

**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**

**PODER JUDICIAL**

A-1

**RICAGNO ALDA FRANCISCO C/ LA VECINAL DE MATANZA S.A. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS.**

**CAUSA N°: 2340/1**

**JUZG. N° 5**

**R.S.D. N°: 29 /12.-**

**FOLIO N°: 148**

En la ciudad de San Justo, Provincia de Buenos Aires, a los 3 días del mes de abril de dos mil doce, reunidos en Acuerdo Ordinario, los Señores Jueces de la Excelentísima Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Primera, del Departamento Judicial La Matanza, Doctores José Nicolás Taraborrelli, Ramón Domingo Posca y Eduardo Angel R. Alonso, para dictar pronunciamiento en los autos caratulados: "**RICAGNO ALDO FRANCISCO C/ LA VECINAL DE MATANZA S/ DAÑOS Y PERJUICIOS**", causa n° 2340/1, habiéndose practicado el sorteo pertinente -art.168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires-, resultó que debía ser observado el siguiente orden de votación: **TARABORRELLI- ALONSO- POSCA-**; resolviéndose plantear y votar la siguiente:

### **C U E S T I O N**

1°) ¿Resulta ajustada a derecho la resolución apelada?

### **VOTACION**

**A LA CUESTION PLANTEADA EL DOCTOR JOSE NICOLAS**

**TARABORRELLI, dijo:**

#### **I.- Antecedentes del caso.-**

Se trata de un accidente protagonizado entre una empresa de transporte público de pasajeros y un usuario de ese servicio público privatizado, que viajaba con un grupo de familiares y que al descender del rodado sufrió lesiones.

A fs. 353/369 el Sr. Juez de Primera Instancia, luego de producida la prueba y certificada la misma, dictó sentencia desestimando la demanda promovida por el actor en contra de la demandada, haciendo extensivo el rechazo de la misma a la citada en garantía, con imposición de costas a la actora, regulando honorarios a los profesionales intervinientes.

#### **II.- Los recursos de apelación y sus fundamentos.-**

A fs. 372, el perito contador apela los honorarios fijados a su favor, concediéndoseles el recurso en relación a fs. 372 bis. A fs. 374, el representante legal de la actora interpone recurso de apelación en contra de la sentencia y a fs. 375 el letrado apoderado de la actora apela por altos las regulaciones de honorarios de los letrados y peritos intervinientes y en el otro si digo que consta al pie de dicho escrito el apoderado de la accionante apela por bajos los honorarios regulados a su favor. Por resolución que corre agregado a fs. 375 bis se conceden los respectivos recursos interpuestos libremente y en relación. A fs. 375 ter el letrado apoderado de la demandada y de la citada en garantía interpone recurso de apelación por considerarlos elevados los honorarios a los Dres. Reficco y Ennis; como asimismo a los peritos médicos y contador por considerarlos también elevados, concediéndosele dichos recursos mediante resolución

glosada a fs. 373. A fs. 377 el abogado apoderado de la demandada y de la citada en garantía fundamenta los recursos deducidos en contra de la regulación de honorarios a favor de los letrados y los peritos intervinientes, planteando su reducción a tenor de lo dispuesto por la ley 24.432 que modifica el art. 505 del Código Civil.

Venidos los autos a esta alzada, expresa agravios la parte actora en su escrito que luce agregado a fs. 400/407 y que a fs. 408 se corre traslado a los adversarios siendo evacuado el mismo a fs. 409/411 por parte de la demandada y su aseguradora.

## **II. a.- Los fundamentos del recurso de apelación y su respuesta.**

A fs. 400/407 obra agregado el escrito de expresión de agravios de la actora que en apretada síntesis se queja de la sentencia recaída exponiendo sus críticas a la misma del siguiente modo: dice que se encuentra probado el contrato de transporte de personas mediante el boleto que acredita la condición de transportado avalada por la declaración testimonial de los tres pasajeros que viajaban junto a lesionado, de cuyas declaraciones testimoniales se prueba que el actor al intentar bajar del colectivo, el colectivero arrancó el microómnibus y dicho pasajero cayó del mismo sufriendo las lesiones objeto de reclamo en esta contienda judicial, responsabilizando del entuerto ocurrido a la empresa demandada y solicitando que se haga lugar al daño físico y psíquico reclamado como asimismo al daño moral y a los gastos médicos. A fs. 409/411 la demandada y su aseguradora evacuan dicho traslado con argumentos jurídicos que tratan de apuntalar la sentencia recurrida por la actora, peticionando se rechacen los agravios expuestos por dicha contraparte y se confirme la sentencia apelada, con imposición de costas.

## **LA SOLUCION**

Centrados los agravios objeto de este recurso de apelación, que constituyen el marco cognoscitivo jurisdiccional de ésta Alzada, me abocaré al tratamiento y análisis de los mismos proponiendo –en mi carácter de vocal preopinante- la solución jurídica contenida en este voto.

## **III.- El contrato de transporte oneroso de personas**

En el Capítulo V intitulado De Los acarreadores, portadores y empresarios de transportes, del Título 4° del Libro 1° del Código de Comercio, dispone el art. 162 –aplicable por analogía al presente caso- que: “las empresas de ferrocarriles, (...) y, en general todos los que se encargan de conducir mercaderías o personas mediante una comisión (...), deben efectuar la entrega fielmente en el tiempo y en el lugar convenido y emplear todas las diligencias y medios practicados por las personas exactas en el cumplimiento de sus deberes en casos semejantes, para que los efectos o artículos no se deterioren (...); y son responsables a las partes, no obstante convención en contrario por las pérdidas o daños que le resulten por malversación u omisión suya o de sus factores dependientes u otros agentes cualquiera”. Su concordante interno –el art. 184- prescribe que en caso de muerte o lesión de un viajero acaecida durante el transporte, la empresa estará obligada al pleno resarcimiento de los daños y perjuicios, a menos que pruebe que el accidente provino de fuerza mayor o sucedió por culpa de la víctima o de un tercero por el que la empresa no sea civilmente responsable.

Como puede observarse, del contenido jurídico de dichas normas legales se desprende a todas luces que nos hallamos frente a un contrato de transporte oneroso de personas, mediante el cual, la empresa de transporte asume una obligación tacita

accesoria –como obligación de resultado- de llevar sano y salvo al pasajero hasta su lugar de destino. Es decir, que el transportista asume una garantía legal impuesta por el legislador en cabeza del mismo, el cual debe cumplir con un deber de seguridad como obligación de resultado, lo cual denota que nos hallamos dentro del marco de un contrato de locación de obra, donde se asegura el “opus”, vale decir, su resultado. Crea el legislador, de ese modo, una responsabilidad “ex lege” de naturaleza objetiva, legislando sobre las eximentes o causales de exoneración antes enumeradas.

Veamos entonces, en primer término, si el actor ha acreditado con las pruebas producidas a su cargo la existencia de una relación contractual. Para ello, he tenido en cuenta el boleto que acredita el pago del pasaje que luce agregado a fs. 3 de la IPP Nro.: 239.482 que en fotocopia certificada tengo ante mi vista, ofrecida “ad effectum vivendi et probandi” por la parte actora a fs. 12 en el escrito de inicio de demanda, en el cual se lee el siguiente texto impreso: “línea 180, int.: 0074 Chofer: 1339, nro. 00283390 02V 19:54 13/11/2004 \$1.25 x 3= 3.75” y otros elementos que pasaré a valorar. A fs. 3 y 4, la actora adjuntó al escrito de demanda, dos boletos originales correspondiendo el de fs. 3 a la fotocopia referida anteriormente que luce agregada también a fs. 3 de la causa penal mencionada y el de fs. 4 que describe el mismo contenido que el anterior pero fue expedido por el valor de \$1.25.

