

En la Ciudad de Buenos Aires, capital de la República Argentina, reunidos en acuerdo los señores jueces de la Sala "A" de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, para conocer en el recurso de apelación interpuesto en los autos caratulados: "M., N. A. c/ Empresa San José S.A. s/ cobro de sumas de dinero", respecto de la sentencia de fs. 189/191, el tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver:

¿SE AJUSTA A DERECHO LA SENTENCIA APELADA?

Practicado el sorteo resultó que la votación debía realizarse en el siguiente orden: señores jueces de cámara doctores: SEBASTIÁN PICASSO – RICARDO LI ROSI – HUGO MOLTENI. A LA CUESTIÓN PROPUESTA, EL DR. SEBASTIÁN PICASSO DIJO:

I. La sentencia de fs. 189/191 rechazó la demanda entablada por N. A. M. contra Empresa San José S.A., y distribuyó las costas en el orden causado. La decisión fue apelada por ambas partes. En su expresión de agravios el demandante se quejó del rechazo de la acción. Señaló -en síntesis- que la cuestión que dio origen al presente litigio radicó en el perjuicio que sufrió cuando la empresa demandada le impidió el ingreso al ómnibus que lo debía transportar a esta ciudad, pese a que contaba con el pasaje pertinente y se encuentra debidamente acreditada la discapacidad que padece. Criticó que no se haya considerado que, al momento de obtener los pasajes en la boletaría de la terminal de ómnibus, cumplió con los requerimientos para que ellos fuesen emitidos (presentación del documento nacional de identidad y del certificado de discapacidad). Concluyó que, en consecuencia, no era una condición ineludible para poder gozar del beneficio de gratuidad la exhibición del certificado de discapacidad o "pase", ya que este había sido puesto a disposición de la empresa en la terminal de ómnibus de esta ciudad (vid. fs. 208/212). A fs. 216/217 hizo lo propio la demandada. Se agravio de la distribución de las costas en el orden causado, pues, según adujo, el actor emprendió una aventura jurídica a fin de obtener un lucro indebido, sin causa, y quedó acreditado que la empresa otorgó los pasajes gratuitos, así como que el rechazo del ingreso para el retorno desde la ciudad de Paraná, Provincia de Entre Ríos, se debió a la falta de presentación del certificado de discapacidad, en forma previa al ascenso al vehículo. Los fundamentos de las partes fueron contestados a fs. 219/220 y 222/223, respectivamente.

II.- Previo a todo aclaro que, al cumplir los agravios del demandante la crítica concreta y razonada que prescribe el art. 265 del CPCCN, en aras de la amplitud de la garantía de defensa en juicio, y conforme al criterio restrictivo que rige en esta materia (Gozaini, Osvaldo A., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y Anotado, La Ley, Buenos Aires, 2006, t. II, p. 101/102; Kielmanovich, Jorge L., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y Anotado, Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003, t. I, p. 426), no propiciaré la sanción de deserción que postula la parte contraria a fs. 219, punto II.

Sentado lo anterior creo necesario recordar que los jueces no están obligados a hacerse cargo de todos y cada uno de los argumentos expuestos por las partes ni a analizar las pruebas producidas en su totalidad, sino que pueden centrar su atención únicamente en aquellos que sean conducentes para la correcta decisión de la cuestión planteada (art. 386 del Código Procesal). Por último cabe poner de resalto que, si bien a partir del 1 de agosto de 2015 ha entrado en vigor el

nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, los hechos ventilados en el sub lite (y por ende, la constitución de la obligación de reparar) han acaecido durante la vigencia del Código Civil derogado. Por consiguiente -y con excepción de lo que enseguida diré respecto de la cuantificación del daño- la cuestión debe juzgarse -en principio- a la luz de la legislación derogada, que mantiene ultractividad en este supuesto (art. 7, Código Civil y Comercial de la Nación; vid. Roubier, Paul, *Le droit transitoire. Conflit des lois dans le temps*, Dalloz, Paris, 2008, p. 188/190; Kemelmajer de Carlucci, Aída, *La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 158). Cabe hacer excepción a esta regla en lo que respecta a las normas relativas a la cuantificación del daño, dado que ellas no se refieren a la constitución de la relación jurídica (obligación de reparar) sino solo a las consecuencias de ella, y no varían la naturaleza ni la extensión de la indemnización que tiene derecho a percibir la víctima, pues se limitan a sentar una pauta para su liquidación. En este sentido dice Kemelmajer de Carlucci: "Hay cierto acuerdo en que debe distinguirse 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 extensión" (Kemelmajer de Carlucci, Aída, *La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Segunda parte*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, p. 234). Por este motivo las reglas contenidas en los arts. 1741 -último párrafo-, 1746 y conchs. del Código Civil y Comercial son directamente aplicables al sub lite. A lo dicho cabe agregar que, como lo señalaré posteriormente, resultan de aplicación en el caso las normas que integran el régimen tuitivo del consumidor. Sin embargo esta conclusión no modifica el hecho de que las disposiciones del CCC no rigen el presente caso, pues tanto la celebración del contrato como el incumplimiento fueron anteriores a la entrada en vigencia de dicho cuerpo legal. En este sentido es pertinente poner de resalto que el art. 7 del CCC no dispone la aplicación retroactiva de la nueva ley sino su aplicación inmediata. En consecuencia, las acciones por reparación de daños causados en la relación de consumo con anterioridad al 1° de agosto de 2015 se rigen por la ley n.° 24.240 (Kemelmajer de Carlucci, Aída, *La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Segunda parte*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, p. 218).

III.- Las partes se encuentran contestes en que el demandante obtuvo, el día 16 de noviembre de 2010, dos pasajes en la empresa demandada para viajar el día 25 del mismo mes y año, desde la localidad de Paraná hasta la terminal de ómnibus de Liniers, sita en esta ciudad, a su nombre y al de su cónyuge (vid. fs. 13). Tampoco es objeto de controversia que dichos pasajes fueron emitidos en forma gratuita en razón de la discapacidad que presenta el demandante. Resultan esclarecedoras en este aspecto las manifestaciones vertidas por la empresa de transportes al contestar la demanda: ".la realidad es que a la actora se le otorgó pasajes gratuitos, conforme la legislación vigente, cada vez que lo solicitaba en las boleterías de mi mandante. Prueba de ello es la copia del pasaje que ella misma adjunta y sus manifestaciones" (sic., fs. 46).

Por otra parte no se discute que al demandante no le fue permitido abordar el ómnibus (cuestión sobre la cual también echan luz los argumentos vertidos por la demandada, vid. fs. 46 vta.). La controversia se centra, en cambio, en determinar si el actor contaba con su certificado de

discapacidad al momento de abordar el ómnibus. En efecto, la empresa de transporte fundó la razonabilidad del rechazo del viaje, justamente, en la falta de tal documentación. Asimismo, la ausencia de prueba sobre este extremo motivó el rechazo de la acción en la anterior instancia. Sin embargo entiendo que, previamente a ingresar en el análisis de si este extremo se encuentra o no comprobado, es preciso determinar si, efectivamente, el demandante debía contar con el mencionado certificado al momento de abordar el transporte para poder viajar. Y para ello es preciso analizar la legislación aplicable al caso. En primer lugar, la ley n.º 22.431 (Sistema de Protección Integral de los Discapacitados) establece en su art. 22, inc. "a", segundo párrafo: "Las empresas de transporte colectivo terrestre sometidas al contralor de autoridad nacional deberán transportar gratuitamente a las personas con discapacidad en el trayecto que medie entre el domicilio de las mismas y cualquier destino al que deban concurrir por razones familiares, asistenciales, educacionales, laborales o de cualquier otra índole que tiendan a favorecer su plena integración social. La reglamentación establecerá las comodidades que deben otorgarse a las mismas, las características de los pases que deberán exhibir y las sanciones aplicables a los transportistas en caso de inobservancia de esta norma. La franquicia será extensiva a un acompañante en caso de necesidad documentada" (sic, párrafo incorporado por el art. 1º de la ley n.º 25.635).

