En la ciudad de Puerto Madryn, a los días de febrero de del año dos mil catorce, se reúne la Excma. de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia de la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe y la asistencia del Sres. Jueces de Cámara Dr. Mario Luis Vivas y Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"A. V., M. E. c/ S. Z., C. s/ DAÑOS Y PERJUICIOS "(Expte. Nº 213 Año 2013)** venidos del Juzgado Civil y Comercial (Expte. Nº 214/2009), en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA CUESTIÓN**: ¿es justa la sentencia dictada a fs.340/346 vta.?; **SEGUNDA CUESTION:** ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 371.

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

1 – Antecedentes

Se radicaron por ante esta Alzada las presentes actuaciones a los efectos del tratamiento del recurso de apelación interpuesto por las actoras a fs. 347/348 contra la sentencia dictada en primera instancia, el que les fuera concedido a fs. 349. Expresó agravios (fs. 363/365) solamente la Srta. M. E. A. V., no siendo contestado por la contraria el traslado conferido de los mismos.

2 – La sentencia

La sentencia apelada hizo lugar parcialmente a la demanda entablada por M. E. A. V. contra C. S. Z., condenando a éste a pagar a la primera la suma de $ 33.960.- (Treinta y tres mil novecientos sesenta pesos), con más los intereses a la tasa activa del B. D. C. S.A. conforme lo ha determinado en el Considerando N° 3. A su vez, admitió la excepción de falta de legitimación

pasiva opuesta por la aseguradora P. S. S.A., determinando la exclusión de la cobertura y el rechazo de la demanda. Las costas las impuso al codemandado S. Z. en el porcentaje de responsabilidad atribuido y reguló los honorarios de los profesionales intervinientes.

Comenzó teniendo por cierto la sentenciante que el 25 de Noviembre de 2007, aproximadamente a las 06,30 hs., C. S. Z. conducía el vehículo dominio XXX *** por la calle * d. J., entre B. y C., de esta ciudad, produciéndose un accidente de tránsito en el que resultó lesionada la Srta. M. E. A. V.

En cuanto a la mecánica del accidente, concluyó la sentencia que instantes previos a su ocurrencia, la joven A. V. junto a tres personas más caminaban por la acera de la calle * d. J. en sentido Oeste, al llegar a la altura de la casa N° ** del Barrio *** V., deciden bajar a la calle por ser estrecha la vereda y encontrarse una camioneta en sentido transversal a la calle * d. J. sobre misma. En primer lugar baja a la calle la actora y en ese momento fue impactada por el Peugeot 306 conducido por el demandado.

En el caso -ha dicho la a quo- rige lo normado por el art. 1113, 2do. Párr..., 2ª. Parte, del Cód. Civil. Tuvo en cuenta que las reglas de tránsito deben ser observadas no solo por los conductores de rodados sino también por los peatones; que la Ley 24.449 (art. 38, inc. 1) establece que los peatones "transitarán únicamente por la acera y otros espacios habilitados a ese fin" y que la actora no respetó esta disposición al transitar por la calle, sin perjuicio de lo estrecho de la vereda y del obstáculo (camioneta estacionada sobre la vereda) que alteraba el normal traslado de los peatones por la acera. Evaluando la responsabilidad de los partícipes en el accidente concluyó la sentenciante estableciendo que la conducta de la Srta. A. V. incidió en un 20% en la producción del daño, correspondiendo el resto al demandado.

Trató luego el planteo de la aseguradora declinando la cobertura en virtud de que su asegurado se encontraba en estado de ebriedad, conforme constancias de la causa penal y su negativa a efectuar el dosaje de sangre. Tuvo en cuenta lo dispuesto en la Cláusula 23, inc. 18, de las Condiciones Grales. del Contrato de Seguro celebrado entre la aseguradora y el demandado y las constancias del legajo de Investigación Fiscal Caso 5504 donde consta la negativa del demandado a realizarse el dosaje sanguíneo para establecer el grado de alcohol en sangre.

Evaluó que la actora resistió la exclusión de cobertura alegando que es una cláusula abusiva que desnaturaliza los términos del contrato, pero ello lo desestimó conforme lo dispuesto por el art. 1199 y dijo que no se discute que el art. 118 L.S. constituye una excepción a dicha norma pero con el límite que el mismo artículo establece, es decir, "en la medida del seguro". Tuvo también en cuenta que la cláusula de exclusión de la cobertura fue libremente convenida por el asegurado, lo que debe respetarse y si se negó a efectuarse el examen de alcoholemia, debe asumir las consecuencias patrimoniales que ello implica. En base a lo expuesto, admitió la excepción de "falta de legitimación pasiva" opuesta por la citada en garantía, excluyendo la cobertura y rechazando la demanda contra la misma.

Con respecto a los rubros indemnizatorios, la sentencia resolvió de la siguiente manera:

A – <u>Incapacidad sobreviniente</u>: tuvo en cuenta las constancias de la H.Clínica, la pericia médica (que fijó una incapacidad del 30% de la T.O.), la edad de la víctima a la fecha del siniestro (16 años), la lesión padecida, la incapacidad, posibilidad de obtener un empleo e incrementos salariales futuros o mejores perspectivas laborales y conforme la norma del art. 167 del ritual, fijó una indemnización para el rubro de $ 10.000.- (Diez mil pesos), más intereses a la tasa activa desde la fecha del accidente al efectivo pago.

B – <u>Daño moral</u>: admitió el mismo y fijó su indemnización en la suma de $ 20.000.- (Veinte mil pesos), más intereses a la misma tasa y durante el mismo término que el fijado para el rubro anterior.

C – <u>Daño material</u>: reclamó la actora una suma por gastos de transportes (taxis y remises) al tener que trasladarse a los centros de salud para recibir atención médica y tratamientos. Conforme las lesiones sufridas y atención que debió recibir por ellas, fijó la a quo (conf. art. 167 CPCC) la suma de $ 250.- (Doscientos cincuenta pesos) para reparar este rubro, más intereses a calcularse de la misma forma que los rubros anteriores.

D – <u>Costo del tratamiento psicológico</u>: de conformidad con lo dictaminado por la perito de la especialidad, admitió el reclamo por la suma de $ 7.200.- (Siete mil doscientos pesos) al mes de mayo de 2012, que corresponden a 48 sesiones de psicología, más intereses a tasa activa desde la fecha antes referida al efectivo pago.

3 – <u>Agravios de la parte actora</u>

3.1) Agravia a la actora la exclusión de cobertura que admitiera la sentencia en crisis, en base a que la víctima reviste carácter de tercero en el contrato de seguro. Afirma que si la ley permite que el tercero dañado por un asegurado pueda reclamar al asegurador de este último, a pesar de ser tercero a la contratación, se encuentra también legitimado para cuestionar el alcance de las exclusiones contenidas en la póliza, más aun desde el momento que se le permite citarla en garantía.

3.2) El segundo agravio está relacionado al anterior dado que cuestiona la exclusión de la cobertura por causa de "ebriedad". Afirma que la citada en garantía no puede excluirse por una presunción que deriva de un contrato de adhesión, dado que no está probado en autos ni en sede penal que el demandado condujera alcoholizado. Además, plantea que la cláusula que presume que una persona está alcoholizada por negarse a efectuar el dosaje

alcohólico es abusiva, inserta en un contrato de adhesión y que debe tenerse por no escrita por ser irrazonable.

3.3) El último agravio está planteado por considerar insuficiente la suma de $ 10.000.- (Diez mil pesos) fijada por la a quo para indemnizar la incapacidad sobreviniente. Afirma que el monto indemnizatorio no guarda relación adecuada con la magnitud del daño y con las condiciones personales de la víctima. Sostiene que para fijar el resarcimiento por las secuelas sufridas por la víctima no se deben tomar solamente datos como la edad, sexo, condición económica, sino también su vida útil probable, ocupación y grado de incapacidad, como también que la incapacidad se traduce en una dimensión de todas las aptitudes de la víctima en sentido amplio, es decir, superando lo laboral comprende lo social, cultural y deportivo.

