

En la ciudad de General Roca, a los 29 días de septiembre de 2014. Habiéndose reunido en Acuerdo los Sres. Jueces de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro, con asiento en esta ciudad, para dictar sentencia en los autos caratulados: "PARDO YESICA VERONICA C/ GARCIA JORGE Y GARCIA JOSE LUIS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (Ordinario)" (Expte. N° 33600-09), venidos del Juzgado Civil nro. 5, previa discusión de la temática del fallo a dictar, procedieron a votar en el orden de sorteo practicado, transcribiéndose a continuación lo que expresaron:

EL SR. JUEZ DR. GUSTAVO ADRIAN MARTINEZ DIJO: 1.- Llega el expediente a los efectos de resolver los recursos que contra la sentencia definitiva de primera instancia de fecha 12/02/2014 obrante a fs. 233/239, interponen los demandados Jorge y José Luis García y la actora.-

Los primeros expresan agravios en la pieza glosada a fs. 263/265, contestada por el apoderado de la aseguradora en su presentación de fs. 273/276 y por la actora a fs. 278/280; mientras que esta última expresa agravios a fs. 266/271, los que son contestados solo por la aseguradora en la pieza referida.-

1.2.- Los demandados Jorge y José Luis García, que no se hicieron parte antes del dictado de la sentencia, se quejan no solo de la no extensión de la condena a su aseguradora, sino también la atribución de responsabilidad a ellos, cuestionando en relación a esto último lo que consideran un apartamiento de lo decidido en sede penal y asimismo lo que califican como una arbitraria interpretación de la prueba colectada.-

Por su parte la actora, a quien en mayor grado la sentencia de primera instancia le fue favorable, se agravia también por la no condena de la aseguradora y cuestiona asimismo la indemnización reconocida en el grado por los rubros "incapacidad sobreviniente" y "Daño moral", que considera bajas.-

1.3.- Dado que –como se dijo- los Sres. Jorge y José Luis García no contestaron la demanda y comparecieron a juicio luego del dictado de la sentencia apelando la misma, entiendo atinado que antes de abordar el cuestionamiento vinculado a la atribución de responsabilidad que estos realizan, tratemos lo referido a la exclusión de la aseguradora de la sentencia de condena, desde que de confirmarse lo resuelto al respecto en primera instancia, las defensas opuestas por la aseguradora en su oportunidad no podrían ser invocadas por estos, mientras que de lo contrario, sí les beneficiarían.-

2.1.- El primer cuestionamiento que debemos abordar entonces y resulta común a ambos apelantes, es el atinente a la validez y/u oponibilidad a la víctima del siniestro, de

las cláusula del contrato de seguro que excluye la responsabilidad de la aseguradora cuando quien conduce no posee carnet o la correspondiente habilitación administrativa para ello, habiéndose en la instancia de grado eximido de responsabilidad a la aseguradora.-

Se enmarca ello en uno de los temas más controvertidos en materia de responsabilidad por accidentes de automotor, cuyo abordaje no puede hacerse mediante una visión acotada al derecho de seguro y las principios tradicionales del derecho civil vinculados a la autonomía de la voluntad y relatividad de los contratos que en muchos casos estimo que es lo que acontece, sino que es necesario una interpretación más amplia e integradora del ordenamiento jurídico, incorporando la ley nacional de tránsito –en particular el seguro obligatorio de responsabilidad civil- y el régimen consumeril, que irrumpe con más fuerza en la materia, luego de la reforma introducida por la ley 26.361, al expresamente extender la protección -de indudable base constitucional, art. 42 CN- no solo al consumidor directo, sino a aquél tercero expuesto a la relación de consumo, al que la doctrina ha dado en llamar “bystander”.-

Incluso tampoco pueden estar ausente en el debate, cuestiones que están más allá de lo estrictamente jurídico, tal las que se vinculan con valores como el de solidaridad social o la búsqueda de eficacia en el abordaje económico y social del problema derivado del tráfico automotor y los daños que -sabido es- repercuten en los más diversos ámbitos como el sistema de salud, el de seguridad social y la estructura productiva del país o la economía misma.

Se debe ser muy cuidadoso desde la jurisdicción respecto de las soluciones que se adopten para, sin llegar a avanzar en lo que constituyen facultades privativas de los poderes políticos y especialmente del legislativo, de la interpretación del ordenamiento jurídico que se realice, se llegue a soluciones justas para cada caso acotando los riesgos de abrir espacios para prácticas inconvenientes, como las que hemos visto y expuesto en relación al seguro obligatorio de responsabilidad civil que desnaturalizan el instituto, con inocultable perjuicio para la comunidad toda.-

2.2.- Un precedente señero en la materia, cuyos fundamentos comparto en casi toda su extensión y no podemos soslayar, lo es el resuelto por la Suprema Corte Mendocina en la causa “Rojas Rolando c. Cooperativa de Seguros Huarpe” del 24/05/1988 a partir del voto rector de la Dra. Kemelmajer de Carlucci (La Ley online cita AR/JUR/1383/1988), aunque cabe recordar que para esa época no estaba vigente el seguro de automotor obligatorio impuesto por el art. 68 de la ley 24.449, como así también no

se había estructurado el régimen de Defensa del Consumidor, de manera que la excelsa jurista en esencia aborda la cuestión a partir de las disposiciones de la Ley de Seguros. Así también cabe referir que el tema se resolvió en el marco de un reclamo formulado por el asegurado a su aseguradora y no por un tercero víctima de un siniestro, supuesto en el cual, tal como me explayaré luego, la solución que propugno cobra mayor justificación.-

Entre otros conceptos, sostuvo en tal oportunidad la Dra. Kemelmajer que: "...el seguro contra la responsabilidad civil tiene por objeto mantener indemne el asegurado por lo que la justificación de la asimilación contenida en la exposición de motivos, no obstante las tendencias contrarias de la legislación comparada actual, es prueba bastante de que sólo la culpa Personal del asegurado puede liberar a la aseguradora y no la de terceros por quien éste debe responder, pues tratándose de culpa de éstos no se dan razones ni jurídicas ni morales que justifican la "liberación" o el "no seguro" (sea cual sea la figura en la que se encuadre el caso (...)) Nadie niega que el contrato de seguros es un típico contrato con cláusulas predispuestas, en el que aparecen condiciones negociales generales y particulares. Hay que recordar, no obstante, que la ley de seguros clasifica sus normas en cuatro categorías: a) norma total o parcialmente inmodificable acorde con su texto o con su naturaleza; b) disposiciones que no pueden modificarse en ningún sentido, ni en favor del asegurado; c) disposiciones que sólo pueden ser modificadas en beneficio del asegurado y d) normas supletorias {para esta cuestión, ver entre muchos Stiglitz, Rubén, "La póliza. Condiciones particulares y generales", Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, 1980, núms. 53 y siguientes). El art. 114 de la ley de seguros se encuentra entre las numeradas bajo la letra c), es decir, aquellas que sólo pueden ser modificadas "en favor" del asegurado. Es evidente que la extensión contenida en la cláusula 29 de las condiciones generales "perjudica" al asegurado, pues extiende el efecto liberatorio (o el no seguro) no sólo al caso de culpa grave del "asegurado" sino del "conductor" que no tiene con el asegurado relación de dependencia laboral (...) El art. 1197 del Cód. Civil encuentra en el art. 158 de la ley de seguros un valladar legal para su aplicación. Es que en realidad el art. 158 de la ley de seguros es la "clave de bóveda" de todo el sistema regulatorio del contrato de seguros, al suministrar una clasificación de las normas que contiene. Que el art. 70 no esté enunciado entre las normas inderogables y sea éste artículo el mencionado en la póliza no modifica el razonamiento. Precisamente, la cláusula 29 podría ser válida para otros seguros que no sean el seguro de responsabilidad civil; en éste, en cambio, no pueden ser extendidos los

alcances del art. 114 en perjuicio del asegurado, pues justamente, estamos en la órbita del llamado "seguro de la culpa". No desconozco algún fallo jurisprudencial que ha declarado válidas tales cláusulas (ver, en tal sentido CNCom., sala C, 17/12/82, ED, t. 103, p. 683, con erudito voto del doctor Anaya) tampoco un sector doctrinal que lo apoya (ver Wetzler Malbrán, Alfredo R. "Culpa grave del asegurado y del conductor en el seguro de responsabilidad civil". E.D., t. 98, ps. 1013 y sigtes.), pero en mi opinión esta posición doctrinal contradice abiertamente el texto del art. 158 de la ley de seguros; lo absolutamente cierto es que la póliza, si se pretende aplicarla a un seguro contra la responsabilidad civil, se aparta de una norma imperativa (conf. Stiglitz, Rubén., ob. cit., "El siniestro", p. 187, núm. 68) (...) No empece a lo expuesto el que las condiciones generales de la póliza hayan sido aprobadas por la Superintendencia General de Seguros. No es ajena la discusión que sobre el tema ha existido en el derecho comparado; es verdad que autores de la jerarquía intelectual de Ascarelli, Zanobini, Polo, etc., han sostenido que la aprobación administrativa convierte a las condiciones generales en normas jurídicas vinculantes para la empresa y para quienes con ella contratan. No obstante, la solución que propongo no se encuentra huérfana de apoyo doctrinal. Así García Amigo, ("Condiciones generales de los contratos", Rev. de Derecho Privado., Madrid, 1969) De Castro Bravo, Federico ("Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes", p. 15, 2ª., Ed. Civitas, Madrid), etc. explican que la aprobación administrativa sólo significa que el órgano administrativo no tiene nada que oponer a dichas condiciones generales, pero esta función de vigilancia preventiva, no supone una delegación de facultades que permita, sin más, elevar el plano legislativo las condiciones generales redactadas por una empresa, ni que les dé eficacia para derogar las disposiciones legales imperativas que la contradiga. Sí podría sostenerse que la aprobación de las condiciones generales convierte a éstas en cláusulas "Administrativamente" vinculantes para el asegurador, pero nunca para el asegurado. Este es el criterio, según los mencionados autores, de los Superiores Tribunales de España y Alemania (Conf. en lo fundamental Stiglitz, Rubén S., y Stiglitz, Gabriel, "Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor", p. 249, Ed. Depalma, Buenos Aires 1985). La doctrina a la que adhiero fue expuesta hace más de 40 años, por aquel gran civilista que fue Julio Dassen; hoy podrían repetirse sus conclusiones: "El seguro de la responsabilidad civil es una institución que está aún en pleno desarrollo. Su historia nos enseña que muchas soluciones que en un momento dado parecieron excesivas a la dogmática, terminaron por imponerse y por encontrar la

doctrina que les dio fundamentación jurídica. Una nueva etapa de esa evolución ha de ser, a mi juicio, la prohibición de que el asegurador pueda pactar como causa de caducidad la culpa del asegurado, de cualquier intensidad que sea, por lo menos en materia de daños producidos por automóviles" (Dassen, Julio, "El seguro de responsabilidad civil y la violación de leyes y ordenanzas por el asegurado" J.A., 1945-I, ps. 645 y siguientes).-

2.3.- Por cierto que el cimero tribunal mendocino, también con voto rector de la Dra. Kemelmajer de Carlucci, variará en gran medida el criterio –aún cuando sostiene que lo hace por las diferencias del caso-, en un pronunciamiento del 9/06/2003 en la causa "Lucero c. Martínez (La ley on line AR/JUR/2999/2003). No comparto que haya existido tanta diferencia entre una causa y la otra como expone la distinguida civilista, sino más bien un cambio en la línea jurisprudencial que precisamente parte de la distinción entre causales de caducidad y supuestos de no seguro –la línea argumental en la que se enrolan en autos la sentenciante y la aseguradora- , y que no me parece pueda tener cabida al menos en supuestos como el que nos ocupa en que no debe olvidarse la finalidad del seguro de responsabilidad establecido obligatoriamente para los seguros y las directivas del sistema de protección del consumidor y sujetos expuestos a las relaciones de consumo.-

Esta diferenciación eminentemente elaborada por la doctrina y no surgida de la ley, auspiciada en gran medida por los foros más vinculados a las aseguradoras frente a lineamientos como el expuesto en el primero de los fallos que citara de la corte mendocina y otros en similar sentido, ingresa en una sutil diferenciación de las causales de exclusión de responsabilidad de las aseguradoras, para que se considere que ya no se está frente a los supuestos de culpa grave que no podrían ser variados por imperativo de la propia ley, sino en riesgos no cubiertos conforme los términos del contrato, lo que además de abrir la brecha para que por esa línea y la falta de un eficaz control del negocio de seguros por parte de la autoridad de aplicación, aumenten considerablemente los casos en que a la postre las aseguradoras eludan responsabilidades cuando lo que el legislador ha querido es brindar la más amplia y efectiva protección a las víctimas de los siniestros emergentes la circulación de automotores.-

