

## Seguro Automotor Accidente De Transito Rechazo Del Siniestro

### JURISPRUDENCIA

### Seguro automotor. Accidente de tránsito. Rechazo del siniestro

Se confirma el fallo que hizo lugar a la demanda, pues el plazo del art. 56 de la L.S. comprende todos los supuestos de exclusión de cobertura y la citada en garantía debió saber o presumir que el damnificado era hijo de un socio gerente de la empresa asegurada al tomar conocimiento de la causa penal, y haciendo uso de las facultades que acuerda dicha ley debió pedir información complementaria para esclarecer el tema; no habiéndolo hecho, corrió inexorablemente el plazo de la norma referida, debiendo interpretarse su silencio como aceptación de la cobertura del siniestro.

En la ciudad de Mercedes, Provincia de Buenos Aires, a los 2 días del mes de Agosto de 2018, se reúnen en Acuerdo Ordinario los señores Jueces de la Sala I de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial Mercedes de la Pcia. de Buenos Aires, Dres. EMILIO ARMANDO IBARLUCIA Y ROBERTO ANGEL BAGATTIN, con la presencia de la Secretaria actuante, para dictar sentencia en el Expte. N° SI-116880, en los autos: ?GARRALDA MARCELO FABIAN C/ ESPACIOS VERDES DEL OESTE SRL Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJ.POR USO AUTOMOT.(C/LES.O MUERTE)(SIN RESP. EST.)?.- La Cámara resolvió votar las siguientes cuestiones esenciales de acuerdo con los arts. 168 de la Constitución Provincial y 266 del C.P.C.- 1ª.) ¿Es justa la sentencia apelada? 2ª.) ¿Que pronunciamiento corresponde dictar? Practicado el sorteo de ley dio el siguiente resultado para la votación: Dres. Emilio A. Ibarlucía y Roberto A. Bagattin.- VOTACION A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA, el señor juez Dr. Emilio A. Ibarlucía dijo: I.- La sentencia de fs. 856/98 es apelada por la actora, la demandada y la citada en garantía, quienes expresan agravios a fs. 920/21, 918/19 y 937/42 respectivamente, siendo estos últimos respondidos por el actor a fs. 937/41, y los de los demandados por la citada en garantía a fs. 942/43. II.- 1.- El sr. Marcelo Fabián Garralda promovió demanda contra Espacios Verdes del Oeste S.R.L. y los sucesores del sr. Fernando Suárez por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del accidente de tránsito ocurrido el día 28/09/05 a la altura del km. 116 de la ruta 41 en San Miguel del Monte. Pidió la citación en garantía de Mapfre Argentina de Seguros S.A. Dijo que el día indicado era transportado en una camioneta propiedad de la empresa demandada, conducida por Fernando Suárez, cuando, al llegar a la curva existente en el km. 116 de la ruta 41, el vehículo continuó su trayectoria en línea recta y descarriló hacia la banquina dando sucesivos vuelcos. El conductor y otro transportado fallecieron y el actor sufrió múltiples lesiones, por lo cual fue trasladado al Hospital de San Miguel del Monte en estado de coma y lo intervinieron quirúrgicamente. Continuó diciendo que luego fue trasladado al Hospital Alemán de la Ciudad de Buenos Aires, donde estuvo veinte días en terapia intensiva y fue sometido a varias operaciones. Después de ser dado de alto se le hicieron distintos tratamientos pero le quedaron secuelas irreversibles. Fundó la responsabilidad de los accionados en la doctrina del transporte benévolo, con aplicación del art. 1113 2do. párr. del C.C. Pidió indemnización por incapacidad sobreviniente, daño moral, daño psíquico, tratamiento psicoterapéutico, gastos médicos y de farmacia, gastos de traslado y lucro cesante. 2.- Espacios Verdes del Oeste S.A. fue declarada rebelde (fs. 247). 3.- Mapfre Argentina Seguros S.A. contestó la citación en garantía. Opuso en primer lugar excepción de falta de legitimación pasiva, fundada en la falta de cobertura del riesgo porque las Condiciones Generales de la póliza contratada con Espacios Verdes S.A. establecían que el asegurador no debía cubrir los daños sufridos por el cónyuge y los parientes del asegurado o del conductor hasta el tercer grado de consaguinidad o afinidad, aclarando: ?(en el caso de las sociedades de los directivos)?. En el caso - alegó - el actor era hijo del sr. Reynaldo Oscar Garralda, socio gerente de la empresa demandada. Por ende, sostuvo que la compañía nunca había extendido cobertura por los daños que pudiera sufrir el actor, por lo que era un caso de ?no seguro?, citando jurisprudencia y doctrina al respecto. A todo evento, teniendo en cuenta que había tomado conocimiento del hecho con el traslado de la demanda, rechazó la cobertura del siniestro de acuerdo a lo estipulado por el art. 56 de la ley 17.418. No obstante, aclaró que dicha norma no comprendía a las circunstancias excluidas de la cobertura (riesgos no asegurados, suspensión de cobertura), sino que sólo se refería a situaciones ?ab initio? alcanzadas por la ?zona de cobertura?. Subsidiariamente contestó la demanda con una negativa pormenorizada de los hechos relatados en la misma. Cuestionó la procedencia y cuantía de los rubros indemnizatorios reclamados. 4.- Espontáneamente se presentó por medio de apoderado Espacios Verdes del Oeste S.A. pidiendo el cese de la rebeldía y denunció el obrar malicioso de Mapfre Cía. de Seguros ya que, al recibir la cédula de traslado de la demanda, se la entregaron en sus oficinas, al tiempo que le informaron el nuevo domicilio y teléfono de contacto, pese a lo cual nunca se comunicaron. Continuó diciendo que al no contestar la demanda, Mapfre había incumplido la cláusula de la póliza sobre la obligación de asumir la ?defensa civil?. Dijo que en ningún momento Mapfre rechazó la cobertura en los términos del art. 56 de la LS, ya que dos días después del siniestro la empresa lo denunció a la compañía - diciendo quiénes eran los terceros transportados -, sin que fuera rechazada la cobertura. Solamente envió el 11/10/05 y el 15/11/05 dos cartas documento haciendo saber que