A mi modo de ver ha quedado incorporado a esta causa civil por el principio de adquisición procesal el primero de los pasajes (boleto) descrito cuyo original obra como se dijo en el juicio principal, por lo tanto, estimo que el mismo es auténtico. Con respecto a los originales adjuntados al escrito de proposición de demanda, los mismos no fueron cuestionados por los demandados, por ello concluyo que también son auténticos. (art. 354 inc. 1 del Cód. Proc.). Sin embargo, de la pericia contable obrante a fs. 133/135, a la pregunta formulada por el actor: “Si los boletos adjuntados coinciden con los listados aludidos”, surge que respondió a fs. 271/2 que: “Se informa a este perito que habida cuenta del tiempo transcurrido (año 2.004), la empresa procedió a la destrucción de registros de esa época, por lo que no puedo contestar este requerimiento”. Esto denota que la actora cumplió con la carga de la prueba. Sin perjuicio, de lo expuesto en este párrafo, es doctrina legal de esta sala con Voto del distinguido colega Dr. Posca in re: “Tasistro Mirna c/ Talpsa y otro s/ Daños y Perjuicios”, causa nro.569/1 que: “Liminarmente se ha de destacar que el transportista está en inmejorables condiciones de probar ciertos extremos que hacen a su responsabilidad, tales como las derivadas del trayecto del vehículo y su correlato con el ascenso de un pasajero que exhibe un boleto que lleva inserto datos elementales como su fecha, sección y horario de expedición. La responsabilidad objetiva que emerge del caso (doct. arts. 1113 CC y 184 CComercio), no llega a morigerarse con un debate limitado al cuestionamiento del testigo único o la interpretación de los alcances de la absolución de posiciones del representante legal de la empresa demandada. (ver fs.122 y 123/vta.). Sin perjuicio de ello en el caso concreto se ha exhibido un boleto cuya referencia no puede obviarse al decidirse sobre la existencia del contrato de transporte. La parte demandada no ofreció prueba tendiente a desvirtuar el boleto acompañado en cuanto a su falta de coincidencia en su número y serie con los boletos vendidos en el interno siniestrado durante el viaje indicado en la demanda, cuando como se señaló estaba en mejores condiciones para hacerlo a través de sus propias constancias documentales. Se ha expresado: "El hecho de que la actora acompañara el boleto, resulta prueba suficiente para tener por acreditado su carácter de pasajera". (CNCiv. Sala J, 26/11/98 , "Gluch, Mariana V. c/ Transporte Saavedra SACI

s/ Daños y Perjuicios", H. Daray, op.cit., pág. 279, sum.17). Si bien en principio la mera tenencia del boleto no es suficiente para probar inequívocamente la condición de pasajera de la actora, constituye una presunción al respecto. Esta presunción no ha sido neutralizada por el apelante. Inclusive se trata de una cuestión que incide en materia probatoria, siendo carga de la empresa de transporte demostrar que el boleto no se corresponde con el contrato de transporte invocado en la demanda. La jurisprudencia ha expresado: "La distribución de las cargas probatorias en el contrato de transporte señala que a la actora le basta con tener en su poder el boleto respectivo, y si la parte contraria sostiene que no le pertenece deberá ser ella la que acredite tal extremo".(CNCiv. Sala H, 10/7/98, "Spinelli, Francisca c/ Celman, Víctor M. y otros s/ Daños y Perjuicios", cit. por H. Daray: "Derechos de daños en accidentes de tránsito", Ed. Astrea, Buenos Aires 2001, vol. 1, pág.278, sum. Nro. 11).

En todo caso la exhibición de un boleto requiere ir más allá de la mera negativa expresada en la contestación de demanda. ¿Quién está en mejores condiciones de probar la autenticidad del boleto?. Está en abierta retirada la clásica y hermética idea de la carga probatoria y se asiste al auspicio de un proceso dotado de dimensión social con orientación hacia la búsqueda de la verdad objetiva. Repárese que la demandada es una empresa organizada y los pasajeros son consumidores de un servicio público. 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). 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. 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 IIRubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, mayo 1997, pág. 73).

De las declaraciones producidas –a mi modo de ver- por los testigos ofrecidos por el actor que los califico como necesarios (véase fs. 115/1179, cuyos testimonios son valorados con mayor severidad y bajo la lupa del método de la sana crítica (arts. 374 y 456 del Cód Proc.), toda vez que son parientes del actor, y sobre cuya validez probatoria me referiré más abajo, extraigo de sus relatos las siguientes conclusiones: a) Que el día 13/11/2004 los mismos eran transportados junto al actor en un colectivo propiedad de la demandada; b) que dicho medio de transporte lo habían abordado en el Abasto de la Capital Federal; c) Que eran trasladados hacia la Av. Crovara de la Provincia de Buenos Aires y d) Que el colectivo tenía los colores rojo y azul. Es decir que se encuentran acreditadas las circunstancias de las personas, de las cosas, del tiempo y del lugar.

Cuando el actor aborda junto a las otras personas el colectivo de la demandada, los mismos expresan su consentimiento voluntario de ser transportados, quienes –por razones obvias y por el tipo y características particulares de este “contrato verbis” que se formaliza, -los acreedores usuarios –a pesar de expresar su consentimiento mediante del acuerdo de voluntades- no son identificados sobre sus datos personales, nombre, apellido y documento de identidad. Al producirse el accidente, en esa oportunidad se identifica al contratante usuario del servicio público, quien viaja anónimamente, sin embargo en el presente caso, como el chofer una vez producido el accidente continuó la marcha y no se detuvo (según testimonios de fs.115/117vta.), la identificación del pasajero lesionado se produce cuando la demandada toma conocimiento de la notificación de la demanda. Doy por acreditado que el actor era transportado por la empresa demandada junto a otras tres personas –quienes declararon como testigos- sobre la base de la prueba documental aportada por el actor (dos boletos de pasajeros, que acreditan los cuatro pasajes que lucen a fs. 3 y 4), corroborado por la prueba testimonial cuyas piezas corren glosadas en la actuaciones obrantes a fs. 115, 116 y 117, y la fotocopia de historia clínica de fs. 213/219, acreditándose con dicha instrumental que el actor recibió asistencia médica por guardia el 15/11/04, haciendo constar que el mismo refiere que el día 13/11/04 sufrió un accidente de tránsito mientras descendía de un colectivo en el que viajaba, describiéndose a fs. 218 que el paciente presenta fractura tobillo derecho, asistido por guardia, avalado por los testimonios obrantes a fs. 115, 116 y 117, que coincidentemente declaran que el actor sufrió una lesión en el pié y lo llevaron a la casa a los saltos, casi a upa. Todo ello -a mi juicio- se encuentra avalado por la prueba pericial contable glosada a fs. 133/5 de la cual se desprende que: a) Metropól Sociedad de Seguros Mutuos es la aseguradora de La Vecinal de Matanza S. A. que garantiza la responsabilidad civil por daños sobre el vehículo interno 74 de la línea 180 (protagonista del accidente, según se acredita con los medios probatorios antes considerados) y que cubre los riesgos y siniestros provocados por dicho micro ómnibus a terceros y/o pasajeros. b) Que el chofer del interno 74 de la línea 180 era Walter Alberto Benítez (según dictamen de fs. 272), quien declaró a fs. 320 quien reconoce que es empleado de la demandada y de profesión chofer del interno 74 de la línea 180 el día 13 de noviembre de 2.004 a las 21 hs. Respecto al testimonio brindado por el chofer del colectivo, a la

pregunta nro. 3°, “si advirtió algo anormal el día del hecho, contestó: que no y dice que el colectivo estaba lleno. Sin embargo, recuerda que el microómnibus estaba lleno, y a la 5° pregunta contestó que: viajaban unos treinta pasajeros. A la pregunta 8va. respondió que: no puede recordar porque nadie le dijo nada. A mi juicio, merece considerarse a este testimonio como mendaz y poco creíble sobre la base de lo sugestivo de la declaración – en todo su contexto- por cuanto indica que nada anormal sucedió ese día, que no puede recordar porque nadie le dijo nada, y después agrega que era fin de semana (ver fs. 620 y 320 vta.), y más adelante atestiguó con precisión que viajaban unos treinta pasajeros, y además considerando que los testigos declaran que en el momento del accidente le gritan al chofer, el mismo detiene la marcha, algunos pasajeros miraron por la ventanilla, y el chofer arrancó (ver declaraciones de fs. 115/117) (arts. 1.190, 1.191, 1.192, del Cód. Civ. y sus concordantes externos los arts. 207, 208, 209, del Cód. de Com., y los arts. 384, 456, 472 y 474 del Cód. Proc.).

