

Cipolletti, 19 de junio de 2024.-

VISTOS:

Estos autos caratulados "**CABALLERO JESUS JAVIER Y OTRA C/ JINDRA NESTOR RAUL Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (ORDINARIO)**" (Expte. N° CI-24864-C-0000), puestos a despacho para el dictado de la sentencia, y de los que:

RESULTA:

1.- A fs. 63/84 se presenta el Dr. Enrique Raúl Quiroga apoderado de JESUS JAVIER CABALLERO y MARÍA MAGDALENA BALUCZYNSKY, con el patrocinio letrado de los Dres. Horacio Jorge Kreitman Badell y Gabriela Ovalle e interpone formal demanda de daños y perjuicios por la suma de \$995.000 o lo que más o menos surja de la prueba a producirse, contra el Sr. NESTOR RAÚL JINDRA (en su carácter de titular registral) por los daños ocasionados a raíz del accidente padecido el día 17/06/2012 -aproximadamente a la hora 05:30- sobre Ruta Provincial N° 2, acceso Norte de Las Grutas (R.N.). Asimismo, instó la citación en garantía de la Aseguradora LA PERSEVERANCIA SEGUROS S.A.-

Relata que el día del accidente (17/06/2012) a la hora 05:30 -aproximadamente- el Sr. Luis Gabriel Jindra conducía el vehículo marca Chevrolet S-10, dominio JZL-587, de propiedad de su padre, en compañía de sus amigos Jesús Javier Caballero -quien se encontraba sentado en el asiento delantero derecho, es decir, el del acompañante- y María Mgdalena Baluczynsky -quien viajaba en el asiento trasero del rodado- cuando, de manera sorpresiva e imprevista, el automóvil en el que se trasladaban muerde la banquina y, en un intento por volver a la ruta, comienza a derrapar y luego a dar tumbos.

Como consecuencia del siniestro, el conductor del vehículo falleció en el acto y sus acompañantes sufrieron heridas graves, por las que debieron ser derivados de manera inmediata al Hospital Zatti.

Manifiesta que los actores tenían colocados el cinturón de seguridad, lo que ocasionó que, luego del impacto, todos permanecieran dentro del habitáculo.

Expone que fue el conductor (Luis Gabriel Jindra) responsable del siniestro por su proceder culposos, negligente, desaprensivo e ilegal.

Agrega que, dado que el siniestro ocurrió en circunstancia en que los actores eran transportados de manera benévola, corresponde aplicar al caso el artículo 1113 del Código Civil.

Funda la responsabilidad del demandado Néstor Raúl Jindra en su condición de titular

registraral del rodado (Chevrolet S-10 dominio JZL-587) en el que padecieron el accidente.

En cuanto a la competencia territorial para entender en las presentes actuaciones la fundan en razón de tener la citada en garantía domicilio dentro de la jurisdicción de esta Unidad Jurisdiccional Civil.

Luego, procede a cuantificar los rubros reclamados por cada uno de los accionantes, peticionando por: a) Jesús Javier Caballero la suma total de \$750.000, comprensiva de: 1.- Daño Moral: \$150.000; 2.- Daño Psicológico: \$50.000; 3.- Daño Estético: \$20.000; 4.- Daño Económico-Perdida de Chance: \$500.000; 5.- Gastos de Terapia Psicológica: \$20.000; 6.- Gastos Médicos y de Traslado: \$10.000. Y por, b) María Magdalena Baluczynsky la suma total de \$245.000, que comprende: 1.- Daño Moral: \$50.000; 2.- Daño Psicológico: \$30.000; 3.- Daño Económico-Perdida de Chance: \$150.000; 4.- Gastos de Terapia Psicológica: \$10.000; 5.- Gastos Médicos y de Traslado: \$5.000.

Expuestos los hechos y cuantificados los rubros indemnizatorios, concluye su reclamo ofreciendo prueba, fundando en derecho y peticionando.-

2.- Por providencia de fs. 85 se tuvo por iniciada la acción entablada, concediéndole el trámite ordinario y se dispuso correr traslado de la demanda al accionado y citar en garantía a la aseguradora denunciada. Lo que motiva que, a fs. 108/118, se presente el Dr. Sergio A. Della Valentina, apoderado de LA PERSEVERANCIA SEGUROS S.A., con el patrocinio letrado de la Dra. Verónica I. Hernández con el fin de contestar la citación en garantía.

En primer lugar, opone la falta de legitimación pasiva y el rechazo de la cobertura por culpa grave del asegurado.

Para así hacerlo sostiene que los hechos han ocurrido tal cual como lo relata la parte actora, esto es, que el siniestro es consecuencia directa del accionar del conductor del rodado. Sostiene que el Sr. Jindra (hijo del accionado) conducía en evidente estado de ebriedad -con 1,10 g/l cantidad de alcohol en sangre- no sólo él sino también sus acompañantes -aquí actores-. No encontrándose ninguno de los que circulaban en el rodado en condiciones de manejar, por lo que se constituyeron en un peligro no sólo para ellos sino para terceras personas.

Por ello, plantea el rechazo de la citación en garantía por la causa de exclusión de culpa grave del asegurado o conductor, prevista en los arts. 70 y 114 de la Ley 17.418 y contemplada en el artículo 21 de las condiciones de la póliza. Cita doctrina y jurisprudencia que sustentan el planteo formulado.

Transcribe testimonios brindados en la causa penal que se tramitó con motivo del siniestro de donde -a su entender- se evidencia probanzas de que tanto el conductor como los actores se encontraban alcoholizados.

Luego, para el caso que no se hiciera lugar a la exclusión planteada, alega el límite monetario que la póliza poseía al momento del siniestro, en el caso concreto de “*lesiones y/o muerte a terceros transportado*” se reconoce la suma de \$125.000 por acontecimiento, no correspondiendo indemnización mayor de \$125.000 por persona afectada. Sostuvo que dichos límites resultan oponibles a terceros y que, en caso de resultar condenada, debiera ser dentro de los límites establecidos.

Seguidamente, niega la procedencia, existencia, alcance y cuantía de los rubros indemnizatorios reclamados, impugnando la liquidación practicada y rechaza, impugna y desconoce la totalidad de la documental acompañada por los actores.

En cuanto a los hechos dice que no se explayaría ya que -tal como lo sostuvo al oponer la exclusión- los mismos ocurrieron tal como lo relataron los actores aunque sí agrega que los accionantes omitieron, caprichosa y curiosamente, declarar que el conductor se encontraba en un evidente estado de ebriedad, como así tampoco dijeron que ellos mismos (los actores) habían estado ingiriendo bebidas alcohólicas -conforme surge de la causa penal donde, horas después del siniestro, aún presentaban aliento etílico-.

Plantea que el perjuicio reclamado es excesivo y que los mismos son abusivos y carentes de todo sustento, ya que no acreditan de ninguna forma los daños que dicen haber padecido.

Ofrece prueba documental y propone otros medios probatorios y solicita, oportunamente, admita la excepción planteada y se rechace la demanda con costas a la actora.

3.- Por presentación de fs. 120/137 la actora desconoce e impugna la documental acompañada por la citada por tratarse de simples copias y constancias unilaterales emanadas de la citada.

Luego, peticiona la declaración de inconstitucionalidad e inoponibilidad de la cláusula limitativa de cobertura.

Para así sostenerlo plantea que dicha limitación no sólo es irrazonable sino que también es ilegal ya que la ley 24.449 establece que el seguro de responsabilidad civil es obligatorio y dicha normativa es de orden público. También solicita la declaración de inconstitucionalidad del Reglamento de la Superintendencia de Seguros que permite la limitación establecida en la póliza.

Efectúa un análisis de la exigencia del seguro de responsabilidad civil contenida en el art. 68 de la ley 24.449 y concluye que la misma afecta la libertad de contratar por cuanto la contratación se impone como un deber, siendo necesario a los fines de que dicho seguro cubra todos los daños causados a terceros. Por ello -dice- admitir la cláusula excluyente de responsabilidad atenta justamente con la exigencia legal de la norma mencionada y perjudica a los terceros perjudicados con motivo de un accidente, lo que considera a todas luces irrazonable ya que desnaturaliza la función del contrato de seguro.

Agrega que, sin perjuicio de lo expresado, las cláusulas limitativas son inoponibles a la víctima, lo que funda en jurisprudencia que cita. Y que, la limitación de la cobertura planteada afecta gravemente el derecho constitucional a la reparación integral o plena del que gozan los actores como víctimas del siniestro.

También, plantea que la cláusula cuestionada, además, vulnera los límites impuestos por el art. 953 del Código Civil, es abusiva en los términos del 1071 -del mismo cuerpo normativo- y que contradice las disposiciones de la Ley 24.240, las que resultan aplicables al caso por ser un contrato de consumo.

Asimismo, se refiere a la función social del seguro de responsabilidad civil al indicar que el derecho de daños -en su concepción actual- protege al débil, es decir, la víctima. En ese sentido, sostiene que, si bien la contratación de un contrato de seguro es voluntaria, siendo su finalidad mantener indemne el patrimonio del tomador, lo cierto es que, por lo dispuesto en el art. 68 de la ley 24.449, tal contratación deja de ser voluntaria para ser obligatoria. Y que, justamente, por esta razón se convierte en un contrato en interés de la comunidad ya que beneficiario pasa a ser la potencial víctima. Por ello, aduce que sólo por norma de igual jerarquía podría derogarse la obligatoriedad; así, sostiene que la Resolución de la SSN y la propia cláusula contractual cuestionada carecen de razonabilidad por apartarse de la exigencia de la ley. También dice que la excepción planteada por la citada amerita ciertas consideraciones. Por un lado, sostiene que la aseguradora ha omitido expedirse en tiempo oportuno sobre la admisión del siniestro. En efecto, el accidente ocurrió el 17/06/2012 y que la aseguradora recién manifestó su voluntad de rechazar la cobertura 110 días después del acaecido el hecho, es decir, vencido el plazo legal de 30 días. Sostiene que no existe prueba alguna que verifique que, en el caso de marras, se haya dado suspensión de plazos alguna que justifique el retardo en el rechazo. Tampoco se le requirió a los accionantes -ni la aseguradora probó- información complementaria alguna que motivará

que el cómputo del plazo de los 30 días ocurriera con posterioridad a la fecha del accidente. Por lo que, habiendo transcurrido el plazo de 30 días debe entenderse que operó la aceptación tácita del siniestro.

A su vez, argumento que no cabe en el caso el rechazo de la cobertura por culpa grave ya que sostiene que la cláusula de exclusión es inoponible a la víctima, siendo sólo operativa entre las partes (en virtud de lo dispuesto por el art. 114 de la ley 14.718), ya que el damnificado es un tercero ajeno al contrato.

Agrega que el hecho de que al conductor se le haya practicado un examen de alcohol en sangre no demuestra su culpa grave que permita la invocación de la aseguradora de tal causal de exclusión ya que debe acreditarse la relación de causalidad entre el estado de ebriedad y el siniestro ocurrido, lo que en el caso la citada no hace. Y sostiene que, igualmente, tal disposición no es operativa ya que el conductor no era el asegurado por lo que no se le pueden aplicar las disposiciones de la póliza contratada.

4.- A fs. 139 luce cédula de notificación dirigida al demandado, debidamente diligenciada, pese a lo cual no se presentó en oportunidad de contestar la demanda. Por providencia del 14/04/2016 se dispuso la apertura de la causa a prueba (fs. 141). En fecha 27/04/2016 (fs. 146) comparece el demandado NESTOR RAUL JINDRA, por derecho propio, con el patrocinio letrado de las Dras. Ana Rosa Lamela y Andrea Rey solicitando se le conceda la participación correspondiente. Por presentación de fs. 152 el accionado procedió a ofrecer prueba, mientras que el accionante ratificó la ya ofrecida (fs. 153).

El 30/08/2016 se realizó la audiencia preliminar (conforme acta fs. 155/158) y, dada la imposibilidad de arribar a un acuerdo conciliatorio, se proveyeron las pruebas ofrecidas. En fecha 31/07/2017 (fs. 275) se certificaron las pruebas producidas, la que fuera actualizada a fs. 828/829 y por providencia del 06/06/2022.

No existiendo prueba pendiente de producción, el 06/06/2022 se dispuso la clausura del período probatorio y pasaron los autos a alegar, facultad procesal que sólo la citada en garantía y el demandado ejercieron mediante presentaciones de fechas 25/07/2022 y 28/07/2022, respectivamente.

El 26/02/2024 se dispuso el llamamiento de autos para sentencia (firme y consentido).

CONSIDERANDO:

5.- Que tal como se desprende de los antecedentes reseñados, la demanda está direccionada a obtener de parte del demandado y citada, un resarcimiento por los daños que arguyen haber padecido los accionantes, con motivo de un accidente de tránsito, al

ser transportados en el vehículo propiedad del accionado . Frente al reclamo así intentado, el demandado interpone una causal de responsabilidad del propio damnificado, mientras que la citada en garantía opone la exclusión de cobertura alegando que quien conducía el vehículo asegurado lo hacía en estado de ebriedad.-

Ante todo debo destacar que no se encuentra controvertida la ocurrencia material del evento dañoso, ni las circunstancias de tiempo y lugar, ni que quien conducía el vehículo del demandado era su hijo Luis Gabriel Jindra (quien falleció producto del accidente), sin participación de otro rodado.

En este particular supuesto, los accionantes damnificados en ese siniestro demandan contra el titular registral del vehículo que los transportaba -conducido por L.G. Jindra- en calidad de terceros transportados, circunstancia que tampoco es controvertida. En consecuencia, se trata el presente caso de un supuesto de los denominados “transporte benévolo”, ya que se encontraban circulando en el rodado propiedad del codemandado Jindra, con su hijo como conductor (fallecido) sin mediar -o al menos ni fue alegado ni menos demostrado- contraprestación por ese transporte ni obligación de hacerlo.