2.4.- En sintonía con la posición que hemos venido sosteniendo, se puede citar el voto del también muy prestigioso civilista Claudio Kiper, quien como integrante de la sala H de la Cámara Civil de la Capital, en la causa "Moguilevsky, Jacobo c. Beltrán" (sentencia de fecha 3/12/2007, La Ley online cita AR/JUR/10265/ 2007), con la

adhesión del también reconocido doctrinario Jorge A. Mayo y el Dr. Giardulli, sostuviera: “Ha resuelto esta Sala que cuando el vehículo es conducido por quien carece de registro habilitante, se produce contractualmente un supuesto de inexistencia de cobertura y no puede la víctima pretender que la condena alcance a la aseguradora que, al momento del accidente, carecía, por ese motivo, de vínculo con el responsable. Se trata de un supuesto de limitación del riesgo o no seguro, donde también resultaban extrañas las consideraciones relativas a la función social del seguro y a la protección de la víctima (26/12/1996, Herrera, Verónica c/Portillo, Nélica s/daños y perjuicios; en el mismo sentido, sala E, 2/7/1998, Álvarez, Atilio y otros c/Pérez, Perfecto; SCJ, Mendoza, Sala I, 9/6/2003, Martínez Hnos. y ot. en J° 102.251 Lucero, Oscar Ramón c. Raúl Alberto Martínez; SCBA, 2/5/1989, LA LEY, 1989-E, 129; 15/5/1990 LA LEY, 1990-D, 356). También decidió esta Sala que la responsabilidad del asegurador no se extiende más allá de la convención por el hecho de que el perjuicio esté ubicado en el patrimonio de un tercero. Es con ese fundamento que se ha admitido la defensa de la aseguradora por la falta de registro habilitante en el conductor a la fecha del siniestro, cuando la póliza contiene una cláusula de exclusión de cobertura en las condiciones generales (24/6/1994, Acosta, Félix Rafael c/ Dellepiane, Héctor s/Daños y Perjuicios). Se afirma que la carencia de un carné de conductor implica asumir un riesgo adicional, que no puede ser cubierto por la aseguradora sin debilitar significativamente la ecuación económica del contrato. Ello porque se procura evitar que el automotor sea conducido por quien es inepto para ello, pues de lo contrario se incrementaría el riesgo, favoreciendo la protección patrimonial de una conducta generadora de severo peligro para la sociedad (Stiglitz, Rubén, Derecho de seguros, I, p. 236)”. Pero tras ello expone: “Sin perjuicio de lo expuesto, un nuevo examen de la cuestión me lleva a apartarme de dichos precedentes. Adhiero al criterio sentado por la Sala L en cuanto la falta de la licencia para conducir es una cuestión administrativa de importancia y en determinados casos puede vincularse con una actitud de infracción reglamentaria, pero no excluye la cobertura de la compañía aseguradora (CNCiv., sala L, 23/9/1996, Giuliani, Mario y otro v. Khafif, Issac y otros, JA 1998-IV, síntesis). El damnificado demandó al propietario del automóvil causante del hecho generador del ilícito conforme al art. 1113 CC. y citó en garantía a la aseguradora en virtud del contrato que cubre la póliza que tiende a amparar al patrimonio del asegurado, así como por implicancia, los daños de la víctima. La exclusión se opuso, en mérito de las condiciones generales de la póliza, por cuanto quien conducía el móvil carecía de registro habilitante. Debo hacer hincapié en

que la asegurada -propietaria del vehículo- no se halla incurso personalmente en la causal que importaría la exclusión de la cobertura, sólo debería responder de ella ante la aseguradora a mérito de la cláusula contractual pero no podría volverse contra el damnificado, contra quien tal defensa resulta inoponible. La excepción no tiene los mismos efectos frente a la relación aseguradora tercero víctima. Esta última es notoriamente ajena al elemento subjetivo; una reiterada jurisprudencia ha venido sosteniendo que las cláusulas de caducidad contenidas en una póliza de seguro, son de interpretación restrictiva; únicamente el asegurador puede invocarlos o ampararse en ellos cuando demuestre que el asegurado ha obrado con manifiesta y grave conducta en la que no hubiera incurrido de no mediar el seguro (CNEsp. Civ. y Com., sala 5ª, 19/3/1985, Del Grosso, Jorge A. v. Mulet, Armando, JA 1985-III, síntesis). Constituye principio recibido en el derecho de seguros que en caso de duda acerca de la extensión del riesgo, debe estarse por la obligación del asegurador, habida cuenta de que es quien se encuentra en mejores condiciones para fijar precisamente y de manera indubitada la extensión clara de sus obligaciones, sin que pueda pretender crear en el espíritu del tomador la falsa creencia de una garantía inexistente (CNCom., sala C, 17/05/1984, Bourre, Jorge c/Arco Iris Coop. de Seguros Ltda.). Ocurre que si bien, por regla, si existe razón probada por la aseguradora para excluir la cobertura del asegurado, es oponible a terceros, es decir, a la víctima, pues el seguro no desplaza la responsabilidad del dañador, sino que simplemente se constituye en tercero pagador, cuando el seguro es obligatorio, como es el caso de los automotores (art. 68, ley 24.449), la cuestión es diferente. Tal obligatoriedad hace que la aseguradora no pueda oponer al dañado las cláusulas contractuales de exclusión porque la ley ha tutelado un interés superior que es, precisamente, en materia de accidentes de tránsito, la reparación del daño a terceros (Gherzi, Carlos, Contrato de seguro, Astrea, 2007, ps. 239/40).-

2.5.- Enfatizo en esta línea lo que expusiera –aún cuando referido a otro tipo de cláusulas de seguro- en la sentencia de fecha 16/04/2013 del Expte. CA-21109 respecto de la finalidad y fundamento del seguro obligatorio de responsabilidad civil: “Puede decirse que en prieta síntesis, el planteo que realiza el quejoso finca en que no existe en nuestra legislación un seguro obligatorio para accidentes en la circulación y que el seguro contratado por el demandado está establecido en favor del asegurado y no de los terceros ajenos a la relación contractual, más allá que los mismos pudieran verse beneficiados con la exigencia impuesta por la Ley de Tránsito de contratar un seguro de responsabilidad frente a terceros respecto del que solo exige con rigurosidad que su

vigencia fuere de un año. No puede ser esa la interpretación de la exigencia legal del seguro establecida por el artículo 68 de la ley 24449. Si la obligatoriedad hubiere tenido en miras al tomador del seguro, francamente sería inconstitucional en tanto la persona debe tener la más amplia libertad para poner o no su patrimonio a resguardo de los distintos riesgos a los que se ve sometido a diario (arg art. 19 de la Constitución Nacional), mas no tiene igual libertad, cuando se trata del riesgo para la persona y bienes ajenos. Se parte del carácter riesgoso del tránsito vehicular y se tiene en miras la protección de todos aquellos a quienes se les impone tolerar el mismo, regulándose las condiciones para la circulación, brindando además una garantía para la hipótesis de lesión a la persona o bienes de estos. Y el hecho que la ley no hubiere ingresado en la determinación de las sumas asegurables, delegando ello en la Superintendencia de Seguros, no permite validar la autorización por parte de ésta de cualquier tipo de franquicias o la existencia de sumas asegurables mínimas que lejos están de las que de ordinario reconoce la jurisdicción, pues transformaría aquél seguro obligatorio en una mera formalidad, inadecuada para cumplir los fines que la ley tiene en miras. No se trata de que el conductor lleve un simple comprobante de la contratación de un seguro de responsabilidad civil, sino que en su circulación ofrezca a los terceros la garantía de contar con el respaldo de una compañía aseguradora para la hipótesis probable de causar daño en una actividad eminentemente riesgosa. Pero por otra parte, fundamentalmente a través del régimen consumerista, aunque sin mengua del valor de otras herramientas legales, el Estado, incluyendo obviamente a la Jurisdicción, debe desalentar las malas prácticas del mercado que afectan el progreso y generan situaciones de injusticia, como ocurre con el desarrollo por parte de algunas aseguradoras de pólizas de responsabilidad civil que lejos están de cubrir adecuadamente los riesgos con perjuicio para aquellos que no han tenido ninguna oportunidad de elección. Estos seguros con franquicias y límites indemnizatorios por demás insuficientes, que se promocionan con primas más bajas que los restantes -aunque no tan bajas como limitadas son sus prestaciones-, son una realidad que no es posible permitir y mucho menos alentar con decisiones jurisdiccionales que las hagan oponibles a aquellos que han resultado absolutamente ajenos a la contratación y en cuyo beneficio el legislador ha establecido el seguro obligatorio”.

2.6.- A lo que cabe agregar la primacía del régimen consumeril y la reforma que a la ley 24.240, realizara la ley 26.301, en tanto como bien expuso la Dra. Mariani en dicha causa, la víctima puede ser considerada como aquella persona que "...de cualquier

manera está expuesto a una relación de consumo" conforme el art. 1° de la ley.-

2.7.- El titular de las cátedras de Civil Parte General y Obligaciones de la UBA, Oscar Ameal, como integrante de la Sala K de dicha cámara nacional, en su voto en la causa "Rumi c. Liotto" (sentencia de fecha 29/12/2005, La Ley online cita AR/JUR/8642/2005) señaló: "Sobre el particular es necesario tener presente la función social que le corresponde a la aseguradora de cara a la reparación del daño injustamente padecido por la víctima. El Derecho, como ordenamiento social justo, debe privilegiar las ideas contemporáneas que giran en derredor de un criterio solidarista que tiende a posibilitar la realización individual en un contorno social. En tal sentido resulta egoísta desentenderse de la desgracia ajena, priorizando intereses economicistas, dejando de lado la reparación del daño injustamente padecido. El derecho de daños, en su concepción actual, protege al débil y por ende a la víctima; en esa dirección destaca la función social del seguro, como instituto adecuado a la idea solidarista. En tal sentido el daño individual resulta distribuido entre todos los asegurados, procurando que la víctima obtenga una condigna reparación del perjuicio sufrido, sorteando la eventual insolvencia del autor del daño. No se trata, simplemente, de hallar sujetos a quienes exigirles la indemnización, sino que el perjudicado sea satisfecho en su reclamo. La actual difusión del seguro, entre otras razones, se fundamenta en el resguardo a la víctima; por lo que para ciertas actividades máximamente peligrosas, o que, estadísticamente, tienen gran operatividad en la generación de perjuicios, como ocurre en el caso de daños causados por automotores, se recomienda la necesidad de contratar seguros obligatorios (art. 68, ley 24.449). Si la falta de carnet posibilitara la liberación de la compañía aseguradora que, normalmente impone tal cláusula al asegurado, se llegaría a la incongruencia que dicha carencia es una circunstancia irrelevante para excluir la responsabilidad del autor, en tanto que no lo es a los efectos de la liberación de la citada en garantía (...) La falta de licencia, por otra parte, es una cuestión administrativa, que podría constituir una infracción reglamentaria, pero nunca puede excluir la cobertura de la compañía aseguradora (Conf. Cámara Nacional en lo Civil, Sala L, "Giuliani María c. Khafif, Isaac s/ sumario"). No es concebible tal exclusión en un régimen de seguro obligatorio (art. 68 Ley 24.449) que en una materia como lo es la relativa a accidentes de tránsito, tiene especialmente en cuenta la más amplia tutela de los intereses de las víctimas, en lo relativo a la reparación efectiva del daño que se les ocasiona injustamente".-

2.8.- En un interesante fallo que cita uno de los recurrentes, la Corte Suprema de San

Juan en fecha 7/6/2011, en causa “Godoy c/ Dávila” (La Ley online cita AR/JUR/34342/2011), aborda también la temática que nos ocupa en la misma línea que propicio.-

2.9.- No he de soslayar los precedentes de nuestro Superior Tribunal de Justicia que cita el representante de la aseguradora al contestar los agravios, aún cuando cabe recordar que conforme el art. 43 de la ley K 2430, lo que resulta obligatorio para los demás órganos jurisdiccionales de la provincia, es considerar la doctrina emergente de los precedentes del Superior, abriendo así por consiguiente la posibilidad de apartarse fundadamente de la misma.-

Cita éste lo resuelto con fecha 17/02/2011, por el alto cuerpo con voto de los Dres. Lutz, Balladini y Sodero Nievas en la causa “Díaz, Teresa y Otros c/ Ituarte, Carlos Alberto s/ Daños y perjuicios s/ Casación” (Expte. N° 24199/10-STJ-) y, aún cuando ciertamente se discrepa en gran medida con la línea argumental allí desarrollada tal como se expuso precedentemente, aparece como una circunstancia de gran significación la reforma introducida a la ley de defensa del consumidor que, teniendo una incuestionable base constitucional (art. 42) legitima a la víctima para ampararse en la misma como un sujeto expuesto a la relación de consumo.-

Y en cuanto a lo resuelto por el alto cuerpo, ya con dos jueces de la actual integración –Dres. Barotto y Mansilla- en autos “Lucero, Omar Ariel c/ San Román, Liliana E. y Otros s/ Daños y perjuicios s/ Casación” (Expte. N° 26085/12-STJ-) (sentencia de fecha 28/8/2013), cabe señalar que se abordó una cuestión distinta a la que aquí nos ocupa, aún cuando en algunos párrafos se citaran argumentos de aquél otro precedente. No puede entonces predicarse de ésta que fuere estrictamente doctrina legal o jurisprudencia de consideración obligatoria, más allá de ser las decisiones del cimero tribunal de la provincia de permanente consulta de esta cámara.-

2.9.- De acuerdo entonces con lo que he venido exponiendo, en relación al primer agravio tratado, postulo revocar la sentencia de primera instancia en cuanto hizo lugar a la declinatoria planteada por la aseguradora y la exclusión de cobertura.-

3.1.- Corresponde en consecuencia abordar en segundo término, los agravios por los que los demandados Jorge y José Luis García pretenden exonerarse de responsabilidad, teniendo en cuenta que al no admitirse la exclusión de la cobertura, la contestación de la demanda que subsidiariamente hiciera la aseguradora, no permite aplicar en el caso la presunción emergente de la no contestación de la demanda, ya que la actividad de la tercera citada en garantía, los beneficia al respecto.-

3.2.- En primer lugar cuestiona que en la instancia de origen no se haya tenido en cuenta el fallo absolutorio dictado en sede penal, remarcando que “La investigación criminal llevó dos largos años pese a ser una causa correccional y el fallo determinó que “... Podrá o no compartirse el alegato del Ministerio Público, pero sin dudas el mismo en el caso de autos se presenta fundado, analizándose la prueba rendida en la causa y no puede considerarse infundado o arbitrario. Procediendo a la absolución de culpa y cargo de García”.-

En realidad lo transcripto aunque variando mínimamente el texto de la sentencia, cambia por completo el sentido de lo expuesto por la Sra. Juez Penal.-

En efecto, la misma aborda como un primera cuestión el alcance que tiene la falta de acusación por el fiscal, trayendo a colación precedentes del Superior Tribunal de Justicia y la Corte Suprema de la Nación, transcribiendo un pasaje del dictamen de la procuración que la Corte hace suyo en el precedente “Giglio”, concluyendo: “Efectúo tal cita toda vez que de ella surge evidente que podrá o no compartirse el alegato del Ministerio Público, pero sin duda el mismo en el caso de autos se presenta fundado, analizándose la prueba rendida en la causa y no puede considerarse infundado o arbitrario, por lo que corresponde en esta instancia acatarlo y tal circunstancia veda a la judicatura la posibilidad de ingresar al análisis de fondo probatorio toda vez que retira el caso quedando la suscripta sin jurisdicción para la causa”.-

No estamos en consecuencia frente a la absolución a que refiere el art. 1103 del Código Civil, en tanto como bien dijo la juez penal, la falta de acusación le impedía ingresar en el análisis del caso y las pruebas producidas, estando obligada no obstante a la absolución.-

3.3.- De cualquier modo, la doctrina de la que se viene haciendo eco esta cámara y se expusiera entre otras causas en el precedente “Moraga c/ Avanza” (sentencia del 7/02/2014) que citan los recurrentes, no le son favorables a su postura.-

