En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de septiembre del año dos mil diecisiete, reunida en acuerdo la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de la Dra. M. Fernanda Zanatta y asistencia de la Sra. jueza de Cámara Dra. Graciela Mercedes García Blanco y de los Sres. jueces de Cámara Dr. Julio Antonio Alexandre y Dr. Fernando Nahuelanca, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"A., J. J. c/ M., M. S. y otros s/ SUMARIO (Daños y Perjuicios)", expte. nro. 616/16**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial nro. 1 (expte. nro. 18/13), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 856) y autos de fs. 861/863, correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. M. Fernanda Zanatta, Dra. Graciela Mercedes García Blanco, Dr. Fernando Nahuelanca y Dr. Julio Antonio Alexandre.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Son justas la sentencia recurrida de fs. 780/792 y su aclaratoria de fs. 801/802? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión, la Dra. Zanatta dijo:

La sentencia de fs. 780/792 -y su aclaratoria de fs. 801/802- hizo lugar parcialmente a la demanda promovida por el Sr. J. J. A. contra O. A. D. y lo condenó a abonar la suma de $361.200 en concepto de incapacidad sobreviniente, tratamientos médicos y terapéuticos presentes y futuros, gastos de farmacia y movilidad presentes y futuros y daño moral con más los intereses que estableció a la tasa activa del Banco Nación para operaciones de descuento de créditos. Dispuso que la sentencia tiene idénticos efectos para la citada en garantía que para su asegurado en el marco del contrato y de la Ley de Seguros.

1. Los recursos:

La parte actora apeló la sentencia a fs. 794 y la citada en garantía a fs. 798.

A fs. 853 se declaró desierto el recurso interpuesto por la aseguradora por no haber expresado agravios.

A fs. 839/849 obran glosados los agravios del actor, que no fueron contestados por la contraria.

2. Agravios:

La parte actora cuestiona que se haya admitido el el límite de cobertura. Sostiene la inoponibilidad del límite previsto en la póliza. Indica que el criterio sustentado por la Corte Suprema en “Buffoni”, y que citó el juez de primera instancia, está referido a un supuesto de hecho distinto del que se analiza en los presentes. Refiere también que la jurisprudencia de la Corte no es obligatoria, mucho menos estando en juego la garantía constitucional de protección de derechos de los consumidores. Refiere antecedentes jurisprudenciales que avalan su postura en cuanto a la inoponibilidad del límite de cobertura. Enfatiza que el actor es un tercero transportado que contrató un servicio de transporte “remís” no debiendo asumir ninguna consecuencia del riesgo ni limitación de cobertura. Afirma que tal limitación en los hechos importa falta de seguro. Refiere a la finalidad reparatoria del art. 68 de la Ley de Tránsito. Postula la necesidad de analizar la situación de desigualdad ante la ley, en que frente a los hechos como el que nos ocupa, podría quedar inmerso el actor de confirmarse el fallo recurrido.

Hace hincapié en que no existe ley especial que reglamente el seguro obligatorio de responsabilidad civil automotor e indica que la Resolución 38065/2013 de la SSN regula de manera distinta la reparación para el tercero según sea transportado en el vehículo asegurado o no, previendo indemnizaciones menores en caso de personas transportadas. Tal desequilibrio, dice,

debe ser restablecido haciendo extensiva la condena a la aseguradora más allá de los límites previstos por la reglamentación o actualizando esos límites teniendo en cuenta el transcurso del tiempo entre la emisión de la póliza y el dictado de la sentencia.

Por el segundo agravio, cuestiona la cuantificación del daño por incapacidad sobreviniente. Lo califica de irrazonable. Refiere a las conclusiones de las periciales médica y psicológica e indica que el juez omitió cuantificar la incapacidad señalado por el perito psicólogo.

A través de la tercera queja indica que el juez *a quo* omitió considerar que se indemniza una deuda de valor debiendo establecer el monto al momento de la sentencia y no al momento de la promoción de la demandada de conformidad con la prueba rendida.

En el cuarto agravio cuestiona la omisión de otorgar $400.000 estimados por el perito para una nueva cirugía y $46.240 indicados para el retiro de material de osteosíntesis que debieron ser incluidos en el rubro gastos médicos de farmacia y movilidad.

En último término se queja del rechazo del rubro asistencia personalizada por no existir prueba de su necesidad y sugiriendo que por la edad del actor igual necesitaría asistencia. Remarca que de las periciales rendidas se desprende que el actor luego del accidente dejó de tener la independencia que contaba.

3. Antecedentes:

En lo que aquí interesa, el actor, Sr. J. A., sufrió un accidente en oportunidad de ser transportado en un remís sufriendo politraumatismos con fractura maxilofacial. Debió ser intervenido quirúrgicamente sin obtener resultados óptimos debido a su edad (82 años) y la demora en la obtención de los materiales de osteosíntesis. Como consecuencia de ello ha quedado con incapacidad para masticar alimentos pudiendo alimentarse solo con productos procesados. Ello implicó pérdida del 25% de su peso habitual. También perdió

audición del oído izquierdo, sufrió heridas cortantes en el rostro y piernas y sufre constantemente de mareos y estados de pánico.

Demandó a los titulares registrales del remís y del vehículo embistente y a sus conductores al momento del accidente, más tarde desistió de la acción y del derecho en contra de los tres últimos. Citó en garantía a la compañía aseguradora del remís en los términos del art. 118 y concordantes de la Ley de Seguros (LS).

Reclamó indemnización por la disminución permanente de sus aptitudes psicofísicas, tratamientos médicos y terapéuticos presentes y futuros, asistencia personalizada, gastos de farmacia, movilidad, presentes y futuros y daño moral.

La citada en garantía invocó la limitación en la cobertura que contiene la póliza contratada de $125.000 por persona afectada.

El juez invocando criterio de la Corte Nacional en "Buffoni" concluyó que las cláusulas del contrato son oponibles al tercero. Rechazó el rubro asistencia personalizada y otorgó indemnización por los restantes rubros reclamados.

4. Tratamiento de los agravios:

Oponibilidad del límite de cobertura:

Los argumentos opuestos por el recurrente en el punto obtienen respuesta en la doctrina que emana de los fallos de la Corte en que se expidió sobre la oponibilidad al damnificado, del límite de cobertura pactado entre el asegurador y asegurado en los contratos de responsabilidad civil de automotores.

Y en tal sentido, recientemente, en fallo del 6/6/2017 en autos "Flores, Lorena Romina c/ Gimenez, Marcelino Osvaldo y otro s/ Daños y Perjuicios (acc. tráns. c/ les. o muerte)" ha reafirmado lo sostenido desde hace una década: "la oponibilidad de la cláusula contractual ha sido el criterio adoptado por el Tribunal en los supuestos de contratos de seguro del transporte público automotor (Fallos: 329:3054 y 3488; 330:3483 y

331:379 y causas CSJ 166/2007 (43-0)/CS1 “Obarrio, M. Pía c/ Microómnibus Norte S.A. y otros” y CSJ 327/2007 (43-G)/CS1, “Gauna, Agustin y su acumulado c/ La Economía Comercial S.A. de Seguros Generales y otro”, sentencia del 4 de marzo de 2008) (considerando 4).

Y reiteró, como lo hizo en otras ocasiones, que el acceso a la reparación integral de los daños padecidos por las víctimas constituye un principio constitucional que debe ser tutelado. No obstante, ello no obsta a que el contrato de seguro rija exclusivamente la relación jurídica entre los otorgantes, revistiendo los damnificados la condición de terceros frente a aquellos que no participaron de su realización (cons. 9).