Por su parte el decreto n.º 38/2004 dispone: "La sola presentación del certificado de discapacidad, emitido por autoridad competente en la materia, tanto nacional, provincial o municipal, en los términos de la Ley n.º 22.431, o provincial pertinente, juntamente con el documento nacional de identidad o cédula de identidad o libreta de enrolamiento o cívica, o bien, el pase para franquiciados vigente, será documento válido a los efectos de gozar del derecho contemplado en la ley n.º 25.635. Para el uso gratuito de servicios de transporte de larga distancia, la persona con discapacidad o su representante legal deberá solicitar ante la boletería de la prestataria su pasaje y el de un acompañante en caso de necesidad documentada, indicando la fecha de ida y regreso, horario, origen, destino y causa del viaje". La normativa transcripta precedentemente permite extraer algunas conclusiones relevantes sobre el caso en análisis: a) que el demandante se encontraba obligado a presentar el certificado de discapacidad emanado de la autoridad competente a fin de obtener el beneficio acordado por la ley 22.431, y b) que no existe ninguna disposición que establezca el momento en que dicho documento debe ser entregado para su confronte por parte de la empresa de transporte. Ahora bien, es claro que al emitirse los pasajes el actor presentó el certificado en cuestión junto con su documento nacional de identidad. La misma demandada manifestó, en su contestación de demanda, que la empresa otorga los pasajes peticionados por personas con capacidades diferentes ".que acrediten su incapacidad debidamente (con los certificados de discapacidad otorgados por autoridad competente, y con la anticipación de las 48 horas previstas en el Decreto 48/2004" (fs. 46 vta.).

En consecuencia sólo cabe concluir que el recaudo previsto en la normativa antes citada para que el pasajero pueda gozar del beneficio fue debidamente cumplido. Es que no tiene el menor sustento afirmar que el demandante, quien ya había acreditado los extremos que lo hacen acreedor del beneficio consagrado en las disposiciones mencionadas -al emitirse los boletos- debía

