

Accidente De Transito Nulidad De Clausulas Limitativas De Cobertura

JURISPRUDENCIA

Accidente de tránsito. Nulidad de cláusulas limitativas de cobertura

Se eleva el monto indemnizatorio y se confirma el resto de la sentencia que hizo lugar a la acción por daños y perjuicios derivados de un accidente de tránsito entre una motocicleta y un peatón. Se declara nula la cláusula por la que se estipula la limitación de la cobertura en valores mínimos como los pactados y que intenta hacer valer la aseguradora. En Buenos Aires, a los 25 días del mes de marzo de 2019, hallándose reunidos los señores Jueces integrantes de la Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, a los efectos de dictar sentencia en los autos: "Tronca Nicolás Andrés c/ Moraski Alan y otro s/ Daños y Perjuicios", y habiendo acordado seguir en la deliberación y voto el orden de sorteo de estudio, el Dr. Claudio M. Kiper dijo: I) Contra la sentencia de primera instancia (fs. 367/379), que hizo lugar a la demanda interpuesta por Nicolás Andrés Tronca contra Alan Moraski -condena que alcanza a Aseguradora Total Motovehicular S.A.-, apela el actor y la citada en garantía, quienes, por las razones expuestas en sus presentaciones de fs. 401/430 y 432/439, intentan obtener la modificación de lo decidido. Corridos los traslados, el actor contestó a fs. 441/443, y a fs. 445/450 hace lo propio a la aseguradora, encontrándose los autos en condiciones de dictar un pronunciamiento de carácter definitivo. II) El actor se agravia por los montos fijados para resarcir la incapacidad por daño físico y psíquico -incapacidad sobreviviente-, daño moral, la aplicación de la tasa de interés y el límite de la cobertura opuesto por la citada en garantía. Asimismo "Aseguradora Total Motovehicular S.A." discute los montos establecidos por incapacidad sobreviviente únicamente en lo referido al daño psíquico, tratamientos futuros y cuestiona la tasa de interés aplicada. III) Es un hecho no controvertido que el 13 de febrero de 2013, aproximadamente a las 13.30hs., se produjo un accidente entre una motocicleta y un peatón en la intersección de la calle 14 y la calle 11, en la ciudad de Mar del Plata, Provincia de Buenos Aires. Tampoco se discute que en dicho siniestro intervinieron el actor Nicolás Andrés Tronca -peatón- y el demandado, Sr. Alan Moraski, al mando de una motocicleta de su titularidad marca Yamaha YBR 125 ED, dominio 288 JBV. Toda vez que la responsabilidad atribuida al demandado se encuentra firme, procederé al análisis de los agravios formulados por las partes respecto de los rubros indemnizatorios. IV) Primeramente cabe destacar que resulta de aplicación al caso lo dispuesto en la normativa contenida en el Código Civil (hoy derogado), por aplicación de lo dispuesto en el art. 7 del Código Civil y Comercial de la Nación, actualmente vigente, sin perjuicio de señalar, que a idéntica solución se arribaría aplicando al caso las normas pertinentes de este último cuerpo legal (conf. Roubier, Paul, *Le droit transitoire (Conflicts des lois dans le temps)*, 2ª ed. Paris, ed. Dalloz et Sirey, 1960, nro. 42, p. 198 y nro. 68, p. 334, citado por Kemelmajer de Carlucci, *El artículo 7 del Código Civil y Comercial y los expedientes en trámite en los que no existe sentencia firme*, La Ley Online AR/DOC/1330/2015). V) Partidas Indemnizatorias. 1. Incapacidad sobreviviente El Sr. Juez a quo otorgó por este rubro la suma de \$190.000, comprendiendo esta cifra el daño físico y psíquico. El actor cuestiona que la suma otorgada resulta exigua por no contemplar en forma integral el menoscabo sufrido, teniendo en cuenta que en este rubro se contempló el resarcimiento por daño psíquico y tratamiento psiquiátrico. Por otra parte, señala que el magistrado de la instancia anterior no ha considerado circunstancias que van más allá de cuestiones laborales o en general remuneratorias, como aquellas del orden socio-cultural, deportivas, didácticas o de integración social. La citada en garantía se agravia por el porcentaje otorgado por incapacidad psicológica; para ello refiere que el juez de grado no ha tenido en cuenta la impugnación a la pericia psicológica, la que fue realizada con la asistencia de un consultor técnico. 1.a. Daño físico La indemnización por incapacidad física sobreviviente -que se debe estimar sobre la base de un daño cierto- procura el resarcimiento de aquellos daños que tuvieron por efecto disminuir la capacidad vital de la persona afectada, no solo en su faz netamente laboral o productiva sino en toda su vida de relación (social, cultural, deportiva e individual). No debe perderse de vista que el individuo tiene derecho a su integridad física, pues la salud y la integridad no son solo un bien jurídicamente tutelado cuyo quebrantamiento debe ser reparado, sino que además constituye un valor en cuya protección está interesado el orden público. Se ha probado que, como consecuencia del accidente, el actor fue trasladado al Hospital Interzonal General de Agudos Dr. Oscar El Alende de la ciudad de Mar del Plata, donde le diagnosticaron fractura de tobillo izquierdo y le colocaron un yeso con alta ambulatoria (v. fs. 97). Si bien en el escrito inicial manifestó que fue atendido en el Hospital R. F. Lacarde de la localidad de San Miguel, Provincia de Buenos Aires, donde habría recibido tratamiento traumatológico con bota, la única H.C. enviada por dicho Hospital que se agrega a fs. 201/213 corresponde a otra internación del actor en el año 2011 por un hecho diferente al de autos en donde su única lesión fue en la clavícula izquierda. Lo cierto es que la perito médica traumatóloga designada, Daniela Klag, señaló que de acuerdo a estudios complementarios del año 2016 y 2017 el actor presenta "cambios degenerativos a nivel de la articulación astragalina, con mínima incongruencia, alteración en la alineación metatarsofalangica." Además observó "aumento del espacio tibio astragaliano e imagen de