Explicó el máximo tribunal: “la obligación legal que vincula a la víctima del accidente de tránsito con la aseguradora es independiente de aquella que se entabla entre esta y el asegurado, enlazada únicamente por el sistema instituido por la Ley 17418. Ambas obligaciones poseen distintos sujetos (no son los mismos acreedores y deudores en una y otra obligación), tiene distinta causa (en una es la ley, en la otra el contrato) y distinto objeto (el asegurado debe reparas el daño ocasionado, el asegurador debe garantizar la indemnidad del asegurado, en la medida del seguro).

Y volvió a recordar lo ya decidido respecto a que la modificación que introdujo la Ley 26361 a la Ley de Defensa del Consumidor no deroga ni modifica, implícita o tácitamente, la Ley de Seguros (CSJ 1319/2008 (44-M) “Martínez de Costa, M. Esther c/ Vallejos, Hugo Manuel y otros s/ Daños y perjuicios”, fallada el 9 de diciembre de 2009 y “Buffoni” (Fallos: 337:329).

Por último en su voto, el Dr. Rosenkrantz indicó que de la lectura del art. 68 de la Ley de Tránsito no surge que la cobertura establecida deba ser íntegra, irrestricta o ilimitada. La norma establece obligatoriedad de un seguro de responsabilidad civil para todo vehículo que circule en la vía pública, pero no se determina la extensión de la responsabilidad de

la aseguradora, pues ello es materia de la autoridad regulatoria que es la Superintendencia de Seguros de La Nación. Y es claro que la finalidad social del seguro, es proteger a las víctimas de los accidentes de tránsito, pero también es permitir el acceso fácil de la comunidad al seguro, pues ello maximiza la probabilidad de compensación a las potenciales víctimas de los daños producidos por los automotores, de allí que la limitación en la cobertura coadyuva a tal finalidad.

Se trata de conocer la estructura técnica del seguro y compatibilizar sus normas con el principio de reparación integral de las víctimas que no implica que aquellas accedan a la indemnización en todos los casos, sino que tal derecho debe ajustarse a los términos del contrato de seguro que invoca y que le es oponible en los términos que prescriben el juego armónico de los arts. 1195, 1199 del CC y 118 de la LS (Stigliz, Rubén S. Compiani, M. Fabiana, "Un trascendente y necesario pronunciamiento de la Corte en materia de seguros", La Ley 2014-C-38; Sánchez M. José, elDial.com - DC2358).

Por ello, y aplicando la doctrina señalada, rechazaré el agravio, pues "no es ocioso recordar que si bien la Corte Suprema solo decide en los procesos concretos que le son sometidos y su fallo no resulta obligatorio para casos análogos, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a aquellas (Fallos: 25:364), sobre todo como en el caso, que no advierto nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el máximo tribunal en su carácter de interprete supremo de la Constitución Nacional.

Incapacidad sobreviniente:

Siguiendo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la de nuestra provincia acorde con los tratados internacionales y las modernas tendencias doctrinarias, que comparto plenamente, la persona humana debe ser vista en su integralidad como un centro de imputación de derechos y obligaciones.

Prevalece el criterio amplio que pregona que la incapacidad sobreviniente comprende no solo las limitaciones específicas de la disminución de la capacidad laboral, sino la capacidad genérica y la que incide en el desarrollo normal y total de la vida de relación.

Se sigue así la opinión vertida hace tiempo por Mosset Iturraspe, "Responsabilidad por daños. El daño ilícito", T.III, p.332 con cita de CNCiv, Sala "F", voto Dra. Highton, JA 2004,-I-226, quien afirma: "en el examen complejo de su multiforme actividad, al margen de la laboral, toda persona desarrolla en su casa, o fuera de ella, tareas vinculadas con sus facultades culturales, artísticas, deportivas, comunitarias, sociales, religiosas, sexuales, etc. y los deterioros o menoscabos en tales quehaceres pueden acarrear consecuencias de carácter patrimonial".

La Corte ha dicho incansablemente: "cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas de manera permanente, esta incapacidad debe ser objeto de reparación al margen de que desempeñe o no una actividad productiva, pues la integridad física tiene en sí misma un valor indemnizable y su lesión afecta diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, social, cultural y deportivo con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida (Fallos: 308: 1109; 312: 2412, S. 621.XXIII, originario, 12- 9-95).

Explica el profesor Mosset Iturraspe: "Se trata de probar lesiones en la "integridad física o psíquica" que disminuyan una especie de "capacidad genérica", extralaboral en concreto o fuera de las tareas habituales, como si aludiéramos a dos tipos de lucro cesante: el provocado por la incapacidad laboral específica y aquel que provoca la incapacidad genérica o extralaboral. Esto permite concluir que la afectación física o psíquica, por sí misma produce perjuicios patrimoniales" (Mosset Iturraspe, Piedecasas,

“Responsabilidad por Daños”, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2016, T. I, Parte General, p 495).

Estamos ante un caso donde se juzga un concepto cualitativamente más amplio, como el de incapacidad vital, que abarca la capacidad cotidiana de la persona para desenvolverse por sí misma en el medio habitual en que desarrolla su existencia. Zavala de González, señala: "la incapacidad vital abarca, más ampliamente, las integrales proyecciones de la persona en lo individual y en lo social (vida de relación)". Lo que se indemniza dentro de este rubro es la limitación en todos los aspectos de la vida de la persona humana, que a partir de la secuela que le ha dejado el siniestro deberá soportar la víctima.

Si tuviéramos en cuenta solo la incapacidad laboral llegaríamos al absurdo injusto de considerar que ningún ingreso ha disminuido, ya que en este aspecto el haber jubilatorio no va a variar, y en ese ámbito -el de la jubilación- no hay posibilidades de modificaciones.

Por ello es corriente leer en los fallos “que la integridad física en sí misma tiene un valor indemnizable” y que “para la fijación del resarcimiento debe tenerse en cuenta la persona humana en su integralidad”, considerando “el conjunto de la lesión física y psíquica sufrida”.

Dicho ello, la crítica del apelante se centra en la cuantificación de la indemnización efectuada por el juez *a quo* y la falta de consideración de la incapacidad psicológica dictaminada por el perito a fs. (655).

Entiendo que el juez de la anterior instancia ha ponderado la incapacidad psicofísica informada con base en la sana crítica determinando un monto de $100.000 a la fecha del evento dañoso. Es cierto que pocos fundamentos ha brindado acerca de cómo arribó al monto condenado, pero no es cierto que no ha considerado los trastornos ocasionados a nivel psicológico tales como ansiedad y depresión, la afectación en su vida de relación provocada por la sordera, la dependencia

familiar, el cambio de dieta, en fin todas circunstancias con repercusión en los sentimientos de A., en su modo de estar y de sentir, la agresión inesperada a su integridad física, los tratamientos recibidos, la intervención quirúrgica a que fue sometido y todas las secuelas que alteraron su proyecto de vida fueron ponderados al cuantificar el daño moral que no fue criticado.

Debe recordarse también que en "Arostegui" la Corte señaló: "los porcentajes de incapacidad estimados por los peritos médicos no conforman pautas estrictas que el juzgador deba seguir, sino también las consecuencias que afecten a la víctima, tanto desde el punto de vista individual como desde el social, confiriendo un marco de valoración más amplio" (CSJN 8/4/2008).