volver a hacerlo al subir al transporte. Sobre este último aspecto cobra especial relevancia el hecho de que los tickets fueron emitidos a nombre del actor y su cónyuge y, asimismo, en ellos consta el documento nacional de identidad de cada uno de ellos. Así las cosas tengo para mí que el argumento de la demandada en el sentido de que requiere la presentación del certificado de discapacidad para asegurarse de que no sea un tercero quien goza de un beneficio que no le corresponde carece absolutamente de asidero. Es que, si los pasajes fueron emitidos a nombre del actor y con expresa mención de su identificación personal, ¿cómo podría un tercero haber utilizado indebidamente dichos boletos? Resultaba suficiente que el actor acreditara su identidad, y la demandada no ha alegado -y menos aun demostrado- que el pasajero no contaba con su identificación personal al momento de realizar el viaje. En definitiva el actuar de la empresa, que insiste en todo momento (tanto al contestar la demandada, como la prueba testimonial producida en la causa, vid. fs. 139, 156/157) en la existencia de “normativas internas” que le “impondrían” (autoimpondrían, en realidad) requerir el certificado de discapacidad al momento en que la persona aborde el vehículo correspondiente, no solo contraviene lo dispuesto por la normativa aplicable al caso (ley 22.431 y decreto n° 38/2004) sino que además atenta contra los principios de protección de las personas vulnerables como el actor, tanto en su carácter de consumidor como por tratarse de una persona que presenta capacidades diferentes. Sobre el carácter de consumidor del demandante resulta pertinente poner de resalto que, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el vínculo entre el transportador y el pasajero constituye una típica relación de consumo, por lo cual el régimen del contrato de transporte se integra con el art. 42 de la Constitución Nacional y lo dispuesto en la ley 24.240 (CSJN, Fallos, 331:819 y 333:203). Sobre este aspecto debo señalar que el hecho de que se trate de un contrato gratuito -en razón del beneficio del cual gozaba el actor- en nada modifica la aplicación en autos de dicho régimen tuitivo (art. 1° de la ley n.° 24.240). En el sub lite nos encontramos además ante una persona con discapacidad, con lo que a la natural vulnerabilidad que corresponde a la categoría de consumidor se suma la derivada de esa especial circunstancia. En ese sentido, en el derecho contemporáneo se ha desarrollado la categoría de los “subconsumidores”, referida a personas particularmente débiles, tales como los ancianos, los niños o los enfermos, que requieren una protección acentuada con respecto al consumidor promedio (vid. Hernández, Carlos A., “La noción del consumidor y su proyección sobre la legitimación para accionar”, en Revista de Derecho privado y Comunitario, 2009-I-273; Alterini, Atilio A.- López Cabana, Roberto M., “La debilidad jurídica en la contratación contemporánea”, DJ, 1989-1-817; Alterini, Atilio A., “El consumidor en la sociedad postmoderna”, LL, 1996-E-818; Sozzo, Gonzalo, “El problema del deudor moroso frente a la emergencia económica”, LLLitoral, 20021124; Vázquez Ferreyra, Roberto A., “El turismo y la tutela de los consumidores”, RCyS, 2003-307; Wajtraub, Javier H., “Protección del asegurado en el marco de la Ley de Defensa del Consumidor”, LL, 2011-E-1138 ; Sprovieri, Luis E. – Dell’Oca, Gastón, Daños por productos elaborados, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 19). Al respecto, dice Lorenzetti: “El principio protectorio se acentúa en casos en los que se presenta una vulnerabilidad más grave que la que se verifica en el promedio de los casos. La vulnerabilidad que da lugar a la protección del consumidor está vinculada con una falla estructural del mercado, que da origen a una vulnerabilidad general, que afecta a toda la categoría de sujetos que realizan prácticas de consumo, y que es de orden

económico, jurídico y técnico. La vulnerabilidad que da lugar a la protección del subconsumidor está vinculada a fallas especiales que afectan a una categoría particular de sujetos. (...) Son casos de subconsumidores: los menores de edad, los ancianos, los enfermos graves, situaciones de urgencia que dan lugar a un estado de necesidad, los analfabetos” (Lorenzetti, Ricardo L., Consumidores, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2009, p. 101). Tampoco puede perderse de vista que nos encontramos ante una persona con capacidades diferentes, y -como lo ha puesto de resalto la Corte Suprema de Justicia de la Nación- el sistema legal de protección integral de esas personas: “.es amplio y generoso en cuanto a las franquicias y estímulos que instituye a efectos de que sus destinatarios puedan en lo posible neutralizar la desventaja que la discapacidad provoca y cuenten con oportunidad, mediante su esfuerzo, de desempeñar en la comunidad un rol equivalente al que ejercen las demás personas”. En este sentido, el acceso a la gratuidad para viajar en los distintos tipos de transporte colectivo de pasajeros “.es una buena muestra de ello, en tanto el legislador fue ampliando el beneficio previsto originalmente para mejorar la situación de aquellas personas y, de tal modo, asegurarles una mayor integración” (CSJN, 1/6/10, “A., M. B. c/ EN – M° Planificación – dto. 118/2006).

