

EXPTE. N° +++- “+++”- +++- CARATULADOS: “+++- DAÑOS Y PERJUICIOS”.

Y RESULTANDO:

1.- El Dr. +++, en su carácter de apoderado del Señor +++; promueve demanda –con fecha +++ (conf. Cargo de fs. +++ vta.)- contra el Señor +++ –en calidad de conductor del automotor embistente-; para que se lo condene al pago de la suma de \$+++, o lo que en más o en menos resulte de la prueba a ser rendida en estos obrados.-

Reclama daño emergente, constituido por daño físico, psicológico y estético.- También reclama la pérdida de chance laborativa, el lucro cesante, el daño material y moral sufrido, y las diversas erogaciones que le ocasionó el accidente de tránsito, y las que en el futuro se generen.- Petición además, intereses, costos y costas.-

Solicita Beneficio de Litigar sin Gastos, justifica la legitimación activa en los términos del Artículo 1078 del Código Civil de Vélez y la legitimación pasiva del Sr. +++ por ser el autor material del hecho dañoso, en tanto conductor del automotor marca +++, modelo +++, color negro, dominio +++.-

Cita en Garantía a la aseguradora +++, en virtud de lo normado en el Artículo 118-2do. Ap. De la Ley 17.418; en su carácter de aseguradora del vehículo antes citado y que conducía el demandado.- Refiere el número de Póliza.-

Expresa que el día +++, el Sr. +++ fue víctima de un accidente de tránsito.- Refiere que su representado circulaba de Sur a Norte por calle +++, a bordo de su motocicleta marca +++, dominio +++-+++, cuando en la intersección con Av. +++, fue embestido por un automóvil marca +++, color +++, dominio +++.-

Indica que el accidente se produjo cuando el demandado, que circulaba por Av. +++ en sentido Este a Oeste, continuó imprudentemente su paso por la arteria referida, sin respetar la prioridad de paso de su mandante, que se encontraba trasponiendo una rotonda.- De esa manera, lo embistió con la parte frontal del automotor.-

Agrega que la pruebas ofrecidas, darán cuenta que los daños padecidos por su representado, fueron responsabilidad exclusiva del accionado, quien transitaba sin la debida atención que corresponde a quien se beneficia por el uso de una cosa riesgosa, como lo es un vehículo automotor.- Esgrime que el Sr. +++ fue colisionado por el vehículo de mayor porte, por lo tanto de mayor riesgo, resultándole aplicable el Artículo 1113 del Código de Vélez.-

Relata que a consecuencia del accidente, el actor fue trasladado de urgencia al Hospital Vera Barros, donde fue atendido en el servicio de trauma shock y luego derivado al Sanatorio Mercado Luna.-

Denuncia que su mandante padeció un traumatismo cráneo encefálico con pérdida de conciencia, fractura de tobillo derecho, fractura de escápula derecha y la rotura de meniscos y ligamentos cruzados de la rodilla izquierda, además de politraumatismos, hematomas y excoriaciones múltiples.- Relata los tratamientos y las tres intervenciones quirúrgicas a que se debió someter el Sr. +++ (lesión en tobillo derecho con colocación de prótesis, meniscos y ligamentos, y remoción de prótesis de tobillo derecho).- Asevera que además de las limitaciones funcionales, es visible un acortamiento en su pierna izquierda y la hipotrofia muscular, la existencia actual y de manera permanente dolores de gran intensidad, así como la imposibilidad

de realizar su vida como lo hacía hasta el momento del infortunio padecido, ya que se ve impedido de trabajar y realizar las actividades hogareñas, siéndole necesario contar con ayuda de terceros.- Afirma también que no puede realizar actividades deportivas de ninguna naturaleza y que no podrá realizarlas en un futuro en virtud de la entidad de las lesiones sufridas.-

Al momento de analizar los presupuestos de la responsabilidad que le cupo el Sr. +++, expone que nos encontramos frente a un caso de responsabilidad objetiva por el riesgo de la cosa, debiendo acreditar: a) la existencia del daño, b) el contacto físico con la cosa riesgosa o viciosa y c) la relación de causalidad entre ambos.- Desarrolla y expone cada uno de ellos.- Fundamenta.- Cita jurisprudencia.-

Desarrolla ampliamente los rubros indemnizatorios peticionados, a saber: 1) Daño Físico, el que cuantifica en \$+++; 2) Daño Psíquico, el que peticiona por \$+++; 3) Daño Estético, el que establece por \$+++; 4) Pérdida de Chance, el que solicita por \$+++; 5) Lucro Cesante, el que cuantifica por \$+++; 6) Gastos Terapéuticos, el que peticiona por \$+++; 7) Daño Moral, el que cuantifica en \$+++; 8) Daño Emergente por la motocicleta averiada, lo cuantifica en \$+++; 9) Privación de uso de la motocicleta lo solicita por \$+++ y 10) Desvalorización de la moto lo peticiona por \$+++.-

Funda en derecho.- Ofrece Prueba y efectúa el petitorio de rigor.-

2.- Corrido el Traslado de Ley, a fs. 44/53, comparece La Caja de Seguros, en su calidad de Citado en Garantía, y por medio de su Apoderado.-

Denuncia en primer lugar, la no cobertura del contrato de seguro entendiendo la inexistencia de responsabilidad de la aseguradora.- Declina la citación en garantía, alegando defensa de alta de cobertura financiera dado que, a la fecha del hecho la cobertura se hallaba suspendida por mora en el pago de la prima.- Indica que en tiempo y forma se rechazó el siniestro denunciado, mediante cartas documentos sucesivas.- Subsidiariamente contesta la demanda, niega la existencia del hecho, que el demandado +++ hubiese colisionado al actor, que se hayan producido daños en el patrimonio y la persona del accionante, que quepa responsabilidad alguna al demandado y que se deba suma alguna.- Ofrece prueba- Cita Jurisprudencia y Derecho.- Formula la reserva federal del caso y finaliza con el petitorio que obliga el rito.-

3.- A fs. +++/+++, comparece el Demandado, contesta la demanda con patrocinio letrado de la Dra. +++.- Niega la ocurrencia del hecho.- Niega la existencia de daños en cabeza del actor y que se deba indemnización alguna.- Se opone a la declinación de cobertura que formula la Citada en Garantía, esgrimiendo el Artículo 56 de la Ley N°17.418.- Ofrece Pruebas.- Cita Derecho y formula la reserva federal del caso.- Realiza el petitorio de rigor.-

4.- A fs. 317, luego de celebrada la audiencia de vista de la causa y cumplimentada la medida allí requerida respecto de remitir el Expediente “+++– Lesiones Culposas” (+++), del registro del Juzgado de Instrucción N° 2, pasaron los autos, a despacho, para ser resueltos.-

Y CONSIDERANDO:

I.- Determinada la plataforma fáctica sobre la que deberá resolver la cuestión sometida a análisis, debo en primer lugar establecer el derecho aplicable.-

Esto último por cuanto, el juicio se tramita encontrándose en vigencia el Código Civil de Vélez Sarsfield, mientras que debo expedirme con la vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.-

Sin entrar en la disputa doctrinaria que existe en la República, respecto de la aplicación temporal del Código Civil y Comercial –en adelante “C.C.C.”-, me limitaré a revisar el Artículo 7º de la nueva legislación.-

En efecto, el actual Artículo 7 del CCC, y en lo que aquí interesa, reza: *“Eficacia Temporal.- A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.- Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario...”*.-

Esta regla está dirigida al juez y le indica que ley debe aplicar al resolver un caso.- Refiere la Doctrina que, las relaciones y situaciones jurídicas *“que se constituyeron o se extinguieron cumpliendo los requisitos de la ley anterior, no son alcanzadas por este efecto inmediato”* (Código Civil y Comercial de la Nación.- **Ricardo Luis Lorenzetti.- Director.- Tomo I.- Art. 7º.- Pág. 46/47.- Rubinzal Culzoni Editores.- Año 2014**).- Una de las autoras del CCC en vigencia, ha afirmado que la *“doctrina y jurisprudencia coinciden en que la responsabilidad civil se rige por la ley vigente al momento del hecho antijurídico dañoso”* (**Kemelmajer de Carlucci, Aida.- La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes.- Pág. 100/103.- Rubinzal Culzoni Editores.- Año 2015**), citando los precedentes fijados al momento de entrada en vigencia, en el año 1969, de la antigua ley 17.711; donde se planteó igual interrogante.-

Va de suyo entonces que, habiéndose constituido la relación y situación jurídica que aquí se ventila el día del hecho antijurídico denunciado como accidente automovilístico, ocurrido el +++; además de haberse trabado la litis (donde quedaron indefectiblemente establecidos los hechos por las Partes) y celebrado la audiencia de vista de la causa en vigencia del Código Civil de Vélez Sarsfield, deberé analizar la cuestión referida al hecho ilícito civil, el daño por el provocado y la imputación de responsabilidad civil, a la luz de la normativa establecida en dicha legislación y no en la vigente.-