#### **IV.- La responsabilidad contractual objetiva de la empresa demandada**

##### **La obligación de garantía**

Hay supuestos o casos en que la obligación de garantía está impuesta específicamente por la ley con referencia a determinados contratos. Esta obligación de garantía no pierde por ello el carácter de obligación accesoria de aquellas otras obligaciones que son esenciales de acuerdo a la naturaleza del contrato respectivo. Así por ejemplo en el contrato de hospedaje existe una obligación de seguridad impuesta al pasadero que se concreta en la obligación de garantía respecto al daño que pudiera causarse por sus agentes o empleados en los efectos de los que se alojan en el hotel. Lo mismo sucede en el transporte con relación al daño que puedan sufrir las personas o cosas transportadas como consecuencia de hechos de sus subordinados. Esta responsabilidad surge como hemos visto, en el orden contractual, pues el responsable y el eventual damnificado están vinculados por un contrato y, además el daño resulta causado en la ejecución misma de los deberes que la naturaleza del contrato impone al responsable. El transporte, es decir, la traslación de personas o de cosas de un lugar a otro, puede hacerse por tierra, agua o por aire; puede revestir carácter contractual y ser a título oneroso, que es lo que ocurre frecuentemente, o puede ser hecho ajeno a toda vinculo contractual, que es lo que sucede en el transporte gratuito o benévolo. En la ejecución y cumplimiento del transporte pueden producirse daños a las personas o a las cosas transportadas. Este contrato es de carácter comercial cuando se ejecuta por una empresa de transporte, constituyendo un acto de comercio comprendido en el inc. 5 del art. 8° del Cód. de Comercio. Si el transporte es realizado aisladamente por un no comerciante, el contrato es de carácter civil. Dispone el art. 1624, segunda parte, del Cód. Civil, que: "El servicio de los empresarios o agentes de transporte, tanto por tierra, como por agua, tanto de personas como de cosas, se rige por las leyes del Código de Comercio, y por las de este Código, respecto a la responsabilidad de las cosas que se les entrega. Tratándose del transporte comercial, de mercaderías o de personas, sea por ferrocarril o por cualquier otro medio de transporte o por embarcaciones (art. 206) se rige por las disposiciones del Capítulo V del Título IV, del Libro I, del Código de Comercio (arts. 162 a 206). Con relación a los daños que puedan sufrir las personas con motivo del transporte, el precepto legal del art. 184 del Cód. de Comercio, establece que en caso de muerte o lesión de un viajero, acaecida durante el transporte en ferrocarril, la empresa estará obligada al pleno resarcimiento de los daños y perjuicios, no obstante cualquier

pacto en contrario, a menos que pruebe que el accidente provino de fuerza mayor o sucedió por culpa de la víctima o de un tercero por quien la empresa no sea civilmente responsable. La responsabilidad que contrae el transportador por el daño que sufren los pasajeros durante el transporte, tiene su razón de ser, en el deber de seguridad que el contrato impone a aquél, en virtud del cual debe trasladar o conducir a la persona transportada sana y salva al lugar convenido. Si algún daño experimentara el pasajero durante el transporte, responderá el porteador o el empresario del transporte con la correspondiente indemnización. Sin que pueda exonerarse alegando y probando que no hubo culpa de su parte o de sus dependientes o subordinados. La responsabilidad del transportista constituye una responsabilidad "ex lege" de naturaleza objetiva, impuesta por el legislador por razones de política en materia de transporte, a fin de inducir a las empresas a extremar las precauciones respecto de la buena calidad, perfecto estado y funcionamiento del material, la capacitación y buen desempeño de su personal auxiliar o dependiente, y estricto cumplimiento de las leyes y reglamentos y, por otra parte, en amparo de las eventuales víctimas. Es decir que el fundamento de la responsabilidad del transportista estaría en la idea de garantía, se trataría de una obligación legal de garantía, impuesta por consideraciones de justicia y de interés social y como medio de brindar una más eficaz protección a las víctimas del daño. El fundamento de dicha obligación de garantía estaría dado también por el principio de buena fe, estatuido normativamente por el art. 1198, párr. primero del Cód. Civil. "En suma, y conforme mi opinión, el transportista asume una obligación de seguridad, como obligación de resultado, es decir que garantiza llevar sano y salvo al pasajero, a su lugar de destino, quedando encuadrada la relación jurídica en el típico contrato de locación de obra" (Taraborrelli José Nicolás, ¿Fue responsabilidad contractual o extracontractual por el hecho ajeno?, Nota a un fallo, publicado en la Revista Jurídica La Ley 2002-D, 112).

Sentadas las premisas legales desarrolladas en este acápite –como doctrina legalaplicable al presente caso bajo examen en esta Alzada, comenzaré en primer término a valorar la idoneidad de la prueba testimonial producida en autos, todo ello a los efectos de comprobar el accidente ocurrido en perjuicio del accionante víctima del suceso.

La circunstancia de que los testigos que declaran son parientes de la víctima (Núñez, cuñado del actor, (fs. 115); Ricagno Analía Mariel, hermana del damnificado (fs. 116); Del Valle, concuñado del actor (fs. 117), como principio no es causal de invalidez del testimonio, empero obliga al tribunal a examinarlos con mayor rigor y estrictez. En particular cobra relevancia cuando se trata de testigos necesarios por su intervención personal y directa en la situación que originó el pleito, pues cabe presumir que permite el efectivo conocimiento de los hechos. Por estos motivos han de exigirse a los dichos la necesaria precisión a fin de no poner en dudas sus declaraciones. No se les quita eficacia probatoria a sus declaraciones, pues esas personas parientes que viajaban con el actor, son las personas allegadas y son quienes tienen mejor conocimiento de la situación. Por estos motivos, han de exigirse a los dichos la necesaria precisión a fin de no poner en duda su declaración. Otro tanto se ha pronunciado respecto de los testigos que son parientes y vecinos. No les quita eficacia probatoria a sus declaraciones, pues las personas más allegadas son las que tienen mejor conocimiento de la situación. (Doctrina del Dr. Carlos E. Finochietto, en Cód. Proc. Civ. y Com., comentado y anotado, Ed. Astrea, año 2.009, pág. 498, bajo el sub-título: "*Valor del testimonio de personas comprendidas en las generales de la ley*"). En estos casos, no conduce inexorablemente la descalificación del testigo, máxime si sus dichos aparecen como verosímiles y se

encuentran ratificados por otros medios o constancias probatorias. Entiendo que el testigo necesario –como en el caso de autos- es insustituible y muchas veces único para probar los hechos, en particular como en los juicios por responsabilidad civil contractual, originados en el transporte oneroso de personas.

La Casación ha precisado que para la exacta valoración del dicho de los testigos, se deben tomar en cuenta ciertos factores de cuya concurrencia dependerá la credibilidad del mismo, tales como idoneidad, moralidad, intelectualidad, afectividad, verosimilitud, concordancia, exposición, razón de sus dichos, etc., no debiendo darse igual valor probatorio a la exposición que se limita a efectuar simples afirmaciones que a aquella que da razones circunstanciadas de su aserto (SCBA, 20/10/81, Ac. 29.811, DJBA, 122-149, y CLPlata, Sala III, 13/2/79, JA, 979-III-476, cits. por Fenochietto, y otros, Cód., Proc. Comentado y concordado, Ed. La Rocca, pág. 461).

La declaración positiva de los testigos que afirman conocer un hecho dado no puede ser enervada por el testimonio negativo de quien sostiene que ese hecho nunca ha ocurrido (ver declaración del chofer del colectivo motivo del accidente obrante a fs.320/320 vta.), pues la circunstancia de que esto último lo ignore no significa que el hecho no se ha producido, cuando la declaraciones testimoniales se encuentran corroboradas por otros medios probatorios documentales producidos en autos.