6.- Marco normativo aplicable. En ese contexto, a fin de delimitar su encuadre normativo, destaco teniendo en cuenta la fecha de ocurrencia del siniestro de autos (17/06/2012), cuando se originó y consumó el daño; que no cabe duda alguna respecto a que el presente litigio habrá de resolverse teniendo en cuenta las disposiciones contenidas en el Código Civil de Vélez, ello de conformidad con los arts. 3 del C.C. Y 7 del C.C.C. Ley 26994.

Y en ese contexto agrego que ya no se discute la naturaleza jurídica de supuestos como el de marras, dejándose de lado las objeciones de índole moral que pudieran generarse ante el reclamo por un transporte de índole gratuito, llamado benévolo; y tampoco se controvierte su tratamiento bajo la óptica de la responsabilidad civil objetiva, que se asienta como es sabido en la existencia y comprobación de cuatro presupuestos o elementos fundamentales (hecho antijurídico, daño, relación de causalidad adecuada entre aquél y éste, y un factor atributivo de responsabilidad, subjetivo u objetivo).-

Entonces, surgiendo de las circunstancias de la causa (sin controversia al respecto) que, en el caso, se configura la hipótesis del llamado “transporte benévolo”, también es dable señalar que es un supuesto que carece de regulación legal en materia de transporte y responsabilidad específica, y respecto del que sólo existen soluciones pretorianas y opiniones de tratadistas.-

De ahí que se sostenga que este tipo de “transporte” es aquél en el cual el conductor

(dueño o guardián) realiza un acto que puede ser encuadrado como de mera cortesía, o con intenciones de hacer un favor, o de cualquier índole pero bajo la característica de cumplirse sin que el viajero o transportado se encuentre obligado a retribución alguna.- Efectivamente en este caso, se trató de un hecho producido en circunstancias en que se desarrollaba un transporte no remunerado y benévolo o desinteresado, que no es un contrato, dado el presumible “animus beneficendi” (ánimo de beneficiar, colaborar) que lo signa, y la ausencia de obligación de hacerlo, de contraprestación o de interés en el conductor.-

Es por esa categorización, por fuera de algún vínculo contractual, que es encuadrable en un tipo de responsabilidad extracontractual (vid. Trigo Represas y López Mesa, Responsabilidad Civil por Accidentes de Automotores, Ed. Rubinzal Culzoni, pág. 396/400), que reconoce sustento final en el deber jurídico genérico de “no dañar”. Ello, más allá de las discusiones en doctrina y jurisprudencia sobre la primacía del art. 1109 del Cód. Civil, o bien del art. 1113 del mismo plexo, generadas bajo la vigencia del anterior código.

En materia de responsabilidad, aún en estos casos, en los que el damnificado viajó de manera gratuita, conforme estima Mosset Iturraspe, no se edifica un “escudo de protección” para el dañador (vid. “El transportado gratuitamente viaja a riesgo y ventura”, La asunción o aceptación del riesgo como falacia jurídica, en LL 1991-E-440).-

En ese contexto, precedentes la Corte Suprema de Justicia de la Nación han ido definiendo el caso, por ejemplo al señalar que “..*En materia de transporte benévolo la asunción de los riesgos normales del viaje no es causal de supresión ni de disminución de la responsabilidad por los principios que emanan de los arts. 1109 y 1111 del Cód. Civil. El riesgo que asume quien es transportado benévolamente no alcanza al de perder la integridad física o la vida, a menos que debido a las circunstancias particulares del hecho esa consecuencia hubiera podido habitual y razonablemente sobrevenir, lo cual permitiría una asimilación a la culpa. La supuesta participación en la creación del riesgo del transportado benévolamente no implica -salvo circunstancias excepcionales- la culpa de la víctima, ni constituye una causa o concausa adecuada en la producción del daño que permita excluir la atribución objetiva de responsabilidad que el ordenamiento impone al dueño o guardián del rodado*” (Conf. CSJN, del 23.10.2001, in re: “MELNIK”, id. “TETTAMANTI”; id. “TOMASSETTI de BONICELLI”, Fallos, 315:1570).-

Se ha entendido entonces que la sola circunstancia de aceptar ser transportado en una cosa riesgosa (un vehículo), no supone -sólo por eso- que la víctima haya propiciado el propio daño mediante su conducta u obrar. De esta manera puede apreciarse que en la especie se trata de un supuesto de responsabilidad objetiva por el riesgo, siendo que la propia demandada se reconoce como dueña del rodado que constituía la cosa peligrosa; estando acreditada -como se profundizará luego- también la intervención de la misma en la producción de los daños alegados, y éstos -en principio y en el alcance que se expondrá más adelante- pueden ser reclamados en el alcance del art. 1109 del Cód. Civil, o bien del art. 1113 del mismo plexo.-

En cuanto a los eximentes el art. 1113 CC sólo se hacía alusión a dos: la culpa de la víctima y la de un tercero por el cual no debe responder. Someramente recuerdo que para que opere la segunda, debe haber mediado la conducta de un tercero que quiebre la relación causal; y en cuanto a la culpa del propio damnificado, pueden presentarse dos situaciones: la culpa exclusiva, único supuesto que exime totalmente al agente dañador, y aquella culpa que sin ser la única causal colaboró de algún modo en el acaecimiento del daño, y debe ser merituada en función de la incidencia valorativa que se pragmatiza con un porcentual (conf. args. Carlos A. Ghersi, La responsabilidad en accidentes viales, J.A., sem.n° 5935 del 31/5/95, pág. 32/34).-

7.- HECHOS. Así enmarcado legalmente el caso, cabe ahora desentrañar la base fáctica, y como ya fuera expresado media coincidencia entre las partes en torno a las circunstancias de tiempo y lugar del accidente, la mecánica del mismo, y la participación de las personas denunciadas (el conductor fallecido y los dos aquí actores transportados); mas se advierte en autos cierta discrepancia en torno a la causal de ese obrar negligente que desencadenó en el lamentable siniestro acaecido. Por un lado los actores manifiestan que el accidente se motivó por el exceso de velocidad con el que conducía fallecido Jindra, mientras que la citada en garantía afirma que en realidad, tanto el conductor como los acompañantes (aquí accionantes) habrían estado alcoholizados, basando así la exclusión de cobertura opuesta.

Como aporte probatorio cobra relevancia que con motivo del accidente, se dio trámite al expediente penal “C.S.V. SAO S/ INVESTIGACIÓN, LESIONES GRAVES CULPOSAS, HOMICIDIO CULPOSO” - Causa N° S7-12-0974 por ante el Juzgado Penal N° 4 de Viedma.

De su estudio se advierte que, a fs. 1, luce acta de procedimiento policial que expresa: *“En el asiento del Cuerpo de Seguridad Vial, de la localidad de San Antonio Oeste,*

Departamento Homónimo, Provincia de Río Negro a los 17 días del mes de junio del año dos mil doce, siendo la hora 06:30 se toma conocimiento vial radial a través de la comisaria 29 de Las Grutas (Cabo Troncoso) quien nos informa que por Ruta Provincial N° 2, acceso Norte a Las Grutas, a unos 10 km aproximadamente de esta unidad policial, se habría producido un accidente de tránsito, de inmediato se hace presente móvil interno (...) Al apersonarnos en el lugar constatamos que se trataba de un vuelco de vehículo Chevrolet S.10, DNIO. JZL-587, la cual quedó ubicada sobre banquina derecha conforme circulación que llevaba (San Antonio Oeste - Las Grutas), por causas que se tratan de establecer conductor del rodado pierde control protagonizando posterior vuelco. Posteriormente, de averiguaciones practicadas la Chevrolet S.10 era conducida por Sr. JINDRA LUIS GABRIEL (...) quien yacía dentro del habitáculo sin signos vitales, conforme dichos del personal del nosocomio local quienes realizaron examen preliminar, quien iba acompañado de CABALLERO JESUS JAVIER (...) quien se encontraba en la parte delantera del vehículo pero en la butaca del acompañante del conductor, quien se entrevista con el suscripto, y aduce que salían del local nocturno “LARRY PULL BAR” de la localidad de San Antonio Oeste, hacia la localidad de Las Grutas (...) y BALUNCZISKY MARIA MAGDALENA (...) quien se encontraba dentro del habitáculo en la parte trasera del mismo. (...) De acuerdo a las primeras diligencias realizadas en el lugar del accidente no se observa que halla participado algún otro vehículo, tampoco se visualiza huellas de frenadas del rodado partícipe en el siniestro. ...”

A fs. 45 de dicho expediente obra nota de elevación de la causa judicial en la que se consigna la mecánica del siniestro en los mismos términos ya expresados. En efecto expone: “... sobre Ruta Provincial N° 2 Acceso Norte a Las Grutas, a unos 10 km distantes de esta Unidad, se habría producido un accidente de tránsito, constituyéndose personal policial de ésta Unidad observa vehículo Chevrolet S-10, Dnio. JZL-587 con signos de haber protagonizado un vuelco, como así del lado del conductor yacía víctima fatal JINDRA LUIS, asimismo acompañantes Caballero Jesús y Baluncziski María (...) Conforme dichos de Caballero se trasladaban de SAO hacia Las Grutas y el conductor (víctima fatal) en un momento dado pierde el control provocándose posterior vuelco. ...”

A fs. 41 luce declaración testimonial de María Magdalena Balunczisky quien dijo: “... siendo las 05:50 aproximadamente pasan por mi casa Jesús Caballero y Jindra Luis, donde posteriormente nos dirigimos hacia Las Grutas. Que íbamos dialogando y

escuchando música y que en un momento dado Jindra nos dice que nos coloquemos el cinturón de seguridad y aduce “ahora vamos a volar” y comienza a levantar la velocidad del vehículo, momentos más tarde pierde el control mordiendo la banquina e intenta volver nuevamente a la ruta, y en ese momento comenzamos a derrapar y a dar vueltas. Que luego de terminar con la serie de tumbos el “colo” Jindra Luis dice que hice dios mio...”

A fs. 62 obra declaración testimonial de Jesús Javier Caballero quien afirmó: “...el día 17 de junio del corriente año, siendo las hs 05:30 aproximadamente, viajaba junto a mi amigo LUIS GABRIEL JINDRA y MARIA BALUNCZISKY, desde la localidad de San Antonio Oeste hacia Las Grutas en una camioneta marca Chevrolet S10, modelo 2011, la cual era conducida por JINDRA habiendo transitado unos seis kilómetros aproximadamente, observo que mi amigo muerde la banquina, lo cual le hace perder el control de la camioneta y cuando retorna nuevamente a la cinta asfáltica se produce el vuelco...”. A su vez, preguntado sobre si habían estado con el conductor ingiriendo bebidas alcohólicas respondió: “Que sí junto a mi amigo estuvimos en un Pub y tomamos una cerveza entre los dos”

Asimismo, en este proceso civil se realizó una pericia accidentalógica, la que estuvo a cargo del perito Sergio Gustavo Vera cuyo dictamen luce agregado a fs. 344/355 de autos, del cual se pueden extraer las siguientes conclusiones:

“DINÁMICA DEL ACCIDENTE: el mismo ocurrió a las 06:30 horas del domingo 17 de junio de 2012, en la ruta provincial n° 2, aproximadamente a 2700 metros al suroeste de la intersección con calle Automóvil Club Argentino, localidad de Las Grutas, Provincia de Río Negro.

El hecho ocurre en momentos en que la Pick Up, CHEVROLET S-10, dominio JZL-587, al mando del Sr. JINDRA LUIS GABRIEL, transitaba por Ruta Provincial N° 02, con sentido noreste a sureste y por causas que escapan a la objetividad del informe, pierde el control de la unidad y vuelca.”

“DETERMINACIÓN DE VELOCIDADES: ... Surgen indicios para estimar la velocidad al momento de impacto de la PICK UP CHEVROLET S-10 dominio JZL-587.

La PICK UP CHEVROLET S-10, imprime sobre la Ruta Provincial N° 2 banda norte, banquina y sub-banquina norte, indicios de tumbos correspondientes a vuelco y efracciones sobre la cinta asfáltica, provocados aparentemente con parte de la carrocería de la misma, que se proyectan de noreste a suroeste. (...) la extensión entre huella de derrape; efracción y tumbos es de 126.2 metros.- (...) Momentos previos del

incidente, la velocidad del vehículo era de aproximadamente 35.185 m/s que transformándolo en km/h, se multiplica por 3.6 y se transforma en 126.66 k/h., +/- 5,5 km/h.”

“La distancia donde pierde el control y dominio del rodado, hasta donde quedara finalmente es de 126.2 metros (conforme croquis policial)”

De tal reconstrucción de los hechos no quedan dudas desde mi perspectiva, de la evidente ocurrencia del siniestro debido a la pérdida del control del vehículo de parte de su conductor (Luis Gabriel Jindra) quien, luego de morder la banquina, a exceso de velocidad, no pudo evitar que la camioneta comenzara a dar diversos vuelcos hasta la posición final del rodado. De ese lamentable suceso, se derivan los perjuicios alegados por los accionantes; pues el accidente ha provocado daños en los actores -transportados- que merecen ser resarcidos, siempre en la medida que logren ser demostrados. Sin embargo, tal resarcimiento amerita un estudio en profundidad respecto al alcance de su cobertura, en virtud de las particulares circunstancias que rodean al caso.

Los actores plantean en la demanda que el siniestro se debió a la imprudente conducta del conductor, quien conducía a exceso de velocidad; mientras que la citada sostiene que se debió al consumo de alcohol del conductor, y que también los otros dos ocupantes aquí demandantes lo habían hecho.

Desde ya destaco que en ese contexto comprobado, también constatada la ebriedad de quien conducía la camioneta, único vehículo partícipe del accidente, cotejado con la mecánica relatada por el perito; determinan sin dudas la configuración de la culpa grave del conductor del vehículo siniestrado.