Ahora bien, respecto del vínculo jurídico que une al actor (víctima) con la citada en garantía, adelantando mi criterio, deberá aplicársele el nuevo Código Civil y Comercial, tal lo expresado en el citado Artículo 7, cuando dispone: *“...las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo”*, conforme los argumentos que expondré en el acápite pertinente.-

II.- Pues bien, determinados los hechos por las partes y el Derecho aplicable, corresponde analizar las pruebas producidas a los fines de acreditar los extremos invocados por las pretensiones de las mismas.-

Comenzaré por examinar la legitimación de los sujetos procesales en este proceso, que ante la ausencia de controversias o cuestionamientos referidos al tema es un análisis propio del órgano jurisdiccional, por ser un presupuesto estructural de la relación jurídico procesal, cuyo análisis oficioso se sustenta en su íntima vinculación con una adecuada conformación del proceso y por ende del dictado de una sentencia útil.-

En este sentido el actor se haya legitimado para accionar, atento -conforme alega- haber sido lesionado como consecuencia del accidente que se dilucida en autos.- Además, y en relación a los daños al motovehículo, no se ha acreditado por el medio probatorio idóneo (Titulo de dominio) ser propietario a la fecha del hecho, de la motocicleta marca +++, Modelo +++, dominio +++, tal como surge de la copia que glosa a fs. +++ de la Cédula de Identificación del Motovehículo, en el Expediente Penal que tengo a la vista.-

El demandado, por su parte, se halla legitimado por haber conducido el vehículo marca +++, modelo +++, dominio +++, pero al igual que el actor, a la fecha del infortunio, no se acreditó ser el titular registral del mencionado vehículo con el título dominial respectivo, según glosa a fs. +++ del expediente penal que mencionara en el párrafo precedente.-

III.- Tengo que, a consecuencia del accidente de tránsito ocurrido el día +++ de +++ de +++ en calle +++, en intersección con Av. +++, de esta ciudad, protagonizado por una motocicleta marca +++, cc, dominio +++, conducida por el Sr. +++, y el automóvil marca +++, modelo +++, Dominio +++, conducido por el Sr. +++; el actor demanda el resarcimiento de los daños sufridos contra el conductor y el propietario del vehículo -extremos que refiere coinciden, pero que no han sido acreditados, ni tampoco controvertidos por las Partes-, haciendo extensivo el reclamo a la compañía de Seguros +++, e iniciándose en sede penal las actuaciones caratuladas “+++ Lesiones Culposas” (+++), sin resolución a la fecha.-

En efecto, el hecho ilícito que ha motivado el presente proceso dio origen al Proceso Penal ya referido precedentemente, que tramita por ante el Juzgado de Instrucción en lo Criminal y Correccional N° 2, y que tengo a la vista.-

Resulta oportuno, referirse a la cuestión de la influencia del proceso penal sobre el proceso civil, de conformidad con las previsiones de los Arts. 1101, 1102 y 1103 del Código Civil.- La norma del artículo 1101 es de orden público (*CSJN “Duarte”, Fallos 303:206, citado por Mosset Iturraspe – Piedecabras, Código Civil comentado Arts. 1066 a 1136*) y su violación implicaría la nulidad de la sentencia, siendo por tanto aplicable de oficio.-

La motivación de la prejudicialidad consagrada en la norma referida, tiene como fundamento interrelacionar la acción civil con la acción penal para lograr que ambos subsistemas judiciales, aquel con competencia penal y éste con competencia civil, actúen armónicamente en aras al fin del sistema jurídico (la justicia) evitando que la existencia de distintas jurisdicciones, bajo las cuales cae el juzgamiento de un mismo hecho, pudiera generar el escándalo jurídico que quedaría configurado si se diera el dictado de pronunciamientos contradictorios.- Es que, en el concepto sistémico del Derecho, no puede aceptarse que la jurisdicción pueda fragmentarse en compartimentos estancos con independencia uno del otro de manera que un mismo hecho pueda ser confirmado o negado, con una distinta consecuencia jurídica según sea el Tribunal examinador.- Por ello, las normas referidas vinculan necesariamente las jurisdicciones, por vía de sus pronunciamientos.-

En el caso, verificamos que en el expediente penal citado, solo existe sumario policial (previsional), siendo la última actuación de fecha +++ a fs. +++, mediante la que se solicita la acumulación al expediente iniciado por la Sra. +++ sobre avocamiento.-

En este sentido, y siguiendo doctrina y jurisprudencia mayoritaria ante estados de expedientes penales paralizados, y atento el tiempo transcurrido, donde no ha mediado pronunciamiento del Juez Penal sobre los distintos elementos del delito, corresponde al Juez Civil evaluar y pronunciarse sobre el ilícito a los fines de la reparación del daño, si correspondiere.-

Cabe concluir entonces que en el supuesto de autos, más allá del indudable valor probatorio que tienen los elementos colectados durante la tramitación de la causa penal, no existe el impedimento previsto por el artículo 1101 del Código Civil y por tanto, corresponde avocarse al análisis del acontecimiento que diera lugar al presente proceso y al dictado de la sentencia correspondiente.-

IV.- Pues bien, sentado lo anterior, tenemos que el demandado comparece a fs. +++, solicitando la participación de ley, fijando domicilio legal; y evacuando el traslado de la demanda.- Niega la responsabilidad del hecho, niega haber vulnerado alguna normativa de tránsito, niega no haber obrado de manera prudente, niega haber incurrido en culpa alguna y niega que el actor hubiere respetado la normativa de tránsito.- Da su versión de los hechos.- Se expide especialmente respecto de la cobertura de responsabilidad civil y citación en garantía.-

La citada en garantía, solicita el rechazo de la acción alegando que en éste caso se presenta una no cobertura del contrato de seguro, por lo que entiende hay inexistencia de responsabilidad de la aseguradora; en base a la falta de pago de la prima al momento del siniestro por parte del sujeto asegurado.- Subsidiariamente, contesta la demanda, peticionando el rechazo de la misma, fundado en la falta de responsabilidad del Sr. +++.-

De la pericial contable practicada, obrante en autos a fs.+++/, consentida por las partes, surge que a la fecha del hecho el premio de la póliza N° +++, se encontraba impago al momento del accidente.- Indica el perito que “...*el pago cuyo vencimiento, operaba el +++, recién es cancelado por el asegurado el +++, según constancia de Recibo Definitivo N° +++, Comprobante de Cobro de Premio e Impresión de pantalla registro de imputación de pago*” (fs. +++ vta).- El perito establece, asimismo que la póliza fue emitida el +++; con vigencia desde las 12 hs. del +++, hasta las 12 hs. del 1+++ (Conf. fs. +++).-

La cobertura del siniestro fue rechazada por la aseguradora, mediante carta documento C.A. conforme constancia de informe de fs.+++/, en dos oportunidades y con fechas +++ y +++.- En el primer envío, fue devuelto al remitente por domicilio desconocido y en el segundo consta entregada al propio Demandado (Conf. fs. +++).-

Por su parte, el Demandado rechaza el contenido de la última misiva con fecha +++, según documental glosada a fs. +++.-

El perito contador, da cuenta, asimismo que “...*la consecuencia resultante si la prima no se encuentra pagada al momento del siniestro, surge de lo dispuesto en el Art. 9 (Pago de los Premios) Suplemento – SI Seguro de flota de vehículos automotores condiciones generales de póliza ... y en el endoso 25 Seguro de Flota de Vehículos Automotores – Endoso – Pago de los Premios – Emisión o Renovación*” (Conf. fs. +++ vta.) los que disponen, respectivamente, que el pago de los premios queda sujeto a las condiciones y efectos establecidos en el Endoso Pago de los Premios que forma parte del Contrato de Seguro y que establece que la falta de pago del premio contado o de la primera de las cuotas dentro del plazo expreso cierto convenido, configurará sin necesidad de interpelación alguna, la concreción automática de un hecho resolutorio con el alcance de un desistimiento de la toma del seguro por parte del asegurado, que producirá efectos retroactivos a la fecha consignada en el contrato como de fecha de inicio de vigencia.- Esta misma normativa, además, establece que configurada esa situación resolutoria, se tendrá por no existente el contrato de seguro.-

Siendo que el siniestro ocurrió el +++, correspondía al asegurado, acreditar que no se hallaba en mora, ya sea porque había pagado en tiempo, o que contaba con un crédito

tácito en virtud del artículo 30 último párrafo de la ley de seguros, lo que no ha ocurrido en autos.- En este sentido la jurisprudencia tiene dicho que *"...existe suspensión de la cobertura cuando el asegurado no ejecuta, en el curso del contrato, una obligación determinada que le es impuesta: se le retira la garantía hasta el día en que se coloca nuevamente en las condiciones del seguro. Mediando ella, el asegurador se desliga de la garantía, aunque el asegurado, debe las primas vencidas, y las que venzan en el futuro. Es decir, que funciona como una verdadera pena privada, que depende de aquél hacer cesar: es una caducidad en potencia"*.- (C. Civ. y Com. Azul, sala 2ª. 14/10/2010. "Sosa Hugo O. v. Monteros Dionisio O. y otros".- Lexis N° 70068219).-