Sentado ello añadido que el art. 8 bis de la ley 24.240 establece expresamente: “Los proveedores deberán garantizar condiciones de atención y trato digno y equitativo a los consumidores y usuarios. Deberán abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias”. Como se echa de ver, entre otras cuestiones, el artículo citado consagra el trato equitativo y digno al consumidor, lo que implica prohibir toda discriminación injustificada en las relaciones de consumo, de modo tal que no se podrá excluir ni tratar de manera diferenciada -en su perjuicio- a consumidores por razones políticas, raciales, religiosas, de sexo, sociales, o de cualquier otra índole. Esto se vincula, principalmente, con la no discriminación al consumo o uso de servicios de oferta pública, como ocurre en el caso (Kiper, Claudio M., comentario al art. 8 bis de la ley n.° 24.240 en Picasso, Sebastián – Vázquez Ferreyra, Roberto A. (dirs.), Ley de defensa del consumidor. Comentada y anotada, La Ley, Buenos Aires, 2009, t. I, p.130). En consecuencia, es claro que la restricción indebida de la prestación del servicio por parte de la empresa de transporte, cuando el pasajero había cumplido con los recaudos previstos en la ley n.° 22.431 -y demás normas concordantes-, implica un claro acto discriminatorio y contrario al trato digno que el proveedor debe tener para con el consumidor. En este sentido ha dicho la jurisprudencia que constituye un acto discriminatorio que una empresa de transporte se niegue a otorgar el beneficio de gratuidad para el transporte terrestre a una persona discapacitada, pues ello resulta contrario a lo establecido en el art. 8 bis de la ley n.° 24.240 (esta cámara, Sala K, 8/10/15, “A., J. J. c/ Empresa General Urquiza S.R.L. s/ daños y perjuicios”, LLOnline AR/JUR/78685/2015). No obsta a la conclusión que se expone el hecho de que la demandada haya emitido los pasajes a favor del actor, pues es evidente que la restricción del derecho no solo puede producirse mediante la negativa de la empresa a otorgar los tickets correspondientes sino también requiriendo el cumplimiento de recaudos adicionales que, como ocurre en el presente, no presentan ninguna razonabilidad ni son pretendidos por la normativa aplicable al caso. En síntesis juzgo que, más allá de si el demandante contaba o no con el certificado de discapacidad al momento de abordar el ómnibus, lo cierto es

que no tenía por qué presentarlo en dicha ocasión. Así las cosas, la negativa a realizar el viaje por parte de la demandada configuró el incumplimiento, por su parte, del contrato celebrado por el consumidor (art. 10 bis de la ley n.º 24.240), amén de la infracción de su obligación secundaria de otorgar un trato digno a los consumidores que utilizan el servicio. Por ello propongo al acuerdo revocar la decisión adoptada en la anterior instancia y hacer lugar a la demanda. IV.- La conclusión a la que acabo de llegar impone ingresar en el análisis de la indemnización pretendida por el actor.a) Restitución de pasajes

En su escrito de inicio el demandante reclamó la restitución del precio abonado a otra empresa de transportes para poder retornar a la ciudad de Buenos Aires. Pretende, por tal concepto, la suma de \$ 312. Si bien el actor formuló el reclamo en concepto de “daño material” lo cierto es que pretende el valor abonado por la ejecución forzada del contrato mediante el recurso a una prestación sustitutiva proporcionada por un tercero. El distinto encuadre que otorgó el demandante a su pretensión no obsta a su tratamiento, pues como es sabido corresponde al juez determinar el derecho aplicable a los hechos planteados por los litigantes, más allá de la calificación que estos les hayan asignado (iura novit curia; esta sala 21/11/12, “R., F. y otro c/ Parque de la Costa S.A. s/ daños y perjuicios”, L. 591.873). El art. 10 bis de la ley n.º 24.240, al facultar al consumidor a “exigir el cumplimiento forzado de la obligación, siempre que ello sea posible”, consagra la denominada ejecución forzada directa de la obligación, que comprende tanto el cumplimiento forzado por el propio deudor (artículo 505, inc. 1º del Código Civil), como la ejecución por un tercero (art. 505, inc. 2º del mismo cuerpo normativo). Así, el sistema de la Ley de Defensa del Consumidor es coincidente, en ese punto, con el que resulta de la normativa general de nuestra ley civil (ver mi comentario al art. 10 bis de la ley 24.240, en Picasso – Vázquez Ferreyra, op. cit., t. I, p. 157). Partiendo de esas premisas, y toda vez que se encuentra debidamente demostrada en autos la adquisición de los pasajes en cuestión (vid. comprobantes de fs.14), poca duda puede existir sobre la procedencia de la restitución de los gastos en que tuvo que incurrir el acreedor, por lo que propongo al acuerdo admitir la pretensión por el importe solicitado en la demanda.

