

"Moyano Andrea Susana /Ferrovías S.A.C s/ daños y perjuicios" causa nº SI-44735-2009

Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Isidro. Sala III, 1 de octubre de 2013

En la ciudad de San Isidro, a los 01 días del mes de Octubre de 2013, se reúnen en Acuerdo los señores Jueces de la **Sala Tercera de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Isidro**, doctores JUAN IGNACIO KRAUSE y MARIA IRUPÉ SOLANS, para dictar sentencia definitiva en el juicio: **"MOYANO ANDREA SUSANA /FERROVÍAS S.A.C S/ DAÑOS Y PERJUICIOS" causa nº SI-44735-2009** y habiéndose oportunamente practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código Procesal Civil y Comercial), resulta que debe observarse el siguiente orden: Dres. Krause y Soláns, resolviéndose plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S

1ª ¿Es justa la sentencia apelada?

2ª ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

V O T A C I Ó N

A la primera cuestión, el señor Juez doctor Krause dijo:

1º) La sentencia de fs. 484/493 hizo lugar a la demanda de daños y perjuicios promovida por Andrea Susana Moyano contra Ferrovías S.A.C., condenándola a abonar la suma de \$ 130.000 más intereses y costas. Hizo extensiva la condena a La Meridional Compañía Argentina de Seguros S.A., declarando inoponible a la actora la franquicia prevista en la póliza contratada por el asegurado.

Apelan la demandada Ferrovías S.A.C. a fs. 504, conforme agravios de fs. 515/531, contestados a fs. 543/54 y la citada en garantía a fs. 504, conforme agravios de fs. 532/540, contestados a fs. 555/562.

Con la declaración de los testigos ofrecidos por la actora, la sentenciante tuvo por probado el hecho que fuera negado por la accionada, esto es, que el día 27 de noviembre de 2008, resultó herida en su cabeza por una piedra que entró por la ventanilla del tren en el que viajaba perteneciente a la empresa demandada. Consideró que como prestataria de un servicio público concesionado no cumplió con la obligación de seguridad establecida por el contrato de concesión ni con su obligación de contribuir eficazmente a la adecuada prevención de actividades delictivas contra los transportados. Descartó la causal de eximición invocada -culpa de un tercero- por no acreditar la demandada que el hecho del tercero hubiera sido imprevisto, inevitable o extraño a la actividad que la empresa realiza.

Se agravan la demandada y citada en garantía por la valoración de la prueba efectuada para tener por acreditado el hecho negado por su parte. Afirma la accionada que la empresa lleva registro de lo que ocurre en el corredor vial y que de haber existido el apedreamiento en el lugar y horario que menciona la actora, inmediatamente el puesto de control hubiera procedido a confeccionar las denuncias correspondientes, lo cual no ocurrió. Se queja porque los testimonios que aportó fueron valorados en forma subjetiva, por la simple circunstancia de ser dependientes suyos y los testimonios propuestos por la actora fueron interpretados en forma forzada. Por su parte, la citada en garantía afirma que el testimonio de Fernández ofrecido por la actora es contradictorio y parcial.

2º) No está en discusión la aplicación al caso de la responsabilidad emergente de los arts. 1.113 del Código Civil y 184 del Código de Comercio. En este marco, negada la existencia del hecho como aquí lo hiciera la demandada, la actora debe demostrar el daño, la participación en el mismo de una cosa viciada o generadora de riesgo, que el demandado es dueño o guardián y la relación de causalidad entre el primero, el hecho y la cosa (conf. causa 100.177 del 7-6-06 de la entonces Sala II). Todo ello constituye un presupuesto de la pretensión que debe demostrar quien la invoca (causa 99.639 del 31-8-06, 54.418 del 31-5-91 de la Sala II, causas 106.588 del 5-5-09 RSD:29/09 y 104.894 del 22-11-11 RSD: 165/11 de esta Sala III).

Como prueba de sus encontrados puntos de vista, las partes ofrecieron prueba testimonial, la actora para acreditar el hecho invocado, y la demandada para demostrar -tal como lo afirmara al contestar la demanda- que él no existió. Se queja la demandada de la valoración de los testimonios pues sostiene que el Juez dio preponderancia a los testigos propuestos por la actora sobre los ofrecidos por su parte por el hecho de ser dependientes suyos.

Cabe destacar que al juez corresponde determinar, mediante una crítica severa de cada uno y del conjunto de los testimonios, si debe descartarlos o dar credibilidad a uno o varios, a partir de la valoración minuciosa de todos ellos tanto en el aspecto subjetivo cuanto en el objetivo (conf. Devis Echandía, "Teoría General de la Prueba Judicial", Tº II, pág. 283; causa 39.413 del 2-7-85 de la Sala IIª; causas 107.320 del 10-9-09; 108.216, 108.213 del 30-12-09 y SI42.110-8 del 22-8-13 RSD 102/13 de esta Sala IIIª). La crítica de la exactitud o veracidad de las declaraciones de testigos consiste en determinar si lo declarado de buena fe por el testigo corresponde o no a la realidad o verdad de los hechos, de acuerdo con la razón de su dicho y el contenido de las demás pruebas, la posibilidad o verosimilitud de sus percepciones y de los hechos que de éstas deduce, la fidelidad de sus recuerdos y de su narración, esto es, si incurrió o no en error (Devis Echandía, ob. cit., 3ª ed. argentina, Tº II, pág. 249; causas 108.697 del 20-5-2010 RSD: 53/2010, 111.604 del 25-10-11 RSD:139/11 y SI-43.344-2009 del 7-5-13 RSD 40/13 de Sala III).

