

SCJMendoza:

Ver la parte marcada: respecto del niño que tuvo lesiones (12 años al momento del accidente) toma en cuenta la edad inicial de 18 años

Respecto de la mujer fallecida, a fin de cuantificar la pérdida de chance de ayuda respecto de sus hijos, tiene en cuenta el valor económico que tienen las tareas del hogar.

En la sentencia dice:

“la accionante describe las tareas del hogar desempeñadas por la víctima, y debe así considerarse la cuestión desde la necesaria perspectiva de género que campea en todo el derecho argentino. Tengo presente para ello que la demanda data de 2012, momento en el cual la visión transversal de género no estaba tan arraigada en la mirada de los operadores jurídicos.”

Por eso se cita a este caso como un caso de cuantificación con perspectiva de género. Considero que está bueno reconocer el trabajo de la mujer en la casa y el valor económico de las tareas domésticas. Pero en realidad eso más que perspectiva de género es reconocer que debe tenerse presente en la fórmula actividades que no generan ingresos pero que tiene un valor económico o precio sombra. Y para ello no es necesario ninguna perspectiva de género.

GOMERO ALFARO, AMANCIO WILDER Y OTS. EN J° 250078-56451 GOMERO ALFARO AMANCIO WILDER Y GOMERO BARBOZA RAUL ANGEL WILDER C/ EXPRESO INTERNACIONAL ORMEÑO S.A. Y OTROS P/ D. Y P. (ACCIDENTE DE TRÁNSITO) P/ RECURSO EXTRAORDINARIO PROVINCIAL

En Mendoza, a veintidós días del mes de diciembre de dos mil veintitrés, reunida la Sala Primera de la **Excma. Suprema Corte de Justicia**, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-00726629-9/1 (010301-56451), caratulada: “**GOMERO ALFARO**, AMANCIO WILDER Y OTS. EN J° 250078-56451 GOMERO ALFARO AMANCIO WILDER Y GOMERO BARBOZA RAUL ANGEL WILDER C/ EXPRESO INTERNACIONAL ORMEÑO S.A. Y OTROS P/ D. Y P. (ACCIDENTE DE TRÁNSITO) P/ RECURSO EXTRAORDINARIO PROVINCIAL”.

De conformidad con lo decretado en autos, quedó establecido el siguiente orden de estudio en la causa para el tratamiento de las cuestiones por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero: **DR. JULIO RAMÓN GÓMEZ**; segundo: DR. PEDRO J. LLORENTE; tercero: DRA. MARIA TERESA DAY.

ANTECEDENTES:

Los Sres. Amancio Wilder Gomero Alfaro, Raúl Ángel Wilder Gomero Barboza y la Sra. Perla Estrella Gomero Barboza, por intermedio de representante, interponen Recurso Extraordinario Provincial contra la resolución dictada por la **Primera Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minas de esta Ciudad**, en los autos N° 56.451/250.078, caratulados: "GOMERO ALFARO, AMANCIO WILDER POR SI Y en RHM RAÚL ÁNGEL WILDER GOMERO BARBOZA, y PERLA ESTRELLA GOMERO BARBOZA c/ EXPRESO INTERNACIONAL ORMEÑO S.A. S/ Daños y Perjuicios".

Se admite formalmente el recurso deducido, se ordena correr traslado a la parte contraria, quien contesta solicitando su rechazo.

Se registra el dictamen de Procuración General del Tribunal, que aconseja el rechazo del recurso deducido.

Se llama al acuerdo para dictar sentencia y se deja constancia del orden de estudio en la causa para el tratamiento de las cuestiones por parte de los Señores Ministros del Tribunal.

De conformidad con lo establecido en el art. 160 de la Constitución de la Provincia, se plantean las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA CUESTION: ¿Es procedente el recurso extraordinario provincial interpuesto?

SEGUNDA CUESTION: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA CUESTION: Costas.

A LA PRIMERA CUESTION EL DR. JULIO RAMÓN GÓMEZ, DIJO:

I- RELATO DE LA CAUSA.

Entre los hechos relevantes para la resolución de la presente causa, se encuentran los siguientes:

1- A fs. 67/77 interpusieron demanda por daños los Sres. Amancio Wilder Gomero Alfaro, Raúl Ángel Wilder Gomero Barboza, por medio de representante al ser menor de edad en dicho momento, la Sra. Perla Estrella Gomero Barboza, y los Sres. José Genovés Barboza Edquen y María Estefanía Campos Sánchez, quienes desisten de su demanda a fs. 84. La demanda fue interpuesta en contra de Eduardo Epifano Ortiz Munayco, contra quien desistió, de la acción y del proceso, a fs. 283, y de Expreso Internacional Ormeño S.A. A su vez citaron en garantía a Mapfre Perú Compañía de Seguros. Invocaron el Protocolo de San Luis.

Relataron que el hecho dañoso se produjo el día 05/11/2012, siendo aproximadamente las 7.20 hs, en el kilómetro 1405 de la Ruta 5 Norte, de la II Región, departamento de Antofagasta, Chile, en momentos en que **María Barboza Campos, junto a su hijo menor Raúl Ángel Gomero Barboza, se dirigían en el colectivo de la Empresa de Transportes Internacional de Pasajeros Ormeño S.A. con destino final la ciudad de Lima Perú.**

Manifestaron que en tales circunstancias en que Eduardo Epifano Ortiz Munayco al mando del colectivo de la empresa codemandada, marca Mercedes Benz, modelo 0500RSD243630, año 2.011, placa patente única B7D-953 peruana, circulaba por la Ruta 5 Norte con dirección de marcha de Sur a Norte y al llegar a la altura del Kilómetro N 1.406 de la localidad de Baquedano de la provincia de Antofagasta de Chile, perdió el control de su conducido, sobrepasando la línea continua demarcada, existente en dicha carretera, colisionando sorpresivamente con el sector frontal derecho el sector frontal del camión marca Scania, modelo 00G420A, año 2.010, placa patente única JH-3752, de la Empresa de Transporte Astudillo Hermanos Ltda., el que se dirigía hacia el Sur con destino al Puerto de Mejillones, Chile. Indicaron que **de dicho accidente resultó el fallecimiento de la Sra. María Barboza Campos y lesionado en forma grave el entonces niño Raúl Ángel.**

Imputaron responsabilidad exclusiva al conductor del ómnibus, imputando cansancio al mismo y aduciendo que dicho viaje comenzaba en Buenos Aires para llegar a Lima y que no contaba con choferes de refuerzo o reemplazo, exigiendo la legislación el número de tres atento a la larga distancia.

Detalló allí que el niño Gomero padeció T.E.C. con pérdida de conocimiento, fracturas costales múltiples, fractura de húmero derecho, traumatismo de abdomen, fractura de radio derecho, fractura expuesta de mano derecha, fractura de pelvis, traumatismo de tobillo izquierdo y síndrome de estrés postraumático, presentando una incapacidad parcial y permanente estimada en un 75%.

2- A fs. 109 y 151/161 la demandada Expreso Internacional Ormeño SA, citó en garantía a la Cia. Mapfre Perú y contestó demanda.

Explicó que conforme surge del informe técnico N° 84-A-2012 realizado por los Carabineros de Chile, Prefectura Antofagasta N° 4, Subcom. I.A.T., correspondiente al parte policial N° 199 de fecha 5/11/12 agregado al expte. 176600, Fiscalía Local de Antofagasta, Ministerio Público de Chile, el colectivo venía circulando en perfectas

condiciones por la ruta mencionada, por el costado derecho de la calzada, en dirección Oriente-sur-oriente, a una velocidad establecida de 45 Km/h. Manifestó que cuando llegó a la altura del Km 1406, la unidad ingresó a un cambio de configuración vial (desvío hacia su derecha), el cual no se encontraba señalizado, ni canalizado reglamentariamente por Constructora Skanska Chile S.A., empresa a cargo de las obras en la ruta donde se produjo el siniestro. Dicho corroborado por informe de Carabineros de Chile.

Añadió que el tractor- camión patente BHFH- 98, marca Scania, modelo G420A, propiedad del Banco de Chile, y semirremolque patente JH-3752, marca Randon, propiedad de Servicios Generales Astudillo Hnos. de Chile, que ingresaba al área en sentido contrario, por la pista izquierda, obstruyendo su trayectoria, motivó que el conductor del colectivo adoptara una maniobra evasiva, pero que debido a la mala señalización no logra eludir la colisión frontal con el camión que había retomado su normal pista de circulación.

Concluyó que la causa basal del accidente tuvo origen en la falta de señalización reglamentaria de la ruta mencionada y en el exceso de velocidad del camión con semirremolque con el cual se produce la colisión, que circulaba a 80 km/h cuando la velocidad permitida era de 50 km/h.

Citó en garantía a Skanska Chile SA, Banco de Chile y a Servicios Generales Astudillo Hnos.

3- A fs. 193 se hizo parte Mapfre Perú y a fs. 208 contestó demanda.

Indicó que, producido el accidente, fue activa la póliza contratada por lo cual se procedió a cubrir los gastos de sepelio de los fallecidos y los gastos de atención médica de los heridos.

Manifestó que, respecto al fallecimiento de María Perla Barboza Campos, su poderdante asumió todos los gastos de sepelio, incluidos los gastos por el traslado de Antofagasta a Tacna (Perú) y luego a Chiclayo (Perú), los gastos por trámites administrativos ante las autoridades de salud en el Perú y gastos por embalsamamiento, entre otros. Y que respecto al menor de edad Raúl Ángel Wilder Gomero Barboza, Mapfre Perú asumió en su totalidad los gastos de hospitalización, incluidos los medicamentos hasta la fecha de su alta médica.

A su vez plantea excepción de incompetencia que es rechazada a fs. 315/317

4.- A fs. 322/324 el Tribunal hizo lugar al llamado en garantía solicitado por la demandada Expreso Internacional Ormeño S.A., disponiéndose que la litis sea puesta en conocimiento de Skanska Chile S.A., Banco de Chile y de Servicios Generales Astudillo Hnos.

5.- A fs., 757/789 se presentó Skanska Chile SA, por intermedio de representante, contestando la citación formulada.

Adujo que la ruta de marras en el lugar de la colisión estaba perfectamente señalizada de acuerdo a lo previsto por la autoridad de contralor y la reglamentación vigente y que contaba con los permisos pertinentes, por lo que precisó que no existe obrar antijurídico reprochable que sirva de base para culpar a su poderdante. A su vez planteó la improcedencia de los daños y montos reclamados por la actora, en especial la incapacidad alegada por el menor de edad

Citó en garantía a Chilena Consolidada Seguros Generales S.A.

6.- A fs. 1542/1553 compareció la citada Chilena Consolidada Seguros Generales S.A.

Invocó la aplicación de la ley chilena y en subsidio contestó demanda en los mismos términos expuestos por la empresa citante.

7.- El Tercer Juzgado Civil, Comercial y Minas de la Primera Circunscripción Judicial, con aplicación del Protocolo de San Luis y la normativa en materia de accidentes de tránsito del lugar del hecho, República de Chile, tuvo por acreditado que el siniestro acaeció por el hecho exclusivo del conductor del camión, quien no ha sido demandado, así como tampoco lo ha sido el propietario, todo por lo cual rechaza la demanda.

8.- Apeló la parte actora. La Primera Cámara de Apelaciones de la Primera Circunscripción rechazó el recurso interpuesto, manteniendo el rechazo de la pretensión, con base en los siguientes argumentos:

- Comparte el encuadre jurídico y define que solo probada la culpa del conductor del colectivo que transportaba a las víctimas pudo hacerse efectiva la responsabilidad que pretende endilgar la quejosa a la accionada. No es eso lo que ha ocurrido en el caso, tal como con acierto lo definió la magistrada de grado, tras efectuar un análisis meduloso de la prueba rendida, conforme las reglas de la sana crítica.

- La recurrente no aporta elementos de juicio que rebatan lo que surge de la pericial y demás datos objetivos recabados en el proceso, en torno a la conducción del transporte de pasajeros.

- La prueba por excelencia es, en el caso, la pericial; lo es por su solidez y también por su compatibilidad con los elementos de convicción que obran agregados a la causa. El suceso lesivo ocurrió a la altura del km 1406 de la Ruta 5, en Antofagasta; que se trata de una zona rural y desértica que presentaba una atipicidad en el trazado de la ruta, por la existencia de bypass o desvío por obra vial de futura doble vía; que en el momento del hecho el piso era de asfalto, seco y que se encontraba en regular estado, por trabajos en la vía. El accidente que se ventila en autos tuvo lugar prácticamente una hora después de

la salida del sol y a pesar de las condiciones lumínicas, la visual era regular, probablemente por razón del polvo existente en la zona.

- El colectivo que transportaba a las víctimas circulaba hacia el Sur-Oriente, mientras que el camión Scania con el que finalmente aquél colisionó, lo hacía hacia el Oeste. La velocidad que portaba el conductor del camión era, previo al accidente, excesiva; también que el colectivo se aproximó a la zona del impacto por un tramo con pendiente positiva, en subida, mientras que el camión lo hizo por un tramo en bajada. Según el experto, dichas pendientes se corresponden con las considerables diferencias de velocidad existente entre los 45 km/h del colectivo y los “no menos” de 80 km/h del camión cargado con sal.

- Explicó el experto- en términos que no han sido contrarrestados- que cuando el camión, previo a iniciar el frenado, intentó volver a su mano, ambos rodados se encontraron en la mano de circulación Oeste – Este. Sentó, de modo subsiguiente, que, tras el primer impacto, el camión continuó avanzando y arrastró al colectivo.

- El informe pericial revela que el carabinero interviniente atribuyó el hecho a la falta de señalización vial reglamentaria, a la falta de separador físico de manos (vallado) y a la velocidad del camión. Se agregó, en paralelo, que la falta de señalización reglamentaria genera desorientación y sorpresa por el cambio de condiciones de la ruta. Sin perjuicio de lo anterior fue la velocidad del camión lo que hizo que, por la fuerza centrífuga que le generó la curva, se “desplazara” hacia la mano contraria.

- La maniobra del conductor del colectivo pudo no ser la recomendable por las normas del “manejo defensivo”; aun así, fue una acción refleja de supervivencia de quien la emprendió, ante la inminencia de la colisión. El accidente no se hubiese producido de haber circulado el camión a la velocidad reglamentaria.

- La reconstrucción de la mecánica del accidente que hizo el experto es convincente en el sentido que el conductor del camión ejecutó previo al accidente una pluralidad de

conductas antirreglamentarias - y, por ende, altamente reprochables- que constituyeron, a la postre, la causa exclusiva del daño. El accidente no se hubiera producido si el conductor del camión hubiera mantenido su línea de circulación, empleando una velocidad prudente, conforme las circunstancias del tránsito.

· En torno a la obligación de seguridad, la recurrente soslaya que la responsabilidad que pretende hacer efectiva exigía la previa comprobación de una conducta culposa atribuible al chofer que conducía el colectivo. Eso es, concretamente, lo que exige la legislación aplicable. Agrego, a todo evento, que aun desde una perspectiva de imputación objetiva, la empresa demandada pudo ser eximida de responsabilidad mediante la acreditación certera, a su cargo, de la causa ajena, lo que ocurrió en el caso.

II- ACTUACIÓN EN ESTA INSTANCIA.

a.- Agravios de la recurrente.