Además, sabido es que más "la guerra de etiquetas" o debate acerca de la denominación que corresponde dar a tales o cuales daños, así como la "guerra de autonomías" o debate sobre si esos daños integran la categoría de los morales o patrimoniales es un quehacer menor, que no hace al fondo de la cuestión y en el cual se pierde mucha veces la contemplación del tema central (*cf*. Mosset Iturraspe "El daño fundado en la dimensión del hombre en su concreta realidad", "Rev. de Derecho Privado y Comunitario", T.I, p. 39, Nro. 23, Rubinzal Culzoni, 1992).

La injusta merma de la integridad sicofísica que padeciera a raíz del accidente, subsistió y aun subsiste; circunstancia que ha de ponderarse como daño a la integridad sicofísica no como partida independiente del daño sino integrando la "incapacidad sobreviniente" que se reclama.

Habiendo llegado a este punto, debo señalar que se presenta particularmente difícil la cuantificación de la partida en el caso, teniendo en consideración la edad del actor (88 años al presente), los beneficios para sí mismo que implica la realización de actividades que se han visto mermadas y la circunstancia que no se trata

de capacidad laborativa que implique una disminución en sus ingresos, toda vez que el método matemático que establece el art. 1746 CCyC comprende exclusivamente a los sujetos productivos, quedando fuera los jubilados o pensionados, entre otros, que son denominados "sujetos improductivos" (ver Mosset Iturraspe – Piedecasas, op cit., p 499; íd. Alferillo, Pascual en glosa al art. 1746 en Código Civil y Comercial Comentado dir. por Alterini, Jorge Horacio, ed. Thomson Reuters, La Ley, Bs. As 2015 p. 281 y sgtes.).

Por ello, debe quedar librado al prudente arbitrio judicial la determinación del *quantum* indemnizatorio por la incapacidad ocasionada a la víctima, con las particularidades de cada causa y con base en la operatividad de los principios de equidad, justicia, certeza y legalidad.

Destaco que el actor sufrió un accidente al impactar con el asiento delantero del vehículo en el que era transportado –remís- que le provocó un traumatismo craneofacial permaneciendo internado 9 días en el Hospital Regional, debiendo posteriormente ser intervenido quirúrgicamente (ver fs. 636/339). Presenta como secuela retrosnosia de 1/3 medio facial, lesión ósea multifragmentaria con mala calidad ósea, que le trajo aparejada una mala mordida, ocasionándole dolor a nivel de la articulación temporomaxilar, por lo que debe alimentarse con comida procesada sin poder realizar la masticación por la incongruencia dentaria que presenta (fs. 636 vta./637, pericia medica). Ello acompañado de cicatrices en el rostro como secuelas del traumatismo y de la cirugía. Ha perdido el 25% de su peso habitual como consecuencia de la alteración en su alimentación (ver pericia psicológica fs. 645).

El Sr. A., contaba al momento del hecho, 82 años de edad (ver informe social Nro. 157/2014 fs. 67 de expte. Nro. 17/2013 acordelado), gozaba de buena salud acorde a su edad tales como autonomía motriz, podía

vivir solo, administrarse económicamente, ya que estaba jubilado de YPF.

Teniendo en cuenta todo ello, se advierte también la íntima vinculación que existe en el caso entre esta incapacidad psicofísica, las limitaciones físicas en sus tareas cotidianas y sobre todo cómo tales limitaciones repercuten en su espíritu y en su vida de relación, que entiendo, es la más importante en el ciclo vital en el que se encuentra (pienso por ej., en la limitación que sufre de compartir una comida con amigos o vecinos o de escuchar un programa de televisión o radio, o mantener un diálogo, entre otras tantas). Sin dudas tiene intimísima vinculación con el daño moral padecido que fuera valorado por el juez en idéntica proporción estimada por el damnificado.

Por todas esas razones entiendo que debe elevarse a $200.000 la indemnización por incapacidad sobreviniente.

Por lo antedicho, tratándose de una estimación de prudente arbitrio y por haberse fijado una tasa de interés activa –que tiene un componente de corrección inflacionario- y que no fue cuestionada, entiendo que se da respuesta a la crítica efectuada como tercer agravio, el que debe rechazarse.

La cuarta queja refiere a la omisión de incluir en los gastos médicos de farmacia y de movilidad el costo estimado de la cirugía y del material de osteosíntesis que conforme la pericia ascendería a la suma de $476.240.

Bajo el acápite gastos de farmacia, movilidad presentes y futuros, requirió la indemnización de los gastos que se hubiesen producidos en concepto de farmacia y movilidad, estos últimos los acreditó con las facturas adjuntadas. Estimó la partida en no menos de $50.000.

El juez consideró razonable el monto de $30.000 generando la queja por la omisión que referí.

En relación al criterio de resarcibilidad de los gastos terapéuticos futuros se ha dicho que "debe bastar que el tratamiento o intervenciones terapéuticos aconsejados, aunque no indispensables, resulten razonablemente idóneos para subsanar o ayudar a sobrellevar siquiera parcialmente, las secuelas desfavorables del hecho. En dicha materia la opinión pericial es casi de rigor, a fin de poner de relieve que la aspiración al beneficio terapéutico deseado tiene alguna base expectable de éxito" (Zavala de Gonzalez, Matilde "Resarcimiento de daños" - 2.a, ed. Hammurabi, Bs. As. 1996, p. 128).

Debo señalar que la pericia médica si bien dijo que el actor era posible una nueva intervención quirúrgica, la misma involucra riesgo importante por el condicionante de su edad y estado general (fs. 637).

No entiendo que la perita haya efectuado recomendación positiva al respecto, por lo que no habría prueba cierta de este gasto futuro, contrariamente la desaconsejó cuando refiere "en el supuesto de tomar dicho riesgo" y luego afirmar que "someter al señor A. J. J. para su corrección mediante tratamiento quirúrgico dado el tiempo trascurrido y su edad avanzada puede ocasionar un detrimento mayor de su salud".

Asimismo, agrego que no cabe indemnizar una lesión en la integridad de sus secuelas juzgadas como irreversibles y simultáneamente, el costo de su corrección o mitigación, pues implica una duplicidad resarcitoria.

Por tales razones propongo la confirmación de la sentencia en tal sentido.

En cuanto al material de osteosíntesis, no fue acreditado el pago efectuado, sin que quepa presumir que debió afrontar el gasto, pues además de no haberlo acreditado, en el presupuesto de fs. 62 del 20/1/2012 se consigna que el damnificado es afiliado de PAMI, como que la entrega es inmediata contra pago. De la historia clínica surge que el día 20/12/2011 fue dado de alta a

la espera del material de osteosíntesis (fs. 146), habiendo certificado el implante requerido por PAMI el cirujano tratante Dr. Nadini el día 14/2/2012 – día de la cirugía- (ver fs. 51/53).

Tales extremos me convencen de que el material de osteosíntesis fue cubierto por la Obra Social y por lo tanto no resulta un daño acreditado, además de no haber sido peticionado en la demanda como daño emergente ni gastos de farmacia –pues no lo es-.

En la última queja refiere a la asistencia personalizada que reclamó por la suma de $24.000 anuales, y el juez desestimó por no existir prueba de su necesidad y que atento a su edad no se habría modificado su vida a raíz del accidente.

Entiendo en este punto que asiste razón al quejoso. Aun cuando el perito psicólogo haya informado que la presencia de su nieto "equivale y suple de manera ortopédica las necesidades y limitaciones en la autonomía causadas por motivo de autos en el actor", fácil es colegir que un hombre de 82 años -88 al presente- requiere no solo asistencia para suplir las limitaciones en su autonomía, sino también asistencia en los quehaceres domésticos.