Expuse en tal precedente al que adhiriera el Dr. Soto: “Por lo pronto y atento a que resulta además una cuestión en la que el orden público está comprometido, resulta necesario abordar en primer término la influencia del sobreseimiento dictado en la causa penal en la que se investigó el hecho que nos ocupa, así como también la del proceso penal en general (conf. “Código Civil y leyes complementarias, anotado y concordado”, Belluscio- Zannoni, T.5 pág. 319). Sobre el punto, en el precedente “Molines c/ Luna (Expte. CA-20820) al que se hace referencia en la sentencia de grado, desarrollé mi posición en relación a la influencia del sobreseimiento penal en el juicio civil, aunque,

como se verá, atendiendo a un caso que guarda múltiples diferencias con el que nos ocupa y que por tanto, bien puede decirse, que lo allí expuesto no abona la solución a la que se ha llegado en la sentencia que nos ocupa, sino todo lo contrario.- En aquél precedente, tras un análisis inicial del tema ubicándome en la redacción originaria del art. 1103 y su fuente, así como su evolución histórica y las opiniones que en general se han vertido en el debate doctrinario, expuse que “la cuestión debe ser analizada sin perder de vista el fundamento de este sistema de prejudicialidad que apunta a acordar seguridad jurídica y evitar el escándalo que supondría la existencia de decisiones judiciales que no pudieren ser conciliadas como por ejemplo sería que la sentencia civil dijere que el hecho ocurrió o que tuvo como partícipe al demandado, cuando en la sentencia penal firme afirma la inexistencia del hecho o niega la participación del accionado”. Agregando que “Muchas veces un sobreseimiento en tal sentido encuentra una razón de acatamiento mucho mayor que la de una sentencia absolutoria. El sobreseimiento en el supuesto del inciso 1º del art. 306 del CPP, ‘el hecho investigado no se cometió o no fue efectuado por el imputado’, puede tener mayor incidencia que una sentencia absolutoria. Es que la primera decisión jurisdiccional reclama de ordinario un grado de cognición de certeza en relación a tales extremos fácticos (aún cuando viene tomando acogida la idea que no siempre es necesaria la certeza y puede sobreseerse por una duda insuperable como enseñan Binder en *Introducción al Derecho Procesal Penal*, 1993, pág. 220 y Caferatta Nores en *Introducción al Nuevo Código Procesal de la Provincia de Córdoba*, 1992, pág. 50); y, por el contrario, la absolución puede y suele apoyarse en la duda o la imposibilidad de acreditar la existencia del hecho o la participación, siendo la certeza en tal estadio solo necesaria para la condena”. En otro orden, en la misma sentencia remarqué que “la doctrina y jurisprudencia ampliamente mayoritaria excluye la culpa y en general los factores de atribución de responsabilidad como extremos respecto de los que existiría prejudicialidad”, agregando que en este sentido, en la citada obra de Bueres y Highton con cita de copiosa doctrina y jurisprudencia que incluye a la CSJN (op.cit, Tº 3A, págs. 328/329), se consigna que “la libertad de apreciación del juzgador civil cuando el juez penal ha absuelto por falta de culpabilidad, es doctrina judicial y autoral que podemos considerar mayoritaria y consolidada... Los argumentos que se esgrimen en soporte de tal aserto, más allá de la significativa omisión legal de mención a la culpa en el art. 1103, se vinculan con la diferente naturaleza y graduación de la culpa penal y la culpa civil, en tanto la primera busca reprimir al autor del hecho mientras la segunda propende a lograr una efectiva

reparación del daño sufrido por la víctima, con lo cual es más estricta la apreciación en la esfera iusprivatista que en la represiva, teniéndose en cuenta -aún cuando legalmente no esté normado- en ciertos casos la culpa leve (v.gr. en los casos de responsabilidad profesional o en las relaciones del consumo, cuando se refuerzan los deberes de cuidado); así como en la inexistencia en el ámbito penal de culpas reflejas o indirectas, nacidas del hecho de otro por quien se es responsable (v.gr. Dependiente, hijo menor, pupilo, etcétera)”, agregándose que “quizás las razones más sólidas que evidencian tal distinción pasen por dos aspectos relevantes: la inexistencia en el ámbito civil del principio *in dubio pro reo*, verdadero bastión garantista, de cuño constitucional, del ámbito penal; y la existencia en la esfera civil, de culpas presuntas y de responsabilidades sin culpa”. Traje asimismo la opinión de Mosset Iturraspe y Piedecabras, quienes exponen que “La razón para esta prejudicialidad o prioridad - primero la sentencia penal- no debe buscarse ya en la preeminencia acordada al debate penal, ni en la confusión entre las acciones, ni en los alcances de la cosa juzgada penal, pues tales criterios han ido quedando de lado; se encuentra, en nuestra opinión, en la necesidad de unificar la exposición de los hechos, del supuesto fáctico... Tales hechos descubiertos en sede penal no pueden ser contradichos en sede civil, tienen un carácter definitivo, que puede calificarse con cosa juzgada. Por su índole fáctica están más allá del debate sobre responsabilidad penal y responsabilidad civil, semejanzas y diferencias. Y de ahí que se quiera evitar, con la prejudicialidad y su fuerza expansiva, el escándalo de la contradicción”. (Jorge Mosset Iturraspe y Miguel A. Piedecabras, Responsabilidad por Daños, Rubinzal-Culzoni, T° XI, p. 345)”. Podemos agregar además de lo dicho en aquél precedente, trayendo citas de una doctrina y jurisprudencia que se advierte prácticamente sin fisuras en cuanto a la exclusión de la culpa a la hora de meritar la influencia del proceso penal sobre el civil, lo expuesto en la obra de Belluscio-Zannoni: “la tesis predominante en la doctrina y jurisprudencia debería fundarse, además del texto expreso de la ley (lo cual parecería razón más que suficiente), en dos circunstancias: la primera, la inexistencia en el derecho penal de casos de culpa presunta; siempre está a cargo del acusador acreditar la culpa presunta; la segunda, la vigencia en lo penal del principio del *in dubio pro reo*. Un simple cotejo de los fallos absolutorios penales -sobre todo en materia de accidentes de tránsito-, revela que se han fundado -normalmente- en la no demostración de la culpa del deudor. En el ámbito civil, en cambio, existen casos de culpa presunta; supuestos en que no basta acreditar la carencia de culpa, sino que debe demostrarse el rompimiento del nexo

causal, y casos en que se responde hasta por el caso fortuito. Todo ello justifica que no obstante la absolución penal deba condenarse -con justicia y fundada razón legal- en sede civil” (Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado “Director Belluscio, Coordinador Zannoni”, com. art. 1103, T° 5, págs. 315/316). En esa inteligencia se ha dicho también y se comparte que “La responsabilidad penal y la civil no se confunden, porque se aprecian con criterio distinto y, por consiguiente, puede afirmarse la segunda aunque se haya establecido la inexistencia de la primera, por lo que con los mismos elementos de prueba se puede absolver al demandado por no haberse probado su responsabilidad penal y adoptarse una decisión inversa en orden a la responsabilidad civil del mismo”. (Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 20/11/1996, “Santillán, Omar E. c. Banco Local Cooperativo Ltda.”, LLBA, 1997-12) y que “Resulta carente de valor de cosa juzgada en sede civil el sobreseimiento provisorio o definitivo, cuando la falta de acreditación de la que ha hecho mérito el juzgador, no versa sobre aquellos extremos a que alude la norma reguladora del instituto de la prejudicialidad, sino sobre la culpabilidad, ya que el factor de atribución de responsabilidad civil objetiva a título de riesgo, con fundamento en el Art. 1113 del C. Civil, encuentra sustento en una imputación extraña al campo penal” (Cámara Civil y comercial de San Martín, 0100, 9-11-2000, "Rivarola Roberto Mateo c/ San Martín Lorenzo Ramón y otra s/ Daños y perjuicios"). Queda claro entonces que en lo que no puede haber discrepancias, encontrándose atado el juez civil a lo dicho en la sentencia penal, es en lo relativo a los presupuestos fácticos del caso, pero no en lo que concierne al factor de atribución de la responsabilidad”.

3.4.- Por otra parte, el distinguido integrante de esta cámara que conforme el sorteo practicado ha de sufragar en segundo término, en un reciente precedente “Huenchupan” (sentencia del 25/07/2014 del Expte. N° 709/09) expuso en consonancia, resultando de estricta aplicación al caso: “Analizadas las constancias emergentes de los autos penales, surge claro que allí no se niega la existencia del hecho, ni la participación del ahora demandado y por lo tanto, no hubieron obstáculos de prejudicialidad para el dictado de la sentencia apelada; en orden a los postulados del art. 1.101, siguientes y concordantes del Código Civil. Jorge Mosset Iturraspe y Miguel Piedecabras, directores del "Código Civil Comentado - Responsabilidad Civil, Arts. 1066 a 1136", Editorial Rubinzal Culzoni, Sta. Fe. 15 de Septiembre de 2.003, págs. 255/257 y sgtes.- nos ilustran al respecto cuando sostienen: "... Insistimos en una frase que siempre nos ha parecido elocuente: el proceso civil y el proceso penal transitan por senderos diferentes, en la

mayoría de los supuestos. De ahí la escasa influencia de uno sobre el otro... Se observa en la norma - art. 1.103 C.C.- una diferencia en el tratamiento de las cuestiones que hace el art. 1.102 para el supuesto opuesto que es el de la condenación del acusado en el juicio criminal. En este caso, la norma literalmente interpretada está señalando que en el proceso civil no se puede contradecir lo que se expuso en el proceso penal sobre la existencia del hecho y sus características esenciales. Queda claro entonces que aquí lo que actúan con efectos prejudiciales y condicionantes de la sentencia civil es la existencia del hecho principal, el que no puede controvertirse en sede civil. Pero asimismo ninguna otra situación del proceso penal o de la sentencia penal se proyecta con efectos decisivos sobre el proceso civil, sin perjuicio del valor probatorio que pudiera tener ese expediente penal. Aquí nuevamente hay que señalar que esta norma sienta un principio que debe ser analizado y aplicado cuidadosamente y atendiendo a las particulares circunstancias del caso concreto. No se lo puede aplicar como una norma que contiene un principio dogmático, cerrado y abstracto; todo lo contrario, debe ser su aplicación acorde a las características del caso. Otra cuestión importante a tener en cuenta es que hay que ver como se llegó en el proceso penal a la sentencia absolutoria. Luego de leer detenidamente la misma se observará si esta absolución guardó relación directa con la inexistencia del hecho imputable al demandado o con alguna otra característica del proceso que lo desvincule del hecho principal. No parece que el legislador haya querido cerrar la cuestión sobre el análisis de la culpabilidad del absuelto en sede penal y posible absuelto o condenado en sede civil, ya que esta cuestión no se encuentra cerrada como si lo está en el art. 1.102, donde además de la existencia del hecho penal no se puede impugnar la culpa del condenado. De manera tal que en este proceso, donde tenemos una sentencia penal absolutoria, si podemos probar y perseguir la culpa del absuelto en sede civil. En este sentido, se habría sostenido que entre el art. 1.102 del Código Civil que regla los efectos de la sentencia penal condenatoria y el artículo 1.103 que se refiere a los de la sentencia penal absolutoria, ambos en sede penal, existe una marcada diferencia. En el primero se mencionan dos calificaciones, cuya determinación en sede penal hace cosa juzgada en lo civil: La existencia del hecho penal constitutivo del delito y la culpa del condenado; en cambio, en el 1.103 solo se menciona una sola calificación que, establecida en la causa penal, hace cosa juzgada en sede civil, y es la referida a la inexistencia del hecho principal sobre el que recayó la absolución, a la que se equipara en este tema la ausencia de la calidad de autor en el imputado, lo que equivale a la inexistencia del hecho... Es

importante reiterar en todo momento que hay que observar cual ha sido el motivo utilizado en sede penal para absolver al imputado, ya que no podemos hacer una exégesis irrazonable de la sentencia penal absolutoria y proyectar sobre la sentencia civil elementos aislados de la causa penal... La autoridad de cosa juzgada reconocida por el artículo 1103 a la sentencia penal absolutoria en cuanto alude a la existencia del hecho principal, refiere a la materialidad de los hechos y la autoría, sin comprender las valoraciones subjetivas que hacen a la apreciación de la culpa e impiden rever en sede civil la declarada inexistencia del hecho principal, pero no vinculan sobre la existencia o inexistencia de culpa del absuelto". En suma, la magistrada, ha estado en condiciones de valorar el hecho sin limitaciones; y componer la atribución de responsabilidad de acuerdo a su criterio; desde que la mecánica del accidente resulta clara en ambos trámites; por lo que sus valoraciones son libres y no condicionadas por una distinta contemplación del hecho y los protagonistas, formulada en el fuero penal".-

4.1.- Y abordando el segundo de los agravios por el que acusan una arbitraria interpretación de la prueba, cabe recordar antes que como precisamente ha sostenido esta cámara en el precedente que citara ("Moraga c/ Avanza"), se ha dicho y se comparte que "La responsabilidad del demandado, que se funda en lo establecido en el art. 1113, párr. 2º, parte 2ª, CCiv., está determinada objetivamente por la actuación dañosa del factor de riesgo. El demandado ha reconocido ser quien embistió al actor. Carga, por de pronto, con la presunción en contra que pesa sobre el embestidor. No se me oculta que tal presunción no es absoluta, pero la exención o eximente de responsabilidad fundada en la culpa de la víctima ponía a cargo del demandado la prueba que el accidente sobrevino a causa de ese obrar culposo, que debería haber sido imprevisible o inevitable y, en tal sentido, constituir para él un caso fortuito (Brebba, "La relación de causalidad en el derecho civil", Rosario, Juris, 1975, ps. 43 y 44; Goldemberg, "La relación de causalidad en la responsabilidad civil", Ed. L. L., 2ª ed., Buenos Aires, 2000, p. 149)." (Del voto del Dr. Zannoni en, CNCiv. Sala F, 8/03/2006, "Giménez, Gustavo A. c/ Nogueras, Alejandro M y otros", Lexis N° 70038052). En el caso, aún cuando se considerara que la demandada no reconoció ser la embistente, como hemos visto la prueba es concluyente al respecto y por consiguiente resulta de aplicación la calificada jurisprudencia que cito.-

En la misma línea el Dr. Kiper, integrante de la sala H, de la cámara de la capital, ha dicho que "En los supuestos de accidentes como el de autos, producidos por la intervención de rodados en los que fuera víctima un ciclista, es sabido que se aplica el

régimen legal previsto por el artículo 1113, párrafo segundo, segunda parte del Código Civil. Dicha norma prevé una presunción de responsabilidad. En consecuencia, el dueño o guardián de la cosa productora de riesgos, para eximirse de responder deberá probar la interrupción del nexo causal, acreditando el hecho de un tercero por quien no debe responder, la culpa de la víctima o la producción del caso fortuito o fuerza mayor (conf. Bustamante Alsina, Jorge, “Teoría General de la Responsabilidad Civil”, página 141). Asimismo, por aplicación de la norma mencionada, a la víctima del accidente sólo le incumbe la prueba del hecho, siendo los demandados quienes deben acreditar la culpa de aquélla (CNCiv., Sala “F”, en El Derecho, T° 42, pág. 303). El ciclista damnificado, no tiene por qué investigar la mecánica del hecho e inviste legitimación para exigirle a todos los partícipes y responsables la correspondiente indemnización. El factor de atribución es objetivo (riesgo de la cosa, automotor en marcha) por lo que el caso encuadra en el artículo 1113 del Código Civil, párrafo agregado por la ley 17.711...”. Agregando que “Exponen Pedro N. Cazeaux y Félix Trigo Represas: ‘Cuando se trata de daños por el riesgo o vicio de la cosa, el grado de presencia o participación humana no resulta tan evidentemente esencial’ (“Derecho de las Obligaciones”, Buenos Aires, T° 4, pág. 684).