Afirma que la sentencia es criticable porque interpreta erróneamente la aplicación de las normas de la Ley de Tránsito chilena y las disposiciones del Código Civil Chileno y es arbitraria porque sólo toma de la misma algunos puntos que sirven para avalar su posición, sin tener en cuenta las demás cuestiones que resultan favorables a los actores.

Indica que conforme la ley de tránsito chilena, similar a la Argentina en su artículo 108 dispone la regla básica de circulación donde todo conductor debe mantener el dominio de su vehículo durante la circulación y conducirlo conforme las normas de seguridad determinadas en la ley.

Argumenta que deviene de las conclusiones de la pericia mecánica que existe un obrar culposo por parte del conductor del colectivo: * Circulaba a una velocidad imprudente de acuerdo a las circunstancias de tiempo, modo y lugar. * Realiza una maniobra que el

propio perito expone que no resulta recomendada por las normas de manejo defensivo. * Obstruyó la circulación del camión. * Realizó una maniobra de aceleración por demás inconveniente y temeraria. * En la contestación de demanda, la propia empresa demandada Ormeño en el desarrollo de la mecánica del hecho expone expresamente que el conductor del colectivo no logra advertir que el camión había vuelto a su normal pista de circulación. Sostiene que el fallo atacado se limita a centrarse en la conducta del conductor del camión, estableciendo que dicha acción es la única causa eficiente del accidente, cuando ello es una cuestión totalmente desacertada.

Indica que respecto a la velocidad del colectivo la jueza de grado omite evaluar que el perito ingeniero mecánico dispone que la velocidad resultaba inconveniente frente a las condiciones de tiempo y lugar en que el hecho ocurrió: tal una zona rural, desértica, zona atípica de la ruta por la existencia de un bypass o desvío por obra vial de futura doble vía. Añade que, con la visual regular, el colectivo se aproxima por un tramo con pendiente positiva, en subida.

Añade que conforme el art. 144 de la Ley Chilena de regulación de tránsito, se plasma una regla básica respecto de la velocidad, regla que entiende debió ser cumplimentada por el conductor del colectivo, extremo que entiende omitido por la sentencia de grado.

Razona que en modo alguno es posible evaluar que haya resultado prudente que el conductor del colectivo en el cual se transportaban innumerables pasajeros circulara en subida a 45km/h, manteniendo el pleno dominio del rodado. Aclara que la velocidad excesiva, no es sólo aquella que supera ciertos kilómetros por hora, fijados como límite máximo de velocidad precaucional por la ley de tránsito, sino que es aquella que impide al conductor del rodado el pleno dominio sobre él. Arguye que la velocidad desarrollada en la emergencia por el colectivo resultó excesiva pues, en definitiva, ésta no se relaciona en el caso con los kilómetros permitidos por la reglamentación, sino con el hecho que permita o no al conductor el control del vehículo en momento oportuno para evitar el daño.

Considera que las infracciones dispuestas por el art 167 de la Ley de Tránsito Chilena en realidad constituyen presunción de responsabilidad del conductor del colectivo. Sostiene que conducir a una velocidad no razonable y prudente en atención al lugar, a las condiciones de la calzada y también en la mano contraria a la circulación sin advertir que el camión había retomado su normal pista de circulación, constituyen la culpa necesaria en la conducta del conductor del colectivo para determinar la responsabilidad de la empresa demandada.

Arguye que la correcta interpretación de las circunstancias de tiempo, modo, lugar del accidente, velocidad del colectivo, maniobras asumidas (maniobra de aceleración y obstrucción en la ruta) resultaron conductas por demás imprudentes que incidieron en la ocurrencia del accidente.

Explicita que el régimen chileno de la responsabilidad civil extracontractual se basa - como principio general- en la atribución subjetiva del hecho dañoso (culpa o dolo), en consonancia con el art. 169 de la Ley de Tránsito que conduce a la responsabilidad subjetiva del conductor del colectivo al haber transgredido las normas de tránsito. Por ello entiende que la violación del conductor del colectivo a las reglas de tránsito, tiene por efecto que el acto sea tenido por culpable. Y opina que acreditado el hecho constitutivo de la infracción o descuido del chofer lo que considera ha efectuado, nace la responsabilidad del dueño del vehículo.

Repasa los conceptos sobre el vicio de arbitrariedad.

b.- Contestación de los recurridos.

1.- Chilena Consolidada Seguros Generales S.A.

Repasa los antecedentes de la causa, que ya han sido detallados, y contesta el recurso articulado, solicitando su rechazo.

Sostiene que, sin importar el embalaje del recurso, la única crítica que efectúa es la valoración de la prueba en lo que hace a la culpa del conductor del colectivo. Añade que los supuestos errores en la interpretación de la norma aplicable sólo vendrían aparejados de esa supuesta culpa que alega. Entiende que el gravamen alegado debe acotarse a la verdadera crítica efectuada, que no es otra, que la valoración de la prueba.

Precisa que no se discute la normativa aplicable ni la mecánica del hecho, e invoca que no hay valoración de la prueba absurda ni contraria a derecho.

Transcribe la pericia mecánica y se pregunta si las circunstancias de tiempo y lugar: colectivo en subida, calzada recortada por obras, el camión a alta velocidad y en bajada se pone sobre su mano con claro peligro de colisionar de frente.... ¿Qué podría haber hecho el conductor del colectivo?, respondiendo que su accionar fue acorde a las circunstancias.

Aclara que el colectivo no circulaba a velocidad antirreglamentaria, no hay indicios de que el conductor perdiera el control del vehículo, sino que la maniobra fue la acción refleja ante el accionar del camión, que, a alta velocidad y en bajada, se puso sobre su mano. Precisa que hubo acción consciente, reacción, sin impudencia ni exceso de velocidad, y tampoco pérdida de control del vehículo, respecto del conductor del ómnibus.

Reseña jurisprudencia de esta Corte.

2.- SKANSKA Chile SA.

Repasa la jurisprudencia del Tribunal sobre arbitrariedad manifiesta y los antecedentes del caso.

Sostiene que, de la lectura completa e íntegra de la sentencia de Cámara, surge que el razonamiento por el cual se concluye en la improcedencia de la acción incoada por los actores se encuentra fundada en las constancias probatorias y correcto análisis de los principios jurídicos que desde tiempo atrás reinan en los casos de responsabilidad civil.

Sin perjuicio de ello, expresa que los fundamentos del recurso en traslado son totalmente ajenos a Skanska Chile S.A. y sostiene la falta de responsabilidad de su mandante en la ocurrencia del hecho base de la litis.

Finalmente, si dar explicación de su aserto, expresa que la recurrente viola el derecho de defensa de su parte al apartarse de las imputaciones formuladas en la demanda y sobre las cuales no tuvo oportunidad de defenderse la demandada.

3.- Mapfre Perú Compañía De Seguros y Resguardo.

Sostiene que los argumentos expuestos en el recurso impetrado resultan ser los mismos que los esbozados al apelar la sentencia de primera instancia, pero sin desvirtuar de manera alguna los fundamentos de la sentencia que rechaza la apelación.

Manifiesta que la argumentación del recurso se limita a manifestar un mero desacuerdo respecto de las sentencias de primera instancia y de Cámara, pero sin desarrollar argumentos claros y contundentes que expresen un agravio concreto respecto de lo fallado.

Entiende que de toda la prueba obrante en autos no surge acreditada la culpa del conductor del colectivo en que viajaban los actores para poder atribuírsele responsabilidad en la comisión del evento dañoso.

Postula que la sentencia cuestionada analiza concretamente la mecánica del accidente, el cual se produce no porque el chofer del colectivo haya traspuesto la doble raya amarilla, esto es la consecuencia de la conducta previa del chofer del camión y no la causa origen del accidente. Añade que del análisis de las pruebas rendidas en la causa es fácil advertir que si el camión hubiese circulado por su mano y a una velocidad prudente el evento dañoso no se hubiese producido.

Indica que, de la prueba pericial incorporada a la causa, no surge que el conductor del colectivo circulase a velocidad excesiva que no le permitiese mantener el control del mismo. Por el contrario, intentó una maniobra defensiva ante la inminencia del accidente -choque frontal- al circular el camión Scania sobre su mano y a alta velocidad.

Destaca que al no haberse acreditado la culpa del conductor del colectivo en el que viajaban los actores resulta imposible la aplicación de responsabilidad objetiva del de la empresa demandada Expreso Internacional Ormeño S.A. como dueña de aquél vehículo.

c.- Dictamen de Procuración General.

Aconseja el rechazo del recurso ya que, si bien la parte quejosa ha tachado de arbitraria a la resolución en crisis, no ha evidenciado, fehaciente ni suficientemente, la configuración concreta, acabada y certera de su planteo. Añade que, en realidad, discrepa, o disiente, con las conclusiones a las que arribó la sentencia cuestionada.

Remarca que a la luz de la Ley 18290 de la República de Chile -aplicable al caso según los artículos 3 y 5 del “Protocolo de San Luis en materia de responsabilidad civil

emergente de accidentes de tránsito entre los Estados partes del Mercosur”, aprobado por Ley 25407, y 2656 inciso b) y 2657 del Código Civil y Comercial-, en el luctuoso accidente, acaecido en territorio chileno, emerge la responsabilidad civil del conductor del camión, por no conducir su vehículo conforme las normas legales de seguridad, por pasar sobre el eje de la calzada a la mano contraria y no conservar su derecha, por circular a una velocidad mayor que la permitida y razonable, y por haber ocasionado los daños.

III.- LA CUESTION A RESOLVER.

Esta Sala debe responder si es arbitraria o normativamente incorrecta la sentencia de Cámara que, confirmando la desestimación de demanda de la instancia anterior, y aplicando el derecho interno de la República de Chile, descarta la responsabilidad de los demandados por considerar que no se encuentra acreditada la culpa del conductor del ómnibus que transportaba a las víctimas del trágico accidente ocurrido en territorio del vecino país.

Cabe recordar a tales efectos que el recurso de inconstitucionalidad (actualmente unificado por el dictado de la Ley 9001 con el anterior recurso de casación en el recurso extraordinario provincial) tiene carácter excepcional, y por ello, las causales se interpretan restrictivamente, evitando que la Corte se convierta en una tercera instancia ordinaria, contraviniendo todo el sistema recursivo (L.S. 223-176). (Criterio que es mantenido al amparo del nuevo Código Procesal Civil, Comercial y Tributario de la Provincia).

Por esta razón, y conforme criterio inveterado de este Tribunal, "la tacha de arbitrariedad requiere que se invoque y demuestre la existencia de vicios graves en el pronunciamiento judicial recurrido, consistentes en razonamientos groseramente ilógicos o contradictorios, apartamiento palmario de las circunstancias del proceso, omisión de consideración de

hechos o pruebas decisivas o carencia absoluta de fundamentación “(L.S. 188-446, 188-311, 102-206, 209-348, etc.) (L.S. 223-176).

IV.- SOLUCION AL CASO.

a.- En primer lugar, y previo al análisis de la causa, corresponde reseñar los hechos que han quedado fijados en las instancias de grado:

1.- El día 5/11/12, siendo aproximadamente las 7:20 hs., en el kilómetro 1405 de la Ruta 5 Norte, de la II Región, departamento de Antofagasta, República de Chile, se produjo un accidente automovilístico, entre un colectivo de la Empresa de Transportes Internacional de Pasajeros Ormeño S.A. con destino final la ciudad de Lima Perú y un camión de la empresa Astudillo Hermanos Ltda., que transportaba sal. En dicho colectivo viajaban María Barboza Campos, junto a su hijo menor Wilde Gomero Barboza.

2.- Como resultado del siniestro, falleció la Sra. Barboza y resultó lesionado en forma grave el, en aquel entonces niño, Raúl Ángel. Padeció trastorno encéfalo craneano con pérdida de conocimiento, fracturas costales múltiples, fractura de húmero derecho, fractura expuesta de mano derecha, fractura de pelvis, traumatismo de tobillo izquierdo y síndrome de estrés postraumático.

b.- Una cuestión normativa preliminar.

i.- Cuestiones sobre derecho aplicable en materia internacional.

Respecto a la normativa aplicable, haré un somero repaso de lo decidido en el tópico y explicitaré las reglas efectivamente aplicables.

Ello con motivo, como bien señalaron las instancias anteriores, de que el accidente de tránsito aquí examinado ocurrió, en 2012, en la República de Chile, la empresa de transporte de pasajeros en cuya unidad viajaban las víctimas es de la República de Perú, mientras que los damnificados, originarios del Perú, tienen domicilio y residencia en nuestro país. Multiplicidad de elementos de extranjería que impusieron el examen de la cuestión y su revisión en esta instancia.

Así las instancias de grado, han determinado la vigencia del Protocolo de San Luis en Materia de Responsabilidad Civil Emergente de Accidentes de Tránsito entre los Estados Partes del Mercosur, aprobado por Ley 25407 (BO 09/04/2001), que determina la aplicación del derecho interno del Estado Parte del territorio de ocurrencia del accidente (art. 3), es decir la República de Chile. En punto a la jurisdicción el art. 7 del Protocolo en examen, da la opción a elección del actor, de ejercer las acciones comprendidas en dicho Protocolo en los tribunales del Estado Parte donde se produjo el accidente, el domicilio del demandado y el domicilio del demandante.

Consideraron los fallos precedentes que el carácter de asociado que reviste Chile respecto del Mercado Común del Sur, imponía igualmente la aplicación del Protocolo de mención.

No comparto el encuadre normativo realizado por los Tribunales de grado, el que entiendo se realiza a partir de una errónea interpretación del derecho aplicable al caso. Explicaré por qué.

ii.- La no aplicación del derecho interno de Chile.

En primer término analizaré las razones por las que sostengo que no es aplicable el derecho interno de Chile.

El yerro parte por considerar que el vecino país es adherente al Tratado de Asunción que dio inicio al Mercado Común del Sur, lo cual en el caso y en referencia a la aplicación del Protocolo de San Luis, configura el error en la aplicación de un estatuto internacional que no resulta aplicable.

Conforme surge de la página oficial del Mercosur (<https://www.mercosur.int/quienes-somos/paises-del-mercosur/>) en el Mercado Común del Sur existe tres estatus de Estados: los fundadores signatarios del Tratado de Asunción (Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay), los adherentes, Venezuela,-actualmente suspendida-, siendo estas dos categorías los considerados Estados Parte, y Estados Asociados, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Guyana, Perú y Surinam.

Lo que confirma que Chile es asociado y no adherente al Mercosur.

Recalco en este aspecto que el art. 20 del Tratado de Asunción (Ley 23981) prevé la adhesión a dicho tratado de los demás países miembros de la Asociación Latinoamericana de Integración. Esta norma fue reglamentada por la Decisión N°28/05 del Consejo del Mercado Común, que en su art. 3, establece las condiciones de negociación de la adhesión estipulando que deberá comprender necesariamente la adhesión al Tratado de Asunción, al Protocolo de Ouro Preto y al Protocolo de Olivos, al acervo normativo del MERCOSUR. A su vez la Decisión N°20/19 del organismo mencionado, en su art. 1 establece que el Estado adherente adquirirá la condición de parte, una vez vigente el protocolo de adhesión, cuyo art. 7 establece que es normativa que no requiere incorporación al ordenamiento jurídico de los Estados Partes. (fuente: <https://normas.mercosur.int>)

Por otra parte, las Decisión N°18/14 y Decisión N°14/15 regulan el régimen de participación de los Estados Asociados al Mercosur, previendo que participan en calidad de invitados de las reuniones de los órganos institucionales, (art. 4), y cuando fuera de su mutuo interés los estados asociados podrán adherir a acuerdos suscriptos por los Estados Partes (art. 9). En materia específica el Protocolo de San Luis no ha sido adherido por la

República de Chile ni por la República del Perú. (fuente: <https://www.mercosur.int>), por lo cual no sería aplicable.