En un artículo que data del año 1943 como nota al fallo “Bachratz Guillermo F. O. c/ Sanchez Elía Angel” de la Cámara Civil 1ra de Capital, del extinto procesalista Carlos J. Colombo publicado en La Ley 31-368, bajo el título “¿Testigos “excluidos” por parentesco o vínculo conyugal?”, reeditado en la obra colectiva: “Revista de Derecho Procesal, Prueba – II”, Edit. Rubinzal – Culzoni, año 2005, pags. 26/27”, y con referencia a testigos excluidos por parentesco o vínculo conyugal, concluyó que: “VII. Conclusiones (...), 1º) El pariente de una de las partes puede declarar como testigo, si lo presenta dicha parte; pero no puede deponer, si lo presenta la contraria extraña, y la parte pariente se opone. 2º) Admitida la declaración del testigo pariente, el contenido de su deposición ha de apreciarse de acuerdo con las reglas de la sana crítica, con el resultado que su valor puede ser pleno, de poca importancia o nulo, según las circunstancias concretas que concurren en el caso; mas no nulo de una manera general y a priori. 3º) Si el testigo pariente declara, y se lo conceptúa veraz, el contenido de su deposición no se divide y, en consecuencia, ha de tenerse por válido todo lo que diga, en beneficio o en perjuicio de la parte de quien es pariente. 4º) La parte extraña puede repreguntar, con toda amplitud, al testigo de la categoría a que aludimos, como una consecuencia lógica de lo expresado en el punto anterior. 5º) La situación del testigo pariente, dentro de la solución que propugnamos, lejos de contrariar las normas que constituyen el desideratum del Derecho Procesal, las favorecen, porque representa una consecuencia del denominado principio de adquisición procesal, por cuya acción los actos procesales se reputan comunes, no dependiendo su eficacia de la parte que los propone, con la ventaja de “contribuir a la aceleración del proceso, porque, bien entendido, evita la duplicidad inútil de la prueba, tan frecuente en nuestra práctica judicial. 6º) Es inadecuada la denominación tradicional: testigos “excluidos”, en cuanto se la aplique a la categoría enumerada por el artículo 186 del Código de Procedimientos; se trata, en efecto, como lo hemos demostrado, de testigos condicionalmente admisibles, es decir, que se permite que declaren si la parte de quien son parientes no se opone”.

Coincido con la jurisprudencia en la cual se ha sentenciado que: “Los testigos sean conocidos, amigos o hermanos de uno de los litigantes, tal hecho, por sí solo, no

sirve como elemento que los descalifique, sobre todo cuando todos ellos son contestes en sus declaraciones, encontrándose ubicados en especie y tiempo, sin que existan elementos probatorios que permitan, por comparación, desestimarlos. Debe repararse en que cuando las declaraciones de los testigos no son compartidas por las partes, es a cargo de estas la prueba del error de lo informado. No son suficientes a tal fin, las meras objeciones o disentir sobre el punto, siendo que es preciso probar fehacientemente, arrimar evidencias suficientemente sólidas para convencer al juez que lo dicho es incorrecto (CNCiv., Sala J, 2/7/96, “Vattuone Juan I., c/ Grocco, Leonardo A. s/ sumario”, inédito”, cit. por Arazi Roland, La Prueba en el proceso civil, Ed. La Rocca, Bs. As., año 2.001, pág. 377). Los testimonios producidos en estas actuaciones, se encuentran corroborados por pruebas instrumentales, entre ellas los boletos referenciados o pasajes, la historia clínica del actor en la cual consta que fue asistido por facultativos. Del plexodo de medios probatorios analizados y valorados judicialmente se encuentra acreditado -a mi juicio- que el actor sufrió un accidente mientras era transportado, toda vez que el mismo al descender del colectivo, este último arrancó y el pasajero (acreedor accionante) cayó al pavimento (según testimonios obrantes a fs. 115/117 vta.), declarando expresamente los testigos que: **a)** Sr. Nuñez Adrian Antonio: A LA PRIMERA: “... es el cuñado del actor...”; A LA SEGUNDA: “...ese día veníamos de capital del abasto y bueno descendimos del colectivo, cuando baje del colectivo baje con el cochecito del bebé mientras lo estaba armando siento como que el colectivo arranca y lo veo a mi cuñado tirado en el piso...”, A LA CUARTA: “...se quejaba de un dolor muy fuerte en el tobillo y también presentaba un corte en la boca y lo llevamos entre mi hermana y yo apoyado en los hombros hasta la casa donde guardo reposo”; A LA QUINTA: “...yo estaba de espaldas al colectivo cuando siento el golpe giro y veo como el colectivo arranco y como que atino a frenar pero inmediatamente volvió a arrancar fue en ese momento que los pasajeros se levantaron y miraron por la ventanilla.” A LA SEPTIMA: “...lo que si recuerdo que por la que bajamos podría haber sido la del medio o la última” (...), “lo que si tenía era una puerta doble con una división en el medio una baranda. REPREGUNTA A LA TERCERA: “... es una avenida crovara y lo que no recuerdo si es la calle brasil creo es justo en la esquina del predio de YPF es la parada que tiene ahí...”. (ver fs. 115/115 vta.), **b)** Sra. Ricagno Analia Mariel: A LA SEGUNDA: “...y bueno nosotros habíamos bajado del colectivo, bajo primero mi cuñada que fue la que vio todo después baje yo con mi marido y por último mi hermano que el que se cayó...”, A LA TERCERA: “... ocurrió el accidente...”, “...por crovara cerca de la ciudad evita no se exactamente la calle...”, A LA QUINTA: “...si cuando quizo bajar arrancó el colectivo y se cayo o sea yo cuando me di vuelta estaba en el piso tirado y se agarraba el pie y gritaba y tenía la boca así con sangre”, A LA SEXTA: “...posteriormente cuando el ya estaba en el piso que lo estábamos ahí auxiliando y cuando mira el colectivo la gente se dio cuenta que el se había caido pero el colectivo siguió y de ahí lo llevamos para mi casa...”, A LA OCTAVA: “...mi marido lo había agarrado del pie que tenía el problema y lo llevaron a los saltos junto con mi cuñado y casi lo llevaban a upa”, REPREGUNTA A LA PRIMERA: “...porque eran las puertas de dos...”, REPREGUNTA A LA TERCERA: “...se ve que era un colectivo nuevo porque tenía las puertas del medio y no...”, (ver fs.116/116 vta.) , **c)** Sra. Nuñez María Amelia del Valle: A LA PRIMERA: “...que el actor es su concuñado...” A LA SEGUNDA: “...si estaba presente por eso me pidió si podía declarar. Me acuerdo que era tarde noche la hora mas o menos no me acuerdo que hora era pero eran las 9 mas

bueno lo vi así que se cayó del colectivo y no pensé que era tan grave, cuando lo vi que se cayó que el colectivo no atino ni ahí para parar y el colectivero lo tiene que haber visto por que toda la gente se paro a mirar así que para mi se tiene que haber dado cuenta el colectivo y después pego un grito de aquellos pero paro en el medio de la calle por que la para es media fea y el asfalto esta medio en desnivel medio roto incluso todavía esta y ahí lo vi que se cayó rodó y se cortó la boca y en ese momento creyó que se había quebrado y lo levantamos un poco lo llevamos a la vereda a ver si se recomponía un poco...”, “...la parada es fea y esperamos a ver si podia pasar y entre mi hermano que era el único hombre que estaba lo tratamos de llevar hasta la casa y el lugar no daba para quedarse...”, A LA TERCERA: Para que diga el testigo si recuerda como se cayó del colectivo: el fue cuando yo baje que bajaron mi hermano y mi cuñado cuando el ya estaba bajando con un pie en el aire y es como que el colectivo estaba apurado y no le dio tiempo a que baje y ahí se cayó”, A LA OCTAVA: “Para que diga el testigo si recuerda porque puerta descendieron: por la puerta del medio. En este acto la Dra. De la parte demandada repregunta: ALA PRIMERA: Para que diga el testigo si recuerda en que lugar fue el accidente: fue en crovara pero no se cual es la calle que corta es la parada antes de cruzar una estación, REPREGUNTA A LA CUARTA: Para que diga el testigo si recuerda donde estaba la testigo en el momento del accidente: en la calle me había bajado y me quedé o sea sobre el asfalto digamos por que ahí es donde nos bajo el colectivo. (ver fs. 117/117 vta.).

Valorando la prueba testimonial considero que no se puede exigir a los testigos una coincidencia absoluta en sus declaraciones, porque cada persona aprecia los hechos de distintas maneras al igual que su testificación. Es más aún, resultaría sospechoso si se diera el supuesto de que los testimonios coinciden absolutamente. De más esta decir, que los testigos presenciales captan los hechos con todos sus sentidos, es decir, la vista, el olfato, la audición, etc...