densidad calcica submaleolar interno.? Señaló que al momento de la pericia el accionante deambula con claudicación y presenta dificultad a la movilización del tobillo izquierdo (v. fs. 288/288 vta.). Por tales motivos la perito concluyó que el actor posee lesiones de tobillo, unimaleolar de tobillo (maleolo tibial, lesión de ligamento lateral externo, lesión de ligamento lateral interno) con un total de incapacidad parcial permanente de 14%. A fs. 293 el actor solicitó explicaciones a la experta, las que fueron contestadas a fs. 295/296 remitiéndose a lo ya señalado en su dictamen, ratificando que el Sr. Tronca presenta una incapacidad permanente del 14%.

1.b. Daño psicológico En cuanto a la faz psíquica la médica psiquiatra Dra. Eileen Wheeler concluyó a fs. 193/196 que como consecuencia de los hechos de este juicio el Sr. Tronca presenta un daño psíquico diagnosticado como Trastorno Crónico por Estrés Postraumático en grado severo. Algunos de los puntos en los que basó su diagnóstico fueron los siguientes: el actor experimentó un daño físico con vivencia de muerte y amenaza para su integridad psíquica, y parte de ese daño es irreversible; respondió con temor y desesperanza persistente; posee restricción de la vida afectiva y sensación de futuro desolador; presenta dificultades para mantener o conciliar el sueño, irritabilidad y reacciones de sobresalto y dificultades para concentrarse; tiene marcados temores de sucesos traumáticos. Finalmente señaló que el accionante presenta Reacción Vivencial Neurótica de grado III con manifestaciones fóbicas y depresivas con grado de incapacidad del 20% (v. fs. 195 vta.). A fs. 216/219 la citada en garantía impugnó la pericia y solicitó explicaciones repasando ciertas inconsistencias, entendiendo que no se habría establecido desde qué momento el actor comenzó con la sintomatología psíquica derivada del evento traumático motivo del reclamo y, solicitando además la descripción de aquellos elementos que permiten aseverar un cuadro depresivo severo y un diagnóstico de Reacción Vivencial Neurótica de grado III. La experta contestó la impugnación a fs. 230/231, brindando explicaciones sobre las escalas aplicadas y señalando nuevamente los efectos ocurridos en la vida social, familiar y laboral del actor causados por el hecho ilícito de autos. Considero que todas las presentaciones formuladas tanto por la perito médica traumatóloga, como la psiquiatra se encuentran fundadas en principios y procedimientos científicos y resultan congruentes con el resto de la prueba rendida. Por eso, pienso que se deben aceptar a la luz de los arts. 386 y 477 CPCCN. No obsta lo antedicho, que la citada en garantía cuestionó el porcentual calculado para la incapacidad psíquica del actor que se pautó en un 20%. Lo cierto es que los porcentajes de incapacidad no atan a los jueces sino que son un elemento que sirve para orientar y estimar la gravedad del daño padecido, cuya cuantificación debe realizarse evaluando, entre otras cosas, las circunstancias personales de la víctima. También es importante señalar que la experta refirió en su dictamen que, según la víctima, a partir del accidente le han asignado tareas laborales menores como controlar o buscar materiales, que su ingreso se redujo notablemente y que es irregular (v. fs. 193). Entonces, tendré en cuenta que el actor es joven (tenía 41 años al momento del accidente) y que en aquel momento trabajaba realizando tareas de techista (conforme surge de este expediente y del beneficio de litigar sin gastos), aunque sin embargo no existen elementos que me permitan estimar un monto preciso sobre sus ingresos. Por eso, de acuerdo a los antecedentes reseñados y probados, junto a las demás circunstancias personales que han sido reseñadas en el fallo recurrido, juzgo que la suma otorgada en concepto de incapacidad sobreviviente resulta reducida, por lo que propongo su elevación a \$300.000.