Las conclusiones de la pericia médica dan cuenta de ello, refiere cefaleas y mareos y que actualmente vive con su nieto que se encarga de asistirlo, trasladarlo, habida cuenta que el señor posterior al accidente ya no se siente capaz de salir solo.

El informe social obrante a fs. 68 del beneficio de litigar sin gastos acordelado evidencia que aun cuando cuenta con una red familiar presente en el devenir de su historia, no se registran como sostén de su situación, sino más bien como acompañantes en algunas ocasiones.

Aun teniendo en cuenta la ayuda del nieto, no puede desconocerse que se trata de un joven de 22 años que vive con su pareja, en un departamento en el patio lateral de la vivienda del Sr. A. (ver informe social

referido), es razonable la previsión de una ayuda con jornada limitada, que de igual manera hubiera requerido de no haber sufrido el accidente.

En tal sentido considero razonable otorgar una suma fija de $50.000 para afrontar en alguna medida los gastos de asistencia personalizada y que devengará los intereses desde la fecha del evento.

5. Costas y honorarios:

La modificación que propongo de la sentencia de primera instancia carece de entidad para modificar la imposición de las costas, en tanto se mantiene la calidad de vencidos de las condenadas. A la misma conclusión arribo en orden a los honorarios por haber sido determinados en porcentuales.

Las costas de esta instancia se imponen a las demandadas vencidas por aplicación del principio objetivo de la derrota.

Los honorarios de esta instancia se fijan de conformidad con las pautas generales contenidas en el artículo 5 de la Ley XIII, nro. 4 y por aplicación de la escala específica del artículo 13 del mismo ordenamiento.

En función de lo expuesto, se regulan los correspondientes a los Dres. N. A. D. y K. J. conjuntamente en el 30% de los que fueron regulados por la asistencia letrada a la parte que representan. En todos los supuestos con más el impuesto al valor agregado si correspondiere.

A la segunda cuestión, la Dra. Zanatta dijo:

Propongo:

1) Admitir parcialmente el recurso interpuesto por la parte actora.

2) Modificar la sentencia de fs. 780/792 únicamente en lo que respecta al monto por incapacidad sobreviniente, fijándolo en $200.000 y admitir el rubro asistencia personalizada por la suma de $50.000 conforme considerando respectivo.

3) Mantener la imposición de costas y regulación de honorarios para la primera instancia.

4) Costas de esta instancia a los codemandados vencidos.

5) Regular los honorarios en la forma propuesta.

A la primera cuestión, la Dra. García Blanco dijo:

Viene a mi conocimiento el presente pleito por apelación deducida por la parte actora contra la Sentencia Definitiva nro. 129/2016 del Juzgado Civil nro. 1 de la jurisdicción, que dispuso: HACER LUGAR PARCIALMENTE a la demanda deducida por A. J. J. contra O. A. D. CONDENÁNDOLO a pagar la suma de PESOS TRESCIENTOS SESENTA Y UN MIL DOSCIENTOS ($361.200), en concepto de incapacidad sobreviniente: $100.000; tratamientos médicos presentes y futuros $25.000, tratamientos terapéuticos presentes y futuros $31.200, gastos de farmacia, movilidad, presentes y futuros $30.000 y daño moral $175.000, con mas los intereses. DESESTIMAR el rubro asistencia personalizada. ESTABLECER que la sentencia tendrá para la citada en garantía Aseguradora Federal, idénticos efectos que para su asegurado en el marco del contrato y la Ley de Seguros. IMPONER las costas al demandado vencido (art. 69 del C.P.C.Ch., texto *cf*. Ley XIII-5). REGULAR los honorarios de los profesionales actuantes (fs. 794, fs. 780/792 y fs. 801/2).

Tratándose mi voto del segundo en orden, omitiré reseñar los agravios objeto de tratamiento en esta alzada por haber sido cumplida la manda procesal por la Sra. Camarista que me precedió.

I. El primer agravio es la pretensión de la parte actora a que se ponga límite a la cobertura del contrato de seguro.

No están en discusión en esta instancia las circunstancias del hecho dañoso ni la mecánica del accidente, tampoco el rechazo de la excepción de prescripción opuesta por la tercera citada, temas estos que llegaron firmes.

Lo que se debate es el pedido del actor de declarar nula la cláusula de tope prevista en el contrato de seguro. En oportunidad de contestar demanda la Caja de Seguros S.A destacó que la póliza tiene un límite de cobertura de $500.000 por acontecimiento, con un máximo de $125.000 por cada fallecido o persona afectada. Fue corroborado por la pericial, el contador Humberto Mastronardi dictaminó que la póliza N° 3280334 tiene un límite por daños por personas transportadas por $500.000 por acontecimiento con un tope máximo de $125.000 por fallecido o persona afectada. Al decidir el tema el juez *a quo* tuvo en cuenta que a partir del fallo ”Buffoni” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha determinado que la víctima de un accidente de tránsito es un tercero con respecto a la relación entre el asegurado y la aseguradora. De modo tal que las cláusulas del contrato le son absolutamente oponibles, como en este caso el límite de $125.000, rechazando el pedido del actor.

Ahora bien, en el tema no ignoro que fueron varios los casos resueltos en ese sentido por el máximo tribunal de la nación, y que sin embargo, las Cámaras de Apelación tanto nacionales como de otras provincias se han apartado de tal criterio.

En este orden de ideas señalo que he seguido en muchas oportunidades anteriores el criterio del Superior Tribunal con anterior composición, que ha sostenido que "No cabe sostener... la validez vertical, lisa y llana de los fallos del Tribunal Supremo de la Nación pues ello significaría otorgar vigencia y efectos normativos a sus decisiones y a la doctrina que de él diman. Así se concedería a esta, alcances no determinados en nuestra constitución al definir la órbita de competencia de los Poderes del Estado y efectos no regulados en nuestro sistema de fuentes derecho, tal como ocurre en los países donde se aplica el "stare decisis" (SI N° 101/90, STJCh). Tan solo este Cuerpo ha aceptado que ciertos valores jurídicopolíticos de gran

significación, que constituyen materia federal regida por la constitución, requieren de pronunciamientos uniformes, que reafirmen la seguridad de las instituciones, eviten disparidad en las situaciones particulares y constituyan un sistema útil y efectivo (SI N° 10/96)".

Por tal fundamento y considerando que de la forma resuelta por el juez *a quo* se deja prácticamente sin cobertura una actividad de sumo interés social que -

como es de público-, tal como acontece en la especie, que el actor era transportado en un remís.

La prohibición que emana de la cláusula Anexo II de la póliza de seguro agregada a fs. 687, no se condice con el objetivo legal de mantener indemne el patrimonio del asegurado o del conductor autorizado frente al reclamo de terceros (art. 109 de la Ley 17418); ni con la necesidad de contar con un "seguro obligatorio" (art. 68 de la Ley 24449). Desde el punto de vista de la víctima de autos, la disposición se percibe como inaplicable, ya que siempre se ha sostenido que el acceso a la reparación integral de los daños sufridos en un accidente de tránsito es un principio constitucional que debe ser tutelado (*cf*. CSJN, en "Cuello c/ Lucena", C-724 XLI, pto. 5, del voto del Dr. Lorenzetti).

