

Juzgado Civil, Com. y Minería N° 1  
I Circunscripción Judicial  
Sentencia Definitiva N°35.

Viedma, 18 de Septiembre de 2019.-

Y VISTOS: Los presentes autos caratulados: "PROVINCIA DE RIO NEGRO C/ PEROUENE MILTON ELIAS S/DAÑOS Y PERJUICIOS (Ordinario)" EXPTE. N° 1086/13/J1, traído a despacho a los fines de resolver; y de los que:

RESULTA:

1.- Que a fs. 63/72 vta. se presenta la Provincia de Río Negro, en representación legal del Instituto Provincial del Seguro de Salud (Ipross) por intermedio de apoderados, y promueve demanda de daños y perjuicios contra el Sr. Milton Elián Perouene (Poder General Judicial de fs. 116/117), titular del vehículo Ford F-100 STD 3.6 Dominio WZF894, por un monto de \$1.047.805,59, con más su actualización monetaria e intereses desde la fecha de pago conforme comprobantes hasta el efectivo cobro y costas.-

Además, cita en garantía a la compañía de seguros "La Segunda", Coop. Ltda.- de Seguros Generales.-

Expone los hechos en los que funda su acción manifestando que el día 23 de diciembre de 2011, en las intersecciones de las calles Sarmiento y Belgrano de la localidad de Gral. Conesa, la Sra. Norma María Fontana quien circulaba en forma peatonal fue embestida por el Sr. Milton Elián Perouene quien iba a bordo de una camioneta Ford F-100 dominio WZF 894. Producto del impacto la misma sufrió un TEC grave con traumatismo de columna cervical Cs-66 cuadripléjica, debiéndose trasladar al Hospital Zatti de Viedma.-

Luego -por medio de un vuelo sanitario- fue trasladada el día 18/02/2012 a la clínica ?Centro del Parque? (Mernos S.A) de cuidados respiratorios de la Ciudad de Buenos Aires, donde atravesó un largo proceso de rehabilitación, retornando el día 02/10/2012 y continuó su tratamiento en la ciudad de Viedma. Actualmente se encuentra con internación domiciliaria producto de las secuelas del accidente.-

Señala que la Sra. Fontana es afiliada de Ipross -bajo el número 3-21388527/0-, quien se hizo cargo, hasta la fecha, de la cobertura médico asistencial por una suma de

\$1.047.805,59.-

Define la legitimación activa de la Obra Social al subrogar el pago de los servicios médicos que necesitó la Sra. Fontana pagando una deuda ajena. Explica que operó por ende la subrogación legal prevista en el art. 768 inc. 3 del C.C . Cita doctrina y jurisprudencia al respecto.-

Dice que la Obra Social hizo frente a gastos asistenciales de la damnificada ocasionados producto de un acto ilícito. Explica que el responsable del daño causado es deudor de la indemnización en razón del hecho o acto ilícito que le es imputable, la entidad mutual es deudora de la prestación consistente en el pago de los gastos de asistencia del afiliado que sufrió las lesiones, en razón del vinculo convencional o contractual. Pero la exigibilidad de la prestación a la entidad no puede desvincularse del carácter indemnizatorio que tal prestación posee, de modo que, al pagar opera la subrogación legal prevista por el art 768 inc 3° del Cod. Civil. -

El autor del hecho ilícito debe responder, conforme la ley, en este caso, ante quien prestan la cobertura médica a la víctima del mismo, haciéndose cargo de los desembolsos, lo que reposa en última instancia en el principio general del enriquecimiento sin causa.-

Delimita al respecto la legitimación pasiva e indica que quien pagó los gastos no sufre un daño indirecto en razón de las lesiones, sino en razón de haber tenido que soportar la cuantía patrimonial del perjuicio en interés ajeno, pero en virtud de una obligación propia.-

Alega que en el caso de un accidente de tránsito, el productor del siniestro debe responder íntegramente por los daños y perjuicios que ocasiona, de conformidad con los arts. 1.109, 1.113 y cdtes. del Código Civil.-

Expone que surgirá de la prueba a rendir en autos, que la responsabilidad del conductor del vehículo Ford F-100 en el presente accidente encuentra sustento en lo dispuesto en el art. 1.113 segundo párrafo del Código Civil.-

Que el Sr. Perouene provenía de la calle Sarmiento de la misma localidad y al llegar a la encrucijada con Belgrano gira a la derecha, sin ningún tipo de previsión, embiste a la Sra. Fontana, de lo cual se derivan los daños que por la presenten se pretenden recuperar.-

Dice que la Sra. Fontana cumplía con todas y cada una de las obligaciones que le cabía como peatón, encontrándose cruzando la calle con prioridad de paso, en la zona dispuesta para ello, no solo por tratarse de un peatón, sino que además lo hizo primero,

respetando todas las normas de circulación. Lejos de ocurrir lo esperado aparece raudamente el vehículo del demandado en forma intempestiva y sin detener su marcha se lanzó a traspasar la calle sin tomar precaución alguna, olvidando no solo las obligaciones legales que pesaban sobre el conductor, sino elementos normales de convivencia en sociedad impactando contra la Sra. Norma Fontana.-

Asimismo, dice que el conductor actuó con la temeraria imprudencia y negligencia, al avanzar sobre una encrucijada sin aminorar la marcha en forma tal de precaver cualquier problema. Que no tomó en cuenta las circunstancias de tiempo y lugar; ya que las horas de la tarde noche (aprox. a las 19.50 hs) indican la necesidad de obrar con la mayor diligencia y cuidado.-

Explica que de acuerdo con la tabla de distancia de frenado a una velocidad de 80 Km. por hora, con el pavimento seco, al conductor le tomaría 63 mts. hasta detención del vehículo.-

Recuerda el límite de velocidad de 40 Km./h en zona urbana, que debe ser reducida considerablemente (hasta 15 Km./h) en los cruces de calzadas o peatonales. Cita las responsabilidades del automovilista que las normas y jurisprudencia le exigen al estar íntimamente relacionado con la velocidad que se desarrolle, puesto que esta comprobada matemática (y por lo tanto exactamente) la imposibilidad de maniobrar adecuadamente a altas velocidades.-

Destaca también las presunciones para el caso en que un automóvil embiste a un peatón: dice que el conductor del vehículo FORD F-100 no tuvo en la ocasión, el "cuidado y prevención" con que se debe circular en la vía pública, perdiendo "el dominio efectivo del vehículo, teniendo en cuenta los riesgos propios de la circulación y demás circunstancias del tránsito.", no habiendo advertido previamente la maniobra que realizó (traspasar una arteria cuando debió disminuir la velocidad y dejar paso a los peatones que se encontraban cruzando), creando así un claro riesgo al tránsito. Efectúa liquidación, ofrece prueba, funda en derecho y concreta su petitorio.-

2.- Que proveída la demanda a fs. 74 y corrido el traslado de ley, se presenta a fs. 95/109 vta. el Sr. Milton Elián Perouene (Poder General Judicial de fs. 116/117), por intermedio de apoderado (fs. 116/118), y contesta la demanda solicitando su rechazo íntegro y total. Invoca el principio de prejudiciabilidad estando pendiente de la resolución de la causa penal Exp.S7-11-1560 ?Perouene Milton Elián s/ Lesiones graves culposas?.-

Niega todos los hechos relatados por el actor, salvo lo reconocido expresamente.

Además, cita en garantía a la compañía de seguros "La Segunda", Coop. Ltda.- de Seguros Generales.-

Relata su versión de los hechos manifestando que el día 23 de diciembre de 2011, en minutos previos al incidente, se encontraba en el supermercado ubicado en las calle Sarmiento y San Martín de Gral. Conesa, habiendo dejado estacionado la camioneta marca Ford F100 en mitad de cuadra de calle Sarmiento, antes de llegar a la calle Belgrano.-

Que finalizadas sus compras aborda la camioneta y abandona su puesto de estacionamiento en primera marcha. Explica que llega a la intersección de calle Sarmiento y Belgrano sin modificar el cambio, es decir en primera. Al no observar a persona alguna en la calzada, realizado el cruce por la esquina, advirtiendo la maniobra con la correspondiente luz de giro, a escasa velocidad, dobla a la derecha tomando la calle Belgrano. Luego de culminar la maniobra, avanza unos 10 metros por calle Belgrano, cuando siente un golpe en la parte de adelante de la camioneta. Explica que inmediatamente frena sin saber que sucedió.-

Dice que baja del vehículo, observa la parte delantera sin detectar alteración o marca alguna, cuando escucha el llanto de una nena, por lo que avanza en esta dirección y advierte que había dos nenas paradas y una señora sobre el pavimento. Refiere que alzó a una de las nenas y llamó a la policía.-

Enuncia que desconoce porque la Sra. Fontana se encontraba sobre la calle al momento del hecho, asumiendo que la misma había iniciado el cruce desde la vereda contraria, sin hacerlo por la senda peatonal, como es debido, que por ello le fue imposible advertirlo por imposibilidad del ángulo de visión. Indica que la camioneta se desplazaba a velocidad menor a la permitida, que el conductor se hallaba en cumplimiento de todas las normas de tránsito.-

También alega que al momento del siniestro poseía seguro obligatorio mediante contrato de seguro con la Compañía La Segunda con vigencia hasta el 04-04-2012, según constancia fs. 17 de la causa penal.-

Plantea la ausencia de legitimidad de la actora porque no es una persona habilitada por la ley para asumir tales cualidades. Que es inaplicable al caso el instituto de subrogación legal del art. 768 inc.3 C.C.-

Señala que la obra social reclama una deuda que le es propia por un contrato oneroso. La subrogación requiere que el subrogante abone una deuda que no le es propia. Invoca la Ley K 2753, que el Instituto tiene por finalidad organizar un seguro de salud para

brindar cobertura a sus afiliados obligatorios -art. 1-, sus recursos están compuesto por el aporte de los agentes del estado Provincial y Municipal. Que también el art. 8 indica que el afiliado que adeude dos meses de aporte podrá ser dado de baja automáticamente a criterio de la junta de administración. Y que los afiliados tienen derechos a las prestaciones del Ipross, que este tiene un deber contractual con ellos.-

A su vez plantea la falta de cumplimiento de requisitos del Art. 768 Inc. 3, porque Ipross no cumple con la condición de tercero no interesado. Alega asimismo, que la normativa de regulación del Ipross (Ley K 2.753) no le concede facultad de subrogarse. El Decreto Reglamentario N° 839/94 requiere cesión de derechos y acciones expresa a favor del Ipross para repetir de terceros responsables valores de prestaciones que sumió el Ipross.-

Alude que si existiera a su favor subrogación legal esta cesión no sería solicitada por el legislador. Además plantea falta de subrogación convencional. Invoca que el reclamo es improcedente por constituir enriquecimiento sin causa, porque el Ipross ha recibido la contraprestación de parte de la afiliada y esta última es la única que podría reclamar al demandado haber sufrido un perjuicio, en caso que se compruebe la responsabilidad.-

Analiza la naturaleza de la Obligación de Ipross que es de seguro social. Asimismo plantea como defensa de fondo la ausencia de responsabilidad del demandado en el hecho. Invoca la culpa de la víctima (art. 1113 CC) porque la Sra. Fontana junto a las niñas, no cruzaron por un zona permitida.-

También plantea la exigencia de cumplimiento de cobertura del Contrato de seguro, dice que es un contrato que mas allá del vínculo entre el asegurado y la aseguradora tiene una finalidad social y la falta de pago de una cuota encontrándose el contrato vigente no es causal de rechazo de cobertura. -

A continuación, impugna la liquidación, funda en derecho, ofrece prueba reserva caso federal y peticiona.-

3.- Que seguidamente a fs. 112/114 vta. contesta la parte actora el traslado y amplia su posición sobre legitimación activa en respuesta a lo opuesto por la demandada.-

4.- A fs. 139/149 vta. se presenta La Segunda Cooperativa Ltda. de Seguros Generales, por medio de apoderado (fs. 1412/1413vta. poder General Judicial), opone la declinación de la cobertura y la improcedencia de su citación.-