2) Tratamiento psicológico futuro. Con respecto a los \$23.400 concedidos por este rubro, no creo que deban rechazarse. La citada en garantía plantea que admitirlo implicaría una doble indemnización al daño psicológico. Del informe pericial surge que la experta aconsejó la realización de un procedimiento psicoterapéutico por el término de un año (v. fs. 224). Allí sostuvo que ¿es necesario que se efectúe un tratamiento psicoterápico y psicofarmacológico por el lapso de un año, con evaluación posterior y replanteo de estrategia terapéutica, de acuerdo a la evolución del paciente?. Como puede apreciarse, la experta únicamente aconsejó la terapia por el término de un año para luego evaluar cómo continuar el tratamiento; sin embargo no aseguró que aquel pudiera revertir la secuela psicológica incapacitante. Ahora bien, he de poner de relieve que es bastante habitual que dichas terapias psicológicas tiendan a evitar el agravamiento del cuadro, ello sin perjuicio de señalar que no se puede prever el resultado de un tratamiento de estas características, el que depende de la respuesta de cada individuo en particular. Así las cosas, entiendo que no se presenta en el caso que nos ocupa la doble indemnización que invoca el aseguradora. En consecuencia, propongo se confirme la indemnización otorgada por este rubro.

3) Daño Moral. Por este rubro fueron otorgados \$100.000. Este monto es cuestionado por el actor y la citada en garantía. Recuerdo que para estimar la cuantía de este tipo de daño, el juzgador debe sortear la dificultad de imaginar o predecir el dolor que el hecho dañoso produjo en la esfera íntima del reclamante para luego establecer una indemnización en dinero que supla o compense el desmedro injustamente sufrido, por lo que más que en cualquier otro rubro queda sujeto al prudente arbitrio judicial, que ha de atenerse a la ponderación de las diversas características que emanan del proceso.- ¿La determinación del monto no depende de la existencia o extensión de los perjuicios patrimoniales pues no media interdependencia en tales rubros, ya que cada uno tiene su propia configuración pues se trata de daños que afectan a esferas distintas? (cfr. Llambías, ¿Obligaciones? T. I, pág. 229). Así, teniendo en consideración las características que presentó el hecho, las repercusiones que en los sentimientos del damnificado debió generar la ocurrencia misma del accidente como una agresión inesperada a su integridad física, el tipo de tratamiento recibido y sus características personales,

estimo que la suma establecida es reducida, por lo que propongo que se la eleve a \$150.000. VI) Tasa de interés El magistrado de grado decidió que se aplicara para la totalidad de los rubros la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida del Banco de la Nación Argentina desde la fecha de fijación de las partidas resarcitorias de condena y hasta su efectivo pago, y desde la mora en el pago de la suma de condena hasta su efectivo pago, la doble tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida del Banco de la Nación Argentina. Esto es criticado por la parte actora, quien solicita la aplicación de la tasa activa desde la fecha del hecho hasta la fecha de la sentencia y de allí hasta el efectivo pago la doble tasa activa. Por su parte la aseguradora se queja por entender que los intereses fijados -excepto para el tratamiento psicoterapéutico- son elevados, afirmando que deberá aplicarse la tasa promedio que oscila entre un 6% y un 8% hasta la sentencia de primera instancia y en adelante la tasa activa. Esta Sala acepta la aplicación de la tasa activa desde el día del hecho por aplicación de la doctrina que emana de la jurisprudencia plenaria. No obstante, el asunto merece algunas reflexiones adicionales. Dispone el art. 768 del Código Civil y Comercial que: "Intereses moratorios. A partir de su mora el deudor debe los intereses correspondientes. La tasa se determina: a) por lo que acuerden las partes; b) por lo que dispongan las leyes especiales; c) en subsidio, por tasas que se fijen según las reglamentaciones del Banco Central?". En el caso, como sucede en todas las demandas de daños y perjuicios derivados de accidentes de tránsito, no hay una tasa acordada entre víctima y responsable, y tampoco una establecida por leyes especiales. Por ende, solo resta acudir a tasas fijadas en alguna reglamentación del Banco Central. Por otro lado, el art. 771 prevé que el juez debe valorar "el costo medio del dinero para deudores y operaciones similares en el lugar donde se contrajo la obligación". Esto significa, en lo que aquí interesa, que desde el día del hecho el acreedor (víctima) se ha visto privado del capital al que tiene derecho, y que entonces se debe evaluar cuánto le hubiera costado el dinero si lo hubiera buscado en el mercado. Pero, además, la tasa debe ser importante, para evitar la indeseable consecuencia de que el deudor moroso especule o se vea beneficiado por la demora del litigio, en desmedro de la víctima. Es sabido que la fijación judicial de intereses para las deudas en mora procura resarcir al acreedor por la demora en percibir su crédito y castigar al incumplidor, quien se apartó de los términos de la obligación asumida en origen. La jurisprudencia ha resaltado el contenido disvalioso del incumplimiento y la necesidad de desalentarlo, conceptos que conviene recordar y tener presentes (véanse consideraciones de la mayoría en el caso "Samudio"). El orden jurídico requiere, como pauta general de conducta, que toda persona cumpla con las obligaciones que legítimamente asume o le impone la ley y así lo ratifican las normas del CCCN. Cuando se asigna a las deudas en mora una tasa menor a la que abonan "con arreglo a la ley, los reglamentos en vigencia y los pactos válidos" las personas que cumplen sus obligaciones con regularidad, se desplazan las consecuencias ya apuntadas de la morosidad hacia la sociedad y, en paralelo, se beneficia a los incumplidores. Lo dicho no obsta en absoluto a la garantía de los derechos del deudor, en particular cuando, en su calidad de consumidor, se haya visto sometido a abusos que las normas protectoras imponen reparar. Son cuestiones distintas que pueden tratarse de manera independiente (Drucaroff Aguiar, Alejandro, "Los intereses en los contratos bancarios y el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", RCCyC 2015 -agosto-, 162). Esta Sala viene aplicando desde hace tiempo la tasa activa de interés, ya sea por aplicación de la doctrina que surge del fallo plenario, ya por considerar que no había motivos para cambiarla por una tasa pasiva. Sin embargo, un nuevo examen de la cuestión permite advertir que la tasa activa que aplica este tribunal no compensa al acreedor, para quien el costo del dinero es mucho más alto. Parece entonces que una tasa adecuada para estos casos sería la que surja de aplicar dos veces la tasa activa, pues su resultado refleja el costo del dinero en el mercado para muchos usuarios. No puede dejar de mencionarse que el artículo 16° de la ley 25.065, de Tarjetas de Crédito, prevé que "el límite de los intereses compensatorios o financieros que el emisor aplique al titular no podrá superar en más del 25%" a la tasa que aplique a las operaciones de préstamos personales en moneda corriente para clientes. Este límite, que fue convalidado por la Corte Suprema ("Proconsumer c. Banco Itaú Buen Ayre S.A. s/ sumarísimo, del 17/05/2016, LA LEY 2016-D, 159) al no intervenir en el caso resuelto por la sala C de la Cámara Nacional en lo Comercial (fallo del 20/04/2012, publicado en el mismo lugar), es mayor - por el momento- a la tasa que en esta decisión se establece. Por ende, desde el día del hecho ilícito rige la tasa activa, la que luego se duplicará. La aplicación doble de la tasa activa de interés rige a partir de 1/8/2015 y hasta el efectivo pago, dado que hasta esa fecha y desde la fecha del hecho, esta Sala entiende que debe aplicarse la doctrina del caso "Samudio", como se ha sostenido en numerosos precedentes ("Nieto, Rubén Esteban c/ Cajal, Saúl Guillermo y otros s/ Daños y perjuicios", Expte. 104.622/2011, del 12/06/2016; "Focaraccio, Georgina Vanesa y otros c/ Giménez, Ángel y otro s/ daños y perjuicios", Expte. 95.334/2013, del 10/08/2008; "Medina, Daniel c/ Fernández Prior, Jorge s/ daños y perjuicios", Expte. 100.900/2013, del 15/07/2016, entre otros). VII) Límite de cobertura El magistrado de grado dispuso que la condena de autos más sus intereses se hará extensiva a Aseguradora Total Motovehicular S.A. en los términos de los arts. 109, 118 y ccds. de la ley 17.418. La actora se agravia oponiéndose a la cláusula que establece el límite de cobertura planteado por la aseguradora en la suma de \$125.000; entiende que pese a haberse sustanciado la cuestión durante el proceso y haber pedido el rechazo (v. fs. 50 vta. pto. IV.4.1. y fs. 61/64) el a quo no lo consideró e hizo lugar a dicha cláusula causándole perjuicio. Por su parte, la citada en

