

**BENEDETTI VERONICA S. Y OTRO C/ NUDO S.A.  
Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS  
CAUSA NRO. 3488/1  
JUZ CIV. NRO. 2  
RSD NRO.:289 /14**

**FOLIO NRO.:1272**

En la ciudad de San Justo, Provincia de Buenos Aires, a los 18 días del mes de diciembre de dos mil catorce, 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 Ramón Domingo Posca y José Nicolás Taraborrelli, para dictar pronunciamiento en los autos caratulados: **“BENEDETTI VERONICA S Y OTRO C/ NUDO S.A. Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS” (Causa nro. 3488/1)**, 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: **Dr. Taraborrelli - Dr. Posca**; resolviéndose plantear y votar las siguientes:

**CUESTIONES**

**1ª cuestión:** ¿Corresponde decretar la deserción del recurso incoado a fs. 438?

**2ª Cuestión:** ¿Es justa la resolución apelada?

**3ª Cuestión:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

**VOTACION**

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

**I.- Antecedentes del caso**

Se trata de un caso en el cual un pasajero sufre un accidente al subir a un colectivo, porque el chofer cerró la puerta, lesionándole la rodilla. Producida la prueba el Sr. Juez de la Instancia de origen endilgó la responsabilidad a la empresa de transporte y al conductor, condenándoselos al pago de los daños y perjuicios causados, con más sus intereses y costas.

**II.- Los recursos y sus fundamentos**

A fs. 413/428 vta. S.S. resuelve hacer lugar a la demanda promovida por Verónica Silvia Benedetti y Luciano Matías Benedetti contra “Nudo S.A.” y Cesar Enrique Ríos, condenando a éstos últimos a abonar a los primeros la suma de \$20.500, sin actualización monetaria, correspondiendo a Verónica Silva Benedetti la suma de \$2.500, y Luciano Matías Benedetti la de \$18.000, con más los intereses establecidos en el considerando quinto, dentro del plazo de diez días de quedar firme la presente. Desestima el planteo de inconstitucionalidad de la franquicia opuesta, quedando extendida la presente condena contra “Argos Mutual de Seguros del Transporte Público de Pasajeros” dentro de los límites del respectivo contrato. Impuso las costas a la

demandada vencida de acuerdo al principio objetivo de la derrota y respecto a la inconstitucionalidad en el orden causado, difiriendo la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes para su momento procesal oportuno.

A fs. 429 apela la sentencia la parte actora, cuyo recurso es concedido a fs. 430 y a fs. 438 recurren el fallo la demandada y la citada en garantía, haciéndose lugar al mismo en la resolución de fs. 439.

A fs. 441 se elevan las presentes actuaciones a la Alzada, siendo radicadas ante esta Sala Primera a fs. 442. A fs. 449 se ponen los Autos en Secretaría para que expresen agravios los apelantes, siendo expresados por el accionante a fs. 450/456, en estos términos. 1º) Critica el reducido monto fijado en concepto de reparación del daño físico, por cuanto no repone las cosas al estado anterior (art. 1.083 del Cód. Civ.). 2º) Se agravia por considerar bajo el monto liquidado en concepto de daño moral. 3º) Se queja de la suma asignada por el rubro gastos de honorarios de tratamiento kinésico. 4º) Impugna al capital de condena que no prevé la actualización monetaria y la aplicación a raja tabla del principio nominalista, criticando al mismo tiempo la aplicación de la tasa de interés pasiva del Bco. de la Pcia. de Bs. As. 5º) Y finalmente se quejan de que la condena no se extiende a la citada en garantía, por la oponibilidad de la franquicia o descubierto de \$40.000, replanteando su inconstitucionalidad e inoponibilidad a favor del actor.

Luego a fs. 463/467, exponen sus críticas al fallo la accionada y su garantizada bajo los siguientes argumentos, a saber: 1º) Se agravia de la atribución de responsabilidad a la demandada bajo el argumento de que no se consideró la actuación de la víctima en la producción del evento, que ha aportado una condición concausal adecuada al resultado, por dicha razón pide la atenuación de la responsabilidad del demandado en la medida de la concausación. El actor intentó subir al interno con las puertas cerrada, colgándose del pasamanos y descendiendo del mismo. Que declaró un solo testigo que poco aportó a la causa, siendo una declaración confusa. 2º) Se agravia del monto otorgado en concepto de incapacidad física. 3º) Cuestiona por elevado la suma liquidada en concepto de daño moral. 4º) Se alza por considerar excesivo el importe determinado por el rubro gastos de farmacia, asistencia médica y traslado. 5º) Protesta en contra de la partida denominada gastos de tratamiento kinésico por no haberse acreditado ese daño.

