arbitraria. **Quinto agravio:** Daño psíquico y gastos de tratamiento psicoterapéutico. A fs. 177/179 vta. la perito dice que la actora padece un estrés postraumático crónico, previo al hecho de litis, que éste último agravó y estimo la incapacidad en proporción del 25% el valor psíquico integral. Dijo que el trastorno por estrés postraumático que la actora sufre desde antes del hecho de litis y que por ende ninguna relación tiene con dicho hecho, obedece a una serie de elementos y situaciones vividas por aquella. En lo que hace al agravamiento de trastorno, la perito lo único que asignó al accidente sin más, fue: “refiere temor a los viajes en colectivo, los mismos actualmente se encuentran cediendo aunque aún persisten. No dice la perito, ni tampoco puede dilucidar que corresponde a los traumas persistentes al hecho de litis y que ha dicho hecho. Luego atribuyó al hecho de autos que por el temor que viene cediendo, el excesivo porcentual del 10% y un 15% por los hechos traumáticos preexistentes. Cuando la profesional aconseja un

tratamiento y no dice que es al solo efecto de evitar que el cuadro se agrave, presupone la probabilidad de reversión y el daño debe considerarse transitorio, limitándose la indemnización al costo del tratamiento aconsejado, más cuando la sintomatología, aún sin tratamiento viene cediendo (ver fs. 179, respuesta E). La suma de \$35.000 no condice con los temores de la actora a los viajes, ni esos temores pueden representar tamaño porcentual del 10% de incapacidad psicológica. Además de las declaraciones testimoniales del beneficio de litigar sin gastos, se desprende que la actora continua normalmente trabajando como empleada doméstica y desarrollando changas (ver fs. 15, 19 y 36). Cuestiona la cuantificación del costo del tratamiento psicoterapéutico, pues cabe suponer que hay recesos vacacionales que deberían reducirse. Pide la reducción de su monto por cuanto en la sentencia se computó la suma de \$120 por sesión, cuando la experta la cuantificó a \$70 la sesión.

Sexto agravio: Daño Moral: estima que la indemnización fijada en concepto de daño moral resulta desmesurada a la luz de lo que surge de las constancias de autos.

Séptimo agravio: En la sentencia se imponen las costas totales del juicio a los demandados, sin discriminarse los atinentes a honorarios por la incidencia de inconstitucionalidad que deben regularse por separado (art. 47, ley 8904) y gravan a la actora, toda vez que el planteo fue desestimado.

A fs. 395/400 responde el actor, el traslado ordenado con motivo de la fundamentación del recurso interpuesto por los demandados y su aseguradora. Previamente, pide la deserción del recurso por no ser una crítica concreta y razonada de la resolución atacada y subsidiariamente contesta los agravios expuestos por sus adversarios.

LA SOLUCION

Previamente, por una cuestión metodológica, corresponde resolver el planteo que formula la actora a fs. 395/395 vta., solicitando la deserción del recurso incoado por los demandados y la citada en garantía cuyos fundamentos fueron expuestos a fs. 383/390, toda vez que – según su opinión- no se ajusta a las prescripciones legales del artículo 260 y 261 del Cód. Proc.. En efecto, de la atenta lectura de la pieza de agravios que luce glosada a fs. 383/390, surge a todas luces y prima facie, desde la

óptica puramente formal que dicho escrito que impugna el pronunciamiento de Primera Instancia, constituye una crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante –desde su ángulo de visión subjetivo- considera equivocado. Por lo tanto, corresponde decretar el rechazo del pedido de deserción del recurso, por ajustarse la pieza cuestionada, desde la óptica técnico-formal y “prima facie” a las prescripciones legales del art. 260 y 261 del C.P.C.C.

Por las consideraciones legales expuestas, **VOTO POR LA NEGATIVA**

Por análogos fundamentos los Doctores Alonso y Posca también **VOTAN POR LA NEGATIVA.**

A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DOCTOR JOSE NICOLAS TARABORRELLI dijo:

Despejada la primera cuestión planteada y siempre respetando el orden metodológico en el discurso sentencial, corresponde dar tratamiento y resolución a la crítica formulada por los demandados y la citada en garantía en torno a la responsabilidad que se les asigna, conforme planteo al efecto que da cuenta el escrito de fs. 383/385.

III.- La responsabilidad del transportista.

Ha sentenciado como Vocal preopinante, mi distinguido colega de Sala Dr. Ramón Domingo Posca, en los autos “Zarlenga Beatriz Susana c/ Transporte Ideal San Justo S.A. y otro s/ Daños y Perjuicios en la causa 3020/1, RSD n° 162/13, Folio n° 1052, 25/9/2013, que: “Respecto de la responsabilidad del transportista, señala Lorenzetti: "La regla general en el contrato de transporte es que el transportista contrae una obligación de traslado determinada, que lo obliga a obtener el resultado propuesto: que el pasajero o la mercadería llegue al destino fijado en el momento pactado y por el medio acordado. El incumplimiento se configura por la no obtención del propósito perseguido y por ello el transportador no puede defenderse invocando que dispuso todos los medios razonables. Se trata de una responsabilidad contractual objetiva de la que sólo puede eximirse invocando la causa ajena."

"El transportista contrae una garantía de seguridad consistente en que el pasajero o la cosa no sufran daños durante el transporte. También es una responsabilidad contractual objetiva (op.cit., págs. 730/731)".

"Resulta de aplicación el artículo 184 del Código de Comercio que dispone: "En caso de muerte o lesión de un viajero, acaecida durante el transporte en ferrocarril, la empresa estará obligada al pleno resarcimiento de los daños y perjuicios, no obstante cualquier pacto en contrario, a menos que pruebe que el accidente provino de fuerza mayor o sucedió por culpa de la víctima o de un tercero por quien la empresa no sea civilmente responsable". La normativa si bien está referida al transporte en ferrocarril resulta de aplicación en materia de transporte automotor de pasajeros."

"En consecuencia el transportista es responsable por el incumplimiento del deber contractual de seguridad que deviene en responsabilidad contractual objetiva. La víctima debe acreditar la existencia del contrato de transporte, de lo que fluye la presunción legal de la existencia del deber de seguridad que resulta una obligación de resultado. "

"Conde-Suares expresan: "El porteador asume una típica obligación de resultado: transportar al pasajero al lugar de destino, en las condiciones de comodidad reglamentadas o pactadas, garantizando la seguridad del mismo y respondiendo por los daños que sufra su persona.(Héctor Normando Conde-Roberto Cesar Suares: "Tratado sobre responsabilidad por accidentes de tránsito", t. 3, Responsabilidad derivada del contrato de transporte", Editorial Hammurabi, Buenos Aires 1998, pág. 22)."

"En la materia resulta de aplicación la ley de defensa del consumidor. (arts. 1° y 2°, ley 24.240). Lorenzetti al estudiar los caracteres del contrato de transporte, expresa que "Puede ser un contrato de consumo, cuando se celebra para el destino final del consumidor o usuario, y su grupo familiar o social. (arts. 1° y 2°, ley 24.240). Queda excluido expresamente el transporte aéreo por aplicación del artículo 63 de la ley 24.240". (Ricardo Luis Lorenzetti: "Tratado de los contratos", Tomo III, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2000, pág.716)." (Tasistro, Mirna

Gladys C/ T.A.L.P.S.A. Y Otro S/ Daños Y Perjuicios (Sumario)- Causa Nro. 569/1, R.S.D:24/4. Sentencia Del 7 días del mes de Septiembre del año 2004).