Entrando en el análisis de los testimonios, declaró el testigo Fernández que viajaba en el mismo tren que la actora, sentado en el lado derecho, enfrentado a aquélla; que escuchó "un estallido que parecían tiros", se agachó y cuando se levantó vio a la actora tirada en el piso y una piedra del tamaño de un puño (fs. 237). Contrariamente a lo que pretenden los recurrentes, no resta fuerza probatoria a su declaración el hecho que haya descrito haber escuchado un estallido que adjudicó al vidrio de la ventanilla donde iba sentada la actora, pues ante un episodio de tal naturaleza, y ante su lógica reacción de arrojar al piso, resulta previsible que su relato carezca de precisiones o que algunos datos no coincidan exactamente con el relato de la actora, teniendo en cuenta que declaró transcurridos más de dos años de ocurrido el episodio (art. 456 del C.P.C.C.). Es que la posibilidad de error del testigo respecto de detalles crece en proporción al tiempo transcurrido, lo sospechoso es la estricta precisión sobre aquéllos luego de un extenso período de tiempo (ver Couture, "Estudios de Derecho Procesal Civil", Ediar 1949, págs. 212 y sigs.; causa 108.585 del 4/3/2010 RSD: 13/2010 de Sala IIIª). Por lo demás el relato de la actora no se contradice con

el del testigo como pretenden los apelantes, pues en ningún momento la accionante habló de una sola piedra arrojada a su ventana, sino que describió a varios sujetos arrojando piedras y cascotes de gran tamaño al tren, impactando una de ellas en el lateral derecho de su cabeza (fs. 77). Que tal ataque provocara los ruidos que el testigo Fernández describió como "estallido" no quita veracidad a su relato puesto que tal estallido -que no implica rotura del vidrio- no significa que necesariamente fuera provocado por la piedra que hirió a la actora. Por ello no tiene incidencia en el caso el material del que estuvieran fabricadas las ventanas del tren, al que reiteradamente se refiere la demandada en su agravios, puesto que no se trata de si pudo romperse un vidrio sino si la piedra arrojada ingresó al vagón lesionando a la actora. (art. 354 del C.P.C.C.).

Por su parte el testigo Medina relató que viajaba en el tren pero en diferente vagón que la actora; escuchó gritos y ruidos de que estaban apedreando el tren, se levantó a ver que pasaba y vio a la actora tirada en el piso con una persona que la socorría. En coincidencia con lo relatado por la actora, indicó que al costado de la vía en ese momento había chicos tirando piedras (fs. 291).

He de destacar que los testigos de la accionante efectuaron un relato coherente de lo que vieron, escucharon y percibieron explicando las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que sucedieron los hechos que presenciaron (arts. 438 y sig. del C.P.C.C.). No se desprende de los testimonios -formalmente válidos- el incumplimiento de los requisitos de fondo extrínsecos (como su conducencia, la pertinencia de los hechos narrados, la ausencia de prohibición legal para investigarlos, la capacidad del testigo y la ausencia de impedimentos legales) o intrínsecos (que contemplan la crítica interna del testimonio en su aspecto subjetivo: referido a su buena fe o sinceridad, y en el objetivo, que contempla su exactitud o veracidad y su credibilidad; conf. Devis Echandía "Compendio de la Prueba Judicial Tº II, pág 91, ed. Rubinzal-Culzoni), que influyan negativamente en su eficacia probatoria, habiendo tenido la contraparte la posibilidad de repreguntar en la audiencia para despejar las dudas que los dichos del testigo pudieran haberle generado (arts. 440 y 456 del C.P.C.C., conf. causas D-2522/2007 del 13-3-12 RSD 17/12, SI-43.344-2009 del 7-5-13 RSD 40/13 de Sala III).

Por lo demás, los cuestionamientos que genera a la demandada la forma en que la actora logró la declaración de los testigos en la causa, no se sustentan con pruebas objetivas de las que pueda inferirse una razonable duda sobre la veracidad de su declaraciones, resultando, entonces, una crítica subjetiva del apelante insuficiente como fundamentación del recurso (arts. 260 y 456 CPCC).

Tampoco resultan atendibles los agravios de la citada en garantía con los que pretende demostrar las contradicciones en las que habría incurrido el testigo Fernández. Ninguna contradicción se advierte en su afirmación de haber ayudado a la actora a levantarse y no haberla visto lastimada, pues ni de la demanda ni de la historia clínica de la actora surge que a raíz del golpe sufriera heridas cortantes o evidentes que pudieran ser advertidas por el testigo (fs. 76/98 y 375/380; fs. 237); resultando una falacia, por otra parte, la conclusión a la que arriba el apelante en cuanto afirma que si el testigo no vio a la actora lastimada no vio el accidente; siendo también subjetiva su apreciación respecto a que no es posible que frente a un incidente de la magnitud descripta por la actora sólo ella resultara herida (art. 260 del C.P.C.C.).