Seguidamente a fs. 469/470 responde el traslado de estas quejas la parte actora, planteando en primer término la deserción del recurso por no constituir –dicha pieza– una crítica concreta y razonada de las distintas partes del fallo apelado. Siguiendo la misma suerte el resto de los agravios esgrimidos por la contraria.

Finalmente a fs. 471 se corre vista a la Fiscalía Deptal. atento al planteo de inconstitucionalidad, siendo evacuada a fs. 472/473 vta. A fs. 474 pasan los Autos para Sentencia y a fs. 475 se practica el Sorteo de Ley.

## **LA SOLUCIÓN**

### **III.- La deserción del recurso de apelación interpuesto por la actora.**

Previamente, por una cuestión metodológica, corresponde resolver el planteo que formula el letrado apoderado de la parte actora en su contestación de agravios a fs. 469/470, manifestando que la expresión de agravios de la parte demandada y citada en

garantía, no satisface la exigencia contenida en el art. 260 del C.P.C.C. por lo que corresponde se decrete su deserción. En efecto, de la atenta lectura de la pieza de agravios que luce glosada a fs. 463/467, surge a todas luces y “prima facie”, desde la óptica puramente formal que dicho escrito que impugna el pronunciamiento de Primera Instancia, constituye una crítica concreta y razonada de las partes del fallo que los apelantes –desde su ángulo de visión subjetivo- consideran equivocado. Por lo tanto, corresponde decretar el rechazo del pedido de deserción del recurso, por ajustarse la pieza cuestionada, desde la óptica técnico-formal y “prima facie” a las prescripciones legales del art. 260 y 261 del C.P.C.C.

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

Por análogos fundamentos el Doctor Posca también **VOTA POR LA NEGATIVA.**

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

Centrados los agravios esgrimidos por los apelantes quejosos que constituyen el marco cognoscitivo o de conocimiento jurisdiccional de esta Alzada, por una cuestión de ordenamiento metodológico, someteré a estudio las quejas del demandado y su aseguradora que giran en torno al cuestionamiento de la responsabilidad que se le endilga, para luego tratar en forma y modo conjunto las críticas expuestas por los contrincantes sobre la valoración y cuantificación económica de los conceptos y rubros indemnizatorios, a saber.

#### **IV.- El contrato de consumo de transporte oneroso de personas. El deber de seguridad como obligación de resultado**

La regla general en el contrato de transporte es que el transportista contrae una obligación de traslado del pasajero determinada, que lo obliga a obtener el resultado propuesto. Que el pasajero llegue al destino fijado sano y salvo; su incumplimiento contractual configura la violación del deber de seguridad, por la no obtención del propósito perseguido. Se trata de una responsabilidad contractual objetiva, de la que solo el transportista puede eximirse de responsabilidad invocando la causa ajena. Resulta, según lo establecido por el artículo 184 del Cód. de Com. que en el caso de muerte o lesión de un viajero acaecida durante el transporte 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 por un tercero por quien la empresa no sea civilmente responsable. Destaco, que en el caso traído a esta Instancia Jurisdiccional, el actor ya había prestado y aceptado ser transportado, por cuanto expresó tácitamente su voluntad y consentimiento contractual, toda vez que sufre el accidente cuando ya estaba con sus pies sobre el estribo del colectivo, con lo cual el contrato ya había quedado perfeccionado por el acuerdo de voluntad de ambas partes. En esta materia, resulta de aplicación la Ley de Defensa del Consumidor (arts. 1 y 2 Ley 24240), por cuanto constituye un contrato de consumo, cuando se celebra para el destino final del consumidor o usuario de ese servicio público, cobrando relevancia jurídica el precepto

legal del artículo 5 de dicha ley –*que prevé el deber de seguridad como obligación de resultado en cabeza del deudor de la obligación*–, bajo el subtítulo “protección al consumidor”, al disponer que las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios (véase también el artículo 42 de la Constitución Nacional).

En el contrato de transporte, el dependiente chofer del colectivo representa al principal y su actuación queda comprendida en el régimen legal de los artículos 1113 primera parte del Cód. Civ. y 184 del Cód. de Com., de manera tal que en el caso de autos hay dos responsables civiles frente a la víctima del daño, a saber: a) la empresa de transporte demandada y b) el chofer del colectivo accionado.

Ahora bien, sentadas las premisas legales aplicables al presente caso objeto de revisión judicial en esta Alzada, destaco preliminarmente, como acto jurídico unilateral relevante para la resolución del presente caso sometido a nuestra jurisdicción por vía del recurso de apelación y revisión de la sentencia de primera instancia, el texto expreso de la denuncia de siniestro presentada por el chofer ante la Aseguradora de la demandada, que dice así: *“Estaba detenido en la parada, al arrancar viene un pibe corriendo, se cuelga y al estar cerrando la puerta, le aprieto un pie con ella. Me detengo y la persona desciende y se va. Luego la empresa me comunica que fue radicada una denuncia en la sec. 45º, comunico también que no llegó a sacar su pasaje”* (véase fs. 151).

Como puede observarse sin hesitación, la propia demandada reconoce la comisión de un acto ilícito objetivo, surgiendo a todas luces que al cerrar la puerta del colectivo le aprisiona un pie con la misma. Y ésta es precisamente la falta imputable, objetable y observable de la conducta antijurídica de la demandada, -es decir- su deficiente cumplimiento o incumplimiento contractual consistente en que el pasajero estando sobre el estribo del microómnibus, cierra la puerta y le aprisiona uno de sus miembros inferiores, violando de ese modo el deber de seguridad como obligación de resultado que se halla implícito al contrato principal, como obligación accesoria de seguridad, que no garantizó, pues la verdad objetiva de lo acontecido, sin perjuicio de estos reconocimientos expresos, se encuentra probado con la declaración testimonial de Contreras que relata lo siguiente a fs. 342/3: *“...pasaba por la esquina y veo una señora en la parada del 107 con un chico. Para el colectivo y suben dos personas y el chico era el tercero, al subir el chico, cierra la puerta el chofer, arranca y al chico lo atrapa la puerta y cae al piso nada más. Se que después se retiraron, no paró el colectivo se dio a la fuga. La señora le grito pero el colectivero siguió. Yo pasaba por ahí, vivo a cuatro cuadras”* (...) *“golpes en una rodilla y en un brazo, no me acuerdo si era el izquierdo o derecho y algunos raspones. Aproximadamente tendría unos diez a doce años el menor. Aclara que la rueda de atrás del colectivo le pasó a centímetros”*. Este testimonio como los demás elementos probatorios arrojados en autos, los aprecio judicialmente bajo el método o la lupa denominado “de la sana crítica” (art. 384 del C.P.C.C.), y se encuentra corroborado con la denuncia del hecho en sede policial que formula la madre del mismo, quien relata: *“Que se encontraba en la esquina de la calle Bermudez y Baigorria a fin de que su hijo tomara el colectivo 107 para dirigirse a la casa de su padre en compañía de su abuela*

Ana María Brunas. Es así, que siendo la hora 12, 22 arriba a la mencionada intersección un colectivo de la referida línea, interno 653 (...) se detiene en la parada a fin de que el pasajero ascienda, que observa como Luciano comienza a ascender cuando repentinamente el chofer arranca y cierra sus puertas sobre la pierna y brazo izquierdo de su hijo, desplazándose aproximadamente por el espacio de 50 metros. Que la dicente corrió al transporte de pasajeros al mismo tiempo que parte del pasaje y vecinos ocasionales increpan al conductor verbalmente para que detuviera su marcha. Que al hacerlo abrió las puertas automáticas liberando a Luciano. Que la dicente le pregunto si no se había dado cuenta de lo que había hecho". Si bien es cierto, que esta declaración constituye una denuncia penal en contra del chofer del colectivo por el delito de lesiones culposas, haciéndolo la madre como representante legal y necesaria de su hijo menor de edad, estimo –a mi juicio- que este relato de los hechos que se encuentra incorporado al expediente Nro.: 85.853, caratulado "Ríos Cesar por lesiones culposas", venidos "Ad effectum vivendi et probandi" y que corre agregada a fs. 1/1 vta., constituye una prueba testimonial informativa sobre lo acontecido, por cuanto si bien es cierto que el artículo 425 del C.P.C.C. excluye como testigos a los consanguíneos, resulta ser una testigo necesaria, cuya declaración corrobora el testimonio de Contreras y al mismo tiempo avaladas también por la denuncia del siniestro antes referenciada que formulara oportunamente el chofer del colectivo y que luce agregada a fs. 151, y por la fotocopia del original de la constancia de la asistencia médica emanada del libro de guardia del hospital y debidamente certificada que luce a fs. 42 de la instrucción del sumario penal, en la cual se lee que se le diagnosticó "politraumatismo". "Al subir al colectivo se engancha con la puerta" (sic.). Todos estos elementos probatorios se encuentran corroborados por el informe producido a fs. 230/232 del Hospital Zubizarreta, el cual dice: "Se elevan constancias existentes en el Departamento de Urgencias Libro de Tránsito, folio 253, perteneciente a la atención brindada a Luciano Matías Benedetti, el día 06/02/07, cuya fotocopia del Libro de Guardias glosada a fs. 231 es del mismo tenor y el mismo efecto que la mencionada precedentemente e incorporada en el sumario penal a fs. 42 y por la prueba pericial médica incorporada a fs. 376/378 en la cual se dictamina que el actor presenta por la limitación funcional a nivel de la rodilla derecha una incapacidad parcial y permanente del 3% de la T.V., de origen causal atribuible al hecho de autos (arts. 375, 384, 456, 472 y 474 del C.P.C.C.).