En el caso “Tasistro” esta Sala ha expresado con relación a la carga de la prueba en el contrato de transporte: “La defensa del consumidor desde el incipiente derecho comparado viene abrigando la certeza que el oferente debe cooperar en materia probatoria o bien corresponde facilitarle la prueba al consumidor. Quedarían prietas en injusta trama las demandas no asistidas por un compromiso mayor del demandado, cuando las cuestiones a dilucidar revisten connotaciones específicas.” (Tasistro, Mirna Gladys C/ T.A.L.P.S.A. Y Otro S/ Daños Y Perjuicios (Sumario)- Causa Nro. 569/1, R.S.D:24/4. Sentencia Del 7 días del mes de Septiembre del año dos mil cuatro).

“La teoría de la prueba reconoce al económicamente débil. "Es conocida la regla que beneficia a la parte económicamente débil por sus dificultades de acceso a la prueba, de aplicación en el Derecho de daños principalmente en el ámbito de la responsabilidad contractual". (Lorenzetti, Ricardo Luis: "Teoría general de distribución de la carga probatoria", Revista de Derecho Privado y Comunitario nro. 13 - Prueba-I, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, febrero 1997, pág. 79). El autor en el referido trabajo doctrinario al formular un distingo entre cargas dinámicas y mejores condiciones probatorias, señala: "Hemos descripto las reglas que regulan la posición probatoria: principio pro damato, profesionalidad, existencia de contrato, etcétera."

"El análisis económico del Derecho ha desarrollado una regla atinente a la posición probatoria; esto es, externa al proceso, indicando que debe adjudicarse la carga a quien está en mejores posiciones probatorias".

"El significado de "mejor" se relaciona con las más eficiente en el sentido de que a quien ya tiene la información o la prueba le resulta más barato arrimarla al proceso. Todo ello se relaciona con una visión particular del proceso adversarial que, en los inicios de la escuela del análisis económico, queda sometido a las reglas modélicas del mercado". (ob.cit. pág.87). “

Mosset Iturraspe cita jurisprudencia: "Las normas relativas a la carga de la prueba no operan cuando existen en la causa elementos susceptibles de formar

convicción en el caso concreto, cualquiera sea la parte que los haya aportado, ya que están alcanzados por el principio de adquisición procesal" (LL 1994-E-379); (Mosset Iturraspe, Jorge: "La Prueba En Los Juicios De Daños", Revista De Derecho Privado Y Comunitario Nro. 14, - Prueba II-Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, Mayo 1997, Pág. 73)." (Tasistro, Mirna Gladys C/ T.A.L.P.S.A. Y Otro S/ Daños Y Perjuicios (Sumario)- Causa Nro. 569/1, R.S.D:24/4. SENTENCIA DEL 7 días del mes de Septiembre del año 2004).

En el caso concreto la parte demandada ha admitido el contrato de transporte. Alega la eximente de responsabilidad sustentada en causas ajenas originadas por la intervención de un tercero. Entiendo que el obrar del autor anónimo no releva de responsabilidad a la empresa de transporte por la irrupción de una piedra lanzada desde el exterior, ya que en cualquiera de los supuestos se evidencia un incumplimiento del deber de seguridad impuesto al transportista (Doct. art. 5 ley de Defensa al consumidor y usuario N° 24.240 modif. por ley 26.361), pues era carga del demandado probar que el vehículo no presentaba en este aspecto ninguna deficiencia, pues no contaba con instalados en las ventanillas los vidrios irrompibles e inastillables (Doct. art. 53 ley N° 24.240 reformada por ley 26.361 Ley de Defensa al Consumidor) resultando insuficiente que estaba habilitado.

El planteo defensivo se torna recurrente en cuanto a que una piedra impactó contra el vidrio de la ventanilla correspondiente al asiento que ocupaba la actora, rompiéndolo y a raíz de lo cual, la misma sufrió lesiones, ver fs. 39 responde de demanda.

En este contexto la parte demandada debió acreditar que el vehículo estaba en óptimas condiciones de funcionamiento al momento del hecho, sin que su habilitación releve de prueba sobre aspectos puntuales, tales como que tenían colocados vidrios reglamentarios, es decir inmunes al golpe de objetos arrojados desde el exterior.

Un vehículo afectado al transporte público de pasajeros debe ser seguro para poder cumplir con la finalidad de transportar sano y salvo al pasajero hasta su lugar de destino, premisa básica que no se cumple en un aspecto meramente formal, de modo que no depende solamente de la habilitación para funcionar, al

exigírsele al empresario además una fiscalización permanente del estado actual del rodado. De este modo el demandado, a mi entender, no ha probado, por ejemplo, la colocación de cristales inastillables o cualquier otro tipo de protección que hubieran impedido el hecho controvertido, tal como reiteradamente lo ha puntualizado la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, doctrina legal que corresponde aplicar al caso. (Entre otros, “Leiva, Cervello c/ Transporte Ideal San Justo S. A. y Otro”, referido por la apelante); (Con anterioridad la SCBA expresó tal criterio en “Villafañe, Petrona del Rosario c/ Empresa de Transportes Fournier S. A.; “Seguros Bernardino Rivadavia Cooperativa Limitada s/ Daños y Perjuicios”, C 71453 del 7/2/2001, voto del Dr. De Lázzari).

También cabe inferir que tal recaudo no estaba cumplido, a poco que se repasen las continuas referencias del demandado a que la piedra rompió el vidrio de la ventanilla. Dicho extremo constituyen un vicio de la cosa que debe ser admitido, a falta de prueba concreta en contrario a cargo de la demandada (Doct. art. 53 ley N° 24.240 reformada por ley 26.361 Ley de Defensa al Consumidor). Cabe presumir tal estado del vehículo porque denota por parte de la empresa una falta de conocimiento sobre elementales cuestiones de seguridad del vehículo puesto que no puede tolerarse desconocimiento en este aspecto por parte de la empresa. El deber de control y vigilancia está a cargo de la empresa de transporte, quién debió haber arbitrado los mecanismos de seguridad. En este caso, se reitera, que tampoco ha probado la demandada que el vehículo estaba equipado con vidrios adecuados.

Siguiendo los hechos en retrospectiva y ceñido a la escena donde eclosionó el daño, entiendo que en el caso concreto y en sus circunstancias, la piedra arrojada por un tercero desconocido y que ingresó al vehículo de pasajeros no reviste las características propias del caso fortuito, es decir su imprevisibilidad e inevitabilidad, aún considerando su origen externo.

En efecto, si bien está comprobado que el autor anónimo se presume como tercero, el hecho no constituye un acontecimiento que resulte imprevisible para el transportista.

Ya la Suprema Corte Provincial en su doctrina legal destaca el descarte del caso fortuito en situaciones análogas al presente caso. Para decidir de ese modo, el

Supremo Tribunal de la Provincia de Buenos Aires tuvo en consideración “la triste reiteración de incidentes como el aquí juzgado” (SCBA, ““Leiva, Cervello c/ “Transporte Ideal San Justo S. A. “ y Otro s/ Daños y Perjuicios” citado, en igual sentido los mencionados allí: Ac. 71.453; Ac. 74.878, sent. del 16-VII-2003; Ac. 87.874; Ac. 87.732; C. 95.954, sent. del 28-X-2009); La Ley Buenos Aires, Año 19, N° 06, julio 2012, pág. 644).

De modo que siguiendo los lineamientos de la cimera instancia, no puede considerarse en el caso concreto que para la parte demandada el hecho pueda ser calificado como inesperado, impensado, súbito o sorprendente. El empresario de transporte es una empresa organizada y profesional que conoce exhaustivamente la zona que comprende al trayecto del colectivo. El chofer por su parte también es profesional en cuanto a su experiencia de manejo y por ende un conocedor calificado de los peligros que pueden acechar en una parte del trayecto.

Al respecto también ha señalado el Superior Tribunal Provincial que “Hay que atender, además, que lo imprevisible es distinto de lo imprevisto: imprevisto es lo que no se previó efectivamente. Va de suyo que quien no previó lo que era previsible puede estar incurso en culpa (Atilio Aníbal Alterini, “Caso fortuito”, “Enciclopedia de la Responsabilidad Civil”, t. II, ed. AbeledoPerrot, p. 105)”; (SCBA, C 95954, 28/10/2009, “Rodríguez, Ramón Alberto y otro c/ “Transportes Automotores Luján S. A. s/ Daños y Perjuicios”, voto Dr. Genoud).

En este contexto si la demandada pretendió eximirse de responsabilidad alegando caso fortuito o fuerza mayor, debió desplegar la prueba conducente para el esclarecimiento de tal aserto, es decir que fueron empleados todos los medios y recursos disponibles según la tecnología y la pericia para evitarlo. En esa carga van dispuestas también deberes de conservación y vigilancia de la cosa. Reitero ninguna prueba concluyente ha producido el demandado, no resultando ocioso volver a expresar que la interpretación de la eximente debe ser estricta y rigurosa (Doctrina art. 902 del Código Civil).

En consecuencia no basta con la certeza de la ajenidad o exterioridad de la intervención de un sujeto anónimo que se presume como aquél que arrojó la piedra al avance del colectivo. Si bien se trata de un requisito necesario que está cumplido,

resulta por si solo insuficiente para eximir de responsabilidad a la empresa de transporte, precisamente porque no ha demostrado que tal acontecimiento haya sido imprevisible o previsto no haya podido ser evitado.

El vicio de la cosa – la parte demandada por imperativo legal tenía que probar lo contrario – se relaciona con la ventanilla defectuosa y la falta de colocación de vidrios de seguridad.

Este deber de obrar con previsión y pleno conocimiento de las cosas y contingencias en que se desenvuelve el tránsito vehicular con afectación de los medios de transporte público de pasajeros (Doct. art. 902 C.C) tan proclives a ser flanco para el vandalismo de las ventanillas con soporte de cristales inastillables o cualquier otro tipo de protección, tal como lo viene sosteniendo la SCBA hubiera tornado evitable el hecho controvertido. La falta de cristales adecuados, es decir resistente a objetos como los proyectados desde el exterior, no solo hubieran impedido la fragmentación de elementos (en la hipótesis que afirma la parte demandada) - en este caso la piedra ingresó sin obstáculos- o al menos la experimentación del suceso hubieran impedido el paso de la piedra o causado un daño menor. Los defectos señalados son estructurales porque constituyen requisitos que debidamente cumplidos atañen a la expansión del deber de seguridad, típica obligación de resultado en el caso concreto. Al respecto ha expresado la SCBA que la obligación del transportista de conducir sano y salvo al pasajero a su destino, por su contenido, “entraña una típica obligación de resultado, cuyo incumplimiento abre las puertas a la imputación de responsabilidad de la mano de un factor objetivo de atribución genéricamente denominado “garantía” y que otros prefieren buscarlo en la teoría del riesgo....ha de quedar en claro que la imputación siempre es objetiva y extraña a la idea de culpa”. (Del voto del Dr. Roncoroni en Ac. 61.656, “Laup”, sent. Del 1/12/2004 y referenciada en Ac. 95.954, “Rodríguez, Ramón Alberto y otro c/ Transportes Automotores Luján S. A. s/ Daños y Perjuicios”).

Si bien la empresa de transporte no tiene jurisdicción en el exterior al vehículo, no pudiéndosele exigir que ejerza un contralor en las vía pública o en sus adyacencias o que impida que terceros arrojen piedras al colectivo, si corresponde imponerle la implementación de medidas de seguridad orientadas a resistir la

agresión externa e impedir las consecuencias dañosas para la integridad de los pasajeros. (En este sentido se ha expedido la SCBA en C 95954, 28/10/2009, “Rodríguez, Ramón Alberto y otro c/ “Transportes Automotores Luján S. A. s/ Daños y Perjuicios”, voto de adhesión del Dr. Soria).

La reglamentación vigente, con relación a las ventanillas de los vehículos de transporte público de pasajeros, prescribe su inspección para constatar: “Dimensiones reglamentarias, estado general bueno, accionamiento y sistema de cierre correcto, verificar hermeticidad. Sin elementos adicionales que afecten la seguridad del pasajero.” (Transporte Automotor Resolución N° 417/92 Bs. As., 17/9/92).

Estos hechos vandálicos no resultan imprevistos y sus contingencias han prevenido al transportista, por ejemplo, para implementar en los vidrios de las ventanillas una lámina de seguridad transparente que contribuye a disminuir los daños provocados por esquirlas y vidrios rotos como consecuencia de agresiones externas. Esta tecnología – simple – tal vez no impida en todos los casos la fragmentación del vidrio pero resulta útil para neutralizar la dispersión de las esquirlas al interior del vehículo. Los medios periodísticos se han hecho eco de la preocupación que suscitan episodios como los aquí controvertidos. (En este aspecto consultar noticias sobre la implementación de láminas de seguridad en vehículos de transporte público de pasajeros en Provincia de Mendoza; ver <http://www.losandes.com.ar>, 28/07/2013).

Razonablemente cae dentro de un juicio subjetivo de previsibilidad que puedan ocurrir estos hechos, menos aún, podemos considerar que es un hecho inevitable porque bastaría la colocación de vidrios irrompibles, protección con entramados de alambres, colocación de avisos para que se bajen las ventanillas, vigilancia extra, etc. Lo cierto es que la empresa no ha dado muestra de haber intentado absolutamente ningún remedio para evitar este tipo de sucesos. (art. 184 del Cód. de Comercio; 65 de la ley 2873, 1198, 1ra parte del Cód. Civil).-“(CC0103 LP 229536 RSD-125-98 S 18-6-1998, Miranda, Claudia Graciela c/ Empresa Ferrocarriles Metropolitanos S.A. (FEMESA) s/ Indemnización de daños y perjuicios)

Tal como ha recordado la Corte Provincial, la reglamentación prescribe que las ventanillas deben llevar vidrios de seguridad. (“Reglamento para la habilitación de vehículos de autotransporte público de pasajeros”, Res. SETOP N° 395/89, ITEM 1.7.3; SCBA, voto Dr. Pettigiani, causa “Leiva”, antes citada). Las deficiencias apuntadas tienen relación causal con la producción del daño y derivan en la responsabilidad de la parte demandada.

Con relación a ello, se ha expresado en la causa “Leiva”: la responsabilidad del transportista de pasajeros, se basa en la idea de forzar al prestatario a extremar, entre otras, las precauciones atinentes a la buena calidad, perfecto estado y funcionamiento del material rodante, la capacitación y buen desempeño del personal, así como el estricto cumplimiento de leyes y reglamentos. Para más, aún cuando la obligación genérica de los transportistas sea de tipo objetivo, impone un análisis restrictivo de las causales exculporias previstas en tal norma (conf. doct. causa C.87.732, sent. Del 19-X-2005)”.

“Y que para eximirse de la responsabilidad objetiva que deriva de dicha norma, el transportista puede alegar que se ha tratado de un caso de fuerza mayor, o que ocurrió por culpa de la víctima o por la de un tercero por el que no deba responder (lo que la doctrina ha denominado el casus). Cualquiera fuere el argumento esgrimido, corresponde que, para romper el nexo de causalidad entre el hecho y el daño, ese extremo sea acabadamente probado por quién lo propone como defensa, demostrándose que – sea cual fuere la hipótesis de que se trate – se ha transformado en causa única del evento (C.S.J.N., sentencia del 2-IV-1998, LL 1998-d-591; ídem, sent. del 15-XII-1998, LL 1999-D-534; ídem, sent. del 24-IV-2001, Fallos: 324: 1344: Ac. 87.874, sent. del 30-III-2005); (SCBA, C. 108.028, “Leiva, Cervello c/ “Transporte Ideal San Justo S. A. “ y Otro s/ Daños y Perjuicios”).