En este marco, las instancias anteriores erróneamente decidieron el caso por aplicación de las reglas de tránsito del vecino país y su Código Civil. (Ley de Tránsito N°18.290, texto refundido, coordinado y sistematizado por el Decreto DFL 1, promulgado en fecha 27/12/2007, publicado el 29/10/2009. (fuente: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1007469>) y Código Civil, texto refundido, coordinado y sistematizado por DFL 1, publicado en fecha 30/05/2000 (Fuente: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=172986>).

iii.- Acuerdos internacionales que vinculan a los sujetos procesales integrantes de estados parte.

En relación al derecho aplicable en materia internacional, debe buscarse la regulación de los puntos de conexión, en primer lugar, en los acuerdos internacionales que vinculan a los países de las partes.

Rememoro que las víctimas reclamantes son residentes de Argentina, la empresa de transporte de pasajeros demandada es de Perú, la empresa de transporte de carga es de Chile, pero no ha sido demandada, sino citada a integrar la litis y no ha concurrido al proceso.

Ello así, los países implicados, con motivo de los sujetos demandantes y demandados, incluye a Argentina y Perú, pudiendo ser Chile punto de conexión en tanto el accidente ha ocurrido en su territorio, más sólo a efectos de las cuestiones vinculadas a los hechos ilícitos. Ya explicaré este aserto.

Siguiendo con el razonamiento, cabe señalar en primer término que Perú ratificó los Tratados de Derecho Civil y de Derecho Comercial Terrestre Internacional, de Montevideo, de 1889, así como el de 1940, no así Chile. Tampoco suscribió Argentina el Código de Derecho Internacional Privado de 1928, llamado Código Bustamante, que sí fue ratificado por Chile y Perú; (https://www.oas.org/es/sla/ddi/derecho_internacional.asp; GOLDSCHMIDT, Derecho Internacional Privado, Parte Especial, pág. 316; RAPALLINI, Liliana, Temática de Derecho Internacional Privado, pág. 304).

En este contexto, cabría aplicar a las relaciones entre las partes, residentes de Argentina y empresa peruana, los Tratados de Montevideo antemencionados

Es decir, las reglas generales en materia de hechos ilícitos, contenidas en el Tratado de Montevideo en materia de derecho civil, que vincula a Argentina, y Perú, habilitan la aplicación del derecho interno de Chile, por ser el Estado en cuyo territorio ocurrió el accidente en análisis. (art. 43 del Tratado de Montevideo de 1940 y 38 del de 1889), lo que conduciría por diverso camino normativo a la aplicación del derecho civil del vecino país ya aplicado por las instancias de grado. Más no es este el marco de análisis que corresponde en el caso, como veremos a continuación.

Ahora bien, las víctimas y la empresa de transporte demandada se encontraron vinculadas por un contrato de transporte, motivo que no puede ser desconocido a los fines de la calificación jurídica que compete a los jueces.

Así si analizamos la faz contractual, en materia de contrato de transporte, el Tratado de Montevideo de 1940 de Derecho Comercial Terrestre, (Decreto Ley 7771) en su art. 17 estipula que el contrato de transporte de personas por los territorios de varios Estados, celebrado por una sola empresa o por servicios acumulativos, se rige por la ley del Estado del destino del pasajero.

Sin embargo, ésta tampoco es la solución normativa que entiendo corresponde aplicar al caso, porque el contrato de transporte, celebrado en nuestro país, es además, y por antonomasia, un contrato de consumo.

c.- El correcto encuadre normativo.

i.- La solución por aplicación del principio iura novit curia.

En fecha reciente esta Sala recordó que los jueces poseen la facultad y el deber de calificar las acciones y aplicar el derecho, pudiendo apartarse de las invocaciones de los litigantes respetando irrestrictamente la congruencia procesal. En consecuencia, dicha facultad puede ejercerse aún cuando la temática de la ley aplicable no haya sido materia de agravios y en virtud del principio iura novit curia, en tanto ello no violente el derecho de defensa de las partes, límite infranqueable de aquél. Este límite se sustenta en la inamovilidad de la plataforma fáctica del caso. (Provincia de Mendoza, LS 646 233, sentencia de fecha 16/02/2022).

Como se recordó en Agrosoma (LS 682-121, sentencia de fecha 24/04/2023) y en Karzovnik (LS 662-048, sentencia de fecha 22/08/2022) en materia de aplicación del derecho por el judicante por vigencia del principio iura novit curia, el juez puede subsumir el caso cuando ello no importe la modificación de los hechos y con ello no cercena el derecho de defensa de las partes. Ello en tanto el derecho se aplica aún cuando no haya sido invocada por las partes pues el juez aplica el derecho que corresponde con independencia de las partes (Aguilera, LS 068-114).

Ello es así en tanto el juez no puede modificar la acción deducida, pero sí calificar la relación sustancial, siempre que respete los hechos invocados, es decir, que no introduzca elementos fácticos diferentes a los denunciados por las partes. (Guerrero, LS 259-227),

pues la falta o errónea invocación de preceptos legales no puede ser óbice al progreso de la demanda. (Montaña, LS 133-021).

Tales premisas, entonces, habilitan que encuadre el caso a efectos de su resolución en la normativa que conforme la relación sustancial que unió a las partes en juicio subyace al siniestro que originó los daños.

ii.- La aplicación del derecho argentino al caso.

1.- Aclaro en primer término, y conforme la norma del art. 2595 del CCyC, que el derecho chileno aplicado por jueces locales y la aplicación que de ella realizan los Tribunales del vecino país, gracias a las tecnologías de la información existentes en la actualidad resultan asequibles para los juzgadores, atento a los asientos informáticos en que pueden localizarse las normas extranjeras de aplicación y los fallos dictados en su consecuencia.

Advierto ello en tanto anticipo que el derecho que entiendo aplicable dista de ser foráneo, mas no porque el mismo no sea accesible a este Tribunal sino por diversas razones. Ello en tanto porque considero que corresponde que la cuestión sea resuelta a la luz de la normativa del microsistema de consumo en el marco del contrato de transporte celebrado en Argentina que unió a las partes.

2.- Resalto que la celebración del contrato de transporte en territorio local, fue advertido por el propio Tribunal al resolver el tema competencial propuesto por la aseguradora de la empresa de transporte de pasajeros de nacionalidad peruana y tomado como elemento relevante a fin de mantener la radicación de competencia en nuestra provincia. (ver resolución de fs. 315)

Fijó allí la juzgadora, además, la jurisdicción cuestionada, mediante la aplicación de las normas consumeriles como pauta interpretativa.

Destaco además que desde la demanda inicial fue invocado y acreditado, mediante los pasajes agregados a fs. 41, acompañados conforme el cargo de fs. 79 de los autos principales, que entre la Sra. Barboza, lamentablemente fallecida, y su hijo Raúl Ángel, y la empresa de transportes de pasajeros Expreso Ormeño SA, se celebró un contrato de transporte.

Remarca esta circunstancia el hecho de que la demanda articulada ha sido dirigida contra la empresa de transporte de pasajeros, citando en garantía a la compañía aseguradora de la mencionada empresa. Y que los otros sujetos procesales han sido introducidos al proceso por el llamado efectuado por la demandada.

Aduno a ello que la sentencia de primera instancia explora la responsabilidad objetiva del vecino país, de construcción diversa a nuestro sistema de respuesta civil frente a los daños causados, más no integra el examen de la estructura extranjera en materia de responsabilidad por los daños causados con vehículos a motor, con el análisis del vínculo jurídico que unió a las partes en virtud del contrato de transporte acreditado y no cuestionado en las instancias de grado.

3.- Nuestro Código Civil y Comercial actual contiene normas específicas sobre derecho internacional en materia de consumo, que, si bien no resultan aplicables, atento al tiempo de celebración del contrato e incumplimiento de las obligaciones contenidas en el mismo, que datan de 2012, resultan útiles en tanto fuente no formal de derecho.

Así el art. 2655 del CCyC establece respecto al derecho aplicable que Los contratos de consumo se rigen por el derecho del Estado del domicilio del consumidor en los siguientes casos: a) si la conclusión del contrato fue precedida de una oferta o de una publicidad o actividad realizada en el Estado del domicilio del consumidor y éste ha cumplido en él los actos necesarios para la conclusión del contrato.

En este inciso se encuentra la justificación del derecho aplicable en materia de consumo, que decide el derecho aplicable que más se acerque al consumidor cuando el contrato se celebra en nuestro país. Si bien esto está dirigido sobre todo al e-commerce, la peculiaridad del contrato de transporte cuyo pasaje se emite en un país, pero que además incluye la circulación por dicho país, a la par que otros dos territorios estatales diversos, impone en este sentido la adopción del domicilio del consumidor.

La elección del derecho aplicable en consumo, que difiere de la solución para los contratos que no revisten el carácter de consumeriles, que sustrae la autonomía de la voluntad en dicha materia, en derecho internacional, está fundada en la política tuitiva que conduce a la aplicación de normas materialmente orientadas al resguardo del consumidor. Respuesta legislativa que es parte integrante de los ordenamientos, de prácticamente todo el mundo. (DREYZIN DE KLOR, Adriana, comentario al art. 2655 en Código Civil y Comercial comentado, dirigido por LORENZETTI, Tomo XI, pág. 652).

Ello así en tanto, la protección del más vulnerable en este aspecto, presupone el conocimiento de la ley con la que está más familiarizado, y consecuentemente la que mejor defiende sus intereses a la vez que favorece los objetivos del sistema a través de una conexión diferenciada para amparar sus derechos. (DREYZIN DE K., ob cit.)

Tanto la caracterización del consumidor como la solución adoptada por el Código Civil y Comercial abrevia en las normas del Reglamento 593/08 del Parlamento Europeo y del Consejo del 17/06/2008, y el Reglamento de Bruselas. (SCOTTI, Luciana, comentario al art. 2655 del Código Civil y Comercial, analizado, comparado y concordado, dirigido por BUERES, Tomo 2, pág. 729).

4.- Antes de la sanción del Código de 2015, ni las normas de derecho internacional privado de fuente interna ni las normas convencionales se habían ocupado de ofrecer soluciones específicas para determinar el derecho aplicable, atendiendo a las especiales circunstancias que rodean la protección agravada del consumidor y la diversidad de

regulación interna en las legislaciones de los diferentes estados que pueden verse conectados por una contratación de consumo internacional.

Antes de la sanción de esta norma interna de derecho internacional reseñada, art. 2655, existía preocupación por la tutela del consumidor en los contratos internacionales de consumo, y discurría por los mismos caminos en cuanto al punto de conexión que mejor propiciara la tutela efectiva del consumidor o usuario.

Así señalaba UZAL, en un artículo anterior a la incorporación de las normas que venimos reseñando, que la elección de aquellos derechos que se presenten como más justificados para dar una solución razonable al caso, que respete el principio de proximidad y los lazos más estrechos con él, sin renunciar a la flexibilidad de que deben estar dotadas las normas de conflicto. Advierte que la residencia habitual, equiparable al domicilio había sido adoptada por las pocas convenciones internacionales que habían abordado el tema. Así la Convención de Roma de 1980, la Convención de la Haya sobre responsabilidad por el hecho del producto de 1973, el Proyecto de la Haya sobre ley aplicable a las ventas del consumidor. (UZAL, María Elsa, La protección al consumidor, REVISTA DEL DERECHO COMERCIAL Y DE LAS OBLIGACIONES, Año: 1991, editorial: Depalma, Tomo: A, pág. 239)

Agrega a este DREYZIN de KLOR, que ni el espacio interamericano de las CIDIP, ni el regional -MERCOSUR-, vinculan a los Estados en sus respectivos ámbitos territoriales por normas sobre legislación de consumo. Digamos que en las CIDIP se aprobó una convención sobre ley aplicable a los contratos internacionales, que Argentina no ha ratificado, la que a la fecha se encuentra vigente solo entre dos países del continente. Ante una carencia de tan significativo tenor, no llama la atención el empeño puesto para elaborar normas específicas de Derecho Internacional Privado que contemplen la protección de los consumidores legos o no profesionales. Las conexiones existentes para regular el comercio internacional tienen como base el equilibrio estructural de fuerzas o de intereses profesionales entre los agentes -ambos profesionales- involucrados. (El

Derecho Internacional Privado y Las Relaciones Consumo, Revista de la Facultad, Vol. V N° 1 Nueva Serie II (2014) 13-54

<https://revistas.unc.edu.ar/index.php/refade/article/view/11447/11917>).

La protección del consumidor es un tema que debe separarse del comercio internacional y, por tanto, corresponde que sea tratado por el derecho internacional con conexiones más seguras, previsibles y positivas para la parte más débil de la relación. (C. LIMA MARQUES, “La insuficiente protección del consumidor en las normas del Derecho Internacional Privado - De la necesidad de una Convención Interamericana (CIDIP) sobre la ley aplicable a algunos contratos y relaciones de consumo”, en: La Protección del consumidor: aspectos de Derecho: aspectos de derecho privado regional y general, Cursos de Derecho Internacional Privado, Serie temática, vol I (parte 2), cita on line, oas.org.)

Coinciden los autores en la necesidad, en esta delicada materia y frente a la intención de tutela diferenciada, de establecer puntos de conexión alternativos y acumulativos para dotar al sistema de la necesaria flexibilidad, a la par que preserve y procure el adecuado ejercicio del derecho de defensa y de efectividad. (UZAL, ob. Cit.).

Aduno a lo dicho, lo sostenido por DREYZIN DE KLOR en materia de consumo, en tanto la regulación jurídica de relaciones privadas en el ámbito internacional a través de instrumentos convencionales, enraíza en la importancia que se reconoce a estos acuerdos a los fines de facilitar la solución de casos jusprivatistas vinculados con diferentes ordenamientos jurídicos nacionales. Sin embargo, algunos ámbitos quedan reservados exclusivamente a la aplicación del derecho del foro y los jueces deben abstenerse de aplicar un ordenamiento jurídico que no sea el propio. Las normas imperativas evidencian los espacios no delegados ya que no pueden ser dejadas de lado por el derecho declarado aplicable; el efecto de su inclusión es el de desplazar a ese derecho que regiría la relación de no quedar captada por la imperatividad de las normas del foro que se imponen a la regulación del caso internacional. Ob. Cit.). Contribuye a esta aplicación el carácter imperativo, de orden público que el sistema consumeril reviste en Argentina, que recepta,

igualmente el punto de conexión en relación al domicilio del consumidor afectado por el accidente.