A fin de determinar esas circunstancias, advierto que el experto, en su dictamen pericial accidentológico, no atribuyó el hecho a una causal específica. Sin embargo, según surge de la pericia, se logró constatar que el conductor se encontraría circulando por encima de la velocidad permitida; cuya máxima en el lugar es de 110 km/h, y el fallecido conducía a una velocidad promedio de 126,66 km/h; comprobado de acuerdo al informe pericial. Por otro lado, de la causa penal surgen a fs. 4, 5 y 6 informes médicos correspondientes a Baluczynsky, Caballero y Jindra -respectivamente-, advirtiéndose que en los tres se halló síntomas de ebriedad (*SINTOMAS DE EBRIEDAD: haliatosis alcohólica SI.*). También consta que a fs. 19 se solicitó se efectúe análisis de alcoholemia y/o alguna sustancia a la muestra de sangre extraída al Sr. Luis Gabriel Jindra (conductor fallecido), cuyo informe (fs. 53) concluye determinando que: *“El resultado de la alcoholemia es de: 1,10 g/l”*.

Es decir que, el resultado del análisis de alcoholemia confirmó que el conductor estaba manejando en estado de ebriedad, respaldando las probanzas que constataban que había estado ingiriendo bebidas alcohólicas antes del siniestro. Aunque con mayor vaguedad en cuanto al estado de ebriedad, el testigo Miglio en la causa penal (fs. 38) dijo haberlo visto en el local nocturno “LARRY PUL BAR” cuando el declarante cumplía en dicho local con sus adicionales como policía. Asimismo, la testigo Sancho (al declarar en extraña jurisdicción) afirmó que *se encontraron casualmente en horas de la madrugada en un local nocturno. Un pub de nombre “Larry”* y, el propio Caballero, al ser auxiliado por la policía luego del siniestro, dijo que salían del local nocturno “LARRY PULL BAR”, testimoniado luego que habían tomado una cerveza entre los dos.

Si bien a la coaccionante Baluczynsky también pasajera en el vehículo, la pasan a buscar después, el médico policial al revisarla manifiesta haber constatado que sí tenía Halitosis alcohólica (fs.04 exte penal) al igual que con Caballero (fs. 05).

Aunque el hecho de haberse verificado que el conductor conducía bajo los efectos del alcohol y que, aparentemente, los acompañantes lo sabían, sin poder verificarse con fehaciencia si también se encontraban ellos bajo los mismos efectos, pues solo se cuenta con el dato del médico policial indicado en ambos luego del accidente; no alcanza a erigirse tal circunstancia como obstáculo a la procedencia de la resarcibilidad de los daños ocasionados en sus personas, sí estimo que resulta suficiente para conllevar a una asunción compartida de los perjuicios derivados, operando una morigeración de ese resarcimiento a cargos el demandado titular del vehículo. No puede desconocerse que ellos también deben asumir parte de la responsabilidad, en las circunstancias reseñadas, del indeseable resultado de la conducta asumida, al aceptar ser transportados por una persona que actuó con culpa grave, por conducir habiendo ingerido bebidas alcohólicas.

Es que justamente dadas las particulares características que presenta el transporte benévolo y en el caso la circunstancia de que los actores conocían o debieron conocer el estado de ebriedad del conductor -por haber estado juntos con anterioridad en el local nocturno ya mencionado, con respecto a Caballero al menos, y Baluczynsky porque sabía de dónde venían, y quien también tenía aliento etílico- entiendo que asumieron el riesgo del acaecimiento del siniestro. No puede seriamente negarse la imprudencia de la conducta de quien se sube a un vehículo cuyo conductor, había tomado alcohol.

En ese sentido se ha decidido en similares siniestros al que nos ocupa, por jurisprudencia que sigue una línea de interpretación haciendo pesar al menos una parte

de la responsabilidad por los daños padecidos por los terceros transportados en su propia conducta; no sólo en la culpa de la parte demandada sino también en las propias víctimas, bajo lo que se conoce como la culpa de la víctima que conculca o concurre al acaecimiento del daño.

Este ha sido el criterio sostenido en diversos fallos, trayendo a colación como ejemplo: *“Si como en el caso convergen circunstancias que llevan a determinar la existencia de concausas imputables a la víctima para morigerar la atribución de responsabilidad de los demandados, en tanto cobra relevancia -junto con el hecho de haber quedado acreditado el elevado grado de alcohol en sangre que poseía el conductor del rodado tiempo después del siniestro y lo analizado respecto de la relación de causalidad- lo declarado en sede penal por el testigo: que se habían encontrado –testigo y víctima- con el conductor dentro del boliche -aproximadamente a las 5:00 o 5:30 hs. de la mañana-, que se notaba que “estaba medio tomado” y que cuando salieron “eran las 7:30 pasadas”, se encuentra configurada -como concausa del daño- una situación de peligro especial, la que ha sido enfrentada por la víctima en forma desaprensiva, asumiendo de esta manera un peligro anormal o extraordinario, y que resultó idóneo para dañarla, por lo que en base a estas conclusiones, y a las prescripciones del artículo 901 y siguientes del Código Civil, deberá pesar sobre el demandado un 70% de atribución del daño y el 30% restante a cargo de la víctima –en el caso, de los actores”* (Cámara de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral y de la Minería de Neuquén, Sala I, “Nahuelcheo Espinoza, Josefina y otro c. Carranza, Ricardo Javier y otro s. daños y perjuicios por uso automotor c. lesión o muerte, 11/10/2011).

Idéntico sentido al citado fue seguido en los autos “ARRIETA TERESA RAMONA Y CASIANO NATALIA VANESA C/ CAMPOS JUAN ARIEL Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (ORDINARIO)” de trámite ante el Juzgado Civil, Comercial, Minería y Sucesiones N° 1 de Viedma, al decir: *“Por lo indicado, encuentro que existió un riesgo particular en el caso, la asunción de un peligro extraordinario por la propia víctima fallecida quien aceptó ser transportado por el Sr. Juan Ariel Campos, conociendo que había ingerido alcohol y que podía afectar sus cualidades como conductor.(...) Por lo que existe una causa concomitante que me lleva a definir responsabilidades concurrentes en un 80% en cabeza del Sr. Juan Ariel Campo y del dueño del Rodado Alcides Campos y un 20% a cargo de la víctima representada por las actoras en autos.-”*

En otro precedente análogo sostuvo: *“De todo lo expuesto es de señalar, como bien lo*

apunta el Dr. Lucero, que no existe cosa juzgada del decisorio dictado en la causa precedente respecto a lo que aquí fue debatido, porque si bien, los aquí actores eran transportados en la Ford Ranger cuando ocurrió el accidente, su reclamo frente al aquí demandado no fue objeto de decisión en la causa antecedente, como tampoco lo fue la atribución de responsabilidad por los daños que los mismos sufrieron. En ese sentido, es de resaltar que la jueza “a quo” hizo expresa referencia al expediente acollarado, señalando que del mismo surge la responsabilidad del joven D. respecto a la producción del siniestro por invadir el carril contrario con la camioneta que conducía, a lo que se suma que no estaba en discusión que dicho conductor se encontraba en estado de ebriedad al momento del siniestro (ver sentencia a fs. 533, anteúltimo párrafo). Mas lo que aquí pasa a considerar es la “culpa” de los actores de esta causa por haber aceptado realizar un viaje a pesar del estado de embriaguez del conductor (ver sentencia a fs. 533, último párrafo/vta., 1er. párrafo). Y a fin de encarar dicho análisis, lo hizo desde la perspectiva de la eximente del hecho de la víctima (conf. art. 1111 del Cód. Civil) (ver sentencia a fs. 533 vta., 2do. párrafo), dado que aplicó la doctrina del art. 1113 del Cód. Civil al presente supuesto de transporte benévolo (ver sentencia a fs. 532 “in fine”/vta.).

Sin embargo es de reparar que la juzgadora de grado no consideró la eximente del 50% de responsabilidad -porcentual en la que se cuantifica la incidencia de la conducta de los actores en el daño que padecieron- por haber aceptado ser transportados benévolamente por D., sino “...por el hecho de haber aceptado ser conducidos por quien, conforme surge de su análisis de alcoholemia presentaba en ese momento un evidente estado de ebriedad (hubiera sido interesante que a ellas también se les hiciera el estudio de alcoholemia desde que no pudieron advertir la conducta ebria de su amigo y que fue él quien invadió el carril contrario), habiendo -de este modo- contribuido, con su obrar imprudente, en la causación de su propio daño” (ver sentencia a fs. 534 vta., último párrafo).

De acuerdo a los antecedentes expuestos es claro que la mera aceptación de ser transportado no acarrea la participación del pasajero en la producción del daño, mas cuando esto importa la asunción de un riesgo inusual sí. En ese sentido se decidió de manera análoga a lo aquí sentenciado que en el caso del transporte benévolo por las particulares circunstancias en que se suele originar este tipo de transporte, incurre en culpa aquél que sube al vehículo conociendo el estado de embriaguez del conductor, o la imprudencia habitual de éste o de carencia de permiso para el manejo, antecedentes

éstos que podrían eximir en todo o en parte de responsabilidad al autor del hecho dañoso (conf. Cód. Civil y Com. San Isidro, sala II, 17/03/88, DJ, 1988-2-999); así como se sostuvo que actúa imprudentemente quien requiere ser trasladado en un vehículo conducido por persona alcoholizada. Son conocidas las inhibiciones que produce ese estado y hay, entonces, la falta de previsión necesaria, que más tarde puede contribuir a que suceda el hecho dañoso (conf. Cód. Civil y Com. Tucumán, 22/09/1978, LA LEY, 979-594).” (CApelTrelew, SalaB, autos "A., N. A. y otras c. Delgado, Gregorio s/ daños y perjuicios", 17/06/2015)

8.- RESPONSABILIDAD: Por todo lo expuesto, entendiendo que en el caso de marras medió una concausa introducida por parte de los damnificados ahora reclamantes, que implicó asumir en cierto modo el riesgo corrido, y efectivamente acaecido; lo que si bien no alcanza a operar como quiebre total del nexo causal, sí se traduce en una responsabilidad, al menos parcial, en el hecho luctuoso; y por lo tanto entiendo razonable definir la responsabilidad concurrente de las partes en un **60% a cargo del Sr. Néstor Raúl Jindra**, por ser titular registral del rodado; y un **40% a cargo de cada uno de los actores, Jesús Javier Caballero y María Magdalena Baluczisky**, de la totalidad de los daños derivados del accidente padecido.

9.- De la exclusión de cobertura planteada por la citada en garantía.

Así asentada la plataforma fáctica del caso, corresponde ahora tratar la defensa de exclusión de cobertura formulada por la citada en garantía, fundada en la atribución de culpa grave del conductor, prevista en los arts. 70 y 114 de la Ley 17.418, también expresamente en el contrato de seguro que lo vincula con el demandado, contemplada, según dice, en la cláusula 21 de las condiciones generales de la póliza, y derivada de lo que prescribe el art. 502 del CC vigente a esa época.

Funda tal exclusión en el hecho (objetivo) de que el conductor -fallecido- se encontraba alcoholizado al momento del siniestro, conforme surge del informe de alcoholemia practicado en el marco de la causa penal, lo que se erige desde su perspectiva como causal de liberación de la cobertura por haberse provocado el riesgo que provocó los daños por cuya reparación se acciona, por la culpa grave del conductor. Asimismo, indicó la compañía que tal exclusión fue oportunamente notificada a su asegurado, Néstor Raúl Jindra, mediante la remisión de carta documento del 06/10/2014. Y citó basta jurisprudencia con la que pretende sustentar su postura.

Previo a analizar la procedencia o no de la exclusión planteada, debo resaltar que de la póliza acompañada -glosada a fs. 103/107- si bien no surge tal previsión en el texto de

la alegada cláusula 21 tal como fuera indicado, sí se advierte por otro lado que en la cláusula CG-CO7.1.- de la Póliza se estipula: *“Dolo o Culpa Grave. El asegurador queda liberado si el Asegurado o el Conductor provoca, por acción u omisión, el siniestro dolosamente o con culpa grave. ...”* que además sigue literalmente las previsiones habilitadas por la **SUPERINTENDENCIA DE SEGUROS DE LA NACIÓN, mediante Resolución 39327/2015** en su ANEXO I, SO-RC 3.1, PÓLIZA BÁSICA DEL SEGURO OBLIGATORIO DE RESPONSABILIDAD CIVIL, ARTÍCULO 68 DE LA LEY N° 24.449 Cláusula 5.

En términos generales las exclusiones de cobertura operan como previsiones nacidas desde el nacimiento mismo del contrato, por ende son siempre anteriores al accidente, y son parte de la delimitación de las obligaciones en la "medida del seguro" a la que se refiere el art. 118 de la LS. Surge de esa cláusula CG-CO7.1.- invocada, por un lado, que comprende tanto la conducta del asegurado como del conductor; y por otro, que no se especifica qué conductas encuadran en el supuesto de dolo o culpa grave específicamente. La citada excepcionante alega que en este supuesto se configuró esa causal de exclusión dado el estado de ebriedad con el que conducía el hijo del accionado asegurado - acreditado en la causa penal-. Tampoco se advierte del texto de la póliza adjunta, que se especifiquen los parámetros para catalogar el estado de ebriedad, ni a partir de qué dosaje, para alcanzar a quedar encuadrada como culpa grave del conductor como causa que provocó el accidente, y de esa manera operar como exclusión de la cobertura. Tampoco los artículos 70 y 114 de la Ley 17.418 refieren expresamente a este tema ni tampoco tales preceptos resultan aplicables al caso de autos, pues en el presente siniestro no conducía el auto el propio asegurado, ni se le atribuye a su persona ninguna conducta encuadrable en la causal de liberación invoca, de culpa grave.

En consecuencia, para determinar si la conducción del vehículo con ese nivel de alcohol en sangre constatado en el conductor del vehículo siniestrado, puede ser catalogado como causa del accidente para liberar a la aseguradora de responder por los daños derivados, debe profundizarse en esa incidencia causal entre esa ebriedad, como dato comprobado, y la producción del siniestro.

