

EL DERECHO

Diario de Doctrina y Jurisprudencia

Director:
Julio Conte-Grand
Consejo de Redacción:
Gabriel Fernando Limodio
Guillermo Peyrano
Luis Alfredo Anaya

DERECHO DE SEGUROS

SERIE ESPECIAL

JURISPRUDENCIA

Daños y Perjuicios:

Incapacidad sobreviniente: concepto; determinación de la indemnización; daño psíquico; concepto; requisitos para su configuración; lucro cesante; requisitos; gastos médicos y de tratamiento; prueba; innecesariedad. **Daño Moral:** Concepto; configuración; indemnización; cuantificación. **Seguro:** Franquicia: transporte público de pasajeros; inaplicabilidad; doctrina de la Corte Suprema; no obligatoriedad; plenario "Obarrio"; obligatoriedad. **Intereses:** Tasa aplicable.

quicas de la víctima. Esta disminución repercute en la víctima tanto en lo orgánico como en lo funcional, menoscabando la posibilidad de desarrollo pleno de su vida en todos los aspectos de la misma, y observándose en el conjunto de actividades de las que se ve privada de ejercer con debida amplitud y libertad. Estas circunstancias se proyectan sobre su personalidad integral, afectan su patrimonio y constituyen inescindiblemente los presupuestos para determinar la cuantificación del resarcimiento, con sustento jurídico en disposiciones como las contenidas en los arts. 1068 y 1109 del cód. civil. Por tanto, es claro que las secuelas tanto físicas como psíquicas quedan comprendidas en la indemnización por dicha incapacidad.

2 – La indemnización por incapacidad sobreviniente no se determina con cálculos, porcentajes o pautas rígidas. Por lo tanto, la determinación del monto indemnizatorio queda librada al prudente arbitrio judicial, debido a que se trata de situaciones en que varían diferentes elementos a considerar, tales como las características de las lesiones padecidas, la aptitud para trabajos futuros, la edad, condición social, situación económica y social del grupo familiar, etc., siendo variables los parámetros que harán arribar al juzgador a establecer la reparación.

AUTORIDADES

DIRECTOR:

CARLOS A. ESTEBENET

SECRETARIO DE REDACCIÓN:

MARIANO P. CAIA

3 – El daño psíquico importa un detrimento a la integridad personal, por lo que para que éste sea indemnizado independientemente del moral debe configurarse como consecuencia del siniestro objeto de autos, por causas que no sean preexistentes al mismo y en forma permanente. Se da en una persona que presente luego de producido el hecho una disfunción, un disturbio de carácter psíquico permanente. Es decir que se acredita una modificación definitiva en la personalidad de la víctima, una patología psíquica que se origina en el hecho o que importa un efectivo daño a la integridad personal y no sólo una sintomatología que aparece como una modificación disvaliosa del espíritu, de los sentimientos y que lo haría encuadrable tan sólo en el concepto de daño moral.

4 – Solamente será resarcible el daño psíquico en forma independiente del daño moral cuando sea consecuencia del

NF Con nota a fallo

1 – La incapacidad sobreviniente se configura cuando se verifica una disminución en las aptitudes tanto físicas como psi-

NF La maldita franquicia del contrato de seguro en el transporte público de pasajeros

por AMADEO EDUARDO TRAVERSO(*)

Sumario: A RAÍZ DE UN RECIENTE FALLO. – INTRODUCCIÓN. – LA RESOLUCIÓN SSN 25.429/97. – PRIMERA CUESTIÓN: ¿ES UNA SOLUCIÓN TÉCNICA CORRECTA? – SEGUNDA CUESTIÓN: ¿ES UNA SOLUCIÓN JUSTA? – TERCERA CUESTIÓN: ¿CUÁL ES LA SOLUCIÓN JUSTA?

A raíz de un reciente fallo

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala L, con fecha 12-3-12, volvió a aplicar la doctrina del fallo plenario dictado en los autos "Obarrio, María Pía c. Microómnibus Norte S.A. y otro s/daños y perjuicios (Acc.

rarios. Daños indemnizables en los incumplimientos contractuales, por CARLOS SCHWARZBERG, ED, 242-1113; La franquicia en los seguros del transporte público de pasajeros, por MARCELO O. VUOTTO, ED, diario n° 12.930, del 1-2-12. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderecho.com.ar.

(*) El Dr. AMADEO EDUARDO TRAVERSO es abogado graduado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, en 1974. Se especializó en seguros y reaseguros, con una extensa experiencia profesional adquirida en el desempeño de diversas funciones directamente relacionadas con estas materias. Es asesor de importantes aseguradoras y reaseguradoras del mercado local. Durante un período de diez años, actuó como presidente de la Cámara de Aseguradores de Accidentes del Trabajo y como asesor legal de la Asociación Argentina de Compañías de Seguros, siéndolo actualmente de la Asocia-

ción de Aseguradores Argentinos (ADEAA). Es miembro de la Asociación Iberoamericana de Derecho de Seguros (AIDA), del Club de Abogados de Seguro, del Instituto de Estudios Marítimos y también de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, por el período 1992/1994, en la especialidad Legislación Laboral. Participó en calidad de disertante en numerosos cursos de posgrado, en materias tales como "Accidentes de Tránsito", "Seguros Patrimoniales", "Riesgos del Trabajo", "Transportes", etc., Publica habitualmente numerosos artículos en materia aseguradora y jurídica en revistas especializadas. Es autor del libro *La responsabilidad civil del médico y su seguro*, editado por Publi-seg S.R.L., en el año 2005. Actualmente es socio titular del estudio Espósito & Traverso, Abogados, actuando como asociado al Estudio MO-AR & Asoc., en temas tributarios.

ción de Aseguradores Argentinos (ADEAA). Es miembro de la Asociación Iberoamericana de Derecho de Seguros (AIDA), del Club de Abogados de Seguro, del Instituto de Estudios Marítimos y también de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, por el período 1992/1994, en la especialidad Legislación Laboral. Participó en calidad de disertante en numerosos cursos de posgrado, en materias tales como "Accidentes de Tránsito", "Seguros Patrimoniales", "Riesgos del Trabajo", "Transportes", etc., Publica habitualmente numerosos artículos en materia aseguradora y jurídica en revistas especializadas. Es autor del libro *La responsabilidad civil del médico y su seguro*, editado por Publi-seg S.R.L., en el año 2005. Actualmente es socio titular del estudio Espósito & Traverso, Abogados, actuando como asociado al Estudio MO-AR & Asoc., en temas tributarios.

CONTENIDO

NOTA	
La maldita franquicia del contrato de seguro en el transporte público de pasajeros, por Amadeo Eduardo Traverso	1
JURISPRUDENCIA	
CIVIL	
Daños y Perjuicios: Incapacidad sobreviniente: concepto; determinación de la indemnización; daño psíquico; concepto; requisitos para su configuración; lucro cesante; requisitos; gastos médicos y de tratamiento; prueba; innecesariedad. Daño Moral: Concepto; configuración; indemnización; cuantificación. Seguro: Franquicia: transporte público de pasajeros; inaplicabilidad; doctrina de la Corte Suprema; no obligatoriedad; plenario "Obarrio"; obligatoriedad. Intereses: Tasa aplicable (CNCiv., sala L, marzo 12-2012) ..	1
COMERCIAL	
Seguro: Franquicia en dólares: pesificación; monto; intereses; cómputo; improcedencia; ausencia de mora (CNCom., sala C, noviembre 8-2011)	14
Seguro: Aseguradora: pronunciamiento sobre el derecho del asegurado; extemporaneidad; efectos; seguro automotor; destrucción total; unidad siniestrada; restos; entrega; baja registral (CNCom., sala E, diciembre 14-2011)	14

accidente, sea coherente con éste y se configure en forma permanente.

