NEUQUEN, 28 de Septiembre del año 2018

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"EGGERS KARINA ELIZABETH C/ MARTINEZ LUIS ALBERTO Y OTROS S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE", (JNQCI1 EXP. Nº 473824/2013)** venidos a esta **Sala I** integrada por los Dres. **Cecilia PAMPHILE y Jorge PASCUARELLI**, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. **Estefanía MARTIARENA**, y de acuerdo al orden de votación sorteado el **Dr. Jorge PASCUARELLI** dijo:

I. A fs. 551/561 vta. la Sra. Jueza hizo lugar a la demanda iniciada por las actoras y en consecuencia condenó a Luis Alberto Martínez y a Protección Mutual Seguro de Transporte Público de Pasajeros S.R.L. a abonarle a Karina Eggers la suma de $ 355.618 y a Sofía Eggers, la suma de $ 547.500, con más intereses y costas.

A fs. 566 apelaron el demandado y la citada en garantía y a fs. 582/588 expresaron agravios. En primer lugar se quejan porque entienden que la *A-quo* omitió considerar el límite de la cobertura opuesto en la contestación de la citación.

Dicen, que la póliza no ha sido desconocida y que existía una franquicia a cargo de la asegurada de $40.000 y por ello la condena contra Protección M.S.T.P.P. debe ser en la medida del seguro, lo que solicita se resuelva con costas.

Luego, se quejan porque consideran que la *A-quo* pese a señalar la nula actividad probatoria de la actora para tener por ciertos los gastos de traslado, concluye reconocerle a la accionante la suma de $18.400. Solicitan el rechazo del rubro.

Además, se agravian porque consideran excesiva la suma determinada en concepto de indemnización por daño moral. Dicen, que la *A-quo* suple la omisión de la carga probatoria de la actora, violando la garantía constitucional de igualdad y defensa en juicio y le concede una suma injustificada por un rubro respecto del cual no se ha producido prueba alguna.

Solicitan, que las indemnizaciones reconocidas sean dejadas sin efecto o en subsidio que sean considerablemente reducidas.

A fs. 590/592 vta. la contraria respondió los agravios. Solicitó su rechazo con costas.

II. Ingresando al estudio de las cuestiones planteadas, cabe señalar que las partes reconocen la producción del accidente como también las circunstancias en que se produjo y la atribución de responsabilidad, pero el demandado y la citada en garantía controvierten la extensión de responsabilidad de esta última y las indemnizaciones por gastos de traslado y daño moral.

1. En punto a la franquicia y el límite de la cobertura de la aseguradora, esta Sala sostuvo que si bien el modo en que debe aplicarse la franquicia constituye una cuestión propia de la etapa de ejecución de sentencia, la postura de esta Sala es conteste con la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación que entiende que la franquicia prevista en el contrato de seguro es oponible al tercero damnificado, por lo que la sentencia no puede ser ejecutada contra la aseguradora sino en los límites de la contratación (cfr. “Nieto”, “Villarreal” y “Cuello” Fallos: 329:3054 y 3488; 331:379 y 330:3483; las causas CSJ 166/2007 (43-O)/CS1 “Obarrio, María Pía c. Microómnibus Norte S.A. y otros” y CSJ 327/2007 (43-G)/CS1 “Gauna, Agustín y su acumulado c. La Economía Comercial S.A. de Seguros Generales y otro”, del 4 de marzo de 2008 y más recientemente “Miño, Oscar Alberto c. Aquino, Antonio Orlando y otros s/ daños y perjuicios”, 16/02/2016; ver esta Sala en “Paredes c/ Retamal”, expte 401226/09), (cfr. “MONTECINO MARIA EVA C/ INDALO S.A. Y OTRO S/ D Y P DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTORES (SIN LESION)”, JNQCI1 EXP 502692/2014).

A partir de lo expuesto, corresponde hacer lugar a la apelación al respecto y modificar la sentencia recurrida determinando que la aseguradora recurrente responderá en la medida del seguro.

2. En cuanto a los gastos de traslado, esta Sala sostuvo que para su concesión corresponde estimar una suma indemnizatoria por este concepto cuando quedaron probadas las lesiones sufridas por la víctima (cfr. "MONSALVEZ GABRIELA ELIZABETH CONTRA SANTAMARINA RAUL HORACIO Y OTRO S/ D. Y P. POR USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE", EXP Nº 395793/9).

Por ello, considerando las lesiones sufridas por Sofía y Karina Eggers, los tratamientos médicos, consultas de control y la intervención quirúrgica de la menor Sofía Eggers (fs. 326, 350, 351, 352, 369, 437, 438, 327, 350, 369, 436), corresponde confirmar la justipreciación efectuada por la *A-quo* con relación a los gastos de traslado (art. 165 del Código de Rito).