Comparto las citas jurisprudenciales que aportó el apelante en su memorial, y en el entendimiento que existe una fragmentación de responsabilidad en materia de daños causados por el autotransporte público de pasajeros, resultado de un concierto de varias partes, entre las que se destacan las transportadoras y las aseguradoras, íntimamente vinculadas entre sí, en un marco de, por lo menos, insuficiente control estatal, que habilita la circulación de los vehículos sin el seguro obligatorio integral que exigen las leyes de tránsito, nacionales y provinciales. Este concierto potencialmente dañoso los pone en pie de igualdad frente

a la víctima. Las empresas de seguros, al generar con su actividad empresaria una cadena de comercialización del servicio público del transporte, han contribuido a la generación de una actividad de riesgo, con las inherentes responsabilidades que surgen del art. 42 de la Constitución Nacional y 40 de la Ley 24240.

Los preceptos tuitivos del sistema de defensa del consumidor abarcan no solo al que paga un bien o servicio, sino a todo aquel que se sirve de él (Lorenzetti, "Consumidores", Rubinzal - Culzoni, 2003, pág. 107), de modo que la responsabilidad solidaria del art. 40 de la Ley 24240 se expande como principio general porque así lo impone la realidad y la necesidad de protección. La interpretación debe hacerse en forma amplia, extensiva a otros supuestos no previstos (*cf.* Farina, "Defensa del consumidor y del usuario", Astrea, 2004, pág. 1 y 28, párr. 20). El art. 40 no es una norma excepcional, acotada, susceptible de interpretaciones restrictivas. Por el contrario, la responsabilidad indistinta de todo aquel que integra una cadena de comercialización es un principio general del Derecho, favorable a cualquier dañado, sea o no consumidor. Por otro lado, mal podrían caber distinciones entre situaciones sustancialmente idénticas en punto a la obligatoriedad de contar con seguro de responsabilidad civil: este seguro ampara por igual a las víctimas que son pasajeros y a quienes no lo son. En consecuencia, si la ley no quiere tratar en forma diferente a las víctimas por ser o no pasajeras, porque atentaría contra el principio de igualdad ante la ley, menos aún puede hacerlo la interpretación de los jueces. Por estos fundamentos, y en la convicción de que el derecho del consumidor es de orden público, viabilizo la queja y declaro la inaplicabilidad de la cláusula que limita la responsabilidad de la aseguradora.

II. Como segundo agravio, el apelante se queja de la irracionalidad en la suma indemnizatoria fijada para la incapacidad sobreviniente. Inexistencia de

reparación integral, omisión de considerar que se indemniza una deuda de valor.

III. El tercer agravio:
el juez *a quo* omitió considerar que era una deuda de valor, debió establecerla al momento de la sentencia y no al momento de la promoción de la demanda.

Abordaré en forma conjunta ambos agravios por contener una unidad jurídico-ideológica.

Hace referencia el quejoso en su memorial a la pericial médica diciendo que esta concluyó con el 40,42%, que hubo una grave incapacidad física sufrida, lo que no fue valorado por el juez *a quo*. También afirma que el sentenciante omitió valorar la incapacidad psicológica remitiendo al dictamen y a las declaraciones de los testigos.

El juez *a quo* en su sentencia tuvo en cuenta los peritajes señalados por el apelante, pero no indicó la valoración que efectuó de los mismos; la reiteración de las conclusiones periciales por parte del apelante, resulta ser su punto de vista divergente, a lo que agrego que no es menos cierto que la decisión del juez *a quo* carece de una fundamentación suficiente, lo que lleva a reflexionar y analizar el ítem en cuestión.

Como dije precedentemente, no emerge claramente del fallo cuáles fueron los fundamentos para la determinación del monto al que arribó.

He sostenido con anterioridad que la incapacidad física puede ser clasificada en: laborativa (la que atiende estrictamente al ámbito productivo) y vital o amplia (proyectada a las restantes actividades o facetas de la existencia de la persona); es resarcible -a título de daño patrimonial- no solo en su faz laborativa sino también en su aspecto vital. Es decir, la incapacidad apreciable patrimonialmente no es solo la directamente productiva, también debe apreciarse aunque lo sea de manera mediata- el valor material de la vida humana y de su plenitud. Así, se ha sostenido que la incapacidad física muestra dos rostros, uno que se traduce en la

minoración de las posibilidades de ganancias connatural con el ser humano en el empleo de sus energías; y otro relacionado con las restantes actividades de la persona, disminuida por una incapacidad. Añadiendo pues que el daño y su resarcibilidad son independientes de la existencia de una incapacidad laboral o de cualquier tipo que, en consecuencia, puede o no concurrir con el menoscabo de algún aspecto de la personalidad integral.

Es que la incapacidad padecida aunque no acarree una directa merma de ingresos, sin dudas provoca una clara insuficiencia material para desenvolverse por sí y realizar actividades útiles.

En la comprensión de que ni la jubilación ni la edad avanzada constituyen *per se* el cese automático de la productividad de un sujeto. Así se he sostenido que el cobro de una jubilación, únicamente trasunta la obtención de beneficios previsionales al cabo de ciertos años de servicios y determinada edad, pero no significa que la 'vida útil' de la persona no pueda volcarse a otros ámbitos diferentes de la anterior ocupación laboral, así como el desenvolvimiento de actividades de algún modo útiles y productivas fuera de la órbita de las retribuidas o rentables dinerariamente.

En el presente caso tengo en cuenta que al momento del siniestro el Sr. A. era jubilado de YPF como surge del expte. nro. 17/2013 "beneficio de litigar sin gastos" acordelado al presente. Es decir, la incapacidad apreciable patrimonialmente no es solo la directamente productiva, sino que también debe apreciarse el valor material de la vida humana y de su plenitud.

En síntesis: la incapacidad padecida aunque no acarree una directa merma de ingresos, sin dudas provoca una clara insuficiencia material para desenvolverse por sí y realizar actividades útiles. Según el informe de fs. 67/69 del Servicio Social, obrante en el beneficio de litigar sin gastos, el actor no realiza otras actividades por su avanzada edad y los impedimentos físicos y que no convive con otro familiar.

Afirmo, la jubilación no significa la no realización de tareas útiles en su más amplio sentido (incluyendo las domésticas como en el presente caso).

Agrego que, no obstante el accidente sufrido, la jubilación la sigue percibiendo, siendo ello independiente e inmutable.

En síntesis, surge de las pruebas de autos que antes del accionante no realizaba labores rentables extras, pero cierto es que el daño material producido afectó la vida en su plenitud como dije precedentemente, come de forma diferente lo que implica una limitación en una función fisiológica elemental y tiene dificultades auditivas, según la pericial medica (fs. 636/648).

No caben dudas de las secuelas de carácter irreversibles, las lesiones que sufrió a causa del accidente en que se fundó esta acción han perturbado la vida en cuanto a la forma que se desenvolvía con anterioridad al siniestro.

En el entendimiento de que la víctima no ha logrado fundar el exacto valor económico del daño patrimonial sufrido a raíz de su incapacitación que peticionó en su libelo de inicio, ello no obsta a la procedencia de la indemnización por la incapacidad sufrida en su faz vital, y la revisión en este estadio.

Ahora bien, en este caso que se trata de un jubilado, la mayor parte de la jurisprudencia es coincidente en que no pueden aplicarse fórmulas matemáticas y que el juez debe determinar el *quantum* en un marco de discrecionalidad.

La doctrina ha dicho: “la aceptación de un cierto grado de creatividad es connatural al proceso de interpretación de las normas, abre el camino para el reconocimiento de una determinada discrecionalidad en la actividad jurisdiccional…

”...pero aun cuando discrecionalidad no significa necesariamente arbitrio, la verdad es que el juez se enfrenta casi siempre con situaciones en las cuales debe

realizar elecciones entre interpretaciones alternativas diferentes…

”Por muy estrictas que sean las reglas y preceptos legales, nadie puede negarle al juzgador que las aplica un margen de libertad en su interpretación, una proyección de su subjetividad y, que le despierta el hecho a juzgar…” (Hart, H.L.A. “El concepto de derecho”, traducción Genaro Carrió, Abeledo PerrotBs.As., 1992, pág. 155).

