

Contrato De Seguro Clausula De Exclusion De Cobertura Adelantamiento De Vehiculos Invalidez

JURISPRUDENCIA

Contrato de seguro. Cláusula de exclusión de cobertura.

Adelantamiento de vehículos. Invalidez

Se revoca la sentencia apelada en cuanto absuelve a la citada en garantía de

responsabilidad por los daños causados por un accidente de tránsito, por entender que la cláusula que excluye de su cobertura al accidente que se produce cuando hay un adelantamiento es inválida.

En la ciudad de Mercedes, a los 14 días del mes de

mayo del año dos mil quince, reunidos en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Sala Segunda de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial Mercedes de la Provincia de Buenos Aires, Dres. Tomás Martín Etchegaray y Laura Ines Orlando (en virtud del art. 4° del Acuerdo Extraordinario del 25/IX/2008, modificado por Ac.

Extraordinario del 26/VIII/2010 de esta Excma. Cámara), no interviniendo el señor Juez Dr. Luis Tomás Marchiό por hallarse en uso de licencia, con la presencia de la Secretaria actuante, se trajo al despacho para dictar sentencia el expediente número 28.975

caratulado "Reinoso, María Carolina c/Pont Verges, Patricia Susana y o/s. s/ Daños y perjuicios". La Cámara resolvió votar las siguientes cuestiones esenciales de acuerdo con los artículos 168 de la Constitución y 266 del Código de Procedimientos: 1ª) ¿Se

ajusta a derecho la apelada sentencia de fs. 573/580 en cuanto es materia de apelación y agravios? 2ª) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

Practicado el sorteo de ley dio el siguiente resultado para la votación: Dres. Tomás Martín Etchegaray y Laura Ines Orlando. VOTACIÓN A la primera cuestión planteada, el Sr. Juez Dr. Etchegaray dijo: D)- Contra la sentencia de fs. 573/580, dictada el 07 de octubre de 2014, que hizo lugar a la defensa de no seguro opuesta por "L'UNION de París Cia.

Argentina de Seguros SA", con costas; que rechazó el reclamo de A. R., con costas; que hizo lugar a la demanda de Mara Carolina Reinoso y Daniel Hernán Ramírez por sí y en representación de J. R. condenando a Patricia Susana Pont Vergés, y despachó las partidas indemnizatorias requeridas, con costas, apelaron los actores (fs. 589), y la demandada (fs. 591). Recursos que se concedieron libremente. Llamados a expresar agravios (fs. 595), lo hicieron, los actores mediante su libelo de fs. 599/603, y la demandada en el de fs. 604/610. Solo fue replicado el de la parte demandada: por el actor a fs. 612/3, y por la citada en garantía a fs. 614/621vta. Corrida vista al Asesor de Menores, la evacuó a fs. 623 en la que manifestó adherir a los fundamentos de la parte actora.

Llamados "autos para sentencia" (fs. 624), consentido, y practicado el pertinente sorteo (misma foja, vuelta), quedó la causa en condiciones para ser votada (CPC 34 inc. 3° - c, y 263).

II)- Antecedentes del caso en lo atinente a los recursos. a)- Mara Carolina Reinoso, y Daniel Hernán Ramírez por sí y sus hijos menores A. R. y J. R., demandaron (fs. 41) a Patricia Susana Pont Vergés y citaron en garantía a su aseguradora "L' Unión de París Cia. Argentina de Seguros SA". Dijeron que el 22 de junio de 2008 Ramírez transitaba en un Renault Clio por ruta n° 5 km. 127,700, y en medio de una curva se encontró con que por su misma mano venía la demandada en un VW Sharan sobrepasando una fila de camiones. Pese a maniobras de esquivar, la demandada lo impactó y provocó su vuelco. El automóvil sufrió daños de gran magnitud. Que además, los hijos menores de Ramírez sufrieron trastornos psíquicos producto del accidente, necesitando de tratamiento. Imputó responsabilidad objetiva por CC 1113, sin perjuicio de señalar que la maniobra de la demandada "importó una imprudencia rayana en temeridad" (sic; fs. 44vta.). Reclamó por daño emergente como costo de reparación del Renault \$...; por desvalorización del automóvil, \$...; por privación de uso, en cuanto a lucro cesante por disminución de ingresos de Ramírez, \$..., y por privación de uso para disfrute personal y de la familia para la titular dominial Sra. Reinoso, \$ Finalmente, por daño psicológico sufrido por sus hijos J. y A, \$

b)- "L' Unión de París Cía. Arg. de Seguros SA" contestó (fs 117). Admitió la existencia del contrato, pero mediante defensa de "no seguro" declinó la cobertura, por haberse configurado una causal de exclusión pactada en una cláusula titulada "advertencia importante-riesgos no asegurados". Que consistía en la no indemnización del siniestro producido cuando el vehículo se encuentre superando a otros vehículos en lugares no habilitados. Dijo que en el tramo de la curva y varios metros antes y después existía doble línea demarcatoria pintada de amarillo. Que su parte comunicó a la tomadora del seguro Pont Vergés la declinación de toda responsabilidad. Afirmó que esa defensa es oponible al asegurado y a la víctima. En subsidio, contestó la demanda.