suspendían el plazo del art. 56 de la LS hasta tanto pudieran examinar las actuaciones de la causa penal para verificar las circunstancias del accidente y concretamente las pericias accidentológica y alcoholométrica. Luego de un largo silencio - continuó - la empresa fue citada a la audiencia de mediación obligatoria el 13/03/07, por lo que se contactaron con Mapfre, recibiendo como contestación que no hacía falta que concurrieran dado que ellos también habían recibido la citación. Según las actas de medicación del 13/03 y 11/04/07 la apoderada de la aseguradora concurrió a las audiencias y no se llegó a ningún acuerdo. En conclusión sostuvo que no era cierto que la citada en garantía hubiera tomado conocimiento del hecho con la notificación de la demanda. Contestando concretamente la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta, reconoció que el actor era hijo de los socios gerentes de Espacios Verdes del Oeste S.R.L. pero que nunca se ocultó. Alegó que era el primer anuncio que la empresa tenía sobre la invocación por Mapfre de la exclusión de cobertura pretendida. Dijo que de toda la información que le proporcionara y de la causa penal surgía que la aseguradora sabía del vínculo filial en cuestión, o, en todo caso, podía recabar información haciendo uso del art. 46 de la LS. Por consiguiente, debió la compañía rechazar la cobertura en el plazo del art. 56 de la misma ley. Adujo también que la aseguradora no había acompañado la póliza cuyas cláusulas intentaba oponer, y que no podía alegar que se hallaba en manos de la asegurada dado que podía acompañar un duplicado de la misma de acuerdo a los arts. 11 y 12 de la ley 17.418. Sin perjuicio de ello, opuso la invalidez e inoponibilidad de la cláusula contenida en el Capítulo A - Segunda Parte - ?Exclusiones a la cobertura para responsabilidad civil?, cláusula 4, Punto III, Apartado h.I de las Condiciones Generales (aclarando que nunca le había sido entregado) sobre la base de que era muy extensa y que implicaba una falta de cobertura para todos los socios de la persona jurídica que ningún vínculo tuvieran con el accidentado. Sostuvo que alteraba el principio de buena fe, sobre todo si se tenía en cuenta la posición dominante que tenía la aseguradora en la relación jurídica y violaba la garantía de indemnidad del art. 109 de la L.S., así como la función social del seguro de responsabilidad civil. Por último, adujo que la cláusula era abusiva porque violentaba el marco legal de los arts. 37 y 39 de la ley 24.240.

5.- Corrido traslado de la documentación, Mapfre reconoció que la empresa le entregó la cédula con la demanda que recibiera pero negó que no le haya notificado la exclusión de cobertura. Dijo que le remitió tres cartas documentos (que adjuntó) a tres domicilios distintos que fueron devueltas por el correo, la última al domicilio que la demandada decía haber denunciado. Acompañó copias de la póliza y de las condiciones generales y particulares.

6.- Esa documentación fue negada por la demandada, quien alegó que de ninguna surgía que hubieran sido devueltas por negativa a ser recibidas. Igualmente, dijo que las cartas documento habían sido enviadas seis días después de entregada la cédula, o sea incumplido el plazo de la cláusula 4ta. de la póliza (dos días) y que en ninguna se mencionaba la causa por la cual se rechazaba la cobertura.

7.- La actora contestó la excepción de falta de legitimación pasiva, expresando que la aseguradora no había rechazado la cobertura en el plazo del art 56 de la L.S., que la había reconocido por actos expresos y tácitos y que la cláusula invocada era nula por abusiva y contraria a la naturaleza del contrato de seguro. Dijo que Garralda se había presentado en la causa penal en 2006, que Mapfre había participado en dos mediaciones y que el contenido de las cartas documento era oscuro y carente de fundamentación jurídica. Alegó también la nulidad de la cláusula por abusiva.

8.- El Juzgado corrió traslado de la nulidad, a lo que Mapfre contestó que no tenía obligación de rechazar el siniestro en el plazo del art. 56 de la L.S. y que la actividad aseguradora no encuadraba en la LDC.

9.- La actora desistió de la demanda contra los sucesores de Suárez.

10.- Se dirigió el tratamiento de la nulidad articulada para el momento de la sentencia y se abrieron los autos a prueba.

III.- Sentencia. La jueza trató en primer lugar la excepción de falta de legitimación pasiva basada en la exclusión de cobertura y rechazó la misma, con costas. Dijo al respecto que la demandada había negado la recepción de las cartas documento y que no se había producido la prueba informativa al Correo. Por lo tanto, sostuvo que la pretensión de no seguro articulada era extemporánea por aplicación del plazo del art. 56 de la L.S. dado que la aseguradora había tomado conocimiento del reclamo antes del traslado de la demanda y en el mejor de los casos en la audiencia de mediación. Agregó que debía primar la buena fe y que la aseguradora estaba en mejores condiciones de expedirse mediante una notificación fehaciente sobre el rechazo de la cobertura, y que además no se produjo prueba sobre las cláusulas de las condiciones generales de la póliza librándose el oficio a la S.S.N. Por último dijo que el rechazo por exclusión por parentesco era contradictorio con la suspensión alegada anteriormente por la compañía basada en una eventual culpa grave del conductor. En cuanto a la responsabilidad por el accidente, dijo que era aplicable la doctrina del transporte benévolo y por ende el art. 1113 2do. párr. ?in fine? del C.C. y luego de analizar las circunstancias del accidente, hizo lugar a la demanda, con costas, fijando los siguientes montos indemnizatorios: 1) \$ 850.000 por incapacidad sobreviniente; 2) \$ 500.000 por daño moral; 3) \$ 6.000 por tratamiento terapéutico; 4) \$ 4.000 por gastos médicos y de farmacia; 5) \$ 40.000 por lucro cesante. En todos los casos más intereses desde la fecha del hecho hasta el efectivo pago. Rechazó lo pedido por daño psíquico por no considerarlo autónomo y también lo reclamado por pérdida de chance.