La Superintendencia de Seguros de la Nación por Resolución N° 35.401/2010 brindó una definición respecto al estado de ebriedad al decir: *“...19) Cuando el vehículo asegurado sea conducido por una persona bajo la influencia de cualquier droga desinhibidora, alucinógena o somnífera, o en estado de ebriedad. Se entiende que una*

persona se encuentra en estado de ebriedad si se niega a practicarse el examen de alcoholemia (u otro que corresponda) o cuando habiéndose practicado éste, arroje un resultado igual o superior a un gramo de alcohol por mil gramos de sangre al momento del accidente.”

En el caso que nos ocupa, efectivamente, como ya quedara consignado, el análisis efectuado arrojó como resultado que el conductor transitaba con un dosaje de 1,10 g/l de alcohol en sangre.

Para quedar liberada, es cierto que la citada debe probar que el siniestro de autos fue consecuencia directa de la conducción bajo los efectos del alcohol del conductor (es decir que ese obrar doloso o culposo grave fue la causa del accidente). No caben dudas, teniendo en cuenta el resultado de la alcoholemia realizada, que el conductor circulaba bajo los efectos del alcohol, y si bien esta circunstancia no bastaría para considerar que operó en el caso la culpa grave o dolo del conductor, pues debe correlacionarse como nexo causal con el accidente sufrido; los elementos reunidos permiten acreditar suficientemente que en este caso, así fue.

Los mismos accionantes al demandar, acusan al conductor del vehículo de haberlo hecho de manera imprudente, sin la atención necesaria, irresponsable y negligentemente, violando la más básicas normas de tránsito. También aluden a la culpa en la que habría incurrido, por la excesiva velocidad a la que circulaba y por la forma en la que perdió el control del rodado. La frase temeraria “Ahora vamos a volar” endilgada al conductor fallecido justo antes del accidente, según relato de la coaccionante al testificar en sede penal, considero que respalda esa condición de culpa grave como calificación de su conducta.

En precedentes de esta Circunscripción, particularmente en un contexto similar al de autos, revocando una sentencia dictada por mi parte en sentido contrario, mediante la que había rechazado la exclusión de cobertura opuesta por la compañía citada; la Cámara de Apelaciones local manifestó: “Ahora bien, si el resultado del test de alcoholemia no hubiera dado positivo, nadie estaría discutiendo la responsabilidad por la cobertura de la Cía de Seguros citada en garantía. Pero como ha dado positivo, es inevitable establecer una correlación entre esa circunstancia y el hecho del manejo con poca pericia que provocara el accidente. La pregunta que se impone es: ¿la brusca maniobra estuvo signada fatalmente por la ingesta de alcohol previa o sólo fue una impericia en el volante la que la provocó?.....Ello significa, que, a mi criterio, debe existir, para que opere esta cláusula, un manejo tan desaprensivo que exceda la

precaución razonable que debe tomarse para conducir. O sea, no cualquier infracción a la ley de tránsito es constitutiva de “culpa grave” (puede que lo sea, o puede que no, según las circunstancias). La calificación de “grave” es una cuestión de prueba, a cargo de quien la invoca como causal de exclusión del seguro.....A mi criterio, convalidar tales conductas, implicaría ignorar la legalidad de las cláusulas de exclusión de responsabilidad de la Aseguradora y lo que es peor, indicar a la sociedad que manejar en estado de ebriedad no tiene consecuencias (en materia de responsabilidad civil) ya que en cuanto a infracción administrativa se refiere, con la mitad del alcohol que llevaba en sangre al momento del accidente hubiera sido multado, sin lugar a dudas. Obligar a la Aseguradora en tales casos, a cubrir de todos modos los daños ocasionados, implica hacerle asumir un riesgo no previsto ni contratado (el destacado me pertenece). Es introducir sorpresivamente una condición de cobertura que no sólo no asumió, sino que respecto de la misma pactó con su asegurado que quedaba formalmente fuera de la garantía. Hay entonces, riesgos asumidos y hay riesgos excluidos del contrato y el riesgo de conducir obrando con culpa grave, por estar bajo los efectos del alcohol, no es un riesgo que las partes hayan previsto cubrir, por lo que entiendo, no resulta oponible a la aseguradora. No se debe concluir de ello que la aseguradora deje sin cobertura al asegurado, sino que esa cobertura nunca existió, por lo que no puede esgrimirse.” (“MELO ESPINOZA CUSTODIO Y OTROS C/ ALARCÓN JORGE ALBERTO S/ ORDINARIO” Expte.2471-SC-14; 02-12-2014) Además esta decisión mereció confirmación de parte del Superior Tribunal de Justicia: “En definitiva, sobre la base de lo precedentemente expuesto cabe afirmar que, con fundamento en el principio de relatividad de los contratos, éstos no pueden ser invocados por terceros (art. 1199, Código Civil; 1021 del CCyC.), por lo que las hipótesis de delimitación del riesgo, en este caso la exclusión de cobertura por haber el asegurado provocado el siniestro por culpa grave, les son oponibles...En conclusión, la solución acordada por el Tribunal a quo que hiciera lugar a la exclusión de cobertura planteada por la citada en garantía importa, a mi juicio, no sólo una adecuada interpretación del contrato de seguro sino también una correcta hermenéutica de los artículos 70, 114, 118 y cc. de la Ley 17.418 toda vez que se encuentra ínsita en la misma la cuestión de las distintas limitaciones del seguro o exclusiones de responsabilidad, aún cuando se halle en vigencia el contrato respectivo o, mejor dicho, precisamente porque se halla en vigencia el contrato de seguro es que deben tenerse en cuenta tales limitaciones o exclusiones de cobertura.” (“MELO ESPINOZA, Custodio y Otros c/ALARCON, Jorge Alberto

s/ORDINARIO s/CASACION” (Expte. N° 27842/15-STJ-) 12/04/16.

Se presenta en el caso que ahora nos ocupa, un contexto similar a aquel precedente, por haberse también constatado el estado de ebriedad del conductor. Además de las constancias obrantes en el trámite desarrollado en sede penal, se produjo en este proceso civil una prueba pericial accidentológica para desentrañar la mecánica del siniestro. En su dictamen, el perito accidentológico no ha establecido una causa específica de la ocurrencia del siniestro, y no señala concretamente como tal a la conducción bajo los efectos del alcohol de quien manejaba la camioneta; sino que remite a *“causas que escapan a la objetividad del informe, pierde el control de la unidad y vuelca.”* No obstante, determina el exceso de velocidad: *“Momentos previos del incidente, la velocidad del vehículo era de aproximadamente 35.185 m/s que transformándolo en km/h, se multiplica por 3.6 y se transforma en 126.66 k/h., +/- 5,5 km/h.”*

Sin embargo, cotejada esa circunstancia fáctica, comprobada e indiscutida; con el otro hecho también fehacientemente demostrado, de la ingesta del alcohol y su dosaje en la sangre del conductor del vehículo siniestrado, bajo el prisma de los últimos precedentes de los tribunales superiores (Cámara de Apelaciones y Superior Tribunal de Justicia) poco espacio queda para la duda.

Es cierto e indiscutible el efecto que en términos generales el alcohol produce en la atención y en los sentidos de una persona, afectando seriamente las habilidades psicomotoras; resultando alarmante la cantidad de accidentes que se provocan por esa causa. No puede negarse seriamente que conducir con ese grado de alcohol en sangre, es cometer una imprudencia, una falta grave.

En otros términos, a fin de encuadrar lo que se considera culpa grave, traiga a colación una cita utilizada en otro precedente de la Cámara local: *“Soler Aleu en “El nuevo contrato de seguro” pag. 69 define la “culpa grave” ... “en la cual el sujeto voluntariamente se somete a un riesgo innecesario, creyendo que el riesgo no se hará efectivo, y se arriesga desafiándolo, aunque posteriormente le alcanza, concretándose en un siniestro. El agente quiere voluntariamente los medios que le llevarán a un riesgo querido; ve el riesgo, sus peligros y consecuencias, que cree que no le alcanzarán, y se somete a él desafiándolo, con el resultado de que el riesgo desafiado se concreta en peligro”*. cita extraída del fallo "SALAZAR MABEL CARMEN C/ VAZQUEZ RUIZ HEGRIBALDO Y OTROS S/ ORDINARIO" (Expte. N° 2836-SC-15) 31/05/2016 de la CACyC local.

Si bien es cierto que se reconoce en jurisprudencia que: *“quien comete una grave*

infracción de tránsito no incurre por esa razón en "culpa grave", de ser así se produciría la exclusión de cobertura con tanta frecuencia que la función del contrato de seguro contra la responsabilidad civil automotor se vería frustrada, quedando sin amparo una cantidad importante de siniestros en la actualidad", desnaturalizándose el imperativo nuclear del seguro de responsabilidad civil" (Cám. Apel.Civ. y Com. Dolores, causa nro. 87.158 "Saavedra Gonzalo F. c/ Boedo Luis s/ daños y perjuicios", 26/03/2009, el Dial- AA5137. citado en Cámara Apels. Civil Comercial de Mar Del Plata, Sala II "Gaitán, Raúl y Otros c. Guerrero, Gustavo" - 18/05/2010. Cita Online:AR/JUR/16955/2010). Y que, a su vez, nuestro Superior Tribunal de Justicia en el precedente que tramitó por ante esta Unidad Jurisdiccional Civil, al resolver el recurso de casación planteado en el citado "Melo" sostuvo: "La culpa grave, como factor de exclusión de cobertura, puede examinarse después de haberse determinado la relación causal de ese factor agravado de atribución subjetivo y el siniestro causado por el automóvil. Ello, pues la liberación de la citada en garantía por la mera existencia de un estado de ebriedad del asegurado, sin analizar la incidencia causal, supondría una violación a la norma imperativa del art. 114 de la Ley 17.418, en cuanto la misma establece que "el asegurado no tiene derecho a ser indemnizado cuando provoque dolosamente o por culpa grave el hecho del que nace su responsabilidad.". Aunque aquí se trata, como ya se dijo, del conductor no asegurado; luego profundiza sobre la exigencia de la causalidad explicando: "Es que la exclusión del riesgo por el estado de ebriedad al momento del accidente///.- ///.-supondría considerar que el riesgo de conducir en estado de ebriedad no está cubierto desde el inicio del contrato. Sin embargo, esta exclusión afectaría el límite impuesto por el art. 114 de la Ley de Seguro que autoriza que la aseguradora se libere cuando demuestre que el daño fue "provocado" por el conductor incurso en dolo o culpa grave. Si se prueba inequívocamente que no hay relación de causalidad entre esa provocación del daño con la culpa grave se estaría afectando esa disposición porque se recorta la causalidad que exige esa misma normativa. La culpa grave no funciona como un elemento para atribuir la responsabilidad sino como una excepción a la obligación asumida por el asegurador de mantener indemne al asegurado que presupone obviamente que esa conducta haya tenido relación causal con el siniestro."

Radica en esa diferenciación del foco sobre el cual se examina la procedencia o no de la exclusión de cobertura, el disparador que me inclina en este caso por considerar que opera la causal invocada por la compañía para eximirse de responder; pues la única

causa acreditada con entidad suficiente como provocar el accidente y los daños derivados, cuya reparación es el objeto de la cobertura comprometida por el contrato de seguro; es el estado de ebriedad con el que conducía el hijo del asegurado, bajo cuyo efecto se condujo con imprudencia, exceso de velocidad, perdiendo -fatalmente para él mismo- el control del vehículo siniestrado. En principio, puede alegarse que la indemnidad asumida ante un riesgo asegurado, no puede verse excluida o liberada por el sólo hecho del grado de alcohol en sangre en el conductor, sino que para que opere como exclusión de cobertura ese debe haber sido el elemento causador del accidente y del daño consecuente, en tanto sólo en ese caso podríamos aseverar que el perjuicio que debe reparar el asegurado se produjo por su culpa grave. En un fallo más reciente también se remite al citado antecedente el propio Superior Tribunal de Justicia Provincial que lo dictara, reiterando que: “(...) *La exclusión del riesgo deberá quedar dentro de los límites de la norma, esto es, probada la relación causal se presupondrá que el estado de ebriedad objetivado importa culpa grave y excluye la obligación de la aseguradora. Y, a la inversa, no probada la relación causal entre la ebriedad y el siniestro, se producirá la exclusión (legal) de la cláusula de exclusión convencional por ser incompatible con los fines de orden público considerados en la norma misma.*” (autos “Melo Espinoza Custodio y otros c/ Alarcón Jorge Alberto s/ Ordinario” - 12/04/2016)..“GRAFF, SILVIO RAUL C/ANDALORO, NANCY ELISABET Y OTROS S/DAÑOS Y PERJUICIOS (Ordinario) S/CASACION”, (Expte. N° A-1VI-405-C2015) STJ, 2/9/20.

De lo relatado y constatado en este caso, y en los márgenes delimitados por tales precedentes; considero que en el presente supuesto, no puede ser desconocida la incidencia causal del estado de ebriedad del conductor en el lamentable accidente acaecido. La cantidad de alcohol en sangre que tenía, alcanza a un nivel que se presume como inhibidor de sus facultades para conducir un vehículo con la prudencia y diligencias exigidas; siendo esa impericia la que causó que perdiera el control del vehículo, sin incidencia de ningún otro elemento interviniente.

En cuanto a la oponibilidad de las cláusulas del contrato de seguro entre aseguradora y asegurado accionados, más concretamente la liberación de la compañía de responder ante la verificación de una causal que lo exonera, ante el reclamo de los terceros damnificados; poco es lo que cabe ahondar sobre el asunto, desde que la Cámara de Apelaciones ya ha seguido la línea en los fallos citados, y nuestro STJRN ha sentado una línea de decisión, que se constata en algunos precedentes. A modo de ejemplo, cito

el fallo recaído el 13 de abril de 2016 en autos “PARDO YESICA VERÓNICA C/ GARCIA JORGE Y GARCIA JOSÉ LUIS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS” EXPTE N° 27603/15-STJ, (ratificado en “FRIAS, Cristian David c/HERNANDEZ, Joaquín y Otro s/ ORDINARIO” Expte. N° 28505/16-STJ-; 10 de noviembre de 2016); en el que claramente, aunque con otra cláusula, se determinó la oponibilidad de los términos del contrato frente a los damnificados, que revisten condición de terceros pues no participaron en esa relación jurídica. Este criterio guarda pleno apego a lo sentado por la Corte Suprema Nacional.