Basta concluir que, se alude a la responsabilidad por el riesgo de la cosa; riesgo que consiste en incorporar al medio una cosa peligrosa por su naturaleza o forma de utilización (Trigo Represas, Félix, “Responsabilidad por daños causados por automotores”, La Plata, 1977, pág. 38). (del voto del Dr. Kiper en CNCC, Sala H, “Contreras, Daniel Antonio c/ Zelinka, Roberto Jorge s/ Daños y perjuicios”, 28/04/2003, Rubinzal- Culzoni, RCJ 2659/04). Resulta de aplicación la segunda parte del artículo 1113 del Código Civil, aspecto sobre el que además, las partes no han planteado disidencia y correspondiéndole entonces a la demandada probar culpa de la actora de una entidad tal que pudiese fracturar la relación causal, tenemos que no solo no probó ello, sino que por el contrario quedó acreditado en la causa que más allá del factor de atribución de responsabilidad por el riesgo de la cosa, hubo culpa grave de su parte en la producción del hecho dañoso. En este sentido puede citarse también: “La acción de la víctima no produjo la ruptura total ni parcial de la relación causal entre el hecho y el daño, ya que si bien... su desplazamiento pudo haber sido observado sin inconvenientes por el demandado, si hubiera conducido con el pleno dominio del rodado y atento a las evoluciones del tránsito (Cám. Apel. Civ. Y Comerc. Sala II. B.Blanca, 2/12/2004, Rubinzal RCJ 21234/09)”.-

4.2.- A los demandados les correspondía la prueba del obrar culposo de la actora con entidad tal para quebrar total o parcialmente el nexo de causalidad, pero no logran ello, llegando en todo caso a generar duda que no le puede ser favorable como si lo fue en sede penal para habilitar a la titular del Ministerio Público a no mantener la acusación en la audiencia de debate.-

4.3.- Por el contrario, el dictamen de la experta en accidentología que se designara de oficio para la realización de la pericia, le adjudica responsabilidad y si bien su dictamen fue impugnado por la citada en garantía, esta no mantuvo la impugnación ni insistió con la producción de una nueva pericial, debiendo nuevamente reafirmar que además era a ella y a los demandados a quienes les correspondía probar la culpa de la víctima, desde que la responsabilidad le es legalmente atribuida a partir de la colisión que no ha estado en discusión. Por otra parte, tal como venimos sosteniendo, las partes y en particular las aseguradoras por la cantidad de causas y recursos con los que cuentan, bien pueden asistirse por consultores de partes y si no lo hacen, asumen un mayor riesgo en cuanto a la efectividad de los cuestionamientos que realicen a los dictámenes periciales.-

4.4.- En realidad, en mayor medida bajo este título, los recurrentes vuelven a cuestionar la sentencia por restar valor a la absolución penal, sin que se advierta una crítica concreta y precisa de los supuestos yerros en la apreciación de prueba que no se especifica, más allá de la pericial sobre la que nos hemos expedido.-

Soy en consecuencia de opinión y así lo postulo, que corresponde mantener la sentencia en cuanto atribuye la responsabilidad exclusiva del hecho, en cabeza de los demandados.-

5.1.- Corresponde en consecuencia finalmente, atender los agravios expuestos por el actor, respecto de los rubros indemnizatorios que cuestiona por bajos.-

5.2.- Impugna en primer lugar la indemnización acordada por el rubro incapacidad sobreviniente, peticionando se apliquen los criterios expuestos por esta cámara entre otros precedentes en “González c/ Esparza”, Expte. N° CA-20867), tomando como base el grado de incapacidad determinado por el experto (35%) y los ingresos como empleada de servicio doméstico, cuyo mínimo asciende a \$ 3.220.-

5.3.- Ciertamente esta cámara ha venido aumentando en términos reales las indemnizaciones que se encontraban rezagadas, más cabe señalar que respecto de la indemnización por incapacidad fue a la postre adecuando sus decisiones a los lineamientos fijados por el Superior Tribunal de Justicia en la causa laboral “Pérez Barrientos, David del Carmen c/ ALUSA S.A. y Otra s/ Sumario s/ Inaplicabilidad de

Ley” (Se. N° 108 del 30/11/09).-

En tal sentido entre otros precedentes más cercanos, en “Molina c/ Hughes” (sentencia de fecha 17/03/2014 del Expte. CA-21382), dimos cuenta de tal avance y en “Yacusso c/ Aguas” (sentencia de 5/04/14 en Expte. 595-10) y “García y Flores c/ Martínez” (sentencia del 18/06/14 en Expte. 33112-J54-09) aplicamos tal directiva, siendo ambos, casos que pueden tomarse como pautas cercanas para resolver no solo en relación al rubro incapacidad, sino también respecto del daño moral.

Por razones de brevedad, me remito a los argumentos expuestos en tales causas.-

5.4.- Teniendo en cuenta entonces la edad de la actora al momento del hecho (26 años), así como el grado de incapacidad (35%) y el último salario reconocido como mínimo para las trabajadoras del servicio doméstico, la indemnización ascendería a pesos quinientos treinta y un mil setenta y tres (\$ 531.073.-) que parece adecuado receptor como indemnización por el rubro incapacidad.

A ello se le agregarán intereses a la tasa anual del 8 % desde el acaecimiento del hecho hasta el dictado de la sentencia y de ésta hasta su efectivo pago, la tasa activa del Banco de la Nación Argentina, conforme el criterio establecido por el cimero tribunal provincial en el precedente “Loza Longo” y lo que viene estableciendo al respecto esta cámara, para lo que pueden consultarse los precedentes citados.-

Dejamos aclarado que en tanto como consecuencia del proceso inflacionario se van produciendo cambios en las remuneraciones, eventualmente en la etapa de ejecución de sentencia deberán hacerse las correcciones, de verificarse la ocurrencia de modificación del valor de la escala salarial utilizada para la determinación de la indemnización.-

5.5.- Y en cuanto a la indemnización por daño moral, en el precedente “Yacusso” se reconoció una indemnización por tal rubro de \$ 50.000.- al momento de la sentencia (5/05/14) pero en función de ser tal el importe pretendido, lo que en virtud del principio de congruencia nos limitaba y así se expuso.-

En el Expte. CA-20045, con una incapacidad del 7% a valores de la sentencia (22/05/2013) fijamos una indemnización por daño moral de \$ 100.000.- y en la citada causa “Moraga”, con una incapacidad del 12 %, el mismo importe aunque señalando el menor impacto que el hecho tuvo en comparación con el primer caso.-

Aquí el grado de incapacidad es mayor y evidentemente no puede perderse de vista el envilecimiento del signo monetario operado fundamentalmente en el último año, por lo que a la hora de buscar pautas de referencia hay que computar ello.-

No obstante, pese al mayor grado de incapacidad, a diferencia de otros supuestos como

los referidos, en el caso no se ha allegado prueba –especialmente psicológica- que señale un dolor o padecimiento que pudiere justificar una mayor indemnización en tal rubro, por lo que propongo reconocer por daño moral, la suma de pesos ciento veinte mil \$ 120.000.- a valores de esta sentencia.

Al igual que el rubro anterior, se le agregarán intereses del 8 % anual desde el acaecimiento del hecho hasta la sentencia y desde ésta hasta su efectivo pago, los intereses a la tasa activa del Banco de la Nación Argentina; en ambos casos sin perjuicio del reclamo por el mayor daño que pudiere producirse de no abonarse dentro de los diez días del dictado de la presente.-

6.1.- Habiéndose modificado la sentencia, ampliándose la condena a la citada en garantía y aumentando la indemnización, corresponde proceder a una nueva regulación por la primera instancia, por lo que postulo que por tal etapa, sobre una base regulatoria de \$ 651.073.-, se regulen los honorarios del Dr. Juan Francisco Alberdi -patrocinante de la parte actora- en la suma de pesos ciento cuatro mil ciento cincuenta (\$ 104.150.-) y los del Dr. Norberto Hugo Hidalgo -en el doble carácter por la Aseguradora- en la suma de pesos cien mil doscientos sesenta y cinco (\$ 100.265.-), los de la perito en accidentología Lic. Diana Minio en pesos dieciocho mil (\$ 18.000.-) y los del perito médico Dr. Daniel Roberto Ambroggio en la suma de pesos diecinueve mil quinientos (\$ 19.500.-), teniendo en cuenta el resultado, calidad, extensión, complejidad y demás pautas de mensuración, así como la naturaleza del pleito y etapas cumplidas, arts. 6, 8, 10, 39 y cctes. de la ley G 2212.-

En cuanto a los honorarios por la instancia recursiva, propongo se regulen los honorarios de los Dres. Juan Francisco Alberdi y Norberto Hugo Hidalgo en el carácter señalado, así como el de los Dres. Carlos Alberto Calarco y Gabriela Montórfano, patrocinantes de los demandados Jorge y José Luis García, en las respectivas sumas de pesos veintinueve mil (\$ 29.000.-), pesos veintiocho mil (\$ 28.000.-), pesos doce mil quinientos (\$ 12.500.-) y pesos doce mil quinientos (\$ 12.500.-).-

6.2.- Finalmente, teniendo en cuenta que lo atinente al planteo de exclusión de la aseguradora o “no seguro” resulta una cuestión sumamente discutida en la doctrina y jurisprudencia, considerando que ha tenido la aseguradora razones atendibles para intentar tal planteo, a ese respecto entiendo que las costas deben ser en el orden causado, siendo a cargo de la misma y de los demandados las emergentes de los restantes planteos. Consecuentemente postulo que los demandados y la citada en garantía, de acuerdo a lo prescripto por el art. 68 del CPCyC asuman el pago de la

totalidad de los impuestos, tasas y contribuciones del pleito, así como los honorarios de los peritos y el 70% de los honorarios del Dr. Alberdi, correspondiente a ambas instancias, siendo por lo demás a cargo de cada una el pago de los honorarios correspondientes a sus respectiva asistencia; eximiéndose de tal modo parcialmente a los demandados en relación a las costas.- Así voto.-

EL SR. JUEZ DR.VICTOR DARIO SOTO DIJO: Atento el estado de autos y analizado el sustancioso voto precedente, debo anticipar mi disidencia con el mismo; solo en cuanto propone revocar el rechazo a la citación en garantía dispuesto en la sentencia de grado.-

1.- La Sra. Juez de primera instancia tomó esa determinación; al meritar con ese efecto la carencia de licencia de conducir vigente, por parte del conductor de la unidad asegurada; en aplicación de la cláusula 23, IIº Capítulos “A” y “B”, ing. “g” de la Póliza 1193359.-

Se ha sustentado su fallo, entre otras citas, en los fundamentos del precedente de nuestro Superior Tribunal de Justicia, en autos “Lucero, Omar Ariel c/ San Román, Liliana E. Y Otros s/ Daños y Perjuicios” (Expte. Nº 26.085/12/Sent. 50 del 28/08/13); apuntando a que se ha logrado acreditar que se trataba de un riesgo no incluido, y por el que consecuentemente la aseguradora no había percibido la prima -sobre el que luego volveré.-

2.- El distinguido colega preopinante, no participa del criterio de la magistrada, en tanto -en prieta síntesis- sostiene que por imperio de la obligatoriedad del seguro de responsabilidad civil automotor, la cobertura en supuesto beneficio del tercero, las directivas de la ley de defensa del consumidor y la situación de los sujetos expuestos a las relaciones de consumo; corresponde resolver en el sentido que propone. Esto, por cuanto entiende que por vía de la doctrina se ha introducido una sutil diferenciación entre supuestos de “no seguro”, y de causales de caducidad de cobertura; cuyo resultado lleva a considerar que ya no se está frente a los supuestos de culpa grave que no podrían ser variados por imperativo de la propia ley, sino en riesgos no cubiertos conforme los términos del contrato; generando esta situación –según ese punto de vista- un fértil terreno para que las aseguradoras puedan retacear la cobertura asegurativa; contrariando la voluntad del legislador, que no es otra que la de brindar la mas amplia y efectiva protección a las víctimas de los siniestros provocados por la circulación vehicular.- No soslaya el primer votante, que la jurisprudencia de nuestro Superior Tribunal de Justicia, es contraria a su criterio; teniendo presente lo que surge de los autos “Díaz, Teresa y

Otros c/ Ituarte, Carlos Alberto s/ Daños y Perjuicios” (24.199/10/STJ); considerando el Dr. Martínez, por otra parte, que en autos “Lucero, Omar Ariel c/ San Román, Liliana E. y Otros s/ Daños y Perjuicios s/ Casación” (Expte. N° 26.085/S.T.J./12-Sent. 28/08/2.013); con el voto de dos de los actuales integrantes -Dres. Mansilla y Barotto-; el cimero tribunal provincial, ha tratado una cuestión distinta a la que aquí convoca.-

Sobre esta base argumental, se propone en el primer voto revocar el fallo de primera instancia; en cuanto ha admitido la exclusión de cobertura planteada por la aseguradora citada en garantía.-

3.- He anticipado mi disidencia para con el voto precedente, sin que ello implique soslayar la valoración acerca de la solvencia de sus elaborados fundamentos; mas, debo hacerlo así porque mi concepción sobre la extensión de la cobertura es distinta a la del distinguido colega preopinante.-

Se desliza en dicho voto, la convicción en torno a la cual resultaría fruto de la inventiva de ciertos sectores doctrinarios favorecedores del sector asegurador; la elaboración de la teoría del “no seguro”; supuestamente pergeñada para poder eludir justificadamente la prohibición legal respecto de la extensión del supuesto de caducidad del seguro por “culpa grave”, en el caso de la conducción del vehículo por parte de personas distintas al asegurado; lográndose así neutralizar lícitamente la prohibición legal de extender supuestos de caducidad subjetiva; lo que iría en abierto desmedro del régimen consumeril y de los fines resarcitorios de la normativa de tránsito nacional.-