3. En punto al recurso con relación al daño moral, la queja tampoco resulta procedente.

Al respecto, se ha sostenido que: *"De conformidad con la definición de daño jurídico que emana del art. 1738 CCyC, puede definirse al daño moral (denominado en este artículo "consecuencias no patrimoniales") como la lesión de un interés no patrimonial de la víctima que produce consecuencias de la misma índole. La consecuencia resarcible, en estos casos, consiste en una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, que se traduce en un modo de estar diferente de aquel en el que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial",* (Picasso, Sebastián – Sáenz, Luis R.J., Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Dir. Herrera, Marisa; Caramelo Gustavo y Picasso Sebastián, T IV, art. 1741, pág. 460, Infojus, Buenos Aires, 2015).

En autos, a la hora de valorarse este daño respecto de Sofía Eggers debe tenerse en cuenta que la niña debió realizarse numerosos estudios médicos (fs. 326, 350, 351, 352, 369, 437, 438), asistir a diversas consultas médicas para control de las lesiones que padeció producto del accidente (fs. 327, 350, 369, 436), que debió soportar la deformación en el tabique nasal, con desviación y obstrucción respiratoria, edema y congestión en encía superior (fs. 345), que debieron realizarse la reubicación inmediata de las piezas dentarias luxadas 11-21 y estabilización con férula flexible (fs. 350).

También debe considerarse lo expuesto por el testigo Martín Fabián Huerta, quien a fs. 384vta. sostuvo que la niña *"estaba en el asiento trasero, que aproximadamente habrá tenido 9 años, abro la puerta trasera y asisto a la nena, le inmovilizo el cuello con mis manos, estaba sangrando por la boca, asustada, llorando".*

Además, cabe señalar que *"se le realizó corrección quirúrgica bajo anestesia general el 29/12/2011 en clínica San Lucas de Neuquén",* (fs. 436).

Asimismo, *"la niña recibió varias intervenciones quirúrgicas a nivel máxilo-facial, con postoperatorios muy dolorosos"* (fs. 466).

A partir de lo expuesto, considerando además la entidad de las lesiones que describió el perito a fs. 480/484, es que corresponde confirmar el monto determinado por la sentencia en concepto de daño moral, atento que la parte actora no apeló la sentencia al respecto (art. 165 del C.P.C. y C.).

En cuanto a la Sra. Karina Eggers, también deben considerase la entidad de las lesiones que padeció producto del accidente (fs. 480/484) y que debió realizarse distintos estudios médicos (fs. 366).

Asimismo, debe valorarse lo expuesto por el testigo Martín Huerta quien dijo, *"Yo me bajo corriendo, abro la*

puerta del conductor del chevrolet me encuentro con la Sra. consiente y le preguntaba si estaba bien, si necesitaba algo y ella llorando me pedía asistencia para la hija", (fs. 384 vta.).

Además es necesario tener en cuenta que padeció dificultad para realizar actividades habituales, permanecer de pie por un período prolongado de tiempo, deambular e imposibilidad de correr (fs. 481).

A ello debe sumarse que producto de las lesiones sufrió dolor (fs. 482).

En consecuencia, también corresponde confirmar el monto de la indemnización determinado por la *A-quo* en concepto de daño moral respecto de la Sra. Karina Eggers (art. 165 del C.P.C. y C.).

III. Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo hacer lugar parcialmente al recurso de apelación deducido por el demandado y la citada en garantía a fs. 582/588 vta., en consecuencia modificar la sentencia de fs. 551/561 vta., y establecer que la condena a Protección Mutual de Seguros de Transporte Público de Pasajeros S.R.L. es en la medida del seguro, y confirmarla en lo demás que fue materia de recurso y agravios.

Atento la forma en que se resuelve imponer las costas de Alzada por su orden (art. 68 2° párrafo del C.P.C. y C.).

Tal mi voto.

La Dra. **Cecilia PAMPHILE** dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos por mi colega preopinante, adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

Por lo expuesto, esta **Sala I**

RESUELVE:

1.- Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación deducido por el demandado y la citada en garantía a fs. 582/588 vta., y en consecuencia, modificar la sentencia de la instancia de grado de fs. 551/561 vta. y establecer que la condena a Protección Mutual de Seguros de Transporte Público de Pasajeros S.R.L. es en la medida del seguro, y confirmarla en lo demás que fue materia de recurso y agravios.

2.- Imponer las costas de Alzada por su orden (art. 68, 2° párrafo del C.P.C. y C.).

3.- Regular los honorarios por la actuación en esta instancia en el 30% de lo que corresponde por la labor en la instancia de grado (art. 15, LA).

4.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA