

CASTRO, EVARISTO F. C/ FERNANDEZ, GUILLERMO Y OTROS S/
ORDINARIO

EXPTE. 30633; JUZG. CIVIL I

Cipolletti, 30 de mayo de 2014.

VISTAS: las presentes actuaciones caratuladas “Castro, Evaristo F. c/ Fernández, Guillermo y otros s/ ordinario” (Expte. 30633-I-10), para dictar sentencia definitiva, de las cuales

RESULTA:

I. A fs. 56/78 se presenta Evaristo Faustino Castro, por su propio derecho y con patrocinio letrado, promoviendo demanda por daños y perjuicios contra Guillermo Fernández y Norma Beatriz Rogel, solicitando la citación en garantía de Compañía de Seguros La Mercantil Andina SA, reclamando la suma de \$ 151.975 o lo que en más o en menos resulte de las pruebas a producirse en autos con mas sus intereses y costas.

Sostiene que con fecha 3 de marzo de 2010, siendo aproximadamente las 19,50 hs., en Av. Primeros Pobladores de la ciudad de Catriel, ocurrió el accidente que motiva las presentes. Que en tal circunstancia el menor de edad Daniel Joaquín Fernández, de 15 años al momento de producirse el accidente, conducía el automóvil marca Volkswagen, modelo Gol 1,6, tipo sedan 4 puertas, dominio GHK 534, modelo 2009, de propiedad y titularidad registral de su progenitor Guillermo Fernández por Av. Primeros Pobladores en dirección Oeste a Este. Que el menor de edad, hijo de los codemandados, conducía de manera total y absolutamente antirreglamentaria, inhabilitado en razón de su edad y por no contar con registro habilitante. Que en tal circunstancia colisionó de atrás a la bicicleta conducida por el actor, quien circulaba por Av. Primeros Pobladores, en idéntico sentido que el automóvil. Que el accidente dio origen a la causa caratulada “Fernández, D.J. s/ lesiones graves en accidente de tránsito”, en trámite por ante el Juzgado de Instrucción N° 6. En dichas actuaciones se dictó sentencia con fecha 27 de mayo de 2010 resolviendo sobreseer totalmente al menor por aplicación del art. 306 inc. 3 del CPP, por mediar una causa de inimputabilidad. Que la causa de inimputabilidad se

configura por la minoría de edad al momento de producirse el accidente de tránsito. Que no obstante ello, el Juez sentenciante expresa en la resolución aludida: “sin embargo, lo antedicho conlleva que el reproche penal en contra del imputado sólo se ha extinguido por una cuestión azarosa y de cierta “buena estrella” que ha operado a favor de FERNANDEZ. Lo antedicho no resulta ocioso: según la constancia de fs. 11 el siniestro sucedió aproximadamente un mes antes de que el menor cumpliera los dieciséis años. En aquel caso, su situación procesal no hubiera encontrado automática y favorable resolución sino que, a priori, el menor se hubiera encontrado subordinado a la potestad y el poder jurisdiccional durante el transcurso de la etapa instructoria, con el riesgo natural de resultar formalmente procesado por el delito que se le adjudicó”. Que expresa además respecto de los progenitores del menor de edad que “lo sucedido debería alimentar la reflexión de GUILLERMO FERNÁNDEZ y NORMA BEATRIZ ROGEL, progenitores del menor imputado. Por acción u omisión permitieron que su hijo de 15 años de edad se pusiera al volante de un vehículo y lo conduciera... (condujera)... de manera ilícita por zona urbana, con lo cual el menor configuró un peligro para sí mismo y para terceros, lo cual finalmente terminó configurándose en el siniestro motivo de estos actuados”. Sostiene que quedó acreditado que el hijo de los codemandados no se encontraba habilitado para conducir vehículos en razón de su minoría de edad. Que va de suyo que la minoría de edad y la falta de licencia para conducir automotores, constituye una presunción de impericia, ya que si bien la falta de registro no es por sí sola prueba de culpa exclusiva, constituye un fuerte indicio de que Daniel Joaquín Fernández carecía de la habilidad necesaria para evitar o sortear las dificultades del tránsito. Que a más de no encontrarse habilitado para conducir vehículos, el menor lo hacía a gran velocidad, sin extremar precauciones y sin respetar siquiera los reductores de velocidad existentes en el lugar. Afirma que el actor circulaba en bicicleta reglamentariamente, sin que nada pueda serle reprochado, y que con total desprecio por las normas de la prudencia y sin advertir a su persona que se encontraba circulando en el mismo sentido, fue embestido por detrás. Que las circunstancias de lugar y modo en que se produjo la colisión, han quedado reflejadas en el croquis ilustrativo obrante a fs. 2 del expediente penal. Afirma que producto del impacto, además de la destrucción de su bicicleta, sufrió fractura de húmero derecho, con desplazamiento leve, herida cortante en pulgar derecho con requerimiento de sutura, que merituaron la calificación de lesiones graves. Afirma que ninguna maniobra de esquite intentó el conductor del automóvil, ni adoptó las mínimas precauciones generales o especiales para evitar el

impacto. Que si el accionar del hijo de los demandados hubiera sido conforme a las normas de tránsito y a los dictados de la prudencia, habría podido detener su vehículo o esquivarlo impidiendo el tremendo impacto. Cita jurisprudencia en apoyo de su postura. Detalla los daños cuya reparación solicita y los cuantifica. Hace referencia a las comunicaciones enviadas a la citada en garantía y a los demandados, afirmando que nunca obtuvo respuesta. Fundamenta la responsabilidad que imputa a los demandados. Ofrece prueba.

II. Corrido el pertinente traslado, a fs. 117/123 se presenta Compañía de Seguros Mercantil Andina SA, contestando la citación en garantía e interponiendo exclusión de cobertura, contestando en subsidio la demanda y solicitando su rechazo.

Con respecto a la exclusión de cobertura manifiesta que celebró con el asegurado contrato instrumentado bajo póliza 5/6870018 contratada por Guillermo Fernández respecto del vehículo VW Gol, dominio GHK 534. Que la misma en sus cláusulas disponía la exclusión de cobertura para el caso de que se permitiera la conducción del vehículo a quien no estuviera legalmente habilitado. Que según las constancias del accidente, incluso como el mismo actor lo reconoce, lo protagonizó Daniel Joaquín Fernández de 15 años de edad, quien no tenía carnet de conducir al momento del hecho, configurándose un supuesto de fuera de cobertura, una exclusión expresa del convenio, solicitando se exima a su parte de su obligación de responder. Que ello le fue comunicado al asegurado Guillermo Fernández, mediante carta documento, cuyo texto transcribe. Afirma que tan clara y contundente fue la situación que el asegurado de puño y letra desistió de la denuncia administrativa del siniestro en franco y expreso reconocimiento de que el supuesto no estaba incluido dentro de la cobertura. Cita jurisprudencia en apoyo de su postura.

Luego contesta la demanda, negando los dichos del actor, y sostiene que en fecha 3 de marzo de 2010, a las 19,40 hs. aproximadamente el menor Joaquín Fernández conducía el rodado Gol, dominio GHK 534 por Av. Primeros Pobladores de oeste a este. Que cuando comenzaba a traspasar la intersección con calle Mendoza, un ciclista arribó por éste última, de Norte a Sur e imprevistamente dobló hacia el este, interponiéndose en la línea de circulación del rodado y provocando el impacto. Que la calle Mendoza por la que iba el demandante es perpendicular a la Avenida y en ese lugar hace una especie de "S". Que lo imprevisto de la maniobra hizo que el automotor no pudiera esquivarlo y se produjera el evento, de lo que se deduce la responsabilidad del accionante. Que como se constató por la policía, el cuadro de situación se lo encontró a la altura catastral 240, es

decir inmediatamente en la esquina con Mendoza. Que es lógico y normal que luego del encuentro de ambos rodados se desplazan hacia delante por la propia inercia, es decir no quedan justamente en el mismo punto de contacto, por lo que queda claro que el encuentro fue antes del número 240 y mas cercano a la esquina. Afirma que las bicicletas no tienen ninguna prioridad normativa en la ley 24449, y sin bien esto no lleva a que pueda embestírselas libremente, lo cierto es que la prioridad de poder seguir circulando la tenía Fernández quien iba en línea recta, y además el actor ingreso a otra vía de circulación, por lo tanto debía extremar los cuidados y ceder el paso a todo aquel que fuera por la calle a la que ingresaba. También sostiene que la bicicleta del actor no reunía ninguno de los requisitos del art. 40 bis de la ley 24449. Que en cuanto a la velocidad, el demandante intenta crear la sensación de que la misma era exagerada, temeraria cuando ello no es así. Que adjunta fotografía del automotor que demuestra lo leve del contacto, que no provocó la destrucción de ninguna parte del vehículo y que la experiencia indica que un choque en velocidad provoca roturas, una abolladura considerable, etc.. Sostiene que el accidente se produjo por culpa de la víctima por el cual el asegurado no debe responder en los términos del art. 1113, 2° parr. in fine del C.Civil. Impugna la liquidación y los daños reclamados así como su cuantía. Funda en derecho y ofrece prueba.