Cabe destacar además, que se adjuntó a la causa la denuncia policial efectuada por la actora de fecha concordante con el hecho que se ventila (fs. 4/5 y 220/223) y la historia clínica del Hospital de Pediatría Federico Falcón donde está asentada la atención en igual fecha a la paciente Andrea Susana Moyano con diagnóstico de T.E.C simple (fs.475/380), constando también en la causa penal ofrecida como prueba por la actora sin oposición de la contraparte, fotocopia del boleto de tren correspondiente a la fecha del hecho denunciado y constancia de atención médica en el Hospital Falcón también en esa fecha (fs. 3 y 4 causa penal), todo lo cual da sustento a los hechos narrados por los testigos y lleva a concluir que no hay error en la valoración efectuada por el Sr. Juez aquo (art. 384 del C.P.C.C.).

Por otra parte, contrariamente a lo que afirma la accionada, los testigos ofrecidos por su parte nada aportan en respaldo de su versión, pues ambos relatan el procedimiento que se genera a partir de la ocurrencia de algún incidente, accidente o anomalía ocurridos en el tren o en la estación, pero ninguno afirma haber estado en el tren donde el hecho ocurrió ni en la estación donde luego la actora intentara denunciar el hecho; es decir, ninguno de ellos corrobora que el hecho en concreto no existió, y es por esta razón, -y no por el sólo hecho de ser dependientes de Ferrovías- que sus testimonios carecen de valor probatorio en el sentido que pretende la accionada. No son prueba suficiente las afirmaciones respecto a que si no hay registro de un siniestro en el libro de novedades dispuesto a tal fin, es porque la persona damnificada no hizo la denuncia o bien el hecho no ocurrió (test. Avella, a la 8º y test. Regueira a la 6º), pues la falta de asiento en los libros puede deberse a múltiples motivos ajenos a la voluntad de la víctima e incluso a la ocurrencia del hecho, encontrándose, en el caso, la presunción sobre la inexistencia del hecho generada por la ausencia de registro, desvirtuada por las pruebas anteriormente reseñadas (arts.375 y 384 del C.P.C.C.). En tal sentido cabe destacar que de la proposición verdadera que propugna la demandada y que avalan los testigos -esto es que no hay constancia del hecho en los libros de la empresa- no se concluye lógicamente como pretende la recurrente que el hecho no existió, pues siguiendo este razonamiento, la simple omisión del registro del incidente bastaría para deslindar la responsabilidad de la empresa concesionaria del tren, lo cual colocaría al usuario en una situación de absoluta indefensión al momento de tener que probarlo, por lo que la apreciación de los hechos debe servirse de todos los elementos aportados y no únicamente a los datos vertidos por los dependientes en los registros de la demandada (arts. 375 384 y conc. del C.P.C.C.).

No abunda agregar a lo expuesto que, no obstante el detallado informe brindado por los testigos sobre el procedimiento que lleva a cabo la empresa ante la ocurrencia de algún incidente, que se inicia -según lo declarado- con la intervención del guarda, el conductor o ayudante y/o el auxiliar de la estación según el caso (test. Avella y Regueira fs. 240 y 242), la empresa demandada omitió ofrecer la declaración de dichas personas que eventualmente habrían estado en condiciones de detallar -ya no el procedimiento en general como hicieran los testigos ofrecidos-, sino lo ocurrido en particular el día del hecho denunciado por la actora (art. 375 del C.P.C.C.). En tal sentido cabe destacar que se deben valorar con estrictez las pruebas aportadas, cuando la parte interesada prescinde de la más adecuada a la naturaleza de los hechos a acreditar. Ello porque, siendo la elección de los medios de prueba un asunto privativo suyo, el justiciable debe soportar las consecuencias de omitir los más convenientes para su propio interés (arts. 375, 376 CPCC, causas 108.869 del 6-12-2010 RSD:31/2010, D1054/5 del 7-5-13 RSD 41/13 y D12822/03 del 30-4-13 RSD 37/13 de Sala III).

La prueba rendida por la actora, entonces, valorada de acuerdo a las reglas de la sana crítica respalda su versión y no ha sido desvirtuada por prueba de la contraparte, permitiendo tener por acreditada la ocurrencia del hecho denunciado en la demanda el día 27-11-08 a bordo del tren de la empresa Ferrovías S.A.C. (arts. 375, 384, 163 in fine del C.P.C.C.).

Corresponde, pues, desestimar los agravios de la recurrente en este aspecto.

3º) Se agravia la demandada por la valoración de la Sra. Juez "aquo" del eximente de responsabilidad planteado -culpa de un tercero por el cual no debe responder-. Responsabilidad ferroviaria.

Demostrada como ha quedado la ocurrencia del hecho dañoso en el servicio de trenes que explota la demandada, cabe recordar que -tal como decide la sentencia- la cuestión en litigio se subsume en la aplicación del art. 184 del Cód. Comercio y en el régimen legal en materia ferroviaria integrado por las disposiciones de la ley 2.873 (ADLA., 1889/1919, pág. 239, arts. 11 y 35) y el Reglamento General de Ferrocarriles aprobado por el decreto 90.325/36. Dichas normas contienen normas específicas que rigen la responsabilidad del porteador, y que -referidas a los perjuicios sufridos por los pasajeros en su transporte- establecen la responsabilidad objetiva del ferrocarril, si no ha mediado fuerza mayor, culpa de la víctima, o de un tercero por quien no debe responder.