En suma, ha quedado demostrado con la plataforma de los hechos acreditados debidamente con los medios probatorios antes considerados, la responsabilidad de los demandados y que pese a las críticas al fallo contenidas en el escrito de expresión de agravios formuladas por la demandada y citada en garantía a fs. 463/466, no logran convencer al Juez del primer Voto de esta Instancia recursiva, que S.S. no consideró la actuación de la culpa de la propia víctima en la producción del evento invocada como una condición concausal, toda vez que los accionados no probaron la culpa o hecho de la víctima, como una causa ajena para eximirse de responsabilidad (art. 1111 del C.C. y art. 375 del CPCC), de lo que se sigue que corresponde confirmar la parcela de la sentencia que endilga la responsabilidad al chofer conductor del colectivo y a la empresa demandada, toda vez que se encuentra fundamentada en sólidos e inamovibles y convincentes argumentos.

## V.- Daño a la salud física.

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

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

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

Dentro del concepto de incapacidad sobreviniente corresponde que se incluya a toda disminución física, que deje una secuela permanente para el trabajo o la vida de relación al sujeto que lo sufre, considerando el juzgador de tal forma a la salud en su cabal integridad. Las secuelas aunque parciales, habrán de acompañar siempre a la víctima del accidente, produciéndole una minusvalía que la indemnización pecuniaria tratará de remediar en una suerte de equivalencia, sobrellevando de tal manera el menoscabo de su plenitud física, que la víctima solía gozar con total plenitud y con la debida amplitud y libertad. En suma, se trata de resarcir a la persona humana por la totalidad de los menoscabos que la hayan afectado en la integridad material y espiritual que constituye (art. 5-1 Convención Americana de Derechos Humanos).

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

El Juzgador no puede estar ajeno al principio de progresividad que enuncia la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional De Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), recordando que la dignidad de la persona humana constituye el centro o eje sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales del orden constitucional, haciendo presente el art. 22 de la Declaración

Universal de Derechos Humanos: “toda persona tiene derecho a la satisfacción de los derechos económicos y sociales indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad. Es por ello que, en la jurisprudencia de la Corte Suprema Nacional, no está ausente la evaluación del daño como frustración del desarrollo de la plena vida”.

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

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

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

Dice Kemelmajer de Carlucci que en nuestros días tiende a prevalecer el criterio de que todo menoscabo o detrimento que se sufra en áreas como las relaciones sociales, deportivas, artísticas, sexuales, etc., debe también computarse como incapacidad materialmente indemnizable. Una fervorosa defensa de esta posición puede consultarse en Mosset Iturraspe, Responsabilidad por daños, II-B, nº 234, b, p. 208. CNCiv. Sala D, 5/6/79, ED, 87-643; CNCiv. y Com. Fed. Sala III, 11/11/81, LL, 1982-C-182, cit. por Kemelmajer de Carlucci A., en la obra colectiva de Belluscio-Zannoni, Cód. Civ. Comentado, Ed. Astrea, año 1990, p. 220).