- 5 – El daño moral es conceptualizado como el menoscabo o lesión a intereses no patrimoniales provocados por el evento dañoso y comprende los padecimientos y angustias que lesionan las afecciones legítimas de la víctima. Es un daño no patrimonial, es decir, todo perjuicio que no puede comprenderse como daño patrimonial por tener por objeto un interés puramente no patrimonial.
- 6 – El daño moral ha sido definido como una modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, que se traduce en un modo de estar la persona diferente del que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial. Se trata de todo menoscabo a los atributos o presupuestos de la personalidad jurídica, con independencia de su repercusión en la esfera económica.
- 7 – La determinación del monto indemnizatorio por daño moral se encuentra librada al prudente arbitrio judicial, con amplias facultades para computar las particularidades de cada caso.
- 8 – El lucro cesante es la ganancia o utilidad de la cual se ha visto privada una persona a raíz de la ocurrencia de un acto ilícito, lo cual implica una falta de ganancia o de acrecentamiento patrimonial que razonablemente hubiere podido obtener de no haberse producido el evento, de modo que el reclamo debe hacerse sobre una base real y cierta y no sobre una pérdida probable o hipotética.
- 9 – La admisión de la existencia del lucro cesante requiere una prueba certera de la cuantía de las ganancias dejadas de percibir.
- 10 – No es necesaria la acreditación de los gastos médicos a través de recibos o facturas, debiendo guardar relación con las lesiones acreditadas por la víctima. Incluso considerando que cuando la asistencia fuera brindada en hospitales públicos o por intermedio de obras sociales, resulta muy frecuente que los pacientes deban hacerse cargo de ciertas prestaciones no amparadas por los mismos.
- 11 – En virtud de lo establecido en el fallo plenario de esta Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en los autos “Sa-

medio de Martínez, Ladislaa c. Transportes Doscientos Setenta S.A. s/daños y perjuicios”, en el cual se ha dejado sin efecto la doctrina que había sido fijada en los fallos plenarios “Vázquez, Claudia Angélica c. Bilbao, Walter y otros s/daños y perjuicios” y “Alaniz, Ramona Evelia y otro c. Transportes 123 SACI interno 200 s/daños y perjuicios”, no corresponde fijar otra tasa en el caso que no sea la activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, ello respecto de todas las sumas, desde el hecho dañoso y hasta el efectivo pago; especialmente si se entiende que no se configura en autos la circunstancia aludida en el punto 4 del plenario.

- 12 – En función de lo normado por el art. 303 del cód. procesal, corresponde aplicar al caso la doctrina emanada del fallo plenario “Obarrio, María Pía c. Microómnibus Norte S.A. s/daños y perjuicios” y “Gauna, A. c. La Economía Comercial S.A. de Seguros Generales y otros s/daños y perjuicios”, en los cuales se decidió que, en los contratos de seguros de responsabilidad civil de vehículos automotores destinados al transporte público de pasajeros, la franquicia como límite de cobertura fijada en forma obligatoria por la autoridad de control de la actividad aseguradora conforme a la resolución 25.429/97 es inoponible al damnificado, sea transportado o no.
- 13 – Si bien el instituto de la franquicia en sí mismo no resulta inconstitucional, debe ponderarse esa institución en su aplicación concreta, considerando también las características de la actividad y del fenómeno asegurado, la totalidad de la normativa legal aplicable, las características frecuentes que asumen los fenómenos para todos los involucrados, para luego poder sacar conclusiones acerca del cumplimiento de los objetivos tenidos en mira por el legislador, no perdiendo nunca de vista que estamos considerando el transporte público de pasajeros y las circunstancias del caso concreto.
- 14 – Sin ignorar lo resuelto por el Máximo Tribunal en el segundo fallo del 6-9-11 en los autos “Niето c. La Cabaña”, corresponde aclarar que en nuestro sistema jurídico los fallos de la Corte Suprema de Justicia no obligan a los tribunales de instancia anterior, salvo cuando al admitir un recurso extraordinario en un caso concreto ordena que se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a las pautas establecidas en su decisorio. En cambio, la previsión del citado art. 303 del cód.

procesal dispone que la interpretación de la ley establecida en una sentencia plenaria es obligatoria para la misma Cámara y para los jueces de primera instancia respecto de los cuales sea aquélla tribunal de apelación. De ahí que, ante esta disposición legal, las salas y los jueces de primera instancia del fuero civil están obligados a resolver de conformidad con la doctrina plenaria adoptada en los autos “Obarrio María P. c. Microómnibus Norte S.A. y otro” y “Gauna, Agustín c. La Economía Comercial SA de Seguros Generales y otro”, mientras el fallo en pleno siga vigente.

- 15 – No corresponde atender a la doctrina de los precedentes de la Corte Suprema cuando los magistrados están positivamente sujetos al criterio plenario de la Cámara.
- 16 – Prohibir que las aseguradoras y las empresas de transporte puedan, si lo desean, contratar seguros de responsabilidad civil por daños inferiores a los \$ 40.000 importa desnaturalizar la propia ley de seguros y el seguro obligatorio impuesto por la ley de tránsito (arts. 109 y 118, ley 17.418 y art. 68, ley 24.449), así como el criterio de reparación integral admitido por los arts. 1077, 1078, 1079 y conc. del cód civil que resulta concordante con la Convención Americana de Derechos Humanos (arts. 1º, 2º y 11) y Declaración Americana de los Derechos Humanos (arts. 1º, 3º, 5º, 25 y 30). Estas normativas de raigambre constitucional obligan a la reparación a la víctima de modo integral de los daños ilegítimamente producidos; el concepto es receptado por nuestro código civil y, por tratarse de una actividad riesgosa, la ley de tránsito impone el seguro obligatorio que cubra daños a terceros transportados o no.
- 17 – Una norma que reglamente el ejercicio del derecho a la reparación integral de la víctima no puede desnaturalizarlo al punto de impedir que la víctima pueda ir contra el/los deudor/es con mayor capacidad económica para solventarlos, sin perjuicio de las acciones o ajustes que posteriormente puedan darse entre asegurado y aseguradora en función del patrimonio e ingresos del primero, cuota mensual del premio, antigüedad en la contratación del seguro, antecedentes siniestros, de la unidad, etcétera.
- 18 – Tratándose en el caso de un siniestro que involucra como codemandados a una empresa de transporte público de pasajeros y su citada en garantía, y superada la situación de

presa de Transportes Microómnibus Saenz Peña S.R.L.”, 12-3-12).

Introducción

En muchas ocasiones el estudio del derecho debe ser acompañado de un análisis filosófico, sociológico o teleológico para comprender el verdadero sentido y alcance de sus fines. En otras, las prácticas del comercio y sus efectos económicos generales nos informan del origen de ciertas y determinadas regulaciones comerciales.

Cuando ingresamos al estudio del “transporte” como materia propia del derecho comercial, no es posible eludir la consideración de ciertos y bien definidos perfiles geopolíticos⁽¹⁾ que dominan la ubicación geográfica de la República Argentina, sus condiciones económicas y los factores demográficos que la componen. Sólo entendiendo la verdadera incidencia de estos factores es posible comprender la enorme importancia institucional del tema que nos ocupa.

Veamos un poco estas condiciones. De norte a sur, la Argentina tiene una longitud aproximada de 3300 km, con una anchura máxima de unos 1385 kilómetros. El país tiene una superficie de 2.780.400 km² contando las islas Malvinas, otras islas dispersas por el Atlántico sur y una parte de la Antártida. La costa argentina tiene 4990 km de longitud. La República Argentina abarca un territorio muy diversificado de montañas, mesetas y llanuras.

Para semejante extensión territorial, el ferrocarril como medio de transporte y comunicación adquirió un trascendental valor. La red ferroviaria comenzó a tenderse en la segunda mitad del siglo XVIII. En 1870 ya había 722 km

de vías. Entre 1870 y 1914 se construyó la mayor parte de la red ferroviaria con capital inglés, francés y argentino. Esta red llegó a ocupar el décimo puesto en el mundo, con cerca de 47.000 kilómetros. El ferrocarril fue palanca del desarrollo y poblamiento del territorio del país.

En la actualidad, la red ferroviaria posee una extensión de 34.059 km, con tres anchos de vía. Dos líneas que cruzan los Andes permiten la comunicación con Chile; los ferrocarriles argentinos también conectan el país con Bolivia, Paraguay, Uruguay y Brasil.