garantía hace manifestaciones sobre el límite de cobertura entendiendo que es correcto que se aplique el límite de cobertura asegurado por \$125.000, aunque espera que la condena se reduzca. En primer término, destaco que, en el caso, nos encontramos frente a las condiciones particulares de una póliza que contiene una cláusula limitativa de la responsabilidad referida al monto de cobertura por siniestro y, sobre tal circunstancia, me referiré. En principio, cabe señalar, que cualquiera sea el alcance de la sentencia dictada contra el asegurado, su ejecución contra la aseguradora citada en garantía no puede exceder el límite de cobertura, pues el art. 118, LS, solo reconoce el derecho a ejecutar la sentencia contra ella en la medida del seguro. Es decir que, la condena dictada contra el responsable debe hacerse extensiva a la aseguradora citada en garantía, pero en ningún caso más allá del límite de la respectiva cobertura del seguro. Ahora bien, en el presente caso nos encontramos frente a un supuesto de una cláusula limitativa de responsabilidad donde se establece en la póliza la cobertura de la responsabilidad civil con un límite, para lesiones de terceras personas no transportadas con un límite de \$125.000 por persona. A mi modo de ver, esta cláusula resulta irrazonable; además de contraponerse a una norma de orden público que establece la obligatoriedad de un seguro de responsabilidad civil contra terceros. Me explico. En caso de admitirse este tipo de convenciones limitativas de la cobertura asegurativa una suma tan exigua en supuestos en los cuales la contratación de una póliza deviene obligatoriamente impuesta por la ley, se estarían vulnerando los propósitos que motivaron su sanción. Consideramos que una disposición como la referida, propende a la protección de la víctima. Este es el principio rector protector que debe ser priorizado y no puede verse desnaturalizado por las normas que las reglamenten. El monto asegurado previsto en la póliza en estudio resulta irrazonable para afrontar un eventual reclamo por daños y perjuicios, si se tienen en cuenta los acontecimientos dañosos más asiduamente producidos y traídos a la órbita de la justicia, en especial, cuando conllevan indemnizaciones en caso de lesiones graves o muertes, que superan holgadamente ese límite ínfimo. Se violenta de esta manera, el servicio asegurativo que, indirectamente, recae sobre las víctimas de accidentes, para quienes el seguro contra la responsabilidad civil cumple una función de garantía en la efectiva percepción de la indemnización del daño. Aceptar esta cláusula limitativa de responsabilidad implicaría desnaturalizar las obligaciones que se encuentran a cargo de la aseguradora en un contrato de seguro normal, al violentar los deberes esenciales o naturales del contrato, o sea, su fin. Anotamos que ello frustraría las expectativas razonables que legítimamente tienen los consumidores de seguros, contrariando las raíces del contrato. Es evidentemente una cláusula abusiva que traslada sus efectos a los damnificados. El seguro contratado en tales condiciones equivale prácticamente a la inexistencia de cobertura. Y si la compañía aseguradora celebró un contrato con un límite asegurado tan exiguo, violando normas imperativas, debe cargar con sus propias consecuencias (Nemo auditur propriam turpitudinem allegans; art.1137; 1198 y cc C. Civil). Siempre se ha dicho que el principio de autonomía de la voluntad (conf. art.1197 C. Civil), no puede ser ejercido de modo tal que cada uno se comporte de la manera que le plazca perjudicando los derechos del otro -vgr. la víctima- (ver CNComercial, Sala F, Transportes Metropolitanos Gral. Roca S. A. y otro c/ Provincia Seguros S.A. y otro; s/ ordinario? del 12/5/2011, elDial.com - AG2B; Ricardo Lorenzetti, Tratado de los contratos, Rubinzal-Culzoni, 1999, T 1, pág.165). En efecto, el límite de cobertura fijado en la póliza reseñada no es lógico ni razonable. Prácticamente, sería un supuesto de no seguro?, por insuficiencia de la suma asegurada (ver sobre este tópico, Waldo Sobrino, Consumidores de Seguros, ed.La Ley, 2009, pág.278), pues elimina uno de los propósitos dominantes o principales de la cobertura, que no es tan solo garantizar la indemnidad del asegurado, sino, en especial, resarcir el daño provocado al damnificado. Produce ello un quiebre al principio de confianza y buena fe, basamento de una sociedad civilizada, dañando el marco de credibilidad de la sociedad, en especial, justamente de los consumidores de seguros. Esta cláusula desnaturaliza el contrato de seguro, por cuanto conlleva un apartamiento injustificado del derecho positivo. Debe tenerse en cuenta que 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 el contexto social. En tal sentido, no cabe desentenderse de la desgracia ajena y priorizar intereses puramente 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. El 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 exigirle la indemnización, sino que el perjudicado sea satisfecho en su reclamo (del voto impersonal de la mayoría en el fallo plenario de este Tribunal, in re Obarrio, María P. c/Microómnibus Norte S.A. y ot. s/daños y perjuicios? y Gauna, Agustín c. La Economía Comercial S.A.?). No cabe duda de que quienes celebran este tipo de seguros, con cláusulas limitativas, lo hacen priorizando un menor pago en su contratación (ya sea por imposibilidad económica o por elección propia). Así, los contratantes conocen de antemano los riesgos y los beneficios propios de la póliza, asumiendo o no todos los daños que puedan producir. Pero la víctima del hecho asegurable no tuvo la posibilidad de elegir, ni a su dañador ni a su aseguradora. De admitirse este tipo de topes asegurativos, con montos excesivamente bajos, quedaría aquella librada a su suerte, según sea dañado por un tercero con cobertura completa, o por otro que no la posea