Desde la mayoritaria doctrina, como la resultante de la obra “Derecho de Seguros”, t. 1º, de Rubén S. Stiglitz, editorial Abeledo Perrot, pág. 172 y siguientes; se dice que “... El asegurador solo se halla obligado a resarcir un daño o cumplir la prestación convenida si ocurre el evento previsto (art. 1º L.S.) en el marco de un riesgo debidamente determinado. Por ello, la enumeración de los riesgos y la extensión de la cobertura debe apreciarse literal, restrictiva o limitativamente; de allí que no sea admisible la interpretación analógica ni extensiva de la póliza para determinar el riesgo asegurado, dado que ampliar la garantía asegurativa produciría un grave desequilibrio en el conjunto de sus obligaciones, específicamente en la necesaria relación de equivalencia entre riesgo y prima. Distinta es la situación cuando la redacción de la cláusula predisposta por el asegurador, dada su ambigüedad, ofrece dudas en cuanto a la extensión de su garantía. En este caso la interpretación del contrato debe favorecer (“se hará en el sentido mas favorable” al asegurado (art. 37, ley 24.240), trasladándose al asegurador (predisponente) las consecuencias que derivan no solo de la imprecisión o

vaguedad empleados en el lenguaje y en los conceptos, sino porque asumió profesionalmente (autoría) los riesgos de realización de la redacción de la póliza en su condición de profesional y bajo la presunción irrefragable de contar con experiencia y aptitud técnica. Ello presupone que es el asegurador quien se encuentra en mejores condiciones para fijar con la mayor precisión y de manera indubitada la extensión de sus obligaciones ... La individualización del riesgo es factible de realizar mediante: a) indicaciones positivas consistentes en un enunciado de los riesgos cubiertos o asumidos por el asegurador, lo que presupone que no se halla garantizado por el contrato de seguro lo que no está enunciado afirmativamente como cubierto, o b) por medio de indicaciones negativas denominadas exclusiones de cobertura, no seguro o no garantía, que deberán resultar de condiciones de póliza que, redactadas en términos inequívocos, expresamente enuncien los supuestos que carecen de cobertura asegurativa ... como quedó expresado, la exclusión de cobertura importa un supuesto de limitación del riesgo. La hipótesis no integra las previsiones contenidas en el contrato, por lo que el asegurador no se halla obligado a garantizarla ni el asegurado dispone de un derecho a exigir el resarcimiento de un daño o una prestación previamente convenida (art. 1º L.S. El evento no ha sido cubierto por el asegurador, no ha sido tomado a su cargo, ni percibió prima por garantizarlo. La exclusión de cobertura implica una manifestación comercial por lo que, explícita o tácitamente, el asegurador expresa su decisión de no tomar a su cargo, no cubrir, no garantizar, las consecuencias derivadas de la realización del riesgo. En ese caso, el riesgo se halla formalmente fuera de la garantía comprometida por el asegurador. En síntesis, habrá riesgo excluido o evento no cubierto todas las veces que el siniestro se verifique en circunstancias que el contrato prevé como no idóneas para hacer funcionar la cobertura asegurativa ... Las exclusiones de cobertura, de fuente normativa o convencional, se caracterizan por describir la hipótesis o circunstancia en que el siniestro se halla fuera de la cobertura asegurativa ... Las exclusiones de cobertura, de fuente normativa o convencional, se caracterizan por describir la hipótesis o circunstancia en que el siniestro se halla fuera de la cobertura asegurativa ... Lo propio acontece con las exclusiones de cobertura que constituyen contenido de reglas de autonomía (condiciones generales) en cuanto también detallan o especifican las circunstancias o particularidades bajo las cuales, el siniestro no halla amparo asegurativo. En ocasiones, reproducen los textos de la Ley de Seguros ... Otras exclusiones de cobertura se hallan contenidas en condiciones de póliza no sustentadas en normas legales. Pero subsisten con fundamento en las mismas consideraciones, como

ser: a) subjetivas, a título de ejemplo, en el riesgo automotor, los siniestros producidos mientras sea conducido por persona no habilitada ...”.-

Entonces, el supuesto que aquí convoca se encuentra relacionado con una situación de “no seguro”; o lo que equivale en otras palabras, una porción del riesgo cuya cobertura no ha sido contratada. Por ello no comparto que la cuestión pase por disimular la extensión indebida de un supuesto de caducidad subjetiva, sino por admitir que no corresponde extender la cobertura a lo que, expresamente, no se ha cubierto; en tanto que, además es una causal oponible al tercero, por ser anterior al siniestro.-

4.- Precisamente, el Excmo. Superior Tribunal -con anterior integración- dictó sentencia -sobre la que corresponde la consideración obligatoria -art. 43 ley K 2.430- en autos - “DIAZ, Teresa y Otros c/ITUARTE, Carlos Alberto s/DAÑOS Y PERJUICIOS s/CASACION” (Expte. N° 24199/10-STJ-Sent. N° 5 del 17 de febrero de 2.011 -caso en el cual el suscripto había dictado la sentencia de primera instancia, confirmada en la alzada y por este fallo en cuanto fue materia de casación-, por unanimidad y con el voto rector del Dr. Lutz); señalando que: “...Ingresando ahora al examen de la temática traída a debate en el recurso de casación deducido, se observa, más allá de los agravios esgrimidos, que la cuestión a decidir ha quedado circunscripta a determinar si la cláusula pactada en el Contrato de Seguro (“Anexo A - Condiciones Generales, Cláusula 22.///.- ///4.- Exclusiones a la cobertura”, que excluye de cobertura a los siniestros producidos y/o sufridos por el vehículo y/o su carga mientras sea conducido por personas que no estén habilitadas para el manejo de esa categoría de vehículos por autoridad competente), es oponible o no a terceros víctimas del accidente.- Adelanto mi opinión contraria al progreso del recurso de casación deducido, en tanto considero que las cláusulas de exclusión de cobertura pactadas en los contratos de seguro, son -por regla- oponibles a terceros. Doy razones:- No desconozco que la jurisprudencia no es absolutamente concordante en cuanto a la interpretación del contenido de los contratos de seguro, específicamente en lo que se refiere a las cláusulas de exclusión de cobertura fundadas en la carencia de habilitación para conducir, pues muchas veces se ha priorizado la función social y el interés del damnificado frente al asegurador y al tomador, aunque estimo que tales doctrinas no observan adecuadamente la ley, ni la finalidad del contrato de seguro.- Es que, resulta inaceptable justificar mediante el voluntarismo judicial el incumplimiento de una obligación -omisión de poseer el asegurado y/o conductor del vehículo el carnet habilitante de conducir a la fecha del siniestro- y mucho menos, apartarse del contexto literal del contrato de seguros y de la

finalidad y efectos que en esta materia tienen las convenciones con respecto a terceros.- En el caso, existe una exclusión de cobertura convencional que encuentra su fundamento y razón, en una mayor probabilidad de producción de siniestros, por la carencia de habilitación para conducir.- Así, respecto de dicha categoría de exclusiones de cobertura, de fuente convencional, contenidas en las condiciones de la póliza, se ha dicho que interesan las que hallan sustento en consideraciones subjetivas y, de ellas, aquellas sustentadas en razones atinentes a la mayor potencialidad dañosa. Por ejemplo, en el riesgo automotor, los siniestros producidos mientras el vehículo sea conducido por persona no habilitada para una categoría determinada, como lo constituye la cláusula del contrato de seguro por la cual no se indemnizan los siniestros producidos mientras el vehículo es conducido por personas carentes de registro habilitante. Y ello en razón de que se procura evitar que el automotor sea conducido por quien es inepto para ello, pues de lo contrario se incrementaría anormalmente el riesgo, favoreciendo la protección patrimonial de una conducta generadora de severo peligro para la sociedad. (conf. S.C. Mendoza, Sala I, 9/6/2003, Martínez Hnos. y otro en Lucero O. R. c. Raúl A. Martínez, ED, 206-205; La Ley Gran Cuyo, 2003-854 y RCyS, 2004-765, por unanimidad, con un primer voto de la Dra. Aída K. de Carlucci; idem, CCiv. y Com. San Martín, 8/7/2004, Benítez E. c. Fernández N., JA, 2006-I-Síntesis)... También la CNCom., Sala A, Exp. 93.789, Reg. 52.047/2003, “Navarro J. c. Boston Cía. Argentina de Seguros”, del 6/6/2008, El Dial Express del 26/8/2008, donde se declaró que esta exclusión de cobertura es oponible al tercero damnificado. Como se advierte, se trata de una cláusula que, expresa o directamente, excluye de cobertura (califica como “casos no indemnizables”) los siniestros ocurridos mientras el automotor estuviera conducido por personas sin permiso municipal o inhibidas para el manejo por autoridad competente. En otras pólizas (el texto no es uniforme) refiere como excluida de cobertura la hipótesis en que el vehículo “sea conducido por personas que no están habilitadas por autoridad competente”. (conf. Stiglitz, Rubén S., Oponibilidad a la víctima de la exclusión de cobertura. Conductor no asegurado que carece de habilitación para conducir, LA LEY 2009-D, 630).- En ese sentido, cabe mencionar que la doctrina ha diferenciado, cláusulas de caducidad y cláusulas de exoneración expidiéndose que: “...La caducidad... opera cuando el asegurado ha inejecutado una carga legal o contractualmente impuesta y referida al siniestro respecto del cual la citada carga ha sido inejecutada; en cambio la exclusión de cobertura... significa que al no entrar en las previsiones contenidas en el contrato, el asegurador no se halla obligado a garantizar...”.

“... Se tiene resuelto que cuando hay exclusión de riesgo, el asegurador manifiesta explícitamente en la póliza su voluntad de no cubrirlo”. “A título de ejemplo: se halla excluido de cobertura el siniestro verificado mientras el vehículo sea conducido por persona que no esté habilitada para el manejo de ese vehículo por autoridad competente (cláusula 22, II, inc. g)”. En consecuencia la cláusula de exclusión es oponible a terceros.- “La exclusión de cobertura es oponible al asegurado, y en el seguro contra responsabilidad civil también al damnificado cuando ejerce el derecho de citar en garantía al asegurador” (art. 118, Ley de Seguros) (conf. Stiglitz, “Contrato de Seguro”, ps. 116/117 y 119/120, Ed. La Rocca).- En tal orden de ideas, la función social asignada al contrato de seguro por alguna doctrina y jurisprudencia invocada ahora por la actora, no es argumento suficiente para omitir considerar que existe una cláusula de exclusión de cobertura que debe ser aplicada conforme a lo dispuesto por los arts. 1195, última parte, 1197 y 1199 del Código Civil y que además, constituye una obligación legal prevista en la ley de tránsito y que como tal, tiene vinculación obligatoria para el conductor, y consecuentemente a sus responsabilidades personalísimas por incumplimiento que no pueden ser extendidas a la compañía aseguradora. Ello es así, excepto que la aseguradora haya asumido ese riesgo por contrato, extremo que está debidamente acreditado que no asumió.- Por lo demás, cabe consignar que la obligatoriedad de contratar seguro, es imperativa como función social, más no asegura que el propietario del vehículo y/o conductor asegure su vehículo, tal es así que en caso de no poseer contrato de seguro, la responsabilidad es exclusiva del propietario y/o conductor, tanto administrativa, civil o penal en su caso, por el siniestro ocasionado.- 6.- En el caso en examen, se demostró en forma indubitable que el contrato de seguros se suscribió, que el asegurado no había cumplido con la obligación legal de tener registro habilitante para conducir, circunstancia que implicaba para las partes, la no cobertura de los siniestros por la convención aludida. Ante la inexistencia de cobertura entre asegurador y asegurado, mal puede otorgarse derecho a un tercero a reclamar cobertura en nombre del asegurado si ésta, como se acreditó, es inexistente. Por lo tanto es oponible la cláusula de exclusión respecto a terceros.- En tal orden de situación, no es posible admitir responsabilidad de la aseguradora si no existe convenio de cobertura del siniestro por inobservancia de obligaciones administrativas y legales, como es la de no contar con registro habilitante para conducir, extremo que no obsta la suscripción del contrato, sino su operatividad y cobertura ante el incumplimiento de dicho deber.- En efecto, las cláusulas de exoneración son descriptivas, colocan los supuestos que reseñan

fuera del contrato desde el inicio de éste, no tienen un tratamiento específico en el régimen legal, no autorizan la rescisión del contrato, y son siempre oponibles a terceros, a diferencia de las cláusulas de caducidad que no encuadran en la situación planteada.- En definitiva, sobre la base de lo precedentemente expuesto, cabe afirmar que, con fundamento en el principio de relatividad de los contratos, éstos no pueden ser invocados por terceros (art. 1199, Código Civil), por lo que las hipótesis de delimitación del riesgo, en este caso, la exclusión de cobertura por carencia de registro habilitante para conducir, del asegurado conductor, les son oponibles.- En el sentido indicado, se tiene expresado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que no hay razón legal para limitar los derechos del asegurador prescindiendo de los términos del contrato de seguro, que la ley reconoce como fuente de la obligación y al que se halla circunscripto el alcance de su responsabilidad. (CSJN, 27/12/1996, Tarante, C. c. Eluplast S.R.L., LA LEY, 1997-C, 995, J. Agrup., caso 11.557.15) ... Coincido en un todo con esa inteligencia, pues si la propia Ley 17.418 establece en su art. 118, párrafo tercero, que en caso de citación del asegurador a juicio, “la sentencia que se dicte hará cosa juzgada respecto del asegurador y será ejecutable contra él, en la medida del seguro”, resulta claro de dicha redacción que el legislador ha querido mantener la responsabilidad del asegurador, dentro de los límites estipulados contractualmente entre el mismo y el asegurado. “En la medida del seguro”, significa no sólo el tope monetario del seguro, sino también las diversas limitaciones o exclusiones de responsabilidad que se estipulan en el contrato, siendo lícito admitir que el damnificado que cita a juicio a un asegurador lo hace con la premisa de que será indemnizado “en la medida del seguro”, esto es, bajo las condiciones que se estipularon en la póliza pertinente.- ... Resultaría contradictorio que el tope monetario del seguro se considerase oponible al tercero damnificado, y no lo fueran otras cláusulas de limitación o exclusión de responsabilidad, como la de autos, consistente en el requerimiento de habilitación de autoridad competente, para conducir un vehículo, como recaudo o presupuesto de cobertura.- En conclusión, la solución acordada por las instancias inferiores, que hicieran lugar a la exclusión de cobertura planteada por la citada en garantía, importa a mi juicio, no sólo una adecuada interpretación del contrato de seguro, sino también una correcta hermenéutica de los artículos 109 y 118 de la Ley 17.418, toda vez que se encuentra ínsita en la misma la cuestión de las distintas limitaciones del seguro o exclusiones de responsabilidad, aún cuando se halle en vigencia el contrato respectivo, o mejor dicho, precisamente porque se halla en vigencia el contrato de seguro, es que deben tenerse en cuenta tales

limitaciones o exclusiones de cobertura.- Al respecto, se ha dicho que: “La cláusula de la póliza que excluye los siniestros producidos por vehículos conducidos por personas que no están habilitadas para su manejo, puede ser válidamente opuesta a la víctima si se ha probado que el conductor del automotor carecía de carnet habilitante.” (S.C. de Justicia de la Provincia de Mendoza, Sala I, “Lucero, Oscar R. c. Martínez, Raúl A.”, del 09/06/2003); “La función social que posee el contrato de seguro no configura argumento suficiente para omitir considerar la existencia de una cláusula de exclusión de la cobertura como lo es la carencia de habilitación para conducir por parte del asegurado, en tanto la misma debe aplicarse conforme lo establecido en el art. 1197 del Código Civil, máxime cuando la exigencia de carnet habilitante configura una obligación de origen legal de obligatoria vinculación para el conductor.” (S.T. de Justicia de la Provincia de Misiones, “Acosta, Felicia c. Casola, Rubén y otro”, del 13/04/1998, LA LEY 1999-F, 794); “Si la póliza en virtud de la cual se aseguró el rodado incluye en su redacción una cláusula, por la cual no corresponde indemnizar siniestros producidos o sufridos por vehículos mientras fueren conducidos por personas que no estuviesen habilitadas para su manejo, la entidad aseguradora puede válidamente oponerse al pago de las indemnizaciones reclamadas, si ha quedado comprobado que el conductor del automotor carecía de carnet habilitante, situación a la que debe asimilarse a quien conducía con carnet vencido.” (S.C. de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, “Zelaya, Víctor y otra c. Rivarola, Fernando y otro”, del 15/05/1990, LA LEY 1990-D,356); “Al tercero damnificado le son oponibles todas las cláusulas, aún aquellas que restrinjan o eliminen las garantía de indemnidad, sin distinguir en la naturaleza que estas pudieran tener. Ello es así porque al prescribir el art. 118 de la Ley 17.418 (Adla, XXVII-B, 1677) 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.” (SCJBA., “Miño Maggiu, José c. Doukatas, Nicolás y otro” (Ac. 40.684, del 02/05/1989, LA LEY 1989-E, 129); “Debe excluirse de la condena a la aseguradora codemandada si al momento del accidente el vehículo era conducido por un menor de edad sin carnet habilitante, dado que en el contrato concluido con el asegurado estaba excluido como riesgo asegurado el de conducir sin dicha documentación, lo que es enteramente razonable y acorde a la Ley de Defensa del Consumidor” (S.T.J. de Tierra del Fuego, Antártida e Islas///.- ///.-del Atlántico Sur, “A. B., S. R. y otra c. B. B., J. H.