Habrà pues de concluirse que, efectivamente se hallaba en mora el Sr. +++.-

Ahora bien, la falta de pago de la prima implica un supuesto de suspensión de los efectos del contrato pero *"...no genera ningún supuesto de "no seguro", sino un caso de suspensión de la cobertura, institución peculiar del contrato de seguro que no provoca la desaparición de las calidades de "asegurador" y "asegurado", y que funciona como una "caducidad en potencia" que se extingue cuando se paga la prima, o cuando el asegurador renuncia a los efectos de la suspensión por actos inequívocos (cfr. Halperin, I., "Seguros – Exposición crítica de la ley 17418 ", Buenos Aires, 1970, ps. 258/261, n° 26)"* (C. Nac. Com., sala D.- "Ampuero, Nora v. LIDERAR Cia. Gral. de Seguros SA s/Ordinario".- 22/09/2008.- Lexis N° 11/47344).-

En el análisis del contrato de seguro de accidentes de automotores y sus vicisitudes, no puede soslayarse la relación estrecha que el Derecho de Seguros tiene con el Derecho de Daños.-

En efecto, se ha señalado con claridad que *"...el "Derecho de Seguros" (y muy especialmente- el Seguro de Responsabilidad Civil), es la cara y seca del "Derecho de Daños".- Es más, el "Derecho de Daños" es la cuestión de "fondo" y el "Seguro de Responsabilidad Civil" es un "instrumento" para intentar lograr la reparación del daño a las víctimas (y que debe ir "acompañando" la evolución del Derecho de Daños) (Santos Briz, Jaime, "La responsabilidad civil - Derecho Sustantivo y Derecho Procesal", t. I, 6ª edición nuevamente revisada y actualizada, Ed. Montecorvo, Madrid, España, 1991; Caceres Cano, Haydeé E. y Llistosella de Ravaioli, Amanda R., "Seguro de Responsabilidad Civil y No Fault", Rev. Ibero-Latinoamericana de Seguros, 1996, p. 25, n. 8).- En esta senda se encuentra el tribunal supremo de España, al enseñar que "...la protección indemnizatoria del tercero perjudicado es el objetivo primordial del seguro de responsabilidad civil y la preservación del patrimonio del asegurado ante la eventual reclamación de un tercero ha quedado en un segundo plano (sentencia del Sup. Trib. del 26/12/1986; Arz. 1986/7996; 8/3/1990 [Penal]; Arz. 1990/2424 y del 1/6/1992 [Penal]; Arz. 1992/4755)...". Así, en esta inteligencia, si cambia, evoluciona y se modifica la concepción del "Derecho de Daños", no cabe otra alternativa que el "Seguro de Responsabilidad Civil", también vaya trocando en sus conceptos (Pintos Ager, Jesús, "Baremos, Seguros y Derecho de Daños", Instituto Universitario de Derecho y Economía Universidad Carlos III de Madrid, Ed. Civitas, España, 2000)...Concretamente, el Proyecto de "Ley General de Seguros" de Halperín, se basaba en la premisa, que se tiene que cumplir con la "...función social del seguro..." (Halperín, Isaac, "Seguros – Exposición crítica de las leyes 17418 y 20091", Prólogo a la 1ª edición, Ed. Depalma, Bs. As., 1983). Obvio es aclarar, que la "función social" del seguro, no es una idea nueva, ni de estas tierras. Como simple ejemplo, podemos recordar al profesor alemán Hansgeorg V. Der Osten, quien hace más de cuarenta años, en su obra "Manual de Seguros", enseñaba en el cap. 5 de Responsabilidad Civil" que, en forma sintomática, en el pto. 5.1 lo dedica a la "Función Social", explica que "...la existencia de una póliza de responsabilidad civil*

no sólo interesa al tomador del seguro, sino también a los acreedores a la indemnización..." (Sobrino, Waldo A. R., "La función social del seguro de responsabilidad civil v. la cláusula *claims made*", en *Rev. Ibero-Latinoamericana de Seguros*, publicada por la Pontificia Universidad Javerina y el Comité Ibero-Latinoamericano de AIDA, p. 107 y ss., n. 18, 2003; Shavell, Steven, "On the Social Function and the regulation of Liability Insurance", *Geneva papers on Risk and Insurance*, "Discusión papers n. 278"; 3/2000, Harvard Law School; Der Osten, Hansgeorg; "Manual de Seguros"; traducción de Carmen Penella de Silva; versión española, p. 253, Ed. Anaya, España, 1971)." (C. Civ. y Com. Lomas de Zamora, sala 2ª.- 25/03/2008.- "De Bartola, María v. Barrale, Alfredo".- Lexis N° 70045336).-

En consecuencia, la dinámica interna del contrato de seguros no está aquí en discusión.- Lo que ha de analizarse es, si la falta de pago en tiempo y mora en que ha incurrido el asegurado, es oponible a la víctima, en calidad de consumidor por estar expuesto a una relación de consumo (artículo 1º de la ley 24.240 y su modificatoria 23.661) según lo normado en el nuevo Artículo 1092 del Código Civil y Comercial.-

En este sentido, se debe tener presente que la aseguradora optó por mantener en suspenso el contrato, esto es, optar por la vida del contrato, y cobrar la prima, aun cuando el pago se realizó fuera de tiempo.- Extremo que surge del intercambio epistolar (Conf. fs. 105 y subsiguientes) y del informe pericial contable que glosa a fs +++/+++.-

En ese caso -pago fuera de término- la citada no asegura la indemnidad del patrimonio del asegurado, determinando el contrato que "*Sin embargo, el premio correspondiente al periodo de cobertura suspendida quedará a favor de La Caja como penalidad*" (Conf. de fs. 246 vta).-

Es decir que, la empresa de seguros optó por mantener la vida del contrato a fin de beneficiarse con el cobro de las penalidades referidas.- Así, si esa ha sido la opción comercial de la empresa, esto es, mantener con vida el contrato frente a la posibilidad de la rescisión, y con ello permitir el mantenimiento de la figura asegurado-asegurador, no es justo, que la falta de pago sea oponible a la víctima.-

Es más, del intercambio de misivas se reafirma lo mencionado anteriormente, ya que en las dos oportunidades que la citada en garantía niega la cobertura del infortunio al asegurado; la aseguradora ha referido (y cito textual): "*...En virtud de ello, Caja de Seguros S.A. no se hará cargo del presente siniestro, ello así conforme lo dispuesto por la Póliza de Seguro por Ud. Contratada, la cual dispone que si el premio de póliza no se encontrare pago, la cobertura queda suspendida automáticamente...*" (Conf. fs. 106) (el subrayado es mío).-

Los fundamentos que sostienen esta aseveración son diversos, y atento presentarse la cuestión bajo análisis como analógica a la referida a la aceptación o no de las franquicias pactadas entre asegurador y asegurado, a fin de aventar que pudiese caracterizarse como jurídicamente arbitraria la resolución dictada en consecuencia, corresponde fundar in extenso los extremos que dan sustento a la posición que adoptaré.-

He de analizar la interacción de las normas aplicables al caso, tanto las constitucionales, como las de inferior jerarquía.- Para ello, debo en primer lugar, relacionar cuales son las aplicables.-

En el caso, es aplicable la escala de valores estatuida constitucionalmente.- En tal sentido, el valor supremo, es sin duda la vida, (artículo 3 de la Declaración Universal de

Derechos Humanos; artículo 4 del Pacto de San José de Costa Rica; artículo 1° de la Convención Americana de Derechos y Deberes del Hombre).-

Por otro lado, también es aplicable el principio constitucional de reparación del daño causado a la víctima.- La víctima deviene en el centro de la preocupación del Derecho en miras a su protección, (artículo 25 inciso 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo 10 de la Convención Americana de Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica-).- Esta protección general, presenta características específicas en la óptica fraccionada del derecho: penal, laboral, civil, etc.- Desde esta última perspectiva, tal protección se halla consolidada, en el derecho de daños.- Ejemplo primigenio es la consagración de la responsabilidad objetiva, en el artículo 1.113 del Código Civil de Vélez.-

Es de aplicación, asimismo, el artículo 42 de la Constitución Nacional, y su norma derivada directa, la ley de defensa del consumidor 24.240, con su última reforma 26.361 (las que además forman parte del nuevo CCyC –Artículo 5 de la Ley N° 26.994), poseyendo expresa previsión normativa en el Artículo 1092 del nuevo Cuerpo Normativo Civil y Comercial de la Nación.-