La hipótesis contemplada en la parte final del art. 184 del Código de Comercio se refiere a la culpa de un tercero por quien la empresa no es civilmente responsable; tal eximente configura un supuesto particular de caso fortuito (C.S.J.N., "Santamarina M. c. Ferrocarriles Argentinos" del 13-11-90, L.L. 1991-B,525; Llambías, "Tratado de Derecho Civil, Obligaciones 4ª ed. t. I, pág. 229; Bustamante Alsina, "Teoría General de la Responsabilidad Civil", nº 728), y para que pueda admitírsela como eximente debe revestir los caracteres de imprevisibilidad e irresistibilidad propias del casus, recayendo sobre quien la esgrime la carga de la prueba de la ocurrencia de tales requisitos (art. 375 del C.P.C.C.; conf. Llambías op. cit. nº 189/195 y nº 206; Bustamante Alsina op.cit. nº 711/717; art. 65 ley 2873; causas 97.115 del 5-06-5, 82.488 del 30-3-2000, 88.457 del 22-10-2002 de la Sala II; CNCiv. y Com. Fed., Sala IIª, causa 49.287 del 4/3/99 "Soule c/Ferrocarriles Metropolitanos"; causa 106.468 del 16-4-09 RSD 11/09 de Sala III).

Desde tal vértice, la agresión sufrida por la actora no fue imprevisible, infringiendo la demandada su deber de poner en práctica las medidas necesarias para la seguridad de las personas (art. 11 y 35 ley 2873), no habiendo la empresa dado muestra de haber intentado un remedio eficiente para evitar este tipo de sucesos (art. 184 Cód. Com.; art. 65 ley 2873). Así lo concluyó la Sra. Juez "aquo" al determinar que ninguna prueba ha producido el accionado tendiente a demostrar que extremó las medidas de seguridad de acuerdo con la previsión que actos como el que motivan esta causa impone, acreditando, por ejemplo, que cumplió con la obligación de cerrar la zona aledaña a las vías o que no era necesario u obligatorio cerrarla, o que hubiera denunciado ello a la autoridad competente para que adoptara los recaudos de seguridad necesarios. Es que si bien la actora hizo referencia al alambrado que delimita el terreno del ferrocarril, es claro que tal medida no resulta suficiente para impedir el acceso de personas a la zona cercana a la vía, que según la testifical rendida, resulta habitual. Al respecto relató el testigo Medina que casi siempre hay chicos en las vías del ferrocarril que apedrean a los trenes; que no hay casi guardas ni policías y que no hay seguridad para los usuarios (fs. 291 a la 2º; arts. 456 y 384 del C.P.C.C.).

Cabe destacar que las amplias medidas de seguridad que afirma haber implementados la demandada a lo largo de la traza ferroviaria no surgen acreditadas en autos pues ninguna prueba produjo la accionada para demostrarlas (arts. 375 y 384 del C.P.C.C.). Se limitó a informar a través de sus dependientes como se desarrolla el proceso que habría de iniciarse ante una eventual denuncia y que las ventanas de los trenes son de policarbonato (test. Avella fs. 240 y Regueira fs. 242), lo cual, a todas luces resulta insuficiente para enervar la conclusión de la sentenciante en cuanto tuvo por no acreditado el cumplimiento por parte de la empresa de medidas tendientes a evitar el ingreso de vándalos a la zona lindante a las vías cuyo control y poder de policía corresponde al concesionario (arts. 375, 384 y 260 del C.P.C.C.).

Así entonces y aunque es cierto que la obligación de seguridad que asumió la aquí accionada, conforme las normas que regulan su actividad, no puede conducir hasta la exigencia de que los transportistas se constituyan en guardianes del orden social a fin de reprimir inconductas como la que en el caso nos ocupa (C.S.N., "B.L.A. y otra c/ Buenos Aires Provincia y otra s/ daños y perjuicios", 16-2-99, en E.D. del 10-8-99), también lo es que, en el caso, la responsabilidad de la accionada no se sustenta en semejante exigencia sino en la circunstancia de no haber demostrado que tomara alguna medida de seguridad para evitar el hecho acaecido, cuya previsibilidad tampoco pudo descartarse (causa 106.468 del 16-4-09 RSD 11/09 de Sala III).

Así pues la responsabilidad atribuida en la sentencia a la demandada no lo ha sido por no haber asumido la obligación de guardar el orden social que no le compete, sino por no acreditar haber tomado medidas adecuadas a fin de prevenir, y en lo posible evitar, hechos como el de autos lo que le impide -conforme lo ya expuesto- invocar el caso fortuito. Tal es, en definitiva, la conclusión de la sentencia apelada y nada respecto de las medidas incumplidas que en ella se le imputan, ha merecido objeción fundada en pruebas objetivas (art. 260 del C.P.C.C.).