Frente a la incertidumbre del monto o importe al que ascendería la pretensión económica, las aclaraciones efectuadas en cuanto al porcentaje de incapacidad otorgado por el especialista, tengo en cuenta al momento de decidir que es un hombre adulto mayor con la función auditiva limitada, que no puede comer adecuadamente, sino solo ingesta de líquidos que por esa razón ha perdido peso y fuerza física.

A lo que agrego que el monto acordado por el juez a quo a mi modo de ver, implica que deba quedarse sin la debida reparación cuando ha quedado demostrado que la responsabilidad de sus dolencias fue de manera exclusiva la accionada.

Bien, sentada la existencia del daño respecto a su cuantificación, cabe señalar que existe el criterio que con la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación se innovó respecto de los mecanismos de cuantificación que fueron utilizados hasta el momento por cuanto la cuantificación del daño debe efectuarse según la ley vigente en el momento en que la sentencia determina su medida o extensión. Ahora bien, esta postura doctrinaria efectúa una disgregación entre dos normas: por un lado, el anterior Código Civil para la determinación de la responsabilidad y del daño en su existencia y graduación y, por el otro, el actual código al momento de establecer el *quantum* por ser el vigente al momento del dictado de la sentencia al tratarse de deudas de valor.

En la especie, el juez *a quo* estableció que regía el Código Civil anterior y el apelante no hizo mención alguna en contra, por lo que adelanto no he de receptar.

Además, seguir el criterio del apelante determinar el monto del resarcimiento al momento de la sentencia- implica dejar de considerar la condena como una obligación de valor, insensible a las oscilaciones del poder adquisitivo de la moneda (*cf*. PIZARRO, Ramón D.; VALLESPINOS, Gustavo, "Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones", Hammurabi, t. I, 2004, Bs. As., pág. 372), por lo tanto, la tasa de los intereses por mora que corren desde el vencimiento de la obligación (fecha en que se produjo el daño) hasta la fecha de la sentencia (momento en que fue liquidada la deuda), no deben contar con escoria inflacionaria, sino que se devengan a tasa pura. Ello explica que los intereses anteriores a la sentencia tengan una tasa inferior que los intereses que corren con posterioridad a la misma y hasta su efectivo pago. Situación esta que se ve zanjada al imponer la tasa que cobra el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones ordinarias de documentos comerciales a treinta días desde la fecha del siniestro 12 diciembre 2011 hasta el efectivo pago como ocurrió en la especie. Por ello rechazo el agravio tercero.

Retomando con el tema del resarcimiento, en este difícil trance considero el monto reclamado al incoar demanda, también el haber jubilatorio que percibe el actor según las constancias de haberes agregados en el beneficio de litigar sin gastos que tramitó por incidente; que efectuando una aproximación del cálculo matemático, como simple referente, ya que no están actualizados los montos a este momento, tomando el porcentaje de incapacidad, y multiplicando por setenta meses desde el hecho a la sentencia, el resultado está aproximado a lo reclamado. Por lo dicho anteriormente, constituyen argumentos que me inducen a receptar el agravios II y modificar el monto de condena imponiendo por el concepto incapacidad sobreviniente la suma de

$200.000 con los intereses dispuestos por el juez *a quo* desde el momento del siniestro.

En cuanto a la queja por el daño psiquiátrico, y el porcentaje calculado en la pericial, que según el experto es reversible (fs. 655), con lo cual no puede considerarse un daño resarcible; por otra parte las afecciones psíquicas, dichas pautas fueron valoradas por el sentenciante de grado al establecer el daño moral por lo que no recepto la queja.

IV. Se agravia porque omitió el juez a quo otorgar los $400.000 estimados por el perito para la nueva cirugía.

Reiteradamente he sostenido que el derecho de daños no es sancionatorio, sino resarcitorio, por ello, no se detiene en la lesión, sino que averigua sus resultados; si y cómo la lesión ha gravitado en la esfera patrimonial o espiritual de la víctima. La lesión no es el daño y si su causa (ver Zavala de González, M., ”Resarcimiento de daños”, t.2, p.105).

Así la indemnización tiene por objeto, en la medida de lo posible, la reposición de las cosas a su estado anterior sin convertirse en fuente de lucro para el damnificado y correlativamente en un factor de expoliación para el dañador, lo que ocurre cuando este se ve compelido a indemnizar un daño total o parcialmente inexistente (Pizarro, Ramón, “Daño Moral. Prevención. Punición”, pág. 35).

El demandante tiene que probar la existencia del daño, inexcusablemente, so pena de no recibir reparación alguna, en razón de que como ya se dijo anteriormente debe haber algo que reparar (Belluscio, “Cód. Civ…”, ed. Astrea, pág. 705).

La indemnización de daños y perjuicios lleva implícita la realidad de estos, para su establecimiento judicial, se requiere la comprobación suficiente de tal realidad (CS, 1-11-99 “Rosa, Carlos A. c/ Estado Nacional”, RED 35-521, p, VIII-A-101).

Surge de la pericial medica que la intervención quirúrgica resultaría perjudicial para la salud del actor, y estimó la perita, solo para la hipótesis de decidir efectuársela, un importe. Esta hipótesis no fue pedida en el libelo de inicio, no obstante emerge de fs. 198vta./199 (9, 10 y 17 puntos). Aunque fue preguntado a la perita y respondido por este a fs. 637, la improbabilidad de efectuar tal cirugía, el carácter hipotético que colinda con lo improbable, lleva a sostener que es presupuesto de la reparación, la previa acreditación del perjuicio que se intenta resarcir, y no basta para ello que el mismo sea insinuado dogmáticamente o resulte de suposiciones, por ello rechazo el agravio.

La misma suerte adversa corre el pedido de gastos farmacéuticos y movilidad, la suma de $46.340, toda vez que no fue específicamente requerido al incoar demanda (fs. 200) ni existe constancia de la erogación al momento de haber sido asistido por la obra social.

V. El arbitrario rechazo del rubro asistencia personalizada:

Según surge del fallo, el rechazo del rubro fue porque no existen constancias ni se ha probado la necesidad de asistencia personalizada.

No comparto la conclusión del juez *a quo* de la detenida lectura del informe de la Lic. F. M. de fs. 653/656, que describe la situación del actor haciendo especial referencia al impacto que tuvo el accidente en una persona de edad avanzada, ya que emerge del dictamen de la psicóloga la necesidad de auxilio de otra persona para suplir las necesidades ortopédica y las limitaciones en la autonomía causadas por el accidente.

Por lo que entiendo el rubro debe prosperar, y a los fines de determinar su monto digo que en su libelo de inicio el accionante reclamó por el ítem $24.000 anual, estimando un salario de $2.000.

Tengo en cuenta que la asistencia requerida no es permanente, puesto que como relata el Sr. A. y el detalle sobre su vida efectuado por la Sra. camarista que me precedió, el auxilio que requiere de una persona es en forma parcial no constantemente durante el curso del día, que conforme la situación del actor que necesita asistencia en momentos de realizar sus comidas y que su capacidad de desplazamiento se vio alterada puesto que dicha limitación surge del dictamen, considero que debe requerir un auxilio no necesario durante toda la jornada, sino en forma parcial. Por último es oportuno dejar sentado que el Sr. A. al presente cuenta con 88 años, y que inexorablemente existe un deterioro físico producto de la edad cronológica, estimo que el rubro debe ser indemnizado en un monto fijo; recepto parcialmente el agravio y modifico el fallo en el punto, condenando a resarcir por el rubro asistencia personalizada la suma de $50.000 con más los intereses desde el evento dañoso.