También conforma el plexo normativo a considerar, la ley 24.449 de Tránsito y la ley de Seguros 17.418.-

De ésta manera, las normas específicas que devienen de las leyes de defensa del consumidor, de tránsito y de seguros han de ser interpretadas, y resuelta su aplicabilidad o exclusión al caso, en función de los principios constitucionales, de protección de la vida, de reparación del daño a la víctima y de defensa del consumidor.-

He referido que la estructura básica del sistema está dado por la protección a la vida.- En ese marco, el artículo 68 de la ley 24.449, estatuye el seguro obligatorio de responsabilidad civil en accidentes de tránsito en miras a la protección de la víctima.- Esto último, no es más que la realización del referido principio constitucional de protección de la vida, como asimismo de aquel directo de reparación del daño producido a la víctima.- En tal sentido, se integra con sentido amplio el derecho a la salud, el cual, tiene la calidad de Derecho Humano y su protección se encuentra consagrada con rango constitucional (artículo 75 incisos 22 y 23 de la Constitución Nacional; artículos 3 y 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica-; artículos 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; artículo 1 de la Convención Americana de Derechos y Deberes del Hombre).-

La obligatoriedad referida, además, formula -sin lugar a dudas- la realización de la función social del contrato de seguro de responsabilidad, encausada en la necesidad de protección de riesgo global creado por los automotores.-

Sobre ésta cuestión la jurisprudencia ha indicado que “...la ley de seguros creó el instituto de la "citación en garantía", denominación con más de forma procesal para encuadrar la participación en juicio del asegurador por responsabilidad civil, que de instituto de derecho sustancial.- Que es de lo que en rigor se trata: una decisión legislativa de legitimar al damnificado para demandar directamente al asegurador del responsable civil.- Se reconoció una acción directa del tercero contra el asegurador, aunque sin autonomía procesal del reclamo contra el responsable...es un instituto específico con modalidades sustanciales y rituales que permite al acreedor (la víctima) agredir directamente al deudor (asegurador) de su deudor (el asegurado responsable civil)...En ese orden de ideas, con cita de Perelman, he dicho en otras

oportunidades que el juez, cualquiera sea la técnica de razonamiento que se utilice en Derecho, "no puede desinteresarse de la reacción de las conciencias ante la iniquidad del resultado al que el razonamiento lleva". Hay que desechar entonces el razonamiento puramente formal que no formule un juicio de valor sobre la conclusión, conciliando las técnicas de razonamiento jurídico con la justicia o, por lo menos, la aceptabilidad social de la decisión (Perelman, Ch., "La lógica jurídica y la nueva retórica", Ed. Civitas, Madrid, reimpresión, 1988, pág.20).- El juez, nuevamente con Borda, debe buscar ensanchar las posibilidades más o menos flexibles de la ley para lograr la solución más feliz del caso y sentar la regla más valiosa desde el punto de vista social ("Tratado...", Parte General, Ed. Perrot, 1976, t. I, pág. 219/220).- Esta tarea interpretativa no podría asentarse o centrarse en delimitar la naturaleza o los contornos, en el caso, del seguro de responsabilidad civil, para extraer de allí la solución del problema a resolver.- La cuestión en debate excede en mucho al contrato de seguro.- Ha expuesto Morandi que ignorar las causas del nacimiento de una institución significa estructurar un sistema jurídico divorciado de la realidad ("Estudios de Derecho de seguros", Ed. Pannedile, Buenos Aires, 1971, pág. 1).- Autor que abriera ese compendio destacando la función social que el seguro debe cumplir, derivando de ello la necesidad de una regulación, ejemplo del fenómeno de "publicización", en virtud de los enormes intereses de la comunidad comprometidos en su gestión (pág. 2).- Es evidente que, con el seguro obligatorio, "en realidad fue el derecho de la víctima el que pasó a la primera línea, alejando a este tipo de seguro del esquema clásico del seguro de responsabilidad civil" (Garrigues, Joaquín, cit. en L.L. 1995-C,1016).- Circunstancia que llevara a Barbato a señalar que esta modalidad responde más a una necesidad colectiva que individual.- En este seguro, diferenciable del clásico seguro de RC, "el verdadero interés asegurable es del tercero damnificado" (Simone, Osvaldo Blas, L.L. 1990-D, 1032).- El seguro obligatorio se ha instituido en favor de las eventuales víctimas, aunque también proteja el patrimonio del asegurado (Roitman, Horacio, "El seguro de la responsabilidad civil", Lerner Ediciones, Buenos Aires, 1974, pág. 48).- Explica Roitman que las víctimas han ganado un importante derecho con la teoría de la acción directa, en contra del principio de relatividad de los contratos; pasando desde la originaria protección de los derechos del contrayente hasta convertirse en importante instrumento social.- Termina como estructura para satisfacer exigencias que exceden la economía individual y pasan a ser objeto de tutela de toda la sociedad (op. cit., pág. 54/5).- Corresponde entonces realizar una interpretación armónica de todo el ordenamiento legal, principiando por la Constitución Nacional, las leyes de tránsito, el régimen de seguros, la ley de defensa del consumidor 24240 (dado que los servicios deben ser prestados de forma que no presenten peligro para la salud o integridad de los consumidores o usuarios, art. 5; sistema que, por otra parte, establece una responsabilidad plural de toda la cadena de comercialización de cosas y servicios, art. 40).- Interpretación iluminada naturalmente por la Constitución, que es el vértice del sistema jurídico, de acuerdo al principio de supremacía (art. 31).- Ley suprema y vigente que, sancionada con el propósito de afianzar la justicia y promover el bienestar general, consagra la protección de consumidores y usuarios de bienes y servicios, debiendo las autoridades proveer el control de los monopolios naturales y legales y de la calidad y eficiencia de los servicios públicos (art. 42).- Mandas constitucionales no siempre respetadas por los entes de aplicación.- Ciertamente es que, en principio, el seguro de responsabilidad civil nace en forma voluntaria (...y clandestina, ver Morandi, op. cit., pág. 385), y su finalidad es, también por principio, mantener indemne el patrimonio del asegurado.- Pero cuando leyes generales de orden público, como son las de tránsito, hacen obligatorio tomar un seguro de responsabilidad civil, el tomador lo hace tanto para cumplir la ley cuanto mantener indemne su patrimonio.- O sea que contratar seguro deja de ser un acto jurídico en el solo interés de los contratantes, se convierte en un contrato en interés de la comunidad, en el que está en juego el orden público.- Beneficiario

deja de ser exclusivamente quien podría ver agredidos sus bienes económicos.- Básicamente pasa a ser beneficiario la potencial víctima, el sujeto pasivo del daño, a quien la ley ha tenido en mira al compeler la contratación de seguro.- En ese andarivel, Sobrino entiende que son consumidores de seguro tanto el asegurado cuanto el damnificado (Sobrino, Waldo A. R., "Seguros y Responsabilidad Civil", Ed. Universidad, Buenos Aires, 2003, pág. 25, con cita de Caballero Sánchez, y pág. 31; ver nota 41 en que cita al mismo).- Y afirma que "la tésis de la ley es muy clara: si el seguro es obligatorio, ello implica que se quiere proteger a la víctima" (op. cit., pág. 35).- Por la buena senda, se va aceptando cada vez con más generalidad que el seguro obligatorio cumple una importante función social, es un mecanismo de protección social para garantizar alternativas de reparación (conf. Halperin, Isaac: Prólogo a la primera edición, en Halperín y Barbato, "Seguros", 3ª ed. actualizada, Ed. LexisNexis, 2001, p. 12; Morandi, "Estudios...", cit., pág. 386 y sig.;Trigo Represas, L.L. 2007-B, 995, y citas en nota 30; Pagés Lloveras, L.L. 2004- E, 1459 y citas de Gabriel Stiglitz y Echevesti, y Ghersi en nota 21).- Aun más, cuando en países europeos se instrumentó un seguro obligatorio, se atribuyó al tercero damnificado un derecho autónomo, declarando que el seguro se ha estipulado a su favor (conf. Morandi, "Estudios...", cit., pág. 388).- Caballero Sánchez (cit. por Sobrino) afirma que el TS español ha enfatizado de tal modo la importancia de la víctima que el seguro de responsabilidad civil se configura más que como instrumento de protección del asegurado (criterio originario) como institución destinada a tutelar los intereses del perjudicado (ver nota 45; y el criterio concordante de Manuel Olivencia, citado por Puig Brutau, en nota 25 de pág. 47, op. Cit.).- De allí que, salvo que por norma de igual jerarquía se amparase valores de peso similar a esta asignación adicional de recursos (los del asegurador, a más de los del civilmente responsable) en aras a consolidar la reparación del daño de la víctima (una suerte de garantía), mediante ley especial que confrontase con las leyes generales de tránsito, no podría algún otro estatuto inferior, fuese decreto, resolución ministerial, (y menos aún) una simple resolución de la S.S.N., derogar la obligatoriedad de asegurarse conforme lo estatuyen, por ejemplo, el art. 68 de la ley 24449 y el 48 de la ley bonaerense 11430.- Sin embargo es lo que acontece con la resolución.- Porque esa cláusula carece de razonabilidad en tanto ejercicio de poder supuestamente delegado por la ley...Es reconocido que, frente a la protección de usuarios y consumidores prevista en la carta magna, el derecho de los consumidores asume particular trascendencia, al decir de Lorenzetti un "carácter iusfundamental" (en "Consumidores", Rubinzal - Culzoni, 2003, pág. 46), por lo que se presenta como un "microsistema con principios propios y hasta derogatorios del Derecho Privado tradicional" (op. cit., pág. 51), una reformulación de gran parte de los Códigos civil y comercial (Ghersi, JA 1994-I-870).- En ese orden de ideas, ha afectado severamente el principio de relatividad de los contratos.- Lorenzetti señala que el Derecho civil diseñó ese principio y que el Derecho del consumo lo destruyó, al sugerir la imputación por daños al fabricante y demás integrantes de la cadena de comercialización (pág. 53, y 384 y sig.).- Con su ascenso desde la ley especial al trato constitucional, la figura de consumidores y usuarios es central y autoriza la derivación directa de derechos a través de las normas constitucionales que se estime aplicables (conf. Lorenzetti, últ. cit., pág. 83; Lovece y García Ocio, "Derechos del Consumidor", La Ley, 2005, pág. 5; Weingarten, "Derecho del consumidor", Ed. Universidad, pág. 61).- Derechos que pueden nacer de contratos o hechos lícitos o ilícitos, toda vez que puede haber ilícitos que originen una relación de consumo, como cuando la fuente obligacional es el daño causado por productos o servicios (Lorenzetti, op. cit., pág. 107).” (C. Nac. Civ., sala L.-23/09/2009.- “Ledesma, Ramón I. v. Empresa Vía Bariloche S.A y otros”).-