A esto debe agregarse que la demandada tiene sede o agencia en nuestro país, a partir de la cual ejerce su actividad comercial en nuestro país, donde fue notificada la demanda, por otra parte. Conexión del domicilio de la demandada, que constituye otro punto de conexión cercano al caso y que se vincula con un sistema que asegure el reequilibrio de las relaciones contractuales originariamente desbalanceadas entre la empresa y el consumidor, creando garantías para proteger expectativas básicas de los consumidores a partir de una relación de consumo.

En materia de protección al consumidor, el orden público propio de dicho sistema interno, determinará el rechazo a aquellas normas extranjeras que contradigan los principios fundamentales que coinciden en buena medida con los axiomas constitucionales del ordenamiento del foro. A ello se suma, el hecho de que los derechos del consumidor, son una especie del género “derechos humanos”, uno de cuyos principios centrales es el acceso a la justicia de manera fácil y eficaz (DREYZIN DE KLOR, ob. Cit; BIDART CAMPOS, Teoría General de los Derechos Humanos, Ed. Astrea, Bs. As., 2006, pp. 189 y ss. 29).

Del Código Civil de Vélez, surgen ciertas normas de contacto de aplicación subsidiaria, respecto de la normativa internacional autónoma para los países vinculados por el Mercosur, en materia estrictamente contractual, sin la adjetivación consumeril, conduce al lugar del cumplimiento del contrato. Sin embargo se señala que la existencia de consumidores y el destino final de los bienes y servicios, que en general debería determinar, desde una visión tradicional, la prestación característica podría ser vista como la que lleva a cabo el proveedor y por tanto se terminaría aplicando el Derecho del domicilio de la parte más fuerte de la relación, lo cual conferiría al proveedor el privilegio de encontrarse en mejor situación de evaluar los riesgos que implica la realización de negocios internacionales. Lo que inclina la decisión por la ley del lugar de celebración, si se trata de un contrato con conexión argentina, en virtud del art. 1205 del CC, y sobre

todo como en el caso, cuando se trata de la ley del lugar del país del domicilio o residencia habitual de consumidor resulta el punto de conexión más razonable a la situación de debilidad del consumidor internacional acompañado de otras conexiones acumulativas, en el caso, celebración del contrato y domicilio del consumidor. (sobre el punto DREYZIN DE KLOR).

5.- La normativa definitiva aplicable.

En este contexto, entonces, frente a la celebración de un contrato de transporte, entre un particular, consumidor del servicio, residente en Argentina, contratado en nuestro país, y en la agencia existente en Mendoza de la empresa de transportes demandada, en los términos anteriormente reseñados corresponde la aplicación de la norma interna nacional, es decir la Ley de Defensa del Consumidor y el Código Civil Argentino de Vélez, y en su caso el Código de Comercio de nuestro país, atento a la época de celebración del contrato y de ocurrencia del hecho dañoso, que se remonta al año 2012.

Como se recordó en Transporte de Pasajeros General Roca (sentencia de fecha 22/09/2018), y viene sosteniendo esta Sala en materia de accidentes de tránsito luego de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994) corresponde aclarar en primer lugar que, en tanto la responsabilidad del accionado es una cuestión vinculada a la constitución de la relación jurídica, puesto que debe analizarse la existencia de los presupuestos del deber de responder, es necesario estarse en este punto a las normas contenidas en la anterior legislación (Código de Vélez), por ser la vigente al momento del hecho antijurídico dañoso (Kemelmajer de Carlucci, A., “La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 100 y 158).

Por el contrario, corresponde aplicar a las consecuencias (intereses y pautas de cuantificación) el Código Civil y Comercial de la Nación desde el 1 de agosto de 2015. En este sentido explica la Dra. Kemelmajer de Carlucci que “hay que distinguir entre la existencia y la cuantificación del daño. La segunda operación debe realizarse según la ley

vigente en el momento en que la sentencia determina la medida o la extensión, sea fijándolo en dinero o estableciendo las bases para su cuantificación en la etapa de ejecución de sentencia” (KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes.”, Segunda parte, Rubinzal Culzoni, Bs.As., 2016 p 234.). De esta manera se resolvió en diversas causas, entre ellas Expte N° 13-00640398-5/1, “Livellara...”, 08/05/2017; Expte. N° 13-01905989-2/1, “Cinquemani...”, 20/03/18; Municipalidad de la Ciudad de Mendoza, N° 13-03812721-1/1, sentencia de fecha 14/06/2021, entre muchos otros).

Por ello, atento que el hecho dañoso ocurrió el 05/11/2012, el contrato de transporte fue celebrado el 04/11/2012 (fecha de emisión de los pasajes que dan cuenta de tal hecho) los presupuestos de la responsabilidad civil deben regirse por el Código Velezano, pero la cuantificación del daño, en caso de que prospere la imputación de responsabilidad, deberá efectuarse respetando las pautas que, al respecto, fija el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, en caso de que se llegue a dicha solución.

iii.- Jurisdicción internacional.

Dilucidado lo anterior, cabe analizar qué ocurre en materia de jurisdicción.

Así aún cuando se entendiera aplicable la hipótesis de un vínculo de orden mercantil debiera regir en la selección del órgano judicial el Tratado de Montevideo de 1940 de Derecho Comercial Terrestre, (Decreto Ley 7771) que en su art. 17 estipula que en materia de jurisdicción establece que Serán jueces competentes los de este mismo Estado o los de aquél en el cual se celebró el contrato, a opción del actor (ratificado por ambos países, Perú y Argentina).

Desde que el contrato de transporte fue celebrado en la Terminal de Mendoza, por lo que la cuestión competencial, aún la referida a cuestiones de carácter internacional pueden ser

válidamente abordadas por los tribunales locales, siguiendo la norma que otorga competencia al juez del sitio donde se celebró el contrato consumeril.

iv.- La solución del caso en este marco normativo.

Llegados a este punto del examen de la cuestión, el caso debe analizarse entonces, en el marco de la regulación del contrato de transporte terrestre de pasajeros, considerando además su naturaleza de acto de consumo.

1.- Precedentes sobre responsabilidad del transporte terrestre de personas.

La jurisprudencia de esta Sala ha receptado la tesis conforme la cual también el contrato de transporte terrestre de personas y de cargas se rige por el art. 184 del Código de Comercio, razón por la cual entre las obligaciones del transportista se encuentra la de llevar al pasajero sano y salvo a destino, de allí que su responsabilidad es objetiva, está fundada en el riesgo del transporte, debe ser analizada con criterio restringido y en beneficio de la víctima-pasajero, por lo que, probado el daño del pasajero, está a cargo de la empresa la demostración de que medió culpa de la víctima, de un tercero por el que no se debe responder o caso fortuito. Tal como surge de los precedentes “Salcedo” (L.S. 336-044), “Nanclares” (L.S. 343-019) y “Livellara” (C.U.I.J. N° 13-00640398-5/1 del 08/05/2017); “Rodríguez Claudia”, del 22/11/2017; “Transporte de Pasajeros General Roca” sentencia del 22/09/2018.

Así las cosas, esta Corte, en el precedente “Balmaceda” (L.S. 426-166), como así también en Livellara; sostuvo que el principio protectorio de los consumidores y usuarios tiene base en el art. 42 de la Constitución Nacional, por lo cual a la relación entre el usuario y el prestador del servicio público de transporte terrestre de personas, deben aplicarse las disposiciones de la Ley 24.240, que en su art. 40 establece una responsabilidad objetiva respecto de los daños que resultan de la “prestación del servicio”. Es decir, que el sindicado como responsable debe acreditar la fractura del nexo causal, la cual debe

revestir los caracteres del caso fortuito para eximir de responsabilidad a su parte. Por tales razones se resolvió que resulta responsable la empresa de colectivos por los daños sufridos por una pasajera transportada que se cayó adentro de la unidad, sin que la empresa acreditara la culpa de la víctima o la fractura del nexo causal.

Por influencia del precedente de la CSJN “Ledesma” (del 22-4-2008, Fallos 331:819; y en “Uriarte Martínez” , del 9-3-2010, Fallos 333:203), es posición asumida por este Tribunal que el transporte terrestre de pasajeros no constituye un típico contrato mercantil ni sus relaciones están regidas primordialmente por el Código de Comercio o el Código Civil; ello así porque las relaciones entre el concesionario-transportista-prestador y usuario-pasajero se encuentran reguladas, en primer término, por el régimen jurídico propio de los servicios públicos. De allí que al usuario lo amparan los derechos y principios contenidos en el art. 42 de la Constitución Nacional.

En “Grifouliere” (N°103469, 21/02/2013) esta Sala recordó que una interpretación armónica, sistemática y teleológica de las normas en juego, debe partir de la ponderación de los valores del art. 42 de la Constitución Nacional (dispositivo que, en palabras de Robert Alexy, estructuralmente asume la forma de principio y constituye un mandato de optimización en favor de la salud, seguridad e intereses económicos de los usuarios de los servicios públicos); impone que las causales de exoneración de la responsabilidad del porteador previstas en el art. 184 del Código de Comercio deben ser analizadas a la luz y dentro del marco que dimana del art. 40 de la Ley 24.240 (incorporado por Ley 24.999). De este modo, en estricto rigor lógico-jurídico las causales “culpa de la víctima o de un tercero por quien no se debe responder” sólo podrán liberar la responsabilidad objetiva del transportista si reúnen los caracteres de imprevisible e inevitable típicas del caso fortuito, única eximente mencionada en esta última norma.

La Corte Nacional en los autos M.328.XLVI, caratulados: “Montaña, Jorge Luis c/ Transporte Metropolitanos General San Martín”, fallada el 3-5-2012 (public. en: LL 2012-D, p. 440; DJ del 08/08/2012, p.42; en LL del 19/09/2012, p.8 con nota de Nicolás Jorge Negri; en RCyS 2012-X, p.53; y en JA 2012-III, suplemento n.3, Derecho

administrativo, Actualidad en Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación 1/2012, por Gustavo Arnestoy, p. 37.), sostuvo que la mera invocación del hecho del tercero resulta ineficaz para lograr la exención de responsabilidad contemplada en el art. 184 del Código de Comercio, si no se configuran los extremos propios del caso fortuito que atañen a la previsibilidad e inevitabilidad del hecho. Por todo lo cual - agregó la Corte- el transportista debe adoptar las medidas atinentes a la prevención de los riesgos que la prestación comprometida acarrea para el consumidor o sus bienes.

Merece ser destacado lo resuelto por la Corte Nacional, acerca de la responsabilidad del transportista respecto de la persona del pasajero: “La interpretación de la extensión de la obligación de seguridad que tiene su causa en un contrato de transporte de pasajeros, integrada con lo dispuesto por el artículo 184 del Código de Comercio, debe ser efectuada teniendo en cuenta el derecho a la seguridad previsto en la Constitución Nacional -artículo 42- para los consumidores y usuarios” (C.S.J.N., 22-4-2008, “LEDESMA, MARÍA LEONOR C/ METROVÍAS S.A.”, L.L. del 20-05-2008, p. 7; R.C. Y S. 2008-860; L.L. del 27-05-2008; 26-03-2013, “MONTOYA, MAURICIO JAVIER C/ TRANSPORTE METROPOLITANOS GENERAL SAN MARTÍN S.A. Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS”, L.L. del 18-4-2013; D.J. del 22-5-2013, p. 21; L.L. del 05-06-2013, p. 6; L.L. 2013-C-426; 09-03-2010, “URIARTE MARTÍNEZ, HÉCTOR VÍCTOR Y OTRO C/ TRANSPORTES METROPOLITANOS GENERAL ROCA S.A. Y OTROS”, L.L. del 16-3-2010, p. 6; L.L. 2010-B-258).

2.- La aplicación de estos conceptos al caso de autos.

Haciendo aplicación de estas premisas, entiendo que la respuesta que debe darse al reclamo de autos es por su admisión.

Ello en tanto tengo para mí que la demandada no ha logrado acreditar en el caso la configuración de caso fortuito, o hecho del tercero, supuestos que en los casos de responsabilidad objetiva exonera a la empresa de la imputación de las consecuencias dañosas del transporte de pasajeros. Explicaré por qué.

a.- La obligación de seguridad en el contrato de transporte.

Del juego de las normas y premisas desarrolladas surge que la obligación principal del contrato celebrado entre las partes era la de transportar a la Sra. Barboza y a, en aquel entonces niño, Raúl Ángel a su lugar de destino en el tiempo estipulado y con resguardo de su integridad física y psíquica, en virtud del deber de seguridad. Ello de conformidad con la definición que del contrato de transporte, en este caso de pasajeros, contiene los art. 162 del Código de Comercio, y del art. 184 del mismo cuerpo normativo.

Se ha señalado que el deber de seguridad deriva e integra el contrato de transporte, por interpretación de la norma legal consagrada en el art. 184, CCom., y de las cláusulas de la convención patrimonial, esto último con fundamento en el principio de la buena fe y en las consecuencias implícitas que se deben considerar comprendidas en él (art. 1198, párr. 1, CCiv.; arts. 9, 961 y 1061, Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de 2012). Se agrega que por otro lado, indica el sentido y el significado que debe darse no ya sólo a la "obligación de seguridad", como factor objetivo de atribución de la responsabilidad civil fundado en la garantía, sino también a la "seguridad" misma como valor que debe orientar el horizonte de las decisiones judiciales. (NEGRI Nicolás, La obligación de seguridad y estándares en la fundamentación de sentencias, SJA 21/11/2012, 21/11/2012, 27; La Ley on line: AP/DOC/4105/2012)

El principio protectorio de los consumidores y usuarios tiene base en el art. 42 de la Constitución Nacional, por lo cual, a la relación entre el usuario y el prestador del servicio público de transporte terrestre de personas, deben aplicarse las disposiciones de la Ley 24.240, que en su art. 40 establece una responsabilidad objetiva respecto de los daños que resultan de la "prestación del servicio" (Idem: LS.426-166) (Expte.: 13-00691867-8/1 - "RODRIGUEZ CLAUDIA ...", SCJM, Sala Primera).

Por todo lo cual el transportista debe adoptar las medidas atinentes a la prevención de los riesgos que la prestación comprometida acarrea para el consumidor o sus bienes. Es decir que, en la generalidad de los contratos, el cumplimiento de la obligación de seguridad constituye una obligación de resultado, por la que el deudor se compromete a no causar daño a la integridad física o a los bienes del acreedor y la responsabilidad por su violación revestirá carácter objetivo, bastando con acreditar el perjuicio para que ella se genere. (in re Rodríguez, Claudia).

Debido al grave accidente en que se vio involucrado el ómnibus de la accionada con el camión de la citada, el fin del contrato se frustró y se incumplió en cuanto a su obligación principal.

Para la Corte Nacional, (concepto retomado en Transporte de Pasajeros General Roca, ya citado) el valor "seguridad" conlleva no sólo la reparación de los daños, sino también el deber de "...adoptar las medidas atinentes a la prevención de los riesgos que la prestación comprometida acarrea para el consumidor o sus bienes" (cfr. última parte del párrafo citado del considerando 3, in re "Montaña"), vale decir, la tutela preventiva respecto de la persona en situación vulnerable y sus bienes (materiales o inmateriales).