c)- Patricia Susana Pont Vergés también contestó (fs. 143). Admitió la existencia del hecho, pero dijo que no incurrió en desatención o negligencia al conducir, que su conducta no fue aventurada ni desmesurada. Narró que su vehículo no es rápido, y en medio de un tránsito intenso emprendió el sobrepaso de un camión cuando las condiciones se lo permitían ya que lo hizo en plena recta, con línea divisoria blanca discontinua, pero en plena maniobra la sorprendieron la curva -no vio la señalización porque el camión se la tapó - y el automóvil de los actores que circulaba en sentido opuesto -ya que por el sentido de la curva no le fue posible verlo antes-. Respecto de la cobertura asegurativa, que estaba vigente, dijo que las cláusulas de exclusión tienen sustento en consideraciones subjetivas (culpa grave) pero la redacción de la

invocada trasluzce esfuerzo por encuadrar la limitación en el ámbito objetivo. Dijo que es abusiva, ya que según su letra el asegurador estaría exonerado en todos los casos en los que el vehículo se encuentre tras la línea amarilla, con lo que habrá eliminado enorme cantidad de siniestros. Aunque admite que formalmente no es ilícita ya que ninguna ley la prohíbe, dijo que su aplicación desvirtúa el contrato de seguro ya que expone al asegurado a no tener cobertura prácticamente cada vez que circula en ruta. Que corresponde aplicarla con un criterio razonable, teniendo en cuenta la conducta del conductor, para lo cual se debe analizar si el hecho se cometió con dolo o culpa grave. Dijo que su parte está lejísimo de haber incurrido en ellas, dado lo restrictivo de la jurisprudencia en la conceptualización de la última. Dijo que si su parte cometió una imprudencia, se configura materialmente el riesgo asegurado, que es cuando la aseguradora debe responder. Pidió la nulidad de la cláusula, para lo que se apoyó en las previsiones del art. 37 de la ley 24420 (defensa del consumidor) y abundante jurisprudencia. Se adhirió a la respuesta del asegurador cuando a todo evento contestó la demanda.

III)- La sentencia. Resolvió el tema de la responsabilidad de la demandada Pont Verges subsumiendo el hecho en el CC 1113, norma que regula el sistema objetivo fundado en el riesgo creado, lo que es correcto. Como el tema no fue motivo de agravios, no viene al caso relacionarlo. Sin perjuicio de lo cual no está demás referir que, pese a apoyarse en el sistema que prescinde de subjetividades, la a-quo responsabilizó -además- a la demandada fundándose en la presunción relativa de su culpabilidad generada por su carácter de embistente. Para añadir, por fin, que la maniobra intentada por la demandada, transitando una curva, resulta ser extremadamente riesgosa, contando la zona del siniestro con las líneas amarillas indicativas de tal peligro (sic; fs. 576).

Admitió la defensa de no seguro opuesta por L`Unión de París SA. Para ello dijo que los hechos del caso imponen la aplicación de la exclusión de cobertura tal como está pactada en la póliza de fs. 59/101, expresada en los Anexos ?A? y ?B? de la póliza de fs. 336/364, en el sentido que no se indemniza el siniestro ocurrido cuando el vehículo asegurado supere a otros vehículos en lugares no habilitados. Analiza esa disposición conjuntamente con el dictamen del perito mecánico, quien si bien no pudo precisar la visión que tenía la demandada cuando inició la maniobra de sobrepaso, dejó claro que en la curva en cuestión existen líneas amarillas que indican la prohibición de realizar tal conducta, ello atento el alto nivel de peligrosidad que tal decisión trae aparejada (cita arts. 42 y 48 inc. j de la ley 24.449, ley nacional de tránsito). Sostiene que la cláusula le es oponible al tercero damnificado. Como el asegurador responde en la medida del contrato, fuente de su obligación, hizo lugar a la defensa de no seguro, con costas.

En cuanto a los rubros, al daño emergente -reparación del Renault- lo fijó en \$...; a la desvalorización del rodado, en \$...; por la privación de uso, \$...; desestimó el daño psicológico reclamado por A. R.; y fijó en \$...el daño psicológico para J. R.. Fijó la tasa de intereses en la pasiva, es decir la que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta días, en los distintos períodos de aplicación.

IV)- El recurso de los actores (fs. 599). Hizo un pormenorizado análisis del concepto de culpa grave como causal de exclusión de seguro, a la vez que recordó que la simple culpa o negligencia del asegurado no bastan para desligar al asegurador, ya que son éstas las que están amparadas por la cobertura del seguro de responsabilidad civil. Señaló que la doctrina identifica la culpa grave con la noción de ?culpa con representación?, es decir cuando el asegurado se representa el resultado, no lo quiere, pero igual actúa porque éste le resulta indiferente. Que la culpa grave es de interpretación estricta, que en caso de duda se debe estar por la subsistencia del seguro, idea que ensambla con el principio de la protección del consumidor (?in dubio pro consumidor?: arts. 3 in fine y 37 de la ley 24.240). Dijo que solo con la interpretación estricta se tiende a la protección de los derechos de los damnificados. Que (¿en todo caso?) la exclusión de cobertura solo debe aplicarse entre los contratantes, ya que pretender oponerla a la víctima sería desprotegerla y anular el propósito que tuvo la creación del seguro obligatorio de responsabilidad civil; que además con esa idea de la relativa aplicación solo entre los contratantes, no se obstruye la posibilidad del asegurador para accionar por repetición contra el asegurado. Se agravio también porque se le impusieron las costas por la citación en garantía. Dice que así se violó su derecho de defensa en juicio, ya que no demandó sin fundamento legal ni equivocadamente, sino al asegurador que le denunció la demandada Pont Vergés. También porque se le opuso una cláusula de exclusión que de ningún modo tuvo la posibilidad de conocer. Ad eventum, pide se exima a los actores de las costas con relación a la citada en garantía.