Hasta la tercera década del siglo XX la red caminera fue considerada complementaria de los ferrocarriles, ya que los caminos locales de las zonas rurales conducían a las estaciones del ferrocarril. Primero los carruajes y luego los automotores se convirtieron en alimentadores de la red ferroviaria, en cuanto a tráfico se refiere. En 1952 se crea la Dirección Nacional de Vialidad, estableciéndose una cuota sobre la nafta y un porcentaje sobre los lubricantes, destinados ambos a la construcción de caminos. A partir de ese momento comienza a desarrollarse la red caminera nacional que, en líneas generales, siguió el trazado de las vías férreas. En las décadas de 1950 y 1960 se produce una importante expansión de la red y del transporte automotor, tanto de carga como de pasajeros. En total existen 215.434 km de carreteras. Al mes de diciembre del año 2000, la longitud total de caminos (pavimentados, de ripio y tierra) de la red vial nacional (excluidos los provinciales) alcanzó los 79.520 km⁽²⁾.

Los ríos proporcionan unos 3100 km de vías navegables, especialmente los de la cuenca del Río de la Plata. Por tales vías se canaliza la producción de diversos bienes. La situación es la siguiente: a) la producción cerealista y de graneles necesita una salida entre Santa Fe, Rosario y Villa Constitución (65% de la producción exportable); b) el resto es canalizado por los puertos de Bahía Blanca, Quequén y Mar del Plata; c) los contenedores se

canalizan vía puerto Buenos Aires (Nuevo y Exolgan) y, en el futuro, por Campana, La Plata y Mar del Plata; d) existe tráfico pasante (en tránsito) que utilizaría corredores bioceánicos intermodales, al igual que las producciones básicas regionales; e) la producción de la región de la Patagonia, de menor volumen, encontraría salida por San Antonio Este (frutas y minerales, principalmente), Puerto Madryn (minerales, aluminio, pescado), Comodoro Rivadavia (combustibles) y Puerto Illia, en Punta Loyola (carbón y otros)⁽³⁾.

En síntesis, en cuanto se repara en los escasos, limitados y poco desarrollados datos que transcribimos, se comienza a percibir la creciente importancia estratégica y comercial que el transporte tiene para el desarrollo del país.

Esto es a tal punto así que, por un lado, la Constitución Nacional estableció las garantías necesarias para asegurar que el desarrollo del país no se viera trabado por aduanas interiores, asegurando también la libre circulación de los efectos de la producción o fabricación nacional, como de los géneros y mercancías de todas clases, despachados en las aduanas exteriores (arts. 9 y 10, CN)⁽⁴⁾.

Por su parte, el Código de Comercio jerarquizó su tratamiento al declarar en su art. 8º que constituyen actos de

(3) Información publicada en “Argentina (república)”, Enciclopedia Microsoft Encarta 2001. © 1993-2000 Microsoft Corporation.

(4) Decía ALBERDI que “de todas las industrias conocidas, el comercio marítimo y terrestre es la que forma la vocación especial de la República Argentina. Ella deriva esa vocación de la forma, producciones y extensión de su suelo, de sus portentosos ríos, que hacen de aquel país el órgano de los cambios de toda la América del Sud, y de su situación respecto de Europa. Según esto, la libertad y el desarrollo del comercio interior y exterior, marítimo y terrestre, deben figurar entre los fines del primer rango de la Constitución Argentina. Pero este gran fin quedará ilusorio si la Constitución no garantiza al mismo tiempo la ejecución de los medios de verlo realizado. La libertad de comercio interior sólo será un nombre mientras haya catorce aduanas interiores, que son catorce desmentidos dados a la libertad...”. ALBERDI, JUAN B., *Bases y puntos de partida para la organización de la República Argentina*, 5ª reed., Buenos Aires, Talleres Gráficos Argentinos L. J. Rosso, 1933, págs. 122/123.

(1) Geopolítico, ca. (de geo- y político).

1. adj. Perteneciente o relativo a la geopolítica.

2. adj. Relacionado con el punto de vista geográfico y político de una región. Situación, importancia geopolítica.

3. f. Ciencia que pretende fundar la política nacional o internacional en el estudio sistemático de los factores geográficos, económicos, raciales, culturales y religiosos.

Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*.

(2) Fuente: Dirección Nacional de Vialidad.

emergencia crítica socioeconómica de nuestro país que hace que en la actualidad el Estado Nacional esté replanteando toda su política de subsidios a quienes han logrado obtener y mantener desde 2001 una actividad sustentable con patrimonios o ingresos importantes y permanentes –como es el caso de las aseguradoras de transporte de pasajeros–, corresponde concluir que el modo jurídico de articular todos estos intereses en juego (según normativa de fondo y de forma –art. 303, cód. procesal–) es permitir que la víctima pueda ir contra las partes del proceso a quienes considere que en modo más rápido y eficaz puedan solventar al menos los daños a su integridad personal (incapacidad sobreviniente y daño moral), a los cuales debe asignarse prioridad indemnizatoria por encima de otros daños a bienes del patrimonio. Impedirlo no deja de ser un trato cruel hacia la víctima que –como en el caso– tiene escasos ingresos.

19 – La vida humana tiene protección constitucional aunque expresamente no se la consigne y se entienda comprendida en el art. 33 de la CN como derecho implícito. La vida y la integridad personal (física, psíquica y moral) deben ser respetadas por los Estados y receptadas por su derecho interno, y la interpretación que se pueda dar a estas convenciones internacionales no puede limitar el goce a ejercicio de cualquier derecho ni excluir o limitar el efecto que puedan producir.

20 – Todo el plexo normativo de raigambre constitucional (art. 75, inc. 22, CN) impone y hace asumir a nuestro Estado deberes de respeto a la integridad personal y ello tiene relevancia cuando las personas son víctimas de hechos ilícitos; su defensa no debe ser sólo declarativa sino que deben tenerse en consideración en lo que del Estado dependa y la Superintendencia de Seguros de la Nación, que rige un aspecto clave del proceso indemnizatorio de los daños a la integridad personal, de quienes se ven obligados a utilizar medios de transporte público, no está exenta del cumplimiento de esas obligaciones o deberes, pues lo que decida impactará seguramente en el proceso de percepción efectiva de esas indemnizaciones.

21 – El acceso a la justicia es un concepto más amplio que el acceso a la jurisdicción, porque aquella noción condensa un conjunto de instituciones, principios procesales y garantías jurídicas, así como directrices político-sociales, en cuya vir-

tud el Estado debe ofrecer y realizar la tutela jurisdiccional de los derechos de los justiciables, en las mejores condiciones posibles de acceso económico y de inteligibilidad cultural, de modo tal que dicha tutela no resulte retórica sino práctica. Por esta razón, la franquicia vigente importa un escollo real, un obstáculo jurídico o normativo para las víctimas en la realización del valor justicia, y corresponde precisamente a los jueces garantizar la tutela jurisdiccional de los derechos de los justiciables.

22 – Si bien la ley de seguros –que entró en vigor en 1968– expresa que la sentencia será ejecutable contra el asegurado “en la medida del seguro”, debe considerarse que posteriormente se sancionó la ley de tránsito 24.449 –que comenzó a regir en el año 1995– en cuyo art. 68 dice expresamente que todo automotor “debe estar cubierto por seguro (...) que cubra eventuales daños causados a terceros, transportados o no”. Esta norma legal posterior no impone límite en el seguro para responder a terceros, sean o no transportados, dando a entender que el seguro debe cubrir la totalidad de esos daños. Consecuentemente, ésta es la “medida del seguro” mínimo y obligatorio que impuso la ley de tránsito a tal actividad. Por tal razón, las aseguradoras deben responder frente a los terceros en estos supuestos y en esta medida de cobertura de todos los daños a terceros –transportados o no– por así expresarlo el art. 68 de la ley de tránsito.

23 – Las empresas de seguros, al generar con su actividad empresarial una cadena de comercialización del servicio público del autotransporte, han contribuido a la generación de una actividad de riesgo, con las inherentes responsabilidades que surgen de los arts. 42 de la CN y 40 de la ley 24.240.

24 – Los preceptos tuitivos del sistema de defensa del consumidor abarcan no sólo al que paga un bien o servicio, sino a todo aquel que se sirve de él, de modo que la responsabilidad solidaria del art. 40 de la ley 24.240 se expande como principio general, porque así lo impone la realidad y la necesidad de protección. La interpretación debe hacerse en forma amplia, extensiva a otros supuestos no previstos.