y otro”, del 05/08/2010, La Ley Online)... “.-

No obstante su extensión, he entendido de innegable necesidad introducir dicha cita, ante el valor del precedente, su proximidad temporal y similitud con el caso que aquí ocupa; cuya eficacia no varía -de acuerdo a la fundamentación, aunque el conductor fuera el asegurado; ya que reitero, no estamos en el marco de una caducidad de cobertura por "culpa grave", sino de una exclusión de cobertura por “no seguro”; es decir, un supuesto que nunca estuvo mensurado dentro del riesgo asegurado.-

5.- A su vez, y como antes también dijera, el primer votante trajo a colación el fallo del cívico Tribunal provincial, parcialmente integrado como en la actualidad -con voto rector del Dr. Mansilla y la adhesión del Dr. Barotto- expedido en el caso “LUCERO, Omar Ariel c/SAN ROMAN, Liliana E. y Otros s/DAÑOS Y PERJUICIOS s/CASACION” (Expte. N° 26085/12 -STJ- Sentencia N° 50 del 28 de agosto de 2.013); donde se ha dicho: “ ... Esto es, si el artículo 118-3 de la Ley de Seguros, en cuanto establece que la sentencia será ejecutable contra el asegurador “en la medida del seguro”, es oponible a la víctima de un accidente de tránsito.- En primer lugar, se impone señalar como lo hiciera la Cámara en su sentencia-, que existe doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en su actual conformación, sobre la cuestión aquí en examen, pues si bien es justo aclarar que los pronunciamientos del Máximo Tribunal de la Nación antes mencionados, se expidieron sobre la oponibilidad a los terceros de la franquicia en el transporte público de pasajeros, tales decisiones se fundaron, entre otras razones, en el citado artículo 118-3, de la Ley de Seguros, que consagra el principio de que cuando el asegurador ha sido traído a juicio mediante la 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 contenía la póliza y que existan con anterioridad al siniestro.- ... Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tiene dicho que: “La condena en la acción de daños no podrá ser ejecutada contra la aseguradora sino en los límites de la contratación, dado que la franquicia prevista en el contrato de seguro es oponible al tercero damnificado y los argumentos del a quo referentes a la aplicación al caso de la Ley de Defensa del Consumidor, según la modificación de la ley 26.361, son insuficientes para modificar ese criterio.” (CSJN., “Calderón, Andrea Fabiana y otros c. Marchesi, Luis Esteban y otros”, del 21/02/2013, LA LEY 06/03/2013, 11); “La franquicia prevista en el contrato de seguro es oponible al tercero damnificado, razón por la cual, la sentencia condenatoria en la acción de daños y perjuicios no podrá ser ejecutada contra la

aseguradora sino en los límites de la contratación.” (CSJN., “Moreno, Zulma Vilma c. Cuello, Carlos y otros s/daños y perjuicios” del 18/12/2012, LA LEY 07/02/2013, 7; idem Fallos: 329:3054, “Nieto”; 329:3488,/// ///7.-“Villareal”; 330:3483, “Cuello”; “Obarrio” y “Gauna”, todos del 04/03/2008).- ... El pago hasta el límite máximo de la suma asegurada porta, entre otros fundamentos, el de la relación de equivalencia existente entre el premio y el riesgo. Dicha relación constituye clave de bóveda en el vínculo asegurativo ya que, desde una perspectiva económica, se ha concebido una técnica o recurso de compensación de riesgos para alcanzar la eliminación o neutralización de las consecuencias económicamente desfavorables de los eventos dañosos. (CNCom. Sala B, 19.12.1987, “Guerini, E. c/ Iguazú Cía. de Seg.”, La Ley, 1987-B, 387).- ... Se trata de supuestos que no se hallan garantizados por el asegurador y por lo que el asegurado no afrontó el pago de prima alguna.- ... Al respecto, se ha dicho que: “La importancia de la cuestión radica en que, a título de ejemplo en el seguro contra la responsabilidad civil, en razón de que el damnificado reviste condición de tercero frente a las partes sustanciales del contrato de seguros, le son oponibles unas y otras: las cláusulas delimitativas del riesgo, como ser, las exclusiones de cobertura así como los topes de garantía y franquicias. (CNCiv., Sala C, 20.11.2003, “Rodríguez L. c/ Gamarra, W.; CNCom., Sala B, 30.06.2005, “Albarenga D. c. Expreso Caraza”, La Ley 2005-F, 712).- ... Por lo demás habrá de tenerse presente que ello resulta de la previsión contenida en el artículo 118-3, Ley de Seguros, ya que la sentencia de condena contra el responsable civil será ejecutable contra el asegurador “en la medida del seguro”, debiendo ello entenderse como entidad cuantitativa referida a los límites económicos de garantía asegurativa, como así a la delimitación subjetiva y objetiva del riesgo. (Conf. STIGLITZ, Rubén, ob. cit., ps. 115/116).- Lo dicho es una consecuencia lógica del principio general de la relatividad de los contratos, principio este que surge de la propia definición de la institución: “Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común destinada a reglar sus derechos” (art. 1137, Código Civil). La expresión “sus derechos” pone en evidencia que la declaración de voluntad común sólo regula las relaciones jurídicas de las partes que la emitan. O, dicho con otras palabras, las manifestaciones negociales atañen a los sujetos sustanciales de la relación contractual. Ocurre que si el contrato, por definición, es la resultante predominantemente- de declaraciones que se desenvuelven en el marco de la voluntad privada, ellas no son factibles de producir efectos, en principio, más que con relación a las personas que las han emitido.- Este principio se ve reforzado, en lo que atañe al tema

que nos ocupa, por los arts. 1195 y 1199 del Código Civil. El primero, cuando establece que “Los contratos no pueden perjudicar a terceros” y el segundo cuando afirma que “Los contratos no pueden oponerse a terceros, ni invocarse por ellos...”. En síntesis, el contrato rige las relaciones jurídicas entre los otorgantes. No puede perjudicar ni oponérsele a terceros, quienes tampoco pueden invocarlos a su favor. Que el contrato no puede ser invocado por los terceros implica que éstos no pueden aducir derechos contra las partes otorgantes (STIGLITZ, R. Contratos Civiles y Comerciales -T. I, N° 455, p. 511).- En los hechos, con la redacción suministrada a los arts. 1195 y 1199 del Código Civil, nuestro codificador reprodujo el texto de los arts. 1134 y 1165 del Código Civil francés, a su vez inspirado en el pensamiento de Aubry y Rau que, sobre el particular, sostienen que se debe considerar como terceros, en el sentido de esta regla, a las personas que no han figurado personalmente en una convención y en la cual no han estado representadas ni por su autor ni por un mandatario ni por un gestor de negocios.- En consecuencia, la doctrina francesa cuya influencia fue ostensible-, afirma, en función de los preceptos enunciados, que nadie puede sin su consentimiento, ser deudor de una obligación que no le haya sido impuesta por la ley, ni tampoco obligarse a la prestación de un servicio o a la entrega de un valor, sin haberlo querido. (STIGLITZ R.- STIGLITZ G., Derechos de Seguros, Ed. La Ley, T. III, ps. 117).- ... cabe afirmar que, con fundamento en el principio de relatividad de los contratos, éstos no pueden ser invocados por terceros (art. 1199, Código Civil), por lo que todas las hipótesis de delimitación del riesgo, inclusive el límite de la cobertura, les son oponibles.- En el sentido indicado, se tiene expresado por la Corte Suprema de la Nación, que no hay razón legal para limitar los derechos del asegurador prescindiendo de los términos del contrato de seguro, que la ley reconoce como fuente de la obligación y al que se halla circunscripto el alcance de su responsabilidad. (CSJN., 27.12.1996, “Tarante, C. c. Eluplast S.R.L.”, La Ley 1997-C, 995).- Lo propio acontece con el seguro contra la responsabilidad civil. En efecto, sobre la cuestión se tiene decidido que si bien el seguro contra la responsabilidad civil prevé la reparación del daño producido a terceros, éste nunca puede superar la cuantía o medida del seguro. Por lo tanto, le son oponibles al tercero o, si se prefiere, le afectan o se halla enmarcado, por determinadas estipulaciones negociales, precisamente por haber sido extraño al contrato. (art. 118-3, L.S.).- No desconozco que existe alguna opinión emitida en alguna sentencia (CNCiv., Sala B, 9/05/2006, “A.A.M. c. G.D.M.”) donde se afirma que la frase “ejecutables en la medida del seguro”, aparece “mejor concertada en la mentalidad de la época de

redacción y sanción de la Ley de Seguros, con los topes máximos en el sentido que la compañía no será compelida, no se podrá ejecutoriar contra el por encima del tope máximo asegurado: pero cuesta creer que la frase empleada en este artículo 118, habilitara la desmesura en la cláusula denominada descubierto obligatorio o franquicia.”.- Y se agrega que “una interpretación opuesta ... quedaría desacertada a lo que se suma la directiva que se extrae del artículo 1195 del Código Civil, cuyo último apartado manda “los contratos no pueden perjudicar a terceros.”.- Al fin, el decisorio al que vengo refiriendo declara la inoponibilidad de la franquicia a la víctima y condena al asegurador aunque habilitándole la acción de regreso por el importe de la franquicia, como lo propone ahora la recurrente.- Sobre el particular, y en el sentido adverso a las conclusiones de la referida sentencia, cabe responder en el mismo orden en que fueron formuladas:- a) En primer lugar, la frase empleada en el art. 118-3, L.S. “La sentencia que se dicte hará cosa juzgada respecto del asegurador y será ejecutable contra él en la medida del seguro”, para una mejor comprensión, debe ser armonizada con el párrafo que sigue: “En este juicio o la ejecución de sentencia, el asegurador no podrá oponer las defensas nacidas después del siniestro”. A contrario sensu, el asegurador puede oponer las defensas nacidas con anterioridad al siniestro. Entre ellas: el límite de la cobertura y la franquicia, lo que significa que puede ser opuesta a los “terceros absolutos” o “paenitu extranei”.- ... b) En segundo lugar, cabe señalar que el tercero damnificado es ajeno al contrato de seguro celebrado ... Se trata de un contrato a favor y en nombre del asegurado pues no se estipula en miras de un eventual tercero beneficiario (víctima), sino por cuenta y a favor del eventual responsable (asegurado).- Es que, el damnificado es un tercero ajeno o extraño al contrato que no ostenta condición de acreedor del asegurador, ni de beneficiario de un contrato o estipulación celebrado a su favor. (Conf. STIGLITZ, Rubén S., Seguros contra la Responsabilidad Civil, Ed. Abeledo Perrot, pág. 17, especialmente nota 10).- En conclusión, el principio general consiste en que el contrato no produce efectos respecto de terceros. Y ello significa que no los perjudica ni los beneficia. De donde, para los terceros, el contrato es “res inter alios acta” ... Y que el contrato no puede ser invocado por los terceros implica que éstos no pueden aducir derechos contra las partes otorgantes. Por lo demás ... no empece a lo expuesto, la circunstancia de que nos encontremos frente a un seguro obligatorio en los términos del artículo 68 del la Ley de Tránsito N° 24.449, pues la cobertura contratada en autos - conforme lo valoraran las instancias de grado y no fuera cuestionado-, encuadraría dentro de los límites reglamentarios fijados por la Superintendencia de Seguros de la

Nación, autoridad de aplicación esta a la que la propia norma que crea dicho seguro obligatorio, faculta a establecer las condiciones del mismo.- En tal orden de situación, si partimos de la premisa de que el seguro contratado encuadra dentro de los límites reglamentarios fijados por S.S.N. y que no existe norma alguna que obligue al asegurador a responder más allá de los riesgos y límites cuantitativos asumidos en la póliza, ésta resulta inexorablemente oponible al damnificado ...”.-

Que a tono con lo ya expuesto, entiendo que, a diferencia de lo sostenido en el voto precedente; este último pronunciamiento del cívico tribunal provincial; aún cuando en el relieve la cuestión tratada parezca distinta; en la sustancia se mantiene la misma línea argumental que es decididamente adversa al criterio con el que he adelantado no comulgar; en tanto se deja a salvo, lisa y llanamente que no se puede responsabilizar a la aseguradora en exceso del riesgo asumido y sin que esto implique menoscabar la implicancia de la obligatoriedad del seguro automotor, y tampoco de los contenidos del Derecho del Consumidor.-

