

## Accidente De Transito Oponibilidad De La Franquicia Art 118 De Kak Et 17418

DOMINGO, 10 DE ENERO DE 2021

### JURISPRUDENCIA

Accidente de tránsito. Oponibilidad de la franquicia. Art. 118 de kak et 17418 En el marco de un juicio por daños y perjuicios, se modifica la resolución apelada en cuanto al monto que fija por gastos de traslados y médico farmacéutico, y en cuanto al alcance del seguro debiendo hacer extensiva la condena a la citada en garantía. //la Ciudad de Morón, Provincia de Buenos Aires, a los 16 días del mes de Marzo de 2017, reunidos en la Sala de Acuerdos del Tribunal, los Señores Jueces de la Excm. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, del Departamento Judicial de Morón, Doctores Felipe Augusto Ferrari y Roberto Camilo Jorda, para pronunciar sentencia en los autos caratulados: "PALLEIRO ELSA PILAR C/ AYALA RAMON ANTONIO Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJ. ESTADO (USO AUTOM.C/LES. O MUERTE)? C5-50118, habiéndose practicado el sorteo pertinente -art. 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires- resultó que debía observarse el siguiente orden: FERRARI-JORDA, manteniéndose tal integración en la Sala sin perjuicio de la nueva composición de la misma (Acuerdo Extraordinario Nro.806) a tenor de lo establecido en el Acuerdo extraordinario Nro 806 de este Excelentísimo Tribunal con relación a los expedientes en trámite a la fecha del cambio de autoridades, resolviéndose plantear y votar las siguientes: \_

CUESTIONES 1° ¿Es ajustada a derecho la resolución apelada? 2° ¿Que pronunciamiento corresponde dictar?

VOTACION A LA PRIMERA DE LAS CUESTIONES PROPUESTAS EL SEÑOR JUEZ DOCTOR FERRARI, dijo: I.- Antecedentes La Señora Juez Titular del Juzgado Civil y Comercial nro.5 de este Departamento Judicial, a fs. 453/461 resolvió hacer lugar a la demanda interpuesta por la actora y consecuencia de ello condenó a Empresa del Oeste S.A.T y Ramon Antonio Ayala a abonar a aquella la suma de \$261.000 en concepto de indemnización por daños y perjuicios con más los intereses establecidos en el considerando V de la resolución, haciendo extensiva la condena a Metropól Sociedad de Seguros Mutuos en su condición de aseguradora a la fecha del siniestro del rodado interviniente en el hecho. Impuso las costas del proceso a la parte accionada y difirió la regulación de honorarios de los profesionales intervinientes para el momento previsto por el art. 51 de la ley arancelaria.- Contra tal manera de decidir a fs. 464 los demandados y la citada en garantía por intermedio de su letrado apoderado interpusieron recurso de apelación; el mismo fue concedido libremente a fs. 465 y se fundó en esta Alzada con la expresión de agravios de fs. 480/496, replicada a fs. 502/503vta.- A fs. 505vta. y previo informe del Actuario, se llamó "AUTOS PARA SENTENCIA", providencia que encontrándose firme deja estas actuaciones en condiciones de ser resueltas.- II.- LAS QUEJAS.-

Los recurrentes direccionan sus quejas hacia la inexistencia del nexo causal entre los hechos narrados en autos y las lesiones sufridas por la actora. Y, en caso de no hacer lugar al primero de los reclamos, se agravan de los montos indemnizatorios otorgados por la sentenciante pretendiendo su reducción.- Asimismo traen quejas respecto del límite de cobertura de la Compañía aseguradora.- Para cada uno de los agravios los apelantes esgrimen una serie de argumentaciones a las que, en homenaje a la brevedad, me remito.- III.- LA SOLUCION DESDE LA OPTICA DEL SUSCRIPTO.- En orden a dar respuesta a la multiplicidad de temas que se someten a nuestro conocimiento y decisión, y en tanto las expresiones de agravios satisfacen las exigencias del art. 260 del ritual, iré fragmentando mi razonamiento y efectuando un abordaje metodológico de las quejas (art. 266 in fine del C.P.C.C.).- Aclaro, de todo comienzo, que no llega cuestionada la atribución de responsabilidad, sino que los agravios de las partes se circunscriben a los rubros resarcitorios y la tasa de interés.