A fs. 153/173 se presentan Guillermo Fernández y Norma Beatriz Rogel, contestando la demanda y solicitando su rechazo.

Luego de negar los dichos del actor, sostienen que la realidad de los hechos dista mucho de cómo la describe el actor, y que la total y exclusiva responsabilidad del accidente corresponde al actor, por culpa de la propia víctima. Afirman que su hijo Daniel Joaquín Fernández conduce correctamente vehículos y se encuentra debidamente capacitado para ello, desde los quince años de edad. Que con fecha 3-3-2010 y por un motivo impostergable e inevitable, siendo que su madre necesitaba en forma urgente asistencia médica ya que estaba padeciendo fuertes dolores renales por lo que se le diagnosticaron finalmente cálculos renales, debiendo ser intervenida quirúrgicamente de manera urgente por ello. Que en ese marco la madre del menor consigue un turno urgente ese mismo día a fin de obtener asistencia médica con el Dr. Javier Fontaine, para el día 3-3-2010 a las 20,00 hs. por los fuertes dolores que estaba padeciendo. Que la misma no sabe conducir y no consiguió otra forma de trasladarse con la urgencia debida, por lo que atento la urgencia de la situación debió ser trasladada por el menor, el cual se encuentra debidamente capacitado para manejar, pero no cuenta con carnet habilitante.

Sostiene que el Sr. Guillermo Fernández se encontraba trabajando en ese momento y su otro hijo no se encontraba, estando la Sra. Rogel sola con Daniel Joaquín. Que en ese marco el menor traslada a su madre en el automotor dominio GHK 534 de titularidad de ésta, considerando la circunstancia excepcional e impostergable y teniendo en cuenta que el mismo se encuentra debidamente capacitado para conducir. Que deja a su madre en los consultorios “Diego Areco”, sito en Av. San Martín 571 de Catriel, donde consiguió un turno urgente y al regresar, toma por Av. General Roca dirigiéndose luego por la Av. Primeros Pobladores de manera correcta a una velocidad lenta y respetando fielmente las normas de tránsito, aproximadamente a las 19,50 hs., con dirección oeste-este hacia la Av. Mosconi. Que al llegar a la intersección con la calle Mendoza, el actor, que iba circulando en bicicleta por dicha arteria, no por Av. Primeros Pobladores, sin luces, sin casco, con ropa suelta y oscura, sin espejos retrovisores, en contramano, sin calzado adecuado, sin tener en cuenta las circunstancias de tiempo y lugar y de manera imprevista, absolutamente negligente y abruptamente, sin respetar las normas de tránsito vigentes y sin indicar su audaz maniobra, intenta cruzar la Av. Primeros Pobladores para continuar circulando por la misma arteria que continúa del otro lado de la Av. Primeros Pobladores, por lo cual realiza una audaz e incorrecta maniobra en forma de “L”. Afirma que cruzando la Av. Primeros Pobladores, la calle Mendoza no es doble mano, sino que es única mano y de sentido contrario al que pretendía circular el actor, cambiándose incluso su nombre denominándose calle Río Negro. Que conforme manifestara el actor, el mismo se dirigía a la Escuela Nocturna para personas mayores, la cual se encuentra cruzando la Av. Primeros Pobladores, en la cual se encuentra cursando o estudiando el actor. Que en su demanda el actor reconoce que cursa estudios secundarios y para ello debe necesariamente concurrir a la Escuela Nocturna que se encuentra al otro lado de la Av. Primeros Pobladores no hacia la Av. Moscón hacia donde según el dice iba circulando. Que su horario de ingreso sería las 20,00 hs., por lo cual pretendía llegar a tiempo, evidentemente cortando camino cruzando Av. Primeros Pobladores en contramano y de manera audaz y negligente, hacia la continuación de calle Mendoza. Que dentro de ese marco remarca que no es cierto que el actor fuera circulando en el mismo sentido que el automotor, por cuanto de ser así se alejaría de la Escuela Nocturna, cuando en realidad, afirma, pretendía llegar a tiempo a la misma. Afirma que el actor se lanza de manera negligente a cruzar la Av. Primeros Pobladores, causándose por su propia culpa todo tipo de lesión que invoque y lo hace sin luces o indicativos, sin casco, a excesiva velocidad con ropa inadecuada y oscura, en

contramano, sin tener en cuenta las circunstancias de tiempo y lugar, considerando que pretendía atravesar una de las principales avenidas del pueblo y sin tener en cuenta la hora y la escasa visibilidad en el lugar. Que en tal marco impacta a su automóvil en la parte frontal del mismo, y luego de embestirla pierde el control de su bicicleta y se cae en la arteria, afirmando que el vehículo estaba prácticamente detenido, ya que de lo contrario las lesiones del actor hubieran sido mayores. Que el actor no tomo ninguna de las previsiones del art. 40 bis de la ley de transito. Que dichas faltas constituyen riesgos fácticos concretos que impiden la circulación normal de los vehículos. Cita jurisprudencia en apoyo de su postura. Afirma que una persona puede saber manejar y no contar con el respectivo carnet habilitante, sin que ello implique e por sí un riesgo ya que son normas reglamentarias que implican sanciones administrativas, pero no puede circularse en bicicleta sin luces ni señalización efectiva, sin casco y con ropas oscuras de noche y sin bocina, sin cumplir los más elementales requisitos de circulación, y realizar maniobras imprudentes con total desprecio por la vida humana, porque ello sí implica un actuar culposo e imprudente de la propia víctima que exime de responsabilidad civil al conductor del automotor, el cual podrá ser pasible de sanción por una transgresión a la norma reglamentaria, pero no implica achacarle responsabilidad civil. Cita doctrina y jurisprudencia. Fundamenta la culpa de la víctima. Impugna los rubros y montos reclamados. Solicita la citación en garantía de La Mercantil Andina SA, por los fundamentos vertidos a los que me remito. Solicita la aplicación de la legislación de Defensa del Consumidor a favor de los demandados y la víctima respecto del contrato de seguro vigente. Plantea la nulidad de la cláusula que exime de responsabilidad a la aseguradora en caso que el vehículo sea conducido por persona no habilitada. Funda en derecho y ofrece prueba.

III. A fs. 177 se abrió la causa a prueba, fijándose la audiencia prevista por el art. 360 del CPCC, la que se celebró según constancia de fs. 191/192. Producida la prueba ofrecida por las partes, según certificado de fs. 371/372, a fs. 372 /373 se clausuró el período de prueba, y no habiendo las partes presentado alegatos, a fs. 375 se llamó autos para dictar sentencia, providencia que se encuentra firme y consentida.

Y CONSIDERANDO:

Tal como ha quedado planteada la cuestión, corresponde en primer término determinar la responsabilidad que cupo a las partes en el acaecimiento del siniestro.

De la causa penal, aportada como prueba por las partes, y que en este acto tengo a la vista, se desprende que el juez interviniente resolvió sobreseer totalmente al menor

Daniel Joaquín Fernández, por aplicación del art. 306 inc. 3° del CPP, por mediar una causa de inimputabilidad.

Ahora bien, no cabe duda que el menor, hijo de los demandados, tal como ha quedado reconocido, carecía al momento del hecho de licencia de conductor que lo habilitara para conducir vehículos. Ello así en tanto al momento del hecho contaba con quince años de edad.

Desde ya debo dejar sentado que la falta de licencia para conducir, por no contar con la edad necesaria para ello, no resulta suficiente por sí misma para determinar responsabilidad del conductor, en el caso el menor de edad, ante el acaecimiento de un accidente de tránsito, aunque si crea, en su contra, una presunción de culpa.