Concretamente en el citado fallo del Superior Provincial, sostuvo: *“La cuestión a resolver se encuentra circunscripta a determinar si resulta o no oponible a los terceros víctimas del accidente de marras, la cláusula pactada en el Contrato de Seguro (Cláusula 23 -Exclusiones de la cobertura II-Capítulos A y B. inc. g), que excluye de cobertura a los siniestros producidos y/o sufridos por el vehículo y/o su carga mientras sea conducido por personas que no estén habilitadas para el manejo de esa categoría de vehículo por autoridad competente. En tal cometido, se advierte que la Corte, in re: “BUFFONI”, en primer lugar reafirma el principio de la relatividad de los contratos, al sostener que: “...sin perjuicio de señalar que el acceso a una reparación integral de los daños sufridos por las víctimas de accidentes de tránsito constituye un principio constitucional que debe ser tutelado, y que esta Corte Suprema ha reforzado toda interpretación conducente a su plena satisfacción, ello no implica desconocer que el contrato de seguro rige la relación jurídica entre los otorgantes (arts. 1137 y 1197 del Código Civil) y los damnificados revisten la condición de terceros frente a los mismos porque no participaron de su realización, por lo que si desean invocarlo deben circunscribirse a sus términos (arts. 1195 y 1199 del Código Civil, voto del Juez Lorenzetti en la causa “CUELLO” y Fallos: 330:3483)”. {...} La doctrina que efectivamente se relaciona con el presente caso, por su analogía sustancial y/o identidad respecto de los hechos sometidos a decisión, es la emanada de este Superior Tribunal de Justicia -con otra integración- en el precedente “DÍAZ” (Se. 5/2011). Se dijo allí que “las cláusulas de exclusión de cobertura pactadas en los contratos de seguro son -por regla- oponibles a terceros...”, lo cual se sustenta en el principio de la relatividad de los contratos; en la diferenciación entre las cláusulas de caducidad y cláusulas de exoneración; en la insuficiencia de las argumentaciones que pregonan la función social asignada al contrato de seguro; en que la cláusula de exclusión de cobertura debe ser aplicada conforme a lo dispuesto por los arts. 1195, última parte,*

1197 y 1199 del Código Civil y constituye una obligación legal prevista en la ley de tránsito y que como tal, tiene vinculación y es obligatoria para el conductor; en el art. 118, párrafo tercero de la Ley 17.418 (responsabilidad del asegurador “En la medida del seguro”)...”. Y de manera más reciente, en línea coincidente con la decisión que aquí se adopta, también ha expresado el Máximo Tribunal Provincial: “... Ahora bien, en el desarrollo argumentativo que efectúa de este agravio, prescinde de toda consideración del principio de relatividad de los contratos que reiteradamente se ha sostenido a la hora de interpretar las relaciones de seguro y, menos aun, explica el modo en que el alegado principio de los actos propios puede llegar a modificar el criterio antes mencionado. No se puede perder de vista que el riesgo cuya cobertura pretende los actores, se encontraba expresamente excluido al inicio del contrato. Oportuno es recordar que el contrato de seguro debe dejar establecido el riesgo asegurado y que ello resulta, por lo general, de una cláusula que menciona el riesgo genérico a cubrir, puntualizándose a continuación diversas hipótesis que acotan el ámbito dentro del cual regirá la cobertura contractualmente pactada. Dicha delimitación contractual del riesgo, cuyos perjuicios derivados serán asumidos por la compañía como garantía de indemnidad al asegurado, se traduce en las llamadas cláusulas de exclusión de cobertura o de “no seguro” o de “no garantía”. El objeto de la disposición contractual en concreto es excluir los deberes del asegurador por la no asunción de ciertos riesgos; esto es una manifestación negocial por la que, explícita o tácitamente, el asegurador expresa su decisión de no tomar a su cargo las consecuencias derivadas de la realización del riesgo, bajo determinadas circunstancias. (Cf. STIGLITZ, Rubén S., “Derecho de Seguros”, T. II, Bs. As. 1977, ps. 174/175).V.C.V.C.J.E.Y.V.M.A.S.S. (Expte. N° 34220-11 // 30351/19-STJ-),30/10/2019 stj

También el Máximo Tribunal Nacional despejó el intento de hacer prevalecer las normas consumeriles a favor de los terceros, ajenos a ese contrato de seguro, al establecer en cuanto a la aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor en el aludido precedente “BUFFONI”: “...no obsta a lo dicho la modificación introducida por la Ley 26361 a la Ley de Defensa del Consumidor, pues esta Corte ha considerado que una ley general posterior no deroga ni modifica, implícita o tácitamente, la ley especial anterior, tal como ocurre en el caso de la singularidad del régimen de los contratos de seguro” (M.1319.XLIV “Martínez de Costa, María Esther c/Vallejos, Hugo Manuel y otros s/ daños y perjuicios”, fallada el 9de diciembre de 2009.-

En este caso, consta claramente en la póliza contratada la individualización del riesgo, como delimitación de la cobertura contratada en caso de derivarse perjuicios a indemnizar; y también se estipulan aquellos límites concretos a esa garantía asumida por la aseguradora. Esas cláusulas de naturaleza convencional, son las llamadas cláusulas de exclusión de cobertura o de no seguro o no garantía. Y en ese contexto no puede ser catalogada ni como abusiva ni ilegítima ni absurda, la cláusula que, anticipadamente advierte, que no serán cubiertos por la compañía de seguros aquellos riesgos que se deriven de la culpa grave incurrida por parte del asegurado o de quien conduzca el vehículo asegurado.

El sentido de esta exclusión del riesgo, es procurar evitar que el automotor sea conducido por quien no está en condiciones de hacerlo sin causar daños en otros bienes o personas, pues de lo contrario se incrementaría anormalmente el riesgo, favoreciendo la protección patrimonial de una conducta generadora de severo peligro para la sociedad. En tales condiciones, si el vehículo es conducido por quien incurre en UNA CULPA GRAVE, como indudablemente sucede cuando la persona se encuentra bajo los efectos del alcohol (en el caso 1,10 de alcohol en sangre); se produce contractualmente un supuesto de inexistencia de cobertura y no pueden ni el asegurado, ni los terceros damnificados, pretender que la condena alcance a la aseguradora en el marco de ese contrato. Se trata, como se ha dicho, de un supuesto de limitación del riesgo o de no seguro en el que resultan extrañas las consideraciones relativas a la función social del seguro y la protección de la víctima (ver fallo citado “Melo”).

En definitiva, como corolario de lo hasta aquí expuesto cabe señalar que los términos del contrato de seguro, en los que se incluyen las cláusulas de caducidad y los supuestos exclusión de cobertura, en la medida que no resulten arbitrarios, operan como limitantes del acceso a la reparación integral de los terceros víctimas del siniestro; en tanto les son oponibles, en los términos de los arts. 1195, 1199 del Código Civil anterior (receptado en los arts. 1021 y 1022 del actual) y art. 118 de la Ley 17418. Es cierto que la decisión adoptada en este sentido, puede dejar sin protección a las víctimas de los accidentes de tránsito, pero dicha circunstancia, por sí misma, no resulta suficiente para sostener en derecho que les sean inoponibles las cláusulas de liberación reguladas normativamente en el art. 118 -3, L.S. (ver fallo citado “Melo”).

Por lo tanto, no cabe más que fallar en concordancia con lo decidido por nuestro Superior Tribunal; correspondiendo hacer lugar a la exclusión de cobertura opuesta por la citada en garantía LA PERSEVERANCIA SEGUROS S.A.

A modo excepcional, cabe aclarar que considero que las costas por su intervención deben quedar asumidas por el orden causado, por tratarse de una cuestión que merece análisis circunstanciado, con opiniones jurisprudenciales divergentes y que recién mereciera definición por parte del STJ en fechas posteriores al planteo aquí suscitado (fallo en Pardo, 12/04/2016, Melo, 2014, Vazquez 2019) pudiendo legítimamente haber creído las partes damnificadas con derecho a reclamarle a la compañía de seguros que asua la garantía emergente de la póliza vigente al momento del siniestro. -

En consecuencia, en base a tales precedentes, me inclino en este caso por acoger el planteo de exclusión de cobertura formulado por la citada en garantía.

10.- Rubros indemnizatorios reclamados.

Así establecida la responsabilidad del siniestro, y quiénes y en qué medida deben responder; corresponde ahora constatar y mensurar los perjuicios derivados del siniestro por cuya reparación accionan los actores. En esa telesis, habré de analizar la procedencia y cuantía de los daños denunciados por los damnificados, los rubros pretendidos. En tal sentido, persiguen la indemnización de los siguientes conceptos: Para el Sr. Caballero la suma total de \$750.000, comprensiva de: 1) Daño moral: \$150.000; 2) Daño psicológico: \$50.000; 3) Daño Estético: \$20.000; 4) Daño Económico-perdida de chance: \$500.000; 5) Gastos de terapia psicológica: \$20.000; 6) Gastos médicos y de traslado: \$10.000. Mientras que para la Sra. Balunczynsky la suma total de \$250.000 que comprende: 1) Daño Moral: \$50.000; 2) Daño Psicológico: \$30.000; 3) Daño Económico-Pérdida de Chance: \$150.000; 4) Gastos de Terapia Psicológica: \$ 10.000; 5) Gastos Médicos y de Traslado: \$5.000.

Para un mejor tratamiento de los rubros reclamados se invertira el orden del siguiente modo:

A.- Daño Económico – Pérdida de Chance (Incapacidad sobreviniente): Bajo este acápite los actores reclaman la indemnización por la alegada disminución de las potencialidades físicas con motivo de las lesiones padecidas en el siniestro de autos, las que -sostienen- han repercutido negativamente en su capacidad laborativa. Afirman que, antes del accidente, ambos gozaban de un excelente estado de salud y, con motivo del evento dañoso, sufrieron lesiones de gravedad que -para una mejor exposición- se tratarán separadamente.

Tal pretensión indemnizatoria, comprende toda disminución física o psíquica que afecte tanto la capacidad productiva del individuo como aquella que se traduce en un menoscabo en cualquier tipo de actividad que desarrollaba con la debida amplitud y

libertad antes de sufrirla (Kemelmajer de Carlucci en Belluscio, Código Civil, t. 5, pág. 219, núm. 13; Llambías, Obligaciones, t. IV-A, pág. 120; Cazeaux-Trigo Represas, Derecho de las obligaciones, 2ª ed., t. 4, pág. 272).

Se ha definido a la integridad corporal de la persona como pasible de tener un valor económico instrumental, como capital destinado a ser fuente de beneficios, tanto económicos como de otra índole, su afectación se proyecta necesariamente al futuro, cercenando o menoscabando probabilidades de desenvolvimiento, éxito e inserción en el mundo de relación (Zavala de González, "Daños a las personas - Integridad psicofísica", t. 2 a, pág. 41).

Por ello se entiende que la indemnización de la incapacidad sobreviniente debe determinarse de una manera integral, teniendo en cuenta la disminución física efectiva que el accidente ha causado en la víctima, la incidencia que la misma puede tener en el futuro como generadora de pérdidas de chance de mejoras económicas y de más atractivos puestos de trabajo y como limitación de las posibilidades de vida social, deportiva, familiar, etc.

En tal sentido debo resaltar que, a los fines de la demostración de las secuelas que se describirán, los actores aportaron prueba documental, como así también ofrecieron prueba informativa dirigida al Hospital Artemides Zatti y Clinica Viedma, ambos de la ciudad de Viedma -cuyas respuestas obran glosadas a fs. 365/712 y 361/363, respectivamente-.

Sin embargo, considerando que la mirada reparadora en el ámbito civil para quien fue víctima de un ilícito persigue una reparación integral por la incapacidad causada a raíz de esas lesiones, que no sólo abarque su incapacidad para trabajar futura sino todas las disminuciones que su desenvolvimiento para la vida cotidiana haya sufrido, resulta fundamental la realización de una pericial médica que abarque todas estas cuestiones, la que en autos se produjo a fs. 803/808 y será analizada con posterioridad.

Previo a analizar por separado la procedencia del rubro, considero necesario dejar asentado que, en caso de resultar procedente la indemnización, a los fines de su cuantificación, en ambos casos corresponderá aplicar la fórmula matemática establecida en la doctrina sentada por nuestro STJ en el precedente -REITERADO - del fuero civil "HERNANDEZ, Fabián Alejandro c/EDERSA s/Ordinario" (Se. 52/2015), aplicando la siguiente fórmula: $C = A * (1 - Vn) * 1 / i * \% \text{ de incapacidad}$.

A.1) Jesús Javier Caballero:

En el apartado 9 de la demanda, el accionante expuso que, al momento del accidente,

contaba con 39 años de edad, era empleado en la empresa que pertenece al Sr. Miles Raúl Orlando -en la cual se desempeñaba como oficial electricista- percibiendo una remuneración mensual de \$2.988 y sostuvo que era un hombre sano, trabajador, con una vida social activa y amante de los deportes.

Sin embargo, a raíz del accidente, su vida dio un giro rotundo. A los fines de poder determinar las lesiones y secuelas padecidas, se sometió al estudio de un consultor técnico de parte (Dr. José Ferro) quien expuso:

“El paciente CABALLERO JESÚS JAVIER recibió lesiones de considerable magnitud, las mismas fueron constatadas a su ingreso en los diversos lugares de atención por la cual iba pasando y en definitiva en donde le han realizado todo el tratamiento.