Dice que el Sr. Milton Elián Perouene contrató con su representada la cobertura por medio del contrato de póliza N° 40268569 con validez a partir del día 04/10/2011, hasta 04/04/2012 que cubría la responsabilidad civil por el vehículo de su propiedad marca

Ford F100 STD 3.6 Dominio WZF 894, que convino en pagar en 6 cuotas mensuales a partir del 4-10-2011.-

Expresa que el Sr. Perouene incurrió en mora desde el inició del contrato, ya que recién canceló la 1er. cuota el 11/11/2011, que el vencimiento de la segunda cuota era el 29/11/2011, cuota que al día del siniestro -23/12/2011- no la había abonado.-

Expone que se aprecia claramente que a la fecha del siniestro el asegurado había incumplido su principal obligación y que registraba una holgada mora, que determina la declinación de su cobertura.-

Reproduce la cláusula CA.CO6.1 en su art. 2do. Que indica en su parte pertinente ?...que vencido el plazo para pago del premio exigible sin que este se haya producido la cobertura queda automáticamente suspendida desde las 24 hs. del vencimiento impago sin necesidad de interpelación extrajudicial o judicial alguna, ni constitución en mora que se producirá por el solo vencimiento de ese plazo. Toda rehabilitación surtirá efecto desde la hora 0 del día siguiente a que la Aseguradora reciba el pago del importe vencido.? Refiere que con claridad el seguro de Perouene quedó suspendido, sin necesidad de interpelación alguna a la hora 24 del día 29/11/2011 (fecha del segundo vencimiento de la segunda cuota) y quedó rehabilitada recién a la hora 0 del día 24/12/2011 en virtud del pago extemporáneo realizado el mismo día en que incurrió el siniestro. El 23 de diciembre de 2011 es evidente que el vehículo no poseía cobertura. Así se le hizo saber al demandado por carta documento.-

Invoca que la falta de cobertura es producto del desinterés del asegurado, evidenció la conducta negligente, por ello la citación a su representada carece de todo sustento.-

Cita jurisprudencia al respecto, solicita acumulación al expediente ?Fontana Norma María c/ Perouene Milton Elian s/ Daños y perjuicios (ordinario) Exp. 0457/2013?.-

Luego contesta demanda, niega todo los hechos y desconoce toda la documentación, solicita la suspensión hasta que se resuelva la causa penal. Adhiere a la versión de los hechos del demandado, indica culpa de la victima, cita la ley de tránsito sobre la atribución de responsabilidad, acompaña prueba documental y ofrece la restante pericial contable, pericial médica y accidentológica y peticiona.-

5.- A fs. 157/163 la parte actora contesta el traslado oportunamente conferido, desconoce la veracidad de la documentación acompañada por la aseguradora, con excepción del intercambio postal con el Ipross y se opone a la declinación de cobertura plantea desconocimiento de póliza y recepción. Afirma aceptación tácita del siniestro e inconstitucionalidad de las condiciones de póliza Cláusula CACO6.1, en caso de

decretarse su existencia y aplicación del Régimen del Consumidor.-

6.- A fs 164/168 vta. contesta el demandado quien rechaza y desconoce cartas documentos y supuesto comprobante de recepción, rechaza y desconoce la totalidad de la póliza y cláusulas generales y que haya sido suscripta por su asegurado, rechazando que se trate de una copia del original. Desconoce los troqueles de pago y replica los argumentos de la aseguradora (declinación y excepción). Invoca aplicación de la Ley del Consumidor y nulidad e inoponibilidad del Cláusula CACO6.1 2do Párrafo. reseña principios constitucionales involucrados y reserva el caso federal.-

7.- A fs. 179 se revolió el rechazo de la acumulación requerida por la Citada en garantía, por los fundamentos allí esgrimidos.-

8.- Que fijada la audiencia preliminar a fs. 182 se llevó a cabo según acta de fs. 204 y vta., y ofrecida la prueba, se proveyó a fs. 205/207.-

A fs. 1222 y 1240 se celebraron audiencias del art. 368 CPCC y se diligenció la restante conforme certificación de fs. 1401/1402 y vta., y clausurado el período probatorio, alegaron la citada en garantía a fs.1412/1413vta. agregando poder General Judicial y la parte demandada a fs. 1414/1417 vta. Luego se llamó autos para dictar sentencia a fs. 1442, providencia que hoy firme, motiva la presente; y

CONSIDERANDO:

I.- Que de acuerdo a los términos en los que ha quedado planteada la litis, debo considerar la falta de legitimación interpuesta por la demandada a fs. 100, esto como paso previo a entender acerca de la procedencia de la acción intentada, porque es menester determinar si quienes la intentan están legitimados y habilitados para accionar. Ello además resulta adecuado a los fines de establecer un orden de tratamiento de las cuestiones planteadas en atención a las defensas interpuestas por la accionada. Es que una solución adversa para la actora en éste punto, tornaría innecesario continuar con el análisis del caso.-

Es que la accionada se opone a la procedencia de la demanda porque insiste en que la actora no esta habilitada por la ley para subrogarse en los derechos de la Sra. Fontana. Afirma que no es posible aplicar aquí la subrogación legal prevista en el art. 768 inc. 3 del C.C., que la Provincia de Río Negro pretende hacer valer contra las demandadas reclamando la suma que desembolsó para cubrir los tratamientos de la afiliada.-

Recordamos así, que debe señalarse que hay falta de legitimación para obrar cuando el actor o el demandado no son las "personas habilitadas por la ley" para asumir tales calidades, con referencia a la concreta materia sobre la cual versa el

proceso.(CNFed.Cont Adm, Sala II, 13/17/95, LL, 1996-A-313, con nota de Guahnon, Excepción de falta de legitimación para obrar, íd., Sala III, 22/10/96, LL, 1997-C-1.- ídem CNCiv. Sala L, 28/2/94, ED, 163-320). (Carlos Eduardo Fenochietto "Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, Comentado", Ed. Astrea, pág. 386).-

Es que la falta de legitimación se configura cuando alguna de las partes no es titular de la relación jurídica sustancial en que se sustenta la pretensión, con prescindencia de la fundabilidad de ésta. (conf. CSJN, 12-9-96; Id. 29-10-96, Rep. E.D. 31-382, n° 12). La legitimación constituye un presupuesto de pretensión para la sentencia de fondo, pues precisa quiénes están autorizados para obtener una decisión de fondo sobre las pretensiones formuladas en la demanda, en cada caso concreto, y, por tanto, si es posible resolver la controversia que respecto de esas pretensiones existe en el juicio entre quienes figuran en él como partes. (CNCiv., Sala J, 24-4-97, L.L. 1997-E-847, y DJ 1998-1-357).-

Esto así, Palacio la define como aquel requisito ?en cuya virtud debe mediar una coincidencia entre las personas que efectivamente actúan en el proceso y las personas a las cuales la ley habilita especialmente para pretender (legitimación activa) y para contradecir (legitimación pasiva) respecto de la materia sobre la cual versa el proceso? (Conf. Palacio Lino E: ?Derecho Procesal Civil?, Bs. As., Abeledo-Perrot, tomo 1, 1975, pág. 406.. Conf. CNCiv., Sala E, 18-2-97, L.L. 1998-A-419, y DJ 1998-2-844.

Que adentrándonos específicamente al tema en particular que nos ocupa, resulta pertinente esbozar los alcances de la normativa invocada por la parte demandada que da sustento a sus defensas.-

Reparo en el art. 19 de la Ley K N° 2.753 prevé: ?El Ipross está facultado a establecer la forma y modalidad, bajo las cuales se brindan las prestaciones a sus afiliados, ya sea bajo prestaciones directas o a cargo del Instituto o mediante relaciones contractuales con terceros, sean éstos públicos o privados?.-

Asimismo, la reglamentación del mismo artículo mediante Decreto Provincial K N° 839/1.994, en el Artículo 19 posibilita: ?Respecto a los accidentes de tránsito, de trabajo y enfermedades laborales, el afiliado suscribirá una cesión de acciones y derechos a favor del I.Pro.S.S. subrogándolo a actuar en forma directa en sede judicial a fin de repetir del tercero responsable los valores de las prestaciones cubiertas por el Instituto?.-

El demandado opone falta de legitimación activa de la actora, basada en que la misma no es una de las personas especialmente habilitadas para asumir esta calidad según el art. 345 inc. 3 del CPCC, alega que la subrogación legal no condice a este reclamo, ya

que el actor reclama una deuda propia emanada de un contrato oneroso. Invoca incumplimiento de los requisitos del art. 768 . No hace reseña de la subrogación convencional, desconociendo en este punto los documentos presentados por la actora.-

Entonces para resolver esta cuestión preliminar opuesta, debo verificar si es viable la subrogación solicitada.-

El término "subrogar" jurídicamente significa "sustituir", ya sea a una persona por otra o una cosa por otra que se lo utiliza con diversos alcances, siendo el pago con subrogación una institución jurídica, que implica un desdoblamiento de los efectos principales del pago, pues si bien se extingue el crédito del acreedor primitivo, el deudor no se libera ya que queda obligado frente al tercero que desinteresó al acreedor.-

Es que el pago con subrogación es el que satisface un tercero, y en virtud del cual este sustituye al acreedor en la relación de este con el deudor. Se trata de una institución compleja que encierra dos ideas, en cierto modo incongruentes entre si: la de pago que implica extinción de la obligación, y la subrogación que apunta a la sustitución de una persona por otra en la titularidad o ejercicio de un derecho, con la transmisión consiguiente de ese derecho. De modo que el pago efectuado por un tercero priva de legitimación sustancial activa -o sea de la calidad de acreedor- al primitivo titular del crédito, que queda subrogado en su rol por quien efectuó el pago. (Conf. Trigo Represas-López Mesa, "Código Civil y Leyes Complementarias", T° IV "A", Ed. Depalma, 1.999, Pág. 319/320).-

Este instituto se encuentra previsto en el art. 767 del Cód. Civil por el cual tiene lugar cuando lo hace un tercero a quien se transmiten todos los derechos del acreedor, que puede ser convencional o legal. La subrogación convencional puede ser acordada entre el acreedor y un tercero sin intervención del deudor o entre el deudor y un tercero sin el consentimiento del acreedor.-

Empero sin perjuicio de lo previsto expresamente, entiendo que la diferencia entre la subrogación convencional y la legal no radica en que se requiera o no en uno u otro caso la conformidad del deudor, sino en el aspecto formal del acto jurídico: transmisión expresa por parte del acreedor originario a quien efectúa el pago de todos sus derechos de la deuda o por ministerio de la ley. (Conf. Trigo Represas-López Mesa, " Ob. Cit., Pág. 321 / 322).-

Que dicho esto, observo en primer término de las constancias a fs. 690 el documento de subrogación convencional, titulado "Subrogación a favor de la Obra Social para el Instituto Provincial del Seguro de Salud", suscripto el día 17/01/2012, por el Sr.