Todo lo cual hace presumir la responsabilidad civil de la empresa demandada, por cuanto se encuentran acreditados los extremos legales requeridos para su configuración entre ellos: a) la relación de causalidad adecuada existente entre el hecho del transporte y el daño, según el curso natural y ordinario de las cosas y la experiencia de la vida diaria (arts. 901 y 906 del Cód. Civ.), pues habría un incumplimiento contractual de parte de la empresa de transporte demandada, la cual asume tácitamente un deber de garantía legal, consistente en la obligación de trasladar al pasajero sano y salvo hasta su lugar de destino, como obligación de resultado; b) el factor objetivo de atribución de responsabilidad a la demandada; c) el daño –como más abajo será materia de tratamiento y estudio; y d) la antijuridicidad, es decir la violación del contrato.

Frente a la presunción de legal responsabilidad de la demandada por el hecho acaecido, esta última debería haber interrumpido el nexo de causalidad, acreditando que el accidente provino de la culpa de la propia víctima, la culpa de un tercero por quien no debe responder, o el caso fortuito o la fuerza mayor (art. 184 del Cod.Com.). De esta manera, la empresa demandada está obligada al pleno resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos por el actor.

#### **V.- De la citación en garantía.**

Teniendo en consideración que la citada en garantía “Metropol Sociedad de Seguros Mutuos” ha reconocido la existencia de un contrato de seguro (ver fs. 58/59) y toda vez que se le atribuye a La Vecinal de Matanza S.A. la responsabilidad en el evento

dañoso, corresponde hacer extensiva a la aseguradora la eventual condena por daños y perjuicios que se dicte, en la medida de la cobertura contratada (art. 118 de la Ley 17.418).-

#### **VI.- Daño a la integridad corporal:**

El actor reclama en su escrito de inicio el rubro denominado incapacidad física por la suma de \$62.000 (escrito de inicio obrante a fs.9/10). Del dictamen pericial médico obrante a fs. 203/206, 239/240, 249/251, 262, que lo declaro con fuerza y validez probatoria (arts. 472 y 474 del Cód. Proc.) se informa técnicamente que: El pie derecho: “Presenta pie de aspecto normal en cuanto forma, tamaño y relieves óseos, puesto que no presenta infiltración tegumentaria de tipo crónico, ni deformidades en sus ejes”(…) “No muestra lesión ósea actual”, de pie y tobillo derecho. Como se advierte, surge de la pericia médica que el accidente de autos no le dejó al actor ninguna secuela física incapacitante. Sin embargo, se encuentra acreditado con la prueba testimonial insoportada a fs. 115/117 vta. que el accionante sufrió una lesión en el tobillo, corroborado con la H. C. que luce agregada a fs. 231/219, de la cual surge que presenta fractura tobillo derecho, colocándosele bota de yeso corta. Y en virtud de que no dejó – esa lesión- secuelas físicas incapacitantes, presumo (art. 163 inc. 5 del Cód. Proc.), que la misma fue de carácter leve (art. 89 del Cód. Penal), encontrándose incapacitado transitoriamente por el término de 30 días. El perito médico concluyó: “Que no presenta secuelas físicas en tobillo derecho ni en columna vertebral” (fs. 205 vta.) (sic). Por tal motivo estimo que corresponde resarcir en concepto de lucro cesante en los términos del art. 1.086 del Cód. Civil y su reglamentación prevista en el art. 165 del Cód. Proc., en la suma de **pesos UN MIL (\$1.000,00)**, por su incapacidad transitoria que afecta la vida de relación social y laboral, como un daño a la integridad corporal, sobre la base de que el actor quedó transitoriamente incapacitado, siendo de estado civil soltero, de 29 años de edad a la fecha del accidente, operario, y su condición socio-económica acreditada con el beneficio de litigar sin gastos otorgado a fs. 59, en los autos: “Ricagno Aldo F. c/ La Vecinal La Matanza S. A. s/ daños y perjuicios”, que tengo ante mi vista.

#### **VII.- Daño psicológico**

De la pericia elaborada por el médico legista glosada a fs. 203/206, 239/240, 249/251, 262, en base al informe psicológico incorporado a fs. 169/181, se constata que: ”Síntesis diagnóstica. Exhibe indicadores aplicables a situación disruptiva compatible con Trastorno de Ansiedad (...). Fobia específica DSMIV EJE I F 40.2 – Tipo situacional. Miedo a estar expuesto y a ser trasportado. Agorafobia – sin historia de trastorno de Angustia (...). Recomendación terapéutica. Sería beneficioso que el examinado recibas a la brevedad asistencia psicoterapéutica, con duración inicial aproximada entre 12 y 18 meses a evaluar. Se considerada una asiduidad semanal también a evaluar con la evolución del tratamiento”. El costo ronda los \$60 la sesión”.- En fs. 205/6 el médico legista informa que: “este experto considera que la personalidad previa del actor influye en un 5% y el trauma en el otro 5%”. Por ello el 10% de incapacidad se reduce al 5% parcial permanente”, sobre la base de que debe considerarse: La personalidad previa del sujeto para determinar la incidencia que ésta tiene en le estado psíquico actual, estando determinada su salud psíquica por: I.- Lo hereditario constitucional; II.- La historia vital y; III.- El hecho actual desencadenante y que de no haberse dado este tercer factor el estado psíquico del actor sería otro”. A fs.

240 el experto dictamina que: “Un daño provocado por un trauma pasa inexorablemente por el tamiz del individuo por la que el daño resultante es obra de la interacción del trauma y de la predisposición del mismo, entonces guarda relación concausal...” (sic.), Examen pericial técnico que lo declaro con validez y fuerza probatoria (art. 472 y 474 del Cód. Proc.).

Nuestro Código Civil adopta el sistema de la relación de causalidad adecuada, según el cual son imputables al agente dañador las consecuencias previsibles de su conducta, sean inmediatas o mediatas. La previsibilidad se configura cuando el hecho es idóneo, apto o adecuado para producir o causar la consecuencia, o dicho de otra manera, si ésta (la consecuencia) le sigue "según el curso natural y ordinario de las cosas" (art. 901 CC.). El juicio de adecuación se formula en abstracto, de modo objetivo, en función de las normas corrientes de la vida y de las posibilidades de conocimiento de un observador normal, de una mentalidad promedio, cuyo intérprete último es el magistrado y sobre la base de un estudio técnico sobre el sujeto. Para establecer, por tanto, la causa de un daño, es preciso hacer un juicio de probabilidad. La pregunta a contestar es la siguiente: la acción del presunto responsable o el hecho de la cosa, ¿era por sí misma capaz de ocasionar normalmente este daño? Si se responde afirmativamente, conforme a la experiencia de la vida, se declara que la acción era "adecuada" para producir el daño, y entonces éste es objetivamente imputable al agente; si se contesta que no, falta la conexión causal, aunque considerando el caso en concreto tenga que reconocerse que esa conducta fue también condición sine qua non del daño; pero éste se considera solamente casual o fortuito (vgr. Orgaz da el siguiente ejemplo: si el herido en el accidente de tránsito fallece en el hospital como consecuencia de un incendio allí declarado, esta muerte no es imputable -como casual o fortuita- al automovilista, a pesar de que el hecho del accidente debe considerarse una de las condiciones sine qua non de la muerte: sin ese accidente, en efecto, la víctima no habría fallecido en el lugar y en la ocasión en que falleció (Orgaz, Alfredo, "El daño resarcible", Ed. Córdoba, 1992, ps. 43/44). La teoría actualmente dominante, tanto en materia civil como penal, en la generalidad de los países, es llamada de la causa adecuada -o mejor aún, de la condición adecuada- y fue expuesta por primera vez por el fisiólogo Von Kries, en 1888. Es fundamental destacar, como lo hacía reiteradamente este autor, que el juicio de probabilidad se hace en abstracto, es decir según un criterio ex post facto -según el curso ordinario de las cosas y la experiencia de la vida- y no en concreto, esto es, no teniendo en cuenta cómo se han producido realmente las cosas. Considerado en concreto, que era el punto de vista de la teoría tradicional, todas las condiciones son, sin duda, equivalentes. Esta diferencia explica, además, que el juez, en la teoría de la causalidad adecuada, deba mentalmente retroceder hasta el momento de la acción a fin de establecer si ésta era o no idónea para producir el daño (pronóstico póstumo) (Orgaz, Alfredo, ob. cit., ps. 43/44/45). Siempre debe tenerse presente que una situación intrínsecamente anormal (como es desde luego una perturbación mental) puede ser causalmente normal si es adecuada o conforme, según la experiencia, con el factor de la que se parte. (Zavala de González, Matilde, "Daños a las personas", t. 2, Ed. Hammurabi, 1990, p. 213. Zavala de González, M., "Resarcimiento de daños. Daños a las personas", t. II, p. 264, cit. por Daray H., ob. cit., Daño psicológico, Edit. Astrea. P. 17)