“El art. 184 del Código de Comercio (aplicable analógicamente al presente caso, según una suficientemente conocida doctrina y abundante jurisprudencia) establece que, para eximirse de la responsabilidad objetiva que deriva de dicha norma, el transportista puede alegar que se ha tratado de un caso de fuerza mayor, o que ocurrió por culpa de la víctima o por la de un tercero por el que no deba responder (lo que la doctrina ha denominado el casus). Cualquiera fuere el

argumento esgrimido, corresponde que, para romper el nexo de causalidad entre el hecho y el daño, ese extremo sea acabadamente probado por quien lo propone como defensa, demostrándose que sea cual fuere la hipótesis de que se trate se ha transformado en causa única del hecho (C.S.J.N., sentencia del 2IV1998, "La Ley" , 1998D591; idem, sent. del 15XII1998, "La Ley" , 1999D534; idem, sent. del 24IV2001, "Fallos", 324:1344)."

“En definitiva: la ajenidad o exterioridad del hecho del tercero extraño a la empresa (el sujeto que arrojó aquella piedra), aunque requisito necesario, no es suficiente para eximir de responsabilidad a la transportista, máxime cuando no se ha demostrado que dicho acontecimiento haya sido imprevisible, o que se haya tornado inevitable, como tampoco probó que haya sido la causa única del daño.” a 30 de marzo de 2005, de Lázzari, causa Ac. 87.874, "Flores , Amado Marcelino contra 'La Vecinal de Matanza S.A.C.E.I. de Microómnibus'. Daños y perjuicios", voto Dr. de Lazzari)

En la misma orientación la SCBA interpretó que no constituye “una contingencia extraña al tránsito vehicular que una piedra despedida por otro vehículo, impacte sobre las ventanillas” (“Villafañe, Petrona del Rosario c/ Empresa de Transportes Fournier S. A.; “Seguros Bernardino Rivadavia Cooperativa Limitada s/ Daños y Perjuicios”, C 71453 del 7/2/2001, voto del Dr. De Lázzari).

En el caso concreto el hecho del tercero que fue acreditado carece de autonomía ya que no tiene la relevancia exigida por el artículo 184 del Código de Comercio para eximir de responsabilidad a la transportista, debiéndose en consecuencia admitirse la demanda interpuesta. (Doct. arts. 512, 901, 902,903, 904, 1067, 1068, 1068, 1074, 1109, 1113, 1114 C.C; 184 C. Comercio; Args. arts. 5, 40, 41,53 ley N° 24.240 reformada por ley 26.361 Ley de Defensa al Consumidor).

Sentadas las premisas legales aplicables a presente “sub-judice”, veamos los agravios expuestos por el demandado y la citada en garantía apelante que corren agregados a fs. 383/384, donde argumenta que la actora le relató a la perito a fs. 177 vta. que” ...iba en el colectivo 88 (...) cuando tiran una piedra que impacta en la ventanilla donde ella venía sentada y el chofer frena de golpe. Recuerda encontrarse llena de vidrios por todos lados. El chofer baja a los pasajeros y la lleva al Hospital

(...) espera que la atiendan y luego la lleva hasta la casa de su tía. El chofer se ocupó y no me dejó tirada” (sic). Lo cierto es que la quejosa –a través de esta confesión- pretende ante esta Alzada articular la culpa de un tercero por quien los accionados no deben responder civilmente. Este planteo queda totalmente desvirtuado, toda vez que la actora sufrió un daño a su salud mientras era transportada onerosamente por la empresa de colectivo demandada, asumiendo esta última –una garantía legal, tácita y accesoria de seguridad- consistente en transportar sana y salva a la misma hasta su lugar de destino como obligación de seguridad de resultado. Sobre la base de este principio o postulado legal, la lesión física padecida por la accionante denominada por el perito médico como: “cuadro de cervicalgia, esguince” (ver fs. 203/204 y 218), asignándole una incapacidad del 6% parcial, siempre que se arbitren los tratamientos sugeridos, se encuentra debidamente acreditada en autos. En tal sentido, presumo que dicha lesión física se produjo por la frenada de golpe del colectivo (art. 163 inc. 5 del C.P.C.C.), provocada ésta por el proyectil que impactó en contra de la ventanilla del microómnibus. En suma, fuere cual fuere la causa que produjo el daño en la salud de la actora, ya sea la frenada brusca, un golpe causado por la frenada o el proyectil que ingresa al microómnibus desde el exterior, lo cierto es, que la misma era transportada y el acto ilícito acaeció en perjuicio de su persona en esa oportunidad, descartándose en su totalidad el planteo formulado en cuanto corresponde eximir de responsabilidad a los demandados, al atribuir la responsabilidad a un hecho de un tercero por el cual no se debe responder, toda vez que como se expuso precedentemente –el microómnibus no contaba con los vidrios de las ventanillas adecuados que responden a las normas de seguridad-. Va de suyo a todo lo expuesto que el testimonio producido por Leguizamón a fs. 274 que relata que vio a la actora accidentada, y resulta irrelevante – a mi juicio- que nada sepa de la ruptura de la ventanilla, habiendo declarado que venía viajando en el colectivo, que había gente en el pasillo y de repente frena el colectivo y se accidenta la Sra. Quintero. Que el iba sentado, que el colectivo venía lleno en sus asientos y había algunos pasajeros parados en el pasillo. Que se dio cuenta de la frenada. (sic). En suma, este testimonio es complementario de la confesión que formulara la actora declarando bajo la óptica de

la sana crítica su validez probatoria (art. 384 y 456 del Código Procesal). Por todo ello corresponde rechazar ésta parcela de los agravios ensayada por los quejosos.

IV.- Daño a la salud.

Incapacidad física parcial y permanente sobreviniente.

Vengo reiterando en mis votos en otros casos similares al presente que el daño a la persona incide, en cualquier aspecto del ser humano, designándose como daño a la integridad psicosomática, con lo cual se cubre lo que de naturaleza posee y tiene el hombre. Se entiende por salud, según la definición formulada por la Organización Mundial de la Salud, “...un estado de completo bienestar psíquico, mental y social”.

Todo daño a la persona repercute en la salud del sujeto al alterar, en alguna dimensión, su estado de bienestar integral y general. En la especie, estamos frente a un daño a la salud, mientras compromete el entero modo de ser de la persona y representa un déficit en lo que atañe al bienestar integral de la persona humana.

Que el art. 12 de la Constitución de la Pcia. de Bs. As. As., determina que todas las personas en la Provincia tienen derecho a la vida, a la “integridad física, psíquica y moral”. Por ello la afectación de dicha integridad configura un daño indemnizable. No se trata de reparar una incapacidad, sino todo daño real ocasionado a una persona humana, en cuanto ésta tiene derecho a conservar frente a lo demás aquella integridad, a que su cuerpo no se vea dañado o alterado (art. 1.068, 1.069, 1.083 del Cód. Civ.).

Dentro del concepto de incapacidad sobreviniente corresponde que se incluya a toda disminución física, que deje una secuela permanente para el trabajo o la vida de relación al sujeto que lo sufre, considerando el juzgador de tal forma a la salud en su cabal integridad. Las secuelas aunque parciales, habrán de acompañar siempre a la víctima del accidente, produciéndole una minusvalía que la indemnización pecuniaria tratará de remediar en una suerte de equivalencia, sobrellevando de tal manera el menoscabo de su plenitud física, que la víctima solía gozar con total plenitud y con la debida amplitud y libertad. En suma, se trata de resarcir a la persona humana por la totalidad de los menoscabos que la hayan

afectado en la integridad material y espiritual que constituye (art. 5-1 Convención Americana de Derechos Humanos).