En cuanto a los rubros, se agravio en primer lugar por la denegación de daño psicológico a A. R. Dice que en el dictamen de la perito psicóloga asevera que el hecho fue significativo para ella, y si bien al momento del examen no presentaba lesión psíquica, (fue porque) logró a través de sus recursos reducir el efecto traumático. Explica que entre el hecho y el examen transcurrieron más de 5 años durante los cuales esos efectos desaparecieron, solos porque la menor no tuvo tratamiento psicológico por falta de medios para afrontarlos, y sostiene que es injusto que no reciba ninguna compensación económica por el solo hecho de haberse curado sola. En cuanto a la indemnización fijada para J. R., se queja por lo exiguo e irrisorio del monto, con más razón ya que se aconseja un tratamiento de un año.

V)- El recurso de la demandada Pont Vergés. Se queja porque la sentencia omitió -dice- tratar la nulidad de la cláusula de exclusión de cobertura: el juez se allanó al texto de la póliza sin atender a su planteo vinculado con el modo en que ocurrió el hecho. Dice que el juez resolvió como si el caso fuera de ?no seguro? (por causales de suyo objetivas: no pago de la prima, vencimiento de la vigencia), cuando el presente es muy distinto ya que se está ante una cláusula de exclusión de cobertura

o limitación de responsabilidad, que tienen sustento en consideraciones subjetivas (dolo, culpa grave). La redacción de la cláusula denota esfuerzo por encuadrar la limitación en lo objetivo: estar del otro lado de la raya amarilla. Por lo que se torna abusiva: el asegurador estaría así eximido de responder prácticamente en todos los siniestros, ya que en su gran mayoría estos se producen en zonas donde se prohíbe el sobrepasso. Dijo -nuevamente, ya lo había dicho en la contestación de la demanda- que se trata de una cláusula formalmente lícita porque no hay norma que la prohíba. Pero que el criterio con que debe ser aplicada no debe ser ni mecánico ni rígido, sino adaptándolo al caso con razonabilidad, para lo cual resulta inevitable entrar a considerar si en la conducta del asegurado hubo dolo o culpa grave. Sospecha que con la redacción de la cláusula se pretendió eludir la consideración de la conducta del asegurado, para abarcar más casos de exclusión (¿con fin de potenciar ganancias?) y eludir la jurisprudencia restrictiva en torno al concepto de culpa grave. Critica que el juez haya omitido analizar la conducta de su parte, sino que se basó exclusivamente en dos cuestiones debatibles: el lugar de colisión (una curva), y ser agente embistente. Que si su parte fue negligente o imprudente, se concretó ni más ni menos que la materialización del riesgo asegurado. Pide que para anular la cláusula se aplique el art. 37 de la ley 24.240 y la jurisprudencia que mayoritariamente encuadra en la ley de defensa del consumidor al contrato de seguro.

