

En Buenos Aires, a 13 de octubre de dos mil veinte, encontrándose reunidos en Acuerdo los Señores Jueces de la Sala «L» de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil a fin de pronunciarse en el expediente caratulado «I D E c/ Cerro Bayo S.A. s/ daños y perjuicios» de acuerdo al orden del sorteo la Dra. Pérez Pardo dijo:

I.-Contra la sentencia dictada el día 21/07/2020, recurre la parte citada en garantía con fecha 22/07/20, por los fundamentos del 11/08/20, contestados el día 19/08/20; y la parte demandada el día 23/07/20, por los agravios del 18/08/20, contestados el día 23/08/20.- II.- En la instancia anterior, se hizo lugar parcialmente a la demanda interpuesta por D E I contra Cerro Bayo S.A., con extensión a su aseguradora Prudencia Compañía Argentina de Seguros Generales S.A., con costas.

Ello en virtud de que el día 21 de agosto de 2017, entre las 10:30 y 11:00 hs., el actor - esquiador experto- se encontraba descendiendo por la pista de Ski llamada «El Bosque» del Cerro Bayo, mediante la práctica de Snowboard, y al llegar a la confluencia de la misma con otra pista llamada «Travesía» perdió estabilidad y su equilibrio por un desnivel, profundo y sin el debido marcado, que lo hizo atravesar sin control todo el ancho de la pista «Travesía» golpeando de frente contra un árbol ubicado al costado de la pista, lo cual le generó los daños por los que aquí reclama.

Para admitir la acción la jueza interviniente consideró que la emplazada incumplió el deber de seguridad a su cargo en función de lo normado por los arts. 5, 40 y concordantes de la Ley de Defensa del Consumidor n° 24.240 -modificada por la ley 26.361-; arts. n° 1719, 1743 y concordantes del CCyCN, y el art.42 de la Constitución Nacional, sin que las emplazadas lograran demostrar-frente a esta responsabilidad de carácter objetivo- algún eximente por el cual no debieran indemnizar.

Frente a ello se alzó la empresa demandada cuestionando la atribución de responsabilidad, y la cuantía de las indemnizaciones fijadas por incapacidad sobreviniente y daño moral.

Por su parte, la citada en garantía se agravió respecto de los montos fijados por incapacidad sobreviniente, daño moral, tratamiento psicológico, gastos; por la declaración de inoponibilidad del límite del seguro y por la tasa de interés fijada.

III.- En primer lugar, debo señalar que tendré en cuenta la normativa vigente al tiempo en que sucedieron los hechos, por cuanto los efectos de las relaciones jurídicas se rigen por la ley vigente al momento en que éstas se producen (conf. art. 7 CCyC; Kemelmajer en «La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes», pág. 32 y sgtes., ed. Rubinzal – Culzoni).

Asimismo, debo recordar que los jueces no están obligados a analizar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, ni tampoco cada medida de prueba; sino solamente aquellas que sean conducentes y posean relevancia para decidir el caso, según la forma en que ha quedado trabada la relación procesal (CSJN, Fallos: 144:611; 258:304, 262:222, 265:301, 272:225, 274:113, 276:132, 280:3201, 303:2088, 304:819, 305:537, 307:1121, entre otros).

IV.- Corresponde primeramente analizar los cuestionamientos a la atribución de responsabilidad.

En primer lugar, cabe recordar que la relación que vincula a la empresa explotadora de los medios de elevación y pistas de esquí con el usuario, es una típica relación de consumo, donde la obligación de seguridad se encuentra indudablemente incorporada. En consecuencia, resulta incuestionable la responsabilidad de la concesionaria en asegurar que los usuarios puedan esquiar de manera segura y confiable -art.5 ley 24.240- (CNACiv. Sala B in re «Pien, Ariel c/ Nieves de Chapelco S.A.s/ DAÑOS Y PERJUICIOS, 17/10/12).