Resulta prudente también, agregar los criterios sustentados por las Cortes de Mendoza y Buenos Aires, como sigue: Jurisprudencia de la Provincia de Mendoza Corte DERECHO CIVIL - "Las cláusulas de exclusión de la cobertura (llamadas también de no seguro o no garantía), al igual que las denominadas cláusulas de caducidad, producen como resultado que el asegurado no percibe la prestación comprometida por el asegurador. Sin embargo, hay entre ellas diferencias significativas, entre otras, las que se enumeran a continuación: Las cláusulas de caducidad son sancionatorias; imponen una pena; las de exclusión de cobertura son descriptivas, limitándose a indicar los riesgos que, ab initio, no están cubiertos; 2) Las cláusulas de caducidad suponen una situación originariamente cubierta por el contrato; las de exclusión de la cobertura, en cambio, colocan los supuestos que describen fuera del amparo del contrato. 3) El asegurador que alega la caducidad debe probarla; en cambio, es el asegurado quien tiene la carga de probar que el siniestro se ubica entre los riesgos tomados por la aseguradora; 4) La caducidad autoriza a la rescisión del contrato; el no seguro o no garantía ninguna relación tiene con la rescisión; se trata, simplemente, de una situación ajena al contrato; 5) Las cláusulas de caducidad sólo son oponibles a terceros si se trata de defensas nacidas con anterioridad al siniestro. Las de exclusión a la cobertura, en cambio, resultan del contenido mismo del contrato, son siempre anteriores al siniestro y oponibles a los terceros, aún al trabajador en el seguro de accidente de trabajo; 6) Las reglas de interpretación de unas y otras presentan algunas variantes. Hay consenso en

que la extensión del riesgo asegurado y los beneficios otorgados deben ser interpretados literalmente, ya que lo contrario provocaría un grave desequilibrio en el conjunto de operaciones de la compañía. De cualquier modo, estas cláusulas, como sucede en el ámbito de toda negociación, deben ser razonables y responder a las necesidades técnicas del seguro. No se deben erigir en supuestos formales, en preceptos rituales, vacíos de contenido razonable. La cláusula del contrato de seguro que limita la responsabilidad de la aseguradora a personas transportadas conforme la capacidad del vehículo y, consecuentemente, no cubre cuando ese número se ha extralimitado, es una cláusula de exclusión de la cobertura (de no seguro o no garantía) y, por lo tanto, es oponible a la víctima, si ésta viajaba con seis personas más en un vehículo destinado para transportar no más de cinco. (Autos: Triunfo Coop. Seg. Ltda.. En J° 78.843/78.842/9883 Días, Pedro Salvador C/ C/ Oliva, Roberto Esteban Delgado S/P/ Daños Y Perjuicios S/ Inc. Cas - Fallo N°: 07199373 - Ubicación: S385-080 - Expediente N°: 90141 - Tipo de fallo: Sentencia - Mag.: KEMELMAJER-PÉREZ HUALDE-BÖHM - Suprema Corte de Justicia - Sala: 1 - Circ.: 1 - Fecha: 27/12/2007 - LDTextos - Lex Doctor).-

Jurisprudencia de la Provincia de Buenos Aires Civil y Comercial SEGURO RESPONSABILIDAD CIVIL - ALCANCE DE LA COBERTURA. "Si la póliza en virtud de la cual se aseguró el rodado incluye una cláusula por la cual no corresponde indemnizar siniestros producidos o sufridos por vehículos mientras fueren conducidos por personas que no estuviesen habilitadas para su manejo, la entidad aseguradora puede válidamente oponerse al pago de las indemnizaciones reclamadas, si ha quedado comprobado que el conductor del rodado carecía de registro habilitante, situación a la que debe asimilarse a quien conducía con carnet vencido". (SCBA, Ac 85459 S Fecha: 09/06/2004 Juez: HITTERS (SD) Caratula: López, Miguel Angel c/ Pascuzzo, Rolando y otros s/ Daños y perjuicios Mag. Votantes: Hitters-de Lázzari-Roncoroni-Negri-Kogan SCBA, C 102392 S Fecha: 11/08/2010 Juez: HITTERS (SD) Caratula: Jeréz, Luis Roberto y otro c/ Tissone, Luis María y otro s/ Daños y perjuicios OBS. DEL FALLO: cdf Mag. Votantes: Hitters-Negri-Soria-Pettigiani - LDTextos - Lex Doctor).-

Todo esto, sin perjuicio que en la Revista "Eficacia de los derechos de los consumidores" -2.012-1, Rubinzal Culzoni, pág. 157 y siguientes, Santa Fe, 13 de junio de 2.012, artículo "Consumidor y Seguros", de Miguel E. Piedecabras-, se dice que: "Uno de los ejercicios útiles en la integración armónica de ambos esquemas normativos, desde nuestra lectura, consiste en determinar que normas de la regulación del contrato de seguroa (ley 17.418) colisionan, o deberían o podrían reformularse en base a la

aplicación de las normas de la ley 24.240. Entendemos que este ejercicio debe realizarse contemplando y advirtiendo que existen planos que se superponen; otros que no se superponen, y otros que son abiertos, o sea, sin normas de ninguno de los dos esquemas. Los que no se superponen se aplican Donde se superponen hay que aplicar razonablemente, respetando la naturaleza del sistema, del negocio y del contrato, las normas de defensa del consumidor ... Aquí me interesa llamar la atención sobre una especial norma del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, que considera que a fin de la aplicación del Derecho se tendrá en cuenta la jurisprudencia, en consonancia con las circunstancias del caso, y que la decisión del juez debe ser razonablemente fundada (arts. 1º y 3º del Anteproyecto). Esto recoge en cierta medida el valor interpretativo que tiene hoy la jurisprudencia en nuestra comunidad jurídica ... (pag. 161) Debe partirse de explicar correctamente que el “seguro” en realidad es un sistema económico financiero, de acumulación de capitales (aportes iniciales, primas, exenciones, subsidios), gestión, administración e inversión rentable de dichos fondos, por parte de operadores (empresas) que son organizaciones profesionales, de naturaleza pública, privada o mixta, que permite transferir/absorber, diluir y gestionar los riesgos y al momento del siniestro, sustituir los efectos económicos negativos del mismo a través del pago de las prestaciones correspondientes. Concebido de esta manera, es dable sostener razonablemente que tanto el contrato como las decisiones jurídicas que se adopten con relación a esta materia deben respetar y responder a este esquema básico de naturaleza y funcionamiento. Por ello, la necesidad de resguardar a través de normas los presupuestos económicos y financieros del sistema. Claro está, en base a un prudente y razonable juicio de valor, que permita la realización de los derechos fundamentales de las personas cuando éstos se encuentran en juego ...”.-

Teniendo presente lo dicho por el Excmo. Superior Tribunal de Justicia en los precedentes ya analizados, el artículo precedentemente citado, en todo lo que relaciona a las normas tuitivas del Derecho del Consumidor, con el Seguro, es evidente que no hay colisión que tratar, ya que la controversia no es respecto del alcance de la cobertura, sino sobre un supuesto de cobertura inexistente -ya al tiempo de la contratación- y por tanto no se puede extralimitar la extensión por encima del riesgo comprometido, concepto que reconoce la C.S.J.N., al concluir en que nadie va a prestar una cobertura sobre un riesgo cuya delimitación desconoce –sobre el particular, ver el artículo “La validez de las exclusiones de cobertura en los fallos de las Cortes provinciales. Doctrina legal acertada que los tribunales inferiores no deberían ignorar”, por Daniel Guffanti,

“El Derecho” , 28 de marzo de 2.012, Diario de doctrina y Jurisprudencia, Derecho de Seguros.-

Que en igual sentido se ha expedido la Corte Suprema de Mendoza: "... Se trata de una cláusula de no seguro que no resulta abusiva por cuanto indica de modo descriptivo un riesgo no cubierto; se invoca y opone frente al titular del automóvil asegurado, tomador del seguro; la cláusula no es confusa ni ajena a las necesidades técnicas del seguro; no se contrapone a la Ley de Defensa del consumidor (LDC) porque se vincula al riesgo asegurado y consecuentemente a la ecuación económica del contrato". (Voto Mayoritario. Dres. NANCLARES - PEREZ HUALDE Autos: Triunfo Seguros Cooperativa En J... Muscara Sandra Y Ot. C/ Oropel Sergio Nicolas Y Pt P/ D Y P S/ Inc Cas - Fallo N°: 10000001286 - Ubicación: - Expediente N°: 106185 - Tipo de fallo: Sentencia - Mag.: NANCLARES - PEREZ HUALDE - PALERMO - Suprema Corte de Justicia - Sala: 1 - Circ.: 1 - Fecha: 01/07/2013 - LDTextos - Lex Doctor).-

Por otra parte, no está de más señalar, tal como lo hace Stiglitz –pág. 177, op.cit.-; un aspecto que ha presidido muchas resoluciones y que vale traer a colación aquí, al sostener que "... Cuestión relevante a determinar lo constituye la operatividad de la exclusión de cobertura con relación al siniestro que se halla fuera de garantía. O dicho de otra manera, el presupuesto de hecho, tal como está expresado en la póliza, no debe ser aplicado mecánica o rígidamente sino que corresponde adoptar un criterio que atienda a la razonabilidad de su adaptación al caso concreto. Acontece que uno de los criterios de identificación del riesgo es el de la causación. La individualización del riesgo que atiende a la causa, investiga cual de las condiciones, por su relevancia, debe considerarse causa, a los fines de determinar si la misma está o no incluida entre los riesgos previstos en el contrato. Nuestro Código Civil optó por el criterio de la causación adecuada (art. 906), que requiere un nexo entre la acción antijurídica que se atribuye al agente y el resultado dañoso de su obrar. De dicho nexo entre el antecedente y la consecuencia (relación de causa a efecto), deviene la existencia y la extensión, grado o intensidad de la atribución de responsabilidad. La contrapartida de la relación de causalidad descansa en el caso fortuito o fuerza mayor, que ponen de manifiesto que el daño proviene de una causa ajena a la acción del agente al que se pretende responsabilizar. A título de ejemplo ... lo constituye la persona del conductor de un vehículo que carece de habilitación para conducir aún “cuando se halle detenido ante un semáforo en rojo. Y ello en razón de que, los términos de la relación de causa a efecto no están dados por la falta de habilitación para conducir y el siniestro, sino por éste y la

puesta ilícita en la vía pública del automotor dañado. Lo que queremos significar es que el eje de la cuestión no radica sólo en la falta de la habilitación para conducir sino en la puesta en el pavimento del vehículo que participó en el siniestro por voluntad y decisión de quien no se hallaba habilitado para conducirlo (En contra Barbato, N. "Exclusiones ...", op. cit., pág. 566, cuando afirma que "... si el vehículo asegurado está detenido ante un semáforo en rojo y es embestido en la parte posterior por otro rodado, es evidente que ninguna relación causal ha tenido en la producción del accidente el hecho de que el conductor cuente o no con registro habilitante para la conducción...").-

Que también en torno a esta cuestión, han existido fallos que han valorado situaciones fácticas, en orden a la verdadera implicancia en torno al riesgo que ha implicado la carencia de licencia habilitante para conducir, en relación a las particularidades del caso. Así Jurisprudencia de la Nación Comercial SEGUROS: AGRAVACION DEL RIESGO (ARTS. 37 A 45). "Procede confirmar la resolución que rechaza la demanda incoada contra la compañía aseguradora que rechazó el siniestro denunciado por el actor fundada en que la póliza excluía de cobertura a "los vehículos que fuesen conducidos por personas que no estén habilitados para el manejo de esa categoría de rodado por autoridad competente". Ello así por cuanto -como en el caso- a la fecha del accidente -12.1.02- el conductor no estaba habilitado por la autoridad competente para hacerlo, lo que implicó asumir un riesgo adicional que no puede ser cubierto por la aseguradora, sin debilitar significativamente la ecuación económica del contrato. Esta cláusula, de delimitación del riesgo no contradice ninguna norma imperativa de la ley de seguros, toda vez que el registro de conductor expedido por la municipalidad de San Isidro caducó el 13.5.00, circunstancia que ha sido reconocida expresamente por el demandante ... A más, no puede soslayarse, en las particulares circunstancias de la causa, la desidia del actor que circulaba por una ruta nacional con una licencia vencida desde hacía casi dos años, lo que permite conformar convicción de que su persistente e ilegal conducta no puede ser convalidada para otorgarle la cobertura pretendida de la aseguradora. (Auto: NAVARRO, JORGE C/ BOSTON CIA. ARGENTINA DE SEGUROS SA S/ ORDINARIO. - CAMARA COMERCIAL: A. - Mag.: MIGUEZ - UZAL. - Fecha: 06/06/2008 - LDTextos - Lex Doctor).-

Jurisprudencia de la Provincia de Entre Ríos Civil y Comercial SEGUROS - RESPONSABILIDAD. RESPONSABILIDAD - DECLINACION. "A partir del pronunciamiento de la Sala en lo Civil y Comercial del S.T.J. in re "Cooperativa de Servicios Públicos Villaguay Limitada c/Díaz, Aldo y Otro" del año 2003, ha quedado

cerrada para las instancias de grado del fuero en ésta jurisdicción toda discusión acerca de si la facilitación del vehículo por parte del asegurado a persona no habilitada para conducir configura o no un supuesto de culpa grave que autorice al asegurador a declinar su responsabilidad por los daños cuando en tal circunstancia se produce un accidente. Expresamente y como doctrina vinculante -artículo 258 del Código ritual-, se dijo en el fallo citado que cuando el contrato de seguro automotor establece claramente una cláusula que dispone que no corresponde indemnizar siniestros producidos mientras el vehículo objeto del contrato haya sido conducido por persona no habilitada para ello, tal supuesto debe considerarse como un caso puntual de exclusión de la cobertura, por lo que acaecido el mismo resulta irrelevante analizar si existió o no culpa grave del asegurado y si la misma fue probada o no por el asegurador. Consecuentemente la jurisprudencia anterior de ésta Alzada que cita en su apoyo el apelante ha perdido gran parte de la relevancia que antes tenía. Ciertamente es -como lo observa el apelante-, que aún en el marco de la tesis establecida a partir del pronunciamiento referenciado como un caso puntual de exclusión de la cobertura, no ha dejado de considerarse como distinto al mismo aquél en que la carencia de la habilitación para conducir sólo comprende una "falta administrativa", como cuando -por ejemplo- se conduce con la denominada "visación" vencida, o como cuando estaba en trámite la renovación misma del carnet de conductor ya vencido". (REFERENCIA NORMATIVA: CPCE 9776 Art. 258 CCPA02 PA 86066 I Fecha: 16/02/2010 Juez: QUINTEROS (MA)Caratula: Britos, Ricardo Ismael c/ Almeira Astudilla, Alejandro y otro s/ Sumario Mag. Votantes: QUINTEROS-BENEDETTO - LDTextos - Lex Doctor).-

Aún para quienes pudieran señalar que, la verificación objetiva de la carencia de licencia vigente para conducir el tipo de vehículo involucrado; debiera ir acompañada de un contenido de responsabilidad en el hecho, para evitar el fundamento de semejante consecuencia contractual, solo con apoyatura en una carencia administrativa; vale señalar que en el caso que aquí convoca; el conductor, Sr. Carlos Jorge García -quien fue declarado rebelde en la causa y quedó confeso, conforme acertadamente señala la magistrada en su sentencia, al enumerar las presunciones en las que se apoya; y que de acuerdo a lo informado por la Municipalidad de General Roca a fs.83 en los presentes y a fs. 100 de los autos penales que van por cuerda, nunca tuvo licencia de conductor obtenida del municipio-; declaró en el debate -fs. 163- que al momento del hecho no tenía carnet, pero tenía todos los papeles, que en otro momento en la Municipalidad de General Roca, le habían hecho el carnet, que fue en el año 1.971; admitió también que

no ve perfectamente de cerca, aunque si de lejos.-

La cita entiendo me exime de mayores comentarios en torno a la procedencia, desde esa óptica de la exclusión de cobertura; máxime teniendo presente la incidencia que esa dificultad de visión pudo tener en la posibilidad de cálculo del conductor; atento la mecánica de ocurrencia del hecho y el modo de contacto entre la unidad automotor y la bicicleta involucradas.-

6.- Por último, cabe señalar que sin perjuicio de la solución jurídica que así adelanto proponer, no me escapa que la misma torna de posible dificultad la efectivización del crédito indemnizatorio de la actora; aunque, estoy convencido que lejos está este tema de resultar agotado.-