Armando Ariel Zimmermann, DNI. 21.389.422, esposo de la afiliada N° 3-21.388.257/0, Sra. Norma Fontana, donde indica en el apartado primero que subroga al Instituto Provincial del Seguro de Salud en los derechos y acciones que pudieran corresponder contra terceros responsable del accidente y /o Compañías que hubieran cubierto este riesgo, hasta la concurrencia de las sumas desembolsadas por el Ipross por servicios médicos prestados y que se prestaran con motivo del accidente que es descrito en el apartado segundo concediendo expresamente con el accidente objeto de autos.-

Donde a su vez se describe en el apartado tercero cual es el diagnóstico de la Sra Norma Fontana: ?traumatismo encéfalo craneano severo y politraumatismos...?(sic). En el punto cuarto se indica la intervención de la Policía de Río Negro Seccional Comisaría 2da. de Gral. Conesa. Así como en el apartado quinto se informan los datos personales de los testigos del hecho indicando a los Sres. Mabel Elida Bustos y Edgardo Monteoliva. Y en el Sexto se identifica al Sr. Milton Elián Perouene como el responsable del accidente y a la Firma la Segunda -Póliza N° 40268569- como su compañía de seguros..-

No puedo dejar de interpretar que tal subrogación fue suscripta por el Sr. Zimmermann en atención a la imposibilidad de hacerlo la Sra. Fontana, quien según la Historia Clínica el día 17 de enero de 2012 estaba internada en estado de gravedad en la UTI del Hospital Artémides Zatti (fs. 366/377 vta.). Igualmente poner de resalto que el mismo era titular de acciones legales, ante el estado de indisposición de la Sra. Fontana.-

Asimismo advierto ante el desconocimiento de la autenticidad de la demandada de tal documento ha sido objeto de prueba y ha sido reconocido como autentico por el Sr. Armando Ariel Zimmermann en sede del Juzgado de Paz de Gral. Conesa por medio de la prueba instrumental de fs. 693.-

Que sin perjuicio de ello, entiendo también, existe la subrogación legal invocada por la actora y desechada por la demandada.-

Tengo presente que el art. 768 del CCV prevé que: ?La subrogación tiene lugar sin dependencia de la cesión expresa del acreedor a favor: (?) 2° Del que paga una deuda al que estaba obligado con otros o por otros; 3° Del tercero no interesado que hace el pago, consintiéndolo tácita o expresamente el deudor, o ignorándolo; (?)?.-

Como ya adelantara más arriba los autores y entre ellos el Dr. Trigo Represas sostiene además que la oposición del deudor carece de relevancia cuando se trata de una subrogación legal, es así que el deudor puede no comunicár que un tercero no interesado

va a efectuar el pago a su acreedor, o sea, mantenerlo en estado de ignorancia sobre el negocio jurídico a celebrarse y la subrogación legal se produce lo mismo. (conf. Trigo Represas-López Mesa, Ob. Cit., Pág. 319).-

Por eso es comprensible que el artículo de referencia permite también la subrogación legal cuando el sujeto del pago es un tercero interesado, pues una interpretación distinta de la norma carecería de toda lógica jurídica; si bien no prevé expresamente que existan casos en que un tercero interesado pueda pagar contra la oposición del deudor y subrogarse en razón de tal pago en los derechos del acreedor satisfecho con independencia de la voluntad de las partes, ello surge a contrario sensu de lo que establece dicho inciso. (conf. Llambías, *¿Código Civil Anotado?*, Buenos Aires, 1979, Ed. Abeledo - Perrot, T. 2, pág. 690; Belluscio - Zannoni, *¿Código Civil y leyes complementarias comentado...?*, Buenos Aires, 1981, Ed. Astrea; T. 3 pág. 578).-

En efecto, estos y otros autores entendieron que tanto el tercero interesado como el no interesado tenían derecho al pago, que ambos se encontraban igualmente legitimados, sin que influya en modo alguno la actitud de las partes de la obligación en cuanto al ejercicio del derecho, el cual no puede ser enervado por la voluntad contraria del acreedor o del deudor; nunca se puso en duda la posibilidad del tercero interesado de efectuar el pago por subrogación legal, ya que su situación jurídica posee incluso mayor protección que la del tercero no interesado. (Conf. Colombres Garmendia, Ignacio, *¿El pago por tercero?*, Buenos Aires, Ed. Plus Ultra, 1971, págs. 55 y 56; Segovia, Lisandro, *¿El Código Civil de la República Argentina, con su explicación y crítica bajo la forma de notas?*, Buenos Aires, Imprenta de Pablo E. Coni, 1881, t. I, pág. 199)..-

Fieles a esta interpretación, distintas Salas del Fuero Civil Nacional han aplicado el referido criterio en casos de prestadores de cobertura médica que se subrogan en los derechos de su afiliado para reclamar cobro de sumas en concepto de reintegro de gastos contra el autor de un siniestro.-

Así, se ha dicho que *¿cuando la lesión padecida por el afiliado de una entidad médica sea causada por un tercero como consecuencia de un hecho ilícito, si bien la entidad debe cubrir en primera instancia todos los gastos que ello conlleva, no tiene sin embargo por qué liberar al responsable del daño, con lo que el pago efectuado por la entidad desinteresa al damnificado, pero no extingue la deuda a cargo del deudor que deberá solventarla a favor de dicho tercero -artículo 768, inciso 3, Cód. Civil? (CNCiv., sala H, ¿G., J. L. y otro c. Santini, Marcela Martha?, del 13/11/2007).* Y que si bien desinteresa al damnificado, no extingue la deuda a cargo del autor del siniestro, quien debe

responder ante la entidad asistencial? (CNCiv., sala H, ?Obra Social del Personal de Dirección de Sanidad Luis Pasteur c. Instituto Divino Corazón y otro?, del 29/06/2006, publicado en DJ 04/10/2006, p. 360). También que debe responder ante la entidad asistencial que obró, al tomar conocimiento del hecho dañoso, como gestor de negocios -art. 727, parte 2ª, Cód. Civil-? (CNCiv., sala K, ?HSBC Salud Argentina S.A. c. C., L. M. y otros?, del 15/05/2006; íd, ?Cuccaro, Juan C. y otro c. Unión Transportista de Empresas S.A. -Línea 97- y otros? del 29/05/2006, La Ley online Cita online AR/JUR/2295/2006).-

Pero no obstante la contundencia de la doctrina y la jurisprudencia anotada, debo atender a la postura del demandado en cuanto sostiene que dicha normativa (ya descripta) contempla un supuesto distinto al de autos, afirmando que la actora al abonar los servicios médicos que debió brindar a su afiliado cumplió con una obligación que le era propia y, por ende, no reviste el carácter de tercero no interesado como la disposición legal citada lo requiere.-

Pues bien; es claro que debe escindirse la posición del organismo de salud que brinda prestaciones asistenciales frente a su afiliado en el caso en que éste sufra un accidente de tránsito ocasionado por un tercero, porque brinda el servicio al que se obligó oportunamente afrontando los costos para subsanar el daño sufrido por el asociado quien paga sus cuotas para su seguridad ante la eventual necesidad de que le sean suministrados determinados servicios médicos, ya sea en forma regular como en una emergencia de salud y ciertamente es un deudor (prestador) que pagó su propia deuda a su acreedor (afiliado) fundada en el contrato de cobertura médica, pero frente al autor del daño, quien es ajeno a aquella relación contractual sin duda reviste el carácter de tercero, en el caso interesado, pues se encuentra obligado contractualmente a cumplir con la prestación acordada.-

Es que desinteresa a la víctima que es su acreedor, abonando los servicios médicos pertinentes. Y sería injusto que ello beneficie a quien ha causado los daños y lo libere de la deuda de reparación que él tenía con relación al damnificado nacida de un hecho ilícito, cuya demostración se encuentra a cargo de quien pretende tal subrogación, ya que la lesión en la persona del afiliado no es una contingencia natural o la evolución normal de una enfermedad o tal vez producto de un accionar propio sino se trata de un daño provocado por un tercero y aunque la entidad deberá cubrir en primera instancia todos los gastos médicos que por ello se irroguen, no tiene que liberar de tal forma al responsable del daño, que así se beneficiaría nada más que por la actitud previsora del

dañado.-

Esto así porque el cumplimiento de la prestación contractual se desenvuelve en un ámbito diverso al evento dañoso. Es que el autor o responsable del hecho ilícito, es deudor de la indemnización en razón del mismo y le es imputable y la exigibilidad de la prestación brindada no puede desvincularse del carácter indemnizatorio que posee, de modo que al pagar opera la subrogación legal prevista por el art. 768 inc. 3° del Cód. Civil.-

Destaco que sin duda el Ipross no ha querido hacer una donación al deudor, agente del daño; máxime que tal ánimo no se presume (art. 1813 y 1818 del Cód. Civil), por lo cual como tercero que ha hecho el pago para desinteresar al deudor, puede pretender la recuperación de lo desembolsado (cfr. Cám. Nac. Civil, Sala K, S. 15-5-06, in re: ?HSBC Salud Argentina S.A. c/C., L.M. y otros).-

Es más, con la reforma materializada por medio del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (L. 26.994), se ha incorporado la figura del pago por el tercero interesado (arts. 881 y 882; v. asimismo arts. 914, 915 y 919), por lo que el instituto del pago por subrogación legal mantiene, en líneas generales, la misma estructura que le fuera reconocida en el Código Civil Velezano, introduciendo estas modificaciones que no son sino el reflejo de lo que respecto de aquella fueron diciendo tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional. (Conf. Cámara Nacional de Apelaciones Civil, Sala B ?Galeno Argentina S.A. c. Vázquez, María Luisa y otros s/ cobro de sumas de dinero? Fecha: 21/04/2016. Cita Online: AR/JUR/20958/2016).-

Tampoco advierto que la posibilidad de subrogación contemplada configure un enriquecimiento sin causa para la entidad médica, ya que dentro de las cuotas que el afiliado debió abonar mensualmente se encuentran contemplados todos los servicios y las prestaciones a las que la Obra social Estatal se obliga a brindar y todos los gastos en que debe incurrir para garantizar la atención y correcto servicio de salud que debe brindar (cfr. Cám. Nac. Civ., Sala K, S. 21-2-96, in re: "G de R c/Asociación Civil del Hospital Alemán y otro s/daños y perjuicios", Expte. n° 169.843), por lo cual el dinero abonado por los afiliados no está destinado para responder a un eventual hecho ilícito que éstos sufran.-

Esta interpretación es la que se erige por la Cámara Nacional en precedente ?Galeno? del año 2016 la que concluye afirmando que en resumidas cuentas, se descarta la hipótesis que la subrogación contemplada configure un enriquecimiento sin causa para el organismo prestador médico, ya que dentro de las cuotas que el afiliado debió pagar

se hallan comprendidos todos los servicios y las prestaciones a las que la empresa se obliga a brindar, incluyendo los gastos que hacen su normal funcionamiento... por lo cual el dinero abonado por los afiliados no está destinado para responder a un eventual hecho ilícito que éstos sufran; de otro modo, se estaría subvencionando en cuotas al autor del daño, o sea que éste se liberaría de una parte de la indemnización debida a la víctima que sólo ha buscado la tranquilidad de una adecuada y eficiente atención médica inmediata?. (Conf. Conf. Cámara Nacional de Apelaciones Civil, Sala B ?Galeno Argentina S.A. c. Vázquez, María Luisa y otros s/ cobro de sumas de dinero? Fecha: 21/04/2016. Cita Online: AR/JUR/20958/2016 y ?Pago con subrogación legal: Sustitución Personal en el Código Civil y Comercial Bergallo (H.), Santiago. Publicado en La Ley 2016-E , 356 -RCyS 2016-XI , 68).-

A modo de corolario resulta contundente el fallo dictado por la Cámara Nacional Civil, sala G, en autos ?Asociación Mutual Empleados Banco Provincia de Buenos Aires c/ Mazza, Juan C.?, del 03.06.2005, publicado en RCyS 2005, 1191; y sus citas de sala A, ?Asociación-c/ Toledo-? del 06.05.1999, voto del Dr. Escuti Pizarro; sala C, ?Asociación c/ Cao-?, voto del Dr. Galmarini, del 04.12.2003; sala E, ?Asociación-c/ Soria-?, del 25.02.2002, voto del Dr. Calatayud; sala F, ?Asociación - c/ Muggeri-?, del 09.03.1999, voto de la Dra. Highton de Nolasco) el que integra todos los extremos descriptos previamente y en especial cuando se refiere a que la entidad de no haber existido el ilícito, no habría tenido que honrar tales erogaciones.-

En síntesis, no debe confundirse la posición del Ipross ante su afiliado y frente al autor del daño. En cuanto a la Sra. Fontana remedia el daño sufrido por su afiliada, y en ese sentido resulta ser un deudor que paga su propia deuda fundada en un contrato de asistencia de la salud; y frente al autor del perjuicio, para quien ese contrato es ?res inter alios acta?, que no puede beneficiarlo, la entidad es un tercero que ha venido a liberarlo de la deuda de reparación que él tiene con relación al damnificado.-