- Consecuentemente, y en lo que hace a los rubros resarcitorios, ha resuelto esta Sala en la causa nro. 53.797 (R.S. 159/2015), que: "la solución es la misma que en materia de responsabilidad: decía la Dra. Kimmelmajer de Carlucci -en la obra anteriormente citada- que el daño no es una consecuencia sino un elemento constitutivo del régimen de responsabilidad y esta es la razón por la cual rige la ley vigente al momento del hecho y no la posterior; señalando categóricamente que la mayoría de las reglas establecidas en los artículos 1708 y siguientes se aplican solo a los daños producidos después de Agosto de 2015 (KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, La aplicación, cit., p. 28 y 158). En el mismo sentido, ha explicado Moisset de Espanes que ?la obligación de resarcir es una relación jurídica que se establece entre la víctima y el responsable, en virtud de la ley, cuando se reúnen los requisitos o presupuestos de hecho necesarios para que ella se configure. Uno de los presupuestos básicos es el daño sin el cual no va a nacer la obligación de resarcir; queremos destacar, entonces, que el daño no es consecuencia de la relación jurídica de responsabilidad, sino que es causa constitutiva de esa relación. Para que nazca la obligación de resarcir es menester que se reúnan todos los presupuestos que la ley exige y, en especial, el daño? (MOISSET DE ESPANES, Luis, El daño moral y la irretroactividad de la ley, JA 1972 Serie Cont.-13, 352). Distinguiendo, con mucha claridad, efectos de consecuencias se ha dicho que efectos son las derivaciones necesarias de un hecho o acto; y que, por estar incorporados en él, se regirían siempre por la ley existente en el momento de su constitución (LAVALLE COBO, Jorge E., en

AA.VV., Código Civil y leyes complementarias, BELLUSCIO, Augusto C. (dir) - ZANNONI, Eduardo A. (coord), T 1, p. 21). En suma: para el juzgamiento de los montos resarcitorios vinculados con los daños producidos al momento de acontecer el hecho, corresponderá aplicar el ordenamiento jurídico vigente en aquella época".- Expuesto ello, podemos pasar al análisis de los agravios.- En primero lugar diré con respecto al nexo causal, que el mismo es la relación de causa a efecto; el hecho es la causa; el efecto los daños reclamados.- Cabe aclarar que una cosa es el "nexo causal", otra totalmente diferente "la responsabilidad"; aquel consiste en las consecuencias del hecho; la "responsabilidad" es la obligación de responder por dichas consecuencias ante el damnificado; ergo: puede existir "nexo causal" y no responsabilidad.- Por cierto, quien alega que un daño es consecuencia de un hecho determinado, debe demostrarlo; así lo ha venido señalando esta Sala desde antaño (causa nro. 27114 R.S. 222/91).- Así hemos dicho que es necesaria una conexión causal entre un acto y un resultado, y ello se registra cuando el primero ha contribuido al hecho de producir el segundo, o sea cuando ha sido una de las condiciones "sine qua non" de él y además debía normalmente producirlo de acuerdo con el orden natural y ordinario de las cosas -art. 901 del Cod. Civ-, y se agregaba allí que la investigación sobre el nexo entre la conducta y sus resultados es una cuestión de hecho, supeditada a la apreciación del juez quien debe establecer a través de los medios de prueba que se aporten, si la relación de causalidad ha existido o no, rigiéndose la carga probatoria de las normas procesales básicas -arts. 375 del C.P.C.C.-, importando en caso contrario, es decir que no lo logre- aún en supuestos en que pueda contar con una presunción de culpabilidad a su favor -que su reclamo indemnizatorio no podrá prosperar -causa 20.690, RS 40 del 22-3-88 de esa Sala, entre infinidad de otros-. Ello es relevante en materia de daños y perjuicios pues puede una persona acreditar padecimientos físicos o psíquicos, pero para pretender ser indemnizada por ellos debe demostrar, indispensablemente, que el hecho que narra (causa) fue el desencadenante de aquellos padecimientos (efecto); tal es la relación causal referida en el párrafo anterior, cuya existencia -insisto- es imprescindible para dinamizar las requeridas indemnizaciones.- Es del caso analizar si la actora demostró la aludida relación causal y para ello son idóneas las pruebas respecto de la atención inicial recibida por la víctima, la pericial tanto médica como psicológica y todos los restantes medios de prueba anejados a los autos.- Así tengo que a fs. 281/287 se encuentra agregada la pericia médica de la que extraigo que la Sra. Palleira se sometió al estudio el 6 de septiembre de 2007 donde refiere "el padecimiento de cervicalgia, lumbalgia y algias en tobillo derecho con limitaciones funcional..." "...limitación funcional cervical con rectificación de la lordosis fisiológica, limitación funcional de columna lumbar con radiculopatía crónica y limitación funcional de tobillo derecho con lesión osteocondral del escafoides, no hay constancias médicas obrantes en autos que permitan relacionarlas con certeza con el accidente motivo de litis.- Luego el perito sigue manifestando que no se puede responder si presentó esguince al momento del hecho, si presentó sinovitis posteriormente, si se pudo valerse por sí misma, si se efectuaron gastos de movilidad, por no haber constancias médicas.- No obstante refiere que las lesiones que sufre la actora son definitivas recomendando que la actora realice tratamiento de rehabilitación, tratamiento Kinésico cervical, lumbar y en tobillo derecho. Luego de ello, a fs. 298/vta. la parte actora solicita se amplíe el dictamen pericial por cuanto ahora sí se encuentran agregadas a la causa constancias médicas.- Así, a fs. 300/vta. el profesional auxiliar de la justicia determinó que -en base a la historia clínica traída por el Dr. Narvante Venturo y agregadas a la causa- se establece relación de causalidad entre las lesiones descriptas en el informe original y el hecho de autos. La impugnación efectuada por la demandada a fs. 304/306 no hace más que enumerar una serie de situaciones que no se han dado en autos para una incapacidad del 28.85%.- El perito médico contesta a ello que "atento a las constancias médicas... acreditan el padecimiento de los traumatismos referidos por la actora, su asistencia en fecha del evento traumático y posterior al mismo así como los tratamientos recibidos... el porcentaje de incapacidad asignado se halla avalado científicamente en mérito al examen físico, estudios complementarios consideraciones médicas y baremos enunciados en el informe original".- Agrego también que las constancias médicas obrantes a fs. 293/294 coincide con lo descripto en la constancia médica glosada a fs. 31 a la I.P.P. -que en este acto tengo a la vista- rubricada por el Dr. Narvante Venturo que refiere a las lesiones que la actora presentó después del accidente, por lo que no veo motivo para apartarme de ella.- Aclaro también que, al llegar al expediente las constancias de fs. 293/4, las quejas no plantearon ninguna cuestión a su respecto; claramente podían haber transitado la vía del art. 401 del CPCC, pero no lo hicieron.- Por lo demás, y en relación a los argumentos en los que se sostiene que aquellas constancias médicas no se ajustan a los recaudos que debe contener toda Historia Clínica, y si bien es cierto que las mismas están muy lejos de ajustarse a aquellos standards no menos cierto es que la misma se han colectado para determinar si, en las fechas concomitantes al hecho, la actora había sido -o no- médicamente atendida.- Y lo labrado por el profesional actuante (ajeno a este proceso) implica responder afirmativamente a tal interrogante; de allí la importancia de la eventual impugnación que, en los términos del art. 401 del ritual, podía haberse articulado y no se articuló.- Con todo ello soy de la idea que se encuentra probado en autos que las lesiones que padece la Sra. Elsa Palleiro son consecuencias directa del accidente que se ventila en autos.- Dicho esto me ocuparé de los montos indemnizatorios, comenzando por la incapacidad sobreviniente.- En la especie debemos recordar, antes que nada, que por incapacidad física sobreviniente debe entenderse toda disminución en la salud, que afecta a la víctima en sus

posibilidades laborativas y de relación, y que es consecuencia inmediata de la producción del accidente, prolongando sus efectos por cierto tiempo o en forma permanente.- A través del art. 89 del C. Penal y del art. 1.086 del C. Civil se tiende a tutelar como bien jurídico la integridad física en el más amplio sentido, como fundamental derecho a la personalidad.- El individuo tiene derecho a su integridad física, pues la salud y la citada integridad no son solo un bien jurídicamente tutelado, cuyo quebrantamiento (doloso o culposo) debe ser reparado, sino que, además, constituye un valor en cuya protección está interesado el orden público (el suscripto en causa de esta Sala n° 30.973 R.S. 389 bis/1.993, entre muchas otras).- Por otra parte esta Sala (causa 35.878, R.S. 354/96) ha señalado que al repararse una incapacidad sobreviniente el juez contempla las posibilidades o chances frustradas o cercenadas, según las cualidades personales del sujeto y que debe atenderse que las incapacidades no solo limitan las posibilidades de trabajo sino a todas las que pertenecen al área de actuación de la víctima.- Para su dimensionamiento la S.C.J.B.A. tiene dicho que "los Jueces deben individualizar y ponderar los elementos de juicio que sirven de base a su decisión....la fijación del resarcimiento por daños y perjuicios debe ser determinada en base a elementos objetivos que resulten de la causa, proporcionando los datos necesarios para que puedan ser reconstruidas las operaciones aritméticas que a tal fin se efectúen (Causas Schmidt, L 94556 del 10/IV/2010; Acosta, L 32113 del 7/VII/ 1985; Busto, L 41087 del 14/III/1989; Migliore, L 55802 del 14/XI/1995).