4 – Tratamiento de los agravios de la parte actora

4.1) Validez de la "cláusula de exclusión de cobertura": vehículo asegurado conducido por persona en estado de ebriedad o que se niega realizar el examen de alcoholemia

Las dos primeras quejas de la parte actora están dirigidas a impugnar la validez que la a quo le ha dado en su decisión final a la "cláusula de exclusión de cobertura" que contiene las Condiciones Generales para el Seguro de Vehículos Automotores en su Cláusula 23, inciso 18, donde expresa: *"**Exclusiones a la Cobertura**…El asegurador no indemnizará los siguientes siniestros producidos y/o sufridos por el vehículo y/o su carga: …18) Cuando el vehículo asegurado sea conducido por una persona bajo la influencia de cualquier droga desinhibidora, alucinógena o somnífera, o en estado de ebriedad. Se entiende que una persona se encuentra en estado de ebriedad si se niega a practicarse el examen de alcoholemia (u otro que corresponda) o cuando habiéndose*

practicado éste, arroje un resultado igual o superior a un gramo de alcohol por mil gramos de sangre al momento del accidente…" (fs. 106).

Con fundamento en dicha cláusula, la citada en garantía declinó la garantía sosteniendo la existencia de una causal de "exclusión de cobertura" porque al momento del accidente su asegurado se encontraba en estado de ebriedad, dado que así cabe presumir de su negativa a realizarse el dosaje de alcohol en sangre con posterioridad al accidente. La sentencia en crisis ha dicho que la cláusula cuestionada por la actora fue convenida libremente por el asegurado, la que debe respetar, por lo que al negarse a efectuar el examen de alcoholemia debe asumir las consecuencias patrimoniales que derivan de tal negativa y por ello admitió la excepción de "falta de legitimación pasiva" que opusiera la aseguradora.

He de comenzar el análisis de esta no sencilla problemática, destacando que en la materia de seguros corresponde distinguir entre las *"Caducidades"* y las *"Exclusiones de Cobertura"*.

Inicialmente, tengo en cuenta una advertencia que hace Sobrino en uno de sus trabajos sobre la especialidad y que, por compartir todos sus postulados, constituye la base en la que sustento este voto: *"…queremos alertar sobre una moderna y brillante estrategia legal de ciertas Compañías de Seguros (cuya labor, luego fue receptada expresamente por la Superintendencia de Seguros de la Nación, a través de la Resolución N° 36.100, del mes de Septiembre de 2011), que han logrado la alquimia de transformar una "Carga" en una "Exclusión". En efecto, en nuestro Derecho de Seguros, se ha logrado lo que parecía técnica y lógicamente imposible: convertir lo "Subjetivo" en "Objetivo".*

"La consecuencia legal de ello, es clara y específica: limitar el poder de los Jueces, a la hora de dictar las Sentencias. Y la otra consecuencia fáctica es: otra vez se desprotege y se perjudica a los "Consumidores de Seguros" (v.gr. "asegurados" y "víctimas de siniestros")…" (SOBRINO, W.A.R., "Exclusiones vs. caducidades: las (pseudo) exclusiones de cobertura y las caducidades del

seguro (una sutil manera de restringir el poder de los jueces. A través de una ilegal estrategia burocrática)", RCyS 2013-II, 247).

En el citado trabajo doctrinario, su autor afirma que merced a una estrategia genial y una tergiversación de las normas legales, convirtiendo el seguro en un texto confuso, muchas *"Caducidades"*, fueron convertidas en *"Exclusiones de Cobertura"*, en claro perjuicio de los "Consumidores de seguros" (conf. SOBRINO, W.A.R., "Ley de Seguros Comentada", Art. 1°, publicado en www.laleyonline.com.ar.).

Entre las *"Caducidades"* convertidas en *"Exclusiones de Cobertura"*, se pueden mencionar:

A – cuando el conductor del vehículo asegurado se encuentre en estado de ebriedad;

B – cuando el conductor del vehículo asegurado cruza las vías del ferrocarril con las barreras bajas o cuando las señales luminosas o sonoras no autoricen hacerlo;

C – cuando el conductor del vehículo asegurado circule a exceso de velocidad;

D – cuando el conductor del vehículo asegurado supere a otros vehículos en lugares no autorizados;

E – cuando el conductor del vehículo asegurado circule sin las luces reglamentarias;

F – cuando el conductor del vehículo asegurado transite en contramano en lugares señalizados; etc.

Nótese que absolutamente todas estas "nuevas" *"Exclusiones de Cobertura"*, se refieren a la "conducta culposa" del "conductor" del automotor. Ergo: "…Culpa…". La "Culpa" es de carácter "Subjetivo" (conf. SOBRINO, W.A.R., op. cit., RCyS 2013-II, 247; CORREA, J.L., "Seguros, errónea y arbitraria sentencia sobre exoneración de responsabilidad por falta de

licencia de conducir y su asimilación a culpa grave", RCyS, N° 2, pág. 81, Febrero 2012).

De lo hasta aquí expuesto ha quedado en claro que estamos hablando concretamente de la "culpa" del "conductor". Pues bien, quien determina si el "conductor" actuó con "culpa", es la única persona autorizada por nuestra Constitución Nacional a juzgar dicha conducta: el Juez.

"…Pero, justamente para evitar que el Juez pueda dar su parecer (y sentenciar), es que: se reemplazó al Juez por la Superintendencia de Seguros de la Nación. Y… la subjetividad de la culpa del conductor, que tiene que ser analizada por el Juez, se cambió y se objetivó (a través de la Superintendencia de Seguros de la Nación) en "Exclusiones de Cobertura"…" "(ver Resolución N° 36.100 de la SSN, de fecha 19 de Septiembre de 2011)" (SOBRINO, W.A.R., op. cit.).

Y retomo aquí lo dicho al principio en cuanto a que debemos tener presente la diferencia entre las *"Exclusiones de Cobertura"* y las *"Caducidades"*.

Las *"Exclusiones de Cobertura"*, tanto de fuente legal o convencional, establecen las circunstancias o hipótesis por las cuales un siniestro no tiene cobertura en el seguro (conf. STIGLITZ, R., "Derecho de Seguros", T. I, pág. 258, Ed. Abeledo-Perrot, 2008; SOBRINO, W.A.R., op. cit.).

Como bien señala Nicolás BARBATO, la delimitación del riesgo puede ser de carácter 'temporal', 'espacial', 'personal' u 'objetivo', pero se caracterizan por tener *"…un marcado carácter objetivo…"*, dado que *"…son esencialmente descriptivas…"* ("Exclusiones a la cobertura en el contrato de seguro", ED, 136-547, cit. por SOBRINO, op. cit.).

Es decir, y conforme lo veremos más adelante, las *"Exclusiones de Cobertura"* no son la sanción a una conducta, sino la descripción de una circunstancia.

Se debe señalar que aunque las *"Exclusiones de Cobertura"* no hayan sido expresamente normadas en la Ley de Seguros -como efectivamente sí lo están las *"Caducidades Convencionales"*, Art. 36 Ley 17.418-, ello no implica

-bajo ningún punto de vista- que no deban ceñirse a la normativa general aplicable a los seguros.

Como consecuencia de ello, es que entre varias normas, las *"Exclusiones de Cobertura"*, para ser válidas, deberán pasar -en forma previa- por distintos filtros legales. Por ello, para que una *"Exclusión de Cobertura"* tenga validez legal, tiene que estar en consonancia con las siguientes normas: a) Arts. 36 y 158 de la Ley de Seguros; b) Art. 37 de la Ley de Defensa del Consumidor; c) Art. 25 de la Ley 20.091; d) Arts. 953, 1071 y 1198 del Código Civil; e) Art. 42 de la Constitución Nacional; etc. (conf. SOBRINO, op. cit.).

Incluso, con relación a la delimitación del riesgo, es trascendental señalar que desde la doctrina, Isaac Halperín enseñaba que *"…en caso de duda acerca de la extensión del riesgo, debe estarse por la obligación del asegurador…"*.

Ello es así, dado que las compañías de seguros, no solamente son los profesionales en esta relación de consumo, sino que –además- son las que redactan unilateralmente las pólizas de seguros (conf. HALPERIN, I. – MORANDI, J.C.F.; "Seguros: exposición crítica de las Leyes 17.418 y 20.091, T. II, pág. 543, Ed. Depalma, 1983).

En lo que respecta a las *"Caducidades Convencionales"*, las mismas son llamadas por Sobrino: *"Caducidades Unilaterales"* y dicho autor recuerda que desde hace más de cuarenta años, importantes doctrinarios (Zavala Rodríguez, entre ellos) han criticado la posibilidad que existan las *"Caducidades Convencionales"*, dado que amplía en demasía la posición dominante de las compañías de seguros. Además y completando lo expuesto, es un hecho público y notorio que -en realidad- no existe una "convención" entre la Aseguradora y el consumidor de seguros, sino que es la parte fuerte de la relación de consumo, quien establece e impone dichas *Caducidades* –supuestamente- *Convencionales*.

En efecto, resulta casi innecesario señalar que de la misma manera que los textos de las pólizas son redactados en forma absolutamente unilateral por

el mercado de seguros, de igual forma, las *Caducidades* que no tienen carácter legal, también son redactadas por las aseguradoras y/o reaseguradoras (conf. BARBATO, N., "Determinación del riesgo y exclusiones de cobertura", Derecho de Seguros (Homenaje de la Asoc. Arg. de Der. de Seguros al Prof. Dr. J. C. F. Morandi), coord. de N. Barbato, Hammurabi, 2001; STIGLITZ, R., "Temas relativos al contrato de seguros", La Ley, diario del 29/08/11, pág. 5; SOBRINO, op. cit.).

Es más -dice Sobrino- resulta pertinente recordar que si bien la mayoría de la doctrina señala que el seguro es un contrato de adhesión, nosotros entendemos que en rigor, nos encontramos frente a una situación de aún mayor indefensión del consumidor de seguros, ya que estamos frente a un contrato con aprobación previa del Estado. Así, por un lado, en principio (o en teoría), según la Ley 20.091, absolutamente todas las Condiciones y Cláusulas que se comercializan deberían estar previamente aprobadas por la Superintendencia de Seguros de la Nación, aunque la práctica nos enrostra que, lamentablemente, en muchos casos ello no es así. Y, por otro lado, entendemos que el consumidor de seguros puede estar más desprotegido que frente a los típicos "contrato de adhesión", porque tiene el convencimiento, la tranquilidad y la expectativa razonable, que todas las Cláusulas y Condiciones fueron previamente analizadas, estudiadas, corregidas y aprobadas por la Superintendencia de Seguros de la Nación, y -además- sueña que se cumple estrictamente el art. 25 de la Ley 20.091, que ordena que todas las Cláusulas y Condiciones de las Pólizas de Seguros deben ser "equitativas…". En este marco, se encuentran las *Caducidades Convencionales*.

Por ello, es que para estar a tono con la realidad de nuestro mercado, es que sostenemos que a las hipotéticas *Caducidades Convencionales*, se las debería llamar: *"Caducidades Unilaterales"* (conf. op. cit.).

En la necesidad de dejar sentado aquí las diferencias entre las *"Exclusiones de Cobertura"* y las *"Caducidades Convencionales"* (o *Unilaterales*), existen alrededor de ocho tópicos o características que intentan deslindar una figura de la otra. Dichas pautas -siempre siguiendo a Sobrino- serían las siguientes**:**

1) <u>Cobertura</u>: en la *Caducidad*, en principio, existe cobertura, -que luego- queda sin efecto, como consecuencia del incumplimiento de una carga del asegurado; en cambio, en la *Exclusión de Cobertura*, nunca habría existido seguro. **2) <u>Sanción y Descripción</u>:** la *Caducidad* es una sanción por la conducta del asegurado; en cambio la *Exclusión de Cobertura* sería una descripción objetiva de las circunstancias de "no seguro". **3) <u>Subjetiva u Objetiva</u>:** la *Caducidad* es predominantemente subjetiva dado que se analiza la conducta del asegurado. Por su parte, las *Exclusiones de Cobertura*, tienen un tinte preeminentemente objetivo. **4) <u>Art. 36 de la Ley de Seguros</u>:** las pautas de las *Caducidades* están previstas en el art. 36 de la L.S.; en cambio, las *Exclusiones de Cobertura*, no tienen una normativa específica (más allá de la aplicación del art. 158 de la L.S., el art. 37 de la Ley 24.240 y el art. 25 de la Ley 20.091). **5) <u>Art. 56 de la Ley 17.418</u>:** en las *Caducidades* el art. 56 tiene una aplicación automática, en todos los casos; en las *Exclusiones de Cobertura*, si bien también resulta plenamente aplicable, se debe realizar un análisis más puntual, basándose en la razonabilidad. **6) <u>Prueba</u>:** en la *Caducidad* la aseguradora debe probar la existencia del incumplimiento de una carga por parte del asegurado; en cambio, en las *Exclusiones de Cobertura* atento que en principio no habría cobertura, sería el propio asegurado quien debería acreditar la existencia de cobertura del seguro. **7) <u>Oponibilidad</u>:** en la *Caducidad* sólo son oponibles los hechos anteriores al siniestro; en cambio en las *Exclusiones de Cobertura*, son siempre oponibles a las víctimas; y **8) <u>Rescisión</u>:** la *Caducidad* permite la rescisión del contrato de seguro; en cambio las *Exclusiones de Cobertura*, al ser meras descripciones no

sancionatorias, no permiten a la aseguradora la rescisión de la póliza del seguro.

A las ocho características señaladas para distinguir entre *"Caducidades"* y *"Exclusiones"* que suele mencionar la doctrina, Sobrino le agrega otros tres tópicos que, según él, son trascendentes: a) Mayor o menor poder de los jueces; b) Aplicación automática o fundamentación para su utilización y c) Necesidad o no que exista relación de causalidad con el siniestro.

De las once pautas antes establecidas, entiende este autor que algunas tienen una importancia excluyente para establecer si las causales antes señaladas, por las cuales no pagaría la compañía de seguros, son *"Caducidades"* o *"Exclusiones de Cobertura"*.

Corresponde hacer en el caso un estudio específico, tomando la causal de *"Exclusión de Cobertura"* que invocó en autos la aseguradora para no afrontar el pago de la indemnización a la víctima. Ya hemos transcripto supra la misma, por lo que no cabe aquí su reiteración.

Tomando los caracteres de diferenciación antes referidos y siguiendo siempre las pautas que marca el citado autor en el trabajo doctrinario que sigo como fundamentación de mi voto, tenemos:

1) <u>Cobertura Ab Initio</u>: es una *"Caducidad"* dado que durante la vigencia de la Póliza y hasta el momento en que ocurrió el accidente tenía cobertura del seguro. Es por ello que no es una *"Exclusión de Cobertura"*, dado que en ese caso, no tendría que haber tenido jamás cobertura. **2) <u>Sanción</u>:** es una *"Caducidad"* dado que se sanciona la conducta culposa del conductor. Es por ello que no puede ser una *"Exclusión de Cobertura"*, dado que en estos casos se trata de meras descripciones fácticas, sin considerar la conducta del asegurado. **3) <u>Subjetiva</u>:** es una *"Caducidad"*, ya que todo se centra en la conducta del conductor, es decir, en la culpa. Viene al caso recordar que la "culpa" tiene cobertura del seguro. Incluso, Sobrino sostiene que la "culpa grave" no es oponible a la víctima. Por lo tanto, no puede ser *"Exclusión de*

Cobertura", dado que jamás habría existido cobertura. **4) <u>Poder de los Jueces</u>:** es una *"Caducidad"* dado que serán los Jueces en cada caso en particular (y no un empleado administrativo de la Superintendencia de Seguros de la Nación), quienes sentenciarán si la conducta del asegurado (en esa situación puntual y específica -y teniendo en cuenta las particulares circunstancias de cada caso-) puede eximir de responsabilidad a la compañía de seguros. Por ello, no puede ser *"Exclusión de Cobertura"*, dado que jamás se podría legalmente limitar las facultades decisorias que tiene el Juez -en el caso particular que tiene que sentenciar-, a través es una genérica y vaga Resolución Administrativa. **5) <u>Aplicación No Automática</u>:** es una *"Caducidad"* dado que va a ser el Juez quien tiene que analizar cada caso en particular, para establecer si la compañía de seguros tiene que pagar el siniestro; por ello, no puede ser *"Exclusión de Cobertura"*, dado que la aplicación no es automática. **6) <u>Relación de Causalidad</u>:** es una *"Caducidad"* ya que se tiene que estudiar si el incumplimiento de la carga tiene vínculo de causalidad con el siniestro; por ello, no puede ser *"Exclusión de Cobertura"*, dado que en algunos casos no habría que estudiar dicha relación causal.

Afirma el autor que este análisis puede efectuarse con todas las pseudo *"Exclusiones de Cobertura"* aprobadas por la S.S.N., arrojando la misma conclusión: desde la perspectiva legal, son claramente *"Caducidades"*.