Respecto de los rubros, se agravia por el daño emergente, porque se fijo como valor de reparación uno superior al determinado por el perito; por la desvalorización del rodado, ya que no hay pruebas de sus existencia: los testigos dijeron que el actor lo vendió en el estado en que se encontraba, y el perito no se expidió sobre el punto; por la privación de uso, por que el monto fijado es desproporcionado, arbitrario, y fijado sin razón suficiente para apartarse el a-quo del tiempo de reparación estimado en 25 días por el perito, con lo que se confundió el rubro con el de lucro cesante por ponderación de pérdida de ingresos causada por la venta del rodado. Se quejó asimismo por la imposición de la totalidad de las costas del juicio, que concretó en mencionar la imposición de las costas por la citación en garantía, para lo que adujo que su parte no la pidió. VI)- La contestación de la aseguradora citada en garantía (fs.614/621vta.). Dijo que contestaba el recurso de la demandada. Señaló que lo que importaba la cláusula en cuestión es una exclusión de cobertura, objetiva, que describe un riesgo no cubierto. Que nada tiene que ver esa cláusula con la cuestión de la culpa grave que como causal de exclusión por provocación del siniestro, de índole sancionatoria, es una cláusula de caducidad. Que la cláusula que invocó es una convención entre partes que no viola ninguna norma imperativa de la ley de seguros, ni la de defensa del consumidor. Que el riesgo asumido por el asegurador deja fuera de amparo situaciones en que ese riesgo se acentúa en las probabilidades de producirse o en la extensión del daño a reparar, por lo que el asegurador las considera no asegurables, o bien solo amparables mediante una prima más elevada. Las cláusulas de exclusión de cobertura, por ser objetivas, no requieren de relación causal con la conducta, capacidades o habilidades del asegurado: tal es el caso de la carencia de licencia para conducir. Distingue así entre cláusulas de exclusión de cobertura (descriptivas, y objetivas, donde de inicio no hay derecho), de las cláusulas de caducidad (pérdida del derecho a la cobertura del asegurado por incumplimiento de alguna carga, de índole sancionador). Dice que la SCBA hace 30 años ya decidió que se debe apreciar restrictivamente toda extensión tácita de la cobertura (cita Ac 28.723, Aranda c/Valli); que el contrato de seguro debe interpretarse literalmente cuando la cobertura está claramente expresada; que el riesgo determinado en el contrato no puede ser ampliado por interpretaciones extensivas o analógicas, porque provocaría un grave desequilibrio en la economía de la compañía, rompería la ecuación técnica económica en que se basa la explotación del seguro, ecuación matemática de equilibrio entre riesgo pactado, prima pagada por el tomador, y prestación prometida por el asegurador, y se puede quebrar todo el sistema de aseguramiento; que el derecho de seguros no puede ser desnaturalizado bajo el loable fin de reparar los daños sufridos por las víctimas de accidentes de tránsito; que la modificación judicial de los términos del contrato sería violatoria del derecho de propiedad desde una perspectiva constitucional. VII)- La solución que propongo para el tema de la responsabilidad del asegurador citado en garantía. a)- Debemos entender que la planteada no es cuestión lineal: está el contrato y punto. No. Se trata de una situación en la que confluyen normas de distinto origen y fundamento. Es cierto -con el asegurador lo digo- que por sobre todo está la Constitución. De ella extraigo para el caso la garantía de libertad para contratar (CN 14). Que significa la libertad para hacerlo, para no hacerlo y, de hacerlo, la libertad para incorporarle el contenido que las partes vieran convenirle, sujeto a las regulaciones de la ley. Como el ejercicio de cualquiera de los derechos, como reza la primera oración del recordado CN 14. Aunque también la Constitución, mediante la reforma de 1994, incorporó los derechos de los consumidores a la protección de sus intereses económicos (CN 42). b)- Pero, por otra parte, aparece una ley que obliga a que todo vehículo que circule por la República cuente con un seguro que lo cubra por los daños que con él pueda causarse a terceros, so pena de incurrir en contravención (art. 68 ley 24.449, nacional de tránsito, B.O. 10-02.1995). Ya no estamos ante una libérrima opción por ¿no contratar?. Puedo hacerlo, sí, pero no puedo circular en automóvil si no lo hago. c)- También, desde un tercer ángulo, aparece la ley de seguros (17.418, B.O. 30-08-1967, vigente desde el 01-07-1968) que regula un tipo de aseguramiento compatible con el requerido por la ley de tránsito: el seguro de responsabilidad civil (arts. 109 a 120). Ley que dispone de ciertas limitaciones a la posibilidad de alterar ciertos principios, como veremos. Diría que en el mismo sentido confluye la ley de defensa del consumidor