Siguiendo con el razonamiento, en este marco, frente al incumplimiento del deber de seguridad ínsito al contrato de transporte que unió a las partes, y su configuración de carácter objetivo, sólo admite para excusarla la prueba de la falta de culpa del transportador y sí solamente la interrupción del nexo causal. El régimen legal de esta responsabilidad se identifica con el supuesto extracontractual del daño causado por el vicio o riesgo de la cosa (art. 1113, Cód. Civil) pero difiere fundamentalmente en cuanto a la fuente en que se origina, contractual en el primero y delictual en el último, lo que da motivo a una diferenciación en los efectos, como ser la prescripción de la acción, la extensión del resarcimiento y el daño moral" (BUSTAMANTE ALSINA, La obligación de seguridad en el transporte ferroviario, LA LEY1990-D, 96).

Hoy ese deber de seguridad tiene consagración legal en el art. 1289 y 1291 del CCyC.

Es en este sentido, que no resulta plausible la discusión acerca de la culpa del transportista demandado, pues no puede eximirse de responsabilidad con la sola prueba de su actuar diligente. (in re Transporte General Roca). Y es que al estarle vedado al deudor probar su diligencia para exonerar su responsabilidad por los daños del pasajero transportado, su no culpa es irrelevante, y solamente podrá liberarse de su responsabilidad acreditando circunstancias totalmente ajenas que interrumpen el nexo adecuado de causalidad (Cossari, Maximiliano, “Daños ocasionados por hechos delictivos de terceros en el transporte público de personas”, LLBA 2013- 949).

En dicho tenor, señalan los autores, acreditado el contrato de transporte y que los daños se produjeron en ocasión del mismo, el transportista deberá demostrar la ruptura del nexo causal. De otro modo, pesará sobre la víctima la carga de la prueba de la culpa del demandado tornando el resarcimiento en meramente ilusorio (HUMPHREYS, Ethel, PAPILLÚ, Juan M., TANZI, Silvia Y., "La obligación tácita de seguridad en el contrato de transporte", en La Ley, 26/10/2004, p. 4.).

Como se recordó en Zoccolillo (LS 683-103, sentencia de fecha 04/05/2023) en materia de responsabilidad civil, el actual régimen de responsabilidad por la intervención de cosas, se caracteriza por: a) el fin específico del riesgo creado es posibilitar la indemnización del daño causado por el riesgo o vicio con indiferencia de toda idea de culpa; b) pesan presunciones concurrentes sobre el dueño o guardián, quienes deben afrontar los daños causados a otro, salvo que prueben la existencia de circunstancias eximentes; c) el actor debe probar la legitimación activa y pasiva, la existencia del daño y la relación causal entre el hecho y el daño; d) para eximirse de responsabilidad, la demandada debe acreditar la existencia de fuerza mayor, la conducta (aun no culposa) de la víctima o de un tercero por quien no debe responder. En tal caso, la eximente radica en la fractura total o parcial del nexo causal; e) la prueba de las eximentes debe ser fehaciente e indubitable, dada la finalidad tuitiva de la norma.

b.- La excusa esgrimida por la accionada: la culpa del tercero por el que no debe responder.

Al momento de contestar la demandada, la accionada establece que conforme surge del informe técnico de Carabineros de Chile la causa del accidente fue la mala señalización del bypass existente en la ruta con motivo de su reparación, a cargo de Skanska Chile y la circulación a velocidad y por la mano contraria del ómnibus que transportaba a las víctimas.

La eximente llamada hecho del tercero por el que no debe responder, requiere de tres condiciones esenciales: 1) ajenidad, o intervención de un sujeto extraño a las partes; 2) imprevisibilidad; 3) e inevitabilidad. Así lo ha sostenido la Corte "la mera invocación del hecho del tercero, resulta ineficaz para lograr la eximición de responsabilidad, si no se configuran los extremos propios del caso fortuito que atañen a la imprevisibilidad e inevitabilidad del hecho (art. 514 CC)" (Fallos 313-1184).

Al igual que lo sostuvo el Máximo Tribunal de la provincia de Buenos Aires (in re "Leiva"), tengo para mí que la ajenidad o exterioridad de la intervención de un sujeto extraño a la empresa, es un requisito necesario mas no el único para conformar la eximente. Es decir, no basta con invocar que el vehículo participante del accidente que provoca el daño no tiene relación alguna con la recurrente, pues ello no es suficiente para no comprometer a la sociedad accionada.

Y así entiendo, como lo ha hecho ya esta Corte con anterioridad, que la posibilidad de ocurrencia de un accidente vial no es ajena al giro del transporte público, con fundamento en la asiduidad de su ocurrencia. De allí que la demandada no ha demostrado que dicho acontecimiento haya sido imprevisible pues es ínsito al riesgo de la actividad.

Tanto es así que a nivel nacional se sancionó la Ley 27514 (BO 28/08/2019) que regula la política de seguridad en transporte de cargas y personas, con fin de garantizar la

protección de las personas y sus bienes, frente a los accidentes de tránsito, en diversos medios de transporte.

Recuerdo que dentro de ese sistema jurídico sustancial, in extenso analizado, Ley 24240, art. 184 del Código de Comercio, Código Civil y jurisprudencia citada, tal como acaece en el código vigente, para toda atribución de responsabilidad debe necesariamente existir como presupuesto primero de la misma el “daño”, respecto del cual deberá a su vez mediar una relación causal que lo vincule con la conducta del sujeto (factor de atribución subjetivo) generadora del primero (o con el riesgo en caso del factor de atribución objetivo), sin cuyo acaecimiento deviene insostenible cualquier pretensión resarcitoria, tratándose del ámbito de la responsabilidad contractual o extracontractual (art. 1109 y siguientes del C.C.) Sumado a ello el principio *in dubio pro consumidor* establecido en el art. 3, LDC y el deber de seguridad que prima en este tipo de relaciones (art. 40 LCD).

Como ocurre con el presente caso, donde no existe discusión sobre la existencia del daño por ser víctimas del grave accidente que tampoco ha sido controvertido, bastará que con motivo de la prestación principal (transporte de pasajeros) se genere algún perjuicio al consumidor, para que se origine en contra del proveedor una presunción de adecuación causal (responsabilidad objetiva) desvirtuable sólo mediante la acreditación de causa ajena, limitado al caso fortuito. Esta es la interpretación no sólo armónica y sistemática de las normas en juego, sino que resulta especialmente teleológica, que debe partir de la ponderación de los valores del art. 42 de la Constitución Nacional (dispositivo que, en palabras de Robert Alexy, estructuralmente asume la forma de principio y constituye un mandato de optimización en favor de la salud, seguridad e intereses económicos de los usuarios de los servicios públicos); impone que las causales de exoneración de la responsabilidad del porteador previstas en el art. 184 del Código de Comercio deben ser analizadas a la luz y dentro del marco que dimana del art. 40 de la Ley 24.240 (incorporado por Ley 24.999). (*in re Griffouliere*).

Es decir que, en estricto rigor lógico-jurídico las causales “culpa de la víctima o de un tercero por quien no se debe responder” sólo podrán liberar la responsabilidad objetiva

del transportista si reúnen los caracteres de imprevisible e inevitable típicas del caso fortuito, única eximente mencionada en esta última norma consumeril.

Sin perjuicio de que dicha circunstancia no ha sido discutida, el acta obrante a fs. 27/30 de los autos principales, acreditan que la Sra. Barboza falleció el día 05/11/2012 con motivo del accidente en que intervino el ómnibus perteneciente a la empresa accionada y que entre los lesionados se encontraba además el entonces niño Raúl Ángel.

En este marco, entonces, la violación del deber de seguridad ínsito al contrato de transporte, que además reviste el carácter de contrato de consumo que vinculó a las partes, impone la condena a la empresa transportista en tanto se encuentra acreditado el daño sufrido con motivo del gravoso accidente que sufrieron a bordo de ómnibus de Expreso Ormeño SA, en un riesgo del transporte que no puede ser considerado en modo alguno con carácter de caso fortuito cuando la ocurrencia de accidentes en materia de transporte es previsible de la manera en que ocurrió el siniestro en el caso.

Todo lo cual conduce a la responsabilidad contractual de la empresa de transporte de pasajeros demandada.

En dicho marco, cabe ingresar en el análisis de los daños reclamados que no han sido analizados en las instancias de grado, atento al rechazo de la imputación de responsabilidad que en esta instancia se revoca.

d.- Los daños reclamados.

Concurren Amancio Wilder Gomero Alfaro, quien acredita ser el cónyuge supérstite de la fallecida Sra. Barboza, por su derecho, y además por su hijo Wilder Raúl Ángel Gomero Barboza. Y Perla Estrella Gomero Barboza en su carácter de hija de la Sra. Barboza. Luego los padres de la Sra. Barboza, desisten de la acción.

Por lo que limitaré el relato de los daños reclamados a aquellos atinentes a quienes mantienen su reclamo vigente.

i.- Daños derivados del fallecimiento de la Sra. Barboza.

Reclaman el Sr. Gomero y sus hijos Perla y Raúl, daño patrimonial por pérdida de chance, con invocación de que la desaparición de una persona comporta un quebrantamiento del orden económico y espiritual del grupo familiar.

Describieron que la Sra. Barboza se desempeñaba como gestora de personas de la tercera edad y además cuidado, higiene y limpieza doméstica de abuelos, así como la realización de trabajos de marroquinería integral, producción y ventas al público y a pedido. Detalla además la realización de varios cursos de capacitación.

Cuantifica el rubro por la suma total de \$400.680, estimando un ingreso mensual de \$8.000, la edad de la víctima al momento de su fallecimiento, 48 años y la consideración de un aporte del 70% de lo mencionado a la vida familiar.

En concepto de tratamiento psicológico para los actores, Sr. Gomero y sus hijos, reclama la suma total de \$52.000, estimando el rubro en la suma de \$10.400 para cada uno de ellos, en un tratamiento por un año con la frecuencia de una sesión semanal.

En concepto de daño extrapatrimonial, reclaman daño moral del cónyuge superviviente por la suma de \$300.000, considerando el desenvolvimiento normal del matrimonio y la unión de los integrantes del mismo. Asimismo, el daño moral de los hijos Raúl Ángel y Perla Estrella, cuantificando el rubro en la suma de \$200.000 a cada uno de ellos.

ii.- Daños sufridos por Raúl Ángel.

Respecto de Raúl Ángel, quien viajaba junto a su madre en el ómnibus, en su momento reclamaron gastos médicos. Detallan que no contaba con obra social, haciéndose cargo de la totalidad de los gastos de medicamentos, tratamientos y honorarios médicos, así como los gastos de traslado. Reclaman por este concepto la suma de \$100.000.

Por incapacidad genérica la suma de \$225.000, invocando un porcentual de afectación del 75% y por daño moral en virtud de las lesiones sufridas la suma de \$200.000.

iii.- La solución respecto de los daños reclamados.

No analizaré los daños en el orden en que han sido reclamados, sino agrupándolos de diversa forma a fines meramente explicativos.

A.- Daños patrimoniales.

Gastos médicos por las lesiones de Raúl Ángel y de sepelio por el fallecimiento de la Sra. Barboza.

Tales rubros no pueden prosperar en tanto la accionante no acompañó constancias que acrediten los daños, siendo su carga la prueba de tales erogaciones (art. 1744 del CCyC; in re Zoccolillo, LS 683-103, entre muchos otros).

Si bien dichos gastos se presumen atento a la contundencia del fatídico accidente y de sus consecuencias (art. 1745 y 1746 del CCyC), debo considerar que la aseguradora de la empresa de transportes acompañó las facturas correspondientes a los gastos de sepelio y

de internación de las víctimas aquí accionantes que acreditan que tales gastos fueron abonados, al menos los ocurridos en territorio chileno, por Mapfre Perú, sobre todo en ausencia de otras acreditaciones que desvirtúen los documentos acompañados por la citada en garantía.

Ello conforme la factura acompañada a fs. 204, a nombre del servicio de Salud de Antofagasta y con imputación a los gastos erogados por la atención de Raúl Ángel Gomero Barboza. De igual modo la factura agregada a fs. 205 da cuenta de los gastos de sepelio y exequias, sin perjuicio de que dichos gastos fueron reclamados por los padres de la Sra. Barboza, quienes como se señalara en forma precedente luego desisten de la acción, quedando fuera de las lindes de este proceso tales pretensiones.

Respecto de los gastos médicos atinentes a la etapa en que Raúl Ángel estuvo internado en Mendoza, no ha efectuado la actora mensura de su extensión ni acompañó extremo alguno de su ocurrencia, salvo la consideración de su atención en el Hospital Humberto Notti, que es de gestión pública estatal y por ende gratuito en la prestación de servicios. Esta orfandad de pautas orientadoras que pesan sobre la reclamante impiden al Tribunal hacer la evaluación de tal pretensión en los términos del art. 90 inc. 7 del CPCCyTM.

Por lo cual se impone el rechazo de estos rubros, sin mayores consideraciones a su respecto, por la suma reclamada que asciende a \$100.000.

Incapacidad sobreviniente de Raúl Ángel.

En el Derecho Argentino, rige el principio de la reparación integral de los daños; conforme a este principio, la finalidad de la indemnización es procurar establecer tan exactamente como sea posible, el equilibrio destruido por el hecho ilícito para colocar así a la víctima, a expensas del responsable, en la misma o parecida situación patrimonial a la que se hubiese hallado si aquél no hubiese sucedido (1740 del CCyC; in re Allende, sentencia de fecha 22/09/2022).

La indemnización por lesiones físicas de carácter permanente es tratada en el Código Civil y Comercial en el art. 1746 bajo el título indemnización por lesiones o incapacidad física o psíquica. Como señala la jurisprudencia “La incapacidad es la inhabilidad o impedimento, o bien la dificultad apreciable en algún grado, para el ejercicio de funciones vitales, por lo cual comprende la merma genérica en la capacidad futura del damnificado, que se proyecta en todas las esferas de su personalidad y constituye por lo tanto un quebranto patrimonial indirecto” (CNCiv., sala K, 03/07/2008, “Beno, Juana Rosa c. Empresa San Vicente S.A. y otros”, La Ley Online, AR/JUR/6413/2008).

En esta línea, respecto de la letra del art. 1746 CCyC se ha afirmado que “la amplia tutela de la integridad de la persona la pone de relieve la parte final del artículo que dispone que corresponde la indemnización por incapacidad permanente, aun cuando la víctima no perdió su trabajo o la posibilidad de producir bienes, lo que denota que la capacidad plena tiene valor económico propio” (“Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Tomo VIII, Ricardo Luis Lorenzetti -Director, Rubinzal- Culzoni Editores, 1° ed., Santa Fe, 2015, Pág. 526).

El derecho a la reparación integral del daño consagrada legislativamente en la ley de fondo, fue desarrollado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en distintos fallos fundándose en el mandato “alterum non laedere” el cual, vinculado a dicha idea de reparación y con raíz constitucional (art. 19 C.N.), trasciende al ámbito del derecho privado y en especial a los resarcimientos fundados en el Código Civil y Comercial de la Nación sino que expresa un principio general con status constitucional que se aplica a cualquier disciplina jurídica (Fallos: 321:487 y 327:3753).

En “Aquino” (CSJN, “Aquino, I. c/ Cargo Servicios Industriales S.A” -21/09/2004- Fallos 308:1109, 1115), la Corte Nacional determinó que resultaba inconstitucional una indemnización que no fuera “justa”, puesto que “indemnizar es eximir de todo daño y perjuicio mediante un cabal resarcimiento”, lo cual no se logra “si el daño o el perjuicio subsisten en cualquier medida” (Fallos, 268:112, 268:114).