IV.- Agravios. 1.- En primer lugar se agravia la demandada de que no está claro en la sentencia si se condena a la aseguradora a hacerse cargo de las costas por la defensa que debió asumir su parte por no hacerlo aquella, lo que pide que se subsane. 2.- El actor, luego de recordar las graves lesiones, tratamientos y operaciones padecidas, se

agravia en primer lugar del rechazo como autónomo del daño psíquico, solicitando que, en su caso, sea incluido dentro de la incapacidad física o del daño moral. Pide que se eleve a \$ 26.400 lo fijado por tratamiento psicológico y que se aumente lo reconocido por gastos médicos y de farmacia. Finalmente se agravia del rechazo del rubro pérdida de chance. 3.- La citada en garantía se agravia en primer lugar del rechazo de la exclusión de cobertura. Sostiene que, tratándose de un caso de "no seguro" no rige el art. 56 de la L.S., dado que esta norma sólo se refiere a las situaciones que "ab initio" están comprendidas en la zona de cobertura y no a las circunstancias excluidas (riesgos no asegurados y suspensión de cobertura). Expresa que dicho artículo nunca puede aplicarse a siniestros no cubiertos, o fuera del riesgo comprendido. Por ello - sostiene - no puede tenerse por reconocida una obligación que antes no existía. Distingue las cláusulas de caducidad de las cláusulas de exclusión. Estas últimas son delimitativas del riesgo, descriptivas de él, enunciativas de situaciones colocadas fuera del amparo desde el comienzo del contrato ya que influyen en la configuración del contenido del mismo desde su celebración. Las de caducidad, por el contrario, son sancionatorias, suponen un riesgo inicialmente cubierto y por ello generador de un derecho a favor del asegurado que luego caduca por el incumplimiento de una carga. Sin perjuicio de ello, dice que si se considerara que correspondía expedirse dentro del plazo del art. 56 de la L.S., sostiene que se hizo en tiempo y forma. Al respecto expresa que la toma de conocimiento del parentesco del actor con el socio gerente de la empresa demandada fue con el traslado de la demanda, y por lo tanto al contestar la citación en garantía se declinó la cobertura. Siendo ello así - aduce - se torna abstracto si hubo o no intercambio epistolar. Sostiene que el dato acerca de la relación de parentesco - no controvertido en autos - no se informó al denunciarse el siniestro ni en la etapa de mediación, sino que fue una circunstancia que se ocultó a sabiendas de que configuraba un riesgo no cubierto. En segundo lugar se agravia de la calificación de abusiva a la cláusula de exclusión en tratamiento, dado que fue aprobada por la autoridad de control, la Superintendencia de Seguros de la Nación. No sólo ello sino que existe un texto único y uniforme de condiciones contractuales para el ramo automotor cuyo contenido es obligatorio tanto para las condiciones generales como para las adicionales, no pudiendo las aseguradoras apartarse de ello. O sea, las cláusulas son impuestas por un organismo del Estado, de manera que no surgen de la imposición unilateral de las compañías de seguros. En cuanto a los rubros indemnizatorios se agravia de que el peritaje médico otorgue una incapacidad del 34,64 % y que la sentencia reconozca un 87 %. Dice que no deben sumarse las incapacidades parciales, dado que ello puede llevar al absurdo de que la suma arroje más del 100 % de incapacidad total. En otro orden, se queja de que se tome por válido el talonario de facturas acompañado por la actora para cuantificar este rubro dado que no fue probada su autenticidad. Por último se agravia por elevado del monto fijado por daño moral, y de que se de por probado el lucro cesante y subsidiariamente de la suma fijada por este concepto. V.- Excepción de falta de legitimación pasiva fundada en el "no seguro?". La citada en garantía finca sus agravios en la distinción entre cláusulas de caducidad y cláusulas de exclusión de cobertura; las primeras comprenden a riesgos originariamente cubiertos por el contrato pero que caducan por una circunstancia sobreviniente acaecida antes del siniestro; las segundas, en cambio, las segundas se refieren a riesgos originariamente no cubiertos, o sea al margen del contrato y siempre anteriores al siniestro. Para la apelante, la obligación que impone el art. 56 de la L.S. se refiere a las primeras y no a las segundas dado que estas, al estar afuera de la cobertura, implican hipótesis de "no seguro?". Si bien la distinción teórica entre ambos tipos de cláusulas es lógica y por ende admisible, la doctrina de la casación provincial es bien clara en cuanto a que el art. 56 de L.S. no hace diferencia alguna en cuanto a la obligación que impone. En efecto, para la S.C.B.A. la norma es bien clara cuando dice que la aseguradora debe pronunciarse "acerca del derecho del asegurado", que "tal magnitud en el objeto sobre el que recae la carga no permite distinciones apoyadas en la distinta naturaleza del incumplimiento", que "el silencio del asegurador permite otorgarle el sentido de una manifestación de voluntad que importe aceptación" y que el deber de expedirse no es meramente formal sino sustancial (Ac. 46.105, 22/09/92; L. 49.495, 28/12/93; Ac. 68.700, 26/10/99; L. 67.715, 8/11/00; Ac. 82.765, 30/03/05; C. 93.807, 2/04/09, entre otros). La cláusula de autos es, dentro de la clasificación que hace Rubén S. Stiglitz, de las fundadas en una mayor probabilidad de producción de siniestros, y dentro de estas encuadra en las subjetivas, que son aquellas exclusiones referidas a conductas a las que le son inherentes una intensa probabilidad de verificación de siniestros. Precisamente pone como ejemplo este autor a las que podrían importar una posible connivencia entre la víctima y el asegurado, como por ejemplo los daños sufridos por el cónyuge y los parientes del asegurado o del conductor hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad ("Derecho de seguros", T. I, La Ley, Bs. As., 5ta. ed. act., 2008, p. 261). Es lo contemplado en la Cláusula 4 del Capítulo "A" Segunda Parte, Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil, Inc. III, h) de la póliza agregada en autos, que agrega: "(en el caso de las sociedades, los directivos)" (fs. 662 y vta.). Está dentro de las Condiciones Generales aprobadas por la Superintendencia de Seguros de la Nación y de ninguna manera puede considerarse abusiva dado que si lo que procura es acotar el riesgo dada la frecuencia con que los parientes cercanos viajan en el automóvil del asegurado o la intención de evitar connivencias fraudulentas entre ellos, bien comprensible es que se extienda al cónyuge, hijos o hermanos de los directivos de una persona jurídica que puede estar constituida por dos personas (hoy hasta puede ser unipersonal, art. 1 de ley 19.550 modif. por ley 26.994). Pero