(como el caso de autos) y vulneraría una norma de orden público que establece un seguro de automotor obligatorio. Encontramos un paralelismo entre esta situación con los supuestos donde ya nos pronunciamos sobre la nulidad de la cláusula que establece la franquicia en el supuesto del transporte público de pasajeros. Me he expedido sobre el punto en los autos ?García, Diego Edgardo Francisco c/ Velázquez Sosa, José Osmar y otro s/ daños y perjuicios (acc. trán. c/ les. o muerte)?, R. 569.695, 09/05/2011. Cabe recordar que en autos ?Gauna Valentín c/Estado Nacional y otro s/ daños y perjuicios?, (Rec. 527.582, 28/12/2009), esta Sala con su anterior composición, declaró la nulidad absoluta y manifiesta de una cláusula contractual de franquicia, teniéndola por no convenida o por no escrita, obligando al asegurador a la reparación integral del perjuicio sufrido sin que pueda invocar la mentada ?oponibilidad? de la franquicia al tercero damnificado. Entre otros argumentos, se dijo allí que ?...corresponde ejercer el control jurisdiccional sobre el contenido del contrato de seguro, en el caso específicamente sobre la franquicia establecida en las condiciones particulares, con base en el ejercicio abusivo del derecho, en la vulneración de la buena fe, de la regla moral, de las buenas costumbres (cfr. arts. 21, 953, 1071, 1167, 1198 y ctes., del Cód. Civil)?. También se afirmó que ?...las cláusulas abusivas, por contrariar el orden jurídico, vician el contenido del contrato desde su formación, no resultando idóneas para producir ?sus efectos propios'. El contrato de seguro como contrato de adhesión, es un contrato de contenido predispuesto. Se debe restar valor a aquellas cláusulas, cuando por su contenido y por el ejercicio que se ha hecho de ellas, se presentan circunstancias violatorias de los principios rectores señalados, tales como el orden público, la moral y las buenas costumbres, debiendo el juez resolver la cuestión de acuerdo con los principios generales en materia de consentimiento en los contratos y por las disposiciones de los artículos 21, 953, 1071, del Cód. Civil, respecto del abuso derecho, interpretándolos a la luz del artículo 1198 (Vallespinos, Carlos Gustavo, El contrato por adhesión a condiciones generales, ed. Universidad, 1984, pág. 322 y 470 y ss.). Si bien la ilicitud de las cláusulas abusivas es ?formal', cuando estas contrarían prohibiciones expresas de la ley (art. 1066 del Cód. Civil), existe también la ilicitud o antijuricidad ?material'. Esta, debe ser ?algo más' que la violación de lo prohibido legalmente, dado que el derecho está constituido por los principios (art. 16 del Cód. Civil), antes que por la ley, y esta no es sino una de las formas técnicas de lo justo. Y ese algo más, se halla constituido por pautas jurígenas distintas a la ley, como ser el ejercicio regular de los derechos (art. 1071 del Cód. Civil), el orden público (art. 21), la buena fe, la regla moral, la equidad y las buenas costumbres (arts. 953, 1167 y 1198), etc., cuya violación a través de la incorporación de cláusulas abusivas importa un quebrantamiento intolerable del equilibrio contractual. También lo materialmente antijurídico se halla prohibido. En estos supuestos es admisible su nulidad (implícita, cfr. art. 1037, del Cód. Civil), que el juzgador puede decretar luego de apreciar un contraste entre la cláusula y el ordenamiento, considerado en su plenitud, aunque no medie una específica determinación legal en ese sentido. No solo la ley sino todo el sistema jurídico en general y cada uno de sus componentes se orientan hacia el bien común, que de ese modo se convierte en causa final del derecho... Es evidente la incompatibilidad del contenido de la mentada cláusula con los principios esenciales de buena fe y razonabilidad porque obsta a la obtención de la finalidad práctica principal que deriva de la naturaleza del contrato contra la responsabilidad civil.? Entendemos que el sistema de control judicial de legitimidad y equidad -que es menester realizar de las condiciones particulares del contrato de seguro en cuanto afectan normas y principios de raigambre constitucional-, exige que se declare la nulidad de la cláusula limitativa de responsabilidad, por no ser justa ni razonable, por ser abusiva, gravosa, restrictiva o leonina, como especie de sanción del ordenamiento jurídico, lo que significa que se la priva de sus efectos propios -se tendrá por no escrita- es decir por no convenida la mentada cláusula, en tanto que el resto del contrato conserva su eficacia (art. 1039 Cód. Civil). El vicio que presenta el negocio jurídico, que atenta contra el interés público y/o si el objeto del acto es prohibido, ilícito o contrario al orden público o a las buenas costumbres adolece de nulidad absoluta, es decir, sufre todo el peso de la sanción legal. En tal sentido, se ha entendido, en postura que comparto, que esta nulidad deberá ser ineludiblemente declarada de oficio, cuando se conjugan dos circunstancias: a) que el vicio afecte al orden público (nulidad absoluta) y que aparezca como manifiesto en el acto (acto nulo). Se tiene en cuenta para ello, que aquel, es de tal gravedad que al atentar contra el orden jurídico, impide su convalidación y justifica la intervención del poder jurisdiccional aunque no haya mediado petición de parte (véase Llambías Jorge Joaquín, Tratado de Derecho Civil, Parte General, T. 2, capítulo XVI, n° 1890/91 y ss., n° 1894, pág. 626 y Llambías, Código Civil Anotado, T II- B, págs. 228 y ss.)... Cuando hay afectación del interés general, del orden económico social se trata de nulidad parcial y absoluta, que puede ser incluso declarada de oficio (Mosset Iturraspe, Jorge y Lorenzetti, Ricardo Luis, Defensa del Consumidor, cap. IX)?. En esta misma línea argumental, ponderando los fallos que se han dictado recientemente en materia de seguros y, principalmente, la sanción de la ley 26.361 -que modificó la ley de defensa del consumidor N° 24.240-, de orden público, nos llevan a considerar que, en aquellos supuestos en que los contratos de seguros son obligatorios, las cláusulas de exclusión o limitativas de responsabilidad con montos tan exigüos, como en este caso, resultan no ya inoponibles, sino nulas. Es que la ley 26.361 amplió el concepto de consumidor y lo ha extendido a quien sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella, utiliza servicios como destinatario final y a quien "de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo" (art. 1°, ley 26.361). A raíz de ello,