#### b) Daño material

El demandante pretende el reembolso del gasto de transporte en taxi en que tuvo que incurrir, y el de las erogaciones que supuestamente realizó con motivo de la espera hasta la salida del segundo ómnibus. Sin embargo, ninguna constancia aportó tendiente a demostrar dichos gastos, ni existen en autos indicios graves, precisos y concordantes suficientes que permitan presumirlos. En consecuencia, y por aplicación del principio general sobre distribución de la carga de la prueba que sienta el art. 377 del Código Procesal, propongo a mis colegas rechazar la pretensión esgrimida al respecto.

#### c) Daño moral

El demandante solicita que se condene a la demandada a abonar el daño extrapatrimonial que habría padecido, y que estima en la suma de \$ 29.950. Puede definirse al daño moral como: “una minoración en la subjetividad de la persona, derivada de la lesión a un interés no patrimonial. O,

con mayor precisión, una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial” (Pizarro, Ramón D., Daño moral. Prevención. Reparación. Punición. El daño moral en la diversas ramas del derecho, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 31). En lo que atañe a su prueba cabe señalar que, a tenor del principio que sienta el art.377 del Código Procesal, se encuentra en cabeza de la actora la acreditación de su existencia y magnitud, aunque, en atención a las características de esta especial clase de perjuicios, sea muy difícil producir prueba directa en ese sentido, lo que otorga gran valor a las presunciones (Bustamante Alsina, Jorge, “Equitativa valuación del daño no mensurable”, LL, 1990-A-655). En el caso, más allá de los disgustos que sin duda ocasionó al demandante la necesidad de procurarse otro medio de transporte para trasladarse a destino, es determinante para la procedencia de este rubro la ya constatada discriminación que sufrió el actor, y que permite fácilmente presumir la existencia de un daño moral. En cuanto a su valuación cabe recordar lo recientemente señalado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el sentido de que: “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. Se trata de compensar, en la medida posible, un daño consumado (...). El dinero es un medio de obtener satisfacción, goces y distracciones para reestablecer el equilibrio en los bienes extrapatrimoniales. El dinero no cumple una función valorativa exacta, el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata solamente de dar algunos medios de satisfacción, lo cual 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” (CSJN, 12/4/2011, “Baeza, Silvia Ofelia c/ Provincia de Buenos Aires y otros” , RCyS, noviembre de 2011, p.261, con nota de Jorge Mario Galdós). En otras palabras 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, p. 259). La misma idea resulta del art. 1741 in fine del Código Civil y Comercial, a cuyo tenor: “El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas”. Por consiguiente tendré particularmente en cuenta ese criterio para evaluar la suma que corresponde fijar en el sub lite en concepto de daño moral, a la luz de las características del hecho generador, su repercusión espiritual en la víctima, y las demás circunstancias del caso. Así las cosas, considerando la gravedad del incumplimiento en que incurrió la empresa demandada, a tenor de la especial protección que merece el demandante, y los demás padecimientos y angustias que este último pudo sufrir como consecuencia del hecho, y sus condiciones personales, considero prudente fijar el resarcimiento del daño moral en la suma de \$ 25.000.- (art. 165 del Código Procesal).