Por cierto, la reforma del Código Civil y Comercial en ciernes; ha obviado introducir modificaciones a la ley de seguros, ya que no ha ingresado en detalle en el análisis de los “sistemas autosuficientes de derecho” -entre ellos, el seguro tal como surge legislado en la ley 17.418.-

Cabe señalar, no obstante que no es novedad que el parque automotor se ha incrementado notablemente; y pese a la obligatoriedad del seguro de responsabilidad civil; elevado porcentaje del mismo, circula por las rutas y calles del país, sin ninguna cobertura asegurativa; o bien, en las condiciones en que ha ocurrido el caso que aquí ocupa.-

La consagración de la responsabilidad del Estado por falencias en esos controles, se ha insinuado tímidamente, mas –entiendo que hasta este momento- no ha ganado posiciones en la jurisprudencia nacional.-

De este modo, entiendo que "de lege ferenda", debiera generarse un sistema que prevea la provisión de fondos -cuyo origen debiera determinarse por la misma vía- para que la víctima no quede con su crédito indemnizatorio insatisfecho -en supuestos de exclusión de cobertura determinada judicialmente y luego de acreditada la insolvencia del condenado; con una percepción que se acerque en todo lo posible al resarcimiento integral del daño.-

7.- Dejo así formulada mi disidencia, respecto de la exclusión de cobertura tratada en el voto precedente, que entiendo debe confirmarse, con la misma atribución de costas dispuesta en el fallo; adhiriendo en todo lo demás al mismo. ASI VOTO.-

LA SRA. JUEZ DRA. ADRIANA MARIANI DIJO: 1. Estoy llamada a dirimir ante la disidencia parcial que plantea el dr. Víctor Soto respecto del voto del dr. Gustavo Martínez. En su voto rector, el dr. Martínez propone revocar la sentencia de primera

instancia en cuanto hizo lugar a la declinatoria planteada por la aseguradora y la exclusión de cobertura, y por ende, modificación de la distribución de las costas, mientras que el dr. Soto propicia confirmar la sentencia en tales puntos, entendiéndose que las cláusulas del contrato oportunamente celebrado entre aseguradora y asegurado resultan oponibles a la víctima y por ende, siendo que el conductor culpable del siniestro carecía de carnet habilitante para conducir, se configuró un caso de riesgo no incluido. En los demás agravios hay coincidencia por lo que habré de abstenerme.-

2. Por cierto que ambos votos han sido extensa y prolijamente fundados, mas he de anticipar que, aún cuando los argumentos dados por el dr. Soto tienen amplio respaldo doctrinario y jurisprudencial, he de adherir a las conclusiones que propicia el dr. Martínez.-

No he de extenderme en la justificación de esta decisión, mas entiendo propicio resaltar que las cláusulas limitativas de responsabilidad en materia de seguros, fundamentalmente las que limitan el riesgo asegurable (denominadas “cláusulas de no seguro”) en la actualidad deben tener un nuevo enfoque y una nueva evaluación con relación a la víctima del siniestro, en tanto que la ley 17418 del año 1967 ha sido afectada por las modificaciones de la ley de tránsito 24449 que obliga a contratar un seguro de responsabilidad civil (art. 68) y fundamentalmente por el derecho del consumidor que, aunque contenido básicamente en la ley 24240 y modificatorias, en verdad, tiene rango constitucional desde la reforma al art. 42 de la Constitución Nacional en 1994. Con el nuevo orden consumerista, ya no es posible interpretar literalmente la ley de seguros y la de tránsito vehicular, y menos aún entendiéndose la reglamentación de la Superintendencia de Seguros que por esa vía puede venir a contradecir una ley posterior y de rango superior como es la normativa consumerista.-

Por otra parte, el efecto relativo de los contratos (art. 1195 y ctes. CCiv) al que recurrentemente se acude para excluir a la víctima de la posibilidad de invocar derechos emergentes de una convención de la que no fue parte, viene flexibilizándose y tuvo su broche de oro con la reforma a la ley del consumidor (por ley 26313) que amplió el espectro de los legitimados activos al definir la figura en su art. 1: “Objeto. Consumidor. Equiparación. La presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario, entendiéndose por tal a toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.(...) Se considera asimismo consumidor o usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de

ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo".-

Con lo que se incorporó la figura del llamado "bystander", siendo patente que en el caso, el tercero, si bien ajeno a la relación de consumo entre asegurado y aseguradora, se ve alcanzado por los efectos de ese contrato de consumo.-

Y lo dicho va en consonancia con el rumbo que ha tomado el derecho de daños, virando su enfoque para consolidarse finalmente sobre la reparación a la víctima injustamente dañada.-

4. Volviendo a la cuestión que me convoca, no tendría dudas en aplicar el efecto relativo de los contratos entre aseguradora y asegurado y siempre dentro de la interpretación que impone el orden consumerista; mas no respecto de la víctima tercero inocente, al menos en este caso puntual. Y es que considero que el seguro de responsabilidad civil ha sido instituido como obligatorio en virtud de la función social que pretende cumplir al obligar a quien pone en la calle una cosa potencialmente dañosa, tenga como responder por los eventuales daños que cause a los demás.-

No puede ser otra en mi opinión- la razón por la que se obliga a contratar seguro de responsabilidad civil. De lo contrario, si la razón fuese mantener indemne al asegurado, tal obligatoriedad sería inconstitucional como bien dice el dr. Martínez, en tanto que cada uno es libre de arriesgar su patrimonio.-

Comparto plenamente lo dicho por el dr. de Lazzari, Juez de la Corte Bonaerense, en la causa "Díaz c. Moreno" del 17 de agosto de 2011 quien, aún cuando por razones de economía procesal acató lo dicho por la mayoría y por la Corte Federal, dijo : "En el derecho contemporáneo de Daños, la víctima y la efectiva reparación de sus perjuicios conforman el eje que preside cualquier interpretación. Es la persona el centro de las preocupaciones del Derecho, más allá de conceptos iusprivatistas tradicionales que agotan su sentido en la sola coherencia de las construcciones lógicas desentendiéndose de la realidad (...) en los hechos, el seguro de responsabilidad civil tiene por función garantizar a la víctima que los daños padecidos le sean reparados. Tal la función social que cumple esta institución. De otro modo no se explica la obligatoriedad del aseguramiento automotor establecida legalmente...". En el mismo voto, precisamente el dr. de Lazzari señaló que "...el propio Tribunal Supremo, posteriormente, ha fallado en sentido opuesto efectuando algunas precisiones que preanuncian un aligeramiento de posiciones férreas o, en todo caso, la posibilidad de formular distinciones según sean las

circunstancias propias de cada caso. En efecto, en "Ortega, Diego vs. Transporte Metropolitano General Roca S.A." (R. C. y S., 2009, XI, p. 112; sentencia del 20-X-2009, "L. L." suplemento del 3-II-2010, pág. 10), tratándose de transporte ferroviario sostuvo que aún cuando la ley considera que la oponibilidad de la franquicia es la regla (art. 109 de la Ley 17418), ello no impide discriminar entre la diversidad de situaciones que pudieran plantearse, pudiendo llegarse a reconocer que dicha franquicia afecta el acceso a la reparación de los daños sufridos por la víctima, que es principio de raíz constitucional por cuya tutela corresponde velar a los magistrados..."-.

Considero en síntesis, que hay una diferencia básica entre los seguros voluntarios y aquéllos que son impuestos por la ley. En este último caso, no cabe otra interpretación que ello es así en función de la protección que el orden normativo quiere asegurar a aquellos a quienes eventualmente se pueda dañar. Interpretación abonada por la manda del art. 68 de la Ley 24449 que prevé "...Los gastos de sanatorio o velatorio de terceros, serán abonados de inmediato por el asegurador, sin perjuicio de los derechos que se pueden hacer valer luego. El acreedor por tales servicios puede subrogarse en el crédito del tercero o sus derechohabientes"-.-

No desconozco los fallos del Cíbero Tribunal de la Nación como tampoco la doctrina de consideración obligatoria de nuestro Superior Tribunal provincial, mas este último se ha expedido en el precedente "Lucero" que extensamente cita el dr. Soto puntualmente respecto de una cuestión diferente, que, a mi juicio, no aplica al caso en examen, aún cuando tangencialmente se hayan vertido conceptos en cuanto a la oponibilidad del contrato a la víctima.-

Insisto, considero que el legislador tuvo en miras una razonable compensación social. Al conceder a las Aseguradoras una notable ventaja comercial pues obliga a contratar un seguro a quien pone en la vía pública un automotor, le impuso la carga de abonar inmediatamente los gastos sanatoriales y de sepelio sin perjuicio de los derechos que pudieran hacer valer con posterioridad. Sin posibilidad de oponerle a la víctima los términos de la contratación.-

Se dijo en autos "Acevedo, Juan vs. Almafuerce Empresa de Transportes S.A. s. Ordinario", "...Cabe concordar con la doctrina emanada del fallo plenario pronunciado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo civil del 13.12.06, in re "Obarrio, Maria p. C/ Microomnibus Norte S.A. y otro", incorporando aquí como dato ineludible la situación falencial de la empresa demandada. Y si bien la corte suprema de justicia ha resuelto casos sometidos a su conocimiento en sentido contrario (in re "Villarreal,

Daniel c/ Fernández, Andrés", del 4.3.08, entre otros), sin perjuicio de la ejemplaridad con que ha de ponderarse la doctrina emanada del máximo tribunal, no cabe mutar el temperamento de esta decisión. Es que abona tal posición la modificación de la ley de defensa del consumidor (ley 26361), que ha extendido conceptualmente su ámbito de aplicación a las relaciones de consumo trascendiendo el criterio más acotado de "contrato de consumo" (art. 1º, ley citada); involucrando a todas las relaciones de consumo en el marco de aprehensión de la ley de defensa del consumidor (art. 3º, ley citada). Y ciertamente entre las personas comprendidas en la relación de consumo ha de ubicarse, en el caso concreto, al consumidor del seguro, víctima del accidente de tránsito. Como consecuencia de lo expresado, cabe considerar que la cláusula que establece la franquicia resulta inoponible al accionante. (Del voto del Dr. Ojea Quintana- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial Sala C; 29-ago-2008; Prosecretaría de Jurisprudencia de la CNCom.; RC J 10897/09; Rubinzal Online)

Y en similar sentido la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en autos R., J. R. vs. Caja de Seguros S.A. s. Ordinario; 23-dic-2013 (Rubinzal Online; RC J 4018/14) dispuso: "Corresponde revocar la sentencia de grado y en consecuencia admitir la demanda condenando a la aseguradora a mantener indemne al actor frente a cualquier reclamo de terceros proveniente del accidente de tránsito ocurrido, toda vez que bajo un régimen de seguro obligatorio, que tiene en cuenta la más amplia tutela de los intereses de las víctimas en lo relativo a la reparación efectiva del daño que se les ocasiona injustamente, no es concebible la exclusión de cobertura fundada en la ausencia de licencia de conducir vigente. Y las exclusiones del tipo examinado cierran el cuadro de amparo asegurador, que aparece así totalmente ajeno al concepto de lo que debe ser un seguro "obligatorio" con objetivo social, donde el derecho de la víctima tiene preeminencia sobre las reglas que regulan la efectividad de la prestación comprometida por el asegurador. Más todavía: la cláusula de exclusión fundada en la apuntada causal, resulta incluso inoponible respecto del damnificado. Asimismo, no es ocioso recordar que aún frente a estipulaciones pactadas entre asegurado y aseguradora oponibles al tercero damnificado, resulta posible a los jueces hacer discriminaciones entre las situaciones que pudieran plantearse, en aras de no afectar el acceso a la reparación de los daños sufridos por la víctima del accidente, ya que esto es principio de raíz constitucional".-

En definitiva, adhiero en el caso al voto del dr. Martínez, tanto en lo que respecto a la condena de la aseguradora como a la distribución de costas y fijación de honorarios,

absteniéndome de pronunciarme en lo demás por resultar innecesario ante la coincidencia de los colegas preopinantes. MI VOTO.-

Por ello, y en mérito al Acuerdo que antecede, la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería,

RESUELVE: I.- Hacer lugar al recurso de la actora y de los demandados Jorge y José Luis García en cuanto cuestionan la eximición de responsabilidad de la compañía aseguradora citada en garantía, revocándose la sentencia de primera instancia al respecto y en su consecuencia haciéndose extensiva las condenas a la aseguradora; II.- Rechazar en lo demás el recurso de apelación interpuesto por los demandados Jorge y José Luis García, confirmando la sentencia de grado en cuanto atribuye responsabilidad a los mismos, condenándolos al pago de las indemnizaciones correspondientes; III.- Hacer lugar al recurso de apelación de la actora en cuanto cuestionara los rubros incapacidad y daño moral, elevándose el primero a la suma de pesos quinientos treinta y un mil setenta y tres (\$ 531.073.-) y el segundo a pesos ciento veinte mil (\$ 120.000.-), con más los intereses establecidos en los considerandos del primer voto; IV.- Modificar los honorarios establecidos en la sentencia de primera instancia los que se fijan en pesos ciento cuatro mil ciento cincuenta (\$ 104.150.-) para el Dr. Juan Francisco Alberdi, pesos cien mil doscientos sesenta y cinco (\$ 100.265.-) para el Dr. Norberto Hugo Hidalgo, pesos dieciocho mil (\$ 18.000.-) para la Lic. Diana Minio y pesos diecinueve mil quinientos (\$ 19.500.-) para el Dr. Daniel Roberto Ambroggio; V.- Por la segunda instancia, fijar los honorarios de los Dres. Juan Francisco Alberdi y Norberto Hugo Hidalgo, así como el de los Dres. Carlos Alberto Calarco y Gabriela Montórfano, en las respectivas sumas de pesos veintinueve mil (\$ 29.000.-), pesos veintiocho mil (\$ 28.000.-), pesos doce mil quinientos (\$ 12.500.-) y pesos doce mil quinientos (\$ 12.500.-); VI.- En cuanto a las costas, se atribuye a los demandados y la citada en garantía, el pago de la totalidad de los impuestos, tasas y contribuciones del pleito, así como los honorarios de los peritos y el 70% de los honorarios del Dr. Alberdi, correspondiente a ambas instancias, siendo por lo demás a cargo de cada una el pago de los honorarios correspondientes a sus respectivas asistencias.-

Regístrese, notifíquese y vuelvan.-

GUSTAVO A. MARTINEZ VICTOR D. SOTO
JUEZ DE CAMARA PRESIDENTE

ADRIANA MARIANI
JUEZ DE CAMARA

Ante mi:

PAULA CHIESA
SECRETARIA

NOTA: Informo que por inconvenientes técnicos la sentencia de fecha 29-09-2014, no fue publicada en lista de despacho en Internet, publicándose en el día de la fecha. Conste.- (art. 133 del C.P.C.C.).-
General Roca, 1 de octubre de 2014.-

PAULA CHIESA
Secretaria