Si bien tradicionalmente se ha recurrido a la teoría de la aceptación o asunción de riesgos para morigerar la obligación de seguridad a cargo del explotador de pistas de esquí, con el argumento de que el esquiador asume los riesgos normalmente previsibles derivados de esa actividad, conforme a la doctrina y la jurisprudencia francesas (Viney, Geneviève y Jourdain, Patrice, «Les conditions de la responsabilité», en Ghestin, Jacques [dir.], «Traité de droit civil», Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1998, ps. 461/462, 476 y ss.; le Tourneau, Philippe y Cadet, Loïc, «Droit de la responsabilité», Dalloz, Paris, 1996, p. 287, 291/292 y 294; Terré, François; Simler, Philippe y Lequette, Yves, «Droit civil. Les obligations», Dalloz, Paris, 2002, ps. 573/574), en una tendencia que se vio luego ampliamente reflejada en nuestro medio (Trigo Represas, Félix A. y López Mesa, Marcelo J., «Tratado de la responsabilidad civil», t. II, La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 792 y ss.; esta Cámara, sala E, 15/7/2011, «B., S. E. v. Valle de Las Leñas S.A s/daños y perjuicios», RCyS 2011-XI-139; íd., sala L, 20/4/2010, «Mata, Juan v. Catedral Alta Patagonia S.A», Lexis 70061397; C. 1ª Civ. Com. Mendoza, 31/7/1995, «Gutiérrez, Juan v. Valle de las Leñas»), otra es la tesitura que corresponde adoptar de conformidad con el derecho positivo actualmente vigente en nuestro país. Es que, más allá de la opinión que se tenga acerca de la virtualidad de la teoría de la aceptación de riesgos para excluir o moderar la responsabilidad, lo cierto es que ella no puede hacerse valer en contra del texto expreso de la ley que, en el ámbito de las relaciones de consumo, pone en cabeza del proveedor una obligación de seguridad de resultado en todos los casos, sin efectuar distinción alguna para el caso de deportes riesgosos (Conf. CNACiv. Saña A, in re «Duvidovich Gallo, Patricia Adriana v.Valle de Las Leñas S. A. y otro s/ Daños y perjuicios», 19/04/12, LL AP/JUR/1067/2012).

Así, frente a la responsabilidad objetiva que resulta de la aplicación de la normativa sobre consumidor antes mencionada, resulta insuficiente alegar que no se encuentra probada la mecánica del hecho con exactitud, cuando conforme a lo que surge de fs. 205/209 se acompañó la planilla de atención que se dio al actor en el puesto de socorro del cerro y la decisión de trasladarlo al hospital de la ciudad. Además, la accionada estaba en mejores condiciones de probar la situación en que se encontraba la pista en ese sector- en especial la inexistencia de desniveles en la zona de confluencia de las pistas -, su debida señalización, y/o la culpa o negligencia del actor.

En efecto, no se discute que el Sr. I sufrió daños mientras esquiaba en el marco de una relación de consumo con la demandada; por lo cual, correspondía a ésta, demostrar la existencia de algún eximente previsto en la norma sustantiva, para liberarse de responder, circunstancia que no ha tenido lugar en autos.

También la testimonial de fs.404/6 resultó concordante con muchos dichos del actor, porque si bien el Sr. Kloster no presenció el accidente, estaba en el lugar, conocía las pistas y el

movimiento del Cerro por haber ido varias veces, y acompañó al actor en el hospital local antes del traslado de éste a Buenos Aires.

Aun cuando sólo se trate de un único testigo, dio precisiones sobre las prácticas de compresión y distribución de la nieve con máquinas, que se cumplían en la pista principal pero no en las pistas El Bosque y Travesías, donde se produjo el hecho. De allí la formación de desniveles entre una pista y la otra, que tornan verosímil lo afirmado por el actor sobre la existencia del desnivel que lo desequilibró. También dio cuenta que en esa encrucijada no había señalización ni las vallas de contención y/o protección de los árboles para el caso que hubiera despistes, que suelen ubicarse en la confluencia de pistas y que incluso se encontraban colocados en otras pistas del cerro.

Estos elementos, en mi visión, resultan relevantes para tener por acreditado suficientemente el hecho, y el convencimiento de que fue la empresa demandada quien no cumplió con el deber de cuidado del actor, máxime si se tiene en cuenta que la pista El Bosque era de alta dificultad y se trataba de un empalme con otra que, fin de evitar accidentes como el de autos, debía tener señalizaciones y protecciones.

La demandada debió adoptar mayores medidas de seguridad. Huelga a esta altura señalar que no se han aportado al expediente pruebas tendientes a demostrar que haya habido culpa de la víctima, caso fortuito o hecho de un tercero por el cual la demandada no debiera responder.

Por todo ello, y atento la orfandad probatoria de quien tenía a su cargo acreditar alguna de las eximentes previstas por el ordenamiento legal citado, deberán responder la demandada y su aseguradora por los daños que resulten acreditados, motivo por el cual propongo al acuerdo la confirmación de la sentencia en cuanto a la atribución de responsabilidad se refiere.

V. Trataré a continuación los agravios vertidos respecto de la cuantía de los rubros cuestionados. a) Por incapacidad sobreviniente la sentenciante fijó la suma de pesos seiscientos treinta y seis mil setecientos setenta y ocho (\$636.778) y para tratamiento psicológico, la suma de pesos treinta y ocho mil cuatrocientos (\$38.400).

Sobre esto se agraviaron las accionadas, quienes solicitaron la reducción de las partidas.- La incapacidad sobreviviente se configura cuando se verifica una disminución en las aptitudes tanto físicas como psíquicas de la víctima. Esta disminución repercute en la víctima tanto en lo orgánico como en lo funcional, menoscabando la posibilidad de desarrollo pleno de su vida en todos los aspectos de la misma, y observándose en el conjunto de actividades de las que se ve privada de ejercer con debida amplitud y libertad. Estas circunstancias se proyectan sobre su personalidad integral, afectan su patrimonio y constituyen inescindiblemente los presupuestos para determinar la cuantificación del resarcimiento, con sustento jurídico en disposiciones como las contenidas en los arts. 1068 y 1109 del Código Civil y las actuales 1737 a 1740 y conc. del CCyC. Por tanto, es claro que las secuelas permanentes, tanto físicas como psíquicas y sus correspondientes tratamientos, quedan comprendidos en la indemnización por dicha incapacidad. Ello se debe a que la capacidad de la víctima es una sola, por lo que su tratamiento debe efectuarse en igual modo.

Por su parte, para que el daño psíquico sea indemnizado de esta forma -dentro de la incapacidad sobreviniente e independientemente del moral-, debe configurarse como consecuencia del siniestro objeto de autos, por causas que no sean preexistentes y en forma permanente. Se da en una persona que presente luego de producido el hecho, una disfunción, un disturbio de carácter psíquico permanente. En conclusión, se acredita cuando hay una modificación definitiva en la personalidad de la víctima, una patología psíquica que se origina en el hecho o que importa un efectivo daño a la integridad personal y no sólo una sintomatología que aparece como una modificación disvaliosa del espíritu, de los sentimientos y que lo haría encuadrable tan sólo en el concepto de daño moral. Por tanto, será resarcible dentro de este ítem, cuando sea consecuencia del accidente, sea coherente con éste y se configure en forma permanente.

Por último, la lesión estética no configura un daño autónomo; ella puede dar lugar a daño patrimonial o daño moral, pudiendo sólo ser considerado dentro de la incapacidad sobreviniente, si se aprecia que la apariencia física resulta relevante para el plano laboral, o disminuye seriamente el normal desenvolvimiento de la vida en relación.

Bajo estos lineamientos entiendo que corresponderá analizar las constancias y el dictamen pericial de autos.

A fs. 205/206 se agregó constancia de las primeras atenciones médicas que recibió el actor en el puesto de socorro del cerro, donde se consignó lesión intercostal del lado derecho, y se los trasladaría al hospital para su evaluación y tratamiento. A fs. 214/233 se agregó la historia clínica del actor en la Clínica Sana Isabel, a la que ingresó el día 22/8/17, fue internado por politraumatismo, fracturas costales y hematoma renal derecho. El día 24/08/17 fue sometido a una intervención quirúrgica a fin de practicarle una nefrectomía parcial derecha por hematoma retroperitoneal secundario a traumatismo renal (v. fs. 218/219).

A fs. 364/382 dictaminó el perito médico de oficio, quien destacó los antecedentes mencionados, señalando que el actor debió permanecer 10 días internado, continuando luego con controles ambulatorios; y rehabilitación kinesiológica para el hombro por un lapso de 4 meses. Asimismo, de la inspección física destacó una cicatriz subcostal derecha de 25 x 1 cms (v. fs. 365 y fotografías agregadas a fs. 14/18).

El perito explicó que el actor presentó lesión de riñón derecho que debió ser tratado con intervención quirúrgica en la cual se reseco parte de ese órgano (el polo superior) con una evolución favorable. El hombro derecho sufrió una luxación que debió ser reducida, logrando que las estructuras recuperen nuevamente su lugar y posteriormente realizando tratamiento fisiokinesiológico durante cuatro meses. Indicó que las fracturas de los arcos costales 4to y 6to recibieron tratamiento analgésico e indicación de reposo para movimientos de la parrilla costal durante casi dos meses (v. fs. 373). Dijo que el riñón sufrió una disminución de su estructura, perdiendo parte de su anatomía que, conforme al baremo, consiste en un 15% de incapacidad física sobreviniente (v. fs. 374).

Respecto de la cicatriz subcostal, manifestó que es compatible con la intervención quirúrgica a la que fue cometido, y es probable que no desaparezca en el futuro (v. fs. 376).

Concluyó el experto que el actor presenta pérdida orgánica parcial de riñón derecho, con riñón contralateral sano, sin insuficiencia renal y se pondera con 15% de incapacidad física parcial y permanente, como consecuencia del accidente que motiva la litis (v. fs. 382).

El informe fue impugnado a fs. 392 por la citada en garantía, y el perito contestó y ratificó fundadamente su informe a fs.

410/411.

En cuando a la faz psicológica, la perito de oficio dictaminó a fs. 344/356. De la entrevista surge que el actor trabajaba en la Farmacia que es propiedad de su familia, que antes del accidente jugaba con sus amigos al fútbol en un club, pero que en la actualidad debe tener cautela; que juega, pero siempre cuidando el tipo de movimiento que haga con su brazo, ya que desde el accidente el hombro se le sale de lugar, produciéndole dolor hasta que se lo vuelve colocar. Dijo que incluso le ocurre con movimientos sencillos como el que hace para colocarse una campera (v. fs.346). Manifestó sufrir limitaciones también en su vida íntima, particularmente con su novia, agravado además por la presencia de la cicatriz que atraviesa su abdomen. Destacó que dicha cicatriz se ensancha a medida que engorda. Relató que su madre posee problemas psiquiátricos, con antecedentes de internaciones. Dijo haber vuelto al lugar del hecho, pero solo para enseñarle a esquiar a su novia en la parte baja del cerro.

Al relatar lo ocurrido, la víctima hizo hincapié en que, tras el accidente, ya en una salita ubicada en el cerro, no lo podían llevar a la ambulancia para llevarlo al hospital porque había una sola ambulancia, y evaluaron que lo suyo no era una urgencia porque no había sangre ni quebradura expuesta; le decían «la necesitamos acá por si le pasa algo a la mujer del presidente». El médico de la salita le ofreció llevarlo a las 12:30 hs., cuando terminaba su trabajo y regresaba a su casa; lo dejó en la puerta del hospital. Refirió que iba a lo gritos en el coche, por los dolores que sufría (v. fs. 348).

La perito concluyó, en base a los tests y técnicas administradas, que el actor sufre Depresión Neurótica o reactiva Moderada; un estado de ánimo crónicamente depresivo, con sentimientos de inadecuación, tristeza y minusvalía, provocando dejadez e inhibiciones en las esferas de la vida, que se evidencia además en conductas defensivas de aislamiento, reforzando el ensimismamiento evitando el contacto con los otros sociales (v. fs. 350). Estimó que padece un 17% de incapacidad psíquica, correspondiente un 5% a la personalidad previa y un 12% a los sucesos de autos (v. fs. 352). Recomendó un tratamiento psicológico o psiquiátrico, de duración entre tres meses y dos años, con frecuencia semanal, a razón de \$1.500 por sesión (v. fs. 353).

La citada en garantía impugnó el informe a fs. 360/361, frente a lo cual la perito ratificó su informe, fundadamente, a fs.384/389.

Es atinado recordar que todo cuestionamiento a la tarea pericial debe tener tal fuerza y fundamento que evidencie la falta de competencia, idoneidad o principios científicos en que se fundó el dictamen. El juez solo puede apartarse del asesoramiento pericial cuando contenga deficiencias significativas, sea por errores en la apreciación de circunstancias de hecho o por fallas lógicas del desarrollo de los razonamientos empleados, que conduzcan a descartar la

idoneidad probatoria de la peritación, lo que no sucede en autos; máxime si los dictámenes ya citados refieren al carácter permanente de los daños. Siendo ello así y a la luz de lo estipulado en los arts. 386 y 477 del Código Procesal, ya citado, no cabe más que aceptar las conclusiones de los expertos y rechazar las críticas planteadas al respecto.

Dicho esto, en lo atinente a la cuantificación de la incapacidad sobreviniente, entiendo que la indemnización no se determina con cálculos, porcentajes o pautas rígidas. Para supuestos como el de autos el monto indemnizatorio se rige por el actual art.

1746 y conc. del CCyC y queda librado al prudente arbitrio judicial, debido a que se trata de situaciones en que varían diferentes elementos a considerar, tales como las características de las lesiones padecidas, la aptitud para trabajos futuros, la edad, condición social, situación económica y social del grupo familiar, etc., siendo variables los parámetros que harán arribar al juzgador a establecer la reparación. En consecuencia, encontrándose acreditadas las secuelas físicas y psíquicas, teniendo en cuenta los dictámenes periciales, que al momento del siniestro de autos la víctima tenía aproximadamente 23 años, con estudios secundarios completos, empleado de farmacia, en uso de las facultades conferidas por el art. 165 del Cód. Procesal, no habiendo sido apeladas por la actora y por no considerar elevadas las sumas fijadas por incapacidad psicofísica sobreviniente y tratamiento psicológico, propongo su confirmación.

b) En la sentencia de grado se fijó por daño moral la suma de pesos seiscientos cincuenta mil (\$650.000).- Las accionadas solicitan la reducción de la partida.

A fin de cuantificar este ítem deben considerarse los padecimientos y angustias que lesionan las afecciones legítimas de la víctima. Es un daño no patrimonial, es decir, todo perjuicio que no puede comprenderse como daño patrimonial por tener por objeto un interés puramente no patrimonial. También se lo ha definido como una modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, que se traduce en un modo de estar la persona diferente al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial. Se trata de todo menoscabo a los atributos o presupuestos de la personalidad jurídica, con independencia de su repercusión en la esfera económica.

En casos como el de autos, ante los daños permanentes y transitorios ocasionados, el daño moral surge «in re ipsa». En este sentido, la afectación al actor como consecuencia de los hechos por los que reclama, permite considerar la entidad de las perturbaciones de índole emocional o espiritual que se produjeron en su persona y que deben ser resarcidas.

La determinación de su cuantía se encuentra librada al prudente arbitrio judicial, con amplias facultades para computar las particularidades de cada caso. En virtud de estos parámetros y en uso de las facultades que confiere el art. 165 del Cód. Procesal, no habiendo apelado el actor y por no resultar elevada la partida fijada -dado que en la demanda se reclamó lo que en más o en menos surgiera de autos- propondré su confirmación.- c) Los gastos médicos, farmacéuticos, de traslado, de servicio doméstico, administrativos y de medicación se fijaron en la suma de pesos diecisiete mil (\$17.000).

Al respecto se agravió la citada en garantía, quien solo planteó su disconformidad con la partida.

Si bien entiendo que no es necesaria su acreditación a través de recibos o facturas, sí deben guardar relación con las lesiones acreditadas por la víctima, quedando su monto resarcitorio librado al prudente arbitrio judicial. Cuando la asistencia fuera brindada en hospitales públicos o por intermedio de obras sociales, resulta muy frecuente que los pacientes deban hacerse cargo de ciertas prestaciones no amparadas por aquellas.

En virtud de ello, y teniendo en cuenta las constancias agregadas al expediente y el dictamen pericial médico precedentemente analizado, en uso de las facultades conferidas por el art. 165 Cód. Procesal, no habiendo sido apelada por la parte actora, y resultando acordes a las circunstancias, propondré la confirmación de la suma fijada.

V.- Los intereses se fijaron desde el día del accidente (21 de agosto de 2017) hasta el efectivo pago conforme la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, excepto la partida fijada para tratamiento psicoterapéutico, que devengaría intereses a partir de la sentencia.

Esto fue cuestionado por la citada en garantía, quien solicitó la aplicación de una tasa pura equivalente al 6% anual desde el hecho hasta la sentencia por considerar que los importes fueron fijados a valores actuales.

En el tema intereses, tratándose de una consecuencia no agotada de la relación jurídica que diera origen a la demanda (art. 7 CCyCN) corresponde confirmar los intereses a la tasa activa desde el momento del hecho y hasta el efectivo pago, pues por imperio del art. 768 del Cód. Civil y Comercial, la tasa para liquidarlos nunca podrá ser inferior a aquella, ya que ante la falta de pago en tiempo y dada las actuales circunstancias económicas, otra solución iría en desmedro del principio de reparación plena del daño causado al cual se refiere el art. 1740 Cód. Civil y Comercial ( conf. CNC Sala B, »Cisterna c/ Lara s/ ds. y ps.» del 9/11/2017 , en RCyC n° 4, abril 2018 , pág.209).

Nótese que, si bien el BCRA no ha reglamentado una tasa de interés moratorio para estos casos, judicialmente se ha suplido dicha omisión. Con anterioridad a la vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, regía el art. 622 del CC, y la doctrina emanada del fallo de esta Cámara en los autos «Samudio de Martínez c/ Transporte Doscientos setenta SA s/ daños y perjuicios» del 20/4/2009 por la cual correspondía aplicar intereses moratorios a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, desde la mora hasta el efectivo pago. Su aplicación tenía lugar aun cuando el juez estimara ciertos rubros indemnizatorios a valores actuales para preservar en equidad el carácter resarcitorio de la indemnización, pues ello no significaba que los jueces actualizaran los montos de la demanda o aplicaran índices de depreciación monetaria que se encontraban prohibidos desde la sanción de la ley 23.928 (1991).

Si bien el fallo preveía como excepción que su aplicación en el período transcurrido hasta el dictado de la sentencia, implicara una alteración del significado económico del capital de condena que configurara un enriquecimiento indebido, en mi criterio para que ello resultara

procedente debían darse ciertos supuestos, como ser la derogación de las leyes como la aludida 23.928- mantenida en el art.4° de la ley 25.561 – que prohibían toda indexación, actualización monetaria o repotenciación de deudas; y la existencia de otros recaudos que debían solicitarse y acreditarse debidamente por el interesado, como ser la coexistencia de enriquecimiento de una parte y empobrecimiento de la otra, relación causal entre ambos, e inexistencia de una justa causa que avalara la variación operada entre los patrimonios del deudor moroso y del acreedor que altere el significado económico del capital de condena, por aplicación de una tasa distinta a la activa en el cálculo de los intereses moratorios (conf. fundamentos que suscribí en el plenario mencionado ; también CNC Sala K, «Hausbauer c/ Iriarte» del 8/7/2013 en LL Online AR/JUR/41876/2013).

De modo que desde antes de la vigencia del nuevo Código Civil y Comercial sostenía la aplicación de la tasa activa para todas las partidas indemnizatorias, desde el hecho – en que se produjo la mora – hasta el efectivo pago, sin que la fijación de partidas indemnizatorias a valores actuales importe un extremo que obste a la aplicación de la doctrina «Samudio».( ver también CNCivil Sala H, «S.,N c/ E del C y otros s/ da. Y pj» del 15/2/2016 en La Ley Online, AR / JUR / 5218 / 2016).

Sin perjuicio de entender que las partidas se fijaron a valores históricos, y no habiendo apelado la parte actora, entiendo que corresponde confirmar todo lo dispuesto por la jueza en cuanto al cómputo de intereses de intereses.-

VI.- Por último, en la instancia de grado se declaró inoponible a la actora el sublímite de cobertura de \$ 750.000 opuesto por la citada en garantía, Prudencia Compañía Argentina de Seguros Generales, respecto de quien se hizo extensiva la condena.Se difirió la restante para la ejecución de sentencia y se admitió la franquicia denunciada por la aseguradora.

Sobre la inoponibilidad del sublímite se agravió dicha citada en garantía, solicitando se declare oponible a la víctima.

En primer lugar diré que en función de lo dispuesto por el Decreto N° 917/2015 de la Provincia de Neuquén que rige la actividad de los Centros de Esquí de esa Provincia, existe la obligación de contratar un seguro por daños a terceros, sin perjuicio que los límites de cobertura puedan variar en función de los ítems allí indicados.( ver capítulo XI, art. 55 en delante de ese decreto).De modo que estamos, en el caso, frente a un seguro obligatorio para la actividad.

En el seguro por responsabilidad civil, la obligación principal que asume el asegurador consiste en mantener indemne al asegurado. El riesgo asegurado está constituido por la eventualidad de un daño en el patrimonio del asegurado. El interés asegurable es la indemnización del daño derivado de una deuda de responsabilidad. El asegurado contrata para quedar relevado por el asegurador de las consecuencias dañosas de su obrar antijurídico; aquella obligación es a favor del asegurado.

El tercero damnificado tiene un derecho al resarcimiento frente al asegurado como consecuencia del hecho lesivo, y es este crédito el que tiene privilegio sobre la suma debida por el asegurador. La víctima resulta ser la destinataria del pago de la indemnización; este es el propósito querido por la ley de seguros en virtud de la función social del contrato de seguro;



de lo contrario quedaría desprovista de toda tutela (conf. Morandi Juan Carlos, «Estudios de Derecho de Seguros», pág.414 y ss., citado en el fallo mencionado «ut supra»).