V.- En lo que atañe a los intereses, y como lo he expuesto en el precedente de esta sala “Piñeiro, Gabriel Alberto c/ Ausilli, José Luis y otros s/ Daños y Perjuicios”, del 10/11/2011 (libre n° 574.847), soy de la opinión de que, por aplicación de la doctrina sentada por esta cámara en el fallo plenario dictado en los autos “Samudio de Martínez, Ladislaa c/ Transportes Doscientos Setenta S. A./ daños y perjuicios” , del 20/4/2009, debe fijarse la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, desde el momento en que se causó cada perjuicio, y estimo -por los argumentos que expuse en mi voto en la causa ya citada, a la que me remito- que la sola circunstancia de haberse fijado las partidas indemnizatorias a valores actuales no configura la excepción contemplada en el último párrafo de la parte dispositiva de la mentada sentencia plenaria. Entiendo que, como ya lo expuse en otros antecedentes de esta sala (9/5/2016, “M., Patricia Antonia c/ J., Darío Sebastián y otros s/ Daños y perjuicios”, expte. n.° 86.811/2012; ídem, 10/5/2016, “F., Estela María c/ La Primera de Grand Bourg S.A.T.C.I. Línea 315 y otro s/ Daños y perjuicios” y “D. S., María Rosa c/ La Primera de Grand Bourg S.A.T.C.I. Línea 315 y otro s/ Daños y perjuicios”, exptes. n.° 43.052/2010 y n.° 88.762/2011), la solución que propongo (es decir, la aplicación de la tasa activa establecida en la jurisprudencia plenaria) no se ve alterada por lo dispuesto actualmente por el art. 768, inc. “c”, del Código Civil y Comercial de la Nación, más allá de que el plenario recién citado se haya originado en la interpretación de una disposición legal hoy derogada (art. 622 del Código Civil).

VI.- En cuanto a las costas del litigio, la solución que se adopta impone readecuar su distribución, de conformidad con lo establecido en el art. 279 del Código Procesal. Ello, asimismo, torna abstracto expedirse respecto del remedio intentado al respecto por la parte demandada. Aclarado lo anterior corresponde recordar que, de conformidad con lo dispuesto por el art.68 del Código Procesal, nuestro ordenamiento adjetivo adhiere a un principio generalmente aceptado en materia de costas, y cuyo fundamento reside básicamente en el hecho objetivo de la derrota, con prescindencia de la buena o mala fe con que la parte vencida pueda haber actuado durante la tramitación del proceso, puesto que quien promueve una demanda lo hace por su cuenta y riesgo (esta sala, 27/12/12, “W., E. B. c/ Metrovías S.A. s/ daños y perjuicios”, L 608.775; Fassi, Santiago C. – Yañez, César D., Código Procesal Civil y Comercial, Astrea, Buenos Aires, 1988, t. 1, p. 411 y ss). En consecuencia, toda vez que no surge de autos ninguna circunstancia que amerite apartarse del principio general establecido en la norma citada en último término, corresponde imponer las costas a la demandada vencida.

VII.- En síntesis, y para el caso de que mi voto fuere compartido, propongo al acuerdo: 1) Revocar la sentencia recurrida; 2) Admitir la demanda promovida por N. A. M. contra Empresa San José S.A. y, en consecuencia condenar a esta última a abonar al actor, dentro de los diez días de quedar firme el presente, la suma de veinticinco mil trescientos doce pesos (\$ 25.312.-), con más sus intereses fijados en la forma establecida en el considerando V del presente, y 3) Imponer las costas a cargo de la parte demandada. Finalmente postulo diferir la regulación de los honorarios profesionales para una vez que hayan sido fijados los correspondientes a la primera instancia.