Corresponde, entonces, confirmar la sentencia en cuanto ha concluido en la responsabilidad de la demandada, desestimando también en este aspecto los agravios.

4º) Se agravia la demandada por la indemnización fijada en concepto de incapacidad (\$ 90.000).

Se queja por la valoración de la pericia efectuada en la sentencia que no tuvo en cuenta las impugnaciones de su parte. Afirma que las lesiones de la actora bien pudieron ser preexistentes al hecho que se ventila y que ello no fue analizado, pues tal posibilidad no fue descartada ni negada en el informe pericial, sino que el perito describió las afecciones tomando como punto de partida la existencia del evento negado por su parte. Se agravia también por el monto al que considera excesivo e injustificado.

La incapacidad de las lesiones sufridas como consecuencia de un hecho ilícito constituye un quebrantamiento patrimonial como consecuencia de una disminución efectiva e irreversible de las facultades físicas y psíquicas de quien las padece. Es del caso señalar que cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas en forma permanente, esta incapacidad

debe ser objeto de reparación al margen de lo que puede corresponder por el perjuicio de la actividad productiva y por el daño moral, ya que la integridad física tiene por sí misma un valor indemnizatorio y su lesión corresponde a más de aquella actividad económica, a diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, cultural o social y a la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida. El menoscabo derivado de las lesiones provocadas por un hecho ilícito, debe ser indemnizado según el conjunto total de actividades del sujeto y la proyección que la secuela del accidente tiene sobre su personalidad integral, por lo que la estimación del monto adecuado no se sujeta a una tabulación prefijada: es necesario considerar toda circunstancia que caracterice a la víctima: su edad, sexo, estado civil, cargas de familia, nivel socio-económico y cualquier otro dato que demuestre la situación preexistente (arts. 902, 1068, 1069, 1083 y ccds., C. Civil; causa 106.468 del 16-4-09 RSD: 11/09 de Sala III).

En el caso, la Sra. Juez "aquo" analizó en forma acabada las circunstancias del caso, en base a lo dictaminado por el perito y los dichos de los testigos. Por ello, resulta insuficiente para demostrar el error en la valoración de la prueba, el argumento del apelante en cuanto sostiene que no se analizó si las lesiones de la actora son preexistentes al hecho de autos, pues ello no es más que una hipótesis que presenta el apelante pretendiendo respaldar su postura, que no encuentra sustento en las pruebas producidas, resultando, entonces, sólo una crítica infundada de las razones dadas por la Sra. Juez al analizar el daño, que no demuestran el error que se le atribuye (arts. 384 y 260 del C.P.C.C.). Cabe destacar al respecto que no basta con criticar que el juez no considerara las discrepancias con las conclusiones del perito, si así no se demuestra concreta y razonadamente en qué concurriría su omitida consideración a una solución distinta (causa SI-20682-9, RSI 72 del 22-12 de Sala III). Para conectar causalmente las lesiones con el hecho dañoso el perito fundó el dictamen -no sólo en los dichos de la actora como pretende la recurrente-, sino que analizó la totalidad de las constancias médicas obrantes en la causa, además del examen efectuado al momento de la pericia (fs. 399/402 y 415; art. 474 del C.P.C.C.). Por ello, si como aquí ocurre, el análisis formulado por el perito consiste en un estudio fundado y sus conclusiones surgen como consecuencias lógicas, debe estarse a ellas a falta de pruebas que la destruyan, no bastando para ello las meras afirmaciones o discrepancias subjetivas de las partes con el dictamen (art. 474 del C.P.C.; conf. Morello y otros, "Códigos.", 1ª ed., vol. V, pág.230; causas 106.439, del 1-4-09, 107.771 RSD 116, del 13-10-2009 y 107.542 RSI 226/11 del 28-6-11 DE Sala III).

En cuanto al monto estimado, surge de las constancias de autos que la actora como consecuencia del traumatismo de cráneo sin pérdida de conocimiento y de raquis columnario sufrido por el golpe provocado por la piedra, sufre cefaleas reiteradas, mareos, episodios de pérdida de conocimiento, dolores columnarios cervicales y dorsolumbares (fs. 399/402 y 425). De sus circunstancias personales surge que tiene hijos (fs. 238 y 239), que era ama de casa y que tenía 35 años al momento del accidente (fs. 220/223).

Teniendo en cuenta, entonces, las secuelas descriptas y aun las psíquicas consideradas en la sentencia no cuestionadas por el apelante, y las escasas circunstancias personales de la víctima acreditadas en la causa, considero excesiva la suma otorgada por el rubro en estudio y propongo reducirla a la suma de sesenta mil pesos (\$ 60.000).

5º) Se agravan la demandada y la citada en garantía por el monto fijado en concepto de daño moral (\$ 30.000).

Sostiene la demandada que la actora debió acreditar la existencia del pretendido daño, pues tratándose de un concepto cuya valoración y cuantía resultan de parámetros subjetivos, debe extremarse el cuidado y la prudencia al otorgarlo para no incurrir en un enriquecimiento incausado. Destaca que el art. 1078, a diferencia de lo que decide la Sra. Juez aquo, no exime de demostrar y probar el pretense daño moral. La citada en garantía lo considera desmesurado en relación a las lesiones sufridas y circunstancias del caso.

