Nro de Orden:

Libro: S-202

Juzgado de origen: Juzg Civ y Com N° 2 - Dpto Judicial Moreno - Gral Rodriguez

Expte: SI-117483

Juicio: CORDOBA STELLA MARIS C/ TRANSPORTES LA PERLITA S.A. Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJ.AUTOM. C/LES. O MUERTE (EXC.ESTADO)

En la ciudad de Mercedes, Provincia de Buenos Aires, a los 15 días del mes de Octubre de 2019, se reúnen en Acuerdo Ordinario los señores Jueces de la Sala I de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial Mercedes de la Pcia. de Buenos Aires, Dres. EMILIO ARMANDO IBARLUCIA Y ROBERTO ANGEL BAGATTIN, con la presencia de la Secretaria actuante, para dictar sentencia en el Expte. N° SI-117483 , en los autos: “CORDOBA STELLA MARIS C/ TRANSPORTES LA PERLITA S.A. Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJ.AUTOM. C/LES. O MUERTE (EXC.ESTADO)”.-

La Cámara resolvió votar las siguientes cuestiones esenciales de acuerdo con los arts. 168 de la Constitución Provincial y 266 del C.P.C.-

1ª.) ¿Es justa la sentencia apelada?

2ª.) ¿Que pronunciamiento corresponde dictar?

Practicado el sorteo de ley dio el siguiente resultado para la votación: Dres. Emilio A. Ibarlucía y Roberto A. Bagattin.-

VOTACION

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA, el señor juez Dr. Emilio A. Ibarlucía dijo:

I.- La sentencia de fs. 372/86 es apelada por el representante de la demandada y de la citada en garantía, quien expresa agravios en forma electrónica en sendos escritos, los que son contestados por la actora a fs. 395/98.

II.- 1.- La Sra. Stella Maris Córdoba promovió demanda contra Transportes La Perlita S.A. por indemnización de los daños y perjuicios sufridos con motivo del accidente que denunció ocurrido el día 14/11/15 a eso de las 15.30 en la localidad de Moreno. Pidió la citación en garantía de Metropól Sociedad Anónima de Seguros Mutuos.

Dijo que viajaba en un colectivo de la empresa demandada cuando, al llegar a la esquina de las calles Pirovano y Miguel Angel, un pasajero avisó al conductor para bajar por la puerta trasera; una vez que lo hizo, el chofer cerró la puerta y arrancó, momento en que la actora dio “avisó casi a los gritos”, el colectivo detuvo su marcha antes de llegar a la parada siguiente, abrió la puerta, “y al intentar bajar – relató – me encuentro a mi paso con una montaña de tierra, dado que se estaban realizando obras para el ferrocarril Sarmiento en la zona”. Continuó diciendo: “Ante la intención del chofer de retomar la marcha debí dar un salto para bajar, apoyando mi pie izquierdo, cayendo al suelo y quedando parte de mi cuerpo bajo las ruedas del colectivo”.

Expresó que los pasajeros dieron aviso al conductor a los gritos, y que luego llegó un patrullero y fue trasladada en ambulancia al hospital de Moreno, donde se le comprobó una fractura en su tobillo izquierdo. Fue derivada a la Clínica Mariano Moreno y posteriormente al Hospital Interzonal Prof. Luis Güemes donde le colocaron un yeso, que mantuvo durante dos meses. Luego de su extracción, se sometió a sesiones de kinesiología.

Fundó la responsabilidad en el contrato de transporte y pidió reparación por daño psicofísico, tratamiento psicológico, lucro cesante y daño moral.

2.- Contestó la demanda Transportes La Perlita S.A. pidiendo su rechazo. Negó pormenorizadamente todos los hechos relatados e impugnó los rubros indemnizatorios reclamados. Dijo que a la fecha del hecho denunciado, la póliza tenía una limitación de responsabilidad civil con descubierto obligatorio a cargo del asegurado de \$ 40.000, lo que solicitó que se tuviera en cuenta.

3.- Metropol Sociedad de Seguros Mutuos contestó adhiriendo a los términos de la accionada.

4.- Producida la prueba, se dictó sentencia rechazándose la demanda, con costas. Para así decidir el juez, luego de señalar que era aplicable al caso el Código Civil y Comercial (ley 26.994), dijo que en la audiencia de vista de causa (videograbada) quedó establecido que el 14/11/15 en ocasión de ser transportada la actora en una unidad de la empresa accionada, al intentar descender en la esquina donde tiene mayor proximidad la parada en la intersección de las calles Pirovano y Miguel Angel, el conductor se detuvo a mitad de caudra sobre la calle López Buchardo en un lugar donde no existía parada para ascenso y descenso de pasajeros. Expresó que, en ocasión del descenso de la actora medió una cierta simultaneidad entre esa maniobra y la reanudación de la marcha del colectivo, lo que, sumado a las condiciones en que se vio forzada a descender

la accionante, derivaron en que perdiera el equilibrio cayendo a la calzada hacia atrás del microómnibus, sufriendo lesiones.

Sostuvo que por imperio del art. 1286 del C.C.C. era aplicable el art. 1757 y ss. que contempla la responsabilidad objetiva por el riesgo o vicio de la cosa o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, y que los transportistas contraían con los pasajeros una obligación de seguridad, que es de resultado. Sobre esa base entendió que existía una presunción de responsabilidad del transportista y la consiguiente carga de la prueba de las excusas absolutorias por parte de la misma (fuerza mayor, culpa de la víctima o de un tercero), prueba que la accionada no produjo.