25 – El art. 118 de la ley de seguros ha sido implícitamente modificado en su alcance por la posterior ley 24.449, teniendo en cuenta que el art. 68 de ésta establece la obligatoriedad de contar con seguro de responsabilidad civil sin franquicia

para las víctimas, sean transportadas o no en el transporte público de pasajeros y en especial si –como en autos– hay daños personales. Los daños producidos ilegítimamente por el asegurado son la causa de la obligación de abonar de la aseguradora y los límites al interés asegurable deben ser razonables para merecer respeto, y pese a encontrarse cuestionadas desde hace muchísimo tiempo, dando incluso lugar al plenario “Obarrio”, las aseguradoras no han intentado siquiera probar su responsabilidad actual, fundándose sólo en la existencia de la norma de la Superintendencia de Seguros. Es más, ni siquiera en los casos en que llegaron a una tercera instancia y aun mediando un fallo plenario con criterio contrario de la Cámara Civil, ninguna aseguradora intentó arrimar o pedir la información pertinente a las autoridades competentes en la materia, para demostrar la razonabilidad del monto obligatorio fijado, mediante el recurso del amicus curiae o la prueba informativa y/o cualquier otro modo legítimo de incorporar esas explicaciones al proceso.

26 – Una de las más claras evidencias de que las empresas de transporte y su seguro son una sola cosa, salvo en los papeles, es la falta de pudor con que los mismos letrados –como en el caso– defienden intereses contrapuestos a pesar de la clara infracción a las normas de Ética del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal. Esto de por sí dejaría sin legitimación recursiva. Reafirma, por si lo demás no fuera suficiente, que hay un concierto ilícito de fraude a la ley por el pleno conocimiento de la inconstitucionalidad del descubierto (del voto del doctor LIBERMAN).

27 – El fallo plenario dictado en “Obarrio” no da respuesta al requerimiento de las aseguradoras de fundamentar por qué son condenadas ilimitadamente, no habiendo obligación preexistente hacia el tercero damnificado, toda vez que esta carga adhesiva a la obligación concurrente del asegurado aparecería limitada a la medida del seguro. Sin embargo, esa obligación existe y no tiene una sino dos causas generadoras (del voto del doctor LIBERMAN).

28 – A pesar del rango constitucional que tiene la defensa de consumidores y usuarios, a pesar también de la reforma de la ley 26.361, que amplía y generaliza este resguardo legal de orden público, el tema ha sido eludido por el máximo tribunal. Tampoco hizo referencia a la protección de la vida y la salud, derechos elementales que, cuando son agredidos y

comercio en general los realizados por las empresas de fábricas, comisiones, mandatos comerciales, depósitos o transportes de mercaderías o personas, por agua o por tierra (inc. 5°), regulando específicamente al contrato de transporte en sus arts. 162 a 206.

Sin embargo, a pesar de su importancia estratégica, la Argentina –más acostumbrada a vivir el día a día que a proyectar su desarrollo en el largo plazo– se ha ocupado de su tratamiento a través de la impronta o huella que graves accidentes de tránsito y/o ferroviarios dejan en la memoria colectiva. Aparecen entonces reacciones espasmódicas por parte de alguna autoridad de turno que, lejos de resolver un problema serio en el largo plazo, se limitan a una pretendida salida airada de la trágica coyuntura. “Los muertos que vos matáis (...) no gozan de buena salud”⁽⁵⁾.

Lo cierto es que la desinversión en los servicios públicos de transporte, en particular en el ferroviario –incluyendo en él al subterráneo–, ha provocado un crecimiento exponencial del transporte público automotor de pasajeros, con un detalle no menor: la desinversión en infraestructura vial. Tales circunstancias confluyen en un aumento considerable de la siniestralidad en el sector. Ello sin contar con la escasa importancia que se otorga a la educación vial del conductor de cualquier automotor y al control del tránsito⁽⁶⁾.

En tal sentido, no puede soslayarse el hecho de que a través de este medio de transporte se desplazan aproximadamente diez millones de personas en todo el país, para cumplir con sus quehaceres cotidianos, sin contar con otros medios alternativos de transporte para realizar esos traslados.

Hasta el año 1991, el transporte público automotor –más allá de otros subsidios que haya podido recibir– se vio beneficiado por una enorme transferencia de recursos a través del Instituto Nacional de Reaseguros, Sociedad del Estado (INdeR). Como reasegurador monopólico autorizó tarifas especiales para las líneas de colectivos, admitiendo que los riesgos de responsabilidad civil originados en tal actividad fueran transferidos por las aseguradoras a muy bajo costo, manteniendo estas una escasa o mínima retención sobre el riesgo.

Sin embargo, el mantenimiento de esta política de suscripción de riesgos por parte del INdeR, sobre este tipo de seguro y en otros ramos, combinado con un crecimiento exponencial de los siniestros, provocó en éste pérdidas tan elevadas y de tal magnitud que el tesoro del Estado no pudo cubrirse, razón por la cual se decidió la liquidación del INdeR y la liberación del régimen de reaseguro⁽⁷⁾.

Bajo las condiciones de un mercado reasegurador libre, las aseguradoras que operaban en el riesgo de responsabilidad civil del transporte público automotor de pasajeros se vieron obligadas a cerrar contratos de reaseguro con prioridades a su cargo no inferiores a \$ 200.000/\$ 300.000, circunstancia que colocó una gran cantidad de siniestros a su cargo exclusivo, pues la mayor frecuencia de los mismos se encontraba comprendida dentro de ese límite.

Lo cierto es que entre 1991 y 1997 la carga de siniestros registrada en las reservas de tales aseguradoras las llevó a perder su capacidad para hacer frente a los mismos, provocando su insolvencia y liquidación⁽⁸⁾. Al mismo

tiempo, el servicio público de transporte automotor empezó a registrar la carencia de oferta aseguradora para sus riesgos, debido muy especialmente a la falta de oferta de reaseguro para los mismos⁽⁹⁾.

La resolución SSN 25.429/97

Como consecuencia de los hechos registrados, fue dictado en el año 1997 el decreto de necesidad y urgencia 260/97 que declaró en estado de emergencia al servicio público de autotransporte de pasajeros y, como consecuencia de la manda legal dictada, la Superintendencia de Seguros de la Nación procedió a dictar la resolución SSN 25.429/97.

Entre sus considerandos, el organismo de control de la actividad resaltó los factores que contribuyeron a la delicada situación del sector al señalar: “Dicha operatoria ha sido afectada en los últimos años por distintos factores: aumento de la siniestralidad seguido de una imposibilidad correlativa de aumento de las primas, pérdidas operativas de magnitud sostenidas, licuación de activos debido a la inflación. Debe destacarse en especial, la eliminación del reaseguro estatal, que actuó como un fuerte soporte de esta cobertura absorbiendo costos que, de otro modo, deberían haber sido trasladados a la prima y, por consiguiente, a los usuarios del transporte. Dicha desaparición, dispuesta me-

millones (\$ 600.000.000) sin contar otros pasivos contingentes, lo cual demuestra un incremento de los pleitos entablados contra las empresas del sector (...) a partir del año 1991, debido a que se corrigieron aspectos distorsivos en el mercado del reaseguro, las empresas aseguradoras del sector del autotransporte se vieron en la situación de soportar la totalidad de las sumas establecidas en las sentencias dictadas en su contra, aspecto éste que les restó liquidez a las mismas para la negociación de acuerdos extrajudiciales, que les permitieran una disminución de tales sumas”.

(9) Decreto 260/97: “...la alta siniestralidad, como el incremento de la actividad litigiosa, hacen que solo unas pocas compañías de seguros operen en el sector”. Agregando: “...Que se ha llegado, entonces, a la situación actual, en la cual las compañías de seguro del sector no se encuentran en condiciones de hacer frente a la deuda judicial producida, por carecer de fondos suficientes para ello”.

(5) Parafraseando a JOSÉ ZORRILLA, *Don Juan Tenorio*, 1844.

(6) En los considerandos del decreto 260/97 se señala: “...el tránsito vehicular en general ha sufrido un importante incremento cuantitativo, que junto a otros factores, entre los que se cuentan los referidos a una inadecuada educación vial, ha devenido en una situación crítica, sumamente perjudicial para el derecho a la vida y a la integridad física de las personas, siendo prueba de ello los altos índices de siniestralidad alcanzados”.

(7) Decreto 171/92 - Disolución y Liquidación del Instituto Nacional de Reaseguros.

(8) En el mismo decreto se señala: “...se observa un notable incremento en el inicio de demandas judiciales por resarcimiento de daños provocados por accidentes de tránsito vehicular, agravado en la actualidad por la creciente complejidad del mismo. Dicho incremento asciende a un veinte por ciento (20%) anual, llegándose en la actualidad a un total de veintisiete mil (27.000) juicios, lo que sumado a los reclamos extrajudiciales del sector, supera holgadamente la suma de pesos seiscientos

la persona busca reparación, merecen el más amplio amparo, como, por el contrario, ha sido sostenido en otros fallos de la Corte (por ejemplo en "Ledesma c. Metrovías"). Y esta reparación es claramente cercenada cuando se trae a colación —como en un voto de "Cuello"— los principios de relatividad de los contratos que parece no hubieran mutado, ni su circunstancia, desde 1804. Las aseguradoras son doblemente responsables: por integrar una cadena de comercialización de un servicio público riesgoso y por haber participado de un concierto ilícito de fraude a la ley de tránsito que exige circular con seguro de responsabilidad civil (del voto del doctor LIBERMAN).

29 – La defensa de los consumidores y los dañados colateralmente por relaciones de consumo y, en general, la defensa de los derechos humanos, no es simplemente un tema para la doctrina jurídica o la política judicial. No alcanza con llenarse la boca o hacer correr ríos de tinta con los derechos humanos. Los jueces deben hacer su defensa todos los días en cada caso, por minúsculo que sea (del voto del doctor LIBERMAN).

30 – Desatender las miserables y peligrosas condiciones en que seres humanos argentinos viajan en servicios públicos concesionados —y supuestamente controlados— por el Estado también es atentatorio de los más elementales derechos humanos (del voto del doctor LIBERMAN).

31 – El descubierto obligatorio del seguro contra la responsabilidad en el transporte público es irrazonable e inoponible al tercero (del voto del doctor LIBERMAN).

32 – La ley de seguros creó el instituto de la "citación en garantía", denominación con más de forma procesal para encuadrar la participación en juicio del asegurador por responsabilidad civil que de instituto de derecho sustancial. Que es de lo que en rigor se trata: una decisión legislativa de legitimar al damnificado para demandar directamente al asegurador del responsable civil. Se reconoció una acción directa del tercero contra el asegurador, aunque sin autonomía procesal del reclamo contra el responsable (del voto del doctor LIBERMAN).

33 – Cierta es que, en principio, el seguro de responsabilidad civil nace en forma voluntaria y su finalidad es, también por

principio, mantener indemne el patrimonio del asegurado, pero cuando leyes generales de orden público, como son las de tránsito, hacen obligatorio tomar un seguro de responsabilidad civil, el tomador lo hace tanto para cumplir la ley como para mantener indemne su patrimonio. O sea que contratar un seguro deja de ser un acto jurídico en el solo interés de los contratantes, se convierte en un contrato en interés de la comunidad en el que está en juego el orden público. Beneficiario deja de ser exclusivamente quien podría ver agredidos sus bienes económicos. Básicamente pasa a ser beneficiario la potencial víctima, el sujeto pasivo del daño, a quien la ley ha tenido en miras al compeler la contratación de seguro (del voto del doctor LIBERMAN).

34 – Salvo que por norma de igual jerarquía se amparase valores de peso similar a esta asignación adicional de recursos (los del asegurador, a más de los del civilmente responsable) en aras de consolidar la reparación del daño de la víctima (una suerte de garantía), mediante ley especial que confrontase con las leyes generales de tránsito, no podría algún otro estatuto inferior, fuese decreto, resolución ministerial (y menos aún una simple resolución de la SSN), derogar la obligatoriedad de asegurarse conforme lo estatuyen, por ejemplo, el art. 68 de la ley 24.449 y el art. 48 de la anteriormente vigente ley bonaerense 11.430. Sin embargo, es lo que acontece con la resolución. Porque esa cláusula carece de razonabilidad en tanto ejercicio de poder supuestamente delegado por la ley (del voto del doctor LIBERMAN).

35 – La resolución 25.429 es inconstitucional, formal y genéticamente, y por sustancia. La contratación de seguro ya era obligatoria para el transporte automotor desde la ley 12.346; siguió siéndolo —con mayor generalidad— a partir del decreto 692/92, exigencia mantenida en la ley 24.449, pero fue derogada en los hechos, para casi todo el espectro de accidentes de tránsito, por esta mera resolución (del voto del doctor LIBERMAN).

36 – Es lugar común que la declaración de inconstitucionalidad es acto de suma gravedad institucional, la ultima ratio del orden jurídico, pero en épocas de marcada fragilidad institucional, muy por el contrario los jueces tienen el deber —aun sin petición de parte— de señalar la inadecuación de leyes y normas inferiores a la Constitución cuando su apli-

cación al caso repugna los preceptos de la norma superior. De lo contrario, harían caso omiso al juramento de cumplir y hacer cumplir la ley máxima, siendo como es mucho más grave institucionalmente que un juez abdique de las potestades que le son inherentes al balancear y resolver el conflicto entre normas de diferente jerarquía (del voto del doctor LIBERMAN).

37 – Las provincias delegaron en el gobierno federal la sanción del Código de Comercio y, por ende, de un régimen de seguros, pero no delegaron en la SSN la facultad de enervar y derogar en la práctica la obligatoriedad de circular con seguro de responsabilidad civil (del voto del doctor LIBERMAN).

38 – La ley 24.449 en modo alguno pudo delegar en la Superintendencia de Seguros la regulación de un régimen de seguro obligatorio con alcance nacional o local. Esto hace formal, genéticamente inválida la resolución que invadió competencias no delegadas; tan es así que la anterior ley bonaerense de tránsito 11.430 exigía a los conductores circular con seguro, sin delegación alguna a autoridades federales. La única autoridad en la materia competente para reglamentar el seguro obligatorio es el propio Congreso Nacional (del voto del doctor LIBERMAN).

39 – Mediante la inconstitucional delegación de la ley 24.449 en la Superintendencia de Seguros de la regulación de un régimen de seguro obligatorio, los vehículos de transporte público de pasajeros de todo el país, causantes de la mayor siniestralidad en accidentes de tránsito, incumplen la obligatoriedad de contar con un seguro de responsabilidad civil. A más de diez años de vigencia de un régimen que tal vez pudo justificarse como una corta emergencia, de aceptarse la oponibilidad, es hora de que se explique a la comunidad que circular con la cobertura de la resolución 25.429 no diferencia mayormente a los servicios regulares de los irregulares, "truchos", en punto al aseguramiento contra la responsabilidad civil.

40 – Si se admite la oponibilidad del descubierto, habida cuenta de las perversas y más o menos sofisticadas formas de elusión de responsabilidad a través de reiterados concursos, acuerdos preventivos extrajudiciales o quiebras, o fideicomisos constituidos por las empresas de transportes y de segu-

dante el decreto 171/92 tuvo como fundamento —tal como se expresa en los considerandos de esa norma— la declaración de emergencia del sector público establecida mediante ley 23.696 y, particularmente, que la proyección de la delicada situación financiera del entonces Instituto Nacional de Reaseguros (INdeR) sobre el presupuesto nacional afectaba los objetivos en materia de gasto público y su correcta financiación".

La normativa dictada tuvo por objeto generar aseguradoras especializadas para operar en forma exclusiva en las coberturas derivadas del "Seguro de Responsabilidad Civil de Vehículos Automotores destinados al Transporte Público de Pasajeros".

Se promovió la constitución de aseguradoras bajo el tipo social de "Mutuales", fijando condiciones especiales en cuanto a capital mínimo, reservas, etc., facultando a estas entidades a constituir fondos especiales para apoyar financieramente a sus asociados en el supuesto de obligación de pago de siniestros ya ocurridos cuya aseguradora obligada se encuentre en proceso de liquidación forzosa.

Asimismo, la resolución indicada aprobó el modelo de póliza que tales entidades debían utilizar, incluyendo tanto las exclusiones de cobertura como las condiciones particulares y generales que serían de aplicación.

Entre tales disposiciones, se incluyó como cláusula 4ª de las Condiciones Generales del contrato la franquicia o descubierto obligatorio que sería de aplicación. Lo hizo en los siguientes términos: "El Asegurado participará en cada acontecimiento cubierto que se tramite por la vía administrativa o judicial con un importe obligatorio a su cargo de pesos cuarenta mil (\$ 40.000).

"Dicho descubierto obligatorio a su cargo se computará sobre capital de sentencia o transacción, participando el Asegurado a prorrata en los intereses y costas.

"En tales supuestos y a efectos de un acuerdo transaccional con la víctima o tercero damnificado o sus representantes legales y/o apoderados:

"a) La Aseguradora asumirá la representación del Asegurado.

"b) En el caso que la Aseguradora intentara arribar a un acuerdo transaccional, solicitará previa conformidad del Asegurado, indicándole el monto respectivo, debiendo éste expedirse dentro de las 48 horas de notificado.

"c) Ante el silencio o negativa del Asegurado, concluirá la representación procesal de la Aseguradora y ésta quedará liberada de su responsabilidad en el siniestro mediante la realización del pertinente pago por consignación judicial de los montos que hubieran resultado a su cargo, en caso de haberse celebrado el acuerdo transaccional propuesto conforme el inciso b) anterior.

"Si el acuerdo transaccional propuesto por la Aseguradora lo fuere por un importe igual o inferior al de la franquicia, y existiese silencio o negativa del Asegurado, la Aseguradora quedará liberada de toda obligación respecto del siniestro en cuestión.

"En caso de desacuerdo por parte del Asegurado con el monto de la transacción propuesto por la Aseguradora conforme los párrafos primero y segundo del presente inciso c), el Asegurado deberá manifestar tal desacuerdo mediante notificación fehaciente dentro de las cuarenta y ocho horas indicando el monto que estima adecuado bajo pena de caducidad para manifestar su disconformidad en el futuro.

"En tal caso la Aseguradora acreditará el monto de la transacción sumariamente mediante la presentación de la propuesta escrita elevada a tal fin por el tercero reclamante o la parte actora según el caso.

"En caso de existir tal desacuerdo del Asegurado con el monto transaccional propuesto, notificado a la Aseguradora conforme el párrafo tercero del presente inciso c), y de no existir propuesta del tercero reclamante o de la actora conforme el cuarto párrafo del presente inciso, el monto será fijado por un tribunal arbitral formado por tres árbitros designados uno a instancia del Asegurado, otro a instancia de la Aseguradora y el tercero por los dos árbitros anteriores; la designación deberá ser realizada por cada parte dentro de los tres días de requerida, en caso contrario la designación será efectuada por la otra parte.

"Los árbitros deberán expedirse sobre el monto correspondiente dentro de los treinta días corridos a contar desde la notificación a las partes de la designación del tercer árbitro.

"La decisión de los árbitros será irrecurrible y la diferencia entre el monto fijado por los árbitros y el de la franquicia será la que deba consignar judicialmente la Aseguradora si pretende liberarse en los términos del párrafo primero del presente inciso c), si el monto fijado por los árbitros resultara inferior a la franquicia, la Aseguradora quedará liberada de su responsabilidad en el siniestro.

"En la cobertura de la obligación legal autónoma prevista en la cláusula 3 de las Condiciones Generales la Aseguradora asumirá el pago de la indemnización y el Asegurado le reembolsará el importe del descubierto obligatorio a su cargo dentro de los diez días de efectuado el pago".

En síntesis, las medidas adoptadas tuvieron por objeto evitar que se vea afectado el normal desenvolvimiento de la prestación del servicio de autotransporte, con los consecuentes perjuicios para la ciudadanía en general.

Primera cuestión: ¿Es una solución técnica correcta?

Más allá de lo coyuntural de la medida adoptada, la primera cuestión que debe plantearse es si la solución instrumentada ha sido correcta desde el punto de vista técnico asegurador, a la luz del comportamiento que el riesgo registra en el pasado.

Como lo señalé en otra oportunidad, en un meduloso trabajo⁽¹⁰⁾, JUAN CARLOS FÉLIX MORANDI, al referirse al riesgo, señalaba que desde el punto de vista del seguro éste se presenta como la posibilidad de que se produzca un evento incierto, económicamente desfavorable, susceptible de provocar un daño. Agregaba que, desde tal óptica, mediante el perfeccionamiento de la técnica aseguradora se ha convertido en una eventualidad matemáticamente calculada mediante la utilización de dos factores:

(10) MORANDI, JUAN C. F., *La judicibilidad de la franquicia estipulada en el contrato de seguro vs. la técnica aseguradora*, publicado el 28-9-06, eDial.com - DC9D6.

ros, ni unos ni otros tienen patrimonio sobre el que las víctimas puedan cobrar indemnizaciones.

- 41 – La franquicia, lejos de beneficiar a las víctimas, las deja inermes. A muchos años de la resolución 25.429, sólo ha beneficiado con menores primas a los dañadores, pero no a los terceros, habida cuenta de que los asegurados no han mostrado la menor preocupación por evitar siniestros y, por su enormidad, con meridiana claridad el descubierto no procura excluir los siniestros pequeños.
- 42 – Los distintos gobiernos, en vez de solucionar problemas provocados por su falta de control y de supervisión del tránsito y de la actividad aseguradora, los trasladó y sigue trasladando a las víctimas. Esto es: se “privatiza” la pérdida, traspasando sus consecuencias a los dañados, haciéndolos socios de las pérdidas de estas actividades económicas empresariales (y, por tanto, de finalidad eminentemente lucrativa).
- 43 – Llama poderosamente la atención la reiteración de llamados a favor de sostener el derecho de propiedad de las aseguradoras y la seguridad jurídica que se afectaría por no interpretar literal y exegéticamente el art. 118 de la ley de seguros. Así –se dice– se pondría en crisis el sistema asegurador argentino, comprometiendo su propia existencia, y que las víctimas no tengan cobertura alguna. Ya se ha dicho, y es notorio para un juez con competencia en materia de daños por accidentes, y para cualquier mediador, que la desprotección ya está instalada con el perverso sistema vigente. Tampoco es que vayan a sufrir las empresas de transporte, concursadas o quebradas o con APE limpiando pasivos quirografarios, las deudas de indemnización por daños (del voto del doctor LIBERMAN).
- 44 – Poniendo en perspectiva los años pasados desde 1997 y el desastroso resultado de los incentivos desplegados por la corta vida del decreto 260 y la más larga y dañina de la resolución 25.429, que contradicen hasta el absurdo los respectivos fundamentos, al así hacerlo los jueces de la mayoría del plenario “Obarrio” no se han desentendido de las consecuencias de sus actos (del voto del doctor LIBERMAN).
- 45 – El sistema perverso de fragmentada responsabilidad de daños causados por el autotransporte público de pasajeros es

producto del concierto de varias partes, entre las que claramente se cuentan las empresas porteadoras y las aseguradoras. Es más, existe una íntima vinculación e integración entre unas y otras (del voto del doctor LIBERMAN).