Es función de los Jueces, dentro de su jurisdicción y competencia, como integrantes de una de las funciones del Poder Estadual contribuir, en cumplimiento de la manda constitucional, a la efectividad de los Derechos Humanos consagrados en la misma.-

En tal sentido se ha dicho que *“Toda esta normativa marca una clara tendencia proteccionista del hombre considerado como una integridad física, psíquica y moral.- Sin embargo es importante tener presente que la importancia de los derechos radica en que puedan hacerse efectivos.- Porque los derechos como construcción social 'no son más que lo que la realidad hace con ellos y uno de los retos de este siglo en tornarlos eficaces...”* (Calcaterra, Marcela: **“El Derecho a la Salud como expresión de uno de los Derechos Humanos más elementales”**, en **“Derechos Humanos y teoría de la Realidad”**, editado por la Defensoría del Pueblo de la Provincia de Santa Fe, Santa Fe 2003).-

Cobra entonces, un sentido claro la disposición del artículo 1083 del Código Civil de Vélez, en cuanto impone como principio, la restitutio in natura, y secundariamente su indemnización.- En el caso de la afección a la integridad psicofísica de las personas, la restitución al estado anterior de las cosas deviene imposible, y se procede a una reparación dineraria.-

Ninguna duda hay que, el artículo 68 de la ley 24.449 de Tránsito es posterior y especial en relación a la ley de seguros, anterior y general.- Prima, pues dicho artículo 68, el cual ha sido, además impuesto en protección de la víctima, como se dijo, pero en función del riesgo global que supone la utilización masiva de automotores, en el marco de la actual sociedad del riesgo.- La regla de derecho, se sustenta pues, en un principio jurídico con rango constitucional y tiene, asimismo un anclaje indudable en la realidad social.-

A partir del artículo 42 de la CN el consumidor, recibe una protección especial.- En efecto, la finalidad del artículo 42 es reconsiderar al consumidor como persona multidimensional, pretendiendo contener la impronta unidimensional derivada de las empresas productoras de bienes y servicios.- En este sentido, a no dudar, la víctima debe tenerse como consumidor, siendo el beneficiario principal del seguro aquí analizado.-

Establecido lo anterior y conforme al Art. 1° de la Ley 24.240 (redacción de la ley 26.361) y actual Artículo 1092 del CCC; *“Se considera consumidor a la persona humana o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.- Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social”* (el subrayado es mío).-

De manera tal que consumidor es, también, aquel que sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella, utiliza servicios como destinatario final, ya sea en beneficio propio o social y en general a que se encuentre expuesto a una relación de consumo.-

En consecuencia, es consumidor la víctima de una accidente de tránsito, de manera tal que la ley de defensa del consumidor adquiere aplicabilidad preeminente frente a los restantes órdenes normativos, en virtud de lo normado por el Artículo 3° (*“Las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido en esta ley y sus reglamentaciones sin perjuicio de que el proveedor, por la actividad que desarrolle, esté alcanzado asimismo por otra normativa específica”*) de la ley 24240 y 23.661 y el Artículo 1094 del CCC cuando establece que *“Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con*

el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable.- En caso de duda sobre la interpretación de éste Código o las Leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor”.- Esa preeminencia normativa guarda total coherencia con la aplicabilidad de los principios constitucionales ya indicados, que en el caso no se contradicen.-

Esta extensión del concepto de consumidor ha borrado la distinción entre relaciones contractuales y extracontractuales, por lo cual, “...*la víctima de un accidente de tránsito no puede ser considerado como un tercero, atento su calidad de beneficiario del seguro de responsabilidad civil (Art. 68 de la Ley 24.449), debiendo ser tenido -por imperio legal- como consumidor de seguros, dado que sin ser parte del contrato, se encuentra expuesto a una relación de consumo.- Consecuentemente no es aplicable el efecto relativo de los contratos (Arts. 1195 y 1199 del Código Civil), en las relaciones de consumo, frente a las personas que se encuentran expuestas a la misma” (C. Nac. Apelaciones en lo Civil, sala M.- “D’Amato, José Luis vs. Microómnibus Norte S.A.”).-*

De manera tal que, en resumen y como fruto de una adecuada argumentación, es dable concluir que las cláusulas bajo análisis no son oponibles a la víctima, por cuanto:

a) Violentan los principios constitucionales de protección de la vida, de reparación integral de la víctima, del derecho a la salud, y de protección del consumidor, principios que en adecuada ponderación tienen en el caso preeminencia sobre la libertad contractual.- En cuanto a la protección constitucional de la propiedad, es evidente que todo patrimonio está protegido, incluso el de la víctima.- Las reglas que se desarrollan para la tutela de dicho principio, permiten determinar que patrimonio requiere mayor protección, en virtud de la posición de la parte considerada.- En el caso, la preeminencia funciona en relación al patrimonio del consumidor, la cual además surge por imperio del artículo 42 CN.- A ello debe sumarse que la vida y la salud humanas tienen total preeminencia frente a la protección de bienes materiales.-

b) La preeminencia normativa de la ley 24.240 y el Artículo 1092 del CCC, implican la inaplicabilidad a la reparación de la víctima de accidentes de tránsito (artículo 68 ley 24.449) de las normas pertinentes contenidas en el artículo 31 de la Ley de Seguros.-

c) La conducta contractual de la aseguradora que optó por mantener con vida el contrato frente a la posibilidad de la rescisión del mismo.-

Como corolario, concluyo en la inoponibilidad de las cláusulas indicadas como “Artículo 9” y “Endoso 25”, cláusulas de cobranza del premio, respecto de la víctima - integrante de dicha relación de consumo-, sin perjuicio de la posibilidad de repetición contra el asegurado, por lo cual habrá de rechazarse la no cobertura del Contrato de Seguro planteado por la Citada en garantía.-

V.- Encontrándose consentida la existencia del hecho por las partes, no así la imputación de responsabilidad; corresponde detenerse en el análisis de la prueba recabada en autos en relación a las particularidades que revistió el accidente.-

De la confesional prestada por el demandado en la Audiencia de Vista de la Causa, surge sin hesitación que el hecho ocurrió el +++.- La respuesta afirmativa dada a la posición que refiere si embistió con el frente de su vehículo al actor, no deja margen de duda.- Con dicha declaración ha quedado acreditado que el demandado embistió al rodado del actor.- Corrobora lo dicho, como asimismo la existencia de daños en ambos vehículos, como consecuencia del accidente, el informe técnico de la Policía Provincial que glosa a fs. +++ del