Añadió que el art. 54 de la Ley Nacional de Tránsito 24.449 (aplicable en la provincia por ley 13.927) prescribía que el ascenso y descenso de pasajeros debía hacerse en las paradas establecidas, y que, cuando no las hubiera, tenía que hacerse sobre el costado derecho de la calzada, antes de la encrucijada.

Por tales razones encontró responsable a la accionada por el accidente motivo de autos.

Fijó indemnización por incapacidad (art. 1746 C.C.C.) en la suma de \$ 87.680,40; por afectaciones espirituales (art. 1741 C.C.C.) \$ 105.311,92; por daño psíquico y tratamiento \$ 33.800, y por gastos de curación, asistencia médica y farmacéutica \$ 15.000, todos ellos a valores a la fecha de la sentencia, con más intereses a distintas tasas según los períodos hasta el efectivo pago.

III.- 1.- La demandada se agravia en primer lugar de la adjudicación de responsabilidad a su parte, alegando principalmente que, desconocida la ocurrencia del hecho en la contestación de la demanda, le correspondía al actor probarlo.

Sostiene que la responsabilidad objetiva que implica el contrato de transporte no exime a la parte actora de probar la existencia de ese contrato y el incumplimiento del deber de seguridad. Dice que de la causa penal surge que la actora declaró espontáneamente que había caído en la calle por los escombros, y que la prueba confesional de la actora no es más que una manifestación unilateral luego de contar con asistencia letrada. Expresa que ninguno de los testigos declarantes en la audiencia fue presencial del hecho. Argumenta que la responsabilidad objetiva no exime a la presunta víctima de acreditar la existencia del hecho y la relación causal con el daño. Afirma que la actora no acompañó el boleto ni la SUBE para demostrar que viajaba en el colectivo.

En segundo término se agravia de los montos indemnizatorios por estimarlos excesivos.

2.- La citada en garantía reitera los mismos agravios y se queja también de que la sentencia haya omitido hacer referencia a la franquicia de la responsabilidad civil pactada en la póliza como alegara en la contestación de la demanda. Asimismo, se agravia de que la sentencia no establezca que la condena en costas no puede superar el 25 por ciento del capital, conforme a la póliza y al art. 730 del C.C.C.

3.- La actora contesta los agravios defendiendo la sentencia en todos sus términos.

IV.- 1.- Responsabilidad.

Como dice la sentencia es de aplicación en autos el Código Civil y Comercial (ley 26.994). En consecuencia, rige el art. 1286 que regula responsabilidad del transportista por daños a las personas transportadas y remite al art. 1757 y siguientes. Es decir, a la responsabilidad derivada por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas o por actividades riesgosas o peligrosas por su naturaleza, caso en el cual la responsabilidad es objetiva. En consecuencia, el responsable se libera sólo demostrando la causa ajena, excepto disposición legal en contrario (art. 1722). A su vez, el art. 1289 contempla, entre las obligaciones del transportista, “garantizar su seguridad” (inc. c) (Lorenzetti, Ricardo L., Código Civil y Comercial Comentado, T. VII, Rubinzal-Culzoni, Bs. As., p. 30, con cita de los siguientes precedentes de la C.S.J.N.: Fallos: 331:819; 333:203).

Con las disposiciones indicadas, el nuevo código ha plasmado lo que era jurisprudencia pacífica en torno al antiguo art. 184 del Cód. de Comercio: la obligación de seguridad propia del contrato de transporte, que implica una obligación de resultado: llevar al pasajero sano y salvo al lugar de destino (esta Sala, causa n° 116.070 del 14/02/17, entre otras). La norma indicada tenía previstas eximentes de responsabilidad similares a los del art. 1113 2do. párr. del C.Civil (fuerza mayor, culpa de la víctima o de un tercero por el cual la empresa no debía responder); de ahí entonces la responsabilidad objetiva. Al unificarse la responsabilidad contractual con la extracontractual en el nuevo código, el resultado no podía ser otro que la remisión de las normas sobre el contrato de transporte a las referidas a la responsabilidad por la intervención de cosas o de actividades riesgosas.

Ahora bien, asiste razón a los apelantes en cuanto a que la responsabilidad objetiva en estos casos no exime a quien la invoca de acreditar el contrato de transporte y la relación de causalidad con el daño alegado. Así lo prevé expresamente el art. 1736 del C.C., y fue siempre, además, jurisprudencia

pacífica de los tribunales (S.C.B.A. C. 105.708 del 17/08/11; Ac. 88.384 del 9/11/05; Ac. 37.535, Ac. 41.868, entre varias; esta Sala, causas n° 108.654 del 14/09/04, 108.830 del 04/11/04, 108.654 del 14/09/04, 111.002 del 10/07/07, 115.572 del 03/10/07, 116.961 del 20/03/18, entre otras). Rige al respecto sin cortapisas el art. 375 del C.P.C.

Por consiguiente, la actora debía probar: a) que era pasajera del colectivo de la empresa Transportes La Perlita en el lugar, día y momento denunciado en la demanda; b) que el incumplimiento de la obligación de seguridad fue la causa de que se accidentara y sufriera un daño.