Contrariamente a lo que sostiene la demandada, en el caso de lesiones física, el daño moral no requiere prueba específica alguna en cuanto ha de tenérselo demostrado por el solo hecho de la acción antijurídica -prueba in re ipsa-, y es el responsable del hecho dañoso a quien incumbe acreditar la existencia de una situación objetiva que excluyera la posibilidad de un dolor moral ("Ac. y Sent." 1988-II, 114; D.J.B.A. 138, 655, Ac. 57435 del 8-7-1997, 95.646 frl 7-5-2008)

Por lo demás el art. 1078 del C. Civil impone al victimario reparar el daño moral, pero no zanja las dificultades que emergen a la hora de justipreciarlo, ya que dicho daño -por su propia naturaleza- no es mensurable con parámetros estrictamente objetivos ni por procedimientos matemáticos. Ello así solo cabe atenerse a un criterio fluido que permita la adecuada ponderación del menoscabo a las afecciones íntimas del damnificado y que se configuran en su ámbito espiritual, quedando sujeto el monto indemnizatorio a la circunspección y discrecionalidad del juez (Cám. 2ª La Plata, sala 1ª; causa B-77.650 del 4-8-94, sum. JUBA B-250170, causa 85.839 del 19-12-2000). Para representárselo adecuadamente, conviene computar todas las circunstancias del caso, tanto la de naturaleza objetiva (la índole del hecho lesivo y sus repercusiones), como las personales y subjetivas de la propia víctima (causas 108.059 del 12-11-2009 RSD:140/09 y 108.662 del 26-3-10 RSD 25/10 y SI3243/2010 del 20-12-12 RSD 139/12 de Sala III).

Ha de meritarse, en la especie, que la actora recibió un golpe de piedra en su cabeza mientras viajaba sentada en el tren intentando llegar a su hogar; que a raíz del golpe sufrió un traumatismo encefalocraneano sin pérdida de conocimiento y un traumatismo de columna, por el cual fue atendida en el Hospital de Pediatría Federico Falcon, debiendo luego realizar diversas consultas en diferentes centros de atención médica ante la persistencia de síntomas tales como cefaleas, cervicalgias, mareos, etc. (fs. 401 vta.; 263/283, 315/325, 375/380; art. 384 del C.P.C.C.).

Teniendo en cuenta, entonces, los padecimientos descriptos a los 35 años de edad, con hijos a su cargo (fs. 238 y 239), considero adecuada la indemnización fijada por este concepto y propongo confirmar la sentencia en este aspecto, desestimando los agravios de los apelantes.

6º) Se agravia la citada en garantía por el monto fijado en concepto de gastos (\$ 3.000).

Sostiene el apelante que el Juez sostuvo la procedencia del rubro en base a que la actora se encuentra impedida de hacer por sí, los más simples y sencillos actos cotidianos, sin la más mínima fundamentación fáctica y jurídica.

No le asiste razón.

En efecto; para cuantificar el rubro, la sentenciante tuvo en consideración la documental reconocida en autos y la estimación del perito sobre el costo de las consultas médicas y el tratamiento kinésico que requirió el traumatismo de la actora. Y nada de ello es rebatido por el apelante en los agravios, desde que argumenta en contra de fundamentos que no surgen de la sentencia. No puede existir una crítica concreta y razonada de la sentencia en la argumentación que desconoce los fundamentos del fallo atribuyéndole decir lo que no dice u omitir lo que efectivamente dice. No se expresa agravios tergiversando el texto y el sentido de la sentencias sino demostrando sus errores (causa A-3326-4, r.i. 280, del 31-07-12 de Sala III).

Por lo expuesto, corresponde desestimar, sin más los agravios del recurrente, confirmando la sentencia en este aspecto.

7º) Se agravia la citada en garantía por la suma fijada para afrontar los tratamientos de psicoterapia (\$ 7.200).

Sostiene que luego de haber fijado una indemnización por incapacidad física y psíquica no corresponde indemnizar el costo del tratamiento, pues se admitiría una superposición de rubros.

El agravio no puede prosperar.

Tiene dicho nuestro Superior Tribunal que "...no es improcedente reparar conjuntamente la incapacidad psicológica y los gastos necesarios para su tratamiento, agregando que ello sólo sería así en la medida en que se hubiera acreditado cabalmente que la terapia incidiría sobre el porcentaje invalidante atribuido..., es decir, que el tratamiento tuviera efectos "curativos" (disminuyendo la minusvalía proyectada) y no meramente "paliativos" (tendiente a evitar un mayor daño) (S.C.B.A. Ac. 92681 del 14-9-11; causa SI 13.164-2010 del 20-9-12 RSD 98/12 de Sala III).

En este marco, habiendo admitido la procedencia de la incapacidad psíquica, el apelante no demuestra en los agravios que se de, en el caso concreto, el supuesto de improcedencia previsto por el Superior Tribunal (art. 260 del C.P.C.C.).

No estando demostrado, entonces, que en el caso la decisión del Juez implique una doble indemnización a favor de la víctima, corresponde desestimar los agravios y confirmar también en este aspecto la sentencia.