Expediente Penal citado cuando refiere que en el Automóvil +++ se observa paragolpes delantero lado derecho roto, óptica y guiño lado derecho roto, guardabarros delantero derecho roto y faro busca huella roto.- A su turno, igual informe, pero referido a la motocicleta y a fs. +++ de igual expediente penal, afirma que en la moto +++ se verifica asiento desprendido lado derecho y roto lado izquierdo, soporte de tablero lado derecho roto, tanque abollado lado derecho, guiño trasero izquierdo roto, apoya mano izquierdo torcido y raspado.- A su vez, la declaración testimonial de los Sres. +++ y +++ coinciden con la mecánica descrita por el Lic.+++ al momento de emitir su dictamen pericial el que concluye expresando que “...el automóvil Marca +++ – Modelo +++- Dominio +++, conducido por +++ se desplazaba por Av. +++ de Este a Oeste, intenta ingresar a la rotonda con calle +++, embiste con su parte frontal en el sector posterior derecho a la Motocicleta Marca +++ –Modelo +++ cc- conducida por +++, la cual se desplazaba por la calle +++ de Sur a Norte” (Conf. fs. +++) y luego agrega “Si, el Sr. +++ ingreso a la rotonda con prioridad de paso” (Conf. fs. +++).-

En consecuencia, como resultado de la prueba producida en autos, este Magistrado concluye que, la mecánica del accidente se desarrolló tal como se indica en el escrito de demanda.-

VI.- Debo ahora, analizar la responsabilidad que puede corresponderle a la parte demandada en virtud de los hechos referidos, teniendo presente que “En los casos de choques entre vehículos en movimiento, la teoría del riesgo impone que corresponde al demandante la carga de la prueba de los presupuestos de la responsabilidad y al demandado la de las eximentes o causas de justificación que borren alguno de tales presupuestos.- Así, el actor debe probar el hecho, el daño sufrido, su vinculación causal con la conducta del demandado, el factor de atribución y la antijuricidad.- Al demandado corresponde acreditar una causa ajena que interrumpa la relación de causalidad, pues de lo contrario -por tratarse de una responsabilidad objetiva- debe responder”(C. Civ. y Ccial 1ª Córdoba.- “Saires, Sergio Eduardo c. Vilar, Diego s. Ordinario”.- 30/03/2010.- Web Rubinzal) y que “Determinada la ocurrencia del hecho invocado, esto es la colisión entre dos vehículos, se invierte el onus probandi en lo que respecta a las conductas culpables de los intervinientes, ya que no es el accionante quien debe acreditar la culpa del demandado, sino éste quien debe demostrar la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder, o la existencia de un hecho fortuito, para poder liberarse de responsabilidad” (C. Civ. y Ccial 6ª Córdoba.- “Gonzalez, Antonio Maximiliano c/ Serena, Ana Edith y otro – Ordinario – Daños y Perj. – accidentes de tránsito – expte. n° 505105/36”.- 29/07/2009.- Web Rubinzal).-

Pues bien, en el presente caso no solo no se ha logrado acreditar la conducta imprudente del actor, sino que, al contrario, tal como surge de la confesional del accionado, de las testimoniales citadas y de la pericial accidentológica, el demandado ha indicado como cierto su propio actuar imprudente al reconocer que “embistió con el frente de su vehículo al Sr. +++” (reproducción videomagnetofónica de la Audiencia de Vista de la Causa).-

El artículo 39, inciso b, de la Ley Nacional de Tránsito impone una obligación ineludible a los conductores, estableciendo que deben “En la vía pública, circular con cuidado y prevención, conservando en todo momento el dominio efectivo del vehículo o animal, teniendo en cuenta los riesgos propios de la circulación y demás circunstancias del tránsito”.-

Por su parte el artículo 41 y 43 de igual plexo normativo establecen las prioridades que deben respetar los conductores que circulan por la mano izquierda y llegan a una encrucijada, determinando la propia pericia accidentológica a fs. +++ que el actor ingreso a la

rotonda con prioridad de paso.- El demandado, debo deducir, actuó imprudentemente, sin cuidado ni previsión, en atención a las condiciones de tiempo, modo y lugar (Artículo 902 CC de Vélez), no respetó las obligaciones impuestas por los Artículos 41 y 43, ni el estándar del artículo 39, inciso b de la Ley de Tránsito.-

Resulta además aplicable la presunción estatuida por el artículo 64 de la ley 24.449, cuando establece que se presume responsable de un accidente al que carecía de prioridad de paso o cometió una infracción relacionada con la causa del mismo, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponderles a los que, aun respetando las disposiciones, pudiendo haberlo evitado voluntariamente, no lo hicieron.-

El demandado incurrió en una violación normativa, que concluyó con un daño patrimonial al actor.-

Conforme a lo normado por el Artículo 1113, segundo párrafo del Código Civil de Vélez, debió el demandado acreditar alguna de las eximentes allí especificadas, o la general de caso fortuito o fuerza mayor.- Nada de ello ha probado.- En consecuencia, cabe concluir que la conducta de +++, al no respetar las referidas normas de tránsito, fue causa eficiente del accidente, siendo responsable en orden al factor de atribución subjetivo.- En cuanto al factor de atribución objetivo, no habiendo probado la existencia de alguna de las eximentes de responsabilidad debe concluirse que es responsable como guardián en los términos del artículo 1113 del Código Civil.- La condena se hace extensiva a la citada en garantía, conforme el Artículo 118 de la ley 17.418.-

VII.- Los daños sufridos por el actor se hallan acreditados, en la medida de la prueba rendida en autos, tal como se detallará a continuación.- De acuerdo a los rubros reclamados en la demanda, y atento la prueba producida, corresponde formular la siguiente procedencia y valuación, a saber:

VII.- A) Daño Físico.- Referiré en éste espacial aspecto que, como casi unánimemente se predica en doctrina -y se decide judicialmente- el daño debe ser cierto, personal y subsistente, aún en sus diferentes especies.- Y si quisiéramos conceptuarlo, podríamos recurrir al actual artículo 1737 del CCC, cuya aplicación al caso no resulta, como ya dijera, pero lo destaco a los fines ilustrativos: *"hay daño cuando se lesiona un derecho o in interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio o un derecho de incidencia colectiva"*.-

Ha quedado probado que el actor resultó lesionado como consecuencia del accidente, por el informe realizado por la policía (fs +++ del sumario penal) donde da cuenta que el conductor de la motocicleta fue trasladado al Hospital Vera Barro por las lesiones sufridas y el informe de la ART glosada a fs. +++.-

Estudio especial merece la Pericial Médica de fs. +++/+++.- El especialista, concluye su informe en base a dos procedimientos: a) documental que aporta el propio actor (HC, Placas Radiográficas y Resonancia Magnética) al momento de la Pericia.- Destaco que, no fueron ofrecidas en la demanda por el actor, ni se advirtió sobre su incorporación al momento de la pericia en igual escrito.- Y b) examen físico; para arribar a un total de 53% de incapacidad parcial y permanente.-

Verifico que la prueba documental que refiere el Profesional Médico, y en que basa parte de su informe, no fue incorporada al juicio válidamente.- Esto último, por cuanto no

fue ofrecida como prueba documental y/o instrumental y/o reconocimiento de firma o por el medio probatorio que creyeran idóneo al plantear la Demanda.-

El actor debió en aquél momento y no al momento de la pericia ofrecer los documentos e instrumentos que acreditaran de manera certera el daño que aduce padecer, o en su caso advertir que al momento de la pericia se incorporaría prueba documental e instrumental para la misma.-

A lo anterior, cabe agregar la falta de explicación del médico para determinar los porcentajes de incapacidad a que arriba.- No establece procedimiento utilizado, ni parámetros medidos.- La falta de fundamentación de la Pericia en este aspecto, deviene evidente.-

No puedo dejar de valorar, en cambio, el examen físico que realiza el facultativo, sobre la humanidad del actor.- Los párrafos 10, 11, 12, 13 y 14 de fs. 164, revelan las secuelas del accidente respecto de: a) marcha eubásica, b) disminución leve de su movilidad, c) cicatriz queloides en rodilla izquierda y d) signos negativos de inestabilidad, así como movilidad conservada.-

Por lo expresado, entiendo, debo apartarme en los puntos señalados, de la pericia médica.- Desoiré el dictamen médico pericial en lo que a las patologías descritas refiere haber presentado el actor, inmediatamente después de ocurrido el accidente atento haberse fundado en prueba que ésta Magistrada no tuvo oportunidad de valorar, al no haber sido ofrecida en la Demanda además de no establecer el procedimiento utilizado y los parámetro de medición; no así en cuanto a las limitaciones anatómo-funcionales que representan para el actor, las secuelas del accidente, verificadas por el examen físico del perito.- Procederé de igual manera respecto de los porcentajes de incapacidad a que concluye.-

Como lo afirma Santiago Rubinstein, *"Si bien es cierto que no se puede pretender que el juez alcance los conocimientos científicos del perito, ni tampoco que los supere, es importante que con los conocimientos comunes, realice una correcta valoración del informe pericial..."* (**Códigos de Tablas de Incapacidades Laborativas, Ediciones Librería Jurídica, La Plata, 1990, pág. 6**).-