Con respecto a la finalidad del cambio de *"Caducidades"* por pseudo *"Exclusiones de Cobertura"*, la misma ha sido -según Sobrino- *"limitar el poder de los jueces"*. Y agrega: *"…Concretamente, el objetivo de la Superintendencia de Seguros de la Nación (y de las Compañías de Seguros), es que: el Juez no pueda establecer si se trata o no de "culpa grave". Para ello, sencillamente (en forma ilegal), cambiaron la denominación legal, y en lugar de hacer referencia a "Caducidades", las llamaron "Exclusiones de Cobertura". De esta forma, realizaron un largo Listado de situaciones donde los Jueces condenaron a las*

Compañía de Seguros, alegando que no se trababa de "culpa grave". Y, objetivaron la culpa!!! …trocaron lo subjetivo, cambiándolo a objetivo… Reiteramos, el núcleo de todas estas cuestiones es la conducta del asegurado, es decir, analizar si actuó con culpa. Entonces armaron un "Listado de Culpas Graves" y los convirtieron en "Exclusiones de Cobertura de carácter Objetivo". Así pues: no quieren permitir que el Juez determine si se trata de "culpa grave", en el caso concreto y particular. En su reemplazo, en forma abstracta, general (e ilegal) ya lo hizo la Superintendencia de Seguros de la Nación. Es decir: se reemplazó a los Jueces por la Superintendencia de Seguros de la Nación… En efecto, a través de una cuasi entelequia derivada de un organismo estatal, casi de autor anónimo, se pretende establecer iure et de iure, que por Resolución Administrativa, lo que es subjetivo, pasa a ser objetivo; y que el poder decisorio de los Jueces, en forma impropia, ha quedado en manos del desconocido hacedor del Listado General de Pseudo Exclusiones de Cobertura…" (op. cit.).

Viene al caso citar que, en directa relación y concordando con lo que hasta aquí he venido desarrollando, se ha dicho que *"…la cláusula de caducidad en el contrato de seguro será abusiva: si es meramente objetiva y prescinde de la culpa del asegurado…"* (MOSSET ITURRASPE, J. – LORENZETTI, R.L., "Defensa del Consumidor", pág. 276, Rubinzal-Culzoni, 1993). Y recordar también que el maestro Juan Carlos Félix Morandi, criticaba las cláusulas que tenían un listado objetivo con culpa grave tipificada, ya que contradecían el espíritu de la ley de seguros. Sencillamente, agrega Sobrino, se pretende maniatar a los Jueces. Ello es así, dado que no es lógico determinar a priori el criterio objetivo que tiene que tener el Juez para merituar la culpa grave. Es por ello que el mencionado maestro enseñaba que: *"…tal cláusula implicaría una imposición a la autoridad judicial acerca de la manera de valorar y calificar los hechos, diversa de la que expresamente prescribe la ley…"* (MORANDI, J.C.F., "La carga de salvamento en el contrato de seguro", ED, Doctrina, 1975, pág. 300; cit. SOBRINO, op. cit.).

Desde la óptica de la Constitución Nacional, resulta claro que las potestades que la Carta Magna les otorga a los Jueces, no puede ser vaciada de contenido por una resolución administrativa de la Superintendencia de Seguros de la Nación. Como consecuencia de ello -dice Sobrino-*"…resulta claramente inconstitucional que el derecho y el deber que tienen los Jueces para determinar si la conducta del asegurado es o no "culpa grave", les sea cercenado por una simple resolución administrativa…"* (op. cit.).

El análisis hasta aquí desarrollado lo ha sido a la luz de la Ley de Seguros y de la Constitución Nacional, dado que no es necesario acudir a otras normas legales. No obstante ello, resulta harto evidente que la normativa en cuestión resulta claramente ilegal mediante la aplicación del art. 37 de la Ley de Defensa del Consumidor, dado que desnaturaliza en forma clara las pautas de cobertura, produciendo un claro beneficio injustificado a favor de las Compañías de Seguros, en perjuicio de los consumidores de seguros (conf. SOBRINO, op. cit.).

Viene al caso remarcar que en nada cambia la suerte de la pretendida *"Cláusula de Exclusión de Cobertura"* que estoy analizado, el hecho de que la misma está autorizada o aprobada por la Superintendencia de Seguros de la Nación, dado que a los fundamentos ya expuestos, corresponde agregar que la Suprema Corte de Justicia de Mendoza le ha negado a dicho organismo facultad reglamentaria, sosteniendo que las condiciones generales tienen naturaleza contractual y que el proceder solo se trata de un mero acto administrativo de autorización. *"La aprobación administrativa que el órgano de control haya dado a las condiciones generales del contrato por adhesión, no supone llevar al plano legislativo las condiciones generales redactadas por una empresa, ni que les dé eficacia para derogar las disposiciones legales imperativas que las contradigan"* (SCJMendoza, 17/04/2000, LL Gran Cuyo 2000-584).

Frente a todo lo hasta aquí expuesto, no debe pasar por alto que estamos ante un planteo que pretende aplicar la mal llamada, según hemos visto, *"Cláusula de Exclusión de Cobertura"*, a la víctima del hecho dañoso. Es por ello que ni siquiera viene al caso analizar la situación desde la óptica del asegurado dado que la problemática que nos convoca es si la víctima queda o no garantizada por el asegurador de quien le causó los daños. Y, sin perjuicio de los fundamentos ya vertidos aquí, es de destacar que no pocas decisiones judiciales han declarado que *"esta cláusula, por la que se amplía el no seguro resulta abusiva, pues su aplicación suprime la obligación de la compañía de seguros en contra de lo dispuesto por el art. 158 de la LS"* (CNCiv., Sala K, 06/04/06, LL 2007-B, 391; CNCiv., Sala C, 06/03/01, LL 2001-E, 125 y DJ 2001-2-1114).

Una de las sentencias que acabo de referir, si bien se trató de un accidente provocado por un tercero y no por el asegurado, arribó a conclusiones que son plenamente aplicables al caso en tratamiento, sin perjuicio de lo expuesto y fundamentado precedentemente. Se dijo en ella que darle validez a la cláusula cuestionada *"…conspiraría contra normas de orden público contenidas tanto en la Ley de Defensa del Consumidor -Ley 24.240- como el Código de Tránsito de la Pcia. de Buenos Aires -art. 92- en tanto dispone el carácter obligatorio del seguro de responsabilidad civil hacia terceros, a los efectos de mantener la indemnidad de las víctimas…"*; que *"…la cláusula por la que se amplía el "no seguro"…, conforma una cláusula abusiva, que como tal desnaturaliza el vínculo obligacional, y cuya aplicación limita o suprime la obligación a cargo de la aseguradora, resultando así la incompatibilidad de ésta con los principios esenciales de la regulación legal de la cual se aparta (art. 158 Ley Seguros). No obsta a esta conclusión el hecho que las condiciones generales se encuentren aprobadas por la Superintendencia de Seguros de la Nación, en tal sentido se ha sostenido que la aprobación administrativa sólo significa que el órgano administrativo no tiene nada que oponer a dichas condiciones generales, pero esta*

función de vigilancia preventiva no supone una delegación de facultades que permita, sin más, elevar al plano legislativo las condiciones redactadas por las empresas, ni que les de eficacia para derogar las disposiciones legales imperativas que contradigan (S.C.Mendoza, Sala I, 24/5/88, con voto de la Dra. Kemelmajer de Carlucci, L.L. 1988-E, 18)… Por otro lado, no puede desconocerse el fin social fundamental que tiene el contrato de seguro, como lo es permitir a terceros damnificados obtener el merecido resarcimiento de los perjuicios sufridos, en concordancia con una tendencia cada vez más firme en el moderno derecho de daños consistente en proteger a la víctima procurando que el daño injustamente causado sea debidamente reparado. En este orden de ideas, no agotándose la finalidad del contrato de seguro en el interés particular de los contratantes, la protección de los derechos de los damnificados impone una interpretación sumamente restrictiva de las defensas oponibles a ellos con base en la ausencia de cobertura. En este sentido, la cláusula de que se trata sólo tendría efecto entre las partes, no siendo en consecuencia oponible a la víctima del daño; existiendo en su caso un eventual derecho de reintegro o repetición por parte de la aseguradora frente al asegurado…" (CNCiv., Sala K, 06/04/06, RCyS 2006, 1114).