8º) Se agravia la citada en garantía por la decisión de declarar inoponible a la damnificada la franquicia prevista en la póliza contratada por el asegurado.

Declaró la Suprema Corte que si bien el objeto del seguro de responsabilidad civil es mantener indemne al asegurado (art.109 L.S.), y no constituye una estipulación en favor de terceros, no es menos cierto que al damnificado puede serle resguardada la efectiva percepción de su crédito con la presencia de un legitimado solvente (que no es deudor respecto del tercero). Pero así como a raíz de la comparecencia del asegurador recibe un beneficio, traducido en un privilegio sobre la suma asegurada (art. 118 L.S.), debe aceptar todos los términos del contrato, aún aquellos que eliminen o restrinjan la garantía de indemnidad (S.C.B.A., Ac. 40.329 del 19-9-89).

Así entonces, si el tercero tiene derecho a citar a la aseguradora y ver respaldada la percepción de su crédito con la participación de un legitimado solvente -obligado a responder en virtud del contrato-, tal beneficio otorgado al acreedor genera a su vez una correlativa obligación de aceptar los términos de tal contrato incluso los que limitan la responsabilidad de la aseguradora (causas 106.180, 106.181 y 106.179 del 5-5-09 y D-3530-5 del 15-3-12 del 22/12 de Sala III).

En el contrato de seguro existe un acuerdo de voluntades entre sus estipulantes que implica, por lo menos, la coincidencia de ambas sobre la determinación del riesgo cuya cobertura se intenta. A ese efecto se utilizan enunciaciones taxativas, que son positivas -de situaciones, cosas e intereses considerados para el amparo-, y negativas -de situaciones excluidas en particular de esa cobertura-. El conjunto de tales delimitaciones perfila el denominado riesgo asegurable. Desbordadas las mismas, no existe seguro (arts. 499, 910, 1144 y sigs., 1197, 1198 C. Civil; 1, 11, 12, 60, 109 y conchs., ley 17.418). Una de ellas es la franquicia, o "descubierto obligatorio", limitación de la prestación del asegurador que se verifica cuando el asegurado está obligado a conservar a su costa una cierta parte del daño, cualquiera sea la importancia del mismo. Tiene por propósito estimular la prevención del siniestro y el cuidado del riesgo en aquellos casos en que la diligencia del asegurado puede influir para reducir la posibilidad de acaecimiento de aquél, como ocurre en diversas ramas del seguro, sin excluir el de responsabilidad civil (conf., Meilij y Barbato, "Tratado de Derecho de Seguros", ZEUS 1975, págs. 261/262).

Por estar pactado con anterioridad al siniestro, su invocación es una defensa oponible por el asegurador en la citación en garantía (art. 118, ley 17.418). Las delimitaciones así decididas responden a fundamentos técnicos actuariales, que responden a su vez a las características de dicho universo de tomadores, que -por lo menos, por la obvia razón de la intensidad de la explotación del servicio público- arriesgan estadísticamente un nivel de "siniestralidad" diferente al de, por ejemplo, turismo de uso particular. Y que confluyen en la determinación de la prima neta o pura, entendida como el valor del riesgo, calculado según una hipótesis estadística y una hipótesis financiera (Halperin, "Contrato de Seguro", ed. Depalma 1970, págs. 240/242), a modo de asegurar el carácter aleatorio propio del contrato de seguro (doctr. art. 2051 Código Civil; causas 108.515 del 2-3-10 y D-3530-5 del 15-3-12 del 22/12 de Sala III).

Por otra parte, reconociendo implícitamente la constitucionalidad de la norma cuestionada, nuestro Superior Tribunal Federal, tal como lo sostiene la demandada en sus agravios, ha decidido sobre este tema que la franquicia prevista en el contrato de seguro celebrado entre la compañía de seguros y el asegurado es oponible al tercero damnificado y que la sentencia no podrá ser ejecutada contra la aseguradora sino en los límites de la contratación (conf. "Nieto, Nicolasa del Valle" -Fallos: 329:3054- y Causa 724.XLI "Cuello, Patricia Dorotea c/ Lucena Pedro Antonio" fallada el 7/8/2007; y, recientemente, en el "Recurso de hecho

deducido por la Economía Comercial S.A. de Seguros Generales en la causa Villarreal, D. A.c/ Fernández, A. A.", del 4/3/2008; causa 107.083 del 2-6-09, D-3530-5 del 15-3-12 del 22/12 de Sala III).

Así entonces, ha de hacerse lugar a los agravios debiendo la compañía aseguradora responder por la condena en la medida del seguro contratado, modificando en este aspecto la inoponibilidad de la franquicia decidida en la sentencia.

9º) Se queja la demandada por la aplicación de intereses a una sentencia cuyo capital ha sido calculado a valores actuales.