no me extenderé en la validez o no de la cláusula (tema introducido subsidiariamente por la demandada) dado que - despejado que es aplicable el art. 56 de la L.S. - lo central es si la aseguradora rechazó en tiempo y forma la cobertura del siniestro con fundamento en ella. Al respecto es importante tener en cuenta que, debido al contenido de esta cláusula de exclusión, el plazo del art. 56 no puede contarse desde que la compañía tuvo conocimiento del siniestro sino desde que supo o debió saber que la víctima estaba comprendida dentro del vínculo de parentesco aludido. Es la interpretación que de buena fe se impone (art. 1198 C.C.), dado que, tener conocimiento del acaecimiento del siniestro (a raíz de la recepción de la denuncia), no necesariamente implica saber que el damnificado era hijo de un socio gerente de la persona jurídica tomadora de la póliza. Advierto en primer lugar que no surge de los elementos de autos que la póliza haya sido contratada por el sr. Reynaldo Oscar Garralda (padre de la víctima) en nombre de Espacios Verdes del Oeste S.R.L., como tampoco que haya hecho la denuncia del siniestro, toda vez que se desprende de fs. 279 que la hizo otra persona (María Julieta Randoni), quien también fue quien comunicó el cambio de domicilio luego de entregar la cédula de la demanda (fs. 278). El hecho de que la aseguradora haya suspendido el plazo para responder para verificar las circunstancias de la causa penal (carta-documento de fs. 276) en nada influye respecto de la cuestión a resolver, ya que para esa época (11/10/05) no hay constancia de que supiera que el accidentado era hijo de un directivo de la empresa asegurada. De ahí que no incurrió la compañía en una conducta contradictoria al rechazar con posterioridad la cobertura por este último motivo (por ende no es de aplicación al caso la doctrina de los propios actos citada en la sentencia recurrida). Ahora bien, consta a fs. 20 de la causa penal (IPP 280.753) que corre por cuerda que el 28/09/05 se presentó en la comisaría instructora el sr. Reynaldo Oscar Garralda en nombre de Espacios Verdes del Oeste S.A. (acreditando la personería con copia del estatuto social que se agregó a fs. 15/19), diciendo que era socio y se le entregó el vehículo siniestrado. El apellido de esta persona debió llamar la atención de la compañía cuando revisó la causa penal conforme comunicó a la asegurada el 11/10/05; o sea cuando el acta referida ya obraba en la causa. Tengo en cuenta que en la denuncia del siniestro se comunicó el nombre de las víctimas, entre ellos Marcelo Garralda (fs. 279). Con posterioridad obran en la causa penal diligencias tendientes a recibirle declaración testimonial a este último (fs. 45, 101, 107, 110, 117, 121, 122), declaración que finalmente prestó el 17/04/06 (fs. 125/26). Surge de fs. 110 que se ordena notificar a Garralda en su domicilio laboral, mencionando Espacios Verdes del Oeste S.R.L y un número de teléfono, y al declarar Marcelo Fabián Garralda relató las circunstancias del accidente, diciendo que la camioneta era conducida por Fernando Suárez, aclarando ¿(socio de la empresa de su padre?). En definitiva, si Mapfre comunicó a la empresa asegurada que suspendía el plazo para contestar si admitía o no la cobertura del siniestro para revisar la causa penal el 11/10/05, debe presumirse que lo hizo (o debió hacerlo) y por lo tanto que vio que una persona de apellido Garralda retiraba la camioneta siniestrada, pero, además, si cumpliendo con su deber siguió verificando el avance de las actuaciones de la causa, necesariamente tuvo que advertir que la víctima Garralda decía que el conductor del vehículo era ¿socio de la empresa de su padre?. Si aún así le quedaban dudas de la relación de parentesco entre Marcelo Garralda y el directivo de la empresa que había retirado la camioneta, debió la aseguradora hacer uso de la facultad que acuerda el art. 46 de la L.S. de pedir al asegurado ¿la información necesaria para verificar el siniestro o la extensión de la prestación a su cargo y a permitirle las indagaciones necesarias a tal fin?. La misma norma permite a la aseguradora pedir documentación y expresamente prescribe que el asegurador puede examinar las actuaciones administrativas y judiciales relacionadas con la investigación. Es por ello que el art. 56 estipula que, en caso de que se requiera tal información, el plazo de treinta días corre desde que se reciba. Dijo la S.C.B.A. en C. 116.814 (sent. del 11/06/14) que el principio de buena fe contractual exige a la aseguradora proveer el rechazo inmediato y enérgico del siniestro ¿si era factible hacer las indagaciones necesarias para pronunciarse sobre el derecho asegurado?. A su vez en C 93.807 (sent. del 2/09/09) señaló que la compañía debe exigir la información complementaria, incluso sobre las personas transportadas en el vehículo exigiendo al cliente el deber de colaboración conforme art. 48 de la L.S. (en el caso la exclusión de cobertura alegada consistía en que la víctima tenía relación de dependencia - como empleada doméstica - con el asegurado). Asimismo, en Ac. 46.105 (sent. del 22/09/92), en el que la aseguradora invocara la exclusión de cobertura por falta de licencia habilitante del conductor del vehículo, dijo la Corte que tal circunstancia se desprendía de que en la denuncia del siniestro se había dejado en blanco el casillero respectivo, por lo que el plazo del art. 56 para rechazar la cobertura había vencido. En conclusión, siendo que, de acuerdo a la doctrina de la casación provincial el plazo del art. 56 de la L.S. comprende todos los supuestos de exclusión de cobertura y que la citada en garantía debió saber o presumir que el damnificado Garralda era hijo de un socio gerente de la empresa asegurada al tomar conocimiento de la causa penal entre octubre de 2005 y septiembre de 2006, haciendo uso de las facultades que acuerda dicha ley debió pedir información complementaria para esclarecer el tema. No habiéndolo hecho, corrió inexorablemente el plazo del art. 56, debiendo interpretarse su silencio como aceptación de la cobertura del siniestro (art. 919 C.C.). Bien ha dicho la Corte provincial en los fallos que hemos citado que el asegurado requiere de una respuesta inmediata tanto para saber si debe hacerse cargo de los gastos de reparación del vehículo como si debe afrontar reclamos de terceros a causa del siniestro. Así lo impone el deber de ejecución de buena fe de los contratos (art. 1198 del C.C.; art. 961