Ante la exigencia de la contratación de un seguro por responsabilidad civil, no puede desnaturalizarse su destino con los límites de aseguramiento mencionados, los cuales podrían dejar sin cobertura asegurativa a la víctima.

La adopción de una solución diferente a la brindada, podría llevarnos a la conclusión de que existieran casos en que el damnificado quedara sin posibilidades de ejecutar a la citada en garantía como consecuencia de esta cláusula, implicando con ello una exoneración de responsabilidad, circunstancia que en mi criterio no puede concebirse.

A la misma solución arribó esta Sala en los autos «Figueredo, Juan Alfonso c/ Visciglia, Darío s/ daños y perjuicios» (exp. n° 85.646/09) del 8 de marzo de 2.013; «Sosa, Miguel Ángel c/ Alegre, Emanuel s/ daños y perjuicios» (exp. n° 29.839/2.009) del 12 de julio de 2.012 con voto preopinante del Dr. Liberman al cual adherí oportunamente y «David, Adriana Jéscica c/ Caputo, A. y otros s/daños y perjuicios (acc. tran. c/les. o muerte)» (expte. n° 91.373/2.010).

Además, las cláusulas limitativas de responsabilidad en materia de seguros, especialmente aquéllas que delimitan el riesgo asegurable, en tanto cláusulas de no seguro, deben ser nuevamente evaluadas en sus efectos, respecto de la víctima del siniestro, considerando que la ley de seguros 17.418 ha sido afectada por las modificaciones de la ley de defensa del consumidor 24.240 y sus modificaciones (ley 26.361), y la reforma constitucional del año 1.994 al art. 42 de la Constitución Nacional. De modo que resulta claro y evidente la trascendencia que tienen estas últimas normas en toda la temática de los consumidores, en general, y en los consumidores de seguros en particular (conf. Sobrino, Waldo A.R. en «Consumidores de Seguros – Aplicación de la ley de defensa del consumidor a los seguros» en RC y S n° 6 junio – 2.011, pág.6 y sgtes.).

No sólo el principio de reparación integral se ha visto reforzado por la normativa sino del juego armónico de esas leyes surge que el seguro de responsabilidad tiene como objetivo exclusivo excluyente y único la protección de la víctima de un siniestro. De esta forma la víctima debe considerarse también un consumidor de seguros (art. 1°, ley 26.361) dado que si bien no fue parte en la firma del contrato, utiliza los servicios derivados del mismo; es un tercero beneficiario que debe ser considerado consumidor (conf. Lorenzetti, Ricardo L. en «Consumidores», pág. 89, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2.003).

La normativa señalada, afectó seriamente el principio de relatividad de los contratos (art. 1°, ley 24.240, respecto del art. 1195 y 1198 del Cód. Civ il) y de la autonomía de la voluntad (art. 1°, 35, 65 y complementarios de la ley 24.240 respecto del art. 1197 Cód. Civil) y la interpretación del convenio se hará siempre en el sentido más favorable al consumidor (art. 37 ley 24.240) considerándose también que las entidades aseguradas son «consumidores» de seguros, con presunción «iure et de iure» de debilidad contractual y donde el contrato de seguro es concebido como «contrato de adhesión» y/o como «contrato autorizado» ya que al estar autorizado por el Estado se supone de acuerdo a las previsiones de la ley 17.418, 24.240 y art. 42 de la Constitución Nacional (conf. Sobrino, Waldo, en «Consumidores de Seguros .» ya citado; RC y S n° 6 junio – 2.011, pág. 15 y sgtes., doctrina y jurisprudencia allí citada.

A ello cabe agregar lo expresado por mi colega Dr. Liberman en sus aclaraciones al votar en los autos «Correa c/ Expreso s/ daños y perjuicios», expte. nº 65.088 (41.233/02), en cuanto a que el efecto relativo de los contratos no es una defensa que permita dañar con inmunidad a terceros. Los contratos pueden afectar indirectamente a otros, con una tendencia a no asumir las externalidades negativas. Es entonces el Estado el que regula esas externalidades poniendo límites más o menos extensos al programa contractual (conf. Lorenzetti, Ricardo L., «Las normas fundamentales de Derecho privado», Rubinzal – Culzoni Editores, 1995, pág. 464).