En este entorno normativo jurisdiccional, Raúl Ángel sufrió un daño injusto en su integridad psicofísica con motivo del accidente aquí ventilado, que, conforme las pruebas rendidas en la causa, aún hoy persisten, y por tanto deben ser indemnizadas.

Cuantificación del rubro incapacidad sobreviniente. Los precedentes del Tribunal.

En torno a este aspecto, en fecha reciente, (precedente Allende, ya citado) el Tribunal recordó que si bien luego de la vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, las fórmulas matemáticas han sido utilizadas en esta sede para la cuantificación del rubro incapacidad sobreviniente, las mismas no han resultado determinantes para obtener el monto final.

Así, en la causa “Cinquemani” se aplicó la fórmula Vuotto, pero no se hizo de manera automática, sino previo análisis de la razonabilidad de los resultados que esa fórmula arrojaba, ya que la función del juez no se limita a realizar un cómputo matemático, sino que, necesariamente debe considerar la situación de la víctima, las lesiones sufridas, secuelas padecidas y todo aquello que lleve a que la indemnización sea integral y justa” (Expte. N° 13-01905989-2/1, “Cinquemani”, 20/03/18).

En este aspecto ha destacado esta Sala que a los fines de resarcir los daños a la integridad física lo que interesa no es la minusvalía en sí misma, sino la concreta proyección de las secuelas del infortunio en la existencia dinámica del damnificado, atendiendo a las particularidades de cada caso” (Expte. n° 72.373 - “Álvarez” LS 311-067).

En esta línea y en torno al análisis probatorio efectuado a los fines de cuantificar una incapacidad, esta Sala aclaró que: “la indemnización del daño emergente por afectación a la integridad psicofísica, requiere de la invocación y prueba, no solo de la existencia material de las lesiones sino también de los gastos que debieron afrontarse para la

asistencia médica, la realización de alguna actividad productiva o de otra índole que se vio afectada, si concurren secuelas incapacitantes futuras y cuál será su gravitación previsible en la órbita económica o existencial del disminuido y si dichas secuelas son verosímilmente temporales o permanentes” (Expte: 103.611 “Barberon”, Expte. n°13-00641333-6/1 “Mutual Rivadavia de Seguros del Transporte Público de Pasajeros”).

En cuanto a la valoración que debe darse a las fórmulas matemáticas y al criterio de elección de las mismas, en un caso donde al igual que este se analizaba la cuantificación de daños a la persona, esta Sala señaló que la elección por parte del Tribunal de una u otra fórmula matemática o la aplicación de un promedio entre las diversas fórmulas existentes, no es en sí mismo incorrecto o arbitrario, sino que responde a la ponderación realizada por el juzgador, la cual, no resulta suficiente para revocar la sentencia por arbitrariedad, si no se ha demostrado que el monto indemnizatorio que ha arrojado ese procedimiento sea absurdo o que los parámetros utilizados para la cuantificación sean incorrectos (Expte. N° 13-00708149-3/1, “Triunfo”, 31/07/2018).

Criterio que fue reiterado al analizar la arbitrariedad del cálculo realizado por la Cámara, donde se tuvo presente que la aplicación o no de una fórmula matemática, o de todos los coeficientes que integran dicha fórmula, no es lo que debe tenerse en cuenta para calificar de arbitraria o no la suma a la que se arribe. Para ello, deben considerarse los distintos parámetros o variables que permiten arribar a una cuantificación más justa y adecuada al daño, como la edad de la víctima, su situación personal, la lesión en sí misma, el detrimento que ello produce en su aptitud de trabajo, el menoscabo que apareja en su vida de relación, etcétera (Expte. 13-00673144-3/1 “C. M. B. EN J° 121001C/ OSDE” sentencia de fecha 13.11.2019).

Ahora bien, la peculiaridad que reviste este caso radica en que la incapacidad que aqueja a Raúl Ángel, data de sus 12 años, cuando hoy, habiendo nacido el 12/04/2000 (acta de nacimiento agregada a fs. 54), tiene 23 años. En dicho momento estaba cursando la escuela primaria y lógicamente no trabajaba.

En la demanda el reclamo del rubro fue catalogado por el peticionante como incapacidad laborativa genérica, como proyección de la esfera individual y social del entonces niño Raúl Ángel Gomero, estimó en 75% la incapacidad y la cuantificó en \$225.000, sujeta a lo que en más o en menos se considerara al resolver.

Ya ha tenido el Tribunal oportunidad de resolver sobre los daños acaecidos en la infancia de las víctimas, quienes en dicho momento no realizaba actividades productivas remuneradas.

Así en Álvarez Gallardo, (sentencia de fecha 12/08/2021), se sostuvo que “a los fines de resarcir los daños a la integridad física lo que interesa no es la minusvalía en sí misma, sino la concreta proyección de las secuelas del infortunio en la existencia dinámica del damnificado, atendiendo a las particularidades de cada caso” (LS 311-067).

Por consiguiente, “la aplicación de tal doctrina conlleva necesariamente a que la indemnización del daño emergente por afectación a la integridad psicofísica, requiere de la invocación y prueba, no solo de la existencia material de las lesiones sino también de los gastos que debieron afrontarse para la asistencia médica, la realización de alguna actividad productiva o de otra índole que se vio afectada, si concurren secuelas incapacitantes futuras y cuál será su gravitación previsible en la órbita económica o existencial del disminuido y si dichas secuelas son verosímelmente temporales o permanentes (conf. ZAVALA DE GONZÁLEZ Matilde, Resarcimiento de Daños, 2 a; Daños a las Personas, Bs. As, Hammurabi, 1966, fs. 74). (SCJM 103611 “Barberon”) (“Mutual Rivadavia...” del 11/06/18).

Se recordó además allí que a partir de la vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, en materia de cuantificación del daño, es preciso resolver conforme las directrices que contiene el art. 1746 del CCyC, el cual lleva a la jurisdicción a incorporar en la valoración del perjuicio “la determinación de un capital, de tal modo que sus rentas cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas

o económicamente valorables, y que se agote al término del plazo en que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades...".

Como se advirtió en Barberon "cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas de manera permanente, esta incapacidad debe ser objeto de reparación al margen de que desempeñe o no una actividad productiva pues, la integridad física tiene en sí misma un valor indemnizable y su lesión afecta diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, social, cultural y deportiva, con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida (CS, Fallos 308:1109; 312:752, 2412; 315:2834; 316:2774; 318:1715; 320:1361; 321:1124; 322:1792, 2002 y 2658; 325:1156; 326:847 y 334:376, entre muchos otros). Así, no sólo cabe justipreciar el aspecto laboral sino también las consecuencias que afecten a la víctima, tanto desde el punto de vista individual como desde el social" (CSJN, "Arostegui" del 8/4/2008 (Fallos 331:570; 310:1826, 1828/1829) ("Barberón..." del 05/09/2012).

Cuando se trata de menores que no ejercen actividad de tipo lucrativa, es indemnizable el daño patrimonial futuro, si es previsible que la disminución de aptitudes se prolongará más allá del período en que habrían comenzado los logros productivos o materiales del menor. La certeza (relativa) de ese daño emerge de que constituye un imperativo generalizado la necesidad de trabajar para sí o para otros a fin de desenvolverse en la vida (ZAVALA DE GONZÁLEZ Matilde, Resarcimiento de Daños, vol. 2 a, Hammurabi 2ª edición, 1990 pág.356.). Ello, en tanto el objeto a indemnizar no reside propiamente en la disminución de aptitudes de la víctima, sino en lo que ellas significan mediata e instrumentalmente para el despliegue de actividades productivas ("Daño material de un joven incapacitado que no acredita actividad retribuida ¿Lucro cesante o frustración de chances?" - ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde M., Publicado en LNCLNC 2007-10-827 – Cita Online: 0003/70040106-1, (citado en Méndez, Manuel, 14/03/19 y en Álvarez Gallardo).

Los daños que sufrió Raúl Ángel se encuentran acabadamente acreditados por la historia clínica del Hospital de Antofagasta donde se lo atendió, y minuciosamente detallado por

la epicrisis de paciente crítico pediátrico agregado a fs. 1985, que da cuenta de un paciente de 12 años con politraumatismos graves, trauma torácico y abdominal, productos del accidente. A raíz del cual sufriera contusión pulmonar, neumotórax, fracturas costales varias, hematoma hepático, fractura de cadera, fractura de pelvis, fractura del sacro, del húmero, del radio, del dedo índice derecho y herida compleja en mano derecha y en tobillo izquierdo, siendo operado ese mismo día de las fracturas detalladas.

La pericia a cargo de médico traumatólogo (pericia agregada a fs. 1701) determinó que Raúl Ángel presenta una incapacidad del 36,31%, a consecuencia de las secuelas sufridas por el accidente, mediante la distinción de las distintas dolencias y sus efectos en la salud integral de la víctima, tomando para la determinación porcentual de cada una la capacidad residual. De esta forma informa que:

a.- Fractura del húmero con osteosíntesis y disminución de movilidad del codo: 8%.

b.- Fractura de índice derecho con rigidez total: 4,27%.

c.- Fracturas de pelvis con luxación y diastasis reducida: 12,19%.

d.- Heridas cicatrizales en tobillo izquierdo con limitación de movilidad articular: 3,45%.

e.- Herida cicatrizal en palma de mano derecha: 1,96%.

En torno a la pericia técnica, se ha afirmado que, en materia de apreciación de prueba, tratándose de prueba pericial, si el dictamen del perito aparece fundado en principios técnicos y no hay otra prueba que lo desvirtúe, la sana crítica aconseja aceptarlo, pues el perito actúa como auxiliar de la justicia y contribuye con su saber, ciencia y conciencia a

esclarecer aquellos puntos que requieren conocimientos especiales (“Martínez...” del 11/09/2017; Álvarez Gallardo, entre otros).

Asimismo, esta Sala ha sostenido que la justipreciación del monto por el rubro incapacidad sobreviniente no depende únicamente del porcentaje de incapacidad asignado en las pericias, sino que debe efectuarse haciendo aplicación de las pautas contenidas en el art. 1746 del Código Civil y Comercial de la Nación y considerando la directriz prevista por el art. 772 del Código Civil y Comercial de la Nación, conforme las pruebas rendidas sobre la entidad de las secuelas incapacitantes comprobadas y su proyección en el desenvolvimiento integral futuro de la víctima” (“Agua y Saneamiento...” del 19/09/2017; “Marino Marín...” del 21/12/2018, reiterado en “Méndez Manuel...”).

En este mismo sentido, se ha dicho que: “Los porcentajes de incapacidad que resultan de la prueba pericial no obligan matemáticamente al juez, aunque constituyen un valioso aporte, porque la cuantía por incapacidad sobreviniente no debe ceñirse a cálculos matemáticos rígidos, cerrados y herméticos, sino que debe fijarse sujeta al prudente arbitrio judicial ponderando la importancia de las lesiones, la edad de la víctima, la repercusión que las mencionadas secuelas pueden tener en una futura actividad productiva y demás circunstancias del caso” (Código Civil y Comercial de la Nación Comentado - Tomo VIII - Director: Ricardo Luis Lorenzetti -Ed. Rubinzal Culzoni- 1º edición -Santa Fe- 2015 - Pág. 527).

Atento a la peculiaridad del caso, que lo asemeja al precedente Álvarez Gallardo, donde se determinó **la minoración de la incapacidad en términos de la capacidad laborativa a futuro por tratarse de menores de edad, y por ende cuantificable desde los 18 años, edad en la que resulta ajustado a derecho que los jóvenes trabajen sin necesidad de previa autorización legal, conforme la ley civil en su art. 25 y 30 del CCyC (anterior 128 del CC).**

En el presente caso, entiendo acreditado que las lesiones constatadas han provocado una real disminución en su capacidad, si se tiene en cuenta que se trata de un niño que al momento del accidente tenía sólo 12 años, que se encontraba cursando los últimos años de la escuela primaria y que se ha insistido en la afectación de su mano útil, y en las repercusiones de movilidad en sus miembros inferiores y superiores derechos. En este aspecto, no debe olvidarse, como ha podido sostener este Cuerpo, que por regla natural y según datos de la experiencia a modo de presunciones hominis, la inmensa mayoría de los hombres tiende a lograr (y lo logra) algún progreso a través de su vida laboral y de relación, en cuyo concurso y para lograrlo no solamente influye el tiempo de dedicación sino también, la inexistencia de obstáculos que incidan negativamente en esa posibilidad. (in re Álvarez Gallardo)

Luego de la vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, las fórmulas matemáticas han sido utilizadas por este Tribunal como pauta para la cuantificación del rubro incapacidad sobreviniente, sin perjuicio de lo cual, ello no se hizo de manera automática, sino previo análisis de la razonabilidad de los resultados que la fórmula arrojaba, ya que la función del juez no se limita a realizar un cómputo matemático, sino que, necesariamente debe considerar la situación de la víctima, las lesiones sufridas, secuelas padecidas, y todo aquello que lleve a que la indemnización sea integral y justa (“Rodríguez, Claudia...” de fecha 22/11/17).

La doctrina de esta Sala, se ha inclinado hacia la fijación prudencial del monto del resarcimiento, a través de la ponderación de todas las variables de incidencia, sin descartar ninguno de los métodos tradicionales utilizados como baremos o parámetros de determinación, siendo la única limitación el resultado irrazonable a que pueda conducir, en el caso particular, la implementación a todo trance de cualquiera de ellos (L.S 254-149, 269-474, 288-47). Es decir, que según la doctrina de este Cuerpo cualquiera sea el método empleado, los parámetros rectores deben estar fijados por los principios derivados de la prudencia y equidad y concretamente acotados por la realidad que toca evaluar, sin que sea desechable ab initio, ningún método de fijación del daño (“T.D.E. c. Dirección Gral. de Escuelas de la Prov. de Mendoza” • 06/05/2013).

En este marco, entonces, a los fines del cálculo que servirá como pauta orientativa del resarcimiento tomaré la edad de 18 años, teniendo en cuenta lo señalado en el precedente “Méndez, Manuel...” del 14/03/19 y Álvarez Gallardo, en los que se afirmó que: “no resulta arbitrario considerar 18 años como la edad mínima a partir de la cual la incapacidad genera una pérdida económicamente valorable”. Además, y de conformidad a los fundamentos expuestos in extenso en “Rosales...” del 06/08/20 (reiterados en “Corzo” del 30/09/20), la cuantificación del daño se realizará con valores de ingresos actualizados a la fecha de la presente sentencia, esto es, el salario mínimo vital y móvil vigente desde el 01/10/2023, que asciende a la suma de \$132.000 mensuales (Resolución 15/2023 del CONSEJO NACIONAL DEL EMPLEO, LA PRODUCTIVIDAD Y EL SALARIO MÍNIMO, VITAL Y MÓVIL, MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL, BO 29/09/2023)

Con esos parámetros, la fórmula Vuotto arroja un capital de \$9.713.205,43, conforme los siguientes guarismos. Ingresos de la víctima: SMVM \$ 132.000, Frecuencia de percepción de ingresos: Mensual, Porcentaje de incapacidad: 36,31%, Edad al momento del hecho dañoso: 18 años, Edad productiva límite (jubilación): 65 años, Tasa de interés (anual): 6 % Monto indemnizatorio: \$9.713.205,43.