resulta totalmente inaplicable el concepto de efecto relativo de los contratos (arts. 1195 y 1199 del C. Civil) respecto de las personas que están expuestas a dichas relaciones de consumo (conf. Waldo Sobrino, "La inoponibilidad de la franquicia de los seguros obligatorios", La Ley del 24/7/08; Enrique C. Müller, "Las cláusulas abusivas en el marco contractual de los derechos del consumidor?", en Revista de derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal- Culzoni, 2009-I, pág.183 y sgtes). Debe tenerse presente que una reciente resolución de la Superintendencia de Seguros de la Nación (N° 35.614 del 11/02/2011) estableció que esta entidad, "para aprobar los elementos técnicos- contractuales, analizará si dichas condiciones se ajustan a las normas constitucionales, legales y reglamentarias vigentes". Agregando que "especialmente se considerará la adecuación de tales elementos técnicos- contractuales con las disposiciones de las leyes N° 17.418, 20.091 y 24.240 y demás legislación general aplicable...? Estas disposiciones nos otorgan un marco interpretativo acorde con la solución que propiciamos y, sobre todo, que protege al consumidor en todas sus dimensiones. La víctima se encuentra protegida por los derechos que el estatuto del consumidor le acuerda. Desde ese enfoque, la cláusula de limitación de cobertura en una suma tan exigua como la pactada entre el asegurado y la citada en garantía, "desnaturaliza las obligaciones o limita la responsabilidad" de la aseguradora, y por ende, debe tenérsela por no convenida (art. 37 inc. 1°, ley 24.240, reformada por la ley 26.361; conf. precedente de esta Sala en su actual composición, in re "González, Domingo y otro c/ Villarparando Inca, O. y otros; s/ daños" del 4/2/2010; ver jurisprudencia SCJ de la Provincia de Buenos Aires, in re "Díaz, Alicia Susana c/ Moreno, Carlos s/ Daños y perjuicios", LZ 64095 RSD-338-7, del 4/10/2007, elDial.com W190FA). En consecuencia, las cláusulas del contenido negocial del contrato deben ser escindidas, y declararse únicamente la nulidad de las que atentan contra el régimen jurídico en las condiciones ya señaladas, en función de la aplicación del principio de conservación del negocio (sobre el tema, Rubén Stiglitz, Derecho de Seguros, Ed. La Ley, 5ta.ed. actualizada, 2008, pág.564, con abundantes citas, entre otros, M.Ruiz Muñoz, La nulidad parcial del contrato y la defensa de los consumidores, Lex Nova, Valladolid, 1993, pág.111; R. Stiglitz, "Contenido del contrato", en Contratos, Teoría General (Dir. Stiglitz), T I, n° 16, pág.365; Alberto Spota, Tratado de Derecho Civil, T I, Parte General vol3, 1957, pág. 751). En síntesis, por los argumentos desarrollados ut supra y tal como ha decidido esta Sala en autos "Bustamante, Omar Rubén y otro c/ Ortega, Santiago Nicolás y otros s/ daños y perjuicios (acc. trán. c/ les. o muerte)", considero que las cláusulas por las que se estipula la limitación de la cobertura en valores mínimos como los pactados (\$125.000) y que intenta hacer valer la aseguradora resultan nulas. Por ello, atento a los montos por los que propondré que prospere la demanda, entiendo que corresponde declarar nula la cláusula limitativa de la cobertura y revocar la sentencia de grado en cuanto hace extensiva la condena a la citada en garantía, pero en estos términos. VIII) Costas Propondré que las costas de alzada sean impuestas al demandado y a la aseguradora por haber resultado sustancialmente vencidas (conf. art. 68 del Código Procesal). IX) Por todo lo expuesto, y si mi voto fuere compartido, propongo al Acuerdo que se modifique parcialmente la sentencia recurrida, incrementar la partida de incapacidad física y psíquica sobreviviente a \$300.000; incrementar la partida concedida por daño moral \$150.000; que los intereses se rijan por la tasa y en la forma indicada; que el límite de la cobertura sea el indicado, y confirmarla en todos los demás aspectos que fueron materia de recurso, con costas de esta instancia al demandado y a la citada en garantía. El Dr. Fajre y la Dra. Abreut de Begher, por las consideraciones expuestas por el Dr. Kiper, adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto firmando los señores Jueces por ante mí, que doy fe. FDO. José Benito Fajre, Liliana E. Abreut de Begher y Claudio M. Kiper. ///nos Aires, 25 de marzo de 2019. Y VISTO, lo deliberado y conclusiones establecidas en el acuerdo transcripto precedentemente por unanimidad de votos, el Tribunal decide: I. incrementar la partida de incapacidad física y psíquica sobreviviente a \$300.000; incrementar la partida concedida por daño moral \$150.000; disponer que se aplique desde el hecho ilícito la tasa activa, hasta el 31/07/2015, y a partir de 1/8/2015 y hasta el efectivo pago, la doble tasa activa; declarar nula la cláusula limitativa de cobertura; y confirmar la sentencia en todos los demás aspectos que fueron materia de recurso, con costas de esta instancia al demandado y a la citada en garantía. II. En atención a lo dispuesto por el artículo 279 del Código Procesal, corresponde dejar sin efecto las regulaciones establecidas en la instancia de grado y fijar los honorarios de los profesionales intervinientes adecuándolos a este nuevo pronunciamiento. En lo que se refiere al marco legal aplicable, este Tribunal considera que la ley 21.839 resulta aplicable a las dos primeras etapas del presente proceso, en atención al momento en el cual se desarrollaron los trabajos profesionales, mientras que la tercera etapa se desarrolló bajo la vigencia de la nueva ley 27.423. En consecuencia, dichas normas serán las que regirán la presente regulación para las etapas pertinentes (cfr. CSJN, 04-09-2018, "Establecimientos Las Marías S.A.C.I.F.A. c/Misiones, Provincia de s/acción declarativa, cons. 3°; íd. esta Sala, "Urgel Paola Carolina c/1817 New 1817 S.A s/daños y perjuicios" del 06/06/2018; y 27/09/2018, "Pugliese, Paola Daniela c/Chouri, Liliana Beatriz y otro s/ds. y ps.?"). Por lo demás, este Tribunal ya consideraba que la base regulatoria que contempla el art. 19 de la ley 21.839 se encontraba conformada por el capital de condena y los intereses reclamados y reconocidos en la sentencia (autos "Prevención Aseguradora de Riesgos del Trabajo SA c/Medina Juan José y otros s/cobro de sumas de dinero" del 27/09/11), postura que encuentra su correlato de manera expresa en la nueva ley (art. 24). También resultan similares ambas normas en la división en