A tenor de los fundamentos expuestos, corresponde concluir que la Cláusula 23, inc. 18, de las "Condiciones Generales de Vehículos Automotores y/o Remolcados Aprobados por la Superintendencia de Seguros de la Nación" (fs. 105/112 vta.) es ilegal, por tratarse de un seguro de responsabilidad civil en la que la Superintendencia ha convertido una *"Caducidad"* en una *"Exclusión de Cobertura"* y con tal proceder no sólo se viola la normativa vigente sino que, además, se quita de sus jueces naturales la apreciación de la existencia de culpa grave, por lo que la misma resulta inoponible a la parte actora.

La conclusión precedente me conduce a proponer al Acuerdo la admisión de los agravios de la actora en tratamiento y la revocación de la sentencia recurrida en cuanto ha admitido la excepción de "falta de legitimación

pasiva" opuesta por la citada en garantía amparándose en la referida cláusula de exclusión de cobertura la cual se declara ilegal e inoponible a la víctima reclamante de autos. Así lo voto.

4.2) La indemnización por incapacidad sobreviniente

Agravia a la reclamante el insuficiente monto fijado por la a quo para indemnizar su incapacidad sobreviniente que ha sido consecuencia del hecho dañoso, entendiendo que la suma de $ 10.000.- (Diez Mil Pesos) no guarda una relación adecuada con la magnitud del daño y con sus condiciones personales.

Las lesiones *en el cuerpo* perturban la composición anatómica del sujeto; las que interfieren *en la salud* afectan su normal funcionamiento. En la mayoría de los supuestos, los menoscabos a la integridad personal participan de ambas características. No obstante, no siempre hay una equivalencia entre pérdida anatómica y afectación funcional. Por ejemplo, puede surgir sólo un perjuicio de la primera índole cuando la amputación de un dedo anquilosado permite un mejoramiento en la función prensil de la mano, en la pérdida de un diente supernumerario, o en cicatrices que no limitan movimientos corporales (conf. PORTIGLATTI-BARBOS, "Danno alla persona", en Azara – Eula (Dirs.), "Novissimo digesto italiano, T. V, pág. 150; ZAVALA de GONZALEZ, M., "Tratado de Daños a las Personas – Disminuciones Psicofísicas", T. 1, pág. 77, Ed. Astrea).

A la inversa, existe la posibilidad de que se presente una disminución de tipo funcional, no obstante alcanzarse una recuperación anatómica. En tal caso, puede darse una enfermedad o una debilidad que produce una disminución del vigor y de la resistencia.

La jurisprudencia despliega con amplitud la nocividad por lesiones a la integridad psicofísica y es así que se ha determinado que por "lesión" debe entenderse toda alteración de la contextura física o corporal -como una

contusión, herida, mutilación, etc.-; cualquier perjuicio en el aspecto físico de la salud o en el mental, aunque no medien alteraciones corporales. Y lo indemnizable no es otra cosa que el daño ocasionado a la víctima y que se traduce en un disminución de su capacidad en sentido más amplio, que comprende, además de la aptitud laboral, la relacionada con la actividad social, cultural, deportiva, etc. (conf. CCiv.Com. M. del Plata, Sala II, 07/07/98, Rep.JA, 2001-533, N° 336).

Debe tenerse en cuenta que no hay una necesaria relación entre la magnitud de las lesiones y las repercusiones económicas (daño patrimonial) que acarrean. Es así que una lesión muy grave puede producir un reducido perjuicio material, en caso de que la víctima hubiese llegado a una edad en la que ha había sufrido la pérdida de sus aptitudes productivas. Por otra parte, lesiones similares pueden aparejar desmedros pecuniarios diferentes, según la clase de tareas que desempeñe la víctima y demás circunstancias personales.

En el Derecho de daños interesa, más que la clasificación "de las lesiones" en leves, graves y gravísimas, la captación "del efecto lesivo". De tal modo, distinguir si aquéllas producen incapacidad absoluta o bien parcial y, en este último caso, su porcentual e incidencia de la productividad y espiritualidad del lesionado; igualmente, la situación de "grandes inválidos", que quedan inexorablemente dependientes de la asistencia ajena hasta para actos básicos elementales.

Ahora bien, las lesiones son *incapacitantes* cuando no puede corregirse la integridad del menoscabo y se verifica cualquier tipo de aminoración vital. Una lesión invalidante es desde luego jurídicamente grave, pero no toda lesión médicamente grave es incapacitante. Ello adquiere trascendencia en materia de carga probatoria. Como en teoría es factible una plena rehabilitación, sin secuelas irreversibles, resulta prácticamente de rigor la prueba pericial que fundamente la configuración de la eventual

incapacidad sobrevinientes, ya consolidada después de la etapa inicial para curación o bien a posteriori de terapias aconsejables en el futuro.

Son pautas esenciales de valuación la mayor o menor gravedad de la incapacidad (un porcentaje sobre la total) y su extensión en el tiempo: permanente o temporaria. También procederá valorar si la incapacidad priva a la víctima de desplegar sus habituales actividades productivas o recreativas y en qué medida (hasta aquí, conf. ZAVALA de GONZALEZ, M., ob. cit., págs. 90,91).

Como directa consecuencia de lo expuesto, se ha resuelto que en la indemnización por incapacidad sobreviniente debe valorarse no sólo el porcentual de disminución de aptitudes laborales, sino también y principalmente la indemnidad perdida, lo que es equivalente al derecho de conservar ileso e intacto el cuerpo de cada uno. La alteración del organismo antes pleno y sano, que nunca podrá ser restituido al estado original, es el objeto de la compensación dineraria, en su proyección laboral, productiva o en alguna de las manifestaciones vitales (conf. CNCiv., Sala F, 04/08/99, RCyS, 2000-454).

En el caso en tratamiento estamos ante una víctima que tenía 16 años de edad al sufrir el infortunio y que padece una incapacidad del 30% de tipo " *permanente, parcial y definitiva"*, conforme el dictamen pericial médico obrante en autos (fs. 277/279).

Además de la descripción que ha hecho el experto médico sobre el cuadro que presentó la actora a consecuencia del accidente, de la intervención quirúrgica que se le realizara y de su estado posterior, surge de su dictamen que las lesiones post-traumáticas padecidas por la víctima provocaron lesiones agudas como el hundimiento craneal fronto temporal izquierdo informado por el neurocirujano B. con formación de un hematoma extradural que tuvo que ser drenado tras craneotomía. Dicha intervención requirió una generosa incisión quirúrgica que incluyó una aplicación por

razones técnicas para poder evacuar completamente la colección hemática producida por el severo traumatismo cráneo-encefálico padecido. Precisamente, continúa diciendo el perito, esa cicatriz quirúrgica hizo tributaria a la actora de una secuela físico-estética que deteriora por su impacto sobre el lateral izquierdo del cráneo a pesar de su localización en cuero cabelludo. Más adelante y luego de describir en detalle la intervención quirúrgica que se le practicara, señaló que en el postoperatorio se le suministraron analgésicos, antiinflamatorios, terapia cumarínica de soporte y posteriormente por consultorio externo recibió administración de anticefaleicos por padecer intermitentemente dolores de cabeza. En lo que hace a la determinación de la incapacidad, el experto ha dicho: *"Por presentar lesión cicatrizal en cuero cabelludo de 10 cm de largo por 1,3 cm de ancho, de pigmentación normal 15%. Por presentar trastorno por stress postraumático crónico leve 15%.* ***Incapacidad permanente, parcial y definitiva 30% (treinta por ciento de la Total Obrera)****"* (conf. fs. 277/278).

Independientemente de las consecuencias de índole "laboral" que le puedan provocar a la víctima la incapacidad permanente que padece, tengo en cuenta también como relevante para lo que implica el desarrollo de su vida diaria, social, recreativa, deportiva, etc. y este cuadro se hace más grave al estar en presencia de una joven que al accidentarse tenía sólo 16 años de edad, debiéndose evaluar también que, conforme surge del dictamen médico, padece intermitentemente dolores de cabeza como consecuencia del hecho dañoso.

Lo hasta aquí destacado, teniendo en cuenta la juventud de la víctima y las consecuencias que la incapacidad que padece le han generado para el futuro, hace procedente admitir el agravio y elevar el monto indemnizatorio por la incapacidad sobreviniente que padece como consecuencia del hecho dañoso, estableciéndolo en la suma de $ 30.000.- (Treinta Mil Pesos) a la fecha del accidente (art. 167 y concs. CPCC). Al

importe fijado, deberán adicionarse los correspondientes intereses a la tasa establecida en la sentencia de primera instancia y a computarse desde la fecha del accidente (25 de Noviembre de 2007) hasta el pago efectivo. Del importe que resulte liquidado por este rubro, corresponderá a la parte actora percibir el 80% del mismo, atento la distribución de responsabilidad por el accidente que ha resuelto la sentencia de primera instancia y que ha llegado firme a esta Alzada.