Y es que el hecho de conducir sin la licencia habilitante resulta ser una infracción a las reglamentaciones de tránsito, pero que de modo alguno puede generar por el solo hecho de participar en un accidente responsabilidad civil del infractor, es decir, no puede imputársele responsabilidad por el solo hecho de haber conducido un vehículo por no contar con la habilitación para ello. Pero dicha violación, por otra parte constituye no solo una violación a la reglamentación de tránsito, sino que además implica que no pueda considerarse que el menor se encuentra capacitado para conducir, por ello es la presunción que corre en su contra.

Varias son las cuestiones que considero se encuentran probadas y que en definitiva traerán aparejado que se establezca la existencia de responsabilidad en el menor hijo de los codemandados.

En primer término debemos tener en cuenta la presunción que existe en contra de quien circula sin contar con registro de conductor por no haber alcanzado la habilitación de edad correspondiente, en cuanto a su falta de capacidad conductiva. Dicha presunción de modo alguno ha sido desvirtuada, en tanto salvo la declaración de la testigo Escudero quien manifestó que veía que el menor conducía el vehículo para ir a hacer las compras a tres o cuatro cuadras del domicilio, que se contrapone diametralmente con lo declarado por el padre del menor al momento de absolver posiciones, donde manifestó que no se le prestaba ni su vehículo ni el de su esposa al menor, y lo expuesto por la madre, quien declaró que solo en caso de emergencias, ninguna otra prueba existe tendiente a acreditar la capacidad conductiva del menor.

De la contestación de demanda, se desprende que el día del hecho el menor conducía el vehículo por problemas de salud de su Sra. Madre, pero sin embargo, al momento del hecho este se encontraba solo en el vehículo, lo que da por tierra esa supuesta

emergencia, ya que de haber sido así, y de haber conducido el menor el vehículo que su madre no podía conducir, para llevarla al médico, no se entiende el motivo por el cual ésta no se encontraba a bordo del vehículo, ya que si la madre hubiese tenido que aguardar para la consulta con el médico, no se entiende por que motivo el menor no aguardó a que su madre concluyera su visita al médico a fin de luego trasladarla a su domicilio nuevamente. En pocas palabras: no se entiende el motivo por el cual el menor se encontraba conduciendo solo el vehículo, más que en virtud de un acto de irresponsabilidad de sus padres, ya que éstos o al menos uno de ellos- le facilitaron a su hijo menor de edad, sin habilitación para conducir, el automotor para que éste se desplazara por la ciudad de Catriel.

De la pericia accidentológica practicada en autos, no impugnada por las partes, se desprende que el vehículo conducido por el menor, momentos antes de acaecer el siniestro, se desplazaba a una velocidad mínima de 73,55 km/h “pudiendo considerar una velocidad aún mayor, por las diferentes tipos de pérdidas de energías que se disipan y no se pueden establecer” (v. fs. 330).

Ahora bien el hecho de que la pericia no haya recibido impugnaciones no significa que deba aceptarse sin más las conclusiones del experto, cuando se evidencian errores o cuestiones no aclaradas debidamente.

El perito para determinar la velocidad a la que habría circulado el vehículo conducido por el menor sostuvo que utilizó una huella de frenada de 26,60 metros y que se tomaba la mayor dimensión. Del croquis policial, que también evidencia serios errores, ya que o marca las huellas de frenada con posterioridad a que el vehículo embista al ciclista o lo grafica en forma errónea en cuanto a las manos de circulación, pero que a los fines de la dilucidación de la cuestión he de tomar como que las huellas de frenada son anteriores al siniestro, ya que los testigos declararon que sintieron una frenada, evidencian que las referidas huellas no dejaron su marca en los 26,60 metros a que hace referencia el perito, sino que, siguiendo el razonamiento del experto y tomando la mayor dimensión, es decir donde comienza a marcar una sola de las ruedas en el caso la izquierda-, tenemos una distancia de 16,60 metros.

Utilizando la fórmula expuesta por el perito, y reemplazando los 26,60 por los 16,60 metros, arroja que el vehículo conducido por el menor se desplazaba a una velocidad, mínima, de 58,11 km/h..

Dicha velocidad, igualmente resulta imprudente para las circunstancias de tiempo y lugar donde el automotor se desplazaba, ya que, amén de no haber podido detener su

marcha, a efectos de evitar colisionar al ciclista actor, lo cierto es que, tal como lo declarara los testigos, a esa hora existía tráfico en la zona, amén de que la bicicleta circulaba delante del Volkswagen gol, ya que eso fue lo que declararon los testigos, y el conductor del rodado mayor debió prever que el ciclista, u otro automotor, podría hacer una maniobra de interposición, ya que eso es lo dicta justamente la experiencia conductiva de vehículos, que evidentemente el menor no poseía. Todo conductor debe siempre prever cualquier contingencia que pueda darse en el tráfico, ya que ellas, justamente por la desatención que pueda llegar a tener otro conductor, un ciclista o un peatón, puede llegar a realizar.

El testigo Escudero declaró que tanto la bicicleta como el Volkswagen gol circulaban por la misma mano, es decir por la misma arteria y en el mismo sentido y que la bicicleta se cruzó a la circulación del vehículo mayor. Además dicho testigo declaró que en el lugar del accidente existe un lomo de burro o reductor de velocidad, y que del lado “rápido” de la avenida no existía. Ello demuestra que la autoridad administrativa del lugar consideró que para seguridad de peatones, ciclistas y conductores resultaba conveniente colocar dicho reductor, por la velocidad que en el lugar los automovilistas le imprimían a sus vehículos y a efectos de que necesariamente tuvieran que disminuirla. Es decir, se consideró un lugar de riesgo ya que no otro motivo lleva a su colocación.

Nótese que el mismo testigo Escudero, declaró que al momento del hecho, si bien el sol estaba “bajando” se veía bien, lo que fue ratificado por los testigos Espósito y Rojas, con lo cual el conductor del Volkswagen, más allá de que la bicicleta conducida por el Sr. Castro no tuviera luces, debió haber sido advertida su presencia, y consecuentemente disminuida la velocidad, justamente para evitar que, ante una mala maniobra, como estoy convencido que realizó el accionante, poder dominar el vehículo y evitar embestirlo.

En tal sentido la jurisprudencia ha sostenido que “El conductor de un rodado que atropelló a un peatón es responsable en un 50% por haberse comportado de modo imprudente ya que carecía del pleno dominio del vehículo, mas aún cuando pudo haberlo evitado y no adoptó las precauciones que las circunstancias exigían para lograr realizar una maniobra de esquite exitosa e incluso detener su marcha, teniendo en cuenta que circulaba a 60Km/h y pudo observar a la víctima a 30 metros” (conf. Cam. Civil y Comercial de Jujuy , Sala II, in re “B., N. c/ G. M.M. s/ ordinario por daños y perjuicios”, del 3-10-2013, LLNOA febrero 2014,81).

Ahora bien, no puede dejar de hacer referencia respecto de los testigos Escudero, Espósito y Rojas, quienes alegaron ser testigos presenciales del hecho, que ninguno de ellos se detuvo en el lugar del siniestro y a la vez declararon no ser conocidos de las partes, motivo por el cual no se llega a comprender como es que llegaron a declarar, citados por la parte demandada, como testigos. Nótese que Escudero declaró que circulando en remis luego del accidente cruzó la Av. Primeros Pobladores y siguió su marcha por la misma sin detenerse, viendo lo que acontecía por el espejo retrovisor. El testigo Espósito declaró que había dejado su camioneta en el sentido de circulación contrario al del accidente y que no se acercó al lugar. Y finalmente el testigo Rojas, que también se encontraba en la vereda del carril contrario al accidente, fue recogido por un taxi en el lugar, a una distancia escasa de la Terminal de ómnibus. Es decir, ninguno se arrió al lugar del hecho para dar sus datos personales, motivo por el cual no se alcanza a comprender como es que la parte demandada tomó conocimiento no solo de que se encontraban en las proximidades del hecho, sino además sus datos personales para luego citarlos como testigos.

Mas allá de ello, considero que en la especie, también debe el actor ser considerado como responsable del acaecimiento del siniestro, en tanto por el lugar donde se produjo el siniestro, esto es casi sobre el centro de la arteria, es indudable que o bien circulaba por ese lugar, cuando en rigor debía hacerlo por su derecha, o bien realizó efectivamente la maniobra para intentar el cruce de la arteria, sin previamente haberse cerciorado de la inexistencia de vehículos circulando en el mismo sentido que él lo hacía.