Las empresas de seguros, generan con su actividad empresarial una cadena de comercialización y han contribuido a la generación de una actividad de riesgo, con las inherentes responsabilidades que surgen del art. 42 de la Constitución nacional, y 40 de la ley 24.240.

Además, la actividad empresarial de la demandada impone la obligatoriedad de contar con seguro de responsabilidad civil sin franquicia para las víctimas, y en especial si -como en autos hay daños personales. Los daños producidos ilegítimamente por el asegurado son la causa de la obligación de abonar de la aseguradora, y los límites al interés asegurable deben ser razonables para merecer respeto. Pese a encontrarse cuestionadas desde hace muchísimo tiempo, las aseguradoras -en estos autos como en otros muchos- no han intentado siquiera probar su irresponsabilidad actual, fundándose sólo en la existencia del límite de cobertura.

Por su parte, Sobrino entiende que son consumidores de seguro tanto el asegurado cuanto el damnificado (Sobrino, Waldo A. R., «Seguros y Responsabilidad Civil», Ed. Universidad, Buenos Aires, 2003, pág. 25, con cita de Caballero Sánchez, y pág. 31; ver nota 41 en que cita al mismo). Y afirma que «la tésis de la ley es muy clara: si el seguro es obligatorio, ello implica que se quiere proteger a la víctima» (op. cit., pág. 35) de modo que se va aceptando cada vez con más generalidad que el seguro cumple una importante función social, es un mecanismo de protección social para garantizar alternativas de reparación (conf. Halperin, Isaac: Prólogo a la primera edición, en Halperin – Barbato, «Seguros.», ed. LexisNexis, 3a. ed. act., 2001, pág. XII; Morandi, «Estudios.», cit., pág. 386 y sig.; Trigo Represas, L.L. 2007-B, 995, y citas en nota 30; Pagés Lloveras, L.L.2004-E, 1459 y citas de Gabriel Stiglitz y Echevesti, y Ghersi en nota 21).

Ello, con mayor razón si se repara en el criterio actualmente adoptado por la Superintendencia de Seguros de la Nación, al sancionar la nueva normativa aplicable a partir de Septiembre/2016 (ver Resolución 39927).

Por todas estas consideraciones, tratándose de un seguro obligatorio vinculado a las actividades de sky y snowboard, no puede dejar de tener una función social y el criterio de asegurar una reparación integral especialmente si median daños personales. Por ello entiendo que debe confirmarse lo decidido por la magistrada, en cuanto declara inoponible a la parte actora, el sublímite de cobertura de \$ 750.000 opuesto por la citada en garantía.

VII.- En suma, si mi voto fuera compartido, propongo al acuerdo: 1) Confirmar la sentencia de grado en todo lo que decide y fue materia de agravios; 2) Imponer las costas de la alzada a las accionadas apelantes, por resultar sustancialmente vencidas (art. 68 CPCC).

El Dr. Liberman dijo:

Que adhiere al preciso voto de la Dra. Pérez Pardo y remite a mayor abundamiento, en lo referente a los límites de cobertura en seguros obligatorios, a lo que expusiera en «Papagno c. Lado». (CNCiv., Sala L, 19-9-2017; el Dial AAA292; 26-10-17; RCyS. 2017-XI, 241; L.L. on line AR/JUR/63864/2017), «Drammis c. Mottion» (seguros de RC en construcción), entre otros.

Por razones análogas a las de la Dra. Pérez Pardo, la Dra. Iturbide vota en el mismo sentido.

Con lo que terminó el acto.

Marcela Pérez Pardo

Víctor Fernando Liberman

Gabriela Alejandra Iturbide.

María Claudia del C. Pita

Secretaria de Cámara

Buenos Aires, de octubre de 2020.

Y VISTOS: lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo precedentemente transcrito el tribunal decide: 1) Confirmar la sentencia de grado en todo lo que decide y fue materia de agravios; 2) Imponer las costas de la alzada a las accionadas apelantes, por resultar sustancialmente vencidas (art. 68 CPCC).

Regístrese, notifíquese y devuélvase.- Se difiere la regulación de honorarios por la actuación en la alzada para una vez que se haya efectuado la de primera instancia y exista liquidación definitiva.

Hácese saber que la eventual difusión de la presente sentencia está sometida a lo dispuesto por el art. 164. 2º párrafo del Código Procesal y art. 64 del Reglamento para la Justicia Nacional.

Marcela Pérez Pardo

Víctor Fernando Liberman

Gabriela Alejandra Iturbide