Así lo voto y propongo al Acuerdo.

5 – <u>Conclusión</u>

Como los agravios dan la medida de la competencia de esta Alzada (arts. 268, y 274 CPCC) y los expuestos logran hacer mella en el decisorio apelado, propongo su revocación en lo que ha sido materia del recurso interpuesto. En consecuencia, corresponde: **a)** revocar parcialmente la sentencia recurrida y rechazar la excepción de "falta de legitimación pasiva" opuesta por la citada en garantía, declarando inoponible a la parte actora la exclusión de cobertura contemplada en la Cláusula 23, inc. 18 de las Condiciones Generales para el Seguro de Vehículos Automotores obrante a fs. 105/112 vta. de autos, por lo que la condena le es extensiva a la aseguradora L. P. S. S.A. en la proporción de responsabilidad fijada a las partes en la sentencia de primera instancia y en el límite del monto indemnizatorio contemplado en la póliza y **b)** revocar el monto de la indemnización por incapacidad sobreviniente fijado en la sentencia en crisis, fijándolo en la suma de $ 30.000.- (Treinta Mil Pesos), con más los intereses a la tasa activa que fija el B. d. C. S.A. desde la fecha del accidente al efectivo pago.

6 – <u>Adecuación de las costas y honorarios</u>

Atento la revocación parcial de la sentencia propuesta precedentemente, corresponde dar cumplimiento a lo normado por el art. 282 del ritual. En consecuencia las costas de la primera instancia deben imponerse al Sr. C. S. Z. y a su asegurador citado en garantía L. P. S. S.A. que resultan vencidos en el proceso (art. 69 CPCC), en la proporción de la responsabilidad fijada para las partes en la instancia anterior.

Con respecto a los honorarios de los profesionales intervinientes, corresponde sean regulados de la siguiente manera: los de las Dras. C. C. y G. N. S., letradas apoderadas de la Sra. R. E. V., en conjunto, en el 8% del monto del proceso a fijarse en la etapa de ejecución de sentencia; a las mismas letradas, en su carácter de letradas patrocinantes de la Srta. M. E. A. V., en conjunto, en el 10% del monto del proceso; los de los Dres. C. R. Z. y M. Á. G., apoderado y patrocinante de la citada en garantía respectivamente, en conjunto, en el 11% del monto del proceso y los de los peritos Médico V. E. R., P. A. S. M. C. S. y Accidentólogo C. O. A., en el 4%, a cada uno, del monto del proceso, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el I.V.A. de corresponder, quedando sin efecto la regulación de honorarios que contiene la sentencia recurrida (conf. arts. 5, 6, 9, 18, 38, 46, 60 y concs. Ley XIII N° 4 y mod.).

7 – <u>Costas de la Alzada</u>

Corresponde imponer las costas de la Alzada a la parte demandada y a su aseguradora citada en garantía (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de la Dra. G. N. S., letrada patrocinante de la parte actora, en el 30% del importe que le corresponda por su labor en la anterior instancia, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley de Aranceles y con más el I.V.A. de corresponder (conf. arts. 5, 13, 18, 38 y concs. Ley XIII N° 4 y mod.).

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi vota **PARCIALMENTE** por la **NEGATIVA**.

A LA PRIMERA CUESTIÓN la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe dijo:

1.

Dado que el magistrado preopinante ya reseñó en lo esencial los detalles del caso, la decisión impugnada y los motivos de agravio expuestos por el apelante, me pronunciaré directamente sobre los aspectos traídos a decisión de esta alzada, en el mismo orden propuesto por el Dr. Fiordelisi.

Para fundar en los hechos y el derecho mi voto individual, cual lo exigen las mandas de los arts. 169 de la Const. Prov., 8 de la ley V N° 17 y 274 C.P.C.C. bastarán las consideraciones que se exponen.

2.

Las quejas sostenidas en el primer y segundo agravio giran respecto de la validez de la "cláusula de exclusión de cobertura" cuando el vehículo asegurado sea conducido por una persona en estado de ebriedad o por negarse a realizar el examen de alcoholemia.

La sentencia de grado, en los términos del contrato asegurativo, asimiló lisa y llanamente la negativa del asegurado a practicarse el referido examen, a la ebriedad y le aplica idéntica consecuencia cual es la exclusión de cobertura. Por ello, admitió la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por la citada en garantía con fundamento en que el Sr. C. S. Z. se negó a efectuar el examen de alcoholemia, dosaje sanguíneo, a fin de establecer el grado de alcohol en sangre, tal como se acreditó a fs. 7 del Legajo de Investigación Fiscal Caso 5.504.

Señaló allí que tal cláusula de exclusión de cobertura está prevista dentro de las Condiciones Generales para el Seguro de Vehículos Automotores en su Cláusula 23, inciso 18, donde expresa: "*Exclusiones a la Cobertura…El asegurador no indemnizará los siguientes siniestros producidos y/o sufridos por el vehículo y/o su carga: …18) Cuando el vehículo asegurado sea conducido por una persona bajo la influencia de cualquier droga desinhibidora, alucinógena o somnífera, o en estado de ebriedad. Se entiende que una persona se encuentra en estado de ebriedad si se niega a practicarse el examen de alcoholemia (u otro que corresponda) o cuando habiéndose practicado éste, arroje un resultado igual o superior a un gramo de alcohol por mil gramos de sangre al momento del accidente…"* (fs. 106) y que la misma fue convenida libremente por el asegurado, la que debe respetarse, por lo que al negarse a efectuar el examen de alcoholemia debe asumir las consecuencias patrimoniales que derivan de tal negativa.

La cuestión a resolver en la presente causa consiste en determinar si resulta arbitraria o normativamente incorrecta, la sentencia que admitió la declinatoria opuesta por la Aseguradora sobre la base de la excepción de falta de legitimación pasiva por exclusión de cobertura estipulada en las condiciones generales de la póliza asegurativa prevista en la Cláusula 23 ya transcripta y que le fuera comunicada al Sr. S. Z. conforme el intercambio epistolar obrante a fs. 100/103.

No me es ajeno que el tema ha generado un abierto debate tanto en doctrina como en la jurisprudencia sobre el alcance que la referida cláusula tiene a partir de la clásica distinción entre las cláusulas de limitación del riesgo objeto de la cobertura y las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado (que incluyen las de caducidad y las de suspensión de cobertura por falta de pago) y la posibilidad de oponer a la víctima de un siniestro las cláusulas de exclusión de cobertura pactadas entre la aseguradora y el asegurado.

Ya se ha extendido el magistrado que me antecede en el voto, en la distinción que existe entre las "Caducidades" y las "Exclusiones de Cobertura". Ambas producen como resultado que el asegurado no percibe la prestación comprometida sin perjuicio de lo cual y evitando reiterar en extenso lo expuesto por el Dr. Fiordelisi, puede resumirse que las cláusulas de caducidad tienen tinte sancionatorio, supone una situación originariamente cubierta por el contrato, el asegurador que alega la caducidad debe probarla y solo pueden ser opuestas a terceros, si se trata de defensas nacidas con anterioridad al siniestro.

La caducidad es entonces, la sanción que normalmente se establece en el contrato de seguro para el caso de incumplimiento de los deberes de conducta requeridos al asegurado y no es oponible a la víctima. *"La caducidad es la sanción que normalmente se establece en el contrato de seguro para el caso de incumplimiento de los deberes de conducta requeridos al asegurado no es oponible al trabajador.* ("Cirone, Juan Fulvio c/ Metalúrgica Morón s/ Accidente" - SCBA - L 47438 S - 10-12-1991lo en extenso: L47438

En cambio la cláusula de exclusión de cobertura tiene un alcance distinto, pues si se excluye un riesgo del contrato de póliza, significa que a su respecto no existe seguro, vale decir, hay ausencia de cobertura.