A la misma cuestión, el Dr. Li Rosi dijo: I.- Por análogas razones, acompaño el voto propuesto por el vocal proopinante, con la salvedad respecto del régimen de intereses. II.- En cuanto los agravios



de la referidos a la tasa de interés a aplicar, de acuerdo a lo establecido por la doctrina plenaria sentada por esta Cámara Civil en los autos “Samudio de Martínez, Ladislaa c/ Transportes Doscientos Setenta S.A.s/ daños y perjuicios” del 20/04/09, sobre el capital reconocido corresponde aplicar la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina. Empero, de imponerse esos intereses desde el origen de la mora, se consagraría una alteración del capital establecido en la sentencia, configurando un enriquecimiento indebido, tal como puntualmente prevé la parte final de la referida doctrina plenaria, al contemplar una excepción a la vigencia de la tasa moratoria legal. Ello así, en la medida de que uno de los factores que consagran la entidad de la referida tasa, lo constituye la paulatina pérdida de valor de la moneda, extremo que en la especie ya fuera ponderado al definir el capital a los valores vigentes. No obstante lo expuesto, el flamante art. 768 del Código Civil y Comercial obliga en los supuestos como el de autos -en los que no existe convención ni leyes especiales (incs. a y b)- a liquidar intereses moratorios de acuerdo a las “tasas que se fijen según la reglamentación del Banco Central”. Entonces, respecto de los intereses que fluyan con posterioridad al 1 de agosto de 2015 – entrada en vigencia del nuevo ordenamiento- debe regir una tasa de interés que haya sido aceptada por el Banco Central, cumpliendo tal requisito la tasa activa prevista en la citada doctrina plenaria. Y si bien lo resuelto por las salas de esta Cámara en pleno perdió obligatoriedad ante la derogación del art. del art. 622 del Código Civil, los motivos que derivaron en la implementación dicho interés moratorio se mantienen aún vigentes e, inclusive, reafirmados por la sanción de la Ley n° 26.994. Por ello, en definitiva, voto para que desde el inicio de la mora y hasta la fecha de entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (1 de agosto de 2015), se calculen los intereses a la tasa de interés del 8% anual, que representan los réditos puros y desde entonces y hasta el efectivo pago, a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina. Debe hacerse la salvedad, sin embargo, respecto de lo otorgado en concepto de “restitución de pasajes”, ya que al haberse efectuado la erogación el 25 de noviembre de 2015 (conf. fs. 14), la tasa activa cartera general (préstamos) deberá computarse desde dicha data. En consecuencia, con las salvedades expresadas, adhiero en los demás al voto del Sr. Juez preopinante.

A la misma cuestión el Dr. Molteni dijo: Con la misma salvedad formulada por el Dr. Li Rosi en torno al cómputo de los intereses, adhiero en lo demás al voto del Dr. Picasso. Con lo que terminó el acto.

Es copia fiel de su original que obra a fs. del Libro de Acuerdos de la Sala “A” de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.

Y VISTOS: Por lo que resulta del acuerdo que informa el acta que antecede se resuelve: 1) Revocar la sentencia recurrida; 2) Admitir la demanda promovida por N. A. M. contra Empresa San José S.A.y, en consecuencia condenar a esta última a abonar al actor, dentro de los diez días de quedar firme el presente, la suma de veinticinco mil trescientos doce pesos (\$ 25.312.-), con más sus intereses fijados desde el inicio de la mora y hasta la fecha de entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (1 de agosto de 2015), a la tasa del 8% anual, y desde entonces y hasta el efectivo pago, a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual

vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, con la salvedad respecto de lo otorgado en concepto de “restitución de pasajes”, que deberá computarse a esta última tasa desde el 25 de noviembre de 2015, y 3) Imponer las costas a cargo de la parte demandada. Difiérese la regulación de los honorarios profesionales para una vez que hayan sido fijados los correspondientes a la primera instancia. Notifíquese en los términos de las Acordadas 31/11, 38/13 y concordantes, comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la C.S.J.N. en la forma de práctica y devuélvase.

SEBASTIÁN PICASSO (EN DISIDENCIA PARCIAL)

RICARDO LI ROSI

HUGO MOLTENI