I-2 Empero tengo presente que en el caso de no mediar acción por el afiliado, el organismo prestador deberá realizar la verificación de los elementos probatorios de la responsabilidad civil del tercero, en atención a que el evento dañoso resulta diferenciado de este instituto. Tal evaluación deberá verificarse respecto de la situación de hecho que se presente, debiendo también meritarse la cuantía de la acción, la que solo puede comprender las prestaciones brindadas y los gastos efectivamente irrogados en la atención de la afiliada, con sus intereses. En el caso Sra. Norma María Fontana. No obstante ello, tal recaudo no inviabiliza la acción sino que deja en cabeza de la Obra

Social la prueba de la responsabilidad del demandado en el daño ocasionado a la afiliada que requirió las prestaciones ahora reclamadas en la acción de repetición.-

En consecuencia, advierto que la Provincia de Río Negro, en atención a las constancias y documentación obrante en autos y normativa y doctrina referenciada, se encuentra legitimada y habilitada para ejercer la acción, es decir posee legitimación activa para reclamar al demandado -bajo la figura de la subrogación-, por los gastos que Ipross efectuó para cubrir los tratamientos necesarios para restablecer la salud de la Sra. Norma María Fontana, por las lesiones sufridas como consecuencia de los hechos de autos. Por lo que la defensa planteada por la demandada debe ser rechazada-

II.- Que sentado ello, de acuerdo al modo en que la litis quedara trabada, merced de los escritos introductorios del proceso, me ocuparé en primer lugar por definir las responsabilidades sobre el siniestro objeto de autos, teniendo en cuenta la tesis de la actora, así como las defensas opuestas por el demandado y Citada en Garantía.-

Seguidamente analizar el reclamo de gastos asumidos por la actora para la atención médica de la Sra. Fontana y en caso de corresponder la fijación de su cuantía. En último término me adentraré en disipar si corresponde la exclusión de cobertura opuesta por la citada en garantía -

Y para ello debo principiar por precisar entonces qué normas aplicaré para resolver la cuestión traída a examen. Así, la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci ha planteado dos reglas para determinar la ley aplicable conforme a las previsiones del art. 7 del CC y C y las enseñanzas de Roubier. La primera de ellas consiste en la de aplicación inmediata de la nueva ley, pero según como se encuentren la situación, relación o las consecuencias, al momento de entrada en vigencia de la misma. En ese sentido, observo que la relación jurídica existente basada en el siniestro debatido en autos entre las partes no fue constituida ni sus efectos se produjeron con la nueva ley. La segunda regla es que la ley es irretroactiva, sea o no de orden público. Regla que está dirigida al juzgador, no al legislador que puede establecer carácter retroactivo de la norma de modo expreso.- (Kemelmajer de Carlucci, Aída. La Aplicación del Código Civil y Comercial a Las Relaciones y Situaciones Jurídicas Existentes. Rubinzal Culzoni. 1era edición. Santa Fe. 2015).-

En orden a esa determinación y en tanto el siniestro objeto de autos ocurrió el día 23 de diciembre de 2.011 he de aplicar el Código Civil (Ley 17.711), la Ley 24.449 con su Decreto N° 779/95, a la cual adhirió la Provincia de Río Negro mediante Ley P 2.942 .-

III.- En los términos del art. 1.113, párr. 2do. del Cód. Civil, tratándose del supuesto de

embestimiento de peatones por un vehículo, existe una presunción de causalidad contra el dueño y/o guardián de éste, quien sólo pueden eximirse de la responsabilidad objetiva que deriva de esta presunción si se acredita alguno de los eximentes que las normas admiten: la culpa de la víctima, el hecho de un tercero por el que no debe responder o el caso fortuito. (conf. CNCiv., Sala F, 23.4.93, Ferrico, Inés c/Rearte, Jorge y otro?, LL 1994-A, 322). (Conf. López Mesa, Marcelo J., Responsabilidad Civil por accidentes de automotores, Ed. Rubinzal Culzoni, ps. 471/473- citado en STJRNS1 Se. 29/12 Del Castillo?).-

Así, al damnificado le basta con acreditar el perjuicio sufrido y la intervención de la cosa que lo produjera o el contacto con ella; debiendo la parte contraria probar la culpa de la víctima, la de un tercero por quién no deba responder, o la configuración de un hecho fortuito que fracture el nexo causal.-

Puede agregarse además, conforme lo señala Ghersi, que la responsabilidad objetiva por riesgo creado posee elementos comunes a las demás tipologías de situaciones de responsabilidad civil y ha de integrarse también con la acción o el obrar humano, y este obrar caracterizado como conducta ha de ser antijurídico e imputable conforme a una relación de causalidad que debe ser adecuada entendida como la interferencia de conducta/cosa con el damnificado que genera el daño, y por supuesto, el daño como presupuesto central del sistema.-

En cuanto a los eximentes, expresa el autor que el art. 1.113 CC. sólo hace alusión a dos: la culpa de la víctima y la de un tercero por el cual no debe responder, con relación a la segunda se trata de la conducta de un tercero que quiebra la relación causal, en cuanto a la culpa de la víctima, hay dos situaciones: la culpa exclusiva, que exime totalmente al agente dañador y culpa de la víctima que conculca el acaecimiento del daño (diferente de condicionalidad causal en la víctima que obliga al análisis de la cocausalidad) y debe ser merituada en función de incidencia valorativa que se pragmatiza con un porcentual. (conf. Carlos A. Ghersi, La responsabilidad en accidentes viales, JA, Sem. N° 5935 del 31/5/95, pág. 32/34).-

En el precedente Del Castillo?, oportunidad en la cual el Superior Tribunal de Justicia se expidió en relación a los accidentes entre vehículos y peatones, se afirmó: Es que el peatón, el hombre medio que transita por las calles, es quien, por lo general, sufre las consecuencias del riesgo creado por los automotores que circulan por las arterias de la ciudad. En pocos supuestos como en este que analizamos se advierte tan marcadamente la situación de inferioridad del hombre frente a la máquina?. (Conf. STJRN,

?Del Castillo, Fidel C/ Cárdenas, Luis Oscar y Otros S/ Daños Y Perjuicios (Sumario) - Se. 29/12).-

En el fallo del Superior Tribunal (?Del Castillo?) que se comenta, se enumeran los derechos de los peatones: arts. 41 inc. e); 44 inc. a), 2; 49, inc. b), 3; 48 inc. f); 51 inc. e), 3; 39, inc. b); 23 y 25, inc. e), como así también a sus obligaciones: (arts. 38; 44 inc. b); 46, inc. b), conforme lo prevé la Ley Nacional de Tránsito N° 24.449; a lo cual agregan el artículo 1.113 del Código Civil que amplía los fundamentos de protección.-

Es que, como dice Mosset Iturraspe, el peatón "...suele ser la víctima, la parte débil e indefensa; el maltratado, el ignorado, el entrometido. Y lo es desde una óptica que privilegia el automotor y subestima al peatón. Por las razones que fueren..? (Mosset Iturraspe, Responsabilidad por daños, Ed. Rubinzal Culzoni, T. III, p. 136) (...) Esta es la regla general, que guarda armonía con la realidad que se advierte en nuestras calles y con el riesgo de la actividad que surge de la circulación de automotores. Como bien ha dicho la Suprema Corte de Mendoza, en un relevante pronunciamiento, ?en materia de accidentes de la circulación no puede dejarse de tener en cuenta que la culpa de la persona que dirige un automotor entraña un grave riesgo para la seguridad y bienes de los demás; mientras que la culpa del peatón distraído, en cambio, no perjudica más que a sí mismo. De ahí entonces que la actividad del primero deberá ser apreciada con más estrictez que la del segundo, cuando se trate de fijar el porcentaje de responsabilidad de cada uno en un infortunio? (SCJ de Mendoza, Sala I, 12.08.93, JA, 1993-IV-398), claro está si lo hubiera?. (Conf. Auto citado STJRNS1 ?Del Castillo?).-

En el mismo sentido, la Cámara de Apelaciones Civil de Viedma sostuvo que "...el peatón distraído o imprudente constituye una contingencia del tránsito que los conductores deben estar en condiciones de afrontar (...)?. (Conf. Cám. Apelaciones Civil de Viedma, en los autos caratulados ?Rossetti Andrés Italo c/ Bondaruk Sebastián Osvaldo y otros s/ ordinario?, 19/12/17).-

Asimismo vale mencionar, unicamente a modo de demostrar la dirección en que va la doctrina y jurisprudencia que ha sido receptada normativamente, que la Ley provincial N° 5.210, en vigencia desde el 14/07/17, incorpora a la Ley Provincial S N° 2.942 un nuevo título denominado ?Titulo II: De los Peatones..., regulando la conducta de los peatones en la bocacalle y cruce de calzadas. Es que, aún cuando la Ley no resulte aplicable al caso concreto, porque su vigencia es posterior al hecho, da cuenta del sentido tuitivo que la legislación brinda a los peatones.-

IV- Que corresponde determinar entonces los hechos controvertidos por las partes de

aquellos que no lo están, existiendo acuerdo entre ellas en cuanto a la existencia del hecho y personas intervinientes en el mismo.-

Que en ese sentido, se observa que no se encuentra controvertida la mecánica del accidente en si, (ya descripto por ambas partes) sino la asignación de efectos jurídicos a dicho complejo fáctico y las conductas desarrolladas por sus protagonistas, las partes no coinciden en cuanto a la responsabilidad aquí discutida, siendo que para la actora la responsabilidad es del demandado y para éste se encuentra presente una exigente que se concreta en la culpa de la víctima.-

V.- Resulta necesario analizar la prueba traída al expediente en los términos del art. 386 del C. Pr. para así adentrarme a las cuestiones controvertidas.-

Cabe recordar el régimen general de las pruebas procesales y mencionar que por tales debe entenderse al conjunto de normas que regulan la admisión, producción, asunción y valoración de los diversos medios que pueden emplearse para llevar al juez la convicción sobre los hechos que interesan al proceso. (conf. Hernando Devis Echandia, Teoría General de la Prueba Judicial, Ed. Víctor P. de Zavalía, Bs. As., 1972, T\* 1, pág. 15). También tener presente que uno de los principios generales de esta materia es el de la carga de la prueba y de la auto responsabilidad de las partes por su inactividad (ob. cit., pag. 138).-

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que las reglas atinentes a la carga de la prueba deben ser apreciadas en función de la índole y características del asunto sometido a la decisión del órgano jurisdiccional, principio éste que se encuentra en relación con la necesidad de dar primacía por sobre la interpretación de las normas procesales a la verdad jurídica objetiva, de modo que su esclarecimiento no se vea perturbado por un excesivo rigor formal. (CSJN in re "Baiadera, Víctor F.", LL, 1996 E, 679).-

Por ello, no es menor recordar en este apartado que el juez no tiene el deber de expresar en la sentencia la valoración de todas las pruebas producidas, sino únicamente de las que fueren esenciales y decisivas para el fallo de la causa.-

Que efectuadas las anteriores precisiones, para el análisis y resolución del caso traído a examen recurriré especialmente a la prueba que en este estado permanece en el proceso y valoraré a la misma conforme a las reglas de la sana crítica de acuerdo con lo que prescribe el citado art. 386 del C.P.C.C. -

Primariamente me referiré a los Autos N° 0457/2013 caratulados: "Fontana Norma María c/ Perouene Milton Elian y otra s/daños y perjuicios (Ordinario)"del Juzgado

Civil, Comercial y de Minería N° 3 de Viedma que han sido ofrecidos como prueba informativa y fueron reservados por última vez a fs.1401.-

Evoco en este punto la Resolución dictada a fs. 179 a través de la cual rechacé la acumulación de ambas causas que fuera solicitada por la Compañía Citada en Garantía en su presentación a fs. 144 y vta., con expresa oposición de la demandada a fs. 177.-

Con el fin de evitar lesionar el derecho constitucional de defensa de la parte demandada, la acumulación no tuvo lugar porque en el Exp. N° 0457/2013 que tramita por ante el Juzgado Civil, Comercial y de Minería N° 3 no se había cumplido con el traslado de demanda ordenado a fs. 29. Situación que se mantiene actualmente.-