La demandada negó, al contestar la demanda, la ocurrencia del hecho, tesitura que mantiene en la expresión de agravios, argumentando, como ha sido referenciado, que la actora no acompañó el boleto ni la tarjeta SUBE y que ninguno de los testigos declarantes dijo haber visto que la misma se cayera del colectivo, como que la absolución de posiciones de la actora no puede tomarse como prueba del acontecimiento.

Comienzo por esto último. Asiste razón a las apelantes. En primer lugar no hubo absolución de posiciones. De ningún lado surge que la accionada hubiera presentado el pliego respectivo como exige el art. 408 del C.P.C. En efecto, no se acompañó el pliego en ninguna de las dos contestaciones de demanda ni media hora antes de la audiencia, ya que no hay constancia de ello ni surge del CD de videograbación. El magistrado requirió directamente a la actora que relatara cómo había sido el hecho, aparentemente haciendo uso de la facultad acordada por el art. 413 última parte del C.P.C., sin oposición de las partes que estaban presentes (en el caso de la demandada por intermedio de su apoderada).

Cabe recordar que la prueba de absolución de posiciones procura hacer confesar a la contraria hechos que no dijo o negó en los escritos de traba de la litis (de ahí que se también se la denomina “prueba de confesión”). Por ello las contestaciones a las posiciones deben ser afirmativas o negativas (art. 411 C.P.C.), y sólo luego de haber contestado por sí o por no (“sí, es cierto”, o “no es cierto”), puede el absolvente agregar o aclarar algo. Los hechos que se confiesan deben ser desfavorables al confesante y favorables a la otra parte (S.C.B.A., Ac. 86.304, sent. del 27/10/04; Arazi, Roland, “La prueba en el proceso civil”, Coop. de Der. y Ciencias Sociales, Bs. As., 1976, p. 54; Morello y otros, Códigos Procesales Comentados, T. V-B, p. 8; Rodríguez Saiach, Luis, “Derecho Procesal Teórico Práctico de la Provincia de Buenos Aires”, T. I, Lexis Nexis, 2006, p. 529; Kielmanovich, Jorge, “Teoría de la prueba y de medios probatorios”, Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 2001, p. 490; Quadri, Gabriel, “La prueba en el proceso civil y comercial de la Provincia de Buenos Aires”, Lexis Nexis, 2007).

Por ende la prueba confesional no puede ser citada como prueba a favor del absolvente (conf. esta Sala, causa n° 117.364, “Alendres c. Garay s. Daños”, del 24/06/19).

Cierto es que el art. 413 del C.P.C. permite que las partes se hagan las preguntas recíprocas y observaciones que juzgaren convenientes con autorización o por intermedio del juez. A su vez, la misma norma permite al juez interrogarlas de oficio “sobre las circunstancias que fueren conducentes a la averiguación de la verdad”. Sobre la razón de ser de este artículo se ha dicho que las posiciones no satisfacen plenamente el propósito de esclarecimiento de los hechos puesto que dentro de su rigidez no cabe el conocimiento de matices (Fassi, Santiago C., “Código Procesal Civil y Comercial Comentado”, T. II, Astrea, Bs. As., 1978, p. 264). Arazi en la obra citada expresa que cuando el ponente no conoce con exactitud el hecho, pero sí el absolvente, no podrá formularle la posición en forma afirmativa, pero podrá interrogarlo libremente. Agrega – quizás, en contradicción con lo citado en el párrafo anterior – que el valor probatorio de estas preguntas y sus respuestas, tanto en lo que resulte favorable al interrogado como desfavorable, queda reservado a la libre apreciación judicial (ob. cit. ps. 63/64).

El reciente proyecto de Código Procesal Civil y Comercial elevado por el Poder Ejecutivo a la Legislatura elimina los términos “prueba de confesión” o “absolución de posiciones” y lo sustituye por la “declaración de parte” (art. 403 y ss.), pero es de advertir – huelga decirlo – que sigue siendo “de lege ferenda”. El código vigente aún mantiene la prueba confesional o de absolución de posiciones, y me atrevo a conjeturar que si el proyecto se aprueba de esa manera va a acarrear más de una confusión que los tribunales se verán obligados a enfrentar y dilucidar.

En efecto, la razón de ser de que las partes sólo puedan “absolver posiciones” y no “declarar” es que no pueden en la audiencia respectiva mejorar los términos en que quedó trabada la litis. Es decir, si el actor dio una versión de los hechos no puede cambiarla para mejorar su postura en el proceso. Lo mismo corre para el demandado; no puede pretender mejorar sus argumentos defensivos al contestar la demanda. Los términos de los escritos constitutivos del proceso (incluidos, las excepciones, contestación acerca de la documentación acompañada, reconvenición o hechos nuevos y sus respectivas respuestas si existieren) configuran la “traba de la litis” o “litis contestatio”. Etapa procesal que se cierra cuando los autos están en condiciones de abrirse a prueba o declararse la cuestión de puro derecho (arts. 358, 360 y 487 C.P.C.). La prueba debe versar acerca de lo que se afirmó o negó en esos escritos constitutivos del proceso. Y es así porque introducir nuevas versiones de los hechos para mejorar la posición

procesal en esa oportunidad afecta el derecho de defensa de la contraparte y la igualdad de las partes en el proceso (art. 18 C.N., art. 34 inc. 5.c del C.P.C.). Lógicamente también afecta al principio de congruencia que el juez está obligado a respetar (art. 163 inc. 6 del C.P.C.). Recordemos que el código sólo permite introducir hechos nuevos cuando ocurrieren o llegaren a conocimiento de las partes con posterioridad a la contestación de la demanda o reconvención, caso en el cual del escrito debe darse traslado a la contraparte - quien puede alegar otros hechos en contraposición -, el plazo de prueba se suspende y si los hechos nuevos se admiten la prueba a producir puede recaer sobre los mismos.

Debe tenerse en cuenta, además, que si bien cada parte puede exigir que la contraria absuelva posiciones bajo juramento o promesa de decir verdad (art. 402), mentir no hace incurrir al absolvente en el delito de falso testimonio. Ello surge de que lo contrario prevé el código respecto de los testigos (art. 438) y del art. 275 del C.Penal (que sólo contempla el falso testimonio para testigos, peritos o intérpretes). Es lógico, por ende, que cualquier declaración que haga en una audiencia va a ser sólo procurando su beneficio.

¿Cómo se compatibiliza, entonces, la razón de ser del instituto de la absolución de posiciones con lo dispuesto por el art. 413 últ. parte del C.P.C.? Entiendo, por los principios y reglas procesales apuntadas, que las declaraciones que efectúen las partes en la audiencia respectiva solamente pueden servir para aclarar algún aspecto oscuro de los hechos, pero no pueden alterar los términos de la litis, lo que implica que no pueden beneficiarlas. El juzgador, por consiguiente, debe ser muy prudente a la hora de apreciar y valorar esas declaraciones.

Sobre la base de lo expuesto, la declaración de la actora en la audiencia de posiciones nada acredita acerca de que era pasajera del colectivo de Transportes La Perlita. Ello debió acreditarse con la tarjeta SUBE y un peritaje técnico de la misma que no se ofreció, o, en su caso, mediante testigos que la hubieran vista viajar o bajar del mismo, cosa que ninguno de los que declaró en autos dijo (arts. 375, 384 y 456 C.P.C.).

No obstante, entiendo que existen varios indicios para dar por probado que la actora viajaba en el interno de la demandada. En primer lugar de la I.P.P. n° 09-02-018115-15/00 de la U.F.I. n° 3 de Moreno, que corre por cuerda, surge que personal policial se constituyó en la intersección de Pirovano y López Buchardo ante el aviso de que “habría una femenina tirada en vía pública”, y encontraron a Stella Maris Córdoba con lesiones en la pierna izquierda, quien les manifestó “al bajar del colectivo me resbalé y me caí al suelo, lastimándome la pierna izquierda”, y que dieron vista a un colectivo de la empresa “La Perlita”

interno 234, recorrido 27, identificando a su conductor, quien se negó a trasladarse a la seccional policial (fs. 1, 4, 5 y fotografías de fs. 6 y 7). En las de fs. 6 se visualiza un colectivo con la inscripción “Transportes La Perlita S.A.” y el nro. 234 al lado de una persona en el piso asistida por otras dos. También se ven a fs. 7 dos fotografías de frente y de costado del colectivo al costado una acera con desniveles de tierra similares a las que se ven en las indicadas de fs. 6. La frase que el acta policial atribuye a la persona en el piso parece espontánea. No puede razonablemente pensarse que en ese momento estuviera preconstituyendo una prueba para hacer un juicio posterior. Lo mismo puede decirse del certificado médico de fecha 14/11/15 con sello de la guardia del hospital de Moreno que obra a fs. 2, de donde surge que Stella Maris Córdoba presentaba traumatismo de “MII en Pirovano y Bouchardo al descenso del colectivo”.

No se me escapa que la causa penal no fue ofrecida como prueba por la demandada, pero es de recordar lo que esta Sala comparte lo sostenido por el Jorge M. Galdos en diversos trabajos (“El valor probatorio del expediente penal en sede civil (Primera parte)”, LA LEY 1992-D , 1037; “El valor probatorio del expediente penal en sede civil (Segunda parte)”, LA LEY 1992-E , 918; El valor probatorio del expediente penal en sede civil (Tercera parte)”, LA LEY 1993-B , 1019): “... participamos de un criterio amplio que compatibilice los valores y principios jurídicos de seguridad y contradicción al asignar eficacia probatoria al expediente judicial penal --variable y contingente según las circunstancias--, permitiendo el aprovechamiento útil y valioso de prueba ya producida, pero brindando simultáneamente la adecuada y razonable posibilidad de contradecir, en el juicio civil posterior, su resultado adverso. Se garantiza de ese modo una actividad procesal civil de ofrecimiento y producción de prueba tendiente a demostrar, o neutralizar, esos resultados ya adquiridos e incorporados al expediente penal y que allí fundaron un pronunciamiento jurisdiccional. La postura restringida que limita la eficacia de las constancias del proceso criminal a los supuestos de ofrecimiento recíproco y sin reservas de todos los litigantes, o a su ulterior reiteración o ratificación en sede civil, denota un notorio apego ritualista, axiológico y jurídico, a sólo uno de los aspectos involucrados --la bilateralidad de la controversia-- pudiendo llegar a desentenderse de la verdad jurídica objetiva y condicionando su virtualidad a la azarosa posición procesal de los litigantes.”

Entre otras conclusiones, el autor y magistrado citado expone que los casos en los que el expediente penal no fue ofrecido por ambas partes, cuando el litigante al que se le opone no controló en sede penal la producción de las pruebas o si las mismas no fueron reiteradas o ratificadas en el juicio civil, tienen el valor probatorio que resulta de la aplicación de los medios de

prueba civiles análogos a los penales, de conformidad a las reglas de la sana crítica; que su eficacia presuncional es variable según la entidad, razonabilidad y concordancia de las pruebas penales entre sí y de éstas con las producidas en sede civil, pudiendo alcanzar valor probatorio completo y pleno. Dice también que es admisible que cualquiera de las partes, junto al ofrecimiento probatorio, formule impugnaciones o reservas respecto del valor de algún medio en particular teniendo en sede civil amplias facultades para su acreditación.

En el caso, la I.P.P., agregada como prueba a los presentes autos, no fue impugnada por la parte demandada. Por consiguiente, las constancias arriba indicadas consisten en instrumentos públicos con la eficacia probatoria contemplada por el art. 296 del C.C.C.

Por otro lado el certificado médico indicado coincide con la copia del libro de guardia acompañada por el hospital de Moreno obrante en autos (fs. 186/88), que, aunque difiere en la hora coincide con la fecha, el nombre de la paciente y el lugar de la lesión (tobillo izquierdo), informe este último que no fue objetado por la demandada (art. 401 C.P.C.).

Los elementos de prueba señalados por su número, gravedad y concordancia, valorados de conformidad con las reglas de la sana crítica me permiten concluir que la actora viajaba en el colectivo - y por ende el contrato de transporte alegado en la demanda - y que se lesionó al bajar del mismo (arts. 163 inc. 5) últ. párr. del C.P.C.).

Con respecto a la otra cuestión cuya prueba estaba a cargo de la actora – incumplimiento de la obligación de seguridad en relación causal con el daño alegado -, el tema ya es más difícil dado que el acta policial da cuenta de que la Sra. Córdoba dijo: “al bajar del colectivo me resbalé y me caí al suelo, lastimándome la pierna izquierda”. Ciertamente ello por sí solo no implica incumplimiento de obligación de seguridad. Pero la actora dijo en la demanda que cuando el colectivo arribó a la parada descendió un pasajero, luego de lo cual el chofer cerró la puerta, motivo por el cual le dio aviso a los gritos y el colectivero, “antes de llegar a la parada siguiente”, abrió la puerta, y al bajar “me encuentro a mi paso con una montaña de tierra, dado que se estaban realizando obras para el ferrocarril Sarmiento en la zona”. Y agregó: “Ante la intención del chofer de retomar la marcha debí dar un salto para bajar, apoyando mi pie izquierdo, cayendo al suelo y quedando parte de mi cuerpo bajo las ruedas del colectivo” (fs. 42vta.).

El juez en la sentencia da por probado que la actora, al intentar bajar del microómnibus “en la esquina donde tiene la mayor proximidad la parada en la intersección de las calles Pirovano y Miguel Angel, el conductor de dicho ómnibus se detuvo a mitad de cuadra sobre López Buchardo en un lugar

donde no existe parada para ascenso y descenso de pasajeros”; que, en ocasión del descenso de la actora medió al menos una cierta simultaneidad entre dicha maniobra y la reanudación de la marcha del colectivo que sumado a las condiciones en que aquella se vio forzada a descender la accionante derivaron en que aquella perdiera el equilibrio cayendo a la calzada...” (fs. 375vta.). Insiste luego en que la actora debió descender en un lugar “no destinado a tales fines”, y al efecto citó el art. 51 de la Ley Nacional de Tránsito 24.449 que establece, como primera regla, que el ascenso y descenso de pasajeros debe hacerse en las paradas establecidas (fs. 377).

Esta aseveración y cita jurídica del juez no ha sido debidamente criticada por las apelantes con las exigencias del art. 260 del C.P.C. y por ende llegan firmes a esta instancia. Es que una vez probado el contrato de transporte entre la actora y la empresa demandada emergen todas las demás afirmaciones hechas por el juez en la sentencia. Nada dicen los apelantes acerca de que el colectivo no paró en la parada que correspondía, y esto es importante dado que si bien la ley de tránsito posibilita que se pare en otro lugar (“cuando no haya parada señalada”), es obvio que debe hacerse donde no corra riesgo el pasajero. En el caso, la actora dijo en la demanda que en el lugar donde paró había “una montaña de tierra” debido a las obras del Ferrocarril Sarmiento en la zona. Estas condiciones de la vereda se advierten en las fotografías de fs. 6 de la I.P.P. y las declaraciones testimoniales de Mónica Piñero y Angélica Loreda.

En definitiva, al hacer descender a la actora en un lugar que no era la parada preestablecida y que no era una superficie lisa, Transportes La Perlita violó la obligación de seguridad que toda empresa de transporte debe cumplir en relación a los pasajeros, y por ende es responsable del daño causado (arts. 1286, 1289, 1722, 1736, 1757 y cctes. del C.C.C.).

2.- Indemnización.

2.1.- Incapacidad sobreviniente y daño psicológico.

La sentencia trata el rubro indemnizatorio contemplado en el art. 1746 del C.C.C. y, tras conceptualizar el alcance de los arts. 1738, 1739 y 1740 del mismo código, resalta que el precepto indicado obliga a la utilización de fórmulas matemáticas para su cuantificación. Con cita de reconocidos autores, dice el juez que la exigencia constitucional de fundamentación de las sentencias requiere que se haga explícito el procedimiento que se emplee para arribar a un resultado numérico de modo transparente y controlable. En tal sentido expresa que su adhesión a la herramienta de cálculo diseñada por Hugo Acciarri disponible en <http://www.derechouns.com.ar>. Así, luego de detalladas las variables a tener en cuenta (edad de la actora, pericial médica y porcentaje de incapacidad, ingresos

probables, mensuración económica de las tareas del hogar y parientes convivientes), por aplicación de dicha fórmula – que explicita con dos cuadros -, arriba a una suma total por este concepto de \$ 219.320,32.