- 46 – No es cierto que, al declarar la inoponibilidad del descubierto y ejecutable la sentencia por el todo, se condena al asegurador por una inexistente obligación sin causa. La obligación existe y tiene causa, en primer lugar, en este concierto perverso, suerte de complicidad genética para fragmentar eventuales responsabilidades a través de un verdadero fraude a la ley. Integran este acuerdo fraudulento al aceptar las mutuales aseguradoras las irrazonables condiciones de la resolución 25.429, seguramente con plena conciencia de su inconstitucionalidad por exorbitancia e inadecuación a un régimen de seguro obligatorio, máxime después de la corta vida que la justicia diera al decreto 260/97, su complemento. En segundo término, la causa de la obligación está en la integración, junto al porteador, de un proceso de comercialización de servicios riesgosos, con las inherentes responsabilidades que emanan de los arts. 42 de la Constitución y 40 de la ley 24.240 (del voto del doctor LIBERMAN).
- 47 – Como la obligación resarcitoria indistinta o concurrente –solidaria, según la ley– de todo aquel que integra un sistema de comercialización de cosas o servicios se erige como un principio general del derecho protectorio de usuarios y consumidores, la inoponibilidad de la franquicia conlleva la inherente responsabilidad por el todo de la empresa aseguradora (del voto del doctor LIBERMAN).
- 48 – Involucrada la aseguradora en el proceso de gestión y oferta del servicio de transporte público, el art. 118 de la ley de seguros no podría ofrecer resistencia válida; esto es que el art. 118, en tanto limitaría la ejecutabilidad de la sentencia “en la medida del seguro” no obstante la infracción de normas de orden público, es inaplicable al caso por inconstitucional. Esto así en tanto que, en la especie, supondría una cortapisa a la responsabilidad indistinta del asegurador que, integrado a una cadena o grupo productor de servicios riesgosos, ha ofrecido y concertado un seguro de responsabilidad civil a conciencia de que en los hechos deroga, a través de una mera disposición administrativa, normas de jerarquía superior y de orden público (del voto del doctor LIBERMAN).

49 – El art. 118 de la ley de seguro ha quedado implícitamente derogado para los casos de aseguramiento obligatorio de la posterior ley 24.449 (del voto del doctor LIBERMAN).

- 50 – La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos “Ortega”, remitió al dictamen de la Procuración Fiscal elaborado para “Barreiro” e hizo algunas consideraciones adicionales para desestimar los planteos de arbitrariedad formulados por la aseguradora. Creo, a pesar de las aclaraciones del Supremo Tribunal en “Ortega”, que las normas generales, el principio de la buena fe –especialmente aplicable en materia de seguros– y las de la ley 24.240 y el art. 42 de la CN, generan un deber resarcitorio concurrente autónomo (sin limitaciones exorbitantes) por haber incurrido en una ilicitud negocial con potencial daño hacia terceros, un fraude a la ley, y haber integrado una cadena de comercialización de un servicio riesgoso. Y este deber cae tanto en cabeza de las aseguradoras de concesionarias ferroviarias como en las viales y del autotransporte público de pasajeros (del voto del doctor LIBERMAN).
- 51 – La cuenta de intereses debe hacerse al 8% anual desde el hecho hasta la fecha de la sentencia de Cámara, excepto sobre el rubro daño moral (hasta el 1-6-11), y sólo en adelante a la tasa activa (del voto del doctor LIBERMAN).
- 52 – Corresponde aplicar al caso la doctrina del fallo plenario dictado el 13-12-06 en los autos “Obarrio, María Pía c. Microómnibus Norte S.A. s/daños y perjuicios” y “Gauna, Agustín c. La Economía Comercial S.A. de Seguros Generales y otro s/daños y perjuicios”, pues pese a haber adherido en ese plenario al criterio de la minoría, a cuyos fundamentos me remito a fin de evitar reiteraciones innecesarias, en virtud de lo previsto por el art. 303 del cód. procesal se debe resolver con dicha doctrina plenaria (del voto del doctor GALMARINI). M.M.F.L.

151 – CNCiv., sala L, marzo 12-2012. – Griessi, Roberto Miguel c. Empresa de Transportes Microómnibus Saenz Peña S.R.L. s/daños y perjuicios (acc. tran. c/les. o muerte).

En Buenos Aires, a los 12 días del mes de marzo del año dos mil doce, encontrándose reunidos en Acuerdo los Señores Jueces de la Sala “L” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil a fin de pronunciarse en el expe-

a) La probabilidad del riesgo, que consiste en establecer con precisión qué cantidad de unidades económicas serán afectadas por los siniestros durante un determinado lapso. Así –explica el citado autor– cuanto más grande es el número de casos observados, previamente homogeneizados cualitativamente, a través de la ley de los grandes números, es posible determinar, con referencia a un período y a un cierto riesgo, la frecuencia con que la cosa objeto del seguro (*latu sensu*) puede resultar afectada por un riesgo.

b) La intensidad de la producción del evento, porque según sean los riesgos –aun cuando se trate de un mismo riesgo genérico– la magnitud posible de los daños aumenta más en unos que en otros.

Ambos factores, señala MORANDI, se establecen conforme a los datos que suministra la “estadística”, que recogidos de la experiencia del pasado sirven para proyectar el “comportamiento” de los riesgos en el futuro. De tal modo, si el comportamiento de los riesgos en el futuro se ajusta a la hipótesis estadística tomada como base de cálculo, y entre “previsión” y “realidad” no existen diferencias, el monto de la prima abonada deberá ser igual a la necesidad de capital para afrontar el riesgo conforme a su probabilidad teórica⁽¹¹⁾.

(11) “La prima en el contrato de seguro se determina de conformidad con cálculos actuariales según el monto y tipo de contrato, por lo que cualquier interpretación que importe ampliar los beneficios acordados en el mismo, puede llegar a producir un grave desequilibrio en el conjunto de las operaciones del asegurador” (CNCom., sala A, 7-2-86, “García, Miguel A. c. Arco Iris Coop. de Seguros Ltda.”, DJ, 1988-I-806).

“En el seguro, la ecuación del asegurador a través de la cual éste logra la eliminación, neutralización y compensación de los riesgos, sólo se logra por aplicación del principio de la equivalencia entre ‘riesgo’ y ‘prima’, el que se ve alterado en su médula cuando se provoca el siniestro por dolo o culpa grave. Es por esta razón que tanto el legislador, como la póliza que rige las relaciones de las partes, han excluido la culpa grave de la cobertura, como un supuesto de ‘no seguro’, liberando al asegurador cuando el accidente se produce mediante ella por parte del asegurado” (CNCom., sala B, 11-9-87, “Viva, Miguel O. c. El Comercio de Córdoba, Cía. de Seguros S.A.”, DJ, 1988-I-61).

En otras palabras, la prima es en esencia el precio de la probabilidad. Es por eso la diferencia que existe entre el monto de la prima y el de la suma asegurada cubierta por el seguro. Esta última es sensiblemente mayor a la primera. Pero tal diferencia cuantitativa entre las prestaciones comprometidas por ambas puntas del contrato no altera el equilibrio contractual, ya que la prestación mayor es incierta en su exigibilidad: el equilibrio surge de la probabilidad que caracteriza al contrato considerado individualmente, y permite medir el valor de la otra prestación cierta: la prima a cargo del asegurado⁽¹²⁾.

Finalmente, si el riesgo cubierto se modifica, y aumenta la “probabilidad” de su producción o la “intensidad” de sus consecuencias posibles, sea que ello tenga su origen en un hecho del propio contratante (tomador o asegurado) o por circunstancias independientes de su voluntad, la prestación del asegurador ya no es la misma que asumiera. Se subvierten, en consecuencia, las bases sobre las que se calculó la prima al momento de la celebración del contrato⁽¹³⁾.

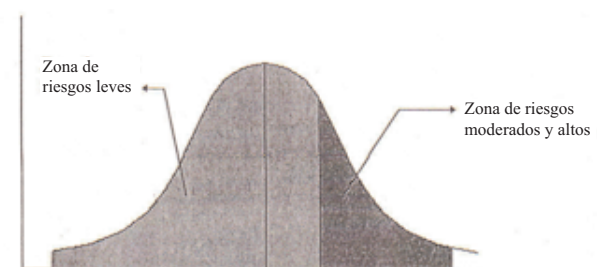
A los factores que definen la curva del riesgo y al análisis que mediante la aplicación de la ley de los grandes números y la estadística permiten al asegurador delimitar su comportamiento futuro, se suma uno que lo integra o complementa que no es otro que el de la mutualidad económica. Para ello, el asegurador utiliza una técnica que le permite neutralizar la incertidumbre, y lo hace organizando una comunidad de riesgos en la que, mediante las primas recaudadas de los distintos asegurados, forma un fondo común con el que atenderá los siniestros que se vayan produciendo en el futuro.

(12) BARBATO, NICOLÁS, *El seguro de accidentes del trabajo: problemas y soluciones*, Errepar, DEL, t. V, 1991, pág. 469.