VI. Las costas de ambas instancias se imponen a las demandadas vencidas (art. 282 y art. 69 del CPr). Difiero la regulación de los honorarios de los profesionales actuantes en ambas instancias al momento del acuerdo.

A la segunda cuestión, la Dra. García Blanco dijo:

Propongo:

1) Receptar parcialmente los agravios de la parte actora. Modificar parcialmente la sentencia venida en crisis, modificando la sentencia de grado en lo siguiente: condenar a la aseguradora solidariamente declarando no oponible la cláusula limitante de responsabilidad al actor Sr. A.; condenar por resarcimiento en concepto de incapacidad sobreviniente la suma de $200.000 (doscientos mil pesos), al resarcimiento por el rubro atención personalizada condenando al pago de $50.000. Imponer los intereses de los montos condenados a partir del evento dañoso a la tasa activa dispuesta por el juez a quo.

2) Costas de ambas instancias a las demandadas vencidas según considerando respectivo. Diferir la regulación de los honorarios profesionales en ambas instancias al momento del acuerdo.

A la primera cuestión, el Dr. Nahuelanca dijo:

La sentencia se dicta a fs. 780/792. Se hace lugar a la demanda interpuesta por la parte actora J. J. A. contra la parte demandada O. A. D. y condena a pagar la suma de $361.000 por incapacidad sobreviniente, tratamientos médicos y terapéuticos, gastos de farmacia y movilidad e intereses. Tiene aclaratoria a fs. 801/802.

La sentencia establece que tendrá para la citada en garantía Aseguradora Federal, idénticos efectos que para su asegurado en el marco del contrato y la Ley de Seguros.

Apela la sentencia la parte actora (fs. 794) y la aseguradora (fs. 798). A esta parte se le declara desierto el recurso a fs. 853.

Advertencia preliminar.

El presente juicio proviene de la Sala B de esta Cámara, cuya Sala debo integrar en razón de la designación de fs. 831, con origen en la recusación sin causa formalizada por la parte actora a fs. 827 contra el Dr. Ricardo Rubén Hayes y su consiguiente inhibición para intervenir a fs. 829.

El presente acuerdo cuenta con el primer voto de la Dra. M. Fernanda Zanatta y segundo voto de la Dra. Mercedes García Blanco, las que en tratamiento del recurso subsistente, el interpuesto por la parte actora J. J. A. bajo apoderamiento letrado a fs. 839/849, conforman la mayoría del pronunciamiento prevista en el art. 274 Ley XIII N° 5 del Digesto Jurídico, en los conceptos incapacidad sobreviniente y atención personalizada. Importando lo señalado la decisión que ha de dictarse sobre dichos tópicos, carece de virtualidad el pronunciamiento del presente tercer voto respecto a los mismos.

En cuanto al primer agravio del memorial aludido, expone que procediendo la responsabilidad a la citada en garantía y en la medida del seguro, señala los límites de la póliza, que también lo hace el contador Huberto Mastronardis y se determinan los límites por daños y por persona. Contrapone, conforme con el fallo “Buffoni” –CSJN– que la víctima de un accidente de tránsito es un tercero respecto a la relación entre el asegurado y la aseguradora, de tal modo que las cláusulas y el límite le resultan oponibles. Explica cuál es la conducta en general de las compañías de seguros cuando son citadas en garantía planteando que siempre señalan su responsabilidad en la medida del seguro. Transcribe la norma y dicha limitación, en tanto la jurisprudencia mayoritaria a reconocido dicha limitación. Destaca no obstante circunstancias del hecho ocurrido y el modo en que eran transportados los damnificados de un lugar no habilitado. Aborda otras evaluaciones, que aún la función social del seguro no implica la cobertura total. Todo, según la postura de la Corte, pero sin embargo, se encargó de juzgar que en el caso del transporte ferroviario, considerando abusivas las limitaciones que violentan el derecho constitucional que garantiza a las víctimas la reparación plena. Afirma que la jurisprudencia actual se perfila aplicando criterios novedosos en relación a la temática, considerando los límites desactualizados y se ha diferido la medida de la responsabilidad a lo que resulte de la liquidación. Señala en consecuencia las variables con incidencias valorativas de la ley de defensa del consumidor y de la buena fe y cita fallo de jurisprudencia muy anterior a la vigencia del Código Civil y Comercial en el que se señalaba que no podían vulnerarse las garantías constitucionales, con lo que ingresa francamente a la interpretación con la mencionada LDC y el art. 37 de la misma. Cita a

continuación fallos vinculados de la factura de las innovaciones similares y para controvertir que la tendencia jurisprudencial no es la limitada de la sentencia. Analiza bajo titular la desigualdad ante la ley respecto del tercero transportado y no transportado, en tanto que por la ley de seguro obligatorio de automotores en la practica se recurre al seguro de responsabilidad civil del art. 109 Ley 17418. Que no obstante, la Superintendencia de Seguros de la Nación ha dictados resoluciones reglamentando la materia de los seguros y fijado límites, las que transcribe entre fs. 842/842vta. Confronta en consecuencia los conceptos resultantes de la desigualdad señalada y que son supuestos que no resisten el menor análisis de logicidad y decisión razonable. Afirma que el desequilibrio debe ser armonizado, ya sea declarando la inconstitucionalidad de las reglamentaciones o sentencias aleccionadoras que se aparten de los límites fijados en la resolución de la Superintendencia de Seguros de la Nación. Afirma que hacer extensiva una condena a la Aseguradora superior a los límites previstos en la reglamentación en orden al trato desigual y considerando la visión del nuevo CCyC, equilibraría el injusto frente a la falta de regulación específica en materia de seguro obligatorio; que además, esos límites debieran poder actualizarse teniendo en cuenta el transcurso del tiempo entre la emisión de la póliza y el dictado de la sentencia. Que una compañía aseguradora citada en garantía a juicio, licuará su crédito con solo dilatar el proceso. En las conclusiones del agravio, entiende evidente que no puede oponerse a la víctima del daño, el límite de la cobertura que la Cía. Aseguradora impusiera contractualmente al asegurado y finalmente que es evidente en el análisis que la cobertura opuesta por la Compañía Aseguradora citada en garantía es inoponible al tercero damnificado

y por lo que solicita se revoque el decisorio apelado, concediendo al actor, víctima del injusto, la protección legal que merece en este tipo de seguro y en aras de propugnar y sostener un orden jurídico J..

Análisis del agravio.

Que el presente primer agravio parte de la concepción de la sentencia que en cuanto extiende la responsabilidad a la citada en garantía lo es en la medida del seguro, con lo se ha explayado con notable amplitud conforme se ha dejado expuesto en los párrafos precedentes, agraviándose del ajuste del fallo a la norma legal, el art. 118 de la Ley de Seguros, afirmando el injusto de esa previsión legal, citando jurisprudencia que superaría las limitaciones vigentes o que sostienen como injusta o discriminatoria las distintas coberturas limitativas en materia asegurativa para terceros transportados y no transportados, hasta decisiones del tribunal que debieron llegar en su caso a la declaración de inconstitucionalidad de textos normativos, en definitiva, un pronunciamiento que superara la cobertura limitativa opuesta por la Compañía Aseguradora citada en garantía, como cierra con el agravio interpuesto.