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

afectado, estas incapacidades físicas pueden afectar la capacidad laboral o la vida de relación social, familiar, de esparcimiento o entretenimiento, etc., en todas sus gamas. En definitiva, lo que se resarce o indemniza –reponiendo las cosas al estado anterior (art. 1.083 del Cód. Civ.)- y en forma subsidiaria mediante una compensación dineraria, es precisamente ese daño a la integridad corporal, o ese ataque a la vida de relación social. Es innegable que el daño a la vida de relación de un sujeto que puede haber sufrido, debe ser contemplado al momento de fijar el resarcimiento integral por el daño patrimonial, toda vez que la denominada “vida de relación familiar y social o de esparcimiento o de recreación y de disfrute”, debe ser merituada al momento de fijar la indemnización por incapacidad sobreviniente, y está destinada a poner de relieve una comprensión integral de la proyección existencial humana, pues refiere un conjunto de actos de desenvolvimiento productivo del sujeto, incluidos los cotidianos que generan bienestar o proporcionan servicios a sí mismo y a la familia, y actividades íntimas como lo son vivir en pareja, tener sexo libremente, procrear y cultivar el contacto con terceros, sin ser objeto de prevención o discriminación. El daño que las facetas extralaborativas del individuo sufran, constituye también un daño indemnizable. También es indemnizable la incapacidad de quien sólo se dedicaba a tareas del hogar, ya que las mismas han sido tenidas en cuenta por la sociedad, que otorga beneficios previsionales a las amas de casa, pudiendo computarse por analogía el monto de un salario mínimo. Es que el derecho civil a diferencia del derecho laboral que toma en cuenta la capacidad funcional o productiva, atiende la tutela de la integridad psicofísica de la víctima en cualquiera de sus manifestaciones, por consiguiente la reparación por la incapacidad sobreviniente comprende no sólo el aspecto laborativo sino también todas las consecuencias que afectan la personalidad íntegramente considerada (Trigo Represas-López Mesa, Tratado de la responsabilidad civil, Cuantificación del daño, Ed. La Ley, Bs. As., año 2.006, págs. 238/9). En este sentido, en las Jornadas sobre temas de responsabilidad civil en caso de muerte o lesión de personas (Rosario, 1979), se recomendó: “Para la fijación del resarcimiento debe tenerse en cuenta la persona humana en su integridad, con su multiforme actividad. Debe computarse y repararse económicamente toda lesión sufrida, sea en sus facultades culturales, artísticas, deportivas, comunitarias, religiosas, sexuales”.

A fs. 376/378 el perito médico legista Dr. Generoso José Santoro presentó su informe donde el mismo concluyó lo siguiente: “se trata de un actor de 15 años de edad quien sufre un traumatismo a nivel de la rodilla derecha cuando intenta subir a un colectivo. Luego del exhaustivo examen del actor y los estudios complementarios solicitados puedo concluir a V.S. que el actor presenta por la limitación funcional a nivel de la rodilla derecha una incapacidad parcial y permanente del 3% de la T.V. de origen causal al hecho motivo de autos.”

En efecto, pasando revista a dicha pericia, estimo –en primer lugar- que la misma se ajusta a las prescripciones legales de los art. 472 y 474 del Cód. Proc., por cuanto cuenta, con los aspectos preparatorios, análisis de los puntos de pericia y los fundamentos y su conclusión, en suma constituye un dictamen con fuerza probatoria teniendo en consideración la competencia del perito, los principios científicos en que se funda y la



concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica y demás pruebas y elementos de convicción que la causa ofrece, entre ellas, constancia del Libro de Tránsito glosado a fs. 231/232 que da cuenta que el actor al subir al colectivo se engancha con la puerta, sufriendo politraumatismo; la declaración testimonial de Aldo Germán Contreras a fs. 342/342, quien relata lo siguiente “...pasaba por la esquina y veo a una señora en la parada del 107 con un chico. Para el colectivo y suben dos personas y el chico era el tercero, al subir el chico, cierra la puerta el chofer, arranca y al chico lo atrapa la puerta y cae al piso (...) dice que golpes en la rodilla y en un brazo, no me acuerdo si era el izquierdo o derecho y algunos raspones”.

En su consecuencia, partiendo de la base de que el actor tenía a la fecha del accidente 13 años de edad, estudiante, desocupado, su situación económica (conforme declaración testimonial a fs. 26/27 del beneficio de litigar sin gastos que corre por cuerda y tengo a mi vista), la edad promedio de vida útil del hombre que actualmente alcanza los 72 años de edad (de conformidad a la experiencia de la vida diaria y las máximas de experiencia del juzgador), el grado de incapacidad física parcial y permanente otorgado por el perito médico que alcanza el 3% de la T. V. vinculada causalmente con el accidente sufrido por el actor (arts. 472 y 474 del Cód. Proc.), estimo que corresponde elevar el monto otorgado por la Magistrado de grado en concepto de incapacidad física sobreviniente en la suma de pesos **VEINTIUN MIL (\$21.000,00)**, como un daño a la salud, que resulta acreedor el actor.