Respecto de las aludidas infracciones de parte del actor, como conductor de la bicicleta, en cuanto a no llevar casco, o no llevar luz en su parte anterior, debo decir que en nada han influido, ya que no recibió golpes en su cabeza y por la hora en que sucedió, más allá de lo dicho respecto de los testigos “presenciales”, éstos sostuvieron que había buena visibilidad y que todavía era de día. Tampoco influye al respecto el supuesto uso de ropas oscuras.

Si entiendo que la bicicleta, como vehículo menor de movilidad, y teniendo la obligación de circular por la calle, debe cumplir también con las mismas obligaciones y atenciones con que lo deben hacer los conductores de vehículos mayores, y que en la especie no habría cumplido, ya que la maniobra que realizó, amén de la responsabilidad que cupo al conductor del Volkswagen, ha sido la desencadenante del siniestro. Y es que más allá de lo expuesto por los testigos, no a otra conclusión se puede arribar teniéndose en cuenta el lugar donde se produjo el contacto entre el automotor y la

bicicleta.

Conforme lo establece el art. 1113, 2° párrafo del C.Civil, tanto el titular como el usuario resultan responsables de los daños y perjuicios derivados de un accidente de tránsito, salvo que se pruebe la existencia de culpa de la víctima o de un tercero por el cual no deben responder.

En el presente caso resulta indudable que ha existido responsabilidad de la víctima, más no la suficiente como para eximir de responsabilidad al conductor del rodado y a su titular registral, en tanto, como ya lo dije, mas allá de la maniobra arriesgada, osada o por mera distracción realizada por el actor al mando de su bicicleta, lo cierto es que el conductor del rodado mayor no logró mantener el pleno dominio del rodado por el comandado, habiendo por otra parte, a criterio del suscripto, conducido a una velocidad superior a la que las normas de la prudencia indicaban para las circunstancias de hora y lugar donde se produjo el accidente.

Por ello estimo que debe establecerse una responsabilidad del 30% a cargo del actor y del 70% a cargo del menor conductor del vehículo mayor, en tanto es indudable que la velocidad que le imprimía el menor al vehículo, más allá de la conducta desplegada por el actor, le impidió mantener el pleno dominio de su rodado, ante la eventualidad que se le podía presentar y que finalmente se le presentó, y por otro lado, y tal como se desprende de la causa penal, el actor fue embestido por el auto en su rueda trasera, que fue la que quedó inservible.

La jurisprudencia ha entendido que “El ciclista y el automovilista que protagonizaron un accidente de tránsito resultan responsables en forma concurrente y en igual proporción, por los daños derivados de tal suceso, puesto que el primero actuó en forma imprudente al interferir en la línea de marcha del automóvil sin ponderar adecuadamente la velocidad que éste traía, mientras que el conductor del vehículo no tuvo el pleno dominio sobre su rodado, pues no logró detenerlo o esquivar el obstáculo a tiempo” (CNCiv., Sala E, in re “Fontanoba, Aníbal Lionel c/ Nicotera, José”, del 25-8-2009, LLOnLine, AR/JUS/32114/2009).

En el presente caso, entiendo que debe conjugarse también el hecho de la falta de experiencia en el manejo del menor, la velocidad que le había imprimido al vehículo en zona urbana de tránsito importante. Y es que no es lo mismo saber manejar un vehículo en el sentido de saber dirigirlo y manejar la caja de cambios- que tener experiencia suficiente para comenzar a circular normalmente, es decir conocer no solo los reglamentos de tránsito, sino también las diferentes circunstancias que pueden

presentarse como imprevistos- en la circulación diaria, y para ello todo conductor que ha de comenzar a circular con un vehículo debe obtener la correspondiente licencia, luego de rendir los exámenes que suelen tomarse, tanto de conducción como del conocimiento de las reglas de tránsito.

En tal sentido se ha dicho que “si bien la mera infracción de reglamentaciones de tránsito no determina por sí la responsabilidad civil del infractor, ello no puede conducir a considerar que las normas reguladoras de tránsito constituyen letra muerta o que solo sirven como material de estudio para el otorgamiento de la correspondiente licencia de conductor. Dichas reglamentaciones no pueden ser soslayadas y deben ser consideradas, junto con otras circunstancias, en oportunidad de calificar la conducta de la víctima o del tercero para determinar si ha ocurrido o no -y en su caso en que extensión- la situación prevista en la parte final del segundo apartado del artículo 1113 del Código Civil. Civil y comercial” (Cam. Apel. Civil y Com. De Quilmes, Sala I, in re “Encinas, Leonardo Alberto v. Calissano Fungo, Guillermo y otros s/ Daños y perjuicios” del 08-08-2006, LLonline: 14/140222).

Dicho ello, y siendo que el menor, hijo de los codemandados, ha sido considerado responsable en el acaecimiento del siniestro, en virtud de lo normado por el art. 1114 del C.Civil, corresponde extender solidariamente la responsabilidad a sus progenitores, sin perjuicio de la responsabilidad que cabe al Sr. Guillermo Fernández en su carácter de titular registral de vehículo.

Es por todo ello que haré lugar a la demanda incoada, pero con las responsabilidades establecidas supra.

II. Sentado ello, corresponde entrar al análisis de la defensa planteada por la aseguradora citada en garantía.

La aseguradora opuso la excepción de exclusión de cobertura, en virtud de que en el contrato celebrado por el Sr. Guillermo Fernández respecto del vehículo Volkswagen Gol, dominio GHK 534, se disponía la exclusión de cobertura para el caso de que se permitiera la conducción del vehículo a quien no estuviera legalmente habilitado.

Por su parte, los demandados opusieron, a fin de evitar la aplicación de tal cláusula la ley de defensa del consumidor, tanto a su favor como de la víctima y la nulidad de la cláusula de eximición de responsabilidad.

En primer término debemos decir que, más allá de la obligatoriedad del contrato de responsabilidad civil, el codemandado Fernández celebró un contrato de seguro, donde se establecía cual el riesgo que la aseguradora habría de cubrir ante su acaecimiento.

Entre las cláusulas de la póliza, acompañada también por la parte demandada al momento de contestar la demanda, se establece claramente en el Anexo I que existirá causal de exclusión de cobertura cuando el vehículo “sea conducido por personas que no estén habilitadas para el manejo de esa categoría de vehículo por autoridad competente”.

Ello era conocido por los codemandados e igualmente facilitaron el vehículo, en diversas oportunidades tal como lo declarara la testigo Escudero- a su hijo menor de edad, sin importarles las consecuencias que su actitud podría llevar aparejadas.

Debe tenerse en cuenta que, al momento de contratar el seguro, la aseguradora asume un riesgo, respecto de un daño que pueda llegar a derivar. De aceptarse la nulidad o no aplicación de la cláusula en cuestión, llevaría a establecer que la aseguradora acepta mayores riesgos de los previstos al momento del contratar, y que no tuvo en consideración para el establecimiento del premio que el asegurado debe abonar. Al decir de Halperín “se cubre cualquier clase de riesgo, mas dentro de los planes del asegurador, porque el riesgo debe insertarse en un conjunto que permita reproducir esa observación estadística” ,agregando que “estos elementos analizados estadísticamente, permiten la clasificación de los riesgos, que funda la fijación del precio. El riesgo concreto debe ser individualizado a efecto de ser clasificado. La individualización del riesgo es dada por la vinculación: a) causal; b) temporal; c) local; d) objetiva. Estas circunstancias concretan el estado del riesgo” (Isaac Halperín, “Lecciones de Seguros”, pag. 4).

El hecho de que un siniestro se produjera con el vehículo asegurado fue previsto por la aseguradora para establecer el premio, pero se excluyó la circunstancia justamente de que el vehículo fuese conducido por una persona no habilitada para ello. Si el asegurado permitía que persona no habilitada para conducir utilizara el automotor, sabía que existía una exclusión de cobertura y asumía el riesgo en su propia persona.

Y es que el asegurador tiene la obligación de mantener el estado de riesgo. Y si bien es cierto que dicho estado se encuentra sujeto a modificaciones, la aseguradora ya cuenta, dentro de las estadísticas, dicha circunstancia, pero solo de las modificaciones previsibles, no las imprevisibles, que evidentemente deben quedar fuera de la cobertura otorgada por la aseguradora.