(ley 24.240, BO 13-10-1993), que agrega otros principios que limitan la libertad del contenido del contrato. d)- Para transcurrir por el caso, debemos contemplar todas esas normas, principios, garantías, mandas, etc. Desbrocemos un poco el camino. Es cierto que en materia de seguros existen cláusulas de exclusión de cobertura, que no pueden confundirse con las cláusulas de caducidad del aseguramiento. Pero tampoco las partes pueden transformar ¿a piacere? una en otra. Si es obligatorio contar con un seguro para circular en automóvil, es claro que ese seguro no puede ser uno que ante un caso claro de responsabilidad civil por cuasidelito no establezca cobertura, porque ahí sí habría un contrasentido, un oxímoron, una contradicción palmaria. Ya que la norma del art. 68 de la ley de tránsito está concebida para proteger a la víctima del accidente de tránsito. Vale recordar a esta altura del discurso que en la interpretación más extensiva y actual del art. 19 de la CN, se considera que en sus palabras está el derecho de toda persona a la indemnidad, que se ha elevado a la categoría de derecho constitucional el principio del *altrum non laedere*. El seguro de responsabilidad civil no puede, por ende, apartarse hoy de ese estándar, el privilegio que se confiere a la víctima. Es inconcebible, por contradictorio con el régimen jurídico imperante, que un seguro de responsabilidad civil para automotores, obligatorio para transitar por la vía pública nacional, excluya de su cobertura a un caso muy corriente de accidentes de automotores: el que se produce cuando hay un adelantamiento. No estamos hablando que el contratado por la demandada fuera un seguro de incendio, o de accidentes personales, o de granizo, sino uno de responsabilidad civil. Obligatorio. e)- La descripción de la cláusula que nos convoca es un caso, a mi ver, donde se da la confusión que he mencionado entre cláusula de exclusión con cláusula de caducidad. Porque se ha introducido subrepticamente una en otra. No es razonable, en la descripción del riesgo asegurado bajo la carátula de ¿seguro de responsabilidad civil?, excluir un caso paradigmático donde esta responsabilidad se genera. Porque decir que no aseguro al auto que supera a otro por lugar prohibido es casi lo mismo que decir que no aseguro el auto que está en movimiento. Aseguro pero no aseguro. ¿De qué seguro estamos hablando? La cláusula en cuestión es contradictoria con el tipo de seguro de que aquí se trata. f)- Pero no solo lo es desde la vigencia de la ley de tránsito, sino que, a mi ver, ya existía una prohibición bien clara en el propio texto de la ley 17.418. Pese a que las partes demandada y aseguradora citada en garantía han admitido que se trata de una norma formalmente válida por no estar prohibida expresamente. g)- Para explicarlo me he de extender sobre la confusión que hay en el caso entre cláusula de exclusión, con cláusula de caducidad. La primera participa de la descripción del riesgo. El riesgo cubierto se circunscribe al objeto definido como tal en el contrato. Por si una descripción positiva no es suficiente, clara o concreta, están las negativas o de exclusión. Si lo que se cubre es la responsabilidad civil por uso de automotor, el contrato dirá que el asegurador se compromete a mantener indemne el patrimonio del asegurado por cuanto deba a un tercero en razón de su responsabilidad a consecuencia de un hecho que cause un daño por el uso del automóvil dominio ... marca tal, modelo X. dentro de tal periodo de tiempo, y de tal territorio. ¿En qué consisten las exclusiones? Normalmente, en el seguro de responsabilidad civil común y corriente, para un uso familiar de un automóvil, se excluyen algunos usos que incrementan el riesgo del uso normal del automóvil familiar: vg., su utilización en competencias automovilísticas, o como taxímetro, o cuando es conducido por persona carente de habilitación o carnet de conductor, etc. Su descripción se hace en estas cláusulas de exclusión. De suyo objetivas, porque su acreditación carece de matices: se está, o no se está, incurso en ellas. Sin términos medios. h)- Las cláusulas de caducidad, en cambio, son sanciones que se le imponen al tomador del seguro por su falta de cumplimiento con alguna de las obligaciones o cargas que surgen del contrato. Su acreditación no puede prescindir de un examen de la conducta del tomador o del asegurado. El no pago amerita determinar la existencia de la mora. Ni hablar de la prueba que corresponde realizar cuando se invoca que se provocó el siniestro por culpa grave. La sanción es la suspensión temporal o la pérdida de la cobertura. La más común es la de falta de pago de la prima. Pero también lo son las que castigan al asegurado cuando provoca el siniestro por dolo o culpa grave (art. 70 ley 17.418, que regula en general la provocación del siniestro). El suicidio provoca la pérdida de la indemnización en el seguro de vida. Lo mismo ocurre cuando aun sin intención suicida, el tomador arriesga temerariamente su vida en una actividad de sumo peligro, como competencias automovilísticas, paracaidismo, aladeltismo, buceo deportivo, alpinismo, exposición a radiaciones atómicas, etc., salvo pacto en contrario. Digo esto último porque el art. 70 de la ley de seguros es modificable contractualmente: no hay interés de orden público en contrario. La permisión surge del art. 158, que no menciona al art. 70 entre los inmodificables. A una prima muy alta, un paracaidista puede asegurar su vida. Pero el dolo no es dispensable (CC 507): si el paracaidista se suicida, no hay cobertura aunque la tuviera contratada por la actividad. i)- En el caso del seguro de responsabilidad civil se contempla como cláusula de caducidad la provocación del siniestro por dolo o culpa grave en el art. 114. Sin embargo, el art. 158 sí permite modificar esta cláusula (la del art. 114) pero solo cuando se lo hace en favor del asegurado, vale decir, cuando se le amplía, del modo que sea, la cobertura. Está en la naturaleza del seguro de responsabilidad civil, el que se asegure la conducta de una persona actuando con ¿normalidad?, por aquellos daños que se pudieran causar mediante el despliegue de una actividad corriente, aunque no exenta de riesgos como lo es la circulación en automóvil. En el proyecto de Halperín solo se había considerado como causal de caducidad el dolo, sin que se mencionara la ¿culpa grave?, que fue incluida por el legislador por razones de política legislativa o consideraciones de oportunidad y