Transita la vigencia de la “tesis de la inviolabilidad de la persona humana“, y el que daña a un tercero debe resarcir el mal causado, sobre la base del apotegma romanista “no dañar al prójimo”, -con fundamento cristiano- que cobra lozanía con raíz constitucional en el art. 19 de la C. N. En el Congreso Internacional de Derechos de Daños (junio de 1991) la Comisión n° 1, al tratar el Daño a la persona, aprobó las siguientes conclusiones: 1°) La inviolabilidad de la persona humana, como fin en si misma, supone su primacía jurídica como valor absoluto. 2°) La persona debe ser protegida no sólo por lo que tiene y puede obtener, sino por lo que es y en la integridad de su proyección...”. “...4°) El daño a la persona configura un ámbito lesivo de honda significación y trascendencia en el que pueden generarse perjuicios morales y patrimoniales...”.

El Juzgador no puede estar ajeno al principio de progresividad que enuncia la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional De Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), recordando que la dignidad de la persona humana constituye el centro o eje sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales del orden constitucional, haciendo presente el art. 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “toda persona tiene derecho a la satisfacción de los derechos económicos y sociales indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad. Es por ello que, en la jurisprudencia de la Corte Suprema Nacional, no está ausente la evaluación del daño como frustración del desarrollo de la plena vida”.

El art. 1.086 del Cód. Civ., no menciona a la incapacidad permanente, sin embargo el art. 89 del Cód. Penal se configura el delito de lesiones, al que causare a otro, en el cuerpo o en la salud, un daño; disponiendo el art. 90 del mismo cuerpo legal que si la lesión produjera una debilitación permanente de la salud, de un sentido, de un órgano, de un miembro o una dificultad permanente de la palabra, o se hubiese puesto en peligro la vida del ofendido, lo hubiere inutilizado para el trabajo se le impondrá reclusión o prisión de 1 a 6 años; pero es éste, el renglón principal del resarcimiento y se configura cuando el delito o cuasi-delito deja en la víctima una

secuela irreversible, que se traduce en la invalidez permanente del lesionado para el desempeño de cualquier trabajo sea la incapacidad total o parcial.

Cuando la incapacidad es parcial y permanente – caso de autos- debe en primer lugar establecerse el déficit de capacidad en que quedó afectada la víctima en comparación con la aptitud completa del sujeto para el trabajo, lo que se mide en términos de porcentaje y a partir de pericias médicas. Sobre dicha base el juez efectúa la estimación del monto indemnizatorio teniendo presente la actividad desplegada normalmente y los ingresos que la misma significa, es decir lo que produciría un sujeto en un 100 % de su capacidad.

La doctrina judicial ha elaborado en este tema las siguientes pautas: el cómputo de la incapacidad se hace atendiendo a las posibilidades genéricas de la vida y no sólo al déficit para determinado trabajo; a tal fin se computarán las cualidades personales de la víctima, edad, sexo, salud, etc., la lesión de carácter permanente debe ser indemnizada ocasione o no un daño económico actual, pues su reparación no comprende solamente el aspecto laborativo sino el valor del que la víctima se ve privada en el futuro, sobre todas las consecuencias que afecten su personalidad.

Dice Kemelmajer de Carlucci que en nuestros días tiende a prevalecer el criterio de que todo menoscabo o detrimento que se sufra en áreas como las relaciones sociales, deportivas, artísticas, sexuales, etc., debe también computarse como incapacidad materialmente indemnizable. Una fervorosa defensa de esta posición puede consultarse en Mosset Iturraspe, Responsabilidad por daños, II-B, n° 234, b, p. 208. CNCiv. Sala D, 5/6/79, ED, 87-643; CNCiv. y Com. Fed. Sala III, 11/11/81, LL, 1982-C-182, cit. por Kemelmajer de Carlucci A., en la obra colectiva de Belluscio-Zannoni, Cód. Civ. Comentado, Ed. Astrea, año 1990, p. 220).

La incapacidad física permanente sea para las actividades laborales o de otra índole, deber ser indemnizada aunque la víctima no haya dejado de ganar, pues la integridad física o corporal, tiene en sí misma un valor indemnizable. Se entiende por incapacidad cualquier disminución de las aptitudes físicas o psíquicas, que afecten la capacidad productiva o que se traduzca en un menoscabo de su plenitud, provocando la imposibilidad o dificultad en las actividades, ya sean productivas o no productivas que el lesionado solía realizar con la debida plenitud,

amplitud y libertad. En suma, por el bien afectado, estas incapacidades físicas pueden afectar la capacidad laboral o la vida de relación social, familiar, de esparcimiento o entretenimiento, etc., en todas sus gamas. En definitiva, lo que se resarce o indemniza –reponiendo las cosas al estado anterior (art. 1.083 del Cód. Civ.)- y en forma subsidiaria mediante una compensación dineraria, es precisamente ese daño a la integridad corporal, o ese ataque a la vida de relación social.

Es innegable que el daño a la vida de relación de un sujeto que puede haber sufrido, debe ser contemplado al momento de fijar el resarcimiento integral por el daño patrimonial, toda vez que la denominada “vida de relación familiar y social o de esparcimiento o de recreación y de disfrute”, debe ser merituada al momento de fijar la indemnización por incapacidad sobreviniente, y está destinada a poner de relieve una comprensión integral de la proyección existencial humana, pues refiere un conjunto de actos de desenvolvimiento productivo del sujeto, incluidos los cotidianos que generan bienestar o proporcionan servicios a sí mismo y a la familia, y actividades íntimas como lo son vivir en pareja, tener sexo libremente, procrear y cultivar el contacto con terceros, sin ser objeto de prevención o discriminación. El daño que las facetas extralaborativas del individuo sufran, constituye también un daño indemnizable. También es indemnizable la incapacidad de quien sólo se dedicaba a tareas del hogar, ya que las mismas han sido tenidas en cuenta por la sociedad, que otorga beneficios previsionales a las amas de casa, pudiendo computarse por analogía el monto de un salario mínimo. Es que el derecho civil a diferencia del derecho laboral que toma en cuenta la capacidad funcional o productiva, atiende la tutela de la integridad psicofísica de la víctima en cualquiera de sus manifestaciones, por consiguiente la reparación por la incapacidad sobreviniente comprende no sólo el aspecto laborativo sino también todas las consecuencias que afectan la personalidad íntegramente considerada (Trigo Represas- López Mesa, Tratado de la responsabilidad civil, Cuantificación del daño, Ed. La Ley, Bs. As., año 2.006, págs. 238/9). En este sentido, en las Jornadas sobre temas de responsabilidad civil en caso de muerte o lesión de personas (Rosario, 1979), se recomendó: “Para la fijación del resarcimiento debe tenerse en cuenta la persona humana en su integridad, con su multiforme actividad. Debe computarse y

repararse económicamente toda lesión sufrida, sea en sus facultades culturales, artísticas, deportivas, comunitarias, religiosas, sexuales”.

Con respecto a éste rubro critican este aspecto de la sentencia tanto la parte actora, a fs. 375, 377 al argumentar que es improcedente resarcir este rubro conjuntamente con el daño moral, por cuanto es un daño material que goza de autonomía y los demandados se quejan a fs. 386/387 planteando a modo de agravio que no hay constancia que acredite que el actor haya sufrido esta lesión.