En tal sentido se ha dicho que “el contrato de seguro reposa sobre determinados principios o presupuestos técnicos fundamentales de tal trascendencia que la ley en todo momento intenta preservarlos, porque de lo contrario, si se alteran éstos se alteran las

condiciones del contrato y consecuentemente el sistema económico-financiero que implica el seguro. Por ello se parte de una idea central y es la de la relación entre riesgo, prima y suma asegurada. Esta relación se establece inicialmente en base al estado del riesgo. Si luego este estado del riesgo cambia, lógicamente debe cambiar la relación establecida entre los elementos señalados... Si la equivalencia se rompe, la ley ha instaurado un sistema tendiente a restablecerla o en su caso extinguir la relación” (Miguel A. Piedecabras, “Régimen Legal del Seguro”, pag. 175).

Dentro de los riesgos no asegurados entonces se encontraba el caso como el de autos, donde un menor no habilitado igualmente procediera a conducir el vehículo. Dicho riesgo no fue cubierto por la aseguradora, estableciéndose clara y concretamente el hecho como una causal de exclusión de cobertura.

Dicha cláusula de modo alguno puede entenderse entonces que atente contra el tomador del seguro, en su carácter de consumidor, ya que conocía o debía conocer las cláusulas del contrato que había suscripto, y que en modo alguno lo perjudican, ya que de limitarse a no permitir que su hijo menor condujera el vehículo, ningún perjuicio le traería aparejado. Es decir, que se encontraba informado respecto de las situaciones en las cuales, ante el acaecimiento de alguno de los daños cubiertos por el contrato, no existiría cobertura por parte de la aseguradora.

El alegado hecho de la circunstancia excepcional de extrema gravedad, más allá de que por lo dicho supra no resultó acreditada, a excepción de que la SRa. Rogel concurre al médico el día del hecho, sin saberse la hora de dicha consulta, lo cierto es que el menor al momento del hecho conducía sin la compañía de su madre. Pero más allá de ello, y conociendo los padres las limitaciones establecidas en la póliza, como causales de exclusión, lo cierto es que bien pudo la SRa. Rogel, ante la no presencia de su marido en el hogar, haber podido contratar un taxi o un remis para su traslado, evitando de esa manera que un menor condujera un vehículo, cuando, más allá de la cláusula de exclusión de cobertura establecida en el contrato de seguro, sabían o debían saber que se encuentra prohibido por la ley de tránsito conducir un vehículo sin tener la correspondiente habilitación o licencia.

Considero que la alegada situación de concurrencia de la SRa. Rogel a ver al médico, no habilitan, de modo alguno, a que un menor de edad, sin registro pueda conducir. La ley es clara al respecto, y actuar en forma contraria a ello es contrario a la ley, y de modo alguno puede invocarse. El ejemplo que los demandados ofrecen a fs. 170 no resulta ser la situación de autos, donde si podría hablarse de una situación excepcional. En el

presente caso, la madre del menor, como dije, pudo haber llamado un taxi o un remis para su traslado y si se consideraba que podía ser mas urgente, podría haberse llamado una ambulancia, pero no puedo justificar, de modo alguno, que se utilice una situación que, en principio no ameritaba urgencia, ya que la Sra. Fue operada varios días después, para que se viole la letra de la ley y se intente hacer recaer en otro las consecuencias.

La jurisprudencia al respecto ha sostenido, reiteradamente, que “si la póliza de seguro contiene una cláusula de exclusión de cobertura para los casos en los que el asegurado no se encuentre habilitado para conducir en el momento en que se produce el accidente, la aseguradora puede válidamente oponerse al pago de la reparación reclamada por la víctima del accidente” (conf. CNCiv., sala F, in re “Álvarez, Hipólito E. c/ Delgado, Roberto Claudio y otros s/ daños y perjuicios”, del 22-10-2009), que “invocándose un supuesto de exclusión de cobertura basado en la falta de registro habilitante por parte de quien conducía en el momento el automóvil, fundado en las cláusulas del contrato que excluye de cobertura a los siniestros producidos y/o sufridos por el vehículo mientras sea conducido por personas que no estén habilitadas para el manejo de esa categoría de vehículo por autoridad competente, la aseguradora no debe responder” (conf. CNCiv., sala I, in re “Magistrali, Jorge Antonio c/ Alegre, José Oscar y otros s/ daños y perjuicios”, del 9-12-2004), que “corresponde revocar la sentencia que hizo extensiva a la aseguradora citada en garantía la condena por los daños derivados del un accidente de tránsito originado por el hijo menor de los actores dado que resulta razonable la cláusula de exclusión de la cobertura incluida en la póliza, pues aquel no contaba con los recursos mínimos de la técnica de manejo, ni con los conocimientos elementales de las reglas de tránsito y de las maniobras adecuadas para la prevención de accidentes, de lo cual deriva que la falta de carnet habilitante ha tenido incidencia causal en el acaecimiento del siniestro” (conf. CApel. en lo Civil, Comercial y Contenciosoadministrativo de 1ª Nominación de Río Cuarto, in re “Bulnes, Roberto y María Ester Morón de Bulnes c/ Graciela B. González de Zabala y otro, del 06-02-2008), que “corresponde hacer lugar a la excepción de falta de legitimación pasiva deducida por la aseguradora en un proceso por daños y perjuicios, si el condenado por el delito de homicidio y lesiones culposas tenía 16 años al momento del hecho y no estaba habilitado para conducir, y existía una cláusula en la póliza que excluía la cobertura del siniestro producido por el vehículo mientras sea conducido por personas no habilitadas por autoridad competente, pues no resulta aplicable el art. 114 de la ley 17.418” (TS La Rioja, sala A en lo penal y laboral, “Bustos, Miguel

Alejandro”, del 09-06-2008, LLGran Cuyo 2008 (setiembre), 76).

Finalmente y también ya con respecto a la oponibilidad de la cláusula de exclusión de cobertura al tercero damnificado, nuestro STJ, ha dicho en voto del Dr. Lutz, al cual adhirieron los Dres. Soderro Nievas y Balladini que “las cláusulas de exclusión de cobertura pactadas en los contratos de seguro, son -por regla- oponibles a terceros...No desconozco que la jurisprudencia no es absolutamente concordante en cuanto a la interpretación del contenido de los contratos de seguro, específicamente en lo que se refiere a las cláusulas de exclusión de cobertura fundadas en la carencia de habilitación para conducir, pues muchas veces se ha priorizado la función social y el interés del damnificado frente al asegurador y al tomador, aunque estimo que tales doctrinas no observan adecuadamente la ley, ni la finalidad del contrato de seguro. Es que, resulta inaceptable justificar mediante el voluntarismo judicial el incumplimiento de una obligación -omisión de poseer el asegurado y/o conductor del vehículo el carnet habilitante de conducir a la fecha del siniestro- y mucho menos, apartarse del contexto literal del contrato de seguros y de la finalidad y efectos que en esta materia tienen las convenciones con respecto a terceros. En el caso, existe una exclusión de cobertura convencional que encuentra su fundamento y razón, en una mayor probabilidad de producción de siniestros, por la carencia de habilitación para conducir. Así, respecto de dicha categoría de exclusiones de cobertura, de fuente convencional, contenidas en las condiciones de la póliza, se ha dicho que interesan las que hallan sustento en consideraciones subjetivas y, de ellas, aquellas sustentadas en razones atinentes a la mayor potencialidad dañosa. Por ejemplo, en el riesgo automotor, los siniestros producidos mientras el vehículo sea conducido por persona no habilitada para una categoría determinada, como lo constituye la cláusula del contrato de seguro por la cual no se indemnizan los siniestros producidos mientras el vehículo es conducido por personas carentes de registro habilitante. Y ello en razón de que se procura evitar que el automotor sea conducido por quien es inepto para ello, pues de lo contrario se incrementaría anormalmente el riesgo, favoreciendo la protección patrimonial de una conducta generadora de severo peligro para la sociedad. (conf. S.C. Mendoza, Sala I, 9/6/2003, Martínez Hnos. y otro en Lucero O. R. c. Raúl A. Martínez, ED, 206-205; La Ley Gran Cuyo, 2003-854 y RCyS, 2004-765, por unanimidad, con un primer voto de la Dra. Aída K. de Carlucci; idem, CCiv. y Com. San Martín, 8/7/2004, Benítez E. c. Fernández N., JA, 2006-I-Síntesis)... En ese sentido, cabe mencionar que la doctrina ha diferenciado, cláusulas de caducidad y cláusulas de exoneración expidiéndose que:

“...La caducidad... opera cuando el asegurado ha inejecutado una carga legal o contractualmente impuesta y referida al siniestro respecto del cual la citada carga ha sido inejecutada; en cambio la exclusión de cobertura... significa que al no entrar en las previsiones contenidas en el contrato, el asegurador no se halla obligado a garantizar...”. “... Se tiene resuelto que cuando hay exclusión de riesgo, el asegurador manifiesta explícitamente en la póliza su voluntad de no cubrirlo”. “A título de ejemplo: se halla excluido de cobertura el siniestro verificado mientras el vehículo sea conducido por persona que no esté habilitada para el manejo de ese vehículo por autoridad competente (cláusula 22, II, inc. g)”. En consecuencia la cláusula de exclusión es oponible a terceros. “La exclusión de cobertura es oponible al asegurado, y en el seguro contra responsabilidad civil también al damnificado cuando ejerce el derecho de citar en garantía al asegurador” (art. 118, Ley de Seguros) (conf. Stiglitz, “Contrato de Seguro”, ps. 116/117 y 119/120, Ed. La Rocca). En tal orden de ideas, la función social asignada al contrato de seguro por alguna doctrina y jurisprudencia invocada ahora por la actora, no es argumento suficiente para omitir considerar que existe una cláusula de exclusión de cobertura que debe ser aplicada conforme a lo dispuesto por los arts. 1195, última parte, 1197 y 1199 del Código Civil y que además, constituye una obligación legal prevista en la ley de tránsito y que como tal, tiene vinculación obligatoria para el conductor, y consecuentemente a sus responsabilidades personalísimas por incumplimiento que no pueden ser extendidas a la compañía aseguradora. Ello es así, excepto que la aseguradora haya asumido ese riesgo por contrato, extremo que está debidamente acreditado que no asumió. Por lo demás, cabe consignar que la obligatoriedad de contratar seguro, es imperativa como función social, más no asegura que el propietario del vehículo y/o conductor asegure su vehículo, tal es así que en caso de no poseer contrato de seguro, la responsabilidad es exclusiva del propietario y/o conductor, tanto administrativa, civil o penal en su caso, por el siniestro ocasionado” (STJ Río Negro, in re Díaz, Teresa y Otros C/ Ituarte, Carlos Alberto s/ Daños y Perjuicios s/ Casación, Expte. 24199/09, del 17/02/2011, Sentencia N°5).

Es entonces que he de hacer lugar a la excepción de exclusión de cobertura opuesta por la citada en garantía.

III. Sentado todo ello corresponde ingresar al análisis de los daños cuya reparación solicita el actor.

Se pretende la reparación de los siguientes daños: a) Daño Moral, b) Incapacidad física y psicológica, c) Gastos Médicos, farmacológicos y tratamiento médico y d) Daños

materiales.

a) Daño Moral:

Se reclama la suma de \$ 50.000.

Afirma que como consecuencia del accidente sufrió diversas lesiones físicas, que han dejado secuelas, no pudiéndose dudar que las mismas han afectado su intimidad. Que debió soportar intervenciones quirúrgicas, largos padecimientos y convalecencias, y deberá convivir en el futuro con las secuelas que afectan su integridad física, con incidencia de la incapacidad en su vida de relación.

Se ha dicho que "el daño moral es la lesión en los sentimientos que determina dolor o sufrimiento físico, inquietud espiritual, o agravio a las afecciones legítimas, y en general, toda clase de padecimientos comprendiendo también las molestias en la seguridad personal de la víctima o en el goce de sus bienes. Su reparación está determinada por imperio del art. 1078 del Cod. Civil, que con independencia de lo establecido por el art. 1068 del mismo cuerpo legal, impone al autor del hecho ilícito, la obligación de indemnizar sin exigir prueba directa de su existencia" (Conf. CNEsp.Civ.yCom., Sala I, Sgro, Dora L. c/ Caruso, Antonio y otros s/ sumario", del 27-12-83, citado por Hernán Daray, ob. Cit., To. II, pag. 334, Nro. 7).

Y es que el actor, víctima del hecho, ha sufrido diversas lesiones físicas, que han dejado sus secuelas, no pudiendo dudarse que las mismas han afectado su intimidad. Es indudable que todo accidente produce una conmoción espiritual, con sus efectos negativos.

En la fijación de la reparación, la que conforme lo sostiene la jurisprudencia queda al arbitrio del juez, corresponde tener en cuenta la operación a la que fue sometida el actor, el tiempo que duro su internación, las molestias que debió soportar y las secuelas y grado de incapacidad sobreviniente, lo que necesariamente le ha producido un padecimiento susceptible de ser indemnizado.

Por ello, y teniendo en cuenta los antecedentes de este Tribunal y de la Excma. Cámara, en casos análogos, las lesiones sufridas, intervención quirúrgica a la que debió ser sometido, sexo, edad e incapacidad sobreviviente que padece, estimo justo establecer en la suma de \$ 40.000 la indemnización por el rubro en cuestión. A dicha suma no corresponderá adicionar intereses en virtud de que se ha establecido el monto al día de la presente sentencia.

Por ello y teniendo en consideración los porcentajes de responsabilidad establecidos en el pto. I de los considerandos, el rubro ha de prosperar por la suma de \$ 28.000.

b) Incapacidad física y psicológica:

Se reclama por este rubro la suma de \$ 50.000.

Sostiene que las lesiones causadas a raíz del accidente no pueden considerarse en términos de incapacidad laborativa, habida cuenta de la edad del actor y que se ha acogido a los beneficios del sistema provisional. Pero que las lesiones padecidas se traducen en una muy significativa limitación a las posibilidades de llevar una mejor vida de relación. Que no solamente realizaba trabajos en forma independiente, sino que además cursaba estudios secundarios, que ha debido abandonar. Que desde la fecha en que se produjo el accidente de tránsito no ha vuelto a trasladarse en bicicleta, debió dejar de estudiar y ha requerido la atención continua de su cónyuge.

Pues bien, en autos, en el dictamen del perito médico sostuvo que, como consecuencia de los daños sufridos en el accidente, el actor padece de una incapacidad del 5 %, de carácter permanente y definitiva (v. fs. 338vta.).

Asimismo expuso el perito que “el actor está en condiciones de realizar cualquier tarea que le permita su edad” y que tiene las mismas posibilidades de conseguir empleos que cualquier persona con una capacidad del 100%, teniendo “en cuenta que el actor tiene 63 años y está jubilado” (v. fs. 338vta./339).

Así entonces, he de tener, a los fines de la fijación de la indemnización a otorgar por la incapacidad, el porcentaje del 5%, sobre la cual corresponde calcular la indemnización que deberá soportar y reparar la parte demandada.

Sabido es que los porcentajes de incapacidad que suelen dictaminar los peritos, si bien es cierto resultan de suma importancia, solo constituyen uno de los parámetros a tenerse en consideración al momento de la formación del juicio de valor respecto del daño padecido por la víctima, ya que también deberán ponderarse conjuntamente con otros factores que también inciden en la incapacidad, como son la edad, el sexo, el contexto económico y social en el que mueven, etc., a efectos de determinar en forma definitiva de que manera dicho porcentaje ha de influir en la vida (tanto laboral como de relación o social) de la víctima, sin que ello signifique un apartamiento de lo dictaminado por el experto, sino que ha de servir como punto de partida para establecer el monto indemnizatorio que ha de corresponder otorgar.

En tal sentido la jurisprudencia, que comparto, ha sostenido que “en lo que hace a las lesiones físicas, la partida por incapacidad sobreviniente procura el resarcimiento de los perjuicios que tuvieron por efecto disminuir la capacidad vital de la persona afectada, lo que incide en todas las actividades, no solamente en la productiva sino también en la

social, cultural, y fundamentalmente en la individual. Tal criterio se sustenta en el derecho del sujeto a conservar ileso e intacto su cuerpo, dado que aun con la mejor evolución posible de las lesiones sufridas será harto difícil o imposible restablecer por completo en el organismo alterado la situación de incolumidad anterior; y esta situación es la que determina un perjuicio reparable. Consecuentemente, rigiéndonos por el principio de la reparación integral, es obligación de los jueces cubrir el demérito que del ilícito resulte a la víctima” (CNCiv., Sala B, in re “Dellepiane Rawson Alicia Elvira c/ Chavez Gabriel Ángel s/ daños y perjuicios”, del 05/06/2009).