El juez, al momento de evaluar la prueba pericial, puede considerar: 1) La valoración de su autoridad científica, 2) La incorporación al patrimonio científico comúnmente aceptado de los métodos por él empleados y 3) La solidez y razonabilidad de sus fundamentos y su coherencia lógica.-

Por ello, estoy obligada a desestimar el dictamen pericial respecto de las conclusiones transcritas a fs. 164 vta., párrafos 4 y 5, que refieren a los traumatismos sufridos, los que fueron extraídos de prueba documental que ésta Juzgadora no tuvo oportunidad de conocer.-

Respecto de las incapacidades descritas en los párrafos 6, 7, 8 y 9 de fs. 164 vta., surgen del examen físico efectuado al accionante, no se han establecido los parámetros y procedimientos para arribar a dicha conclusión.-

No obstante, cierto es que no cabe atenerse sin más a los porcentajes de tablas genéricas; pues de lo que se trata en juicios de la naturaleza del presente es de apreciar la concreta incidencia que las secuelas, según su naturaleza y entidad, puedan tener sobre una persona determinada en orden al mentado menoscabo patrimonial.-

Evaluando el monto de la indemnización que corresponde al actor en concepto de Daño Físico, y atento los daños efectivamente acreditados, conforme las pruebas ya analizadas, en atención a que: **1)** se encontraba ocupado al momento del hecho (ver informe de ART a fs. 197); **2)** la incapacidad parcial y permanente descrita por el perito médico al examen físico (ver dictamen de fs. +++ vta, último párrafo); **3)** la edad de la víctima -33 años, a la fecha del siniestro, ver fs. 17 del sumario penal-, **4)** las secuelas del caso: a) marcha eubásica; b) disminución leve de su movilidad, c) cicatriz queloidea en rodilla izquierda (dolor o padecimiento por esa clase de cicatriz) y d) signos negativos de inestabilidad, así como movilidad conservada; y **5)** que en orden al monto indemnizatorio, ante la imposibilidad de la restitutio in natura (artículo 1083 del Código Civil), la misma debe ser integral, comprensiva, no solo de la imposibilidad actual y futura de trabajar, sino en cuanto a sus potencialidades como ser humano, su afección desde las dimensiones social, cultural, en suma su proyecto de vida; entiendo debe otorgarse un 25% de incapacidad, haciendo uso de un prudente arbitrio en los términos del Artículo 248 del CPC y teniendo en cuenta como pautas de referencia los factores descriptos anteriormente.-

En este sentido la jurisprudencia ha dicho que *“La reparación por daño actual o futuro se aplica a la incapacidad permanente, sea parcial o total.- Pero cuando es parcial el damnificado es acreedor además, por la mengua de su capacidad laboral, a una reparación que teóricamente le compense el menor ingreso (comprendiendo los que puede presumirse normales) lo que tiene absoluta pertinencia aunque la víctima continúe trabajando y en su ubicación laboral no hubiere sufrido perjuicios, pues su aptitud laboral está disminuida y en el mismo trabajo, para hacer lo mismo, el esfuerzo es mayor...Cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas en forma permanente esta incapacidad debe ser objeto de reparación al margen que desempeñe o no una actividad productiva, pues la integridad física es en sí mismo un valor indemnizable, debiéndose tener en cuenta las circunstancias personales de la víctima, la entidad de las secuelas, su edad, condición social, la afectación o limitación a su vida de relación, entre otros elementos”*. (C. Civ. Y Ccial, Sala I.- **Rosario.- “Travacio, Rodolfo Pascual vs. Paternó, Roberto y otros s. Daños y perjuicios”.- 24/11/2009.- Web Rubinzal**).- *“En lo que hace a las lesiones físicas, la partida por incapacidad sobreviniente procura el resarcimiento de los perjuicios que tuvieron por efecto disminuir la capacidad vital de la persona afectada, lo que incide en todas las actividades, no solamente en la productiva sino también en la social, cultural, y fundamentalmente en la individual.- Tal criterio se sustenta en el derecho del sujeto a conservar ileso e intacto su cuerpo, dado que aun con la mejor evolución posible de las lesiones sufridas será harto difícil o imposible restablecer por completo en el organismo alterado la situación de incolumidad anterior; y esta situación es la que determina un perjuicio reparable.- Consecuentemente, rigiéndonos por el principio de la reparación integral, es obligación de los jueces cubrir el demérito que del ilícito resulte a la víctima”*. (CNCiv., Sala B, **05/06/2009, “Dellepiane Rawson Alicia Elvira c/ Chavez Gabriel Ángel s/ daños y perjuicios”**); *“ Si bien el porcentaje de incapacidad que el experto establece es de mucha importancia, constituye sólo uno de los parámetros a tener en cuenta en la formación del juicio de valor sobre el daño que sufrió la víctima y sobre la medida de tal daño; debiendo ponderarse en conjunción con otros factores (edad, sexo, trabajo que desarrollaba, contexto económico y social en el que ejercía su habilidad, etc.), a fin de poder así esclarecer de que manera el indicado porcentual gravita en la situación específica del afectado, sin que ello implique un apartamiento de la conclusión pericial, sino – simplemente- tomarla como punto de partida, para en su integración con los otros factores citados, examinar en que medida la incapacidad trasciende – efectivamente- en la existencia productiva y total de aquél...A los efectos de determinar el monto dinerario de la indemnización por incapacidad sobreviniente, corresponde tener especialmente en cuenta la gravitación de las*

lesiones en las aptitudes productivas de la víctima, como así también la incidencia que pueden tener en su vida de relación, pues la compensación debe ser fijada no sólo en relación con el aspecto laboral –actual y futuro –sino con todas las actividades del accidentado; considerando la proyección que las secuelas tienen en su integral personalidad.” (CApel Quilmes, 23/06/2009, "Chippello Luciano G. C/ Vono Jose L. y ot. S/Daños y Perjuicios").-

En virtud de lo anterior, y a los fines de no incurrir en arbitrariedad al momento de establecer el quantum indemnizatorio, considero necesario proceder al cálculo exacto del monto a indemnizar, por medio de la adaptación de la conocida Fórmula Vuotto (*“Vuotto, Dalmero S. c/ AEG Telefunken Argentina SAIC”.- C.Nac.Trab.- Sala III.- LL, 1979-C, 620*) con las limitaciones impuestas para éste caso particular.-

Sin entrar, en el análisis pormenorizado de las diferentes fórmulas existentes en la jurisprudencia (Vuotto, Marshall, Méndez y Las Heras) el nuevo CCC en su Artículo 1746 establece la indemnización como un capital por lesiones o incapacidad física o psíquica de modo tal que sus rentas cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables, y que se agote el término del plazo en que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades.-

Aun, cuando no resulte aplicable in re, la legislación citada anteriormente, entiendo que la aplicación de la formula Vuotto, resulta ser la más prudente para el caso que me encuentro resolviendo.-

Destaco que el juez tiene el deber de explicar como llega a los números de condena, y eso se logra -necesariamente- a través de un cálculo.-

Si se desestimara incluso esta posibilidad teórica, la conclusión necesaria sería que la determinación del resultado es puramente arbitraria.- Y sin embargo, podría insistirse aún, la propia arbitrariedad de un resultado numérico obedece siempre a alguna fórmula, aunque su estructura y sus variables puedan juzgarse inconvenientes o injustificadas.- Es posible, pues, criticar una fórmula tanto por su estructura como por sus variables, elementos todos estos que requieren una justificación ajena al propio cálculo; pero es literalmente imposible prescindir de la aplicación de alguna fórmula cuyos elementos se juzguen debidamente justificados.-

En base a dichos lineamientos, la formula será la siguiente:

$$C = a \cdot (1 - V^a) \cdot 1/i \cdot \% \text{ incapacidad}$$

Donde:

C: es el Capital Indemnizatorio a calcular.-

a: es la sumatoria de las remuneraciones percibidas durante el año anterior al accidente o daño sufrido por la víctima (se consideran 13 sueldos, incluyendo SAC).- En caso de indeterminación, será el salario mínimo vital y móvil, dispuesto por la resolución respectiva del Consejo Nacional de Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo, Vital y Móvil, al momento del hecho generador del daño.-

V^a: es el coeficiente financiero del valor actual $1/(1 + i)^a$.-

i: la tasa de interés anual, que para este caso es de 0,06 (6%).-

^a: es la cantidad de años restantes hasta el límite de vida laboral útil, que para este caso es de 65 años.-

% incapacidad: porcentual de incapacidad, donde 1 = 100%. -

Pues bien, en base a dicha fórmula, y para éste caso particular, tomaré como base las siguientes variables: a) la edad del actor al producirse el accidente (33 años); b) atento que, no surge de las actuaciones el monto del salario que percibía la víctima, tomare el salario mínimo, vital y móvil, al momento del accidente (17.04.10), lo que resulta en la suma de \$+++ (\$+++ (Res. +++/+++ del CNEPySMVM) + proporcional de SAC x 65 edad jubilatoria varón/33años de edad victima); c) el porcentual de incapacidad sobreviniente, determinado anteriormente en el 25%; d) adoptar como edad hasta la cual se formula el cálculo, para éste caso, la laboral útil, esto es 65 años para el varón; y e) adoptar como tasa de descuento, para el cálculo del capital, la del 6% anual (0,06), por ser el que utilizan la mayoría de los Tribunales del País.-