Frente a la falta de traba de la litis, la acumulación no solo resultaría incorrecta, sino que también retrasaría indebidamente el presente expediente. -

No habiendo producción probatoria en aquel expediente, y menos aún restando llevar a cabo la exploración de la responsabilidad civil de las partes, me aleja de la posibilidad de generar contradicciones jurídicas, por lo que respecta aquí definir la mecánica del siniestro y las responsabilidades de las partes.-

Estado, que como adelanté más arriba no obsta al progreso de esta acción.-

Dicho esto corresponde analizar en primer lugar la prueba vinculada a la responsabilidad civil que se le endilga a la parte demandada por el siniestro, como así también sobre los eximentes alegados.-

Tengo en cuenta para determinar la responsabilidad civil el expediente Penal que fuera ofrecido como instrumental, autos N° S7-11-1560 caratulados: "Perouene Milton Elías s/lesiones graves culposas". Actuaciones del Juzgado de Instrucción N° 4, Secretaría N° 7, Fs.1261 y constancia de reserva de fs. 1262 y fs. 1332 y constancia de fs. 1399.-

A fs. 218/219 de dicho expediente, contemplo la Sentencia de fecha 23/05/2018 a través de la cual se dicta el sobreseimiento del Sr. Milton Elián Perouene DNI. 30.823.555, por superarse el plazo del artículo 77 *in fine* del CPP (art.155 inc 5 CPP).-

Considero la posición sostenida desde antaño por el Superior Tribunal de Justicia provincial respecto a los efectos del sobreseimiento en el fuero civil: *?*En principio, cabe dejar sentada una primera precisión: absolver no es lo mismo que sobreseer, ontológicamente considerado, etimológicamente manifestado y jurídicamente expresado. Hay que partir del principio de que el art. 1.103, por las razones que fuere, no contempla el sobreseimiento sino la absolución. De manera tal que el sobreseimiento no impone ninguna clase de efectos sobre la sentencia civil. Ello sin perjuicio de la consideración necesaria que debe realizar el juez civil del sobreseimiento en sede penal,

y más aun particularizando en sus fundamentos, o sea en la causal que llevó al sobreseimiento. Pero la consideración necesaria no es lo mismo que la imposición legal de efectos que prevé el artículo 1103 del C.Civil?, mencionando como cita de referencia ?Miguel A. Piedecasas, 'Incidencia de la sentencia penal en relación con la sentencia civil' (revista de Derecho de Daños, 2002-3, ya citada, págs. 59/89)?. (Conf. Voto de Balladini (Mayoría). STJRNS3 Se. 65/10 ?Lavin?).-

Ello está justificado en la distinta naturaleza, en el procedimiento particular ?(?), pero fundamentalmente por comprender que siempre han existido dos sistemas legales, uno que deja abierta la producción de los efectos a la elaboración y apreciación judicial en el caso concreto y otro como el que contienen los artículos 1.102 y 1.103 del Código Civil, que impone los efectos en situaciones determinadas, de manera tal que aquellas donde no lo están, se recobra el principio más amplio de que los efectos serán valorados en el caso concreto por el Juez de la causa. En esta inteligencia se ubica la jurisprudencia de la CSJN ya citada, y sobre todo a partir de 'Quiroz vs. Gobierno Nacional', Fallos 315:727)?. (Conf. STJRNS3 Se. 59/10 ?Mutual del Personal de la Policía de Río Negro?; STJRNS1 Se. 5/05 ?Jerez?; STJRNS3 Se 135/08 ?Muñoz?; STJRNS3 Se. 17/07 ?Mendia?).-

Más recientemente, el S.T.J. ha recordado: ?(?) que este Superior Tribunal de manera constante ha dicho que según lo prescripto por el art. 1103 del C. Civ. en un proceso civil sólo ata al Magistrado ?la sentencia penal absolutoria? fundada en la inexistencia del hecho (...)?. Asimismo, ?en los supuestos en que se haya sobreseído al imputado, debe diferenciarse según los fundamentos que sustentan dicha decisión. Si la resolución del juzgador penal se sustenta en que se encuentra acreditado que el hecho no se cometió, o que no lo realizó el imputado, el magistrado civil no podrá abstenerse de considerar dicha solución a fin de resolver la cuestión. Por el contrario, si el sobreseimiento se fundamenta en otras razones (v.gr., prescripción de la acción penal), el magistrado que intervenga en el proceso de daños quedará en absoluta libertad para decidir sobre las cuestiones que se plantean" (Lorenzetti (dir.), Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2015, T. VIII, págs. 666/669)?. (Conf. STJRNS1 Se. 43/16 ?Seguros Bernardino Rivadavia Coop. LTDA).-

Por ello me encuentro habilitada a entender libremente en el presente caso.-

Teniendo presente lo indicado observo que se ha probado la materialidad del hecho según las constancias en el Expediente original que ha debido ser reconstruido -causa MPF-VI-02418-2017. Donde a fs. 97/100 consta la Sentencia por medio de la cual se

ordenó el procesamiento del Sr. Sr. Milton Elián Perouene DNI. 30.823.555, por Lesiones graves culposas agravadas (art. 94 segundo Parr. CP). Dentro de la prueba colectada se detallada al respecto: el Acta de procedimiento policial y croquis (fs. 1/5), los informes médicos policiales de fs. 5/6 y fs. 19, la documental identificatoria del automotor de fs. 16/18, los informes de los peritos idóneos a fs. 23/26.-

Tengo presente especialmente la pericia accidentológica (en copia a fs. 19/20 del Exp. Penal reconstruido) donde se analiza la mecánica del hecho y la incidencia de factores climáticos, geográficos, viales, mecánicos y humanos.-

El perito Sr. Carlos Montenegro -Analista en Accidentología Vial- afirma que no se puede definir la velocidad de tránsito de la camioneta al no existir marcas de frenado en el pavimento, dice "...lo que permite inferir que no hubo ningún tipo de reacción para evitar el impacto por parte del conductor del rodado...".-

También hace mención a la posible incidencia de la luminosidad que habría determinado alteraciones en la percepción del demandado afectando su la capacidad de control. "...a fs. 02 de la instrucción penal dice que la "... luz solar a la hora del accidente se encontraba de frente al conductor de la camioneta, lo que interfiere bastante la visión del conductor?". (fs.19 vta. causa MPF-VI-02418-2017).-

A su turno analiza el perito que el sitio donde efectuaron la víctima y sus hijas el cruce de la calzada. Y en ese sentido en relación a la senda peatonal, define "...en el caso particular que nos ocupa no habría existido la demarcación de la senda peatonal pero cuando no hay senda marcada en el piso se deberá cruzar indefectiblemente por la prolongación de la vereda sobre la calle (las esquinas) en el croquis ilustrativo obrante a fs. 4 las víctimas del impacto no habrían estado cruzado por dicho espacio permitido?. (fs. 20 in fine).-

Según la sentencia de fs. 98 y vta. de la causa penal citada, también se tiene en cuenta para el procesamiento del Sr. Milton Elián Perouene, las declaraciones testimoniales de la Sra. Elida Mabel Bustos a fs. 33/34 y 58, Edgardo Monteoliva a fs. 36/37.-

Precisamente cita que la Sra. Elida Mabel Bustos expresó que en circunstancias que se encontraba en el interior de su rodado WV Polo estacionado sobre calle Belgrano, casi esquina Sarmiento (de Gral. Conesa) dijo: "... que la camioneta que manejaba Perouene iba muy despacio, calcula unos 10 km. Que la chica iba cruzando la calle Belgrano, que ella la ve cuando iba por la mitad de la calle y Milton venía con la camioneta por calle Belgrano, dobla y ocurre lo que ocurre...no vio cuando Milton embiste a la chica y a las criaturas, que se distrajo un momento ve pasar a la camioneta y después ve a la chica

tirada en el piso...?.-

Cita además que declaro el testigo Edgardo Monteoliva a fs. 36/37: "...que se encontraba en su Hospedaje "Residencial Belgrano" ubicado en calle Belgrano entre Sarmiento y Mitre, que siente un golpe que provenía de la parte de atrás y gira la cabeza y observa a una mujer tirada en el piso y a Perouene que se bajaba de la camioneta este le dice: "no la vi por el sol...te juro que no la vi...".( fs. 98 vta. causa MPF:IV 02418-2017. fs. 98 vta.)

Asimismo tengo en cuenta la declaración indagatoria del Sr. Milton Elian Perouene, quien expone "... deje estacionada la camioneta a mitad de la cuadra sobre calle Sarmiento..., me subo y salgo en primera y enseguida llego a la calle Belgrano que ahí cuando empiezo a doblar a la derecha, el sol lo tenía de frente me encandila, termino de doblar y en la calle Belgrano alrededor de 10 metros siento un golpe en la parte de adelante de la camioneta ahí frené, porque no sabía que había pasado...?" (fs. 75 y vta. del exp. MPF:IV 02418-2017) .

Efectuada la reseña de la prueba consistente en el expediente penal trataré la demás actividad probatoria desplegada en autos para definir la responsabilidad siniestral. -

De la prueba común a la parte actora y demandada, valoro la declaración testimonial en esta sede de la Sra. Elida Mabel Bustos obrante a fs. 1222, quien relato los hechos en iguales términos a lo efectuado en sede penal, que "...estaba en el auto estacionado esperando a su marido, a mitad de la cuadra sobre calle Belgrano cerca de la esquina de Sarmiento de Gral. Conesa, veo que la Sra. Fontana cruza la calle con sus hijas a unos 5 o 10 metros del lugar de la esquina. También veo que venia la camioneta de Milton despacio... de golpe veo a la Sra. en el piso, a las nenas sobre la vereda no entendía nada... el impacto no lo ví... la camioneta para y Perouene se baja se agarraba la cabeza .... ella cruza más allá de la senda peatonal...él dobla cuando la embiste...la Sra. estaba cruzando cuando el dobla.... venia muy despacio, no se si freno...era una tarde soleada eso me acuerdo que eran después de las 7 de la tarde... había mucho sol y hacia calor ese día...pienso que como estaba el sol le daba en la cara a Milton...? .-

También tengo presente como prueba común a la parte actora y demandada la pericial accidentalológica de fs. 1339/1349, efectuada por el Perito Lic. Manuel Vicente Cabrera. Así como las explicaciones pedidas por la actora y el demandado a fs. 1351 y vta. y fs. 1352/1353 vta. y las respuestas brindadas por el perito fs. 1357/1359 y 1377/1382.-

En atención a lo expresado por el especialista, debo estar al valor de la pericia en tanto se encuentre debidamente fundada en los principios propios de su ciencia, pues no debe

perderse de vista la imparcialidad con la que actúa que surge de su designación por el Juzgado. Asimismo no existiendo en autos impugnaciones por las partes solo pedido de explicaciones, para ampliar algunos puntos de las conclusiones arribadas por el especialista tengo las mismas por válidas.-

Ahora bien, el tomar en consideración las conclusiones del dictamen, en los términos del art. 477 del C. Pr., no implica dejar de hacer el análisis jurídico de los datos técnicos, ni sin más dejar de atender lo que surge de las restantes pruebas colectadas, las que conforman todo el plexo probatorio a tomar en cuenta en casos como el del presente, en especial lo que surge de la prueba de sede penal, y la documental y testimonial aquí producida.-

VI.- Que en función de las pruebas reseñadas corresponde establecer el modo en que acontecieron los hechos y la responsabilidad civil aquí discutida. Que entonces, y encaminada en esa tarea es que corresponde realizar el análisis del caso, según las conclusiones que aportan ambos peritos.-

El informe pericial accidentalológico de fs. 1339/1349 que da cuenta de la pericia efectuada por el Perito Lic. Manuel Vicente Cabrera, dice que "siendo las 19.30 hs del día 23 de diciembre de 2011... se establece la interacción entre el vehículo Ford F 100 pick up color verde, dominio WZF 894, conducido por Perouene Milton Elían, quien circulaba por la calle Sarmiento y al llegar a la calle Belgrano habría girado en la calle Belgrano embistiendo a la Sra. Fontana?.-

El perito de autos toma como asiento de sus conclusiones la pericia accidentalológica, del Sr. Carlos Montenegro, de fs. 19/ 20 de la causa penal antes detallada, cita textualmente:"El accidente que se investiga tuvo como protagonistas a los rodados: FORO F 100, dominio WFZ 894, la cual era conducida por Perouene Milton Elian, circulando por calle sarmiento y al llegar a la intersección con calle Belgrano, toma por esta última y a pocos metros embiste fontana norma y a las menores Antiara y Fabianna Zimmermann."

Continua el perito: "El aspecto lesivo de la víctima (Sra. Norma Fontana), conforme cita de las lesiones certificadas a fs. 05 e informe del cuerpo médico de fs. 100, se destaca: Lesiones profundas (fractura de base de cráneo bilateral y de cervical)... Teniendo en cuenta las certificaciones médicas se determina como secuelas: Incontinencia de esfínteres y cuadriplejia (parálisis de los cuatro miembros), por la altura de la lesión cervical. Estuvo en peligro la vida. (sic.) -fs. 75 de las copia de la reconstrucción del Expediente Penal?.-

Se destaca Cabrera, la generalidad bibliográfica utilizada: "El peatón es golpeado por el extremo frontal del rodado, generalmente por el paragolpes, en sus piernas (ala que se denomina primer contacto). La parte del cuerpo tocada es acelerada, casi instantáneamente, hasta alcanzar la velocidad del rodado embistente. Cuando el peatón se encuentra apoyado por su peso contra el piso, el rozamiento que existe entre el piso y su calzado se opone a tal aceleración. Por otro lado, la inercia propia del cuerpo, que actúa en su centro de gravedad, tiende a oponerse al movimiento. Esto provoca que, generalmente, las piernas se arqueen tomando la forma del frente del vehículo, y que la parte superior del cuerpo, que tendió a permanecer en reposo, sea alcanzada. por la parte más alta del rodado, por lo que resulta acelerada hasta alcanzar la velocidad del mismo (se denomina segundo contacto). Si a partir del instante del impacto, el rodado disminuye su velocidad lo suficiente como para detenerse sin volver a contactar con el cuerpo, estaremos ante lo que se denomina proyección frontal. En este caso las lesiones producidas por los impactos directos estarán en las zonas de los contactos primero y segundo, es decir, piernas y parte alta del torso y/o cabeza, zona donde el impacto llega a ser más violento. Pueden aparecer daños en los miembros superiores, y lesiones debidas al golpe contra el piso en las zonas altas del cuerpo" (sic.).-

Prosigue: "En el caso puntual que nos ocupa se trata de una camioneta FORD F 100; por lo que, en los menores involucrados "los pasos" del atropellamiento no se cumplen, sino que estos (los menores), son desplazados hacia delante por el impacto atendiendo a las dimensiones de la camioneta y la altura de Antiara y Fabianna." ( a fs.19 causa MPF- VI- 02418-2017, citado por informe pericial de autos fs. 1343). -

En la pericial de autos destaca "En relación a tratar de determinar la velocidad del vehículo FORD F 100, cita a su vez al perito en sede penal: "Con los datos aportados en la causa no resulta viable calcular la velocidad de desplazamiento de la camioneta FORD F 100, dominio WZF 894." (sic.).-

También el Lic. Cabrera, ante la consulta de la incidencia de los factores climáticos, geográficos, viales, mecánicos y/o humanos en el hecho, ha citado nuevamente al Lic. Montenegro: "Se hace mención en la Causa (penal), a la posible incidencia de la luz sobre la visión del conductor. De ser así esta luminosidad habría determinada alteraciones en la percepción, relacionándose con la capacidad de control. El exceso de radiaciones solares cuando impactan directamente en el ojo provoca deslumbramiento, que consiste en su primera fase, en la acción defensiva refleja inmediata del organismo, involuntaria, por tanto, de contracción de las pupilas la cual determina la correlativa

reducción instantánea de la visión del sujeto.-

A fs. 02, la instrucción policial hace mención: "... Luz solar a la hora de ocurrido el accidente, se encontraba de frente al conductor de la camioneta, la que interfiere bastante en la visibilidad del conductor... ".

Se ha recabado que: no existen huellas de frenada en el lugar del accidente... " (fs.2vta.), la que permite inferir que, no hubo ningún tipo de reacción para evitar el impacto de parte del conductor del rodado, en el acta de procedimiento a fojas 01 se hace mención que: "que siente un golpe por lo que detiene la marcha, y al mirar por el espejo retrovisor, ve a una señora tirada en el piso ...". De esta además, se deduce que las personas lesionadas, el impacto lo recibieron con uno de los extremos del frente de la camioneta, seguramente el derecho (si nos ubicamos como conductores), porque de ser así y el golpe hubiese sido con el frente de la camioneta, se estaría hablando de un atropello con arrollamiento. No se deja constancia de la distancia existente entre la camioneta (con su detención final) y la ubicación de la mancha de sangre". Y que según los testigos del hecho, era el lugar donde estaba tirada en el suelo la ciudadana Norma Fontana.-

Continúa el Lic. Cabrera "...No obstante el suscripto graficará la incidencia solar en croquis que se adjunta, destacando que bibliográficamente cuando se produce el efecto de "encandilamiento" descrito inicialmente por el perito Montenegro, se produce un efecto de Shock, no solo visual, sino también nervioso, que puede desubicar totalmente al sujeto. La cual puede determinar una virtual ceguera más o menos prolongada y cesada el estímulo, sobreviene un proceso de readaptación a la visión normal, cuya duración depende del grado en que ha llegado la etapa anterior (encandilamiento), existiendo tablas estimativas que la recuperación dura de 2 segundos (leve) a 8 segundos (absoluto).?-

Aporta también que "...Con un ejemplo sencillo puedo agregar que si un vehículo circula a 30 Km./h (valor tomado al azar, pero representa el valor máximo al llegar a una encrucijada a cruce de calles), recorre por segundo 8,33 metros; lo que quiere decir que la recuperación va a durar de 16,66 metros (leve) a 66,66 metros (absoluto); tal ejemplo necesario destaca la relación con la peligrosidad intrínseca de este factor.?

Sella por último el Lic. Cabrera, "...el conductor de la camioneta Ford F 100, ha tenido una percepción real tardía o aplazada al máximo, donde la percepción posible se encuentra amalgamada con el punto de conflicto, "siente el peligro al instante previo que se contactan con él".(fs.1346).-

Entonces a la hora de estudiar las eximentes introducidas por la demandada. Me ocupo de constatar si se encuentra acreditada la culpa de la Víctima.-

Esto así porque sabido que en lo que concierne a la responsabilidad objetiva a la actora le incumbe la prueba del hecho del daño y su relación de causalidad con el daño sufrido, mientras que para eximirse de responsabilidad la demandada debe acreditar la culpa de aquélla o la de un tercero por quien no debiese responder. (CSJN, 11-5-93"Fernández Alba Ofelia c/ Ballejo Julio Alfredo y Buenos Aires , Provincia de " Fallos 316:912).-

En igual sentido nuestro Superior Tribunal afirma "...al optar por la acción civil, deba acreditarse la concurrencia de los recaudos establecidos en el derecho común, para que pueda así generarse la responsabilidad del demandado; a saber, la existencia del daño; el carácter riesgoso o vicioso de la cosa; la relación de causalidad entre el riesgo o vicio de la cosa y el perjuicio sufrido, y el hecho de que el demandado revista la condición de dueño o guardián de la cosa. (Del voto del Dr. Barotto sin disidencia) Número de Texto: 36748; STJRNSL: SE. 62/13 ?R., C. J. C/ Municipalidad de San Antonio Oeste S/ Accidente de Trabajo S/ Inaplicabilidad De Ley? (Expte N° 25351/11-STJ-31-10-13).-

Sobre la conducta de la víctima, retomo las palabras del perito Sr. Montenegro cuando explica que cuando no hay senda peatonal marcada en el piso como en el caso de autos se deberá cruzar indefectiblemente; por lo que sería la prolongación de la vereda de las calles (las esquinas). En el croquis ilustrativo de fojas 04, las víctimas del impacto no habrían estado cruzando por dicho espacio permitido." (fs 20 causa MPF- VI-02418-2017 citado por el informe de a autos a fs. 1345.).

Ahora bien el perito de autos concluye a fs. 1346, que el conductor del vehículo Ford F-100, aporta la causa principal del siniestro vial.-

Subraya ?desde la circulación por calle Sarmiento una maniobra de ingreso hacia la calle Belgrano, debiendo haber extremado mayores precauciones, dado que depende de la imposición de condicionantes externos a él, donde en una intersección que equivale a una zona con alto nivel de conflictividad, se ve obligado a ingresar a la fluidez del tránsito de otra vía de circulación con una eventual incidencia por el exceso de radiaciones solares; ya que no solo no ha podido evaluar el dominio real ni la consecuente proyección, sino que su desplazamiento o proyección adquiere un componente anormalizador o perturbador. Resultando bibliográfico agregar que los peatones se encuentran en desventaja con respecto al conductor de un rodado mayor, ya que carece de la protección que representa la carrocería, y sufre todas las consecuencias del impacto enfrentando con carne y hueso el choque con la poderosa masa metálica?.

También explica que la única posibilidad que un peatón se desplace hacia delante, es que el rodado se encuentre en el proceso de frenado, circunstancia no constatable en el presente hecho, dado que en fs. 75vta. en acta de indagatoria el conductor manifiesta que tal proceso lo realiza con posterioridad, citando: " ... termino de doblar, y ya en la calle Belgrano alrededor de unos diez metros siento el golpe en la parte delantera de la camioneta, y ahí frené porque no sabía lo que había pasado ... "-

Con respecto a la culpa de la víctima define que "...el peatón, realiza un aporte secundario, dado que producto generalmente de una falta de atención, disminución de la percepción o descuido; ha realizado un cruce de la calle Belgrano, si bien se lo ha evaluado como alejado de la senda peatonal (a unos 6,40 metros -copia fs. 96) considerándolo al mismo como impreferente; este cruce ha sido cercano a la prolongación de las veredas o senda peatonal...? (fs. 1346).-

Tengo presente que para el STJ (... ) no resulta adecuado derivar la culpa de la víctima de la realización de una mera infracción si la misma no tuvo en el caso concreto incidencia causal adecuada o relevante, sino que debe evaluarse el contexto de los hechos (condiciones de visibilidad, condiciones físicas de la víctima, velocidad del automotor, lugar del impacto, intensidad del tránsito, etc.) a fin de determinar la responsabilidad del siniestro, ello en virtud del espíritu tuitivo del nuevo texto del art. 1113 del Código Civil (Ley 17.711). El beneficio de la duda del que goza el peatón, significa que su participación reprochable en el hecho dañoso, debe probarse de manera acabada o convincente, y si ello no ocurre, debe ser indemnizado. (conf. Ghersi, Carlos - Weingarten, Cecilia, Tratado de Daños Reparables, T. Ii, Parte Especial, Ed. La Ley, Ps. 542/545, citado en ?precedente ?Del Castillo?)-

Observo especialmente las propias palabras del demandado que asume su conducta imprudente, cuando relata que al doblar la esquina de Sarmiento e ingresar a Belgrano, se encandila con el sol, pero recorre unos metros y luego frena al escuchar un golpe.(Según el Relato de la indagatoria 75 y vta. del exp. MPF:IV 02418-2017).-

Se apropia el demandado de la responsabilidad sobre el siniestro, al manejar por unos metros sin visión y no frenar automáticamente cuando dobla y descubre que su visión - de lo que sucede delante- esta bloqueada por el sol. A lo que sumo la Sra. Fontana no solo ya se encontraba cruzando, sino que al decir de la testigo Élide Mabel Bustos iba por la mitad de la calle y estaba cruzando cuando él dobla -

Destacado ello no puedo sino interpretar en atención lo dicho por la testigo indicada y al propio relato del demandado que aún cuando la Sra. Norma M. Fontana transitara por la

prolongación de la esquina, no hubiera sido vista por el demandado quien reconoce que estaba encandilado al doblar y siguió su marcha hasta que escucho el golpe y frenó. Con una percepción real tardía o aplazada al máximo (perito Lic. Cabrera).-

Entonces, está claro que para que opere la eximición de responsabilidad por culpa de la víctima no le alcanza a la parte demandada con probar una conducta incorrecta o irregular de esta, - cruzar fuera del sector de senda peatonal o de la prolongación por las esquinas cuando la senda no esta dibujada en el pavimento como en este caso -sino que debe acreditarse que la misma rompe el nexo causal de la conducta imprudente del demandado.-

Analizo la dinámica de los hechos de autos, en especial la conducta del Sr. Perouene teniendo presente las obligaciones que surgen de la Ley 24.449. El art. 39 inc. b, que prevé que el conductor debe en todo momento conservar el dominio de su vehículo. Y el art. 41 que define las prioridades de paso en las encrucijadas... inc. E: Los peatones que cruzan lícitamente la calzada por la senda peatonal o en zona peligrosa señalizada como tal; debiendo el conductor detener el vehículo si pone en peligro al peatón.?-

Entonces, corresponde ceder el paso al peatón que cruza por el lugar habilitado, pero debe el conductor igualmente detener el vehículo si pone en peligro al peatón. Esta parte del artículo se conjuga con la regla básica del art. 39 de conservar el dominio de su rodado.-

La ley prescribe que todo conductor al ingresar a otra arteria urbana siempre lo haga con prudencia, aminore la marcha y compruebe el tránsito de la arteria a la que se ingresa, esto supone claramente que la misma este libre de automóviles y también de peatones.-

Reiteramos que "...el peatón distraído, inclusive imprudente, es un riesgo común inherente al tránsito y, por lo mismo, todo conductor de un rodado está obligado a permanecer atento a las evoluciones imprevistas de la circulación, entre las que se cuenta una conducta tal de los transeúntes. (Mosset Iturraspe, Responsabilidad del Conductor en los Accidentes de Tránsito. Cruce Indebido de la Calzada, en Estudios sobre Responsabilidad por Daños, Ps. 269 y Ss.)'?. (STJRNS1 ?Del Castillo?).-

Es decir que los elementos que aporta la víctima de autos conforme a las circunstancias de tiempo y lugar del caso no alcanzan para configurar una concausalidad, ni a desvirtuar el aporte causal del hecho en cabeza del conductor, en este caso, aportante primario del siniestro.-

Aun en el caso de mantener resquicios de duda sobre el aporte causal de la victima, recuerdo que el STJ sostiene que ?(...) frente a la duda, en los supuestos de colisión de

un peatón por un automotor, siempre se deberá estar por una interpretación favorable al peatón. In dubio, pro peatón. Es la solución que expresamente consagra el artículo 64 de la Ley Nacional de Tránsito: "El peatón goza del beneficio de la duda y presunciones a su favor, en tanto no incurra en graves violaciones a las reglas de tránsito"; y agrega que "La jurisprudencia, dice Borda, es cada vez más severa con los conductores de automóviles o colectivos, y con razón: no es lo mismo la conducta desaprensiva de un peatón que en caso de ser embestido el único dañado será él- que la del conductor de un automóvil, cuyo más mínimo descuido puede ocasionar gravísimos daños a terceros (...) (Borda, La reforma de 1968 -Ley 17.711- y su influencia en la responsabilidad por accidentes de tránsito. El tema treinta años después. Revista de Derecho de Daños, N° 1, Accidente de Tránsito-I, N° II, p. 9)". (Conf. STJRNS1 Se. 29/12 "Del Castillo").-

En resumen de lo dispuesto, no habiendo acreditado el demandado la culpa de la víctima como eximente, cabe definir su responsabilidad civil objetiva y plena sobre el suceso y sobre las consecuencias que del accidente derivan (art. 1113 C.C.).-

VII- Efectuada las anteriores determinaciones corresponde ahora establecer el monto que erogó la Provincia de Río Negro para cubrir los gastos que el Ipross enfrentó a favor del tratamiento de su afiliada.-

Para lo cual es necesario reproducir las pruebas que las partes han acompañado y producido sobre este punto:

-La solicitud de derivación de fs. 13 reconocida por el Director de Ipross a Sr. Luis Rovasio en audiencia celebrada a fs. 1240 .-

- Las copias de facturas de Centro del Parque Cuidados Respiratorios a fs. 14/22, que también fueron reconocidas por respuesta a la prueba instrumental por medio de la cual se enviaron las facturas realizadas por de la clínica Merno S.A." Centro del Parque" al Ipross obrantes a fs.726 a 749.-

-Las Copias de las Resolución internas del Ipross que autorizan los pagos a fs. 34/37 y las copia de las ordenes de pago a fs. 38/57, cuyos originales fueron agregados a fs. 243/265 y fs.268/312.-

-Las cartas documentos enviadas por el Ipross a 58/63., reconocidas por las demás partes en audiencia preliminar a fs. 204.-

-Las Historias Clínicas de la Sra. Fontana Norma María del Hospital Artemides Zatti, a fs.313/681 y del Centro del Parque de Cuidados Respiratorios a fs. 750/1173.-

También observo los reconocimientos judiciales de facturas remitidos por Luis Ayestarán a fs.1222 y del Sr. Armando Ariel Zimmermann, a fs.690/693, junto a demás

los reconocimientos enviados en respuesta a los oficios de la "Empresa Camiloni" de Alberto Camilone, a fs.1186/1187, 1193/1195 y 1197/1198, del Sr. Julián Fernández Eguía (Fiscal de Estado) a fs. 698 y de Luis Fabián Zgaib (Ministro de Salud), a fs. 230/233.-

Estos originales de las facturas remitidas por los proveedores del Organismo Provincial, los reconocimientos de las distintas documentales detallados previamente, como las resoluciones y las órdenes de pago de Ipross, fueron analizadas por la pericial contable de fs.1235/1236, efectuada por la Cdra. Patricia Ostertag.-

Además comprobada la afectación de salud de la Sra. Fontana por medio el informe del perito médico Dr. Carlos Agüero a fs. 1225/1126 vta.-

El profesional define una incapacidad permanente parcial y definitiva por el Baremo 24.557 traumatismo raquímedular completo 100%. Describe el diagnóstico de la Sra. Fontana como TEC grave con lesión raquímedular en la C5 y C6, padece cuadriplejía, no realiza funciones de las manos, parálisis de miembros dice que permanece en silla de ruedas con compromiso de esfínteres.-

Asimismo, observo que el perito describe las prestaciones asistenciales recibidas abonadas por el Ipross, estuvo en UTI 58 días desde el 23/12/2011 con ARM, traqueotomía, con tratamiento farmacológico y quirúrgico el 24/01/2012, artrodesis cervical, describe las demás prácticas de su atención en UTI: laboratorios, radiografías e interconsultas de diferentes especialistas. Fue derivada en vuelo sanitario a CABA para realizar destete de ARM. Rehabilitación respiratoria y neurológica desde el 19/03/2012 al 14/10/12, con alimentación enteral, fibrobroncoscopia, kinesiología, fonoaudiología, etc. Siguió en atención domiciliaria en Carmen de Patagones, y también estuvo internada en clínica Viedma, continua con atención sociológica, kinesiología, terapeuta ocupacional, cateterismo vesical. (fs. 1226).-

El perito explica que se le adquirió a la Sra. Fontana silla de ruedas, almohada especial, dos válvulas, cama ortopédica, silla para baño, tabla de transferencia y grúa levanta paciente.-

Respecto a este tipo de prueba se ha dicho que "...Establecido el diagnóstico, el camino terapéuticos y su pragmatización en el paciente que resulta, según esa ciencia, una de las posibles alternativas adecuadas, actuales y validas, el magistrado no puede realizar una "intromisión científica" sino que debe respetar el abordaje realizado, limitándose a constatar que se cumplen las premisas científicamente aceptadas, lo contrario implicaría una intromisión a-científica de incumbencias que deslegitima a quien la efectúa y

conlleva a la "arbitrariedad" del pronunciamiento judicial. (CN. Civ Sala J 23/06/2011 "R.C. J.A y otros vs. Clínica Gral. de Obstetricia y Cirugía Nuestra Señora de Famima y otros" IV Rev. Jurisprudencia Arg. Ed. Abeledo Perrot. ?).-

En este sentido "es oportuno recordar que cabe reconocer validez a las conclusiones de los peritos para la decisión de aspectos que requieren apreciaciones específicas de su saber técnico, de las que sólo cabría apartarse ante la evidencia de errores manifiestos o insuficiencia de conocimientos científicos (artículo 477, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación; Fallos: 319:469; 320:326 y 332:1688, entre otros)". (CSJN, "Administración de Parques Nacionales c/ Misiones, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", Fallos: 340:991, 10/08/17).-

Con respecto a la pericial contable, efectuada por la Cdra. Patricia Ostertag, destaco la liquidación de la profesional designada donde detalla todos los montos abonados por Ipross por la atención y las prestaciones médicas brindada a la Sra. Norma María Fontana en el Centro del Parque de Cuidados Respiratorios de Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Por los bienes de ortopedia, detallados en la factura de Ortopedia Camiloni que fue oportunamente reconocida, así como gastos de internación domiciliaria comprobados. Definiendo que el total al 15/09/2015 es de \$1.368.523.59. Así como por la solicitud de explicaciones por medio de la cual la Actora solicita ampliación de la liquidación a fs. 1241, y frente a la respuesta concedida por la Contadora a fs. 1300/1301 donde incluye nuevos pagos informados por Ipross a fs. 1279/1287 el saldo asciende a \$1.616.523,59 al 02/08/2016.

Que en atención a este informe pericial, como a las ampliaciones que no fueron objeto de impugnación por las partes, y considerando correcto el cálculo efectuado por la especialista, asumo a la pericia válida en los términos del art. 477 del CPCC.-

Ahora bien teniendo en cuenta las constancias de autos, en especial el informe pericial analizado precedentemente y los términos de la demanda (fs. 63) entiendo que es necesario practicar liquidación en etapa de Ejecución de Sentencia incluyendo los intereses desde la fecha que se efectuó cada pago hasta la presente, aplicando a ellos la tasa dispuesta conforme autos "Fleitas" que surge de calculadora oficial del Poder Judicial o la que en el futuro determine el Superior Tribunal de Justicia hasta la fecha.-

Entonces, deberá practicarse liquidación cumpliendo los parámetros dispuestos y dentro de los 10 días de que quede firme la presente, y desde el momento de su aprobación, devengará la misma tasa de interés hasta su efectivo pago.-

VIII.- Finalmente corresponde determinar la aplicación o no de la cobertura de seguro

de la Segunda Compañía de Seguros Generales, suscripto por medio del contrato de póliza N° 40268569 contratada por el Sr. Perouene en su camioneta Ford F 100 Dominio WZF 894.-

Tanto la parte actora, como la demandada citaron en Garantía a la Compañía Aseguradora La Segunda Cooperativa limitada de seguros Generales, denunciando el contrato de Seguro de Responsabilidad Civil por el vehículo marca Ford F100 STD 3.6 Dominio WZF 894 plasmado en la póliza de seguros N° 40268569 vigente del 04/10/2011 al 04/04/2012 (fs. 99 vta.).-

Por su parte la citada en Garantía al presentarse a fs 139/149 vta. opuso la improcedencia de su citación basada en la suspensión de la cobertura del contrato de Seguro por falta de pago. Informa en que el Sr. Milton Elián Perouene incurrió en mora desde el inicio del contrato, recién canceló la 1er. cuota el 11/11/2011 y expresa que el segundo vencimiento de la segunda cuota era el 29/11/2011, cuota que al día del siniestro -23/12/2011- no la había abonado lo que determinó la declinación de su cobertura.-