Asimismo, se ha dicho que “corresponde resarcir la disminución de las aptitudes físicas de quien es jubilado en el caso, sufrió lesiones a consecuencia de un accidente de tránsito, toda vez que debe reparársele la incapacidad extralaboral, para lo cual corresponde tomar en consideración todas las actividades de la persona y la proyección que las secuelas del accidente puedan tener sobre su personalidad integral, tanto en su propia individualidad como en su vida en relación o social” (conf. Cámara 2a de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, in re “Ontivero, Héctor c/ Martínez Lina, Gonzalo D. E.”, del 06-09-05, LLGran Cuyo febrero 2006, 114), como así también que “la edad de la víctima y su condición de jubilada -en el caso, de sesenta y cinco años al momento del accidente- no quitan virtualidad jurídica a la existencia de incapacidad ni a su resarcimiento” (conf. Cámara de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala II, in re “Biffignandi, Delia Z. c/ Dirección Gral. de Obras Públicas”, del 23-09-03, DJ 2004-2, 934) y que “el hecho de que el actor, damnificado en un accidente de tránsito, tenga 73 años de edad, no impide fijar una indemnización por los daños que le fueran causados a su persona en el accidente Nadie puede predecir lo que el actor tiene de vida por delante, aunque haya pasado la expectativa corriente para las personas de su sexo” (CNCiv., Sala B, 11-3-75, LL 1975-C-5).

Sentado entonces la procedencia del rubro en cuestión, y siendo que no existen parámetros para establecer el quantum a otorgar en concepto de indemnización, he de establecerlo prudencialmente en la suma de \$ 30.000.

Ello máxime cuando no existe constancia alguna que el actor padezca una incapacidad psicológica, ya que como lo refiere el perito no le parece posible que padezca trastornos psicológicos.

Ahora bien, teniendo en consideración los porcentajes de responsabilidad establecidos, el rubro ha de prosperar por la suma de \$ 21.000. A dicha suma corresponderá adicionar

los intereses desde la fecha del accidente y hasta el 31-5-2010 utilizándose la tasa Mix del Banco de la Nación Argentina y desde el 1-6-2010 hasta la fecha del efectivo pago se utilizará la tasa activa del mismo banco, ello conforme el precedente “Loza Longo” del STJ.

c) Gastos Médicos, farmacológicos y tratamiento médico:

Se reclama por el rubro la suma de \$ 50.275.

Sostiene que conforme consta en el informe por gastos adjuntado, firmando por el Dr. Roth Tejedor J., especialista en medicina laboral, en la casuística de autos los gastos ascienden a la suma reclamada.

Dicho informe, desconocido por la contraria, no ha sido probado en cuanto a su veracidad, ya que la parte actora no ha cumplido con el pedido de informe pertinente.

Ahora, en el pto. 15 de la pericia médica, se le pide al experto que indique si los gastos informado por el Dr. Roth y el Licenciado Rueda son ajustados al diagnóstico realizado al actor, al tratamiento realizado y a los valores de plaza, a lo que el perito respondió: “a mi juicio sí” (v. fs. 339).

Ahora bien, el actor, contaba a la fecha del siniestro con cobertura de PAMI, tal como se desprende del informe glosado a fs. 295/296.

De dicho informe se extrae además que “respecto a las atenciones que recibió el afiliado desde el día 03/03/2010 es tácticamente imposible determinar, lo que si se puede agregar es que el día 03/03/2010 fue atendido en la localidad de Catriel, siendo derivado al Sanatorio Juan XXIII de esta localidad de General Roca, siendo intervenido quirúrgicamente estando cubierta dicha práctica por esta Obra Social. Respecto a las demás cuestiones, se afirma que el Sr. Castro es Jubilado, y las prestaciones que presta el Pami son sumamente variadas, desde médicas hasta sociales, incluyendo atenciones, medicamentos, tratamientos y demás...” (v. fs. 295).

Dicho ello, debo decir que el “informe” de gastos por accidente del actor, emitido por el Dr. Roth, no es tal. No es un informe, sino una cuantificación o presupuesto de posibles gastos, no existiendo respaldo alguno al mismo.

Así, en primer término tenemos “internación con medicación y acompañante: 620 pesos diarios: 7 días: 4340 pesos”. Como hemos visto del informe de Pami las prácticas realizadas tanto en la localidad de Catriel como en el Sanatorio Juan XXIII han sido cubiertas por dicha obra social. Por otro lado, no se ha acreditado en momento alguno que el Sr. Castro haya contado con acompañante y que por tal motivo se hayan erogado gastos.

En segundo término se encuentra el presupuesto por “Cirugía, anestesia, mas gastos de quirófano 4.500 pesos”. Corresponde lo mismo que el anterior, son gastos cubiertos por Pami.

En tercer término aparece: “gastos de Farmacia 2.040 pesos”. Sabido es que la obra social Pami, cubre en un porcentaje importante los medicamentos. Dicho porcentaje va desde el 50, 70, 80 y 100% según el medicamento de que se trate. El actor no ha acompañado ningún comprobante de gastos y en la cuantificación de gastos, nada se dice de haber tenido a la vista comprobantes. He de admitir el rubro por un 50% de lo pretendido, en base a lo expuesto.

En cuarto término, se cuantifica “Indumentaria, ropa, calzado, reloj, cel, etc.: 1900 pesos”. Dicho gastos no resulta ajustado en el presente ítem, donde el actor nada dijo de haber sufrido pérdidas en su vestimenta, reloj o teléfono celular.

En quinto término “gastos de comida acompañante durante la internación en Catriel y Roca 625 pesos”. El rubro se tratará en gastos materiales.

Sexto “Gastos de combustible 410 pesos”. Se analizará en el rubro gastos materiales.

Séptimo: “Rehabilitación de FKT por 6 meses: 3960 pesos”. Ciertamente es que el gastos ha debido ser necesario, y así lo estableció el perito médico. Sin embargo, siendo que el actor contaba con la obra social Pami, y no se encuentra acreditado el porcentaje que cubre la misma respecto de las sesiones de kinesiología, he de receptor el 50% de dicho costo.

Octavo: “Atención de Psicólogo 500 pesos mensuales: 4 meses: 2.000 pesos”. El actor no acreditó haber tenido que concurrir a un psicólogo por cuatro meses ni menos, y el perito médico ha considerado que no existía trastorno psicológico. Por ello se rechazara el monto en cuestión.

Noveno: “2 meses sin trabajo su mujer: 2.500 pesos”. La cuestión no solo no fue acreditada en cuanto a que la esposa del actor trabajara al momento del hecho y menos aún que haya dejado de trabajar con motivo del siniestro, pero si así hubiese sido aparece indudable como que no resulta ser un daño personal del actor, sino en todo caso de su cónyuge, quien no lo ha reclamado. Por lo tanto se rechaza.

Décimo: “Queda a evaluar el porcentaje de incapacidad del brazo derecho del Sr. Evaristo Castro luego de su rehabilitación, estimativo: 20.000 pesos que es un valor bastante bajo”. El daño en cuestión ya ha sido cuantificado en su porcentaje y analizado supra. Se rechaza en este rubro.

Décimo primero: “Honorarios Médico Laboral 1500 pesos”. Este es un gasto que, más

allá de que no existe factura alguna, que no tiene motivación en el siniestro, es decir no se encuentra originado en los daños sufridos por el actor, sino en su propia voluntad de concurrir a un médico laboral. No existe constancia alguna que el Dr. Roth haya atendido como paciente al actor, con motivo del accidente sufrido, y que con motivo de ello se hayan generado los honorarios allí indicados. Por ello se rechaza el monto pretendido.

Efectuado el análisis del documento, repito no reconocido, pero que el perito médico ha considerado apropiado, corresponde admitir el rubro por la suma de \$ 3.410.