En cuanto al daño psicológico el magistrado sostiene que es autónomo en relación al daño moral, evalúa el informe pericial psicológico y el costo del tratamiento terapéutico, y fija la suma de \$ 33.800.

Nada de esto es rebatido por el apoderado de la demandada y de la citada en garantía en forma concreta y razonada. Se limita a decir que los montos son excesivos con relación a los porcentajes de incapacidad y constancias de la causa, y que el monto fijado en concepto de daño físico y psicológico no es razonable. A continuación transcribe un fragmento de una sentencia de la Sala II de la Cámara Civil y Comercial de Morón acerca de la necesidad de utilizar el método conocido como “calcul au point”, sin argumentación alguna acerca de por qué razón este sería más conveniente, acertado o justo que el utilizado por el juez.

Ha dicho esta Sala en distintas oportunidades que cuando se trata de un daño material los agravios deben atacar concretamente y con fundamentos las variables y razones esgrimidas por los jueces para su cuantificación (causa n° 117.558, sent. del 10/09/19, entre otras). Con mayor razón, entonces, así debe ser cuando el sentenciante ha brindado detalladas explicaciones sobre la forma en que ha arribado a las sumas indemnizatorias impuestas. Resalto, además, que el apelante no ha cuestionado la autonomía del daño psíquico sostenida por el juez.

Por consiguiente, el recurso en este aspecto debe considerarse desierto (arts. 260 y 261 C.P.C.).

2.2.- Daño moral.

Los agravios en esta materia son también muy pobres ya que el apelante se limita a hacer alegaciones teóricas sin referencia alguna al caso concreto de autos. No obstante, esta Sala siempre ha tenido un criterio amplio en relación a las exigencias del art. 260 del C.P.C., dado que el daño moral depende más que ningún otro de la discrecionalidad judicial.

Hasta tal punto es así que en la sentencia apelada el juez dice que toma como punto de referencia a la incapacidad parcial permanente y arriba a la suma exacta que arroja el 80 por ciento del monto arribado sólo la incapacidad teniendo en cuenta los ingresos fuera del hogar. No se entiende por qué elige ese porcentaje y no uno menor, o directamente una suma independiente del daño material, que es lo que esta Sala considera el criterio correcto, conforme

a reconocida doctrina (Mosset Iturraspe, Jorge, “Diez reglas sobre cuantificación del daño moral”, La Ley 1994-A, 728)

La actora sufrió fractura de tobillo y de peroné oblicua parte distal, debió someterse a fisiokinesioterapia durante 20 sesiones aproximadamente, probablemente debió recurrir a bastones o andadores y le quedó como secuela una rigidez del tobillo, que la perito médica ha estimado en un 11 por ciento (fs. 347), dictamen este que no fue oportunamente cuestionado por la demandada y la citada en garantía (arts. 473 y 474 C.P.C.), como tampoco es objeto de agravio su aceptación por parte del juez. Empero no consta ni fue denunciado que haya sido intervenida quirúrgicamente.

Teniendo en cuenta, además, que el daño psicológico ha sido reconocido y cuantificado por separado por el juez (lo que queda firme conforme a lo arriba propuesto), considero que el monto fijado (\$ 105.311,92) es excesivo, por lo que propongo su reducción a la suma de \$ 60.000 (art. 1741 C.C.C.).

2.3.- Gastos de curación, farmacia, asistencia médica y traslados.

Se queja el apelante, de la suma fijada por este concepto (\$ 15.000), por excesivo alegando que estos gastos no se encuentran ni someramente probados. Con cita de jurisprudencia sostiene que la compensación que en estos casos procede se trata de desembolsos realizados en momentos de urgencia y de escaso monto.

Con la demanda se acompañó documentación de gastos efectuados que fue reconocida mediante prueba informativa. Así: el recibo extendido por Ortopedia Alba (\$ 400) mediante informe de fs. 157/62; el recibo de kinesióloga (\$ 1.200) por informe de fs. 176/82; el recibo de alquiler de muletas (\$ 200) por informe de fs. 229/300; los recibos de honorarios médicos (\$ 380) por informe de fs. 232/47. Ellos suman \$ 2.180, pero datan de los años 2015 y 2016.

Teniendo en cuenta que no se ofreció como punto de pericia que la perito médica estimara los gastos médicos y farmacéuticos incurridos, pero también que la sentencia fija valores actualizados, que la dolencia es de carácter permanente y que son presumibles gastos no documentados (incluidos los de traslado), entiendo justo fijar el monto indemnizatorio por este concepto en la suma de \$ 10.000 (art. 1738 C.C.C., art. 165 C.P.C.).

3.- Franquicia a cargo de la asegurada.

Se agravia la citada en garantía de que la sentencia no trate la limitación de la condena a su parte en función de la franquicia de \$ 40.000

a cargo de la asegurada conforme a la póliza contratada y a lo dispuesto por la Resol. n° 25.429/97 de la Superintendencia de Seguros de la Nación, tal como pidiera al contestar la demanda.