Reproduce la cláusula CA.CO6.1 en su atr. 2do. Que indica en su parte pertinente ?...que vencido el plazo para pago del premio exigible sin que este se haya producido la cobertura queda automáticamente suspendida desde las 24 hs. del vencimiento impago sin necesidad de interpelación judicial, ni constitución en mora. (...). Toda rehabilitación surtirá efecto desde la hora 0 del día siguiente a que la Aseguradora reciba el pago del importe vencido.? Refiere que con claridad el seguro de Perouene quedó suspendido, sin necesidad de interpelación alguna. El 23 de diciembre de 2011 es evidente que el vehículo no poseía cobertura, lo que quedó rehabilitado el día siguiente del pago esto es a la hora 0 del 24 de diciembre de 2011.-

En este punto la doctrina no ha sido pacífica, pero actualmente se reconoce la posibilidad de suspensión de cobertura ante la falta de pago de cuota de la prima, pero la mora debe ser demostrada por el asegurador.-

VIII 1.-Para comprender la posibilidad del rechazo de cobertura por falta de pago de la prima es importante advertir la diferencia entre la exclusión de riesgo y la suspensión del Contrato.-

Existe suspensión de cobertura del seguro cuando el asegurado no ejecuta, en el curso del contrato, una obligación determinada que le es impuesta: se le retira la garantía hasta el día en que se coloca nuevamente en las condiciones del seguro. Mediando ella, el asegurador se desliga de la garantía.-

Es decir que la mora en el pago de la prima no extingue el contrato sino que, lo que se suspende es la eficacia temporal del mismo en lo que concierne a la obligación a la que se halla sometido el asegurador. Se genera la cesación temporaria de la garantía contratada, debiendo esa suspensión de cobertura ser anoticiada al asegurado en el plazo del artículo 56 de la Ley 17.418. El asegurador que alega la eximente debe probarla.-

VIII 2.-Ahora bien para poder definir primero si el contrato de Seguro estaba suspendido por la Aseguradora y si esto ha sido acreditado en autos, debo detenerme en las pruebas que las partes produjeron en apoyo a sus argumentos.-

Observo que con la contestación de la Compañía Citación en Garantía "La Segunda", Coop. Ltda.- de Seguros Generales, agrega documental a fs. 122/138, entre los que se hayan las cartas documentos de fs. 135/138 reconocidas en la audiencia de fs. 204.-

Esta agrega la copia de Póliza n° 40268569 que ha sido reconocida por las partes en la audiencia del art. 361 del CPCC, según constancia de fs. 204.-

También agregó la Citada la Carta Documento N° CD 193284367, enviada el día 13 de enero de 2012 al Sr. Milton Perouene, por medio de la cual la Compañía de Seguro rechazó la cobertura del siniestro, obrante a fs. 135/136, reconocida también por todas las partes a fs. 204.-

Dice expresamente la CD N° 193284367: "...Con relación al accidente denunciado como ocurrido el día 23/12/2011 en el que interviniera V/ vehículo Ford F-100 STD 3.6 Dominio WZF 894.... Notificamos el rechazo formal del siniestro ya que la póliza n° 40268569 se encontraba suspendida por falta de pago del premio al momento del siniestro...? (fs.136).-

La misma situación es notificada al Ipross por la Compañía de Seguro por medio de la CD 234255932 a fs. 137/138, enviada el día 24 de junio de 2013 -reconocida también por todas las partes a fs. 204. Donde la Citada en Garantía reitera el rechazo de la cobertura del Siniestro N° 1-01-2011-1054282 por falta de pago de la póliza. Dicha Carta se suscribió en respuesta a la CD 1277081-3 enviada por el Organismo Provincial reclamando el pago de los gastos objetos de autos.-

Por último, la Compañía "La Segunda", Coop. Ltda.- de Seguros Generales, agrega en copia simple los talones de pago del Seguro (fs. 133 vta. y 134), los que han sido desconocidos expresamente por la actora a fs. 157 y por la demandada a fs. 164 vta.-

Advierto que la Compañía explicó en su contestación de demanda, que suspendió la cobertura porque los pagos de las cuotas de la prima fueron abonados fuera de término lo que originó la mora automática del Asegurado, quien el día del siniestro poseía el

seguro suspendido y como antes refiriera agregó al efecto los talones de pago en copia simple, los que fueron desconocidos por las demás partes.-

Se ha comprobado el Contrato de Seguro por medio de la Póliza agregada y reconocida por las partes (fs. 204).-

Y acreditada la denuncia del siniestro N° 1-01-2011-1054282 realizada por el demandado, según se desprende de las propias palabras de la Compañía al suscribir las CDs enviadas al Sr. Perouene y a Ipross, donde se informa "...Con relación al accidente denunciado como ocurrido el día 23/12/2011 en el que interviniera V/ vehículo Ford F-100 STD 3.6 Dominio WZF 894...? Además observo reconociendo el siniestro por medio de la CD 234255932 a fs 138, señala "...el Siniestro N ° 1-01-2011-1054282 el que fuera rechazado por falta de pago de la póliza...?.-

Pongo de resalto que el modo en que ingresaron los pagos a "La Segunda", Coop. Ltda.- de Seguros Generales, de parte del Asegurado Sr. Milton E. Perouene como abono de la prima de contratada por la Póliza N° 40268569, son el sustento de la declinatoria de la citación opuesta y del rechazo del siniestro, empero no han sido motivo de prueba de parte de quien lo alega.-

Observo que la citada en garantía no cumplió con su ofrecimiento probatorio, el que consta a fs. 148 vta. donde la misma indica que ante el desconocimiento de las contrarias de "... la póliza, el detalle de vencimientos y la fecha de los pagos efectuados por el asegurado Perouene....solicita se designe Perito Contador el cual teniendo a la vista la documental obrante en la sede de La Segunda Coop Limitada de Seguros Generales se expidiera sobre los siguientes puntos: (...) 3.- Detalle el cronograma de pagos convenido para el pago de las cuotas de la prima de dicha póliza. 4- Indique que fecha operó el vencimiento de la segunda cuota de la prima. 5.- Indique que fecha se canceló por el asegurado la citada cuota. 6.- Especifique cuál fue el lapso de mora en que incurrió el asegurado....?.-

Y asimismo verifico que en el auto de apertura prueba, se proveen dichos puntos de pericia para ser evacuados en la pericial contable (fs. 206 ), sin haber instado la parte interesada la producción de los mismos.-

En consecuencia, más allá de encontrarme sustentada en el principio de dinámica probatoria, y de entender que, aún fuera de ese principio, se encontraba en cabeza de la Compañía Aseguradora, probar que los pagos de las cuotas de las primas del seguro ingresaron fuera de término. Es evidente, en atención a como fuera acompañada la prueba que se pretende hacer valer (copias simples sin valor legal) y el ofrecimiento de

prueba pericial contable por la propia Compañía citada a los fines de acreditar los pagos invocados y entre ellos, en especial, el que se aduce en forma extemporánea, que la oferente asumió además expresamente la carga de la prueba.-

A mayor abundamiento, ante la falta de evacuación de los puntos de pericia contable en cuestión (148 vta.) debió esa misma parte oferente instar a su contestación. No existiendo observación y/o impugnación de la pericia contable.-

La doctrina y la jurisprudencia mayoritariamente coinciden en que la carga de la prueba del contrato recae sobre el asegurado o el actor que cita de garantía; en cambio, las de las eximentes (por ej. causales de pérdida de eficacia como falta de pago de la prima por el asegurado), sobre la aseguradora. En virtud de lo expuesto, se rechazó la defensa invocada por la compañía relativa a que el seguro se encontraba impago al momento de producirse el siniestro, dado que, por tratarse de una eximente, la carga de la prueba pesaba sobre la aseguradora y esa prueba no se había producido. Asimismo, se dijo que ¿en caso de duda debe estarse a la interpretación más favorable al presunto asegurado, pues siendo el contrato de seguro de ubérrima buena fe, no les es dado a los aseguradores, empresarios de alta especialización en razón del objeto haciendal, permitirse la configuración de situaciones ambiguas, imprecisas u oscuras?. (ver S.C.J.M., causa n° 13-02123494-4 (012174-11248101), Caratulada: ¿Paraná Seguros S.A. En J° 116,691/26,315 Rojo Maria Florencia C/ Gustavo Malizia Bernia Y Mario Dante Malizia P/ D, Y P, P/ Recurso Ext. De Inconstitucionalidad?,13/05/2015 y jurisprudencia allí citada).-

Frente a la ausencia de producción probatoria de parte de la aseguradora, no puedo si quiera analizar la causal invocada para suspender la cobertura del siniestro, por lo que la declinación de la citación opuesta a fs. 139/140vta. debe rechazarse.-

En consecuencia no corresponde adentrarme en el estudio del planteo de inconstitucionalidad de las condiciones de la póliza, ni el carácter abusivo de las cláusulas a la luz de la ley de Defensa del Consumidor y demás consideraciones realizadas por la parte actora y demandada respectivamente tendientes a la admisibilidad de la cobertura, por no resultar necesario su dilucidación y aplicación para la resolución de la presente causa.-

Habiendo determinado previamente la responsabilidad civil de su asegurado Sr. Milton Elías Perouene, sobre los hechos de autos y no existiendo otro motivo opuesto para rechazar la cobertura a su favor, la citada en garantía La Segunda Coop Limitada de Seguros Generales debe responder en la medida del contrato de Segurao -Póliza N°

40268569- a favor del vehículo Ford F-100 STD 3.6 Dominio WZF 894.-

IX.- Por los fundamentos expuestos corresponde hacer lugar la demanda de fs. 63/72 vta. interpuesta por la Provincia de Río Negro-Ipross- y condenar al demandado Sr. Milton Elian Perouene y a la citada en garantía La Segunda Coop Limitada de Seguros Generales -en la medida de su cobertura (Art.18 de la ley de Seguros) a abonar en el plazo de 10 días la suma que oportunamente resulte de la liquidación aprobada a practicarse en la etapa de ejecución de sentencia, de conformidad a los parámetros establecidos, en concepto de gastos de atención médica asumidos por el Ipross a favor de su afiliada Sra. Norma María Fontana (art. 768 inc. 3 del Cód. Civil) calculados a la fecha de la presente, siendo que de ahí en más y hasta su efectivo pago devengará la tasa de interés de calculadora oficial del Poder Judicial o la que en lo sucesivo el S.T.J. Fije.-

X.- Que en cuanto a las costas del proceso, teniendo en cuenta que de la regla general se desprende que quien resulta vencido debe cargar con los gastos que debió realizar su contraria para obtener el reconocimiento de su derecho, atento el resultado del mismo, el principio objetivo de la derrota sentado en el art. 68 ap. 1 del C.Pr., corresponde imponerlas a la demandada y citada en garantía vencidas.-

En lo que refiere a los honorarios de los letrados, ante la inexistencia de monto base de la acción por cuanto se encuentra pendiente liquidación, se difieren hasta tanto existan pautas regulatorias (art. 24 L.A).-

Por todo lo hasta aquí expuesto,

RESUELVO:

I.- Hacer lugar a la demanda interpuesta a fs. 63/72 vta. por la Provincia de Río Negro (Instituto Provincial del Seguro de Salud -Ipross-) y condenar al demandado Sr. Milton Elian Perouene y a La Segunda Cooperativa Limitada de Seguros Generales -en la medida de su cobertura (art.18 de la ley de Seguros) a abonar en el plazo de 10 días la suma que oportunamente resulte de la liquidación aprobada a practicarse en la etapa de ejecución de sentencia, de conformidad a los parámetros establecidos, en concepto de gastos de atención médica asumidos por el Ipross a favor de su afiliada Sra. Norma María Fontana (art. 768 inc. 3 del Cód. Civil) calculados a la fecha de la presente, siendo que de ahí en más y hasta su efectivo pago devengará la tasa de interés de calculadora oficial del Poder Judicial o la que en lo sucesivo el S.T.J. fije.-

II. Imponer las costas a la demandada y citada en garantía (Conf. args. art. 68 CPCC) y diferir la regulación de honorarios para la oportunidad en que existan pautas para ello

(art. 24 L.A.)-

III.- Regístrese, protocolícese y notifíquese.-

MARIA GABRIELA TAMARIT  
JUEZ