C.C.C.), a lo que debe añadirse que cuanto mayor es el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la obligación que resulta de las consecuencias posibles de los hechos (art. 902 C.C. hoy art. 1725 C.C.C.), directiva aplicable a las compañías de seguros. Por consiguiente, propicio que se confirme el rechazo de la excepción de falta de legitimación pasiva, con costas de ambas instancias a la excepcionante vencida (art. 69 C.P.C.). VI.- Indemnización. 1.- Incapacidad sobreviniente. Le asiste razón a la citada en garantía en cuanto a la queja sobre el grado de incapacidad reconocido al actor. En el informe pericial (fs. 621/29) el perito médico dictaminó distintas incapacidades parciales, que a continuación transcribo ordenándolas de mayor a menor: 1) 24 % por la fractura expuesta de rodilla derecha con limitación anátomo funcional; 2) 18 % por cicatriz del codo; 3) 17 % por fractura del tobillo con limitación de la flexo extensión del pie; 4) 14 % por cicatriz atípica en el abdomen; 5) 14 % por deformación del rostro como consecuencia del maxilar inferior. Continuó diciendo que como se trataba de lesiones múltiples era aplicable el método de la capacidad restante de la fórmula Balthazard. Aplicando esta concluyó que la incapacidad del actor era del 34,64 %. El actor impugnó el dictamen argumentando que dicha fórmula no debía ser aplicada dado que había sufrido incapacidades simultáneas en distintos órganos con origen en el mismo hecho. Dijo que la fórmula Balthazard sólo debía ser aplicada en los casos de incapacidades sucesivas; es decir, en los supuestos en que mediaba una segunda minusvalía que afectaba a un organismo que ya padecía una minoración anterior, nunca en el caso de lesiones simultáneas. Agregó que si no se compartiera ese criterio, debía tenerse en cuenta que la fórmula tenía por finalidad evitar que la sumatoria de distintas incapacidades excediera el 100 %, por lo cual únicamente en este caso debía aplicarse. Siendo que en el caso de autos la sumatoria arrojaba 87 %, sostuvo que no era de aplicación (fs. 633/35). La respuesta del perito médico es confusa, poco clara (art. 474 C.P.C.). Por un lado dice; ¿Es correcto el fundamento médico; es decir, respecto a las lesiones simultáneas y que no excedan el 100 % de incapacidad...?. Por otro lado, expresa que cuando existen lesiones simultáneas polifuncionales se utilizan distintas fórmulas, entre otras la de Balthazard. Finalmente dice que las lesiones del actor fueron simultáneas con origen en el mismo accidente y que ¿de no aplicarse la fórmula de Balthazard la incapacidad es del 87 %? (fs. 657 y vta.). La jueza en la sentencia dice que la fórmula de Balthazard - incapacidad residual - debe aplicarse en supuestos de lesiones sucesivas y no cuando se trata de incapacidades múltiples, conjuntas, polifuncionales, producidas simultáneamente por un mismo hecho generador, en cuyo caso deben sumarse mientras no superen el 100 % que es el ¿total de la capacidad obrera?. En consecuencia, acoge un 87 % de incapacidad. Entiendo que tanto lo expresado por el perito médico en la contestación al pedido de explicaciones como lo afirmado en la sentencia es incorrecto por las razones que a continuación expongo. Si de la aplicación de la fórmula Balthazard se trata, bueno es guiarse por el derecho comparado. En efecto, fue recogida por la Ley 35/2015 que modificó la Ley sobre responsabilidad civil y seguro de la circulación de vehículos a motor de 1995 de España, para establecer un nuevo sistema de valoración de los daños y perjuicios causados a las personas. El art. 98 prescribe textualmente: 1. En el caso de concurrencia de secuelas derivadas del mismo accidente, la puntuación final del perjuicio psicofísico es la resultante de aplicar la fórmula:  $[(100 - M) \times m] / 100 + M$  Donde ¿M? es la puntuación de la secuela mayor y ¿m? la puntuación de la secuela menor. 2. De ser las secuelas más de dos, para el uso de la expresada fórmula se parte de la secuela de mayor puntuación y las operaciones se realizan en orden inverso a su importancia. Los cálculos sucesivos se realizan con la indicada fórmula, correspondiendo el término ¿M? a la puntuación resultante de la operación inmediatamente anterior. cve: BOE-A-2015-10197 Verificable en <http://www.boe.es> BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO Núm. 228 Miércoles 23 de septiembre de 2015 Sec. I. Pág. 84495 3. Si, al efectuarse los cálculos, se obtienen fracciones decimales, el resultado de cada operación se redondea a la unidad más alta. 4. La puntuación final obtenida se lleva a la tabla 2.A.2 para fijar el valor económico del perjuicio psicofísico en función de la edad del lesionado de acuerdo con lo previsto en el artículo 104.4. (ver [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-10197](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-10197)). Como se ve, expresamente se dice que se aplica la fórmula para secuelas incapacitantes derivadas del mismo accidente. Y, en rigor, ¿por qué habría de aplicarse sólo cuando se trata de secuelas derivadas de accidentes distintos? Si una persona padece una incapacidad por una lesión en una parte del cuerpo, lo lógico es que las emanadas de otra parte se calculen sobre la capacidad restante, y así siguiendo, sean o no derivadas de un solo accidente o de varios. La interpretación contraria conduce al absurdo - como pretende la actora - de que, si la suma de las incapacidades parciales arroja una cifra superior, se aplica la fórmula de la capacidad restante (así debe llamarse en rigor dado que las incapacidades se van calculando sobre la capacidad que resta) con una notable reducción (obviamente, no puede haber una incapacidad total superior al 100 %), pero si arroja, por ejemplo 99 %, el grado de incapacidad total es este último. El método de la capacidad restante - aunque a veces sin mencionarse expresamente la fórmula Balthazard - es aplicado por varios tribunales de la provincia y del país. V.g.: CC0001 QL 16024 24/15 S 28/04/2015; 10752 RSD-12-9 S 11/03/2009; 9378 RSD-2-7 S 19/02/2007; 6570 RSD-6-5 S 28/02/2005; 5941 RSD-46-3 S 09/06/2003; 3605 RSD-115-00 S 19/12/2000; 934 RSD-22-97 S 27/06/1997; 11070 RSD-29-9 S 29/04/2009; 8679 RSD-36-6 S 26/05/2006; 8282 RSD-123-5 S 22/12/2005; CC0001 MO 52716 RSD-5-6 S 07/02/2006; CC0001 MO 51930 RSD-232-5 S 29/09/2005; CC0201 LP 89023 RSD-155-2 S 08/08/2002; CC0201 LP 96284 RSD-291-1 S 20/11/2001;