conveniencia (se habló de la inseguridad que daba para el negocio del seguro la poca profesionalidad de la investigación penal en el interior del país). Favorable para el asegurado sería, vg., la eliminación de la culpa grave. j)- A contrario sensu del art. 158, esta cláusula (la del art. 114) no puede modificarse en contra del asegurado. Como sería, vg., si se le quitara la cobertura mediante la variación de la imputación a una culpa leve (menos grave) del asegurado, digamos a una culpa poco menos que corriente, o la que pudiera cometer un conductor poco avezado. k)- Lo que se hace en la cláusula que nos ocupa, a la que ahora volvemos, no es sino esto último: se disfrazó como cláusula de exclusión (descripción negativa de siniestro) lo que no es sino una causal de caducidad (sanción por incumplimiento de una carga). Dice que habrá cobertura, sí, salvo cuando el automóvil se adelante a otro por lugar no habilitado. El disfraz no puede evitar, empero, que para su comprobación no se pueda prescindir de la subjetividad del conductor, ya que se está ante una circunstancia que sólo en apariencia es objetiva. Porque un adelantamiento por el carril derecho (prohibido en principio), bien pudo deberse a una situación impuesta por el decurso del tránsito, y pasar a ser lícita. El solo hecho de estar del otro lado de la doble raya amarilla, por aquello mismo, no implica de por sí estar en lugar prohibido o cometiendo una infracción. Se pretendió con ella excluir, de modo indirecto, si no subrepticio, un sinnúmero de siniestros, de un modo tal que desnaturalizaron el concepto del tipo de seguro en el que se estaba. Lo situaron, al seguro de que aquí se trata, que no es sino el de responsabilidad civil por el uso de automotor, por fuera de la conducta impuesta por la ley de tránsito cuando manda obligatoriamente tenerlo contratado. Si el seguro del caso de autos fuera válido, no sería suficiente para satisfacer la manda del art. 68 de la ley nacional de tránsito, ya que deja desamparada a la víctima. Dicho en otras palabras: la validez de la cláusula es incompatible con la obligatoriedad del seguro para circular en automóvil que impone el art. 68 de la ley nacional de tránsito. l)- Por si ello no fuera suficiente, se trata de una cláusula que porque viola la prohibición del art. 158 de la ley 17.418, es nula (CC 18, 1037, 1044) de nulidad absoluta (CC 1047). La prohibición interesaba al orden público y de ahí la severidad de la sanción de nulidad. Por su naturaleza, puede ser aplicada de oficio por el juez, aun sin petición de parte (CC 1047). El hecho que esta póliza haya pasado indemne ante los ojos del órgano estatal (Superintendencia de Seguros de la Nación) profesional para su control de legalidad, no es óbice para la declaración que propongo. Es cierto que los actos del Estado se presumen válidos, entre ellos los del poder administrador, pero la palabra final sobre la validez de los actos jurídicos que produzca la tiene y es resorte del poder judicial. Pensar lo contrario coartaría la posibilidad del control de constitucionalidad y de convencionalidad de las leyes que nuestro orden jurídico asigna de manera difusa en los jueces. ll)- También desde la óptica de la ley de defensa del consumidor 24.240 (derecho de naturaleza hoy constitucional: art. 42 CN) estamos ante una cláusula írrita. Por de pronto ya no caben dudas que quien contrata un seguro, su tomador, es un consumidor en los términos del art. 1 de la ley 24.240 (SCBA C107516 del 11-07-2012, ?Canio?, JUBA B3902249; CamCiv. 1ª San Nicolás, causa n° 6252 del 09-08-2007, ?Prat c/Bco.Pcia.B.A.?, y causa n° 8958, del 09-09-2008, ??Verón c/Bco. Galicia?, JUBA B858292; Cam.Civ.1ª sala 1 La Plata, causa n° 250276 del 26-02-2009, ?Manchula c/Galicia Vida?, JUBA B102110; Cam.Civ. 1ª Lomas de Zamora, causa n° 69688 del 22-05-2012, ?Gómez de Olivera c/Federación Patronal?, JUBA B2551678). Es doctrina de la SCBA que la cláusula por la que se amplía a la persona del conductor del automóvil, el ?no seguro? referido a la culpa grave del asegurado, es materialmente ilícita (CC 1066) por contradecir una norma seminecesaria (art. 114 LS), y por lo tanto abusiva y nula, en tanto desnaturaliza el vínculo obligacional (art. 37 inc. a Ley de Defensa del Consumidor) al suprimir (vía predisposición) una obligación del asegurador de fuente normativa (SCBA AC 76885 del 09-10-2003, ?Vega c/Coll?, tribunal de origen Cám. Civ. 1ª Mercedes; AC 75492 del 03-11-2004, ?Insurance Company c/Fortino?; Ac 73330 del 31-05-2006, ?Aguirre?; JUBA B26905) Aun más, la propia víctima de un accidente de tránsito, el acreedor de la indemnización de daños y perjuicios, también es un ?consumidor? en los términos del art. 1 de la ley 24.240 cuando su deudor es un asegurado, en la medida en que se trata de alguien de algunamaneira (se encuentra) expuesto a una relación de consumo (textual, misma norma, in fine). En el mismo sentido cabe adunar que en un voto en minoría del Dr. de Lázari puede leerse lo siguiente: ?En el contemporáneo derecho 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 jurídicos iusprivatistas tradicionales que agotan su sentido en la sola coherencia de las construcciones lógicas desentendiéndose de la realidad (conf. José Raúl Heredia, ?La Constitución como fuente de la pretensión de reparación de daños?, en el libro ?Responsabilidad Civil?, dirigido por Aída Kemelmajer de Karlucci, Ed. Rubinzal Culzoni, p. 13 y sgts., 2007). Cualquiera sea la naturaleza de la relación que se genera entre el tercero damnificado y el asegurador, 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 ésta institución. De otro modo no se explica la obligatoriedad del aseguramiento automotor establecida legalmente.? (SCBA C 102992 del 17-08-2011, ?Díaz c/Moreno?, JUBA B14053, JUBA B29696, y JUBA 3900737, B3900736, B3900735 y B3900734) La aplicación al caso del art. 37 de la ley 24240, entonces, cae por su propio peso. Dice que se tendrán por no convenientes: las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños (inc. a); y las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte (inc. b). Y