"*La cláusula de exclusión de cobertura tiene un alcance distinto a la caducidad que como sanción se establece para el cumplimiento de los deberes de conducta requeridos al asegurado, pues la misma excluye un riesgo del contrato y significa que a su respecto no existe seguro, vale decir, hay ausencia de cobertura, siendo -en principio- carga de la aseguradora acreditar el presupuesto fáctico jurídico en el cual se sustenta la exclusión de la cobertura invocada al contestar la demanda (arts. 375 C.P.C.C.).* ("Trejo, Raúl Ernesto c/ Zabala, Alberto Oscar s/ Daños y perjuicios" - CC0203 - LP - B 87928 RSD-35-98 S - 10-3-1998 Citar: elDial.com - W10B4F)

Luego de ello puedo concluir que la cláusula de referencia es una cláusula de caducidad convencional. En el caso, producido el siniestro los presupuestos de la admisibilidad de la caducidad exigen la culpa o negligencia del asegurado y que el incumplimiento de la carga haya influido en la extensión de la obligación del asegurador. (v. Stiglitz "Derecho de Seguros" T II pág 39 y sgtes).

En cuanto al primer presupuesto, no existe en el expediente ni se ha alegado motivación alguna para resistir a la prueba de dosaje alcohólico.

En esta parte específica de la cláusula correspondiente, la validez parcial de la norma contractual se encuentra a mi entender seriamente en juego. Ello por cuanto bajo apercibimiento de negarle cobertura, el asegurador está implícitamente obligando al asegurado a someterse a un procedimiento que viola su Derecho Constitucional a la Intimidad. Si hablamos ahora de derechos y garantías consagrados en la Carta Magna, toda otra regla de conducta en contrario (ley, reglamentación, contrato) debe ceder indefectiblemente, todo ello sin perjuicio de la validez que, la homologación de carácter administrativo por la Superintendencia de Seguros de la Nación, le ha dado.

En el segundo aspecto, no ha logrado justificar la Aseguradora la relación de causalidad entre la inejecución culposa de la carga y la existencia del perjuicio que de ello deriva, esto es la relación de causalidad entre el incumplimiento reprochado al conductor del vehículo y el daño sufrido por la víctima. De hecho, no existe en la sentencia párrafo alguno del que se pueda inferir que se ha valorado la conducta del Señor S. Z. con referencia a la negativa de efectuar la prueba de alcoholemia y su incidencia en el accidente.

Dicho lo anterior, resta entonces definir si la cláusula es o no oponible a la víctima.

En el actual sistema de circulación vial donde es exigible que todo automotor que circule tenga un seguro de responsabilidad civil, no es posible oponer a la eventual víctima las cláusulas que limitan la responsabilidad de la aseguradora. Nótese que el derecho de proteger a la víctima está ínsito en la Ley de Tránsito: si se impone la obligatoriedad del seguro de responsabilidad civil -antes voluntario- es claro que lo que se persigue es proteger a la víctima del accidente constitutivo del siniestro.

"*En sentido amplio , se ha señalado que consumidor de seguros es toda persona que directa o indirectamente va a sufrir la incidencia de los efectos de un contrato de seguros; con esto queremos decir que no sólo son consumidores de seguros los tomadores y los asegurados, sino que además el concepto alcanza a los beneficiarios y perjudicados, lo que encuentra su sentido en la propia mecánica técnica y económica del seguro y hasta podríamos decir en su propia esencia y finalidad, como instituto que hace a la paz social*".(Del voto del Dr. Lutz del Superior Tribunal de Justicia de Río Negro, in re "B., L. C. c/La Segunda Cooperativa Limitada de Seguros Generales s/recurso de casación" (Expte. N° 20275/05), fallo del 29-3-2006.)

Ello tiene directa vinculación con el art. 1 de la Ley 24.240 que modificada, se aplica a las relaciones de consumo y no sólo a los contratos de consumo. Así, se ha ampliado el concepto de consumidor "a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo". Entre quienes están expuestos a una relación de consumo aparece la víctima del daño ocasionado por la circulación automotriz. De este modo resulta inaplicable a las relaciones de consumo el concepto de efecto relativo de los actos jurídicos. En conclusión, lo dispuesto por el art. 109 de la Ley 17.418 sólo la protección del asegurado en los seguros de responsabilidad civil no son aplicables a las víctimas por ser consumidor de seguro, más aún cuando existe un seguro obligatorio. (cfme. SOBRINO, Waldo A. "La

inoponibilidad de la franquicia de los seguros obligatorios". LA LEY, 2008-D, 1078).

Luego de lo expuesto, acompañaré la propuesta del Dr. Fiordelisi, revocando la sentencia de grado en tanto admitió la excepción de "falta de legitimación pasiva" opuesta por la citada en garantía amparándose en la referida cláusula de exclusión de cobertura, la cual resulta inoponible a la víctima reclamante de autos.

3) <u>la indemnización por incapacidad sobreviniente</u>.

Se queja la actora que el monto reconocido para indemnizar su incapacidad sobreviniente ($ 10.000) es exiguo, no guardando relación adecuada con la magnitud del daño y con sus condiciones personales.

En el dictamen pericial obrante a fs. 277/279, a más del relato de los antecedentes del caso, se dio cuenta de la magnitud de las lesiones, la intervención quirúrgica realizada, su post operatorio, concluyendo en la determinación de la incapacidad, en los siguientes términos: "Por presentar lesión cicatrizal en cuero cabelludo de 10 cm de largo por 1,3 cm de ancho, de pigmentación normal 15%. Por presentar trastorno por stress postraumático crónico leve 15%. Incapacidad permanente, parcial y definitiva 30% (treinta por ciento de la Total Obrera)".

La incapacidad sobreviniente comprende cualquier disminución física o psíquica que afecte tanto la capacidad laboral del individuo, como la que se traduce en un menoscabo en cualquier tipo de actividad que desarrollaba antes del hecho lesivo con la debida amplitud y libertad. Para fijar la cuantía de este perjuicio es menester considerar la naturaleza de las lesiones sufridas, cómo éstas habrán de influir negativamente en las posibilidades de vida futura del damnificado, la específica disminución de sus aptitudes laborales, la edad, su estado civil y demás condiciones personales (Conf.

Kemelmajer de Carlucci en Belluscio, Código Civil y leyes complementarias comentado, anotado y concordado, tomo 5, págs. 219 y 220).

Por ello, para establecer el quantum de la indemnización por incapacidad sobreviniente, debe quedar comprendida la incidencia del hecho dañoso, cualquiera sea su naturaleza, en todos los aspectos de la personalidad de la víctima, tanto en lo laboral como en lo social, en lo psíquico como en lo físico. A los fines de establecer el monto que debe resarcirse por este concepto, deben tenerse en cuenta las condiciones personales de la víctima, así como las familiares y socio-económicas, sin que el grado de incapacidad comprobado científicamente por el perito médico, traduzca, matemáticamente, una cierta cuantía indemnizatoria. Sólo constituye un parámetro de aproximación económica que debe ser conjugado con las múltiples circunstancias vitales que contribuyen a definir razonablemente el monto de la reparación (conf. CNC Sala G, "Jurado, Plácida Gertrudis c. La Vecinal de la Matanza S.A. y otros", 26/09/2008, AR/JUR/10682/2008)

La Corte Suprema de Justicia de la Nación sostiene reiteradamente que: "*Cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas en forma permanente, esta incapacidad debe ser objeto de reparación, al margen de lo que pueda corresponder por el menoscabo de la actividad productiva y por el daño moral, pues la integridad física tiene por sí misma un valor indemnizable y su lesión comprende, a más de aquella actividad económica, diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, cultural o social con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida*" (Conf. CSJN, 28/04/1998, Fallos, 321:1124; 06/03/2007, Fallos, 330:563; 11/07/2006, Fallos, 329:2688; 29/06/2004, Fallos, 327:2722, entre otros).

Descriptas las secuelas resultantes del accidente tanto el plano físico como en el psíquico descripto como stress post traumático tanto por el perito R. como por la Lic. M. C. S. (fs.305/307), y aun cuando no se cuente con elementos que permitan ponderar sus actividades habituales ni ponderar

las consecuencias que aquellas puedan generarse al tiempo de ingresar al mercado laboral, atento la edad de la víctima al tiempo del accidente, los datos del grupo familiar expuestos en el Beneficio de litigar sin gastos que tramitó por Expte.N°047 /09 me permiten concluir que la suma fijada para el resarcimiento por la incapacidad sobreviniente, no resulta ajustada a las constancias cumplidas en autos y deben elevarse a la suma propuesta por el Dr. Fiordelisi que asciende a Pesos Treinta mil ($ 30.000) a la fecha del accidente con más los intereses que para la tasa activa fija el B. D. C. S.A. (art. 167 y concs. CPCC) desde el 25 de noviembre de 2007 hasta su efectivo pago.