Teniendo en consideración la responsabilidad otorgada a las partes por el acaecimiento del siniestro, el rubro ha de prosperar por la suma de \$ 2.387. A dicha suma corresponderá adicionar intereses, con excepción de los gastos de combustible, desde la fecha del accidente y hasta el 31-5-2010 utilizándose la tasa Mix del Banco de la Nación Argentina y desde el 1-6-2010 hasta la fecha del efectivo pago se utilizará la tasa activa del mismo banco, ello conforme el precedente “Loza Longo” del STJ.

Los gastos médicos, de farmacia y rehabilitación no exigen necesariamente, la prueba acabada de su existencia, si luego de las pericias técnicas se evidencia su ocurrencia a través de la naturaleza de las lesiones experimentadas y del tratamiento al que fuera sometido el actor. Sin embargo, este criterio amplio necesita el apoyo del informe pericial o de las historias clínicas originadas en los establecimientos hospitalarios intervinientes (Conf. CNEsp.Civ.yCom., Sala I, "Rogas, Gervasio c/ Fraga, Juan Carlos s/ sumario", del 4-1-81, citado por Hernán Daray, ob. Cit., To. II, pag. 293, Nro. 1).

Teniendo en cuenta ello, como así también la entidad de los daños sufridos por el accionante, los que se encuentran corroborados por el informe pericial y lo dicho precedentemente es que considero justo que le sean reintegrados los gastos en que habría incurrido el actor, pero por la suma indicada supra.

d) Daños materiales:

Se reclama por este rubro la suma de \$ 1.700

El mismo se compone por la suma de \$ 700, correspondientes al valor de la bicicleta, que afirma el actor quedó destruída y la suma de \$ 1000, que afirma se insumieron por el traslado desde Catriel hasta General Roca y viceversa y la estadía de su cónyuge con motivo de la internación e intervención quirúrgica que sufrió.

Respecto de la bicicleta, debemos decir que, de la causa penal se extrae que la misma “se trata de una bicicleta marca FOX, color amarilla y verde, sin numeración visible, de velocidad simple, rodado 26, tipo playera, RUEDA TRASERA: presenta llanta

totalmente torcida, no tiene reparación, cubierta marca IMPERIAL CORD, rodado 26, en regular estado. RUEDA DELANTERA: no presenta daños, posee una cubierta marca DRC, rodado 26, en estado regular. Además se observa quebrado el manubrio sector de la mano derecha. Y el asiento que es revestido en cuerina, esta rasgado el lado derecho” (v. informe de fs. 17 de la causa penal).

Es decir que del informe se extrae que la bicicleta no sufrió una destrucción total, sino que sufrió daños en su llanta trasera, manubrio quebrado en sector de la mano derecha y el asiento rasgada la cuerina del lado derecho.

Es indudable que la parte demandada debe colaborar en la reparación de dichos daños, en la medida de la responsabilidad que se ha estimado le corresponde, más no en el valor de un bicicleta nueva. Nótese que respecto del cuadro, parte vital de una bicicleta, nada ha dicho el experto que realizara el informe, con lo cual cabe entenderse que el mismo se encuentra en buen estado.

No existe prueba alguna tendiente a acreditar el valor de los daños, ni el valor de un bicicleta nueva.

Por ello, siendo que el daño se encuentra acreditado, he de recurrir a lo normado por el art. 165 del CPCC, y he de establecer, prudencialmente, como valor de reparación la suma de \$ 700, pero al día de la presente sentencia, es decir que no corresponderá adicionar intereses a dicha suma.

Ahora, teniendo en consideración las atribuciones de responsabilidad establecidas en el pto. I de los considerandos, la parte demandada se encontrará obligada a abonar por tal concepto la suma de \$ 490.

Respecto de los gastos de traslado y de estadía de la cónyuge del actor, debo decir que, más allá de la falta de prueba, es evidentemente que el Sr. Castro fue trasladado a General Roca, y al menos debió ser llevado desde allí, luego de la intervención quirúrgica, hasta su domicilio. Por ello he de aceptar el gasto en concepto de combustible, pero por la suma de \$ 400 al día de la fecha, en virtud de no existir prueba alguna tendiente a acreditar el gasto, por lo que no corresponderá adicionar intereses, en tanto a la fecha del siniestro el combustible tenía un valor significativamente inferior al de hoy en día y no se ha acreditado la realización de mas de dos viajes, máxime si se tiene en consideración que, la cónyuge del actor habría permanecido en la ciudad de General Roca acompañando a su marido. Esto último, más allá de que no ha probado la parte actora la autenticidad del certificado emitido por el Dr. Argerich, lo cierto es que la testigo Contrafato declaró que en sentido concordante, es decir que la esposa del actor

lo acompañó durante su internación en la ciudad de General Roca, al sostener que había concurrido a la clínica donde lo internaron, haciendo referencia a la Clínica de la ciudad de Catriel y que “después lo trasladaron y no supe mas porque perdí la relación hasta que ellos no vuelven a su casa”, lo que demuestra que efectivamente la cónyuge del actor se trasladó conjuntamente con este a la ciudad de General Roca.

Tampoco existe prueba de los gastos realizados, más que la estimación efectuada por el Dr. Roth, cuyo informe fuera desconocido por la parte, pero que el perito médico estimó que los gastos eran ajustados a los valores de plaza.

En consecuencia he de hacer lugar al reclamo por la suma de \$ 650, informados por el Dr. Roth y convalidados por el perito médico. A dicha suma corresponderá adicionar intereses desde la fecha del alta del actor (13-3-2010) hasta el 31-5-2010 utilizándose la tasa mix del Banco de la Nación Argentina, y desde esa fecha y hasta la del efectivo pago, se utilizará la tasa activa del mismo banco, conforme precedente “Loza Longo” del STJ.

En merito a la responsabilidad atribuida a las partes, la obligación de los demandados será hasta cubrir la suma de \$ 455.

Por ello he de hacer lugar al rubro en análisis, el que prosperará en definitiva por la suma de \$ 1.345.

Por todo lo expuesto FALLO:

Hacer lugar parcialmente a la demanda incoada condenando a GUILLERMO FERNANDEZ y NORMA BEATRIZ ROGEL, a pagar al Sr. EVARISTO FAUSTINO CASTRO, en el término de diez días la suma de PESOS CINCUENTA Y DOS MIL SETECIENTOS TREINTA Y DOS (\$ 52.732) en concepto de capital, con más los intereses que correspondan y que se calcularán en la forma prevista en los considerandos. Las costas del presente se imponen en un 70% a cargo de los demandados y un 30% a cargo de la parte actora, con excepción de los honorarios correspondientes a los letrados de la citada en garantía, que serán soportados en un 100% a cargo de los demandados. (conf. Art. 68 del CPCC).

Regúlense los honorarios del letrado patrocinante del actor, Dr. Daniel Faustino Lucero, en la suma de PESOS SIETE MIL QUINIENTOS QUINCE (\$ 7.515) (M.B. x 15% / 3 etapas x 2 etapas), los del letrado patrocinante de los demandados, Dr. Mauro Nicolás González, en la suma de PESOS SEIS MIL DIEZ (\$ 6.010) (M.B. x 12% / 3 etapas x 2 etapas), los del letrado apoderado de la citada en garantía, en su doble carácter, Dr. Luis A. Marsó, en la suma de PESOS CUATRO MIL OCHOCIENTOS OCHENTA (\$

4.880) (M.B. x 15% / 4 letrados x 1 + 40%), y los de sus letrados patrocinantes, Dres. Hernán Rivas, Walter Maxwell y Carolina Marsó, en conjunto, en la suma de PESOS CINCO MIL SEISCIENTOS TREINTA Y CINCO (\$ 5.635) (M.B. x 15% / 4 letrados x 3 letrados), dejándose constancia que para efectuar tales regulaciones se han tenido en consideración la naturaleza, extensión y resultado de las tareas cumplidas en autos por los beneficiarios (conf. Arts. 6, 8, 9, 10, 20, 39 y conc. de la L.A.) (M.B. \$ 75.160).

Regúlense los honorarios del perito accidentológico, Don Aldo Fabián Capitan, en la suma de PESOS TRES MIL (\$ 3.000) y los del perito medico, Dr. Cristian O.P. Correa Uranga, en la suma de PESOS TRES MIL (\$ 3.000), dejándose constancia que para efectuar tales regulaciones se han tenido en consideración la naturaleza, extensión y complejidad de las pericias presentadas, y los honorarios regulados a los letrados de las partes.

Notifíquese por Secretaría.

Regístrese.