establece el principio general de que la interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. m)- La pretensión (argumento de su contestación a la expresión de agravios de la actora) de la citada en garantía de que la inobservancia del texto escrito por parte de la judicatura alteraría la ecuación económica del contrato (con su secuela de consecuencias en la macroeconomía de las empresas, y de la actividad asegurativa en general, etc.), en el sentido que de no existir esta cláusula, que su parte ha llamado de exclusión, la prima del contrato hubiera sido otra más elevada, es una circunstancia que no se ha acreditado en autos. Ya que el tema del precio del seguro pagado por la demandada, o del que hubiera correspondido que pagara de estarse ante un seguro sin esa ?exclusión?, siquiera se ha mencionado en los escritos postulatorios de la instancia. Por lo que desecho ese argumento (CPC 272). Amén también, como he dicho, por tratarse de circunstancia no probada. n)- Por todo lo dicho, reputo que la cláusula en la que pretendió escudarse la citada en garantía no es válida para el caso, y que por ende cae la defensa articulada en su torno. La acción en su contra prospera, no solo por esa razón, sino también porque no hay otra defensa suya que examinar, como bien pudo ocurrir con el argumento de la caducidad del seguro por su provocación por ?culpa grave? de la asegurada, tema en el que hubo, sí, defensa de la actora y también de la demandada, aunque no hubo ataque concreto del que defenderse. No puedo incursionar en el tema de la ?culpa grave?, por no estar planteado. En ninguna de las instancias. Propicio la modificación de la sentencia en éste aspecto. Concretando, propongo revocar la absolución de la citada en garantía, y extenderle la condena impuesta a la demandada, que es su asegurada. Con costas en ambas instancias a esta persona. VIII)- La solución que propongo para los agravios de los actores respecto de los rubros. a)- Por la denegación del daño psicológico para A. R. Dice que en el dictamen, la perito psicóloga asevera que el hecho fue significativo para la víctima, y que si bien al momento del examen no presentaba lesión psíquica, (fue porque) logró a través de sus recursos reducir el efecto traumático. Explica que entre el hecho y el examen transcurrieron más de 5 años durante los cuales esos efectos desaparecieron solos, porque la menor no tuvo tratamiento psicológico por falta de medios para afrontarlos (sic fs. 602, 3er párrafo). Sin embargo, la pericia no dice que la menor se haya curado sola, porque -en contra de lo sostenido por el recurrente- refiere que concurrió a tratamiento psicológico por un año aproximado (fs. 524vta.). También dice que la menor tuvo un agravio psicológico del que no le quedaron secuelas incapacitantes. Entonces sí hubo daño probado: consistió en un cierto agravio o lesión psíquica curable mediante un tratamiento. Tratamiento que se hizo, debiendo presumirse que la prestación no fue gratis. La lesión por sí sola no es indemnizable, pero si lo son los gastos de esa atención profesional. Estoy proponiendo la revocación de la sentencia, también en este aspecto. En cuanto al monto, si bien no se tienen pautas certeras que avienten el arbitrio judicial, sí se sabe que hubo un tratamiento de un año de terapia. Se impone la prudencia. Propongo (CPC 165 mediante) fijarla en la suma de \$ b)- Por lo exiguo de la indemnización fijada por daño psicológico para J. R., para quien se aconseja un tratamiento de un año de duración. En la demanda se había pedido la suma de \$... para ambos menores. Al no discriminar entre ellos, corresponde entender que se pidió la mitad para cada uno. La sentencia otorgó por el rubro y solo para Julián la suma de \$ La pericia dictaminó la necesidad de una terapéutica psicológica. Por lo que, al igual que para su hermana, propongo que -modificación de la sentencia mediante- se otorgue por el rubro la suma de \$... (CPC 165). IX)- La solución que propongo para los agravios de la demandada respecto de los rubros. a)- Por considerar exagerado el valor de reparación del automóvil por ser superior al determinado por el perito. En la demanda se pidieron \$ La sentencia otorgó \$..., suma que representa una relativa equidistancia entre un presupuesto de arreglo adverbado de \$..., y un valor dictaminado pericialmente sin observaciones, para la fecha del hecho, en \$ No veo que exista en la sentencia una explicación que justifique apartarse del dictamen del profesional. Sabido es que se incurre en violación de las reglas de la sana crítica en la apreciación de ésta prueba cuando se la deja de lado, ya total o parcialmente, sin oponerle argumentos científicos o técnicos que la contradigan, so pena de incurrir en arbitrariedad. Propongo reducir el monto del acápite a la suma de \$..., que es la del dictamen del perito mecánico. b)- Por la desvalorización del rodado, ya que no hay pruebas de su existencia: los testigos dijeron que el actor lo vendió en el estado en que se encontraba, y el perito no se expidió sobre el punto. El recurso tiene razón: el rubro no puede prosperar. Cuando se venden los restos de un vehículo siniestrado, pero por otro lado se reclama y obtiene indemnización por el costo del arreglo, la pretensión en si misma incurre en pluspetición por duplicación. Si se traduce estrictamente el significado de la etiqueta del rubro (pérdida de valor a consecuencia del hecho) se estaría indemnizando dos veces lo mismo. Por otra parte, es cierto que no se pudo determinar que después del arreglo el vehículo hubiera visto disminuir su valor de reventa, ya que el perito no lo evaluó, posiblemente por la circunstancia que al venderlo el actor no tuviera la disponibilidad del rodado para su examen pericial. El perito en realidad dictaminó que era antieconómico repararlo, lo que de ningún modo es indicativo de existencia de ?descotización?. Propongo la desestimación del rubro. c)- Por la privación de uso, por que el monto fijado es desproporcionado, arbitrario, y fijado sin razón suficiente para apartarse a quo del tiempo de reparación estimado en 25 días por el perito, con lo que se confundió el rubro con el de lucro cesante por ponderación de pérdida de ingresos causada por la venta del rodado. Tiene dicho la SCBA, en doctrina asentada, que la privación de uso del automotor no escapa a la regla de que todo daño debe ser probado, ni constituye un supuesto de