Es exacto que a fs. 96/97 se efectuó dicho planteo. El Juzgado debió correr traslado a la actora, cosa que no hizo (fs. 106). No obstante, ha sido subsanada con el traslado de la expresión de agravios y la actora ha guardado silencio sobre el particular al contestar el mismo (fs. 395/98).

La póliza de seguros obrante a fs. 87/91 (no desconocida por la actora) en su cláusula 4ta. dice expresamente que el asegurado participará en cada acontecimiento cubierto que se tramite por vía administrativa o judicial con un importe obligatorio a su cargo de \$ 40.000, descubierto que debe computarse sobre el capital de transacción o de sentencia, participando el asegurado a prorrata en los intereses y las costas.

El tema ha sido abordado en reiteradas oportunidades por la Corte Suprema Nacional, sentando doctrina acerca de la validez de la franquicia de \$ 40.000 prevista en las pólizas de seguridad, de conformidad con lo autorizado por la Resol. n° 25.429/97 de la Superintendencia de Seguros de la Nación. Primeramente en los fallos “Nieto” del 8/08/06 (Fallos: Fallos: 329:305), “Villarreal” del 29/08/06 (Fallos: 329:3488), “Weingarten” y “Rodríguez” del 31/10/06. Luego en el fallo “Cuello” del 7/08/07 (Fallos: 330:3483), donde descalificó por arbitrariedad el plenario “Obarrio” y “Gauna” del 3/12/06 (La Ley 2007-A, 168), criterio que reiteró en los fallos “Obarrio” y “Gauna” del 4/03/08. En este último volvió expresamente a descalificar el plenario de la C.N.Civ., y en varios más, frente a la insistencia de algunas Salas de la C.N.Civ. en aplicar el mismo, volvió a reiterar su doctrina (entre otras, “Buffoni c. Castro” del 8/04/14, Fallos: 337:329).

La S.C.B.A. se pronunció también expresamente a favor de la oponibilidad de la franquicia al tercero víctima del accidente de tránsito en varios pronunciamientos (Ac. 65.395 del 24/03/98; Ac. 83.726 del 5/05/04; C. 94. 988 del 23/04/08; C. 102.992 del 17/08/11). Asimismo, en C. 106.051 del 14/09/15 reiteró la doctrina de casación en cuanto a que son oponibles al damnificado todas las cláusulas que restringen o eliminan la garantía de indemnidad (C. 100.299 del 11/03/09; C. 98.401 del 22/06/11; C. 102.992 del 17/08/11).

Sínteticamente los argumentos son los siguientes: el art. 118, 3er. párr. de la ley 17.418, establece que la sentencia hace cosa juzgada respecto del asegurador “en la medida del seguro”; la obligatoriedad del seguro de responsabilidad civil de todo automotor que establece el art. 68 de la ley 24.449

no altera los términos de la póliza de que se trate, ya que el mismo precepto expresa “de acuerdo a las condiciones que fije la autoridad en materia aseguradora”, y el seguro con franquicia es una modalidad autorizada (“Halperín, Isaac, “Seguros”, Depalma, Bs. As., 2da. ed., 1983, T. II, ps. 558 y 797).

Esta Sala siguió tal doctrina en las causas n° 109.068 del 8/02/05; 110.708 del 30/08/07; 115.450 del 15/08/15 y 115.892 del 6/10/16.

La doctrina de la oponibilidad de los límites del contrato de seguro a la víctima del accidente de tránsito (considerado tercero respecto de ese vínculo jurídico) ha sido reiterada por la Corte Suprema Nacional en los fallos dictados en “Flores, Lorena c. Giménez, Marcelino” del 6/06/17 (Fallos: 340:765) y “Aimar, María Cristina c. Molina, José Alfredo” del 24/04/18 (expte. CIV 3171/2012/2/RH1) (en este caso con simple remisión a “Flores c. Gimenez”).

Ahora bien, no se me escapa que por Resolución N° 39.927 del 14/07/16 de la Superintendencia de Seguros de la Nación, por medio de la cláusula 2 del Anexo II se estableció que en todo reclamo de terceros la aseguradora debe afrontar íntegramente el pago correspondiendo al asegurado reintegrar el importe del seguro obligatorio a su cargo dentro del término de diez días de efectuado el pago.

Se ha sostenido que esta modificación tiene efectos retroactivos (o sea, para accidentes ocurridos con anterioridad a la fecha de publicación de la resolución) en virtud del art. 7 del C.C.C. Ello así – se sostiene – porque la irretroactividad de las normas a contratos en curso de ejecución no se aplica a las relaciones de consumo, siempre partiendo de la base, claro está, de que entre la víctima del accidente de tránsito y la aseguradora existe una relación de ese tipo de acuerdo al art. 1092 del C.C.C. (comentario de Waldo A. Sobrino a la Resol. N° 39.927/16 en www.saij.gob.ar).

Pasa por alto este autor que el art. 1092 del C.C.C. es coincidente con la redacción que la misma ley que aprobó el nuevo código (ley 26.994) dio al art. 1 de la Ley de Defensa del Consumidor. De esta manera el legislador dejó sin efecto la última parte del segundo párrafo de este artículo que había sido introducido por la ley 26.361 y que decía que se consideraba consumidor o usuario “... a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo”.