#### **VI.- Daño psicológico**

En cuanto a este rubro, cabe mencionar que si bien el letrado apoderado de la parte actora en el punto titulado “B.- Primer agravio” en el párrafo final solicita que se eleve el monto indemnizatorio en concepto de reparación de daño físico- psicológico, no puede dejar de soslayarse que los agravios expuestos en dicho acápite se encuentran circunscripto solamente al rubro daño físico; motivo por el cual no reuniendo las exigencias previstas por el artículo 260 del CPCC, en cuanto no constituyen una crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considera equivocadas respecto al rubro en cuestión, propongo que el mismo sea declarado desierto (arts. 260 y 261 del CPCC).-

#### **VII.- 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 extraordinario; aunque puede calificárselo, como extrapatrimonial porque recae sobre la persona y no sobre el patrimonio (Mosset Iturraspe, J. Responsabilidad por daños, t. V, El daño moral, Rubinzal Culzoni, Santa fe, 1999, p. 9 y ss., Pizarro R. D., Daño moral, Hammurabi, Bs. As., 1996, p. 35 y ss. Zabala de González, M. Resarcimiento de daños, Hammurabi Bs. As., 1999, p. 178 y ss.). En cuanto al monto de la indemnización, en el estado actual del Derecho Argentino, la determinación de la cuantía de la indemnización por daño moral constituye un problema de solución aleatoria y subjetiva, librado al criterio del juzgador. Ello es así,

evidentemente, por la falta de correspondencia entre un perjuicio espiritual y el patrón dinerario con que se resarce. Pero, además, debido a que falta todo criterio normativo regulador, que establezca algunas pautas comunes, con lo cual el tema queda abandonado a la intuición y discrecionalidad judicial.

Sin perjuicio considero oportuno fijar pautas a efectos de contar con ciertos parámetros orientadores en la materia, a saber: edad de la víctima, sexo, sus circunstancias personales, aspectos que hacen a la vida de relación, condición socio-económica, posibilidades de reinserción en el mercado laboral, gravedad del daño, repercusión de las secuelas en la vida de relación, como también la índole del hecho generador del daño, las circunstancias vividas y protagonizadas en el momento del accidente, las angustias vividas durante la asistencia médica y los demás sufrimientos y padecimientos, etc.. Como se 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.

Atento a las pautas vertidas, las circunstancias personales de la víctima – mencionadas “ut supra” al tratar el resarcimiento de la incapacidad física- ,realizado un análisis de los elementos de prueba producidos en autos, más precisamente de la pericia médica, constancia del Libro de Tránsito incorporada a la causa, estimo justo y equitativo elevar el monto otorgado en concepto del resarcimiento de daño moral en la suma de pesos **DIEZ MIL (\$10.000,00)**.

#### **VIII.- Gastos de asistencia médica, farmacia y traslado (Daño emergente).**

Con relación a este rubro, SS ha hecho lugar al reclamo efectuado por la Sra. Verónica Silvia Benedetti sobre los gastos motivados en la asistencia médica, farmacia y movilidad, el cual ha sido apelado por la demandada y citada en garantía, quienes solicitan su rechazo.

La circunstancia de que la asistencia médica del interesado este asegurada por una obra social o a través del Hospital Público, no es de por sí excluyente de la restitución de los gastos en que se deba incurrir para lograr una atención más conveniente. Además pese a la deficiencia probatoria, sin que la actora acompañara los soportes documentales probatorios para justificar esas pequeñas erogaciones razonablemente puede inferirse la existencia de gastos por atención médica, farmacéutica y de traslados, habida cuenta de la naturaleza de las lesiones, por lo que corresponde que el tribunal, en uso prudencial de la facultad conferida por el art. 165 del Cód. Proc. que reglamenta el arts. 1.069 y 1.086 del Cód. Civ., considere que las sumas fijadas por dichos conceptos por el Sr. Juez de Primera Instancia en la suma de pesos **QUINIENTOS (\$500,00)** por gastos de farmacia y pesos **DOSCIENTOS (\$200,00)** por gastos de movilidad, resulten justas y equitativas, por ello corresponde confirmar esta parcela del fallo.

#### **IX.- Gastos de honorarios y tratamiento kinésico**

Recorre éste rubro, la parte actora con su escrito de fs. 450/456 argumentando que ese concepto debe ser elevado y por su parte la accionada solicita su rechazo.

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

En el informe pericial de fs. 376/378 se sugiere al accionante la realización de un tratamiento kinesiológico, considerado a fs. 377.