daño ?in re ipsa?, por lo que quien reclama por este rubro debe probar que efectivamente esa privación le ocasionó un perjuicio (SCBA, Ac. 44.760, del 2 de agosto de 1994 in re ?Baratelli?, con disidencia del Dr. Pisano, DJBA 147, 157; Ac. y Sent. 1994-III, 190; LLBA 1994, 783; Ac.52.441, del 4 de abril de 1995, in re ?Bigatti?, con disidencia de los Dres. Pisano, Negri y Salas, Ac. y Sent.1995-I, 597; Ac. 54.878, del 25 de noviembre de 1997, in re ?Municipalidad de Ayacucho?, con las mismas disidencias; JUBA B23040). La sola razón de que el vehículo fue vendido en el estado en que quedó luego del siniestro es razón suficiente como para que el rubro pierda toda su entidad. Ya que lo cierto es que no se perdió ni un minuto en arreglarlo. Que es la consecuencia directa, necesaria y adecuada de una rotura. Que es lo que se indemniza: el daño que causa el verse privado del automóvil durante el lapso necesario para su reparación. El hecho que el plazo del arreglo dictaminado fuera de 25 o de 100 días, no pone ni quita rey en el tema, ya que no hubo arreglo y por ende no hubo lapso de privación de uso jurídicamente relevante. Tampoco resulta audible en este punto la alegación del actor en el sentido que la aseguradora le hizo perder tiempo en las tratativas extrajudiciales, etc. Ya que se trata de un hecho que no reviste con el ítem un nexo adecuado de causalidad. El rubro no puede sino ser desestimado. También propongo la revocación de la sentencia en este aspecto. X)- Las costas de Alzada. De tener acogida mis propuestas, tanto actores como demandada habrán triunfado en un punto relevante del recurso: la inclusión en la condena del asegurador de la segunda. En ese aspecto, las costas de ambas instancias corresponde sean soportadas por la vencida, la apelada L´Union de París Cia Arg. de Seguros SA (hoy HDI Seguros SA) citada en garantía. Por fuera de ello, es de ver que la actora consiguió modificar la sentencia con la elevación de los montos por el rubro daño psicológico de los menores, pero perdió con la demandada porque se le desestimaron dos rubros (desvalorización y privación de uso del rodado), y en otro se redujo el fijado por la sentencia (costo de reparación del rodado), por lo que las costas de Alzada correrán por su orden entre ellas. Por todo ello, y con las precisiones que surgen de los términos que anteceden, doy mi voto para ésta primera cuestión, por laNEGATIVA. A la misma primera cuestión, la Sra. Jueza Dra. Orlando aduciendo análogos razones, dio su voto en el mismo sentido. A la segunda cuestión planteada, el Sr. Juez Dr. Etchegaray dijo: En mérito al acuerdo alcanzado en la cuestión anterior, el pronunciamiento que corresponde dictar es revocar la sentencia en cuanto absuelve a L´Union de París Cia Arg. de Seguros SA (hoy HDI Seguros SA) citada en garantía, a la que se le extiende la condena pronunciada contra la demandada que es su asegurada, con costas en ambas instancias a la vencida; revocar la sentencia apelada en lo que se refiere a la desestimación del rubro daño psicológico de A. R., el que se concede por la suma de \$...; modificar la sentencia en lo que se refiere al daño psicológico de J. R., el que se eleva a la suma de \$..., y en lo que se refiere al valor de reparación del automóvil, que se reduce a la suma de \$...; revocar la sentencia en lo que se refiere a los rubros desvalorización del rodado, y privación de uso, los que se desestiman; y confirmarla en lo demás que fue materia de recurso y agravio, con costas de Alzada por su orden entre los recurrentes. Tal es mi voto. La Sra. Jueza Dra. Orlando por iguales fundamentos y consideraciones, emitió su voto a ésta misma segunda cuestión en el mismo sentido. Con lo que se dio por terminado el acuerdo dictándose la siguiente SENTENCIA Mercedes, de mayo de 2015. AUTOS Y VISTOS: CONSIDERANDO: Que en el acuerdo que precede hemos concluido que la sentencia apelada debe ser modificada. Por ello y demás fundamentos consignados, se RESUELVE: 1º)- Revocar la sentencia en cuanto absuelve a L´Union de París Cia Arg. de Seguros SA (hoy HDI Seguros SA) citada en garantía, a la que se le extiende la condena pronunciada contra la demandada que es su asegurada, con costas en ambas instancias a la citada en garantía vencida. 2º)- Revocar la sentencia apelada en lo que se refiere a la desestimación del rubro daño psicológico de A. R., el que se concede por la suma de \$ 3º)- Modificar la sentencia en lo que se refiere al daño psicológico de J. R., el que se eleva a la suma de \$ 4º)- Modificar la sentencia en lo que se refiere al valor de reparación del automóvil, el que se reduce a la suma de \$ 5º)- Revocar la sentencia en lo que se refiere a los rubros desvalorización del rodado, y privación de uso, los que se desestiman. 6º)- Con costas de Alzada por su orden entre los recurrentes. Notifíquese. Regístrese. Devuélvase. 002427E