Monto que se ajusta a la entidad de las dolencias y la disminución de la capacidad que lo aqueja con carácter de permanente, y ante la falta de cuestionamiento a la pericia médica efectuada en autos, conforme las constancias de fs. 1684.

Por lo cual entiendo que el rubro incapacidad sobreviniente prospera por la suma de \$9.713.205,43.

Pérdida de chance por fallecimiento de la Sra. Barboza.

Como se anticipara, el Sr. Gomero y sus hijos Perla y Raúl reclaman daño patrimonial por **pérdida de chance**, con invocación de que la desaparición de una persona comporta un quebrantamiento del orden económico y espiritual del grupo familiar.

Ello con base en la invocación de que **la Sra. Barboza se desempeñaba como gestora de personas de la tercera edad y además cuidado, higiene y limpieza de doméstica de abuelos, así como la realización de trabajos de marroquinería integral, producción y ventas al público y a pedido. Detalla además la realización de varios cursos de capacitación, algunas de cuyas certificaciones acompaña.**

La expresión “pérdida de chance” comprende todos aquellos casos en los cuales el sujeto afectado podría haber realizado un provecho, obtenido una ganancia o beneficio o evitar una pérdida, resultados que fueron impedidos por el hecho antijurídico de un tercero, generando de tal modo la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría producido o no, creando una expectativa, una probabilidad de ventaja patrimonial (...) Para tornarse resarcible la pérdida de chance debe conformar un daño cierto (...) que el daño sea cierto significa no ser meramente hipotético o conjetural, sino real y efectivo; en otras palabras, que de no mediar su producción la condición de la víctima del evento dañoso sería mejor de lo que es a consecuencia del mismo” (Trigo Represas, Félix A. y López Mesa, Marcelo, “Tratado de la Responsabilidad Civil”, Tomo I, Ed. La Ley, 1º Ed., 2004, Buenos Aires, Pág. 465).

Asimismo, se ha dicho que “El sujeto que tenía posibilidades a favor y en contra de obtener una ganancia ve frustradas sus posibilidades de oportunidad o ganancia por el hecho de un tercero que le impide la participación en la definición de esas posibilidades. Esta interrupción abrupta de una situación en curso, este desbalanceo artificial de los pro y contras de una determinada situación particular, por efecto de un hecho antijurídico ajeno, cuando la posibilidad de ganancia era verosímil, genera un daño indemnizable” (Trigo Represas, Félix A. y López Mesa, Marcelo, “Tratado de la Responsabilidad Civil”, Tomo I, Ed. La Ley, 1º Ed., 2004, Buenos Aires, Pág. 466).

En esta línea la doctrina especializada señala que para que se configure la pérdida de la chance deben darse ciertos requisitos que determinan que el daño sea resarcible: A) La oportunidad o chance que se pierde debe ser seria, real, fundada, habiendo adquirido un grado importante de probabilidad y no una mera expectativa, todo ello, claro está, sin llegar a la certeza pues de ser así ya no se estaría en el ámbito de la pérdida de una chance. Si la chance que se pierde es muy vaga, dudosa o imprecisa, el daño es hipotético y por tanto no calificaría a los efectos de su posible resarcibilidad” (HERSALIS, Marcelo J.; Los nuevos desafíos del instituto de la pérdida de la chance; R.C.C.yC. 2020 (abril), 17).

Como se recordó en Bustos (sentencia de fecha 07/06/21) debe haber una circunstancia cierta: “la oportunidad” de obtener una ganancia o de evitar el perjuicio. Si ella hubiese tenido bastante fundamento, la pérdida de ella debe indemnizarse. La premisa es que es necesario que la oportunidad se presente como suficientemente probable; pero no se han establecido cánones certeros a fin de determinar cuándo dicha oportunidad tendrá una probabilidad suficiente o cuándo se presentará como una mera posibilidad. La indemnización de la chance deberá ser apreciada judicialmente “según el mayor o menor grado de posibilidad de convertirse en cierta; el valor de la frustración estará dado por el grado de probabilidad” (BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, Teoría general de la responsabilidad civil, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1980, pág. 153).

Si bien la parte actora acompaña las certificaciones de capacitación de la Sra. Barboza (conf. fs.14/18) la invocación de las tareas supuestamente realizadas, cuidado de personas de la tercera edad, no sólo no tiene correlato con las certificaciones acompañadas, sino que tampoco tiene correlato probatorio sobre la ocurrencia de la misma. No ha acreditado, -dentro del marco de invocaciones en que sustenta la pretensión de condena de este rubro, y la orfandad de prueba desarrollada en este sentido por los representantes de la actora, las chances perdidas que el trágico fallecimiento de la Sra. Barboza supusieron para los reclamantes, desde un exclusivo ámbito laboral.

Ahora bien, la accionante describe las tareas del hogar desempeñadas por la víctima, y debe así considerarse la cuestión desde la necesaria perspectiva de género que campea en

todo el derecho argentino. Tengo presente para ello que la demanda data de 2012, momento en el cual la visión transversal de género no estaba tan arraigada en la mirada de los operadores jurídicos.

A ello se agrega la integralidad de la reparación que es principio rector de la responsabilidad civil.

La jurisprudencia ha sostenido que el trabajo domiciliario de la mujer constituye una profesión y posee un valor económico propio, además de producir beneficios patrimoniales indirectamente, al permitir que los demás adultos del hogar se dediquen a la recaudación directa del salario del grupo familiar. Así, la privación o perturbación disvaliosa de tales actitudes, destruye o condiciona el orden patrimonial de la familia, ocasionando un perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, que debe computarse dentro de la incapacidad sobreviviente. (Conf. CNCiv., Sala M, 12/03/1996, el Dial - AEC17).

Es que dirigir un hogar, además de la gran cantidad de tareas que desempeña la mujer en su rol de ama de casa, considerada materialmente, provoca en el seno familiar un ahorro económico y de tiempo, por lo que tiene un valor económico en sí mismo. Y esto es así pues en una familia todos colaboran material y espiritualmente. (CNCiv. Sala C Procaccini, Patricia Alejandra c. Campeni, Susana Beatriz s/ Daños y perjuicios • sentencia 19/05/2021).

En estas coordenadas, la pérdida de chance debe ser vista desde esta óptica, considerando que los jóvenes, hijos de la Sra. Barboza, eran estudiantes y que al momento de someterse a la pericia psicológica detallaron, tanto ellos como el Sr. Gomero que, por el fallecimiento de su mamá y esposa, los roles del hogar se modificaron.

Indudablemente que la ausencia del hogar de quien realiza dichas tareas tiene repercusión en el ámbito familiar, que puede ser mensurado en dinero. La cuantificación de este rubro

se hará tomando el valor de la hora de trabajo en el escalafón de ayudantes de casas particulares, reducido en su cuantía en virtud de la ausencia de invocación y prueba más exhaustiva que hubiese resultado necesaria y teniendo en cuenta, además, que lo que se indemniza es la pérdida de una chance.

Así las cosas, considerando que el sueldo mensual de trabajo en casas particulares se encuentra, a la fecha de esta sentencia, fijada en \$145.230,5, para tareas generales con retiro, (fuente <https://www.afip.gob.ar/casasparticulares/categorias-y-remuneraciones/documentos/2023/casas-particulares-remuneraciones-10-23.pdf>), entiendo prudente fijar la pérdida de chance en la suma que resulta de multiplicar 12 años, diferencia entre los 48 años de la Sra. Barboza y su vida activa, 60 años, por dicha suma mensual. Es decir, $\$145.230,5 \times 12 = 1.742.766,12$, lo que multiplicado por 12, meses del año, arroja la suma total de \$20.913.192. Ahora bien, no corresponde atribuir a los peticionantes el monto completo, sino que en virtud de las circunstancias arriba señaladas y considerando que el trabajo del hogar también estaba destinado a la víctima, considero prudente fijar dicha suma en el 50% de tales guarismos, es decir la suma total, tanto para los hijos como para el cónyuge, de \$10.456.596, es decir \$3.485.532 para cada uno de ellos.

B.- Daños extrapatrimoniales.

Daño moral por el fallecimiento de la Sra. Barboza.

La Corte de la Nación ha destacado que para la valoración del daño moral debe tenerse en cuenta el estado de incertidumbre y preocupación que produjo el hecho, la lesión de los sentimientos afectivos, la entidad del sufrimiento, su carácter resarcitorio, la índole del hecho generador de la responsabilidad y que no tiene necesariamente que guardar relación con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio a este. (CSJN en

Rebesco, Fallos 318:386, Badin, sentencia del 19/10/95; Fallos 321:1117, 323: 3614, entre varios otros).

Es conteste la doctrina y la jurisprudencia que el daño extrapatrimonial, en su faz de afección de los sentimientos de los familiares, derivado de la muerte de una madre y de la esposa surge in re ipsa, En el ámbito aquiliano se descarta la necesidad de producir prueba relativa a la existencia del daño extrapatrimonial: pues este daño se caracteriza por referir a los padecimientos o molestias que hieren las afecciones legítimas de quienes lo sufren; la comisión de actos antijurídicos como el sucedido en la especie permite, por sí sola, presumir su existencia. Es una prueba in re ipsa, surge inmediatamente de los hechos mismos" (CFed., San Martín, noviembre 8-1991, ED, 145-376).

Así surge acreditado que Perla Estrella es la hija de la Sra. Barboza, al igual que Raúl Ángel, quien acompañaba a su mamá en el fatídico viaje, y que el Sr. Gomero es su cónyuge supérstite, conforme las partidas de nacimiento y matrimonio acompañadas al proceso y agregadas a fs. 54, 56 y 60 y que la familia convivía al momento del siniestro. Es decir, frente a esta circunstancia y la condición in re ipsa de este daño, se tiene el mismo por configurado con la mera ocurrencia del hecho que provocó la desaparición física de la Sra. Barboza en sus familiares directos.

A lo dicho aduno, que sustentan la conclusión sobre el andamio del rubro en examen las conclusiones de la pericia psicológica rendida en la causa (en el año 2019) que dan cuenta de que varios años después del grave accidente que sufriera la Sra. Barboza en el año 2012, su esposo que le sobrevive y sus hijos, padecen su ausencia y se angustian al hablar del imprevisto fallecimiento. De ello dan cuenta lo imprevisto del hecho, la modificación de los roles del hogar que señala Estrella Perla y el Sr. Gomero Alfaro, y los sufrimientos de Raúl Ángel que a la par de sus propias afecciones derivadas de sus lesiones y padecimientos referidos a su recuperación, acreditan la existencia del dolor moral por la pérdida de su progenitora, a temprana edad.

Cabe señalar en este punto que, si bien goza de autonomía conceptual, el daño psicológico no goza de autonomía resarcitoria y debe ser incluido, o bien en su faz extrapatrimonial o patrimonial, más se subsume en alguno de estos aspectos, sin poder separarse como categoría autónoma.

Por el principio *iura novit curia* el juez puede subsumir el reclamo por daño psicológico dentro de una, otra o ambas categorías de daño que reconoce la ley de fondo (patrimonial y extrapatrimonial) a efectos de determinar su existencia y en su caso entidad y cuantificación, pues con ello no modifica los hechos ni cercena el derecho de defensa de las partes. Tanto el daño físico, como el daño psíquico, producen la disminución de las aptitudes de la persona y, en forma indirecta, un perjuicio de índole patrimonial. (Karzovnik, LS 662-048)

Asimismo, se ha dicho que el daño psicológico no debe ser indemnizado de manera autónoma, sino bajo el rubro daño extrapatrimonial, en virtud del criterio a mérito del cual "el daño es patrimonial y moral; uno y otro o uno u otro, ya que no existen terceras categorías de daños autónomamente resarcibles, aunque la independencia conceptual (daño psicológico, daño estético, daño a las personas) tiene utilidad práctica para identificar el objeto de la lesión. Pero a la hora de su cuantificación el monto se deriva al daño patrimonial y al moral, a uno de ellos o a ambos conjuntamente (caso de la incapacidad permanente que repercute en el patrimonio y en la esfera moral) (esta Sala: LS 579-204; LS 602-014; LS 631-023).

Motivo por el cual, consideraré el daño psicológico incluido dentro del rubro extrapatrimonial.

La cuantificación del daño moral.

La cuantificación del daño moral queda librada al prudente arbitrio del juzgador; quien deberá fundamentar la fijación del monto indemnizatorio de dicho daño en forma,

expresa, clara y completa, en cuanto a las razones tomadas en consideración para arribar a una suma, atento a las particulares circunstancias fácticas del caso concreto (ver: LS 631-023).

El daño moral no puede ser cuantificado exactamente ni regirse por estándares precisos o exactos, sino que es el juez quien debe fijarlo prudencialmente teniendo en consideración cada caso concreto (ver: LS 591-126).

Cabe señalar que, por aplicación del derecho transitorio, en el caso nuevo código civil y comercial por tratarse este aspecto de una consecuencia de la relación jurídica que unió a las partes, analizada en vigencia de la nueva norma, resulta de aplicación la norma que dispone la cuantificación del rubro extrapatrimonial a través de satisfacciones compensatorias (art. 1741 del CCyC).

En materia de daño moral, aun cuando el dinero sea un factor muy inadecuado de reparación, puede procurar algunas satisfacciones de orden moral, susceptibles, en cierto grado, de reemplazar en el patrimonio moral el valor que del mismo ha desaparecido. (Gobierno de Mendoza, LS 591-126, sentencia de fecha 12/08/2019).

En estas coordenadas recuerdo que, en relación a la cuantificación del rubro, debe tenerse en cuenta que el dinero no cumple una función valorativa exacta y que el dolor no puede medirse o tasarse. Se trata, únicamente, de dar algunos medios de satisfacción, pero ello no es igual a la equivalencia. Empero, la dificultad en calcular los dolores no impide apreciarlos en su intensidad y grado, por lo que cabe sostener que es posible justipreciar la satisfacción que procede para resarcir dentro de lo humanamente posible, las angustias, inquietudes, miedos, padecimientos y tristeza propios de la situación vivida (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 12/4/2011, “Baeza, Silvia Ofelia c/ Provincia de Buenos Aires y otros”, RCyS, noviembre de 2011, pág. 261, con nota de Jorge Mario Galdós); de ello puede extraerse que el daño moral puede “medirse” en la suma de dinero equivalente para utilizarla y afectarla a actividades, quehaceres o tareas que proporcionen gozo, satisfacciones, distracciones y esparcimiento que mitiguen el padecimiento

extrapatrimonial sufrido por la víctima (GALDÓS, Jorge M., “Breve apostilla sobre el daño moral (como “precio del consuelo”) y la Corte Nacional”, RCyS, noviembre de 2011, pág. 259, citados en Federación Patronal, sentencia de fecha 05/11/2020).

Debe tenerse presente además que “La reparación debe ser plena en el sentido de que, con los recaudos que exige el ordenamiento, alcance el estándar de una tutela efectiva de la víctima frente al daño injustamente sufrido y, particularmente, en lo que atañe al quantum de la reparación, represente una extensión congruente con la entidad del perjuicio acreditado”. (Nº 13-00708149-3/1 - Triunfo Coop. De Seguros Ltda. 31/07/2018).