- En función de lo dicho la Sala utiliza para dimensionar la incapacidad física, de antaño y hogaño, el método conocido como "calcul au point"(causas 33945, R,S 192/95; 37512, R.S. 302/97; 43.263, R.S. 194/01; C-6 49861).- Y en tal orden de razonamientos el calcul au point consiste en asignar a cada punto porcentual de incapacidad física informado por la pericia un determinado valor dinerario; no implica atarse fatalmente a tal cálculo sino, lo reitero, partir de una base objetiva y adecuarla a las diferentes circunstancias de cada caso que se plantea.- Actualmente, el valor referencial que se adopta -de acuerdo a las circunstancias económicas imperantes- es de \$13.000 (esta sala en causa 56.382 R.S. 2/2017).- En el caso, tenemos que la actora -al entablar su demanda- relató una serie de perjuicios físicos y postuló que, en base a los mismos, se había originado una incapacidad sobreviniente (ver fs. 8/22), lo que fue negado por la contraria al replicarla (ver fs. 34/55 vta. y fs. 63/64).- Sentado ello, es hora de pasar al análisis de las pruebas allegadas a la causa.- Y analizaré con relación a ello el dictamen pericial médico obrante a fs. 281/287 y sus explicaciones de fs. 300/vta. y fs. 311/vta.- Se desprende del dictamen médico que ha efectuado como resultado de un exhaustivo análisis de los elementos propios necesarios... se permite decir que en referencia a lo aportado por la historia clínica, el examen clínico efectuado y lo informado por los estudios complementarios, considera procedente dictaminar una incapacidad física parcial y permanente de 28,85% la T.V. que se discrimina de la siguiente manera: 10% por la limitación funcional del tobillo derecho con compromiso neurogeno a nivel del tarso y lesión osteocondral del escafoides; 8% de la capacidad restante, o sea 7,20% por el compromiso funcional cervical con rectificación de la lordosis; 7% de la capacidad restante, o sea de 5,80% por la limitación funcional de la columna lumbar y del 5% de la capacidad restante, o sea del 3,85% por la limitación funcional de cadera derecha.- De las probanzas de autos podemos advertir que la Sra. Palleiro fue atendida por el Dr. Narvarte Venturo con fecha 14/04/03 por politraumatismo, traumatismo de columna cervical, lumbar y tobillo derecho, le efectuaron estudios radiológicos de columna cadera y tobillo derecho, curaciones e indicación de inmovilización con collar de Philadelphia, tratamiento analgesico, antiinflamatorios y control"; el 16/04/03 control por dolor en cuello mareos se efectúan radiografías de tobillo y columna lumbar, analgesicos, bolsa de hielo y reposo; el 18/04 contractura muscular, inflamación y esguince de tobillo, continua con collar; el 20/04 cefaleas, mareos inmovilización fisiokinesioterapia. Con posterioridad presentó sinovitis.- Así las cosas no existiendo elementos objetivos que contradigan las conclusiones pericial (arts. 384 y 474 del C.P.C.C.), no veo razón ni fundamento alguno para apartarme de la pericia antes aludida.- Sentado ello y circunscripto así el menoscabo incapacitante resarcible en autos, debemos conjugarlo con las circunstancias personales de la víctima: sexo femenino, 54 años al momento del evento dañoso, madre de cuatro hijos, viuda, trabajando de auxiliar de portería en un colegio -ver fs. 28 de la IPP y y fs. 199/vta.-, y las condiciones que surgen del beneficio de litigar sin gastos que en este acto tengo a la vista.- Quede en claro que, para opinar como lo hago, no estoy perdiendo de vista los reconocimientos de los que nos hablan las apelantes en sus agravios, al absolver posiciones la actora; empero, debe tenerse en cuenta -también- que dichos reconocimientos se relacionan con lo vivenciado hasta allí por la reclamante, y la incapacidad informada pericialmente tiene carácter de permanente (es decir, la acompañará por el resto de su existencia), con lo cual la cuestión no puede observarse, solamente, desde la estrecha mirilla del eventual perjuicio económico sufrido hasta ese momento sino desde la mas amplia visión del menoscabo físico instalado de manera permanente (cfe. esta Sala en causa nro. 7137 R.S. 204/15, entre otras).- Entiendo, entonces, que la suma fijada -en base a todo lo expuesto y teniendo en cuenta las pautas de tarificación económica ya enunciadas- no se perfila elevada, y por ello promoveré su confirmación.- Con relación a los gastos de tratamiento, el Auxiliar de justicia dictaminó que las lesiones que presenta la actora son definitivas no pudiendo realizar prácticas deportivas tales como ciclismo, largas caminatas y aquellos que exista roce físico y recomienda que la actora realice tratamiento kinésico cervical, lumbar y en tobillo derecho, 3 sesiones por semana por un lapso de tres meses, estimando un costo de \$60 pesos y no existiendo motivo alguno para apartarme de ello, siendo escasos los

argumentos traídos por el recurrente en su memorial de agravios donde sólo se limita a enfatizar su descontento con el fallo sin realizar una crítica razonada del mismo, propongo la confirmación del rubro en cuestión.- Sentado ello, debemos proseguir con la faceta psíquica.- Siendo menester señalar que el daño psicológico es la lesión del funcionamiento cerebral; las alteraciones o secuelas en dicha esfera, sean totales o parciales, son indemnizables cuando deriven en una incapacidad, pues toda disminución de la integridad humana es materia de obligado resarcimiento, dentro del cuál debe incluirse a la merma de las aptitudes psíquicas del individuo, lo que por sí constituye un daño resarcible (entre otras: c. 28.511, R.S. 89/92).- La experta en su dictamen obrante a fs. 281/287 apoyándose en el psicodiagnóstico de fs. 267/279, nos habla del daño psíquico de la actora el cual corresponde a un cuadro de neurosis de angustia en periodo de estado moderado que siguiendo los lineamientos de los baremos se determina el padecimiento de una incapacidad parcial y permanente del 10% como consecuencia del accidente.- Dicho porcentaje de incapacidad psíquica se desprende de la utilización de las técnicas proyectivas y de los resultados arrojados por las mismas.- Y, con relación al tratamiento el perito dictaminó que se sugiere pronto inicio de psicoterapia individual con el objetivo de evitar agravamiento del presente cuadro psicoclínico, A tal fin se recomienda que la misma no debiera ser inferior lapso de 18 meses con frecuencia bisemanal estimando cada sesión en \$90. Consecuentemente, teniendo en cuenta las ya reseñadas circunstancias personales de la accionante, como así también el porcentual de incapacidad pericialmente referenciado (computado según el método de la incapacidad residual), entiendo que -por el aspecto psíquico de la incapacidad permanente y su tratamiento- debería confirmarse la suma fijada por la sentenciante al no resultar la misma excesiva.- Me referiré, ahora, al daño moral.- Abordando el punto debo recordar que desde esta alzada hemos venido sosteniendo reiteradamente, que si se hubieran acreditado que por la ocasión del hecho dañoso se le produjeron a la víctima lesiones físicas, el daño moral se tiene probado "re ipsa" al decir de Orgaz y que en atención a lo especificado precedentemente y las conclusiones periciales se tuvieron por demostradas las lesiones padecidas por las víctimas a raíz del hecho dañoso.- En lo que hace al monto indemnizatorio fijado por tal concepto, cabe recordar que hemos destacado (ver entre otras, causa 43.370 R.S. 317/02) que el daño moral resulta de una lesión a los sentimientos, en el padecimiento y las angustias sufridas, molestias, amarguras, repercusión espiritual, producidos en los valores más íntimos de un ser humano; que, probado el daño, el monto de la indemnización ha sido deferida por la ley al soberano criterio del Juez, y éste -a falta de pautas concretas resultantes de las constancias del proceso- ha de remitirse a sus propias máximas de experiencia (conf. entre otros: S.C.B.A., Ac. y Sent., 1992, t. I., pág. 99; 1974, t. I., pág. 315; 1975, pág. 187; ésta Sala en causas 21.247, R.S. 128 del 3/8/88, idem causa 21.946, R.S. 192 del 9/8/88, causa 29.574, R.S. 45 del 9/3/93).- Ahora bien, de las probanzas de autos surge nítidamente el daño sufrido por la víctima, la incapacidad parcial y permanente, como así también el daño psicológico; no es un dato menor que la Sra. Palleiro de 54 años de edad al momento del hecho dañoso, es viuda madre de cuatro hijos, y su compleja situación económica -ver fs. 38 vta. del B.L.S.G.- Por todo ello, y de acuerdo con la totalidad de los elementos que hemos analizado, las características del hecho y las lesiones padecidas por la víctima, los tratamientos a los que debió someterse, sus circunstancias personales ya reseñadas, ponderando las secuelas que les han quedado, y las demás razones ya expuestas, soy de la opinión que el rubro daño moral ha de confirmarse rechazándose los agravios en tal sentido.- Por gastos médicos, farmacéuticos, de traslado y farmacológicos, la Sra. Juez de grado cuantifico el rubro en la suma de \$3.000.- En primer termino debo recordar que los gastos por tratamientos médicos, farmacéuticos, traslados y erogaciones análogas, deben ser reparados aun sin haberse demostrado documentadamente su existencia; pero ese concepto dista mucho de ser absoluto y de resultar una graciosa concesión de los jueces, sino que encuentra su fundamento en la naturaleza del perjuicio que hace sumamente dificultosa su prueba, y en la correlación entre los gastos realizados y las lesiones experimentadas, tiempo de curación, secuelas y carácter de ellas, y todo ello sí debe ser probado, no pudiendo derivar solamente de la voluntad o comodidad de la víctima o sus familiares.- Es menester referir que ha dicho esta Sala, con anterioridad, que corresponde presumir las erogaciones por tal concepto a cargo de la víctima aunque no esté demostrado cabalmente su importe -S.C.B.A., T 117, pág. 127- (Conf. Causas de esta Sala N° 20.745, R.S. 63/88; N° 24.973 R.S. 165/90; N° 41.649, R.S. 607/99).- También se ha sustentado que cuando se pretende un mayor resarcimiento que el prudente, deben aportarse las pruebas necesarias que justifiquen mayores erogaciones, conforme lo prescribe el art. 375 del Código Procesal (esta Sala en causa 43.617, R.S. 241/01).- Ahora, la parte actora reclamó en su demanda la suma de \$1.500 (ver fs. 16/vta.); y quede en claro que, por la etiología del rubro, el mismo comprende a los gastos ya realizados (no los futuros).- Luego, si la actora dijo haber gastado dicha suma, y por mas que hubiera supeditado su reclamo a lo que en mas o en menos surgiera de la prueba, aquí el problema es de afirmación: no puede condenarse a pagar mas de lo que la propia actora dijo que sufragó.- Por aplicación de tales conceptos, entiendo que el rubro debe reducirse a la suma de \$1.500 (un mil quinientos pesos).- Queda por tratar las quejas tocantes al límite de cobertura.- La sentenciante de grado hizo extensiva la condena a Metropol Sociedad de Seguros Mutuos, generando de esta manera las quejas traídas, por cuanto debía ser eximida de pagar el monto de la franquicia contratada.- La doctrina nacional más autorizada y también la jurisprudencia han entendido que el art. 118 de la Ley de Seguro 17.418 ha sentado el

principio de que cuando el asegurador ha sido traído a un proceso judicial a través de una citación en garantía, su obligación de indemnizar es en la medida del seguro y que al reclamante le podrá oponer todas las defensas, excepciones y limitaciones que tenía contra el asegurado y que existían con anterioridad al siniestro (Conf. Halperin Morandi, Seguros, p. 683).- El seguro de responsabilidad civil protege la integridad del patrimonio del asegurado por lo tanto la obligación del asegurador es mantener indemne al asegurado frente al reclamo de terceros y no se trata de un seguro en favor de un tercero, sin perjuicio de los derechos que le confiere a este último el art. 118.- Las obligaciones que se atribuyen al asegurador no deben serle impuestas más allá de los términos pactados en la póliza, pues la misma ley 17418 establece que el contrato es fuente de sus obligaciones y que en dicho instrumento se determinan los alcances y límites de la garantía debida (arg. arts 109 y 118 apartado tercero de la ley 17418).- Así, la franquicia está legalmente prevista opera como un límite consistente en una fracción del riesgo no cubierta, por la cuál el asegurado debe participar en cada acontecimiento dañoso cubierto por la póliza con un importe obligatorio. Tal limitación del riesgo y la franquicia, según el juez Lorenzetti, resulta razonable, porque nadie dispondría de un capital para asegurar si no conoce cuál es la responsabilidad que asume, marcando que el aseguramiento se fundamenta en un cálculo de probabilidades, exigiendo un estudio estadístico de cuántos accidentes ocurren, capitalizándose además el texto del art. 118 de la ley de seguro que establece que la condena contra el responsable será ejecutable en la medida del seguro, con lo que existiendo la cláusula de la franquicia pactada contractualmente entre la compañía y el asegurado, por la cuál se pone límite al riesgo cubierto de acuerdo con la normativa legal prevista, ello conduce a concluir que el descubierto obligatorio es oponible al tercero damnificado y que la sentencia no podrá ser ejecutada contra la aseguradora sino en los límites de la contratación (Cám.Civ.Com. San Martín Sala II causa nro. 70816 8 RSD-134/16 S 07/07/2016) Tiene dicho la Suprema Corte que al tercero damnificado le son oponibles todas las cláusulas, aun aquéllas que restrinjan o eliminen la garantía de indemnidad, sin distinguir la naturaleza que éstas pudieran tener (conf. causas Ac. 38.173, sent. del 3-XI-87 en "Acuerdos y Sentencias", 1987-IV-571; Ac. 39.415, sent. del 27-XII-88 en "Acuerdos y Sentencias", 1988-IV-635); y también que ello es así por que al prescribir el art. 118 de la ley 17.418 que "... la sentencia que se dicte hará cosa juzgada respecto del asegurado y será ejecutable contra él en la medida del seguro", quiere significar que el tercero está subordinado, le son oponibles, lo afectan, o se encuentra enmarcado por determinadas estipulaciones contractuales, aún cuando haya sido ajeno a la celebración del pacto (conf. causas Ac. 33.329 y Ac. 34.388, sents. del 5-XI-85 en "Acuerdos y Sentencias", 1985-III-363 y 373; Ac. 38.748, sent. del 1-III-88 en "Acuerdos y Sentencias", 1988-I-217; Ac. 39.447, sent. del 6-IX-88 en "Acuerdos y Sentencias", 1988-III-237; Ac. 40.329, sent. del 19-IX-89 en "Acuerdos y Sentencias", 1989).- Conviene enfatizar que la obligación que pesa en cabeza de la aseguradora es la mantener indemne al asegurado por cuanto deba a un tercero. Es de decir que se encuentra compelida a resarcir el daño que su co-contratante hubiera provocado; mas dicho imperativo tiene como límite cuantitativo la suma asegurada objeto del contrato; a menos que -lo que cabe enfatizar no acontece en autos- se hubiese pactado lo contrario (arg. artículos 61, 109 118 y concordantes de la ley 17.418).- Va de suyo entonces que extender la condena más allá del límite fijado en el contrato de seguro implica desplazar oficiosamente los alcances de la voluntad de obligarse expresada por los firmantes del contrato, reformulándolo de un modo tal que la citada en garantía deviene obligada a abonar un importe que no tuvo una contrapartida prestacional por el asegurado; lo que conlleva, en definitiva, la consagración de un enriquecimiento sin causa a favor de éste último (arg. artículos 499, 1197 y concordantes del Código Civil).- Por otra parte no puede perderse de vista que la virtualidad del límite de la cobertura encuentra su razón de ser en la lógica económica de la empresa asegurativa. Es que existe una relación de equivalencia, actuarialmente calculada, entre el precio del seguro y el riesgo que se asegura; conformándose una suerte de entramado entre el universo de asegurados y la empresa de manera que-a mérito de la interrelación existente entre todos los vínculos contractuales- soslayar el límite de la cobertura en un caso repercute negativamente en la potencialidad de satisfacción de la obligación de indemnidad de los otros siniestros.- Por tal motivo es que, a mi criterio, la función social que debe cumplir el seguro y el hecho de que el acceso a una reparación integral de los daños sufridos por las víctimas de accidentes de tránsito constituye un principio constitucional que debe ser tutelado, no implica que deban repararse todos los daños producidos al tercero víctima sin consideración a las pautas del contrato que se invoca. El que, en consecuencia, le es oponible en todas sus cláusulas -incluida la que restrinjan la garantía de indemnidad- sin distinguir la naturaleza que éstas pudieran tener (conf. doctrina sentada por la CSJN Fallos 334:988; 339:327; SCBA causas Ac. 38.173, 39.415, entre varias otras; ver López Saavedra; Domingo -Meilij, Gustavo, "Problemáticas del seguro", L.L. 2013-A-508; Stiglitz, Rubén S- Compiani, María Fabiana. "La suma asegurada como límite de la obligación del asegurador", L.L. 2015-F- 429)" (esta Sala en causa nro. Mo-18739-2012 R.S. 10/2017).- Aplicando tales conceptos al caso concreto de autos soy de la idea que se debería receptar los agravios traídos por la quejosa debiendo modificar la resolución en crisis y hacer extensiva la condena a Metropól Sociedad de Seguros Mutuos en la medida del seguro.- Finalmente, y habiendo dado respuesta a los agravios, cabe decir que -respecto a las costas de Alzada- las mismas deberán ser impuestas de la siguiente manera: 90% a la demandada y citada en garantía y 10% a la actora; ello por el resultado de la resolución y