etapas del proceso ordinario (arts. 37 y 38 de la ley derogada, art. 29 de la vigente), al igual que las pautas subjetivas a fin de evaluar la tarea profesional en cada caso particular con la finalidad de lograr una justa retribución de la labor efectivamente desplegada por los letrados (y los auxiliares de justicia que son incluidos en la nueva norma) (art. 6 de la ley 21.839 -to. ley 24.432- y art. 16 incs. b a g) de la ley 27.423). En definitiva, se valorará el objeto de las presentes actuaciones y el interés económicamente comprometido resultante del capital de condena y sus intereses, la naturaleza del proceso y su resultado, etapas procesales cumplidas por cada uno de los beneficiarios y el mérito de la labor profesional apreciada por su calidad, eficacia y extensión, considerando además lo dispuesto por los artículos 1, 6, 7, 9, 10, 19, 33, 37, 38 y cctes. de la ley 21.839 -to. ley 24.432, y arts. 1, 3, 15, 16, 19, 20, 21, 22, 24, 29, 52 y cctes. de la ley 27.423-. En consecuencia, regúlense los honorarios del letrado apoderado de la parte actora, Dr. Roberto Javier Santa Cruz en la suma de pesos ciento ochenta mil (\$ 180.000), por su actuación en las dos primeras etapas del proceso, y en la suma de pesos ciento veinte mil (\$ 120.000) -63,59 UMA s/ Ac. 03/19 CSJN-, por las tareas realizadas desde su presentación de fs. 307/317 correspondientes a la tercera etapa. Los de la Dra. Hilva Karina Soria Olmedo en la suma de pesos sesenta mil (\$ 60.000) por su actuación en la primera etapa del proceso. Los del Dr. Alberto Carlos Pascual letrado apoderado de la citada en garantía en la suma de pesos ciento setenta y cinco mil (\$ 175.000), por su actuación en la primera y segunda etapa del proceso. III. En cuanto a los honorarios de los peritos, se tendrá en consideración el monto del proceso conforme lo decidido precedentemente, la entidad de las cuestiones sometidas a sus dictámenes, mérito, calidad y extensión de las tareas, incidencia en la decisión final del litigio y proporcionalidad que debe guardar con los estipendios regulados a favor de los profesionales que actuaron durante toda la tramitación de la causa (art. 478 del CPCC). Bajo tales pautas se fijan los emolumentos de los peritos médicas: psiquiatra Eileen Wheeler y traumatologa Daniela Klag en la suma de pesos setenta y cinco mil (\$ 75.000), para cada una de ellas. Respecto de la mediadora, Dra. Cristina Delia Gómez, este Tribunal entiende, que debe aplicarse la normativa vigente al momento de la regulación (cfr. autos ?Brascon, Martha Grizet Clementina c. Almafuerte S.A. s/ds. y ps.?, del 25/10/2013, Exp. 6618/2007, en igual sentido, ?Olivera, Sabrina Victoria c/ Suárez, Matías Daniel y otro s/daños y perjuicios?, del 1/03/2016, Exp. 9.288/2015, ambos de esta Sala). En consecuencia, teniendo en cuenta lo dispuesto por el Decreto 1086/18 y 1198/18, Anexo I, art. 2º, inc. g) -según valor UHOM desde el 1/2/19-, se establece el honorario en la suma de pesos treinta y siete mil sesenta (\$ 37.060). IV. Por la actuación cumplida ante esta alzada, que culminara con el dictado del presente pronunciamiento, los honorarios se regularán bajo las disposiciones de la ley 27.423 por ser la vigente al momento que se desarrolló la tarea profesional. En razón de ello, se regulan los honorarios del Dr. Javier Santa Cruz en la suma de pesos ciento quince mil (\$ 115.000), equivalente a la cantidad de 60,94 UMA. Los del Dr. Alberto Carlos Pascual en la suma de pesos cincuenta y seis mil (\$ 56.000), equivalente a la cantidad de 29,67 UMA, (Art. 30, ley 27.423 y valor de UMA conforme Ac. 3/19 del 19/02/2019 de la CSJN). Se aclara que únicamente se hace referencia a la cantidad de UMA correspondientes en el caso en que resulta aplicable la nueva ley. Regístrese, comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública, dependiente de la CSJN (conf. Ac. 15/13), notifíquese y, oportunamente, archívese.

FDO. José Benito Fajre, Liliana E. Abreut de Begher y Claudio M. Kiper

037828E