CC0201 LP B 75748 RSD-207-96 S 15/08/1996; C.Fed. de La Plata, Sala II, causa N° 9851/04, caratulado "C., M. A. / A.F.N.E. s/ Ley 9688"; C. Trabajo Mendoza, "De la Fuente c. Asociart ART, 12/08/10; Id SAIJ: FA10981513; C. 1° Trabajo, Circ. 2° de Mendoza, "Gonzalez c/ La Segunda SA" del 2/11/15; CC y Fed. Sala 3, "Gutierrez c/ Caja Nac. De Ahorro y Seguro" del 12/05/08).- Las dificultades interpretativas que generaba su aplicación se disiparon con la sentencia 490/2013 del Tribunal Supremo de España, muy bien explicada en la página

<https://www.fmabogados.com/tenerife/formula-balthazar-indemnizacion-secuelas> que a continuación transcribo: "supongamos las siguientes puntuaciones correspondientes a distintas secuelas padecidas por un lesionado en accidente de tráfico: 5, 12, 2, 21, 8.

Lo primero que deberemos hacer es ordenar las lesiones de mayor a menor puntuación: 21, 12, 8, 5, 2 Seguro que todo el mundo tendrá claro que 21 es la M mayúscula de la fórmula de Balthazar. Pero hay un error bastante extendido, que consiste en asignar a la m minúscula el valor inmediatamente inferior a la M mayúscula, en este caso el 12. Esto, repito, es un error que les llevará a obtener resultados incorrectos. La m minúscula en nuestro ejemplo es la secuela de menor puntuación, esto es, 2. El primer grupo de operaciones nos quedará pues como sigue:  $[(100 - 21) \times 2] / 100 + 21$  El resultado, redondeado a la unidad inmediatamente más alta, es 23. Esta cantidad pasará a ser nuestra nueva M mayúscula, y la nueva m minúscula será la siguiente cantidad más baja después del 2, esto es, el 5. Vamos allá:  $[(100 - 23) \times 5] / 100 + 23$  Que nos da un resultado de 27, que será nuestra nueva M mayúscula. la m minúscula ahora pasa a ser 8:  $[(100 - 27) \times 8] / 100 + 27$  Ahora el resultado es de 33. Nuestra última m minúscula es 12:  $[(100 - 33) \times 12] / 100 + 33$  Bueno. Pues el resultado final tras aplicar la fórmula de Balthazar a nuestras secuelas concurrentes es de 42 puntos. Como pueden ver, el sistema es más tedioso (por repetitivo) que complicado. Obsérvese -y aquí entro en la apreciación a que nos referíamos antes- que si hubiésemos sumado directamente los puntos de secuelas del ejemplo, el resultado hubiese sido de 48 puntos, 6 más que el correcto." Llevado este método al caso de autos, tenemos que, ordenadas las incapacidades parciales en forma decreciente, son: 24, 18, 17, 14, 14. Recordemos que cuando la operación da un número decimal se redondea a la unidad más alta. Por consiguiente:  $[(100-24) \times 14] / 100 + 24 = 10,64 + 24 = 35$   $[(100-35) \times 14] / 100 + 35 = 9,1 + 35 = 45$   $[(100-45) \times 17] / 100 + 45 = 9,35 + 45 = 55$   $[(100-55) \times 18] / 100 + 55 = 8,1 + 55 = 64$  En definitiva, existiendo motivos para apartarme de la respuesta dada por el perito al pedido de explicaciones de la parte actora (art. 474 C.P.C.), concluyo que, aplicando la fórmula Balthazard, la incapacidad del actor es del 64 %. El otro tema cuestionado por la citada en garantía es que la sentencia tome como base de cálculo de la indemnización al talonario de facturas acompañado por la actora, cuya autenticidad negara al contestar la demanda y no se produjera prueba para verificarla. Sostiene que el art. 208 inc. 5 del C. Comercio - citado por la jueza - habla de "facturas aceptadas" y no de "facturas emitidas?". En principio le asiste razón pero debe tenerse en cuenta que, cuando está legalmente comprobado el daño (en el caso, la incapacidad), el monto puede ser estimado prudencialmente por el juzgador (art. 165 3er. párr. C.P.C.). En el caso, la suma de \$ 2.000 de ingreso mensual estimado es totalmente razonable. Téngase en cuenta que para la fecha del hecho del hecho (septiembre de 2005), el salario mínimo, vital y móvil era de \$ 630 (Resol. 2/2005 del C.E.P.yS.M.V). Pues bien, aplicando la fórmula "Méndez" (C.N.A.T., Sala III, 28/04/08), utilizada por la sentenciante - no cuestionada por los apelantes -, teniendo en cuenta la edad del actor al momento del hecho (26 años), los ingresos mensuales (\$ 2.000) y el grado de incapacidad (64 %), el cálculo arroja \$ 819.500. Destaco que esta Sala tiene dicho que el art. 1746 del C.C.C. ha recogido las variables tenidas en cuenta por las fórmulas como "Vuotto" y "Mendez", que eran utilizadas con anterioridad a la sanción del nuevo código, por lo que nada impide recurrir a las mismas como pauta orientadora para cuantificar la indemnización por incapacidad (causas n° 115.701 del 31/03/16; 115.998 del 8/11/16; 116.733 del 3/04/18; 116.912 del 03/07/18). El actor pide que tenga en cuenta también la incapacidad psíquica dictaminada por la perito psicóloga (fs. 645/49). Teniendo en cuenta lo que se explicará en el apartado siguiente, en el caso estimo, luego de leer el peritaje, que el daño psíquico sufrido tiene que haber afectado su capacidad productiva o laboral, razón por la cual considero que debe elevarse la suma que arroja el cálculo referido al monto de \$ 850.000, confirmándose por ende lo decidido en la sentencia (arts. 1067, 1068, 1069, 1083 y cctes. C.C.; art. 165 C.P.C.).

2.- Daño psíquico y tratamiento psicológico. Se agravia el actor de que la sentencia rechaza la consideración del daño psicológico como autónomo y señala que la perito psicóloga ha dictaminado que padece por tal concepto una incapacidad de entre 10 y 20 %. Subsidiariamente pide que sea incluido dentro de la incapacidad y del daño moral. Esta Sala ha dicho reiteradamente que el daño es patrimonial o extrapatrimonial y que no existe un tercer género, debiendo por ende evaluarse el daño psíquico para mensurar la incapacidad en el caso de que se pruebe que se ha afectado la capacidad laboral o productiva de la víctima, o para hacer lo propio con el daño moral en el supuesto de acreditarse que se ha afectado la esfera afectiva o espiritual (causas n° 108.706 y 108.707 del 14/10/04, 108.415 del 31/08/04, 109.549 del 7/10/05, 109.519 del 9/08/05, 110.993 del 22/05/07, 111.705 del 17/04/08, 112.796 del 10/12/09, 112.798 del 16/02/10, 116.733 del 3/04/18, 116.912 del 03/07/18, entre otras; SC.B.A., L. 81.159 del 27/11/02, Ac. 77.461 del 13/11/02, Ac. 58.505 del 28/04/98, Ac. 64.248 del 8/09/98, AC. 79.853 del 3/10/01, entre otros). Por consiguiente, debe hacerse lugar al pedido

subsidiario. Respecto de la incapacidad ya fue tenido en cuenta para cuantificar en el apartado precedente. En relación al daño moral será meritado más adelante. También se queja de que la sentencia fije por gastos de tratamiento psicoterapéutico la suma de \$ 6.000, siendo que, según la perito psicóloga, a razón de \$ 150 por sesión y dos semanales durante dos años, el cálculo arroja \$ 26.400. El agravio debe ser acogido dado que no fue en su momento cuestionado por la demandada y la citada en garantía dicha parcela del informe pericial (arts. 473 y 474 C.P.C.). En consecuencia, propongo elevar el monto por este concepto a \$ 26.400 (arts. 1067, 1068, 1069, 1083 y cctes. C.C.; art. 165 C.P.C.).

3.- Pérdida de chance. También se agravia el actor de que la sentencia rechace la indemnización por este concepto habida cuenta de las limitaciones físicas que surgen de la prueba pericial médica. La juzgadora ha fundado el rechazo en que no se ha probado por el actor la pérdida de oportunidades laborales y que ha quedado absorbido por el rubro genérico de incapacidad sobreviniente. Lo decidido debe ser confirmado dado que el rubro incapacidad sobreviniente comprende la pérdida de chances laborales, máxime cuando se recurre a la fórmula "Méndez" para su cuantificación (ver fallo de C.N.A.T., Sala III, ya citado).