Como se aprecia se encuentra probado que el perito médico aconsejó dicho tratamiento médico kinesiológico, clasificándolo al rubro como un daño emergente; por lo tanto y habida cuenta que se ordenó el resarcimiento del daño físico padecido por la actora, corresponde también hacer lugar a ésta parcela objeto de tratamiento en el presente voto, debiéndose en su consecuencia, confirmar el monto concedido por S.S. en la suma de pesos **MIL OCHOCIENTOS (\$1.800,00)**, importe liquidado en concepto de honorarios y gastos de tratamiento kinésico (arts. 1.068, 1.069, 1.083 y 1.086 del Cód. Civ. y 375, 384, 472 y 474 del Cód. Proc.).

## **X.- La Franquicia**

La actora quejosa entiende que debe revocarse lo decidido por el Sr. Juez y hacer lugar al planteo de inconstitucionalidad de la franquicia del contrato de seguro y su inoponibilidad a favor de los actores.

Este Tribunal –en este aspecto de la cuestión- sigue la doctrina legal elaborada por la Corte Suprema de Justicia Nacional, cuyo precedente jurisprudencial sumariamente reza así: “Procede el recurso extraordinario federal y corresponde admitir que la franquicia prevista en el contrato de seguro celebrado entre la compañía de seguros y el asegurado es oponible al tercero damnificado y que la sentencia no puede ser ejecutada contra la aseguradora, sino en los límites de la contratación –conf. art. 16, segunda parte, ley 48 (Adla, 1852-1880, 364) (“Villarreal Daniel Alberto c. Fernández Andrés Alejandro”, fecha 4/3/2.0008, fallo Corte 331:379; Obarrio Maria Pia c. Microómnibus Norte, fallo del 4/3/2.008; “Cuello Patricia D. c. Lucena Pedro A. fallo: 330:3483 del 7/8/2.007; doctrina sentada en “Villarreal” del 29/8/2.006, Pub. La Ley 2.006-F,3).

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

que las costas por esta incidencia sean impuestas a la parte actora, ello atento al principio objetivo de la derrota. (art. 68 del CPCC).-

#### **XI.- Improcedencia de la actualización monetaria. Fijación de intereses.**

La Suprema Corte de esta Provincia *in re* “Ponce Manuel c/ Sangalli Orlando s/ Daños y Perjuicios”, estableció la aplicación de la tasa pasiva que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en concepto de intereses en los depósitos a plazo fijo renovables cada treinta días.

El artículo 622 del Código Civil, otorga a los Jueces la facultad de determinar los intereses o la tasa que debe aplicarse a cierto capital, como en el presente caso. Esta discrecionalidad debe “...ser ejercida prudentemente, atendándose antes que a criterios bancarios o mercantiles, al armónico juego de diversos principios: la compensación que debe recibir el acreedor, el peligro de provocar un enriquecimiento sin causa, las reglas de moral y buenas costumbres, y el plexo de valores implícito en los arts. 953 y 954 del Código Civil, etc. A la vez, con la fijación de los intereses no se intentará corregir la depreciación monetaria o subsanar los efectos de la crisis económica (causa B.49.193 bis “Fabiano”, sent. 2/X/2002) ni tampoco se establecerán tasas tan excesivas o tan escasas que la función de los intereses quede desnaturalizada...” (voto en minoría del Dr. DE LAZZARI Causa 107379, “Bancaleone de Riva Ana Nora c/ Paso Eduardo y otros. s/ Daños y Perjuicios” 9/VI/2010). Sin perjuicio de lo expresado y manteniendo el criterio como doctrina legal, nuestro Tribunal Superior, ha dicho recientemente: “en lo que respecta a la tasa de interés a aplicar en los casos de indemnización de daños y perjuicios causados por cuasidelitos que: este Tribunal ha fijado posición en casos sustancialmente análogos al aquí ventilado (art. 31 bis Ley 5827) en las causas C. 101774, “Ponce” y L. 94446, “Ginossi” (ambas sentencias del 21/X/2009) en las cuales se decidió por mayoría ratificar la doctrina que sostiene que a partir del 1 de abril de 1991, en cuanto a que los intereses moratorios deben ser liquidados exclusivamente sobre el capital (art. 623 del Código Civil) con arreglo a la tasa que pague el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a 30 días vigente al inicio de cada uno de los periodos comprendidos y, por aquellos días que no alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo será diario con igual tasa (cf. Arts. 7 y 10 ley 23928 –mod por Ley 25161-; 622, C.C. causas: Ac. 43448, “Cuarden”, sent. Del 21/V/1991; Ac. 494439, “Cardozo” sent. Del 31/VIII/1993; Ac. 68681, “MENA de Benitez” sent. Del 5/IV/2000; L. 80710, sent. Del 7/IX/2005, entre otras, SCBA, “Raymundo Carlos Romualdo C/ Bianco Alberto y ots. s/ daños y perjuicios”, causa C 93136 sent. 9/VI/2010). Con igual criterio SCBA “Bancaleone de Riva Ana Nora c/ Paso Eduardo y ots. s/ daños y perjuicios” causa C. 107394 sent. del 9/VI/2010).