### **VIII.- Influencia de la personalidad de la víctima en las lesiones psíquicas. La doctrina de la concausa**

Los daños psíquicos, aún desencadenados por un factor traumático -dice Zavala de González (Zavala de González, M., ob. cit., p. 215.) (el hecho que obliga a responder), tienen siempre cierta relación, más o menos intensa, con la personalidad de la víctima. Este vínculo despierta diversas dudas al efecto de establecer la debida conexión causal entre el hecho y la afección psíquica. Es así que no puede resarcirse una consecuencia dañosa exclusivamente derivada de rasgos peculiares del sujeto o de deficiencias psíquicas sólo personales. Los menoscabos o daños psicológicos deben ser tratados con un criterio normal y ordinario de las cosas (art. 901 CC. ), quedando afuera todos aquellos que no reconocen como causa u origen el accidente en sí, que responden a una estructura de la personalidad del sujeto proclive al desequilibrio psíquico. Afirma Zavala de González (Zavala de González, M., ob. cit., p. 215.) que todos los seres humanos tenemos, en mayor o menor medida, determinados componentes subjetivos que pueden conllevar a alguna alteración anímica ante determinadas circunstancias. De allí que hay que diferenciar las simples tendencias o predisposiciones, de las situaciones patológicas ya delineadas con anterioridad al hecho aunque con manifestaciones exteriores concretas recién a partir de éste. Por ende, tenemos que deslindar dos cuestiones: los factores endógenos, cuya causalidad del daño psicológico, tienen su origen en la génesis, en la personalidad de la víctima y los factores exógenos imputables al agente traumático que generan responsabilidad civil. Y también existe un tercer grado, es decir cuando hay un estado de anormalidad del sujeto y aparece un factor agresivo que es apto para excitar, desenvolver, exacerbar o coadyuvar al desarrollo de la enfermedad anterior, es decir que el daño psíquico resarcible se configura no solamente por la alteración del equilibrio de la mente o personalidad de la víctima, sino por la agravación de un desequilibrio precedente; empero en éste último supuesto el obligado no debe soportar la integridad resarcitoria de la afección o daño sino sólo la cuota de agravación. Se aplica en esta cuestión la teoría de la concausa (Goldenberg, Isidoro, "La relación de causalidad"; Iribarne, Héctor P., "De los daños a la persona", ps. 112/120; Compagnucci de Caso, Rubén H., "Responsabilidad civil y relación de causalidad", Ed. Astrea; Orgaz, Alfredo, ob. cit., ps. 29/62.)

Finalmente, nos enseña Zavala de González (Zavala de González, M., ob. cit., ps. 217/8/9.) que la complejidad del tema suscita vacilaciones y discrepancias jurisprudenciales, agrupándolas en tres posturas: a) Según una primera posición, el daño psíquico resultaría irrelevante y de un modo total, si él se encuentra agravado por la estructura anímica de la víctima. En este caso no procede la indemnización por daño psíquico. b) En el otro extremo opuesto, se concede el resarcimiento pleno (integral) al lesionado psíquico, cuando el accidente no es causa exclusiva de dicho daño, cuando el accidente actúa como factor desencadenante con relación a ciertas afecciones preexistentes que padecía la víctima, activándolas, acelerando su proceso; sus consecuencias deben ser soportadas por el responsable, e igual solución cabe cuando las secuelas derivan de la acción del evento dañoso sobre una mala formación congénita. Esta posición jurisprudencial aplica la teoría de la indiferencia de la concausa, que con la sanción de la derogada Ley de Accidentes de Trabajo n. 24028 (LA 1991-C-2924) había quedado desactivada (Taraborrelli, José Nicolás, "La relación de causalidad", Rev. de Jurisprudencia Provincial (Bs. As.), nov./1993, año 3, n. 11, p. 1097.). De todos modos, este criterio provoca un enriquecimiento sin causa, que lo torna injusto. c) Existe una posición intermedia, mediante la cual se deslindan los factores concausales. Cuando se fija la indemnización, debe tenerse en cuenta la estructura de la personalidad ya

predispuesta y el factor concausal desencadenante que lo exacerbó; juega en este caso un rol importante la pericia psicológica. Se aplica aquí el criterio que sustentaba el art. 2, tercer apartado de la derogada Ley de Accidentes de Trabajo n. 24028, que establecía que, en caso de concurrencia de factores causales atribuibles al trabajador y factores atribuibles al trabajo, sólo se indemnizaba la incidencia de estos últimos (Taraborelli, José Nicolás, "La relación de causalidad", Revista de Jurisprudencia Provincial (Bs. As.), noviembre 1993, año 3, n. 11, p. 1095.).

Esta última doctrina "internedia", es la que aplica como criterio jurídico esta Sala I, que integro. En su consecuencia, teniendo en consideración las condiciones personales del actor antes referenciadas y con aplicación de la teoría de la concausa y habida cuenta que el experto médico legista le atribuyó al actor un 5% de incapacidad psíquica parcial y permanente causada por el accidente de autos, cuantifico económicamente este rubro por la suma de **pesos DIEZ MIL (\$10.000,00)** (arts. 1.068 del Cód. Civ., y 165 del Cód. Proc., Taraborrelli José N., "Daño Psicológico", Edit. Abeledo Perrot on-line, J.A. 1997-II-777).

### **IX.- El daño moral**

Surge de los arts. 522 y 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 extradinerario; aunque puede calificársele, 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 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 socioeconómica, 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 las intervenciones quirúrgicas, los días que permaneció internada y los demás sufrimientos y padecimientos, etc.. Como se observa 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.

Se ha sentenciado que la fijación del importe del daño moral es de difícil determinación, ya que no se halla sujeto a cánones objetivos, sino a la prudente ponderación sobre lesión a las afecciones íntimas de los damnificados, los padecimientos

experimentados, es decir, agravios que se configuran en el ámbito espiritual de las víctimas y que no siempre resultan claramente exteriorizados, hallándose así sujeto su monto a una ponderada discrecionalidad del juzgador (C. N. C. Civ. sala F, 18-08-92 LL, 1994-B-277).

Atento a las pautas vertidas, las circunstancias personales de la víctima – mencionadas ut supra” al tratar el resarcimiento del daño a la integridad corporal, realizado un análisis de los elementos de prueba producidos en autos, más precisamente de la pericia médica, las historias clínicas incorporadas a la causa, estimo fijar el monto en concepto del resarcimiento de daño moral en la suma de **pesos CINCO MIL (\$5.000,00)**.

#### **X.- Gastos de tratamiento psicoterapéuticos**

Este rubro fue reclamado por el actor en el escrito de inicio de demanda (ver fs. 10), al plantear el mismo el rubro genérico “Daño psíquico”, los gastos de tratamientos psicoterapéuticos integrarían ese daño genérico y surgiendo del informe psicológico incorporado a esta causa civil, por el principio de adquisición procesal, según dan cuenta las piezas glosadas a fs. 168/180, aconsejando un tratamiento psicoterapéutico (según fs. 180 vta.), estimo que el daño emergente se ha producido y comprobado, correspondiendo al Juez fijar su cuantificación económica.

Del informe psicológico acompañado, resulta que es necesario un tratamiento psicoterapéutico para cuanto menos no agravar el estado psicológico actual de la actora. Y según lo evaluado a fs. 178/180 la actora requerirá de un tratamiento psicoterapéutico consistente entre doce a dieciocho meses con asiduidad semanal a razón de \$60 la sesión. Es el juez quien aprecia el dictamen del perito de conformidad con las reglas de la sana crítica. Respecto a la pericia médica un reciente fallo de la CSJN ha destacado el valor de esta prueba considerando que “impide apartarse de sus conclusiones” el hecho de que – estimada de acuerdo a las reglas del art. 477 del C.P.C.C.N y en especial de la sana crítica- se ajusta a la lógica y a la experiencia, implicando una solución dentro del correcto entendimiento judicial (CSJN., 254/5/95, in re: Magdalena de León Laura c/ Obra Social para la actividad docente”, Pub. en Derecho de Daños, Mosset Iturraspe y Novellino (Ed. LaRocca (1996), p. 336).

De este modo concluyo que con aplicación de la siguiente ecuación matemática al multiplicar: \$60,00 (valor del honorario por cada sesión) por 60 (durante 15 meses que resulta del promedio entre 12 y 18 meses) sesiones psicoterapéuticas da como resultado la suma de pesos tres mil seiscientos (\$3.600,00), que deducido el 50% por el factor preexistente concausal, arroja la suma de pesos **UN MIL OCHOCIENTOS (\$1.800,00)** que corresponde sea reparado en concepto de gastos de tratamiento psicoterapéuticos (como daño emergente), que se cuantifica económica y matemáticamente en este importe (arts. 901 y 906, 1.068, 1.083 y 1.086, del Cód. Civ. y arts. 165, 472, 473, 474 del Cód. Proc.).

#### **XI.- Gastos médicos y de farmacia.**

Respecto de los gastos médicos y de farmacia, la jurisprudencia de esta Sala es abundante y se fundamenta en el art. 1.086 del Cód. Civ., que le da cabida a todas esas erogaciones de los gastos de curación necesarios para recuperar si es factible el estado de la víctima anterior al suceso dañoso.

En efecto, en el presente “sub-judice” la parte actora sufrió un accidente

en cuya historia clínica obrante a fs. 213/216, surge que fue asistido por facultativos médicos indicándosele un plan analgésico, reposo y control por consultorio externo (ver fs. 217). Destaco que dichas erogaciones deben guardar relación con las lesiones físicas transitorias sufridas, aún cuando no han sido acreditados mediante prueba documental. Por ello, y de conformidad los arts. 1086 del Cód. Civil y 165 del C.P.C.C., cuantifico económicamente este rubro en la suma de pesos **DOSCIENTOS (\$200,00)**.

#### **XII.- Las costas de ambas instancias.**

Que habida cuenta del resultado del presente pleito, corresponde que se impongan las costas generadas en Primera y Segunda instancia a la demandada vencida por aplicación del principio objetivo de la derrota (arts. 68 y 274 del C.P.C.C.).-

#### **XIII.- Planteo de pluspetitio inexcusable.**

Que a fs. 36 del libelo de responde la demandada solicita se sancione a los intervinientes conforme al art. 72 del Cód. Proc., sobre la base de una pluspetitio inexcusable.

Que en materia de daños y perjuicios cuando en el objeto de la demanda se estima el monto indemnizatorio de cada uno de los rubros reclamados, se hace bajo una formula en la cual se hace constar: “*o en lo que en más o en menos resulte de la prueba a producirse*” (según fs. 8 del escrito de inicio). En este aspecto de la cuestión, se ha sentenciado, que no se configurará “pluspetitio inexcusable” en los casos en que la estimación del actor haya quedado sujeta a las resultas de las probanzas a producirse, siempre sobre la base de un monto razonable. Tampoco existe en los supuestos de adecuación de la suma indicada en la demanda a valores actualizados, sobre todo tratándose de la reparación de daños y perjuicios en el que la condena depende del resultado de la pericia (C1ra CivCom La Plata, Sala Segunda 8/6/99, Jurisprudencia nro. 87 p. 46 cit. Fenochietto Carlos E., Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires, Ed. Astrea, Bs. As., año 2009, pág. 110).

En el presente caso bajo examen, obsérvese que el resarcimiento de los daños reclamados por el actor han prosperado todos, sin perjuicio de que su cuantificación resulta de menor cuantía a la presupuestada en la liquidación practicada en el libelo de inicio de demanda. En su consecuencia y tratándose de una demanda de daños y perjuicios, y con la salvedad “de lo que en más o en menos resulte de la prueba a producirse” y sujeta su cuantificación económica a la decisión del Juez, entiendo –a mi juicio- que no se habría operado una cuestión de pluspetitio inexcusable. Por todo ello propongo se desestime dicha petición.

Por las consideraciones legales, doctrinarias y jurisprudenciales expuestas,

**VOTO POR LA NEGATIVA.**

#### **A LA CUESTION PLANTEADA EL DOCTOR EDUARDO ANGEL R.**

##### **ALONSO dijo:**

Abocado al estudio del “sub-exámene”, debo adelantar que si bien comparto plenamente las consideraciones efectuadas por el distinguido Colega que me preside en la votación en cuanto a la naturaleza objetiva de la responsabilidad del transportista en la oportunidad y durante el decurso del transporte del pasajero – lo que me permito dar por reproducido en resguardo a la brevedad- no ha de acontecer lo propio en lo relativo a la atribución de responsabilidad a la Empresa demandada, y en su consecuencia a la

extensión de la condena a la aseguradora citada en garantía.

Y es que en tal sentido, soy de la opinión que los testimonios producidos en estas actuaciones que resultan analizados por el Colega, (de fs. 115/117 vta.) -por las razones que he de señalar párrafos adelante-, en conjunción con las pruebas instrumentales que se mentan (los boletos y la historia clínica del actor en la cual consta que fue asistido por facultativos); no alcanzan –justamente por la deficiencia de las testificales de marras a conformar un plexo probatorio suficiente para tener por acreditado que el actor sufrió un accidente mientras era transportado, toda vez que el mismo al descender del colectivo, éste último arrancó y el pasajero (acreedor- accionante) cayó al pavimento produciéndosele las lesiones motivo del pleito.

Y es que, así como acontece en todos los supuestos de responsabilidad objetiva por daño producido por riesgo o vicio de la cosa (art. 1113 del Código Civil y su doctrina) basta al accionante acreditar el contacto con la mencionada cosa (vgr. automotor) y la relación de causalidad entre tal contacto y los daños sufridos, para –en principio- generar la atribución de responsabilidad del dueño o guardián de la misma- ; en los casos como el que nos ocupa considero que invocado por quien acciona que sufrió un accidente en el momento en que revestía la calidad de pasajero de la unidad automotriz en cuestión; va de suyo es una carga ineludible de quien revista la calidad de actor de probar que el evento tuvo lugar vigente aún el decurso del contrato de transporte. Ello, como no podría ser de otra manera equivale a determinar que si el daño se produce una vez que el pasajero hubiera descendido normalmente del aludido colectivo, no cabe imputar responsabilidad alguno a la Empresa; justamente por haber acontecido el siniestro habiendo cesado el decurso del contrato de transporte de marras.

Casi huelga señalar que ello, claro ésta será así siempre que no se pruebe que la caída de quién asume –a la sazón el rol de víctima- se haya producido en el preciso momento de descender –, o sea no habiendo aún culminado la acción de bajar de la unidad automotriz, por realización de alguna por una maniobra inadecuada del chofer (como lo sería de un arranque imprevisto antes de que culminara el descenso del pasajero; situación que es la que justamente se invoca en la especie por el sujeto activo de la controversia).

Considero por que ello impone a quien demanda –mediante los medios probatorios idóneos- probar no solo la celebración del contrato de transporte –que como ha quedado dicho tanto en la sentencia de grado como en el voto precedente- se acredita en el caso sub-iudice mediante el boleto respectivo (Fotocopia certificada del boleto N° 00028339; fs. 3 de la I.P.P. incoada mediante denuncia ante el Fiscal y fs.3 de éstos obrados civiles); sino que al momento de producirse la lesión por la que reclama en justicia como pasajero transportado; ésta condición estuviera presente; vale decir no hubiera cesado.

Lo contrario sería –en mi concepto- extender al ámbito de atribución de responsabilidad más allá de la vigencia del mismo contrato que se califica como generador del daño que se reclama.

En otras palabras, a partir del momento en que el pasajero desciende del colectivo cesa la responsabilidad de su transportador –justamente por haber fenecido el aludido contrato de transporte-; ello claro está siempre –repito- que el descenso se hubiera completado totalmente y no que el colectivo hubiera reiniciado la marcha provocando su caída al piso con consecuencia lesivas para su persona (como es que se señalo “ut-supra” se alega en la especie).

Así las cosas, considero que si bien la sola circunstancia tener los declarantes cierto grado de parentesco con quien invoca resultar la víctima del siniestro (el actor Rignano Aldo Francisco) no puede tener la virtualidad, de por sí, de conducir derechamente al desmerecimiento de los dichos de los testigos que revistan tal calidad parental como acontece en la especie (con Nuñez Adrian Antonio, cuñado del accionante; Ricagno Analía Mariel, hermana del mismo y Nuñez María Amelia del Valle; los que deponen a fs.115 y vta, 116 y vta y fs. 117 y vta.; respectivamente); no lo es menos que – como resulta sabido- el testimonio de los mismos es menester que sea examinado con detenimiento y en función de otras probanzas (FENOCHIETTO, Carlos Eduardo, “Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires...”, ed. Astrea, pag. 510).

Considero que tal es lo efectuado por el “a-quo” en el “sub-examine”, ya que se ocupa de puntualizar que la única testigo que efectivamente dice haber visto la caída de la parte actora mientras esta descendía del colectivo fue su cuñada María Amelia del Valle Nuñez (resp. preg. 2da.); destacando la ausencia de ofrecimiento del testimonio la persona que bajara con la parte actora, el único testigo que justamente no se encontraba alcanzado por las estrictas cuestiones valorativas que se le alcanzan a los demás testigos de autos; así como la circunstancia de la falta de denuncia espontánea en la Comisaria y la formulada diez días después por escrito presentado Ello así de los propios dichos de los otros testificantes surge que no vieron el preciso momento en que cae el ahora actor. Y es que el testigo Nuñez había declarado que “...descendimos del colectivo, cuando baje del colectivo baje con el cochecito del bebe mientras lo estaba armando siento como que el colectivo arranca y lo veo a mi cuñado tirado en el piso...” (resp. preg. 2da); mientras de Ricagno Analía había depuesto que “...nosotros habíamos bajado del colectivo, bajo primero mi cuñada que fue la que vio todo después baje yo con mi marido y por último mi hermano que fue el que se cayó...” ( resp. a igual pregunta). Resalta amén de ello el Juzgador del Trámite la contradicción de los dichos de del Valle Nuñez con los de la actora en su escrito de demanda, ya que mientras la precitada depone que el colectivo “...paró en medio de la calle...en la calle me había bajado y me quede digamos porque ahí es donde nos bajo del colectivo ...sobre el asfalto digamos – circunstancia que por otro lado en ningún momento afirman los demás testigos-” (agrego: resp preg. 2da.); y los dichos de la propia parte actora en su escrito de inicio y en escrito de denuncia penal al referir “...En razón de tener un pie sobre la acera y el otro sobre el descanso del micro...”(agrego: fs.2 vta.y fs.1 ,respectivamente de sendos obrados precitados).

Tengo para mi que si bien –en principio- no puede dejar de compartirse lo expresado en la queja a fs. 405por el recurrente, -en el sentido de que la rigurosidad no puede ser exigida en términos que desnaturalicen la esencia de una declaración-; ya que es sabido que la diferencia de algunos detalles en las declaraciones mas que diluir la credibilidad del testimonio –según los casos hasta puede reafirmarla-, no lo es menos que la aludida contradicción amén surge de boca de la única testigo directa, y lo es con lo aseverado por la propia actora (en las oportunidades antes mentadas); no constituyendo un hecho menor que el colectivero en vez frenar en la parada arrimando la unidad a la acera, lo haga en el medio de la calle (como señala la testigo de marras), ya que ello califica negativamente su modo de conducir al realizar una maniobra harto peligrosa cual es de detener la marcha para descenso de pasajeros en el medio de la calle.

Si a ello se aduna que existe en la causa otro testimonio que contradice plenamente a los

dichos de la única testigo propiamente presencial precitada; me refiero al conductor del colectivo Benitez Walter Alfredo (fs. 320 y vta.) que declara con relación al siniestro que "...el colectivo estaba lleno y nadie del colectivo de dijo que sucediera alguno anormal (resp. preg. 3ra.); en lo cierto que si bien tal testimonio puede entenderse que está comprendido en la generales de la ley, toda vez que es indudable que el deponente tiene interés en el resultado del proceso, (vgr. por las consecuencia que el mismo podría tener indirectamente en su situación laboral); es lo cierto que el mismo interés, (claro esta que desde distinto posicionamiento en cuanto a la suerte de la acción que se impetra), cabe considerar pueden tener los parientes del aludido actor.

De otro lado el testimonio del colectivero –valorado con similares recaudos de prudencia como se ha hecho con los de la parte accionante -concepto que también puede considerarse que opera como un contraindicio en detrimento de la posición de la actora. Si efectivamente fue por una brusca maniobra que se produjo la caída del pasajero en el preciso momento del descenso, resulta –cuando menos llamativo- que los restantes pasajeros del colectivo no hayan impedido o intentado hacerlo que el conductor continuara su marcha sin prestar auxilio a la víctima. Obsérvese que de otro lado mientras la testigo Ricagno depone al responder a la cuarta repregunta de la demandada (fs. 116 vta) que "... no estaba lleno el colectivo yo me pude sentar porque me dieron el asiento..."; a su turno Del Valle Nuñez al responder a la segunda repregunta de la misma parte, dice en cambio que "... "se que estaba lleno porque venía gente parada en el colectivo..."(fs.117 vta).(art. 456 del rito y su doctrina). Todo expuesto, lleva de la mano a considerar que efectivamente si bien se a acreditado que el actor era pasajero del colectivo de la Empresa accionada, no se ha probado en cambio que la lesión sufrida lo haya sido estando vigente el contrato de transporte; lo que me impone proponer a mis distinguidos Colegas la confirmación de la sentencia de la Primera Instancia en todas sus partes.

Por todo ello, **VOTO PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA**

**A LA CUESTION PLANTEADA EL DOCTOR RAMON DOMINGO POSCA dijo:**

Por análogos fundamentos, me adhiero al voto del Sr. Vocal Preopinante.

Por ello, **VOTO POR LA NEGATIVA.**

Con lo que se terminó el acuerdo que antecede, dictándose la siguiente:

## **S E N T E N C I A**

**AUTOS Y VISTOS: CONSIDERANDO:** Conforme la votación que instruye el Acuerdo que antecede este Tribunal **RESUELVE POR MAYORIA: 1º) REVOCAR** la sentencia apelada en cuanto ha sido materia de agravios; **2º) HACER LUGAR** a la demanda interpuesta por el actor Sr. Aldo Francisco Ricagno condenándose a la demandada La Vecinal de Matanza S.A., y haciéndose extensiva la condena a su aseguradora Metropol Sociedad de Seguros Mutuos –en la medida del seguro contratado (art. 504 del Cód. Civil y 118 de la Ley de Seguros) ya sea tanto por el capital como sus accesorios, es decir sus intereses y costas causídicas, teniendo en consideración la franquicia establecida por un monto de \$40.000 a cargo del tomador del seguro (fs. 47/56)- a abonar a la primera dentro del plazo de 10 días de quedar firme la presente y bajo apercibimiento de ejecución, al íntegro pago de la suma de **pesos DIECIOCHO**

**MIL (\$18.000,00)**, por los conceptos resarcitorios descriptos precedentemente con más sus intereses y costas causadas en ambas instancias; **3° FIJAR** en concepto de intereses la tasa pasiva que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones de depósitos a plazo fijo renovables cada treinta días desde la fecha en que se cometió el hecho ilícito en la cual el demandado quedó constituido en mora (art. 509 del Còd. Civil) hasta la fecha de su integro y total pago que se aplicaran sobre el capital de la condena y que deberá abonar el demandado a su acreedora; **4° DEJAR SIN EFECTO** las regulaciones de honorarios practicadas a favor de los profesionales abogados y peritos intervinientes considerándose abstractos los recursos de apelación y sus fundamentos que oportunamente interpusieron los profesionales actuantes en autos; **5° IMPONER** las costas generadas en Primera y Segunda instancia a la demandada vencida, ello en atención al modo en que se resuelve la presente contienda judicial y por aplicación del criterio objetivo de la derrota (arts. 68 y 274 del C.P.C.C.); **6° DESESTIMAR** el planteo de pluspetitio inexcusable; **7° DIFERIR** la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes para su oportunidad (art. 31. Decreto Ley 8904/77).- **REGISTRESE. NOTIFIQUESE. DEVUELVA SE. Fdo.: Dr. José Nicolás Taraborrelli, Dr. Ramón Domingo Posca, Dr. Eduardo Angel R. Alonso. – Jueces- Ante mi: Dra. Edith Irene Rota – Secretaria-**