el éxito recursivo solo parcial (art. 68 del C.P.C.C.)- Por los fundamentos expuestos votando la cuestión en debate lo hago **PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA.** A LA PRIMERA CUESTION EL SEÑOR JUEZ Dr. JORDA dijo: Adhiero en un todo al voto que antecede, no sin hacer alguna aclaración conceptual solo en lo que hace a la tarificación del monto resarcitorio para el reclamo incapacidad sobreviniente.- He venido sosteniendo (véase mi voto en causa de la Sala I nro. 57.137 R.S. 5/2010) que la cuantificación de la incapacidad no puede sujetarse a apreciaciones abstractas o de cualquier índole dogmática, exponiendo que -en mi parecer- debe descartarse la aplicación mecánica de formulas matemáticas o actuariales.- Allí también dejé aclarado que los porcentajes de incapacidad constituyen un elemento a considerar entre una multiplicidad de variables tales como la edad, el sexo, la actividad, la magnitud de la minusvalía confrontada en el contexto de las peculiaridades del sujeto damnificado.- Concretando: ni debemos tarificar montos mecánica o matemáticamente (multiplicando porcentajes de incapacidad por cierta cantidad dineraria) ni tampoco debemos (ni podemos) abstraernos de los porcentuales de incapacidad informados pericialmente (que, por su especificidad técnica, nos acercan a la real entidad del perjuicio, cfe. arts. 384, 472 y 474 del C.P.C.C.)- Es necesario conjugarlo todo, teniendo como norte el principio de reparación integral (art. 1083 del Código Civil) en el contexto de las específicas circunstancias de cada supuesto que tengamos para decidir (art. 171 in fine Const. Pcial.)- Sobre tal plataforma conceptual, y ya en lo que hace específicamente a este caso concreto, comulgo con el voto que precede en cuanto a la cuantificación de los montos resarcitorios.- Ello así en tanto y en cuanto el colega que ha votado en primer término, si bien ha tenido en cuenta el porcentual de incapacidad ha articulado tal parámetro con las restantes circunstancias del caso (edad, sexo, magnitud del daño).- Es cierto que el Dr. Ferrari menciona el sistema del "calcul aun point", pero no lo es menos que se ocupa de advertir que ello de ninguna manera implica someterse a cálculos materiales, infranqueables sino establecer una pauta que se debe adecuar a las cambiantes circunstancias de cada caso (de hecho, advierto que las sumas a las que llega lejos están de multiplicar los porcentajes de incapacidad por un monto determinado). Asimismo la variación del valor referencial por punto de incapacidad a la que alude el distinguido Colega-el que la Sala II en su actual composición ha adoptado-no resulta determinante en el caso específico de autos en tanto y en cuanto, como se enfatizara, el monto fijado lejos se encuentra de configurar un mero cálculo matemático.- Luego y en tanto -a mi modo de ver- el monto fijado-concretamente confirmado- se ajusta a la entidad del perjuicio comprobado mediante los elementos de juicio que ha ponderado mi colega (en análisis que comparto), adhiero a su propuesta en cuanto a la cuantía del resarcimiento en concepto de incapacidad sobreviniente que indica en su voto.- Con tal aclaración conceptual atinente a la cuantificación del importe resarcitorio por el rubro precitado, compartiendo todos los restantes aspectos del voto anterior por sus mismos fundamentos, adhiero al mismo dando el mío y voto **PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA.** A LA SEGUNDA CUESTION EL SEÑOR JUEZ Dr. FERRARI dijo: Si mi colega de integración comparte el primer voto deberá modificarse la resolución apelada en cuanto al monto que fija por gastos de traslados y médico farmacéutico, que deberá reducirse a la suma de \$1.500 (un mil quinientos pesos) y en cuanto al alcance del seguro debiendo hacer extensiva la condena a Metropol Sociedad de Seguros Mutuos en la medida del seguro; confirmándola en lo demás que decide y ha sido materia de agravio.- Las costas de Alzada serán impuestas 90% a la demandada y citada en garantía y un 10% a la actora atento el éxito solo parcial del recurso (arts. 68 y 71 del C.P.C.C.)- Así lo voto A la misma cuestión, el Señor Juez Doctor JORDA, por iguales consideraciones y fundamentos a los expuestos precedentemente, adhiere votando en el mismo sentido que el Señor Juez Dr. Ferrari.- Con lo que terminó el Acuerdo, dictándose la siguiente: **SENTENCIA AUTOS Y VISTOS: CONSIDERANDO:** Conforme al resultado obtenido en la votación que instruye el Acuerdo que antecede, **SE MODIFICA** la resolución apelada en cuanto al monto que fija por gastos de traslados y médico farmacéutico, que **SE REDUCE** a la suma de \$1.500 (un mil quinientos pesos) y en cuanto al alcance del seguro debiendo hacer extensiva la condena a Metropol Sociedad de Seguros Mutuos en la medida del seguro; confirmándola en lo demás que decide y ha sido materia de agravio.- Costas de Alzada en un 90% a la demandada y citada en garantía y un 10% a la actora atento el éxito solo parcial del recurso (arts. 68 y 71 del C.P.C.C.)- **SE DIFIERE** la regulación de honorarios para su oportunidad (arts. 31 y 51 del Dec. Ley 8.904/77).- **REGISTRESE. NOTIFIQUESE. DEVUELVA.**

015913E