Corresponde por una cuestión metodológica atender a los agravios de la demandada, con el objeto de comprobar si el daño se ha producido. En tal sentido, Leguizamon declaró a fs. 274 que la actora sufrió un accidente mientras era transportada, agregando que el colectivo hizo bajar a los pasajeros y la llevó a un hospital público. A fs. 384 al expresar sus agravios los accionados transcriben lo manifestado por la actora ante la perito, según pieza que corre agregada a fs. 177 vta. que: “producido el accidente, el chofer llevó a la pasajera al hospital público, esperó que la atendiera y luego la llevó hasta la casa de la tía”. De ello se infiere que los demandados reconocen expresamente que la actora sufrió una lesión en su físico, producido a través de la transcripción de lo que le manifestara la actora a la perito psicóloga. A fs. 204 dictamina el perito médico que como resultado del accidente sufrido, produjo en la actora un esguince, presentando un cuadro de cervicalgia con presencia de contractura muscular dolorosa persistente y reducción leve del rango de movilidad con un grado de incapacidad física del 6% (art. 163 inc. 5 del Cód. Proc.).

Según el art. 472 del Cód. Proc. el dictamen contendrá la explicación detallada de las operaciones técnicas realizadas y de los principios científicos en que los peritos funden su opinión. Constituye una práctica judicial, que todo dictamen debe contener, tres partes: a) Aspectos preparatorios, referidos a los exámenes y estudios previos practicados, obsérvese que a fs. 202 y 202 bis, se encuentran glosados un CD y un informe del estudio T.A.C. columna cervical, donde se describe que se le efectuó a la actora T.C. (ver asimismo fs. 203 vta. de la experticia que dice: muestra dolor en las rotaciones alternadas del cuello. Y en los estudios previos a la pericia se informa a fs. 202 bis la: “Rectificación de la Lordosis fisiológica”); b) Análisis de los puntos de pericia y exposición de fundamentos científicos que sirven

de base, o avalan sus conclusiones, conforme se acredita con la pieza que luce agregada a fs. 203/204 y 314; y c) Conclusión, que surge de fs. 314. Por su parte exige la norma del art. 474 del mismo ordenamiento que la fuerza probatoria del dictamen pericial será estimada por el juez teniendo en consideración la competencia de los peritos, los principios científicos en que se fundan, la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica y demás pruebas y elementos de convicción que la causa ofrezca, entre ellas la declaración testimonial de Leguizamón a fs. 274. En su consecuencia, de la lectura y estudio del dictamen pericial objeto de revisión, complementado y ampliado con las explicaciones brindadas por el experto médico, estimo –a mi juicio- que el mismo en su conjunto se ajusta a las prescripciones legales enunciadas precedentemente. Y que los cuestionamientos formulados en su contra en la oportunidad del traslado del mismo – en la instancia de origen- que son reeditados en esta instancia recursiva, son meras discrepancias subjetivas e imparciales propuestas por el crítico que en nada conmueven a éste Juzgador para apartarse de sus conclusiones; y menos aun cuando el quejoso no ha aportado en autos una contrapericia con validez suficiente para contrariar los postulados de la experticia oficial. Por lo tanto, le otorgo pleno valor y fuerza probatoria al dictamen pericial médico incorporado como pieza probatoria en este proceso.

En suma, doy por acreditada la relación de causalidad adecuada, existente entre el hecho del transporte riesgoso o peligroso y la consecuencia dañosa causada en la salud física de la actora, según el curso natural y ordinario de las cosas y la experiencia de la vida diaria (art. 901 y 906 del Código Civil). Asimismo, ha quedado demostrado judicialmente que la actora sufrió un daño físico a su salud, por cuanto el mismo reúne los siguientes caracteres jurídicos, a saber: a) Es personal, b) Es un daño presente, c) Es cierto, d) es actual y e) Afecta a un derecho subjetivo.

Ahora bien, atendiendo a los agravios expuestos por la actora a fs. 375/377, y con aplicación del criterio legal que en forma reiterativa viene aplicando este Tribunal de Alzada en casos similares al presente y dadas sus especiales características y circunstancias particulares que rodean al mismo, habida cuenta que el accidente se produjo el 18/11/2006, y que la pericia médica fue realizada a la

encartada en fecha 26/5/2011 (según cargo puesto al pie de la experticia que obra glosada a fs. 204), y habiendo transcurrido con exceso más de dos años -que se requieren desde el punto de vista médico legal para la consolidación del daño físico-, debe entenderse e interpretarse que el mismo reviste el carácter de parcial y permanente; toda vez que reúne los caracteres enunciados precedentemente y especialmente, que guarda actualidad a la fecha de este pronunciamiento judicial. (Fleire Gustavo Ernesto c/ La Nueva Metropól SATACI s/ Daños y Perjuicios, Causa n°2978/1, RSD: 133/13, Folio n° 907.; Regueiro Leandro c/ Navarro Gastón Ariel s/ Daños y Perjuicios n°1508/1, RSD 09/09, Folio n° 57, 26/2/2009, entre otros).

En su consecuencia, partiendo de la base de que la actora tenía a la fecha del accidente 41 años de edad, soltera, empleada doméstica, que percibía \$1000 por mes aproximadamente, su situación socioeconómica, que su grupo familiar se encuentra compuesto por sus tres hijos, (según surge de fs. 1/70 del beneficio de litigar sin gastos que corre agregado por cuerda al principal y que tengo ante mi vista), la edad promedio de vida útil de la mujer que actualmente alcanza los 74 años de edad (de conformidad a la experiencia de la vida diaria y las máximas de experiencia del juzgador), el grado de incapacidad física parcial y permanente otorgado por el perito médico que alcanza el 6% vinculada causalmente con el accidente sufrido por la actora (arts. 472 y 474 del Cód. Proc.), estimo que corresponde cuantificar el rubro otorgado en concepto de incapacidad física sobreviniente, como daño a la salud, en la suma de pesos **VEINTICINCO MIL (\$25.000,00)**.

V.- El daño moral.

Apelan este rubro los demandados por elevado a fs. 389vta./390 y la actora por considerarlo reducido, según su escrito de fs. 377 vta./378.

Surge del art. 1.078 del C. Civ. con claridad suficiente que el bien perjudicado puede ser la persona humana y se requiere una traducción o estimación pecuniaria, directa o indirecta. De donde no habría daño a la persona por un mal a ella causado, si no fuera posible una cuantificación dineraria. El llamado daño moral no es, entonces, un daño extraeconómico o extraordinario; aunque puede

calificárselo, como extrapatrimonial porque recae sobre la persona y no sobre el patrimonio (Mosset Iturraspe, J. Responsabilidad por daños, t. V, El daño moral, Rubinzal Culzoni, Santa fe, 1999, p. 9 y ss. , Pizarro R. D., Daño moral, Hammurabi, Bs. As., 1996, p. 35 y ss. Zabala de González, M. Resarcimiento de daños, Hammurabi Bs. As., 1999, p. 178 y ss.). En cuanto al monto de la indemnización, en el estado actual del Derecho Argentino, la determinación de la cuantía de la indemnización por daño moral constituye un problema de solución aleatoria y subjetiva, librado al criterio del juzgador. Ello es así, evidentemente, por la falta de correspondencia entre un perjuicio espiritual y el patrón dinerario con que se resarce. Pero, además, debido a que falta todo criterio normativo regulador, que establezca algunas pautas comunes, con lo cual el tema queda abandonado a la intuición y discrecionalidad judicial.

Sin perjuicio de ello considero oportuno fijar pautas a efectos de contar con ciertos parámetros orientadores en la materia, a saber: edad de la víctima, sexo, sus circunstancias personales, aspectos que hacen a la vida de relación, condición socio-económica, posibilidades de reinserción en el mercado laboral, gravedad del daño, repercusión de las secuelas en la vida de relación, como también la índole del hecho generador del daño, las circunstancias vividas y protagonizadas en el momento del accidente, las angustias vividas durante la asistencia médica, y los demás sufrimientos y padecimientos, etc.. Como se observan todas estas pautas giran en torno a la víctima y no alrededor del victimario pues la tendencia generalizada de la jurisprudencia apunta a la teoría resarcitoria que le da fundamento jurídico.

Atento a las pautas vertidas, las circunstancias personales de la víctima, 41 años al momento del hecho, su sexo femenino, su posición socio-económica, soltera, con tres hijos, realizando un análisis de los elementos de prueba producidos en autos, más precisamente de la pericia médica, la prueba testimonial, etc., estimo que corresponde reducir la cuantificación económica de la indemnización del daño moral a la suma total de **pesos TRECE MIL QUINIENTOS (\$13.500,00).**

VI.- El daño psicológico.

Se agravia de éste ítem los adversarios de la actora, según da cuenta el escrito que corre agregado a fs. 387 vta/389, sin que la actora apelara éste rubro.

En la pericia psicológica obrante a fs. 173/179 y fs. 185/6 la perito psicóloga dictaminó que el evento de autos contribuyó en el estado actual psicológico, cuyo psicodiagnóstico arroja la existencia de psicopatología compatible con daño psíquico, correspondiente al desarrollo de un trastorno por estrés postraumático de grado moderado, atribuyendo al evento de autos un 10% de incapacidad parcial y permanente.

En efecto, según el art. 472 del Cód. Proc. el dictamen contendrá la explicación detallada de las operaciones técnicas realizadas y de los principios científicos en que los peritos funden su opinión. Constituye una práctica judicial, que todo dictamen debe contener, tres partes: a) Aspectos preparatorios, referidos a los exámenes y estudios practicados; b) Análisis de los puntos de pericia y exposición de /fundamentos científicos que sirven de base, o avalan sus conclusiones, y c) Conclusión. Por su parte exige la norma del art. 474 del mismo ordenamiento que la fuerza probatoria del dictamen pericial será estimada por el juez teniendo en consideración la competencia de los peritos, los principios científicos en que se fundan, la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica y demás pruebas y elementos de convicción que la causa ofrezca. En su consecuencia, de la atenta lectura del dictamen pericial objeto de estudio, complementado y ampliado con las explicaciones brindadas por la licenciada, estimo que el mismo en su conjunto se ajusta a las prescripciones legales enunciadas precedentemente. Haciendo constar que los cuestionamientos formulados en su contra son meras discrepancias subjetivas propuestas por el crítico que en nada conmueven a éste Juzgador para apartarse de sus conclusiones; y menos aun cuando el quejoso no ha aportado en autos una contrapericia con validez suficiente para contrariar los postulados de la experticia oficial. Por lo tanto, le otorgo pleno valor y fuerza probatoria al dictamen pericial psicológico incorporado como pieza probatoria en estas actuaciones.

Que el daño psicológico para que sea resarcible debe contener los siguientes caracteres jurídicos constitutivos del mismo, a saber: a) Debe perturbar el

equilibrio de la personalidad; b) Tiene un origen patológico; c) Es irreversible o irrecuperable; d) Afecta al individuo en la actividad laborativa de poder desempeñarse, como en su capacidad en su vida de relación o capacidad para disfrutar de la vida; e) Es resarcitorio; e) Requiere en principio que el evento desencadenante revista carácter traumático; f) Constituye un daño material. En suma, el daño psicológico o la incapacidad psicológica padecida por el actor fue causada con motivo del accidente de autos (art. 901 y 906 del Código Civil), toda vez que se produjo según el curso natural y ordinario de las cosas y conforme la experiencia de la vida diaria, de manera que reúne todos estos caracteres o elementos constitutivos del mismo.

En su consecuencia, teniendo en consideración las circunstancias personales de la víctima descriptas “ut supra”, su ocupación, su edad al momento del hecho, de estado civil soltera, su situación o estado económico actual, el daño psicológico que le ha producido en su salud, el grado de incapacidad psicológica fijado por la perito en el 10% al que se le aplica el principio de la capacidad restante alcanzando el grado del 9,4%, el perjuicio que le produjo en su vida de relación social, etc., estimo justo, razonable, prudente y equitativo confirmar el rubro otorgado en concepto de daño psicológico sufrido por la actora en la suma de **Pesos TREINTA Y CINCO MIL (\$35.000,00)** por dicho concepto (arts. 1.068, 1.083 del Cód. Civ. y art. 165 del Cód. Proc.).

VII.- Gastos de tratamiento psicoterapéuticos.

La licenciada en psicología (ver fs. 173/9 y 185/6), aconsejó que es razonable un tratamiento psicoterapéutico por un plazo de 1 año, con una frecuencia semanal, con un costo de tratamiento aproximado de \$70 la sesión y que dicho tratamiento es al solo efecto de tratar el daño producido por el hecho de ésta litis y que el pronóstico dependerá de la eficacia del tratamiento. De éste modo no se asegura si dicho daño será revertido.

De este modo concluyo que con aplicación de la siguiente ecuación matemática al multiplicar: \$70 (valor del honorario por cada sesión) por 48 sesiones, da como resultado la suma de pesos tres mil seiscientos (\$3.360), por lo que no cabe

más que concluir que el monto otorgado por el Sr. Juez de la Instancia de Origen debe ser reducido a la suma de pesos **TRES MIL TRESCIENTOS SESENTA (\$3.360,00)** (arts. 901 y 906, 1.068, 1.083 y 1.086, del Cód. Civ. y arts. 165, 472, 473, 474 del Cód. Proc.).

VIII.- Gastos de honorarios y tratamiento kinésico

Recorre éste rubro, la demandada con su escrito de fs. 386 vta. argumentando que ese concepto no le es imputable.

En efecto, entran en este ítem, todas las erogaciones a efectuar con la finalidad de mejorar y/o de recuperar el estado de salud del lesionado anterior a los daños corporales sufridos; comprenden los gastos, honorarios, y etc., de rehabilitación o curación y convalecencia, como honorarios médicos, tratamiento kinesico, estudios, fármacos, y etc., a que se refiere la norma del art. 1.086 del Cód. Civ. Quedan comprendidos también los gastos originados por la medidas de readaptación y reeducación que ofrece la medicina, es decir todas las erogaciones, - que constituye un daño cierto- relacionados con la finalidad de recuperar, paliar o sobrellevar el estado de salud del lesionado, víctima del accidente.

En el informe pericial de fs. 202/204 se sugiere al accionante la realización de un tratamiento kinesiológico, considerando a fs. 314 vta. que dichas erogaciones son acordes con el nivel inflamatorio sufrido.

Como se aprecia se encuentra probado que el perito médico aconsejo dicho tratamiento médico kinesiológico, clasificándolo al rubro como un daño emergente; por lo tanto y habida cuenta que se ordenó el resarcimiento del daño físico padecido por la actora, corresponde también hacer lugar a ésta parcela objeto de tratamiento en el presente voto, debiéndose en su consecuencia, confirmar el monto concedido por S.S. en la suma de pesos **OCHO MIL TRESCIENTOS VEINTE (\$8.320,00)**, importe liquidado en concepto de honorarios y gastos de tratamiento kinesico (arts. 1.068, 1.069, 1.083 y 1.086 del Cód. Civ. y 375, 384, 472 y 474 del Cód. Proc.).

IX.- Gastos de farmacia, asistencia médica y traslados

La circunstancia de que la asistencia médica del interesado este asegurada por una obra social o a través del Hospital Público, no es de por sí excluyente de la restitución de los gastos en que se deba incurrir para lograr una atención más conveniente. Además pese a la deficiencia probatoria, sin que la actora acompañara los soportes documentales probatorios para justificar esas pequeñas erogaciones razonablemente puede inferirse la existencia de gastos por atención médica, farmacéutica y de traslados, habida cuenta de la naturaleza de las lesiones y el tiempo que requirió su tratamiento, por lo que corresponde que el tribunal, en uso prudencial de la facultad conferida por el art. 165 del Cód. Proc. que reglamenta el arts. 1.069 y 1.086 del Cód. Civ., considere que la suma fijada por dichos conceptos por el Sr. Juez de primera Instancia en la suma de pesos **UN MIL QUINIENTOS (\$1.500,00)** resulta justa y equitativa, por ello corresponde confirmar esta parcela del fallo. (C.S., Lujan c/ Gobierno Nacional, 5/886; CS., Bertoldi c/ Prov. de Buenos Aires, 31/10/89, cits. por Ogando Daniel Enrique Compendio de Jurisprudencia Usual de la Corte Suprema, Ed. Vera Arévalo (1994, pág. 216).

X.- La Franquicia

La actora quejosa entiende que debe revocarse lo decidido por el Sr. Juez y hacer lugar al planteo de inoponibilidad y en su caso decretar la inconstitucionalidad de la franquicia del contrato de seguro. A su turno la citada en garantía replica, que la franquicia pactada en la póliza es oponible al tercero damnificado en los supuestos de seguros de responsabilidad civil.

Este Tribunal –en este aspecto de la cuestión- sigue la doctrina legal elaborada por la Corte Suprema de Justicia Nacional, cuyo precedente jurisprudencial sumariamente reza así: “Procede el recurso extraordinario federal y corresponde admitir que la franquicia prevista en el contrato de seguro celebrado entre la compañía de seguros y el asegurado es oponible al tercero damnificado y que la sentencia no puede ser ejecutado contra la aseguradora, sino en los límites de la contratación –conf. art. 16, segunda parte, ley 48 (Adla, 1852-1880, 364) (“Villarreal Daniel Alberto c. Fernández Andrés Alejandro”, fecha 4/3/2.0008, fallo Corte

331:379; Obarrio Maria Pia c. Microómnibus Norte, fallo del 4/3/2.008; “Cuello Patricia D. c. Lucena Pedro A. fallo: 330:3483 del 7/8/2.007; doctrina sentada en “Villarreal” del 29/8/2.006, Pub. La Ley 2.006-F,3).

Por todo ello propongo a mis colegas de Sala, se rechacen los agravios esgrimidos por la actora apelante al pretender la inoponibilidad de la franquicia y su declaración de inconstitucionalidad a través de su escrito de agravios, toda vez que dichos planteos ya fueron resueltos en otros casos similares al presente por la Corte Federal y el resultado obtenido fueron los fallos citados “ut supra”, entre otros.

XI.- Las costas de la incidencia del planteo de inconstitucionalidad.

Que en Primera Instancia la parte actora resultó perdedora con respecto al planteo de inconstitucionalidad e inoponibilidad de la franquicia.

Que le asiste razón al quejoso apelante en cuanto a que las costas producidas por ésta incidencia procesal, en la instancia de origen, corresponde imponérselas a la actora perdedora por aplicación del criterio objetivo de la derrota.

La misma suerte corre, al reeditar la actora sin éxito, en ésta Alzada el planteo de inconstitucionalidad e inoponibilidad de la franquicia, en cuanto a la imposición de costas a la misma, toda vez que se confirma esa parcela del fallo de Primera Instancia que da cuenta la sentencia a fs. 340/345 vta. (art. 68 del C.P.C.C.)

XII.- Las costas de Alzada.

Atento al modo de cómo se resuelve la presente contienda judicial y por aplicación del criterio objetivo de la derrota, estimo que las costas generadas en ésta Instancia Recursiva deben ser impuestas a los demandados y su aseguradora –en la medida de la cobertura contratada- (art. 68 del C.P.C.C.)

Por todas las consideraciones legales, jurisprudenciales y doctrinales expuestas, **VOTO PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA .**

Por análogos fundamentos, los Dres. Alonso y Posca también **VOTAN PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA.**

**A LA TERCERA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ
DOCTOR JOSÉ NICOLÁS TARABORRELLI dijo:**

Visto el Acuerdo que antecede, propongo a mis distinguidos colegas: **1º) SE RECHACE** el pedido de deserción del recurso articulado por la parte actora; **2º) SE MODIFIQUE** la sentencia apelada de la siguiente manera: **a) SE CUANTIFIQUE** el rubro otorgado en concepto de Incapacidad física sobreviniente en la suma de pesos **VEINTICINCO MIL (\$25.000,00)**; **b) SE REDUZCA** el monto otorgado en concepto de Daño Moral a la suma de pesos **TRECE MIL QUINIENTOS (\$13.500,00)**; **c) SE REDUZCA** el monto otorgado en concepto de gastos de tratamientos psicoterapéuticos a la suma de pesos **TRES MIL TRESCIENTOS SESENTA (\$3.360)**; **3º) SE CONFIRME** el resto de la sentencia apelada en cuanto ha sido materia de agravios; **4º) SE IMPONGAN** las costas de ambas instancias por la incidencia del planteo de inconstitucionalidad de la franquicia a la parte actora que resulta vencida (art. 68 del C.P.C.C.); **5º) SE IMPONGAN** las costas generadas en ésta Instancia recursiva a los demandados y su aseguradora –en la medida de la cobertura contratada-, ello atento al modo en cómo se resuelve la presente contienda judicial y por aplicación del criterio objetivo de la derrota (art. 68 del C.P.C.C); **6º) SE DIFIERA** la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes para su oportunidad, (art. 31. Decreto Ley 8904/77).-

ASI LO VOTO

Por análogos motivos los Dres. Alonso y Posca adhieren y votan en igual sentido.

Con lo que terminó el Acuerdo que antecede, dictándose la siguiente:

SENTENCIA

AUTOS Y VISTOS: CONSIDERANDO: el resultado obtenido en la votación que instruye el Acuerdo que antecede, este Tribunal **RESUELVE:** **1º) RECHAZAR** el pedido de deserción del recurso articulado por la parte actora; **2º) MODIFICAR** la sentencia apelada de la siguiente manera: **a) CUANTIFICAR** el

rubro otorgado en concepto de Incapacidad física sobreviniente en la suma de pesos **VEINTICINCO MIL (\$25.000,00)**; **b) REDUCIR** el monto otorgado en concepto de Daño Moral a la suma de pesos **TRECE MIL QUINIENTOS (\$13.500,00)**; **c) REDUCIR** el monto otorgado en concepto de gastos de tratamientos psicoterapéuticos a la suma de pesos **TRES MIL TRESCIENTOS SESENTA (\$3.360)**; **3° CONFIRMAR** el resto de la sentencia apelada en cuanto ha sido materia de agravios; **4° IMPONER** las costas de ambas instancias por la incidencia del planteo de inconstitucionalidad de la franquicia a la parte actora que resulta vencida (art. 68 del C.P.C.C.); **5° IMPONER** las costas generadas en ésta Instancia recursiva a los demandados y su aseguradora –en la medida de la cobertura contratada-, ello atento al modo en cómo se resuelve la presente contienda judicial y por aplicación del criterio objetivo de la derrota (art. 68 del C.P.C.C.); **6° DIFERIR** la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes para su oportunidad, (art. 31. Decreto Ley 8904/77).-**REGISTRESE. NOTIFIQUESE. DEVUELVA SE.-**