Con esta reforma el legislador tuvo la expresa intención de dejar de lado la doctrina del bystander que incorporara la ley 26.361. En los Fundamentos del Anteproyecto del nuevo código se dijo que, respecto de la definición de la relación y del contrato de consumo, la solución más sencilla era

remitir a la ley especial, pero ocurría que la ley 24.240, luego de las modificaciones introducidas por esa ley, había sido ampliamente criticada por la doctrina. Por tal razón las nuevas definiciones al respecto “receptan las existentes en la legislación especial, depurando su redacción y terminología conforme a observaciones efectuadas por la doctrina. En especial cabe mencionar la figura del ‘consumidor expuesto’, incluido en la ley especial dentro de la definición general de consumidor”. Se explicó que ello había sido una traslación inadecuada del Código de Defensa del Consumidor de Brasil, que contemplaba esta noción en relación a las prácticas comerciales pero no como noción general. La fuente – continuó – lo limitaba a quien se hallaba expuesto a prácticas abusivas, lo que era razonable. En cambio, la ley 26.361 carecía de restricciones por lo que su texto, interpretado literalmente, “ha logrado una protección carente de sustancialidad y de límites por su amplitud”, y se agregó que la frase incorporada por la ley 26.361 había dado lugar a que alguna opinión y algún fallo consideraran consumidor a la víctima del accidente de tránsito en relación al contrato de seguro. Obviamente, los autores del código se referían a los fallos de la Cámara Nacional en lo Civil que culminaran con el plenario “Obarrio”, que la Corte descalificara en el fallo “Cuello”. Esta razón de ser de la modificación es explicada en el comentario al C.C.C. dirigida por uno de los autores principales del Anteproyecto (ver: Lorenzetti, Ricardo L., Código Civil y Comercial Comentado, Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 2015, T. VI, p. 233 – com. al art. 1092 - y T. XI, p. 824 – com. a modif. a art. 1 de ley 24.240).

La exclusión de la víctima del accidente de tránsito de la relación de consumo del contrato de seguro ha sido ratificada por la Corte Suprema en los fallos “Flores c. Giménez” y “Aimar c. Molina” arriba citados. Por consiguiente, no hay razones para aplicar en forma retroactiva la Resol. N° 39.927/16 de la S.S.N., ya que el accidente que motiva la presente litis ocurrió el 14/11/15.

Por lo tanto, de conformidad con la facultad acordada por el art. 273 del C.P.C.C., corresponde aclarar la sentencia apelada dejando establecido que la citada en garantía responderá la condena impuesta conforme a la franquicia prevista en la cláusula 4 de póliza obrante a fs. 88/91.

V.- Costas.

Siendo que la demandada y la citada en garantía resultan sustancialmente vencidas, corresponde que soporten las costas en ambas instancias (art. 68 C.P.C.).

El agravio de la citada en garantía consistente en que la sentencia no aclara que de acuerdo a los términos de la póliza no podrán las costas superar al 25 % del capital de condena y que eventualmente se aplique el

art. 730 del C.C.C., no puede ser atendido. En primer lugar porque el límite que surge de la cláusula 8va. es el 30 % y no la denunciada por la apelante. Y en segundo lugar porque es en el momento de la regulación de honorarios que el juez debe tener en cuenta lo prescrito por el art. 730 del código de fondo.

Con las modificaciones propuestas, **VOTO POR LA AFIRMATIVA.**

El señor juez Dr. Roberto A. Bagattin, por iguales fundamentos y consideraciones a los expuestos por el señor juez preopinante, emite su voto en el mismo sentido.

A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA, el señor juez Dr. Emilio A. Ibarlucía dijo:

De acuerdo a la forma en que ha quedado votada la cuestión anterior, el pronunciamiento que corresponde dictar es:

1°.- Confirmar la sentencia apelada, con la salvedad de que se modifican los montos indemnizatorios fijados por daño moral y por gastos médicos, farmacéuticos y de traslado, fijándolos en \$ 60.000 y \$ 10.000 respectivamente.

2°.- Aclarar la sentencia en el sentido de que la citada en garantía es condenada a pagar la suma indemnizatoria en los términos establecidos en el considerando IV), 3) de la primera cuestión.

3°.- Imponer las costas a la demandada y a la citada en garantía en ambas instancias.

ASI LO VOTO.-

El señor juez Dr. Roberto A. Bagattin, por iguales fundamentos y consideraciones a los expuestos por el señor juez preopinante, emite su voto en el mismo sentido.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dictándose la siguiente:

S E N T E N C I A

Y VISTOS:

CONSIDERANDO:

Que en el Acuerdo que precede y en virtud de las citas legales, jurisprudenciales y doctrinales, ha quedado resuelto que la sentencia apelada debe ser modificada.-

POR ELLO y demás fundamentos consignados en el acuerdo que precede, **SE RESUELVE:**

1°.- CONFIRMAR la sentencia apelada, con la salvedad de que se modifican los montos indemnizatorios fijados por daño moral y por gastos médicos, farmacéuticos y de traslado, fijándolos en \$ 60.000 y \$ 10.000 respectivamente.

2°.- ACLARAR la sentencia en el sentido de que la citada en garantía es condenada a pagar la suma indemnizatoria en los términos establecidos en el considerando IV), 3) de la primera cuestión.

3°.- IMPONER las costas a la demandada y a la citada en garantía en ambas instancias. **NOT. Y DEV.-**

Firmado: Dr. Emilio A. Ibarlucía – Dr. Roberto A. Bagattin

Ante mí, Gabriela A. Rossello - Secretaria