De esta manera, la indemnización resultante es la que sigue;

$$C = \$+++ (++++ - +++) \cdot +++/+++ \cdot +++$$

$$C = \$+++$$

Conforme ello, y aplicada la referida fórmula, considero que el rubro debe prosperar, conforme los argumentos vertidos supra, debiendo fijar como monto indemnizatorio por daño físico la suma total de \$ +++, con más sus respectivos intereses.- Estos últimos, se calcularan desde el momento del accidente, hasta la fecha de su efectivo pago, conforme la tasa activa que fija el Banco Nación para sus operaciones de descuento ordinarias. - VII.- B) Daño Psíquico. - Fue alegado y ofrecido probar.- No se produjo la Prueba Pericial Psicológica.- No habiéndose acreditado la existencia de una patología psicológica cierta en la personalidad del actor a causa del siniestro padecido, debe desecharse este rubro.-

VII.- C) Daño Estético. - Ha quedado incorporado en el daño físico, a cuyos argumentos me remito.- No considero un daño estético, en un varón de 33 años, una cicatriz que loideia; si en cambio un daño físico en cuanto al padecimiento y dolor que, aun con el transcurso del tiempo producen ese tipo de cicatrices.- Por ello el daño estético debe ser desestimado.-

VII.- D) Pérdida de Chance Laborativa. - Atento que la propia pericia medica expresa a fs. +++ vta. que las incapacidades son parciales y permanentes; debe tenerse por acreditado este rubro también.-

Ahora bien, en virtud que a fs. +++ la Aseguradora de Riesgos de Trabajo, indemnizó al actor por éste concepto; conforme lo establece el Artículo 39 (incs. 4, 2 y 3 –en éste orden), de la Ley de Riesgos de Trabajo N° 24.557, considero suficiente el monto que allí se calculó y pago.- Art. 248 del CPC.-

En este sentido, y conforme se expresara en éste mismo Tribunal, in re: **“Lozada, Omar Andrés c. Empresa Constructora Conorvial S.A. y otra – Daños y Perjuicios” (37550-L-2006)**, *“...el trabajador está habilitado para reclamar y percibir la indemnización que reconoce el régimen especial, y también luego exigir el pago de la parte que se considere insatisfecha, a fin de obtener la reparación integral del daño.- Como derivación de lo anterior, si se admite el derecho del trabajador a percibir una indemnización civil, deberá*

deducirse de este monto la suma que hubiera abonado la ART...”, por lo que la indemnización ya fue establecida en su justa medida, por la ART.-

Ahora bien, resulta trascendente destacar que el Informe emitido por la ART a fs. 197, fue una prueba ofrecida por la Citada en Garantía.- No se observa a lo largo de todo el escrito de Demanda que el actor hubiere denunciado la percepción de indemnización alguna, lo que roza con el incumplimiento de la obligación impuesta por el Artículo 15 del CPC.- Por esto último, corresponde advertir al actor y su apoderado legal, Dr. +++ al estricto cumplimiento y apego a la normativa de rito expuesta.-

VII.- E) Lucro Cesante.- Es bien conocido que la procedencia del lucro cesante, requiere de acabada prueba no pudiéndose presumir.- Las pruebas rendidas no resultan suficientes, en el entendimiento de ésta magistrada, para su procedencia.- Por lo anterior, debe rechazarse éste rubro, por cuanto no fue acreditado su trabajo como jardinero y la ganancia de \$ +++ en que se funda para peticionarlo.- Se fijó una indemnización laboral, por haber resultado un accidente laboral, a cargo de la empleadora; según da cuenta el informe de fs. +++.- De ello debo presumir que no era trabajador autónomo, sino dependiente.-

VII.- F) Gastos Terapéuticos.- Fueron cubiertos por la ART, según informe de fs. +++, cuando expresa “...*especies \$+++ (Médicas y no Médicas)*...”, por lo que no pudiendo existir superposición de rubros indemnizatorios, debe desestimarse.-

VII.- G) Daño Moral.- En virtud de las lesiones recibidas y sus secuelas, el daño moral debe prosperar, pues no puede dudarse que aquellas han comprometido las afecciones más íntimas del actor.- Ha de tenerse en cuenta al momento de considerar la reparación del daño moral, que “*el principio de individualización del daño requiere que la valoración del daño moral compute atentamente todas las circunstancias del caso, tanto las de naturaleza objetiva (la índole del hecho lesivo y de sus repercusiones), como las personales o subjetivas de la propia víctima...también interesa la personalidad de la víctima y su receptividad particular*” (**Zavala de González, Matilde, “Resarcimiento de Daños”, Tomo 2 b, “Daños a las Personas”, ed. Hammurabi, 2a. Edición ampliada, 2a. Reimpresión, 1993**).- La Corte Suprema de Justicia de la Nación, tiene dicho, en relación al daño moral que “*A fin de la fijación del quantum debe tenerse en cuenta el carácter resarcitorio de este rubro, la índole del hecho generador de la responsabilidad y la entidad del sufrimiento causado, que no tienen necesariamente que guardar relación con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio a éste:17/03/2009, “González Bellini Guido V. c/ Provincia de Río Negro Lexis N° 70051892*.-

En base a lo arguido, entiendo equitativo y justo fijar el monto de \$ +++ por este concepto indemnizatorio.- Dicho capital deberá ser actualizado de igual manera y desde igual momento que el establecido para el daño físico. -

VII.- H) Daño Emergente del motovehículo que conducía el actor, así como la privación de su uso y la devaluación de la misma; deben desestimarse.- Esto último en virtud que, no se acreditó con el informe de dominio respectivo la titularidad dominial de la motocicleta a nombre del accionante; tal como se indicó en el párrafo referido a la legitimación activa, a la que me remito en honor a la brevedad.-

VIII.- Respecto del beneficio de litigar sin gastos, el que no fue tramitado ni instado, debe desestimarse.- Las costas, y de conformidad con el resultado al que se ha arribado, se imponen a cargo del demandado.- Art. 159 CPC.- La regulación de honorarios se difiere para cuando exista base definitiva, conforme las siguientes pautas: a) letrados intervinientes, sobre la

sumatoria de capital e intereses emergentes de este decisorio, una vez determinados y b) peritos atendiendo a los valores finalmente fijados para cada uno de los aspectos dañosos que involucra su incumbencia.-

IX.- Por todo lo expuesto, normas legales citadas, jurisprudencia y doctrina señaladas; si este criterio es compartido, debe: 1) Hacerse lugar parcialmente a la demanda instaurada en autos y, en consecuencia, condenar al Sr. +++ a que abone al Sr. +++ la suma de \$ +++ (\$ +++ daño físico, mas \$+++ daño moral) en concepto de daños, incluyendo los intereses, calculados conforme se explicita en los fundamentos precedentes; 2) La condena podrá hacerse efectiva contra la citada en garantía Caja De Seguros S.A.; en los términos del Artículo 118 de la ley 17.418; 3) Advertir al actor y a su Apoderado Legal respecto de la observancia del Artículo 15 del CPC; 4) Desestimar el beneficio de litigar sin gastos e imponer las costas al Demandado; 5) Diferir la regulación honoraria en favor de letrados y peritos para cuando se haya liquidado la sumatoria de capital e intereses emergentes de este decisorio.-

LA DRA. MARCELA SUSANA FERNANDEZ FAVARON, DIJO:

Adhiero al voto precedente.

LA DRA. PAOLA MARIA PETRILLO DE TORCIVIA, DIJO:

Adhiero al voto de primera voz.

Por ello, esta Cámara Primera en lo Civil, Comercial y de Minas;

RESUELVE:

1°. Hacer lugar parcialmente a la demanda instaurada en autos y, en consecuencia, condenar al Sr. +++ a que abone al Sr. +++ la suma de \$ +++ (\$+++ daño físico, mas \$+++ daño moral) en concepto de daños, incluyendo los intereses, calculados conforme se explicita en los fundamentos precedentes.

2°. La condena podrá hacerse efectiva contra la citada en garantía Caja De Seguros S.A.; en los términos del Artículo 118 de la ley 17.418.

3°. Advertir al actor y a su Apoderado Legal respecto de la observancia del Artículo 15 del CPC.

4°. Desestimar el beneficio de litigar sin gastos e imponer las costas al Demandado.

5°. Diferir la regulación honoraria en favor de letrados y peritos para cuando se haya liquidado la sumatoria de capital e intereses emergentes de este decisorio.-

6°. Protocolícese y hágase saber.