Con respecto al pedido de actualización monetaria que la actora formula en su escrito introductorio, corresponde que el mismo sea desestimado por encontrarse vedado por las disposiciones normativas de las leyes de emergencia económica que llevan los números 23.928 (arts. 7 y 10 texto según ley 25.561 y Decreto 664/03), 25.561 (art. 8), Ley 25.713 (art. 10).

En suma, corresponde liquidar los intereses adeudados sobre el capital de la condena desde la fecha en que se produjo el hecho ilícito (art. 509 del Cód. Civil) conforme la tasa pasiva de interés que paga el Banco de la Pcia. de Bs. As. en sus operaciones de depósito de plazo fijo renovables cada treinta días hasta la fecha de su íntegro y total pago.

## **XII.- Las costas de Alzada.**

Atento al modo en cómo se resuelve el recurso incoado, estimo justo razonable y equitativo que las costas generadas en ésta Instancia recursiva sean soportadas por el demandado vencido y su aseguradora -en la medida de la cobertura contratada-, ello atento al principio objetivo de la derrota (art. 68 del Cód. Proc.).

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

Por análogos fundamentos, el Dr. Posca también **VOTA PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA.**

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

Visto el Acuerdo que antecede, propongo a mi distinguido colega: **1°) SE RECHACE** el planteo de deserción del recurso articulado por la parte actora; **2°) SE MODIFIQUE** la sentencia apelada de la siguiente manera: **SE ELEVEN** los montos de los siguientes rubros: **a) Daño físico** a la suma de pesos **VEINTIUN MIL (21.000,00)**; **b) Daño Moral** a la suma de pesos **DIEZ MIL (\$10.000,00)**; **3°) SE DECLARE** desierto el agravio referido al rubro Daño psicológico por falta de fundamentación (art. 260 y 261 del C.P.C.C.); **4) SE RECHACE** el planteo de inconstitucionalidad de la franquicia, debiéndose imponer las costas por dicha incidencia a la parte actora que resulta vencida (art. 68 del C.P.C.C.); **5°) SE CONFIRME** el resto de la sentencia apelada en cuanto ha sido materia de agravios; **6°) SE IMPONGAN** las costas generadas en ésta Instancia recursiva al demandado vencido y su aseguradora - en la medida de la cobertura contratada-, ello atento al modo en cómo se resuelve la presente cuestión y por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 68 del C.P.C.C) **7°) SE DIFIERA** la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes para su oportunidad, (art. 31. Decreto Ley 8904/77).

### **ASI LO VOTO**

Por análogos motivos el Dr. Posca adhiere y vota en igual sentido.

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

### **SENTENCIA**

**AUTOS Y VISTOS: CONSIDERANDO:** el resultado obtenido en la votación que instruye el Acuerdo que antecede, este Tribunal **RESUELVE: 1°) RECHAZAR** el planteo de deserción del recurso articulado por la parte actora; **2°) MODIFICAR** la sentencia apelada de la siguiente manera: **ELEVAR** los montos de los siguientes rubros: **a) Daño físico** a la suma de pesos **VEINTIUN MIL (21.000,00)**; **b) Daño Moral** a la suma de pesos **DIEZ MIL (\$10.000,00)**; **3°) DECLARAR** desierto el agravio referido al rubro Daño psicológico por

falta de fundamentación (art. 260 y 261 del C.P.C.C.); **4) RECHAZAR** el planteo de inconstitucionalidad de la franquicia, debiéndose imponer las costas por dicha incidencia a la parte actora que resulta vencida (art. 68 del C.P.C.C.); **5°) CONFIRMAR** el resto de la sentencia apelada en cuanto ha sido materia de agravios; **6°) IMPONER** las costas generadas en ésta Instancia recursiva al demandado vencido y su aseguradora - en la medida de la cobertura contratada-, ello atento al modo en cómo se resuelve la presente cuestión y por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 68 del C.P.C.C) **7°) DIFERIR** la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes para su oportunidad, (art. 31. Decreto Ley 8904/77).**REGISTRESE. NOTIFIQUESE. DEVUELVA SE.-**