En tanto llega firme a esta instancia la cuota de responsabilidad atribuida en la sentencia de grado, la actora percibirá el 80% de la suma que en definitiva resulte.

4.

Concluyo el tratamiento de los agravios, admitiendo los mismos y resolviendo en consecuencia la desestimación de la excepción opuesta por L. P. S. S.A., extendiéndole la condena en la proporción de responsabilidad fijada a las partes en la sentencia de primera instancia y en el límite del monto indemnizatorio contemplado en la póliza y modificar el monto de la indemnización por incapacidad sobreviniente fijándolo en la suma de $ 30.000 (treinta Mil Pesos), con más los intereses a la tasa activa que fija el Banco del Chubut S.A. desde la fecha del accidente al efectivo pago.

5. Las costas.

a) Las costas en la primera instancia:

Conforme la manda del art. 282 del CPCC, las costas de la primera instancia serán soportadas por el Sr. C. S. Z. y la citada en garantía L. P. S. S.A. que

resultan vencidos en el proceso (art. 69 CPCC), en la proporción de la responsabilidad fijada para las partes en la instancia anterior.

En cuanto a los honorarios profesionales resulta ajustado modificarlos de la siguiente manera: los de las Dras. C. C. y G. N. S., letradas apoderadas de la Sra. R. E. V. en el 8 %, en conjunto y proporción de ley, a las Dras. C. C. y G. N. S., letradas patrocinantes de la Sra. M. A. V. en el 10 %, en conjunto y proporción de ley, a los Dres. C. R. Z. y M. A. G., letrados apoderado y patrocinante de la citada en garantía en el 11 %, en conjunto y proporción de ley, los del Perito Médico V. E. R. en el 4 %, los de la perito Psicóloga A. S. M. C. S., en el 4 % y los del Perito Accidentológico C. O. A. en el 4%. En todos los casos la base regulatoria, será la suma de condena que en definitiva resulte y teniendo en consideración los mínimos legales y la adición del IVA si correspondiere. (arts. 5, 6, 9, 18, 38, 46, 60 y concs. Ley XIII N° 4 y mod.).

b) <u>Las costas de la Alzada</u>

Las costas de la Alzada se imponen a la parte demandada y a su aseguradora citada en garantía (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de la Dra. G. N. S., letrada patrocinante de la recurrente, en el 30% del importe que le corresponda por su labor en la anterior instancia, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley de Aranceles y con más el I.V.A. de corresponder (conf. arts. 5, 13, 18, 38 y concs. Ley XIII N° 4 y mod.).

Voto a la primera cuestión **PARCIALMENTE por la NEGATIVA.**

<u>A LA SEGUNDA CUESTION</u>, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

De compartir mis colegas de Cámara los fundamentos expuestos, el pronunciamiento que corresponde dictar sería el siguiente:

1) REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia de primera instancia y **RECHAZAR** la excepción de falta de legitimación pasiva opuesto por la citada en garantía, declarando inoponible a la parte actora la exclusión de cobertura contemplada en la Cláusula 23, inc. 18 de las Condiciones Generales para el Seguro de Vehículos Automotores obrante a fs. 105/112 vta. de autos y haciendo extensiva la condena a la aseguradora del demandado: L. P. S. S.A. en la proporción de responsabilidad fijada para las partes en primera instancia y en el límite del monto indemnizatorio contemplado en la póliza.

2) REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia recurrida y **ELEVAR** el monto de la indemnización por incapacidad sobreviniente, fijándolo en la suma de $ 30.000.- (Treinta Mil Pesos), con más los intereses a la tasa activa que fija el B. d. C. S.A. desde la fecha del accidente al efectivo pago.

3) ADECUAR LAS COSTAS Y HONORARIOS DE LA PRIMERA INSTANCIA, las que se imponen al demandado C. S. Z. y a su asegurador citado en garantía L. P. S. S.A. (art. 69 CPCC) en la proporción de responsabilidad fijada para las partes en la primera instancia; regulándose los honorarios de los profesionales intervinientes de la siguiente manera: los de las Dras. C. C. y G. N. S., letradas apoderadas de la Sra. R. E. V., en conjunto, en el 8% del monto del proceso a fijarse en la etapa de ejecución de sentencia; a las mismas letradas, en su carácter de letradas patrocinantes de la Srta. M. E. A. V., en conjunto, en el 10% del monto del proceso; los de los Dres. C. R. Z. y M. Á. G., apoderado y patrocinante de la citada en garantía respectivamente, en conjunto, en el 11% del monto del proceso y los de los peritos Médico V. E. R., Psicóloga A. S. Mc. C. S. y Accidentólogo C. O. A., en el 4%, a cada uno, del monto del proceso, sin perjuicio de lo

dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el I.V.A. de corresponder (conf. arts. 5, 6, 9, 18, 38, 46, 60 y concs. Ley XIII N° 4 y mod.).

4) IMPONER LAS COSTAS DE LA ALZADA a la parte demandada y a su aseguradora citada en garantía (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de la Dra. G. N. S., letrada patrocinante de la parte actora, en el 30% del importe que le corresponda por su labor en la anterior instancia, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley de Aranceles y con más el I.V.A. de corresponder (conf. arts. 5, 13, 18, 38 y concs. Ley XIII N° 4 y mod.).

5) REGISTRESE, NOTIFIQUESE y oportunamente **DEVUELVASE.**

A LA SEGUNDA CUESTION, la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe, dijo:

El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. Fiordelisi.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que el Dr. Mario Luis Vivas no emitió opinión por haberse formado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17) pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de febrero de 2014.

En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Puerto Madryn pronuncia la siguiente:

S E N T E N C I A

1) REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia de primera instancia y **RECHAZAR** la excepción de falta de legitimación pasiva opuesto por la citada en garantía, declarando inoponible a la parte actora la exclusión de cobertura contemplada en la Cláusula 23, inc. 18 de las Condiciones

Generales para el Seguro de Vehículos Automotores obrante a fs. 105/112 vta. de autos y haciendo extensiva la condena a la aseguradora del demandado: L. P. S. S.A. en la proporción de responsabilidad fijada para las partes en primera instancia y en el límite del monto indemnizatorio contemplado en la póliza.

2) REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia recurrida y **ELEVAR** el monto de la indemnización por incapacidad sobreviniente, fijándolo en la suma de $ 30.000.- (Treinta Mil Pesos), con más los intereses a la tasa activa que fija el B. d. C. S.A. desde la fecha del accidente al efectivo pago.

3) ADECUAR LAS COSTAS Y HONORARIOS DE LA PRIMERA INSTANCIA, las que se imponen al demandado C. S. Z. y a su asegurador citado en garantía L. P. S. S.A. (art. 69 CPCC) en la proporción de responsabilidad fijada para las partes en la primera instancia; regulándose los honorarios de los profesionales intervinientes de la siguiente manera: los de las Dras. C. C. y G. N. S., letradas apoderadas de la Sra. R. E. V., en conjunto, en el 8% del monto del proceso a fijarse en la etapa de ejecución de sentencia; a las mismas letradas, en su carácter de letradas patrocinantes de la Srta. M. E. A. V., en conjunto, en el 10% del monto del proceso; los de los Dres. C. R. Z. y M. Á. G., apoderado y patrocinante de la citada en garantía respectivamente, en conjunto, en el 11% del monto del proceso y los de los peritos Médico V. E. R., Psicóloga A. S. Mc. C. S. y Accidentólogo C. O. A., en el 4%, a cada uno, del monto del proceso, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el I.V.A. de corresponder (conf. arts. 5, 6, 9, 18, 38, 46, 60 y concs. Ley XIII N° 4 y mod.).

4) IMPONER LAS COSTAS DE LA ALZADA a la parte demandada y a su aseguradora citada en garantía (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de la Dra. G. N. S., letrada patrocinante de la parte actora, en el 30% del importe que le corresponda por su labor en la anterior instancia, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley de Aranceles y con más el

I.V.A. de corresponder (conf. arts. 5, 13, 18, 38 y concs. Ley XIII N° 4 y mod.).

5) REGISTRESE, NOTIFIQUESE y oportunamente **DEVUELVASE.**

REGISTRADA BAJO EL N° /14. SDC. CONSTE.