Las lesiones anatómicas recibidas EN TODA LAS ZONAS LESIONADAS, son de estirpe GRAVE TANTO POR EL MECANISMO DE PRODUCCIÓN COMO POR LAS SECUELAS A LAS QUE DEBE ENFRENTARSE LA PACIENTE en cuanto a defecto físico o incapacidad: “esta lesión ha dejado secuelas”.

Habiendo procedido al estudio de la historia clínica, el consultor técnico le determinó una incapacidad actual derivada del accidente al momento del examen que se le realiza (el mismo tiene relación de causalidad con la secuela, físico-psíquico) del orden del 70/75%. Dicho porcentaje lo estimó tomando en consideración las lesiones asentadas en la historia clínica del mismo, que consistieron en:

- Fractura de fémur derecho, de neto origen traumático.
- Tratamiento quirúrgico con colocación de implantes metálicos (primeramente, placa con tornillos y luego clavo acerrojado endomedular con lazadas de alambre + injerto óseo autólogo).
- Posibilidad de tener que dinamizar el clavo acerrojado endomedular (en quirófano bajo anestesia con control de fvt).
- Cirugía que se le deberá realizar para el retiro del clavo acerrojado endomedular.
- Fractura de tibia y peroné derecho (macizo tibial), de neto origen traumático, con tratamiento quirúrgico.
- Posibilidad de tener que retirar ambas placas con tornillos.
- Todas las cirugías mencionadas son bajo anestesia en quirófano.
- Limitación de la movilidad de ambas rodillas y de la mano derecha a nivel MTC-F.
- Tratamiento de las luxaciones metacarpofalángicas de mano derecha, reducción bajo anestesia.
- Secuelas de cicatriz quirúrgicas cicatrízales y heridas cicatrízales de toda índole

como se aprecian en las fotografías presentadas, que marcan una alteración de la estética corporal.

- Asistencia médica correspondiente a: equipo de ortopedia y traumatología, clínica médica, infectología, psicólogos, psiquiatras, bioquímicos, kinesiólogos.

Justamente a los fines de determinar las secuelas por las cuales reclama la indemnización del presente rubro, el actor se remite al dictamen citado precedentemente y, luego de aplicar la fórmula matemática jurisprudencialmente aceptada y ponderando otros criterios -como el lucro cesante pasado y las afectaciones en el aspecto recreativo y social, entre otros-, lo cuantifica en \$500.000 con más intereses desde el hecho.

A los fines de la acreditación de la incapacidad sobreviniente, además de la prueba documental e informativa -dirigida al Hospital Artemides Zatti y Clínica Viedma, ambos de la ciudad de Viedma- se realizó en el marco de este proceso una pericia médica a cargo del profesional designado al efecto Dr. Claudio Edgardo Schoua. En su dictamen, que obra agregado a fs. 803/808 de autos, respecto al Sr. Caballero arrojó las siguientes afirmaciones: *“En relación a Caballero refiere dolores permanentes, dificultad en la marcha y dificultad para el manejo de la mano derecha.”*

Del examen físico practicado, el experto apreció: *“... cicatriz supra e infraumbilical de 20 cm por 4 cm en el ancho mayor, hipoestética, hipertrófica, de carácter queiloide.*

(...) Cicatriz en muslo de 25 cm aproximadamente de origen quirúrgico (placa con tornillos y posterior clavo acerrojado). Deformidad de eje de la pierna derecha con rotación externa de la rodilla. Cicatrices en muslos. Limitación de la flexión de la rodilla derecha a 90°, limitación de rodilla izquierda 110° limitación de la flexión metacarpofalángica de los 4 dedos de la mano derecha 70°.-”

Al momento de determinar la incapacidad consideró integral y abarcativamente todas las secuelas constatadas al revisar a Caballero (esto es, limitación de la movilidad metacarpofalángica, fractura de diáfisi femoral, fractura de platillos tibiales, cicatrices en muslo, cara posterior de muslo y abdomen y limitación en la flexión de ambas rodillas) y dictaminó *“... una incapacidad del 63.10%” (respuesta al punto 7 de la actora).*

Asimismo, refirió que las secuelas tienen relación de causalidad con el siniestro (respuesta al punto 1 actora), que tuvo que ser sometido a diversas cirugías con anestesia general, que estuvo en UTI y corrió peligro de muerte (respuestas 9 y 10 actora), en cuanto a las lesiones de las piernas indicó que se trata de lesiones estéticas (respuesta punto 11) y que requerirá rehabilitación por el resto de su vida (respuesta 13).

Corrido el pertinente traslado no mereció pedido de explicación ni impugnación alguna por ninguna de las partes.

En ese contexto, no encuentro elementos que me inclinen a apartarme de las conclusiones informadas por el perito, habiendo sido lo suficientemente claro, y ajustado a los requisitos de forma y fundabilidad (cfr. art. 472 CPCC). Y aunque carece en principio de valor vinculante para el órgano jurisdiccional, tratándose su análisis de un estudio en base a conocimientos de los que carece normalmente una persona abogada; el apartamiento de sus conclusiones debe encontrar apoyo en fundamentos objetivamente demostrativos de su equívoco, no evidenciados en este caso (art. 477 CPCC).

En relación a los ingresos del Sr. Caballero, recuerdo que el mismo manifestó que, al momento del accidente trabajaba para la firma perteneciente a Miles Raúl Orlando, y acompañó con la demanda los recibos de sueldo de los meses de enero a junio de 2012, siendo el de mayor relevancia a los fines del cálculo que corresponde practicar para el cálculo indicado, el correspondiente a los haberes del mes anterior al hecho (mayo de 2012) del cual surge que el neto que percibió fue la suma de \$3.124,84 y su bruto de \$3.898,80. Es de destacar que la documental aportada por la accionante ha sido desconocida por la citada en garantía por lo que, incumbía al actor demostrar su autenticidad. En ese sentido, se advierte que, si bien el actor ofreció prueba informativa dirigida al empleador, luego la desistió en fecha 31/05/2022, lo que implica que la autenticidad de los recibos aportados no pudo ser corroborada.

Sin embargo, también se ofreció informativa dirigida a AFIP la que sí se produjo (constando su informe a fs. 214/216. Del mismo surge que el Sr. Caballero percibió en el mes de junio de 2012 -por los haberes devengados en mayo de 2012- como salario bruto la suma de \$3.898,80, es decir que se aprecia la coincidencia del salario bruto declarado en AFIP con el consignado en el recibo de haberes (fs. 34). Ahora bien, como lo expuse el monto informado por AFIP es el bruto, sin las deducciones de ley y, además, con el SAC. En ese sentido, considerando que la suma que corresponde tomar a los fines del cálculo de la indemnización es el salario neto y sin el SAC -puesto que este último es estimado en el cálculo matemático a realizar como un período aparte- la suma que estimaré a los fines de posibilitar el cálculo de la indemnización es la de \$2.565 (comprensiva de básico, adicional oficial y presentismo art. 52 consignados en el recibo de haberes de fs. 34).

En este orden de ideas y de acuerdo a la fórmula de cálculo vigente en la jurisdicción

local (“Hernández”) considerando la edad del actor al momento del siniestro 17/06/2012, 39 años, el salario neto estimado en el párrafo precedente \$ 2.565 y la incapacidad del 63,10%, la indemnización total que le correspondería al actor sería la suma de \$473.285 en concepto de capital histórico, a la que corresponde adicionar los intereses devengados desde la fecha del siniestro (17/06/2012) al dictado de la presente, los que ascienden a \$2903799.

En consecuencia, el presente rubro asciende a la suma total de PESOS TRES MILLONES TRESCIENTOS SETENTA Y SIETE MIL OCHENTA Y CUATRO (**\$3.377.084**) que será atravesada por el porcentaje atribuido al propio damnificado (40%), a los fines de determinar el monto por el que procede la condena al demandado (60%).

A.2) María Magdalena Baluczynsky:

Por su parte, la accionante, también en el apartado 9 de la demanda planteó que, de su historia clínica, surge que -con motivo del accidente de marras- padeció:

- Traumatismo cerrado de tórax;
- Traumatismo cerrado de abdomen;
- Contusión pulmonar;
- Traumatismo en rodilla derecha;
- Fractura de peroné derecho con colocación de material quirúrgico arpones y tornillos en región lateral externo del fémur y epífisis del peroné;
- Lesión meniscal en ambas piernas. -

En virtud de las lesiones mencionadas, estimó el porcentaje de incapacidad en el orden de un 20%. Relató que al momento del accidente contaba con 43 años, siendo jefa de hogar y madre, y que se desempeñaba laboralmente como empleada doméstica, percibiendo un ingreso mensual aproximado de \$2670. Describió que gozaba de un buen estado de salud y buen temperamento, lo que varió a partir del siniestro.

Del informe pericial realizado por el Dr. Schoua (ya referenciado en el apartado 6.1.-b)) surge que la accionante, al momento de la entrevista verbal con el experto manifestó “*En relación a Baluczynsky el actor refiere alteraciones nerviosas a trasladarse en autos o colectivos, trastornos del sueño, dolor de la rodilla derecha e inestabilidad.*”. Previo a continuar con el estudio del informe, considero necesario resaltar que parte de las dolencias o patologías referenciadas por la peritada al experto son, en apariencia, de carácter psíquico o emocional y no físico.

Ya del chequeo efectuado a la Sra. Baluczynsky el perito consignó: “ ... Cicatriz

quirúrgica en abdomen de 10 cm por 20 cm levemente hipertrófica e hipopigmentada en región umbilical. (...) Rodilla derecha: Cicatrices de 16 cm en cara externa blanquecina, hipotrófica y otra de 4 cm, blanquecina, hipotrófica en cara anterior del tercio superior de la pierna producto de la segunda intervención. Otra cicatriz en la pierna izquierda de 5 cm en cara anterior (injerto). Rodilla derecha con eje conservado. Se observa y palpa hidrartrosis derecha y crujido articular. Signos de cajón positivo. Movilidad de rodilla: flexión 130°, extensión 0°. diámetro de muslo 47 cm. Contralateral 50 cm. Maniobra de Lachman positivo, maniobras meniscales (Bragard, Steimmann) positivas. Marcha disbásica, dificultosa en puntas de pie y talones.”

Al igual que en el caso de Caballero, refirió la existencia de nexo causal entre las lesiones y el accidente de autos. Por su parte, en lo que respecta a las secuelas incapacitantes, realizó la siguiente determinación: “*En relación a Baluczynsky*

Cicatriz quirúrgica en abdomen de 10 cm por 20 cm levemente hipertrófica e hipopigmentada en región umbilical 7 a 9%

Inestabilidad de rodilla simple, anterior o posterior, con hipotrofia e hidrartrosis 13 al 22% más

Inestabilidad post cirugía de ligamentos de rodilla (excepto por retiro de prótesis) 10%”

Luego, cuantificó el porcentaje total de incapacidad sobreviniente de la actora en un 38,12% de carácter permanente (respuesta al punto 2 de la citada) y afirmó que la misma debió someterse a cirugía y rehabilitación para tratar las lesiones ocasionadas por el accidente (respuesta punto 4 actora) y que la misma debería someterse a una nueva cirugía para estabilizar su rodilla con un tiempo estimado de rehabilitación de 6 meses (respuesta punto 6 actora)

Como ya fuera referenciado, la actora sostuvo que al momento del accidente desarrollaba funciones como empleada doméstica, percibiendo un ingreso mensual aproximado de \$2.670, sin embargo, no aportó prueba alguna que permita corroborar la percepción de la suma indicada. Circunstancia que no pudo suplir ni siquiera con la informativa dirigida a AFIP ya que, en su contestación de fs. 216 informó que “*la Sra. BALUCZYNSKY MARIA MAGDALENA CUIL: 27-20234848-9, durante el período 2012 y 2013 no ha sido declarada como empleada por contribuyente alguno”.*

Dada la carencia de elementos probatorios para la determinación de los ingresos de la Sra. Baluczynsky, habré de acudir – a los fines de cuantificar el presente rubro- al

Salario Mínimo, Vital y Móvil vigente en el mes de mayo de 2012 (mes inmediato anterior a la fecha del siniestro) establecido por el Consejo Nacional del Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo, Vital y Móvil a esa época, el que ascendía a \$2.300 (conforme Res. 2/11 CNEPySMVyM).-

En este orden de ideas y de acuerdo a la fórmula de cálculo vigente en la jurisdicción local (“Hernández”) considerando la edad de la actora al momento del siniestro (17/06/2012) 43 años, que a esa época el salario mínimo vital y móvil ascendía \$ 2.300 (Res. 02/2011 Consejo Nacional del Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo, Vital y Móvil); y la incapacidad del 38,12%, alcanza el resultado de esa fórmula para la actora a la suma de \$223.992 de capital histórico, lo que arroja con más los intereses estimados -conforme doctrina legal de STJ- desde la fecha del siniestro al dictado de la presente un monto total de PESOS UN MILLÓN QUINIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL DOSCIENTOS SETENTA Y CINCO **\$1.598.275** que será oportunamente atravesado por el porcentaje de responsabilidad atribuido a la propia damnificada (40%), a los fines de determinar el monto por el que procede la condena al demandado (60%).

B.- Gastos de traslado, farmacéuticos, de asistencia médica y terapéuticos:

La parte actora solicita por este rubro la suma total de \$15.000 aduciendo que ambos accionantes debieron realizar un sinnúmero de gastos de farmacia, consultas médicas, entre otros -todos de carácter terapéutico-, como consecuencia inmediata del accidente. A los fines de su acreditación acompañaron diversos comprobantes de gastos de farmacia.

No empuja al reconocimiento de este gasto el hecho de haber sido atendido en el sistema público de salud, pues allende las atenciones recibidas y medicación que se le pueda haber facilitado; en atención a la gravedad de las lesiones se presume que han debido asumir gastos extras en pos de diversos fármacos y elementos de curación de las lesiones padecidas por ambos accionantes

Aun contando con obra social, la propia Corte Suprema también ha reconocido que *“...la circunstancia de que la asistencia médica del interesado esté asegurada por una obra social, no es de por sí excluyente de la restitución de los gastos en que se deba incurrir para lograr una atención más conveniente”* (conf. C.S.J.N. in re: “LUJAN” del 5.8.86); siendo en general conteste la jurisprudencia en admitir una reparación por este concepto, como corolario lógico de la naturaleza del hecho y de las lesiones producidas, con sus secuelas y en virtud de la existencia de causalidad lo que en autos queda

suficientemente acreditado con la pericia médica.