Para la Excm. Suprema Corte de nuestro estado, los intereses por la indemnización en un hecho ilícito son de carácter compensatorio y no moratorio, por lo que se deben desde el día en que aquél ocurrió (S.C.B.A., Ac. 24.347 del 4-7-78, "Ac. y Sent." 1978-II, 201; causas 106.288 del 3-3-09 y D-3530-5 del 15-3-12 RSD 22/12 de Sala III), siendo aquel principio el que mejor se compadece con la idea de indemnización integral que inspira en la materia a nuestra legislación (S.C.B.A., Ac. 40.669 del 12-9-89). Cabe destacar además, que más allá de la suposición del apelante respecto a que la sentencia ha calculado los montos a valores actuales, el art. 4 de la ley 25.561 (que modificó la redacción del art. 7 de la ley 23.928), dispone que en ningún caso se admitirá la actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deudor, con las salvedades previstas en la misma ley (art. 11 de la ley 25.561 texto según art. 3 de la ley 25.820, v. ley 25.713; causa nº 95.451 r.i.377/04 de Sala II; causa 93.488 del 13-7-10 RSD 82/10 D-3530-5 del 15-3-12 RSD 22/12 de esta Sala IIIª). Si bien este Tribunal antaño ha considerado que, en tanto accedan a un capital actualizado al compás de la desvalorización monetaria, los intereses debían calcularse a la tasa "pura" del 6% anual, esa circunstancia dejó de gravitar vigente la ley 23.928, porque su art. 8º impide considerarla a partir del 1º de abril de 1991 (causa 57.102 del 29-5-92, 61.842 DEL 13-12-93 de la Sala IIª). Así La Excm. Suprema Corte ha establecido en su Acuerdo 43.858 del 21-5-91 ("Zgonc c/Asociación Atlética"), que los intereses aplicables a partir del 1º de abril de 1991 deben ser liquidados a la tasa que pague el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a 30 días vigente en los distintos períodos de aplicación (causas 103.383 del 12-6-07, 90.465 del 3-10-02, 90.049 del 17-10-02, 91.992 y 97.253 del 5-4-05 de la Sala IIª).

Nuestro Superior Tribunal en las causas 101.774, "Ponce" y L. 94.446, "Ginossi" (ambas sentencias del 21/10/2009) ratificó la doctrina por la que a partir del 1º de abril de 1991, los intereses moratorios deben ser liquidados con arreglo a la tasa que pague el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta días, vigente al inicio de cada uno de los períodos comprendidos (Ac. 43.448, "Cuaderno", sent. del 21/5/1991; Ac. 49.439, "Cardozo", sent. del 31/8/1993; Ac. 68.681, "Mena de Benítez", sent. del 5/4/2000; L. 80.710, sent. del 7/9/2005; Ac. 94.077 "García" sent. del 7/4/2010).

Corresponde pues, desestimar también los agravios en este aspecto.

10º) Se agravia por último la demandada por las costas del proceso las que solicita se impongan en el orden causado.

El art. 68 del C.P.C.C., establece un principio rector en la materia, según el cual las costas deben ser soportadas por quien resulte vencido, es decir, por aquél respecto del cual se dicta un pronunciamiento adverso (conf. Palacio, Lino E., "Derecho Procesal Civil", Tº III, págs. 366 y ss.; causas 110.201 del 21-9-10 RSI: 314/10, 1385/2010 RSI 173 del 24-5-2012 DE Sala III).

Habiendo resultado perdedor el demandado y no poniéndose de manifiesto en los agravios causal de eximición alguna que permita apartarse del principio objetivo de la derrota, corresponde desestimar los agravios y confirmar la sentencia también en este aspecto.

Con la modificación propuesta, voto por la afirmativa.

A la misma cuestión, la señora Juez doctora Soláns por iguales consideraciones, vota también por la afirmativa.

A la segunda cuestión, el señor Juez doctor Krause dijo:

Dada la forma como se ha resuelto la cuestión anterior, corresponde: a) reducir la indemnización fijada a favor de Andrea Susana Moyano a la suma de cien mil doscientos pesos (\$ 100.200); b) dejar sin efecto la inoponibilidad de la franquicia, haciendo extensiva la condena a la citada en garantía La Meridional Compañía Argentina de Seguros S.A. en la medida del seguro contratado, c) confirmar la sentencia en todo lo demás que decide y ha sido materia de agravio. Las costas devengadas ante la Alzada se imponen a las recurrentes sustancialmente vencidas (art. 68 del C.P.C.C.). Se difiere la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 dec. ley 8904/77).

ASÍ LO VOTO

A la misma cuestión la señora Juez doctora Soláns por iguales motivos vota en el mismo sentido.

Con lo que terminó el Acuerdo, dictándose la siguiente:

SENTENCIA

Por ello, en virtud de las conclusiones obtenidas en el Acuerdo que antecede y de los fundamentos expuestos en el mismo: a) se reduce la indemnización fijada a favor de Andrea Susana Moyano a la suma de cien mil doscientos pesos (\$ 100.200); b) se deja sin efecto la inoponibilidad de la franquicia, haciendo extensiva la condena a la citada en garantía La Meridional Compañía Argentina de Seguros S.A. en la medida del seguro contratado, c) se confirma la sentencia en todo lo demás que decide y ha sido materia de agravio. Las costas devengadas ante la Alzada se imponen a las recurrentes sustancialmente vencidas (art. 68 del C.P.C.C.). Se difiere la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 dec. ley 8904/77).

Reg. not. y dev.

Juan Ignacio Krause. Juez. María Irupé Soláns. Juez. Claudia Artola. Secretaria