4.- Daño moral. Se agravia la citada en garantía del monto fijado por daño moral (\$ 500.000) por elevado. El actor, si bien no se agravia concretamente de la suma fijada por este concepto, como ya he anticipado, para el caso de que no se acoja el daño psicológico como autónomo, pide que se lo tenga en cuenta para el daño moral. La magistrada fijó la suma de \$ 500.00, que estimo que no debe ser reducido por las siguientes razones. Como consecuencia del accidente el actor sufrió múltiples lesiones detalladamente descriptas por el peritaje médico a fs. 622. Fue trasladado al hospital de San Miguel del Monte donde permaneció hasta el 30/09/05, y le practicaron sutura de la herida del cuero cabelludo, colocación de drenaje pleural, toilette de lesión de la rodilla, enterectomía con anastomosis término terminal y anoconstranatura, intubado y ventilado. Luego fue llevado al Hospital Alemán, adonde ingresó con todo tipo de complicaciones, entre otras, úlcera pro decúbito tratada por cirujano plástico; fue intervenido por cirugía máxilo facial y traumatología, por oftalmología y otorrinolaringología; sufrió gastritis anal con erosiones, padeció actividad rítmica fluctuante; le practicaron escarectomía occipital; fue asistido por fonoaudióloga y psiquiatra, le hicieron estudios neurofisiológicos y fue tratado por terapeuta ocupacional. Le practicaron diez intervenciones quirúrgicas: colocación de tubo pleural para drenar un neumotórax, colocación de PIC para medir presión intracaneana, sutura de herida occipital, colostomía y enterostomía con anastomosis término terminal, refuncionalización intestina (cierre de colostomía), resección de 3 cm del colon, cirugías por la fractura del codo izquierdo, cirugía de la fractura expuesta de la rodilla derecha, traqueostomía, escarestomía occipital, curaciones por lesión por decúbito prolongado del talón del pie. También kinesioterapia respiratoria a los fines de rehabilitación respiratoria y rehabilitación kinésica motora para movilizar articulaciones y músculos. Debe someterse a tratamientos periódicos de rehabilitación fisiokinesioterápica para que no se agraven los trastornos motores y limitaciones funcionales. Le han quedado secuelas incapacitantes que han sido descriptas al tratar la incapacidad, y lesiones estéticas con motivo de las múltiples intervenciones quirúrgicas (todo conf. pericial médica de fs. 621/29). El dictamen pericial da cuenta del daño psicológico padecido por el actor como consecuencia de las lesiones y de las incapacidades sufridas, entre otras razones por no poder practicar deportes como antes lo hacía (fs. 645/49). Ello es corroborado por la prueba testimonial (fs. 639/41) (arts. 474 y 456 C.P.C.) Por lo expuesto no encuentro razones para reducir el monto fijado, y en cuanto a lo pedido por el actor debe tenerse en cuenta que el daño psicológico fue tenido en cuenta por la jueza para mensurar el rubro en tratamiento, el que considero razonable. En consecuencia, propongo su confirmación (art. 1078 C.C.).

5.- Lucro cesante. La sentencia considera que desde la fecha del accidente hasta julio de 2007 el actor se vio impedido de trabajar, por lo que fija por este concepto la suma de \$ 40.000. La citada en garantía se queja diciendo que no están probados los ingresos del actor, por lo que debe desestimarse el rubro. La apelante no cuestiona el período de inactividad considerado por la jueza por lo que llega firme a esta instancia. Al tratar la incapacidad sobreviniente dije que la estimación de \$ 2.000 como ingreso mensual era totalmente razonable. Por lo tanto, por un período de 22 meses la suma fijada en concepto de lucro cesante también lo es, razón por la que propicio su confirmación (arts. 1067, 1068, 1068, 1083 C.C., art. 165 C.P.C.).

VII.- Costas. Como se anticipó, la demandada dice que la sentencia, si bien condena en costas a la citada en garantía respecto de la excepción de falta de legitimación pasiva, es incompleto respecto de la condena a la misma en relación a la acción principal, lo cual pide que se subsane por esta alzada. Está claro que, al rechazarse la excepción opuesta, la citada en garantía debe hacerse cargo de las costas del juicio en la medida del seguro de responsabilidad civil contratado por la demandada, que comprende la defensa civil. No obstante, a fin de disipar dudas, haciendo aplicación del art. 273 del C.P.C., debe acogerse lo pedido aclarándose en la parte dispositiva que las costas de ambas instancias se imponen a la demandada y a la citada en garantía (art. 68 C.P.C., art. 118 ley 17.418). Con las modificaciones propuestas, VOTO POR LA AFIRMATIVA. El señor juez Dr. Roberto A. Bagattin, por iguales fundamentos y consideraciones a los expuestos por el señor juez preopinante, emite su voto en el mismo sentido. A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA, el señor juez Dr. Emilio A. Ibarlucía dijo: De acuerdo a la forma en que ha quedado votada la cuestión anterior, el pronunciamiento que corresponde dictar es: 1°.- Confirmar el rechazo de la excepción de falta de legitimación pasiva, con costas de ambas instancias a la citada en

garantía vencida (art. 69 C.P.C.). 2°.- Confirmar la sentencia dictada, con excepción del monto fijado en concepto de tratamiento psicológico que se eleva a la suma de \$ 26.400. 3°.- Imponer las costas de ambas instancia a la demandada y a la citada en garantía. ASI LO VOTO.- El señor juez Dr. Roberto A. Bagattin, por iguales fundamentos y consideraciones a los expuestos por el señor juez preopinante, emite su voto en el mismo sentido. Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dictándose la siguiente: SENTENCIA Y VISTOS: CONSIDERANDO: Que en el Acuerdo que precede y en virtud de las citas legales, jurisprudenciales y doctrinales, ha quedado resuelto que la sentencia apelada, con las modificaciones propuestas, debe ser confirmada.- POR ELLO y demás fundamentos consignados en el acuerdo que precede, SE RESUELVE: 1°.- CONFIRMAR el rechazo de la excepción de falta de legitimación pasiva, con costas de ambas instancias a la citada en garantía vencida (art. 69 C.P.C.). 2°.- CONFIRMAR la sentencia dictada, con excepción del monto fijado en concepto de tratamiento psicológico que se eleva a la suma de \$ 26.400. 3°.- IMPONER las costas de ambas instancia a la demandada y a la citada en garantía. NOT. Y DEV.-

032534E