Me inclino entonces por receptar el rubro, pues también obra apoyo probatorio en autos, prueba documental (tickets y facturas) de fechas concomitantes a la época de ocurrencia del siniestro que denotan su correspondencia con la atención de necesidades básicas para el tratamiento de las lesiones padecidas por ambos actores.

Sin embargo la suma a reconocer será la de **\$100.000** para cada uno de los actores, en términos actuales, apreciación en la que medió el ejercicio de las facultades emergentes del art. 165 del CPCyC. También será atravesada por el porcentaje atribuido al propio damnificado, a los fines de determinar el monto por el que procede la condena al demandado (40 % y 60 % respectivamente).

C.- Daño Moral:

Reiteradamente se ha desarrollado conceptualmente al daño moral como aquellos padecimientos y afecciones de índole espiritual, que pudiera sufrir el damnificado, por algún hecho dañoso; sujetados a un parámetro de naturaleza subjetivo, desde que no puede objetivizarse esa cuantificación que, por su naturaleza misma, es un daño que se haya condicionado a las especiales circunstancias que rodean a cada persona, y con relación a cada evento generador de esa lesión. Es conteste la doctrina en afirmar que el mismo debe ser regulado por los jueces con suma prudencia, dentro del mayor grado de equidad, de modo tal que la compensación no constituya un motivo de enriquecimiento sin causa, ni tampoco una mera expresión simbólica inadecuada a la entidad del agravio padecido. Así se ha dicho que: *“La determinación del daño moral no se halla sujeta a parámetros objetivos, pues las aflicciones se producen en el ámbito espiritual de la víctima, por lo que su valoración debe efectuarse según la cautelosa discrecionalidad del juzgador ceñido a considerar la situación personal de aquella”* (CNCiv., Sala G, 2008/02/12, La Ley Online).

Explican los actores que el siniestro de marras ocasionó en ambos actores serias afecciones de índole emocional y/o psíquica que afectaron negativamente su calidad de vida. Así, la Sra. Balunczynsky -además de las lesiones físicas que sufrió por el accidente- dice haber perdido su trabajo, aunque no hay pruebas de haberlo tenido. Alega que motivo del accidente debió solicitar ayuda económica y contención a su familia para poder continuar con la crianza de sus hijos mientras se recuperaba. Por su parte Caballero dijo que las lesiones físicas fueron tan severas que requirió atención familiar las 24 horas del día, lo que originó que perdiera su trabajo -tampoco comprobado- y que debiera vender todos sus muebles para mudarse a la ciudad de

Cipolletti, donde reside su hermano quien lo cuidó. Asimismo, relató que -al momento del siniestro- se encontraba comenzando una relación de pareja, la cual se vio truncada luego del mismo a raíz del grave estado del actor, aunque de tal relato no hay probanza alguna que lo respalde.

Ambos concluyeron peticionando por este rubro la suma total de \$200.000 a distribuirse en \$150.000 para Caballero y \$50.000 para Balunczynsky.

Debo destacar que en autos los actores ofrecieron una pericia psicológica, la que realizada (conforme dictámenes glosados a fs. 728/787) evidenció alteraciones emocionales en ambos accionantes e, incluso determinó incapacidad en ellos (la que se analizará en profundidad al desarrollar el daño psicológico).

En el caso particular, teniendo probadas las aflicciones anímicas padecidas por los actores, el accidente en sí mismo que ocasionó el fallecimiento de su amigo, el tipo de lesiones sufridas, los tratamientos que debieron afrontar, como así también la zozobra que se genera con las incapacidades remanentes, indudablemente ha existido incidencia negativa en su faz espiritual. Esa perjudicial consecuencia, que injustamente padece los accionantes -amén de la distribución de la responsabilidad ya evaluada, y que merecerá oportunamente la correlativa proporción a la obligación de asumir el daño-, debe ser compensada; y en la medida de lo posible se procura esa reparación a través de una suma de dinero, que pueda de algún modo actuar de distracción, de reemplazo, de aporte de bienes que puedan dispersar o mitigar esos sufrimientos.

Consecuentemente, se merita en este rubro específico aquellas afecciones que han torcido la normalidad de la vida de los actores damnificados, en el plano de su espiritualidad, derivados de la obvia conmoción que un accidente y sus consecuencias médicas y laborales han sacudido su vida, que de otro modo hubiera transitado sin ellas. Sin embargo, además de los elementos que tengo en cuenta para mensurarlo, también habré de sopesar para computar el monto, distintos elementos que componen el supuesto; merituando la situación de los obligados a responder, el alcance y medida de la condena por el resto de los rubros.

Por todo ello integralmente sopesado y teniendo en cuenta lo estimado al reclamar por los propios accionantes, y sin que resulte ajeno el uso de las facultades emergentes del art 165 del CPCYC; optaré por reconocer en compensación por el daño moral la suma de \$1.000.000, a cada uno, la que actualizada al 8% anual conforme doctrina del STJ arroja a la fecha la suma total de \$1.961.095 por la que prospera este rubro. (“Los intereses de una indemnización de daños deberán computarse desde la producción del

perjuicio hasta el pronunciamiento apelado a una tasa del 8% anual, como tasa pura, dado que resulta suficientemente compensatoria ante una deuda de valor fijada a valores actuales, y desde entonces hasta el efectivo pago a la tasa activa cartera general nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina.” (CNACiv. Sala I, 27/06/2014, La Ley Online, AR/JUR/38821/2014). (STJRNS1 - Se. No 100/16, in re: “TORRES, Liliana María y Otro c/MINISTERIO DE SALUD DE LA PCIA. DE RIO NEGRO y Otra”). TAMBONE DANIELA VIVIANA Y OTROS C/ MAIDANA JORGE OMAR Y OTROS S / ORDINARIO S/ CASACION. 22-02-2018). Además se aclara que ese monto procede sin perjuicio de los intereses posteriores de así corresponder, en caso de no ser abonados en término, de acuerdo con las tasas judiciales de aplicación; y que será atravesado por el porcentaje de responsabilidad atribuido a la propia damnificada (40%), a los fines de determinar el monto por el que procede la condena al demandado (60%).

D.- Daño Psicológico:

Fundan la petición del presente rubro en los severos ataques que aluden haber padecido en su salud psíquica ambos actores. Lo cuantificaron en la suma de \$30.000 para el Sr. Caballero y \$20.000 para Balunczinsky.

En primer orden considero relevante distinguir, someramente, este rubro compensatorio del reclamado como daño moral; pues aunque hay cierto punto de relación entre ellos, la perturbación del equilibrio espiritual se traduce en este rubro como patología; por lo que del mismo modo que el agravio moral procedería por la sola existencia del hecho, siendo en todo caso la prueba en su relación a los fines de fundar una cuantificación del mismo; en el caso del daño psicológico se requiere prueba bajo el auxilio de disciplinas científicas relacionadas con la ciencias de la salud.

Es preciso aclarar, a la hora de analizar la procedencia de este rubro, que el daño psíquico supone *“una perturbación patológica de la personalidad, que altera el equilibrio básico o agrava algún desequilibrio precedente del damnificado”* (cf. Zavala de González, Matilde, D.a.l.p.i.p. T. 2, a, p. 231) Importa dice otro autor *“...un deterioro, disfunción, disturbio o trastorno, o desarrollo psico-genético o psico-orgánico que, afectando sus esferas afectivas y/o intelectual y/o volitiva, limita su capacidad de goce individual, familiar, laboral, social y/o recreativo”* (cf. Kraut, Alfredo J., “Los derechos de los pacientes”, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As. 1997, p. 140, N° 23). *“El daño psíquico constituye una afección de la personalidad o del equilibrio emocional de la víctima que altera el funcionamiento del cerebro, del razonamiento o*

de las facultades intelectuales o de la mente de la persona, que produce un daño que debe ser traumático, patológico e irreversible, configurando incapacidad parcial o permanente” (cf. Taraborrelli, José N. D.p. JA 1997-II-11).-

Del análisis doctrinario considero que el daño psicológico consiste en la modificación o alteración de la personalidad que se expresa a través de síntomas, inhibiciones, depresiones, bloqueos, etc, cuya forma más acabada de acreditación es el dictamen de un psicólogo. No constituye un daño autónomo, ajeno a la clásica división bipartita, debiendo ser considerado como integrando el daño material en el rubro incapacidad-, o el daño moral.-

No obstante, en autos tengo suficientemente probado la existencia del daño psicológico solicitado, el que se ha acreditado mediante los dictámenes emitidos por la perito psicóloga, Lic. Laura Azcona, la cual -a fs. 728/787- dictaminó que ambos actores presentan secuelas emocionales que inciden negativamente en su calidad de vida, formulando en cada uno de ellos un diagnóstico y porcentaje de incapacidad.

Respecto al Sr. Caballero, la experta dictaminó luego de su análisis: *“En relación al estado actual de salud mental del actor concluyo que el hecho motivo de litis le ha causado consecuencias negativas en su estado de salud psicológica, generándole un trastorno de ansiedad denominado: trastorno por estrés postraumático (DSM IV F43.19 crónico.”* y que posee un *“Porcentaje de incapacidad laboral según Baremo de Castex y Silva considerando la cantidad, intensidad y duración de los síntomas: 35%.”*

En tal sentido, con relación a la Sra. Balunczynsky sostuvo: *“...En relación al estado actual de salud mental de la actora concluyo que el hecho motivo de la litis le ha causado consecuencias negativas en su estado de salud psicológica, padece de un Trastorno del Estado de ánimo, llamado Trastorno Distímico (Conforme DSM IV. F-34.1)”* y que *“La incapacidad estimada según el baremo del Dr. Castex y Silva es del 25 % considerando la intensidad, duración de los síntomas y sus consecuencias en la vida diaria. Estableciendo relación con el cuadro clínico descripto según DSM IV.”*

Recomienda la perita que los actores realicen un tratamiento psicológico el que será analizado con posterioridad en razón de que los accionantes lo solicitaron por separado.

Cabe destacar que la pericia realizada por la experta fue objeto de observaciones por parte de la citada en garantía, fundadas sobre la base de plantear, por un lado, que no entiende cómo la perito puede concluir que los síntomas que presentan los actores

tienen nexo causal con el accidente de marras y no en concausas; ello por cuanto - considera- que la perito no indagó en los antecedentes personales.

Por otro lado, solicitó a la experta que explique a qué se refiere cuando diagnostica trastorno distímico según DSM V; al respecto, le solicitó que aclare si el diagnóstico al que arribó responde dentro de las características específicas que menciona la CIE o el DSM, desarrollando y mencionando cada uno de los ítems que presenta la actora.

Reitera la necesidad e importancia de conocer la personalidad de la Sra. Baluczynsky para poder diferenciar si las secuelas padecidas son producto del siniestro o se relacionan con problemáticas anteriores.

Al respecto señala que el diagnóstico de trastorno distímico se debe a factores biopsicosociales interrelacionados, es decir, que una parte biológica también estaría repercutiendo. En efecto, dice que para el diagnóstico dado habría que descartar duelos, y solicita explique qué repercusión habría tenido el fallecimiento del Sr. Jindra en la misma.

Sostiene que es excesivo otorgar un 25% de incapacidad como así también el tiempo sugerido de terapia (12 a 18 meses) ya que, a su entender, con 30 o 40 sesiones sería suficiente.

Finaliza su escrito resaltando como incompatible que, según el dictamen, la peritada se encontraría retomando su trabajo en Las Grutas durante la temporada de verano, lo que considerando el diagnóstico dado y el porcentaje de incapacidad asignado (25%), la actora no podría estar concurriendo a trabajar por falta de motivación y desgano, que caracterizarían al diagnóstico crónico.

Por presentación de fs. 793/796 la experta contestó al planteo hecho por la citada. Comenzó por negar la existencia de concausas dado que la peritada al momento del accidente llevaba una vida normal, no posee antecedentes personales ni familiares de trastornos del estado de ánimo, ni otros, tampoco se registraron en la historia vital otros sucesos que expliquen su estado actual y que el alto contenido traumático de las características del accidente de tránsito pueden generar en el individuo protagonista una afección del estado de ánimo u otras.

Asimismo, explicó en qué consiste el trastorno distímico y cómo lo corroboró en la actora, al sostener: *“El trastorno distímico se caracteriza por un estado de ánimo, crónicamente depresivo la mayor parte del día, la mayoría de los días, durante más de dos años, manifestado por la Peritada. Este estado lo ha naturalizado y no reconoce la magnitud de la afección ya que se ha sobreadaptado para poder funcionar*

cotidianamente.

Esta calificación de trastorno distímico que padece responde a las siguientes manifestaciones predominantes: Trastorno del sueño. Falta de energía o fatiga; baja autoestima; Sentimientos de desesperanza; Dificultad para tomar decisiones. Toda esta sintomatología afecta su vida diaria, de relación y sus actividades laborales de manera significativa, aún así debe realizar actividades diarias para subsistir.”

Respecto al planteo de la citada de la necesidad de conocer la estructura de personalidad de la actora dijo: *“Según resultados del Test Eysenck: su estructura de personalidad es: sociable, se rige por pautas sociales, manifiesta interés por el prójimo. Es estructurada. Manifiesta signos de aislamiento / desconexión en el área social. Es puntual. Le interesa el aspecto estético, la apariencia. Manifiesta capacidad para delegar o postergar. Mantiene el control de las emociones. Presenta características extrovertidas. Posee mecanismos de defensa neuróticos.”*

En relación al pedido de que se evalúen los antecedentes familiares la experta sostuvo que no se hallaron antecedentes familiares significativos.