Es en este sentido que considero que el daño sufrido por el Sr. Gomero Alfaro, Raúl Ángel Raúl y la Srta. Estrella Perla Gomero Barboza en sus afecciones por la pérdida de su esposa y mamá, respectivamente, corresponde sean cuantificadas en las sumas de \$3.000.000 a cada uno de ellos, que en términos de satisfacciones sustitutivas (art. 1741 del CCyC) permitan obtener satisfacción, goces y distracciones para restablecer el equilibrio en los bienes extrapatrimoniales, (CSJN, in re Baeza, sentencia de fecha 04/12/2011) que consiste en este caso en un viaje a Europa para cada uno de ellos con estadía por 15 días, saliendo de Buenos Aires con destino a Madrid (fuente www.despegar.com).

Daño moral por las afecciones sufridas por Raúl Ángel y la incapacidad permanente que le ha sido determinada.

Ahora bien, Raúl Ángel ha sufrido en sus afecciones también a consecuencia de sus propias lesiones físicas, que supusieron grandes padecimientos corporales y una incapacidad permanente que fue mensurada por la pericia experta en un porcentual del 36,31%.

El resarcimiento del daño moral exige tomar en consideración los dolores y padecimientos del damnificado a partir del accidente sufrido, el tiempo de convalecencia hasta su restablecimiento, y las demás repercusiones anímicas que provocaron las lesiones inferidas. Si bien no es susceptible de prueba directa, cabe presumir el daño moral in re ipsa por las características del hecho y la índole de los perjuicios sufridos (Conf. CNCiv. Sala "F", septiembre 23/2011, "Cardozo, A. c/ G.C.B.A. s/ daños y perjuicios" L. 575.510; CNCiv, Sala F, mayo de 2021, Pérez, José Gonzalo C/ Mapfre Argentina Seguros De Vida Sa S/ Daños Y Perjuicios" N°1614/2016).

Tal valoración debe efectuarse teniendo en cuenta la entidad del daño moral, en función de la gravedad del menoscabo (conf. Bueres, Ponencia presentada en las II Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil con la adhesión de los Dres. Banchio, Pizarro, Vallespinos, Zavala de González, entre otros, citado en CNCiv. Sala K, "S., R. A. Y Otros C/ Nueva Chevallier S.A. Y Otros S/ Daños Y Perjuicios (Acc. Tran. C/ Les. O Muerte)", Expediente n° 74.305/2015, sentencia de fecha 04/08/2022).

La suma a establecer por este rubro no restituirá a Raúl Ángel en la misma situación personal y de salud en que se encontraba antes de sufrir el accidente, debido a la gravedad de sus lesiones y las secuelas que padece, las cuales son disminución de movilidad del codo derecho, rigidez total de dedo índice derecho, afectación de los músculos (diastasis) en pelvis, limitación de movilidad articular en tobillo izquierdo, heridas cicatrizales en palma de la mano derecha y el tobillo izquierdo. Ni borrará de su memoria los padecimientos sufridos con motivo del accidente y su recuperación, esto es contusión pulmonar, neumotórax, fracturas de costillas, hematoma hepático, fractura de pelvis, de sacro, de cadera, fractura de brazo derecho (húmero y radio), herida de mano y fractura de dedo, el estado de coma, requiriendo resucitación y una operación que duró alrededor de 5 hs. Permaneció internado desde el día del accidente, 05/11/2012 hasta el 19/12/2012 en Chile y luego en el Hospital Notti. (conf. fs. 1985)

Impuesta la tarea de determinar la indemnización de este rubro no se trata de compensar el dolor padecido por Raúl Ángel con dinero sino de tratar de paliar los efectos que tan

grave accidente ha ocasionado aportando alguna tranquilidad a su espíritu mediante una satisfacción compensatoria en dinero. En tal sentido entiendo que corresponde fijar la indemnización por daño moral por los padecimientos y secuelas del accidente sufrido por Raúl Ángel, estas últimas que lo acompañarán toda su vida, en la suma de \$6.500.000. Suma que, traducida a una compensación sustitutiva, le permitirá adquirir un auto usado, como un Fiat Gran Siena Essence 1.6, modelo 2014, con más sus gastos de transferencia. (fuente territorioyacopini.com.ar).

CONCLUSIONES:

En conclusión, corresponde hacer lugar al recurso extraordinario provincial interpuesto por la parte actora, en tanto la sentencia posee errores normativos que imponen su revocación, y en consecuencia hacer lugar parcialmente a la demanda incoada, conforme los considerandos que se detallan en la cuestión segunda.

Por los motivos supra expuestos, y si mi voto cuenta con la adhesión de mis distinguidos colegas de Sala, entiendo que la sentencia recurrida es normativamente incorrecta, por lo que el recurso extraordinario provincial interpuesto debe ser admitido.

Así voto.

Sobre la misma cuestión, la Dra. MARIA TERESA DAY adhiere al voto que antecede.

A LA SEGUNDA CUESTION EL DR. JULIO RAMÓN GÓMEZ, DIJO:

Atento a lo considerado en la cuestión anterior, corresponde hacer lugar al recurso extraordinario provincial interpuesto por Amancio Wilder Gomero Alfaro, Raúl Ángel Wilder Gomero Barboza y la Sra. Perla Estrella Gomero Barboza, por intermedio de

representante, contra la resolución dictada por la Primera Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minas de esta Ciudad, en los autos N° 56.451/250.078 caratulados "GOMERO ALFARO, AMANCIO WILDER POR SI Y en RHM RAÚL ÁNGEL WILDER GOMERO BARBOZA, y PERLA ESTRELLA GOMERO BARBOZA c/ EXPRESO INTERNACIONAL ORMEÑO S.A. S/ Daños y Perjuicios", y en consecuencia revocar la sentencia, haciendo lugar parcialmente a la demanda articulada conforme las siguientes consideraciones.

En consecuencia, procede la demanda incoada por Amancio Wilder Gomero Alfaro y Perla Estrella Gomero Barboza, contra Expreso Internacional Ormeño SA, y a Mapfre Seguros de Perú, en los límites del seguro, por la suma de \$6.485.532, en concepto de pérdida de chance y daño moral por el fallecimiento de la Sra. María Perla Barboza Campos, a cada uno de ellos, respectivamente, con más sus intereses legales conforme Ley 4087, por tratarse de una deuda de valor, hasta la fecha de esta sentencia y desde allí los intereses Ley 9041, con costas a la demandada por resultar perdidosa.

Asimismo, procede la demanda incoada por Raúl Ángel Wilder Gomero Barboza, por la suma de \$22.698.737,43, en concepto de incapacidad sobreviniente, daño moral por los padecimientos y secuelas en su estado de salud y por la muerte de su mamá, y por pérdida de chance por el fallecimiento de la Sra. Barboza, con más sus intereses legales conforme Ley 4087, por tratarse de una deuda de valor, hasta la fecha de esta sentencia y desde allí los intereses Ley 9041, con costas a la demandada por resultar perdidosa.

Se rechaza la demanda por el rubro de gastos médicos y de sepelio, por las consideraciones vertidas, con costas a la actora por resultar perdidosa.

Así voto.

Sobre la misma cuestión, la Dra. MARIA TERESA DAY adhiere al voto que antecede.

A LA TERCERA CUESTION EL DR. JULIO RAMÓN GÓMEZ, DIJO:

Atento el modo en que han sido resueltas las cuestiones que anteceden, las costas de la instancia extraordinaria deben imponerse a la parte recurrente (arts. 35, 36 y 148 C.P.C.CyTM), en lo que se rechaza el recurso y a la recurrida en lo que se admite por resultar vencida, cada una en los rubros respectivos.

Los honorarios se regulan conforme las pautas arancelarias de los art. 2, 13 y 16 de la Ley 9131.

Cabe aclarar que la posición de la actora, y por tanto los límites de su interés se vinculan con la imputación de responsabilidad contra la empresa de transporte Expreso Ormeño, que transportaba a las víctimas, dejando fuera de su pretensión tanto a Skanska Chile SA, empresa responsable del desvío mal señalado en la ruta, como a la empresa de transporte de mercancías a cuyo camión se achaca la ocurrencia del siniestro origen de los daños y sus respectivas aseguradoras. En dicho contexto entiendo aplicable el art. 13 de la Ley Arancelaria a los efectos de la regulación de los honorarios respecto de aquellos que defienden un mismo interés. Ello así la empresa demandada y Mapfre Seguros del Perú, y por otra parte los citados Skanska Chile SA y Chilena Consolidada de Seguros.

Así voto.

Sobre la misma cuestión, la Dra. MARIA TERESA DAY adhiere al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

SENTENCIA:

Mendoza, 22 de diciembre de 2.023.-

Y VISTOS:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Primera de la Excma. Suprema Corte de Justicia, fallando, en definitiva,

RESUELVE:

I.- Hacer lugar al recurso extraordinario provincial interpuesto por los Sres. Amancio Wilder Gomero Alfaro, Raúl Ángel Wilder Gomero Barboza y la Sra. Perla Estrella Gomero Barboza, y en consecuencia revocar la resolución dictada por la Primera Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minas de esta Ciudad, en los autos N° 56.451/250.078 caratulados “GOMERO ALFARO, AMANCIO WILDER POR SI Y en RHM RAÚL ÁNGEL WILDER GOMERO BARBOZA, y PERLA ESTRELLA GOMERO BARBOZA c/ EXPRESO INTERNACIONAL ORMEÑO S.A. S/ Daños y Perjuicios”, la que quedará redactada de la siguiente forma:

“I.- Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte actora en fecha 1/11/2021, contra la sentencia en fecha 26/10/2021 que, por ende, se revoca quedando redactada de la siguiente forma:”

““I. Hacer lugar parcialmente a la demanda de daños y perjuicios interpuesta por Perla Estrella Gomero Barboza, Amancio Wilder Gomero Alfaro y Raúl Ángel Wilder Gomero Barboza, en contra de Expreso Internacional Ormeño S.A. y de Mapfre Compañía de Seguros, en los límites del seguro, y en consecuencia condenar a las demandadas a que

en el plazo de DIEZ DIAS de quedar firme la presente abonen a Amancio Wilder Gomero Alfaro y Perla Estrella Gomero Barboza, la suma de \$6.485.532 a cada uno de ellos, con más los intereses legales establecidos en la cuestión respectiva, y a Raúl Ángel Wilder Gomero Barboza la suma de \$22.698.737,43, con más los intereses establecidos en la cuestión respectiva.””

““II.- Rechazar la demanda por la suma de \$100.000.””

““III. Imponer las costas a los actores que resultan vencidos, por el rechazo de demanda y a la demandada en lo que se admite; imponer las costas generadas por la intervención de los terceros a quienes se hizo denuncia de litis, en el orden causado.””

““IV. Regular los honorarios profesionales, devengados en la instancia:””

““Por lo que se admite la demanda, de los Dres. María Inés RAMOS y María Florencia CORREA LLANO, en la suma conjunta de Pesos CUATRO MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA MIL TRESCIENTOS SETENTA Y SEIS CON 17/100 (\$4.280.376,17); Elías MANSUR, María Gimena LACIAR y Lourdes BARRESI, en la suma conjunta de Pesos UN MILLÓN CUATROCIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL CIENTO TREINTA Y UNO CON 66/100 (\$1.498.131,66); de la Dra. Marcela AMARILLO, en la suma de Pesos UN MILLÓN CUATROCIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL CIENTO TREINTA Y UNO CON 66/100 (\$1.498.131,66); de los Dres. Ignacio URRUTIGOITY, Guillermo URRUTIGOITY, Ismael MARTEDÍ y Candelaria BENEGAS, en la suma conjunta de Pesos UN MILLÓN CUATROCIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL CIENTO TREINTA Y UNO CON 66/100 (\$1.498.131,66); de los Dres. Gastón VARGAS GEI, María Paula SASTRE y Rodrigo PADIN, en la suma conjunta de Pesos UN MILLÓN CUATROCIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL CIENTO TREINTA Y UNO CON 66/100 (\$1.498.131,66); sin perjuicio de los complementarios correspondientes (arts. 2, 13, 31 y 3 ley 9.131).

Por lo que se rechaza: Dres. María Inés RAMOS y María Florencia CORREA LLANO, en la suma conjunta de Pesos CATORCE MIL (\$14.000); Elías MANSUR, María Gimena LACIAR y Lourdes BARRESI, en la suma conjunta de Pesos DIEZ MIL (\$10.000), de la Dra. Marcela AMARILLO, en la suma de Pesos DIEZ MIL (\$10.000), sin perjuicio de los complementarios correspondientes (arts. 2, 13, 31 y 3 Ley 9.131).””

““V. Regular los honorarios del Perito Ingeniero Mecánico Carlos Alberto PRATO, de la Perito Psicóloga, Lic. Ivana Noelia VARGAS, y del Perito Médico Traumatólogo, Dr. Luis MANTEGINI, en las sumas de Pesos UN MILLÓN CUATROCIENTOS VEINTISÉIS MIL SETECIENTOS NOVENTA Y DOS CON 06/100 (\$1.426.792,06) a cada uno; ello sin perjuicio de los adelantos que se hubieran efectuado -que deberán deducirse- y de los honorarios complementarios que pudieran corresponder. (art. 184 del C.P.C.C.y T.).

“II.- Imponer las costas de la Alzada a la demandada vencida.”

“III.- Regular los honorarios de segunda instancia, a los/as abogados/as María José MANSUR, Elías G. MANSUR, en la suma conjunta de Pesos UN MILLÓN CUATROCIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL CIENTO TREINTA Y UNO CON 66/100 (\$ 1.498.131,66); Guillermo URRUTIGOITY, Ismael MARTEDÍ, en la suma conjunta de Pesos SETECIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL SESENTA Y CINCO (\$749.065); María Paula SASTRE, Rodrigo PADIN, en la suma conjunta de Pesos SETECIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL SESENTA Y CINCO (\$ 749.065) y María Inés RAMOS, en la suma de pesos DOS MILLONES CIENTO CUARENTA MIL CIENTO OCHENTA Y OCHO CON 09/100(\$ 2.140.188,09) (arts. 15 y 31, ley 9.131; art. 33 inc. III del CPCCT).”

II.- Imponer las costas de la instancia extraordinaria al recurrido vencido.

III.- Regular los honorarios profesionales devengados en la instancia extraordinaria del siguiente modo: a los Dres. María Inés RAMOS, en la suma de pesos TRES MILLONES DOSCIENTOS DIEZ MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y DOS CON 13/100 (\$3.210.282,13); María Paula SASTRE y Jorge VARGAS GEI, en la suma de conjunta de pesos SETECIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL SESENTA Y CINCO CON 80/100 (\$749.065,80); Ignacio URRUTIGOITY, en la suma de pesos SETECIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL SESENTA Y CINCO CON 89/100 (\$ 749.065,89); Elías G. MANSUR, María José MANSUR, en la suma conjunta de pesos UN MILLÓN CUATROCIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL CIENTO TREINTA Y UNO CON 66/100 (\$ 1.498.131,66).

Notifíquese.

DR. JULIO RAMON GOMEZ

Ministro

DRA. MARIA TERESA DAY

Ministro

CONSTANCIA: la presente resolución no es suscripta por el Dr. LLORENTE, por encontrarse en uso de licencia (Art. 88 ap. III del CPCCTM).SECRETARIA, 22 de diciembre de 2023.