Las extensas cuestiones planteadas en esta alzada y que sostiene debió resolver el tribunal de primera instancia, imponen la revisión de la trama litigiosa y advertir entonces, que en la citación en garantía del punto III de fs. 189vta., el petitorio se constituyó en que se cite a la A. F. A. S.A., en
los términos del art. 118 y concords. de la Ley de Seguros.

Huelga señalar, en consecuencia, que el Sr. juez de primera instancia no se vio precisado a resolver el cúmulo de cuestiones planteadas solo limitada a dicha norma de la LS, con lo que la interposición de los amplios cuestionamientos en esta Alzada ingresan a la prohibición prevista en el art. 280 Ley XIII N° 5 del

Digesto Jurídico, que impide al tribunal fallar sobre capítulos no propuestos al juez de primera instancia. Así se declara.

A la segunda cuestión, el Dr. Nahuelanca dijo:

Voto:

Rechazar el primer agravio, por las razones expuestas.

A la primera cuestión, el Dr. Alexandre dijo:

Al no haberse logrado la mayoría requerida por el art. 274 CPr/DJ en cuanto a la cuestión traída a debate y sin necesidad de prologar mi opinión gracias a la introducción que se lee en los restantes votos, paso a dar mi opinión tras detenida lectura y valoración de las constancias adquiridas en autos en cuanto el punto a resolver.

En primer lugar al margen de las razones de celeridad y economía que merece la presente por razones procesales ajenas a las partes, recuerdo que atento a que la obligación de los magistrados de decidir las cuestiones conducentes para el fallo, se circunscribe a las que estimen necesarias para la sentencia que deben dictar (Santiago C. Fassi en “Código procesal...”, t. I, pág. 278), y a que no se encuentran ceñidos a seguir el enfoque jurídico esgrimido por las partes, ni tampoco a rebatir todos y cada uno de sus fundamentos por ellas invocados (fallos 258:304, entre muchos), me limitaré a considerar los agravios sobre aquellas cuestiones centrales que sean útiles para la decisión(fallos 272:225 entre muchos y CNCiv., sala C, 23/03/2011 – “Ferrocarriles Metropolitanos SA c. Agli, Jorge A.”, en JA 2011-IV, fascículo n. 5, pág. 61).

A los fundamentos del agravio vertido a fs. 839/843vta., p. II, contra la resolución impugnada que mantiene un criterio contrario, también se le opone aquella postura jurisprudencial que integra el fallo antecedente vertido en el primer voto y al que adhiero en razón de lo actuado y legislación aplicable al caso y es que el mismo, al margen de haberme orientado en tal

sentido en casos análogos, además de adherir lo entiendo como una imposición moral como lo es todo fallo de nuestro máximo tribunal nacional, en resumen allí se dijo, *v. gr.*: "La libertad de contratar está protegida constitucionalmente y nadie puede, so pretexto de un perjuicio ético o patrimonial, entrometerse en la esfera de autonomía de quien ha celebrado ese contrato (…). De tal modo, no puede afirmarse que la franquicia es un instrumento que perjudica a terceros, ya que es el ejercicio razonable de una limitación del riesgo de la actividad. Si un tercero puede cobrar al asegurador una suma superior a la contratada, no solo se viola la ley de seguros, sino que se consagra una obligación sin causa (…). Si bien, el tercero damnificado puede llegar a ser acreedor de la aseguradora del causante del daño, siempre deben

respetarse las limitaciones de las cláusulas contractuales pactadas en dicha convención, que a su vez están subordinadas a la normativa vigente".

Y agregaron: "La obligación del asegurador de reparar el daño tiene naturaleza meramente 'contractual', y si su finalidad es indemnizar al asegurado de los perjuicios sufridos por la producción del riesgo asegurado, su origen no es el daño sino el contrato de seguro. De tal manera, la pretensión de que la aseguradora se haga cargo del pago de la indemnización 'más allá de las limitaciones cuantitativas establecidas en el contrato' carece de fuente jurídica que la justifique y, por tanto, no puede ser el objeto de una obligación civil". Y por su parte, Rosenkrantz afirmó: "El mero hecho de que la víctima cargue con un daño que otro le causó, circunstancia lamentable por cierto, no justifica por sí solo que los jueces hagan inoponible a la víctima el límite de cobertura, que consistente con la regulación pertinente, ha sido acordado entre asegurado y aseguradora. Nada obsta, por cierto, a que otros poderes del Estado

decidan seguir ese camino y, sobre la base de las consideraciones sistémicas pertinentes incluyendo aquellas de carácter valorativo respecto de la priorización de diferentes objetivos sociales que se consideren valiosos- adopten las regulaciones que estimen convenientes".

También se expresó: "El contrato de seguro solamente rige la relación jurídica entre las partes que lo celebran (artículos 1137 y 1197 del Código Civil; actuales artículos 957 y 959 del Código Civil y Comercial de la Nación). La víctima de un daño es un tercero en relación al contrato firmado entre la aseguradora y quien causó el daño, en tanto no fue parte de ese contrato (arg. artículo 109 de la Ley 17418). El contrato, entonces, no puede perjudicar a la víctima pero tampoco podría beneficiarla más allá de sus términos y de lo dispuesto en las normas aplicables. Por lo tanto, si la víctima desea invocar el contrato de seguro en su beneficio, en virtud de lo dispuesto por el artículo 118 de la Ley 17418, y citar en garantía al asegurador en el juicio de daños deducido contra el asegurado, en principio debe circunscribirse a los términos de la póliza (artículos 1195 y 1199 del Código Civil; actuales artículos 1021 y
1022 del Código Civil y Comercial de la Nación)" (conforme normativa aplicable al caso). (ver CS 06/06/2017 en "F., L.R. C. G., M.O. y otro s/ daños y perjuicios (acc. trán. c/ les. o muerte)", publicado en LA LEY 19/06/2017, 19/06/2017, 4 – LA LEY2017-C, 490 – LA LEY 26/06/2017, 5, con nota de Felipe F. A.; LA LEY 2017-C, 552, con nota de Felipe F. A.; LA LEY 17/06/2017, 17/06/2017, 8 – LA LEY2017-C, 450 – RCyS 2017-VII, 173). Así entiendo que con lo dicho basta para adherir en cuanto al punto con la colega que voto en primer término.

A la segunda cuestión, el Dr. Alexandre dijo:

Habiendo concordado con el voto de la Dra. Zanatta reitero su fórmula decisoria.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar, con las disidencias parciales señaladas, la siguiente **SENTENCIA**:

1) Admitir parcialmente el recurso interpuesto por la parte actora.

2) Modificar la sentencia de fs. 780/792 únicamente en lo que respecta al monto por incapacidad sobreviniente, fijándolo en doscientos mil pesos ($200.000) y admitir el rubro asistencia personalizada por la suma de cincuenta mil pesos ($50.000), conforme considerandos respectivos.

3) Mantener la imposición de costas y regulación de honorarios para la primera instancia.

4) Costas de esta instancia a los codemandados vencid6s.

5) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en primera instancia a los Dres. N. A. D. y K. J. conjuntamente en el treinta por ciento (30%) de lo regulado a su parte por la labor en la instancia de grado, con más el IVA si correspondiera.

6) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

GRACIELA MERCEDES GARCÍA BLANCO
Jueza de Cámara

MARÍA FERNANDA ZANATTA
Presidenta

JULIO ANTONIO ALEXANDRE
Juez de Cámara

FERNANDO NAHUELANCA
Juez de Cámara

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2017
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "CyC"
MARCELO ANDRÉS NICOTERA Secretario de Cámara