Asimismo, al pedido de descartar duelo la perita dijo: *“... La peritada presenció y protagonizó el suceso traumático, desde el punto de vista afectivo también debió afrontar la muerte del Sr. Jindra, dado que falleció por el hecho de marras. Ésto le generó un gran impacto emocional, que también se reflejó en su estado de ánimo. Un suceso de esta magnitud es altamente impactante para el aparato psíquico. Desde el punto de vista afectivo solo eran conocidos, ella expresa distancia emocional al referirse a él. Pero por ello no deja de ser impactante lo que vio y vivenció.”*

En respuesta al cuestionamiento del porcentaje de incapacidad y cantidad de sesiones sugeridas planteó: *“El porcentaje de incapacidad se establece considerando la cantidad, intensidad y duración de los síntomas que presenta la peritada (en resultados del test de beck y otros) y la afeción en su vida diaria en todos los aspectos tal como fue relatado en el apartado evolución psicobiográfica al cual remito.*

El tiempo estimado de tratamiento psicológico establecido es aproximado dependiendo de la evolución de los síntomas y de los recursos con los que cuenta la peritada. Se estima en cuadros clínicos de este tipo un plazo no inferior a 12 meses y máximo de 18 meses.

El letrado arbitrariamente opina que deben ser 30 a 40 sesiones, lo cual plantea que implicaría aproximadamente 10 meses de tratamiento, sin fundamentación respaldatoria.”

Y finalmente, se refirió al retorno de la actora a su trabajo -también cuestionado por la citada- exponiendo: *“la peritada concurre a trabajar actualmente y se desplaza varios kilómetros para cumplir con su trabajo porque necesita hacerlo para subsistir y afrontar gastos personales, familiares, de vivienda, impuestos, vestimenta, alimentación, etc. Se ha sobreadaptado y con dificultad realiza ese esfuerzo sobrehumano. Tiene a su cargo a su hija de 18 años a la que debe asistir y una pareja que realiza changas, por lo que está sobre exigida por su realidad socio económica actual.”*

Analizando tales conclusiones y respuestas, encuentro que el dictamen es suficientemente claro, convincente y ajustado a los requisitos de forma y fundabilidad (cfr. art. 472 CPCC); reiterando que aunque carece de valor vinculante para el órgano jurisdiccional, el apartamiento de sus conclusiones debe encontrar apoyo en fundamentos objetivamente demostrativos de su equívoco, sin advertirlos evidenciados en este caso (art. 477 CPCC).

Por lo tanto, considerando aquellos extremos y elementos mencionados, considero que la suma pretendida al demandar alcanza -en la medida de lo posible- a cubrir el daño psicológico padecido y catalogado como permanente, comprobado por medio de la pericia psicológica, tanto en su existencia como en su relación de causalidad con el evento dañoso que funda la presente demanda, y del que no es ajeno el uso de las facultades emergentes del art. 165 CPCyC; así como el monto que necesitarán los actores para afrontar el tratamiento indicado, para paliar en cierta medida ese trastorno, lo que obtuvo oportuno y suficiente respaldo del dictamen pericial practicado. Entonces será actualizado ese monto demandado, estimado y justipreciado por cada uno de los propios damnificados, que en términos actuales se traduce en la suma \$ 600.000 para el Sr. Caballero y la suma de \$400.000 para la Sra. Balunczysk; que también será atravesado por el porcentaje de responsabilidad atribuido a los propios damnificados (40%), a los fines de determinar el monto por el que procede la condena al demandado (60%).

E.- Daño Estético:

Este rubro sólo ha sido peticionado por el Sr. Caballero por alegar que la lesión estética significa una importante alteración de su aspecto físico, con la incidencia anímica y espiritual que ello trae aparejado. En efecto destaca que la gran cicatriz que surca su abdomen y la deformidad en su pierna derecha -secuelas directas del accidente- configuran ampliamente un daño de carácter estético.

Respecto a este rubro adelanto que habré de rechazarlo con base en los siguientes fundamentos. En primer lugar, por haber sido ya compensado, pues en oportunidad de dictaminar el perito médico respecto a las secuelas físicas padecidas por el actor surge que, a los fines de estimar la incapacidad del actor, tuvo en consideración las cicatrices en abdomen y muslo, como así también la deformidad en su pierna derecha (*“Cicatriz muslo que loide 6% Cicatriz en cara posterior de muslo 5% Cicatriz abdominal 9% Limitación de flexión de la rodilla derecha a 90° 8% y rodilla izquierda a 110° 6%”*) y -si bien determinó que son de carácter estético- integró las mismas en la incapacidad total permanente. Además, estas afecciones de índole “estética” se tuvo en cuenta al momento de merituar la procedencia y cuantía del daño moral.

Considero que, de hacer lugar a la presente pretensión se estaría resarcido dos veces sobre un mismo aspecto o secuela (cicatriz de abdomen y deformidad de pierna derecha), lo que podría traducirse en que obtenga el actor un enriquecimiento sin causa. En consecuencia, habiéndose incluido dichas secuelas dentro de la determinación de la incapacidad física permanente del actor, así como en su reparación de índole moral, corresponde el rechazo del presente rubro en tanto pretensión autónoma.

F.- Gastos de terapia psicológica:

Finalmente solicitan los accionantes se reconozca una suma a su favor para afrontar el tratamiento psicológico necesario para poder adquirir herramientas que les permita sobrellevar el daño sufrido con motivo del accidente. Estimaron el presente rubro en la suma de \$20.000 para el Sr. Caballero y de \$10.000 para la Sra. Baluczynsky, aunque de manera provisoria en tanto solicitaron la realización de una pericia psicológica en la que, entre otros puntos, deberá determinar un tiempo estimado de terapia psicológica para cada uno de los accionantes.

Como ya fue analizado en el punto 6.4.- la pericia ha sido realizada por la Lic. Laura Azcona quien determinó que ambos actores poseen afecciones psicológicas y sugirió la realización de terapia psicológica para superar los cuadros que atraviesan.

Así, con relación a Caballero -a quien le determinó una incapacidad del 35 %, dictaminó: *“Estimo que el tiempo necesario de psicoterapia individual psicológica sería de 12 a 18 meses. Éste estará sujeto a la evolución del peritado. Con una frecuencia semanal. Los costos en el ámbito privado rondan los \$400 a \$600 dependiendo de cada profesional”*.

Por su parte, con relación a la Sra. Baluczynsky dijo: *“Desde el punto de vista psicológico considero que por medio de una terapia adecuada, la sintomatología de la*

Sra. Baluczynsky puede tratarse favorablemente mejorando su calidad de vida. Estará sujeta a la evolución de la peritada.

Dependiendo de la evolución de la peritada el tiempo estimado de tratamiento oscilaría entre 12 a 18 meses a razón de una vez por semana.

Los costos son variables respecto del profesional psicólogo interviniente, en caso que se realice en consultorio privado. Las tarifas actuales oscilan entre los \$400 a 600 por sesión.”

Y si bien la pericia psicológica fue objeto de impugnación por parte de la citada en garantía y, entre los puntos cuestionados, se refirió a la cantidad de sesiones requeridas para la Sra. Baluczynsky, lo cierto es que tengo por acreditado el daño psicológico y, consecuentemente, entiendo procedente el resarcimiento del presente rubro.

Ahora bien, no escapa a mi entendimiento el hecho de que la experta al momento de cuantificar la sesión individual utilizó montos de la época de realización, los que en el contexto inflacionario que atraviesa nuestro país han quedado sumamente alejados de la realidad.

Es por ello que, en atención a lo dispuesto por el art. 165 del CPCC, estimó prudente reconocer por sesión psicológica la suma de \$7.000 considerando necesario en el caso del Sr. Caballero la realización por un tiempo estimado de 18 meses -conforme la estimación de la perita y la gravedad del cuadro- mientras que para la Sra. Baluczynsky estimó prudente reconocer la realización de terapia por 12 meses, en el mínimo aconsejado, ello por cuanto, si bien se advirtieron secuelas psicológicas lo cierto es que el porcentaje de incapacidad arrojado es inferior.

Es por ello que por el presente rubro reconozco que alcanza el perjuicio para el Sr. Caballero la suma de \$504.000 mientras que a la Sra. Baluczynsky se le reconoce la suma de \$336.000; también atravesados por el porcentaje de responsabilidad atribuido a los propios damnificados (40%), a los fines de determinar el monto por el que procede la condena al demandado (60%). .-

8.- Monto de la condena.

En definitiva, el monto en el que se traduce la compensación por los perjuicios así desarrollados y constatados para cada accionante, alcanzan a la suma de \$ 6.542.179 para **Caballero**; de la cual debe asumir por cuenta propia el 40% atento la concausalidad a su cargo decidida, resultando el 60% a cargo del accionado, que arroja el monto de **\$3.925.307** por el que prospera la condena en su contra ya calculado en

términos actuales (integrada por los siguientes rubros: Incapacidad sobreviniente: \$ 3.377.084, Gastos Médicos y de traslado: \$ 100.000; Daño Moral: \$ 1.965.095; Daño Psicológico: \$600.000; Gastos de terapia psicológica: \$504.000).

Mientras que en relación a la coaccionante Sra. **Balunczynsky** alcanzan los montos a la sumatoria de \$ 4.395.370 de la cual debe asumir por cuenta propia el 40% atento la concausalidad a su cargo decidida, resultando el 60% a cargo del accionado, que arroja el monto de **\$2.637.222**, (integrada por los siguientes rubros: Incapacidad sobreviniente: \$1.598.275; Gastos Médicos y de traslado: \$ 100.000; Daño Moral: \$1.961.095; Daño Psicológico: \$400.000; Gastos de terapia psicológica: \$336.000).

9.- Distribución y monto de las costas.

Se deja aclarado que en base al principio de la reparación integral a los fines de la regulación de honorarios sólo se tomará en cuenta el monto por el que la demanda procede, es decir, el 60% del monto total; por lo cual las costas se impondrán a la accionada sobre la base de tal monto imponible. También, que las costas generadas por la intervención de la citada en garantía se imponen por el orden causado, tal como fuera ya desarrollado y fundamentado oportunamente. Y por último, quedan alcanzadas en su caso las regulaciones por el límite impuesto (25%) por el art. 77 del CPCyC y ccdtes del Código Civil

Por ello, **RESUELVO**:

I.- HACER LUGAR a la demanda promovida por el Sr. JESÚS JAVIER CABALLERO y MARIA MAGDALENA BALUCZYNSKY; consecuentemente **CONDENAR** al demandado NESTOR RAÚL JINDRA, a abonarles al primer accionante nombrado, la suma de TRES MILLONES NOVECIENTOS VEINTICINCO MIL TRESCIENTOS SIETE PESOS (\$ **\$3.925.307**) y a la segunda accionante la suma de DOS MILLONES SEISCIENTOS TREINTA Y SIETE MIL DOSCIENTOS VEINTIDOS (\$ **\$2.637.222**) en concepto de capital, con más los intereses en caso de no abonarse en plazo; **CON COSTAS** a la demandada accionada pues el monto base tomado para las regulaciones sólo recepta la porción de los daños por los que se le atribuye la responsabilidad; respetando el principio de la reparabilidad integral.-

II.- RECEPTAR la exclusión de cobertura opuesta por la COMPAÑÍA DE SEGUROS citada en garantía LA PERSEVERANCIA SEGUROS S.A , con costas en el orden causado de acuerdo a los fundamentos desarrollados en los considerandos.

III.- REGULAR los honorarios de los letrados de los actores, **Dres. ENRIQUE RAUL**

QUIROGA, HORACIO JORGE KREITMAN BADELL y GABRIELA OVALLE, en la suma de \$ 656.252,90 (MB de \$ 6.562.529 x 15%, 2 de 3 etapas, arts 6,7,8,9 y ccchts LA), que se distribuyen en un 40% a cada uno de los dos letrados nombrados en primer término, con más la suma de \$105.000 para el primero (40% sobre su porción) por su condición de apoderado de los accionantes; y a la tercer letrada el 20% restante. Se tuvo en cuenta para regular y distribuir, la efectiva participación de los letrados, la complejidad y naturaleza de las labores efectuadas, sus aportes a la resolución de la causa, el monto de sentencia; y además en respeto al 25% del tope de costas (art. 77 CPCC, fallo STJ “Mazuchelli” sent. N° 26/2016). Cúmplase con la ley 869.-

REGULAR Los honorarios de la **Dra. ANA ROSA LAMELA** -letrada patrocinante del demandado- en la suma de **\$525.002** (MB \$ 6.562.529 x 8%/ 3x3 etapas, arts 6,7,8,9 y ccchts LA). Cúmplase con la ley 869.-

REGULAR los honorarios de los letrados de la citada en garantía Dres. **SERGIO A. DELLA VALENTINA, MARTA SILVINA SPANDRIO y VERÓNICA I. HERNÁNDEZ**, se regulan en la suma de **\$ 787.503** (MB x 12%, arts 6,7,8,9 y ccchts LA), distribuyéndose en un 70 % al primer letrado, con más la suma de **\$220.500** por tareas de apoderamiento (40% sobre su porción de 70%) y 15% a cada una de las segundas letradas nombradas. Cúmplase con la ley 869.-

IV.- REGULAR a los peritos accidentólogo Sergio Gustavo Vera \$ **196.875 (3%MB)**, médico Claudio Edgardo Schoua **\$262.501 (4 % MB)** y psicóloga Laura Azcona en la suma de **\$262.501 (4 % MB)**; teniendo en cuenta la complejidad y naturaleza de las labores periciales, los casos en los que fueron dos los peritados, sus aportes a la resolución de la causa, el monto de sentencia; y además del respeto del 25% del tope de costas (art. 77 CPCC, fallo STJ “Mazuchelli” sent. N° 26/2016). Se deja constancia que las regulaciones practicadas no incluyen IVA.-

V.- Queda registrado y notificado por PUMA.

SOLEDAD PERUZZI

JUEZA