(13) *La agravación y las otras modificaciones del riesgo*, ponencia presentada por JUAN CARLOS FÉLIX MORANDI, en el VII Congreso Mundial de Derecho de Seguros, celebrado en Budapest, Hungría, en mayo de 1986. Trabajo publicado en la Revista Jurídica Argentina del Seguro, la Empresa y la Responsabilidad, editado por Imprelex S.A., t. 10/11/12, 1987, págs. 26/28.

Es así como, a través del análisis estadístico y técnico, el asegurador ha podido estudiar el comportamiento del riesgo y ha determinado su probabilidad e intensidad. Ahora, mediante la comunidad económica que ha organizado establecerá el equilibrio de unos riesgos con otros, de forma que la incertidumbre se limite al contrato individual, pero aparezca gobernable en cuanto al conjunto de los seguros agrupados se refiere. Esta técnica es complementada con los procedimientos de atomización y dispersión del riesgo, que permiten tornar más homogéneo y regular el comportamiento de éste y asumir porciones del mismo en cantidad adecuada a la capacidad económica y operativa del asegurador, procedimientos entre los que se destaca el reaseguro⁽¹⁴⁾.

Lo expuesto se grafica habitualmente a través de lo que ha dado en llamarse la formación de la curva del riesgo, en la que los factores de frecuencia e intensidad cumplen un papel determinante. Veamos un ejemplo.



Como acertadamente lo señalaba NICOLÁS H. BARBATO, una de las razones por las que un riesgo se torna en inasegurable se produce cuando el estudio de su comportamiento futuro no resulta predecible por la existencia de factores que ponen en crisis la incertidumbre que lo caracteriza. Señalaba en tal sentido el autor que seguimos que “si la prima es la medida de la probabilidad, entonces, cuando la proba-

(14) BARBATO, NICOLÁS, *El seguro...*, cit., págs. 469/470.

diente caratulado “Griessi, Roberto Miguel c/ Empresa de Transportes Microómnibus Saenz Peña S.R.L. s/daños y perjuicios” de acuerdo al orden del sorteo la Dra. Pérez Pardo dijo:

I. Contra la sentencia de fs. 348/354, recurre el actor por los agravios que expone a fs. 379/383 –contestados a fs. 398/405– y la demandada y citada en garantía por los de fs. 385/392 –contestados a fs. 394/396–.

II. En la instancia de grado se hizo lugar a la demanda por medio de la cual el actor reclamó una indemnización por los daños y perjuicios padecidos como consecuencia del accidente ocurrido el día 30 de septiembre de 2008, aproximadamente a las 20:15 h, cuando intentó efectuar el cruce por la senda peatonal de las avenidas Nazca y Rivadavia de esta ciudad y fue colisionado por el colectivo, dominio ..., de propiedad de la demandada. Se reconoció el monto de pesos cuarenta y cinco mil (\$ 45.000) en concepto de incapacidad sobreviniente; pesos mil (\$ 1.000) por los gastos médicos, farmacia y traslado; pesos dos mil (\$ 2.000) por lucro cesante y pesos veinte mil (\$ 20.000) por daño moral; se admitió la franquicia invocada y se hizo extensiva la condena a la citada en garantía en la medida del seguro; se reconoció intereses a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina desde la fecha del hecho y hasta su efectivo pago; y se impusieron las costas a cargo de las demandadas.

La parte actora se quejó por las sumas reconocidas por incapacidad sobreviniente, lucro cesante y gastos médicos y de traslado y por la falta de declaración de inoponibilidad de la franquicia. La demandada y su citada en garantía cuestionaron la cuantificación de la incapacidad sobreviniente y del daño moral así como la aplicación de la tasa activa, solicitando la tasa pura anual del 6% u 8%.

III. No cuestionada la responsabilidad en el hecho dañoso, corresponderá tratar los diferentes rubros indemnizatorios apelados.

a. La incapacidad sobreviniente se configura cuando se verifica una disminución en las aptitudes tanto físicas co-

mo psíquicas de la víctima. Esta disminución repercute en la víctima tanto en lo orgánico como en lo funcional, menoscabando la posibilidad de desarrollo pleno de su vida en todos los aspectos de la misma, y observándose en el conjunto de actividades de las que se ve privada de ejercer con debida amplitud y libertad. Estas circunstancias se proyectan sobre su personalidad integral, afectan su patrimonio y constituyen inescindiblemente los presupuestos para determinar la cuantificación del resarcimiento, con sustento jurídico en disposiciones como las contenidas en los arts. 1068 y 1109 del Código Civil. Por tanto, es claro que las secuelas tanto físicas como psíquicas, quedan comprendidas en la indemnización por dicha incapacidad (conf. esta Sala, exptes. n° 63.483, 64.787, 65.058, entre otros). Ello se debe a que la capacidad de la víctima es una sola, por lo que su tratamiento debe efectuarse en igual sentido.

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

Surge del dictamen de fs. 301/317 que como consecuencia del siniestro sufrido en la vía pública fue trasladado por el SAME al Hospital Piñero, donde le efectuaron las primeras curaciones y sutura de herida en cuero cabelludo, siendo derivado posteriormente al Hospital Posadas

y luego a través de su obra social IOMA a la Clínica Constituyentes. Se le efectuó drenaje de neumotórax y le indicaron y efectuaron fisiokinesioterapia en hombro izquierdo. Presenta cicatriz en región axilar anterior de 2,5 cm por 2 cm, en “L” por drenaje de neumotórax y cicatriz en cuero cabelludo de 6 cm que impide el crecimiento del pelo. Es dado de alta aproximadamente seis meses después del accidente, presentando una incapacidad física parcial y permanente del 27,73%. En cuanto al aspecto psicológico, se diagnosticó un trastorno por estrés post-traumático, que según el método de capacidad restante representa un 10,84% de incapacidad parcial y permanente.

Además recomendó un tratamiento de fisiokinesioterapia, en series de 10 sesiones cada una, dependiendo de la sintomatología, la cantidad de series a realizar; y un apoyo psicoterapéutico consistente en una sesión semanal durante dos años.

Si bien la demandada y su aseguradora impugnaron el dictamen a fs. 325, obrando a fs. 320/322 y 324 los informes de los consultores técnicos, encuentro a la pericial suficientemente fundada en los términos del art. 477 del C. Procesal.

En lo atinente a la cuantificación de la incapacidad sobreviniente, corresponde recordar que la indemnización no se determina con cálculos, porcentajes o pautas rígidas. Para supuestos como el de autos, entiendo que la determinación del monto indemnizatorio, queda librado al prudente arbitrio judicial, debido a que se trata de situaciones en que varían diferentes elementos a considerar, tales como las características de las lesiones padecidas, la aptitud para trabajos futuros, la edad, condición social, situación económica y social del grupo familiar, etc., siendo variables los parámetros que harán arribar al juzgador a establecer la reparación.

Encontrándose acreditadas las secuelas señaladas, teniendo en cuenta el dictamen mencionado, que al momento del siniestro de autos el actor tenía 67 años, de estado civil casado, padre de tres hijos, se desempeñaba como Jefe de Servicio de Tocoginecología del Hospital Zonal General Mariano y Luciano de la Vega, de Moreno, Provincia

bilidad se acerca a la certeza, la prima se acerca a su vez a la magnitud económica del siniestro, por así imponerle el necesario equilibrio que debe existir entre las prestaciones de todo contrato bilateral, exigencia a la que no escapa la relación asegurativa. Y si la prima se acerca al siniestro, el seguro resulta técnicamente impracticable...”⁽¹⁵⁾.

A ello debe sumarse un análisis no menor que es el que se refiere al posible cúmulo de eventos sobre un mismo riesgo, pues su mayor o menor potencialidad puede tornar en inasegurable un riesgo de tales características.

En tal sentido, explica KLAUS GERATHEWOHL⁽¹⁶⁾ que esencialmente existen dos razones principales de por qué la mayoría de las pólizas de seguros usan ciertas exclusiones:

- “Primero, las categorías de riesgos o de peligros individuales pueden ser excluidos sobre las bases de inasegurabilidad, en particular cuando los siniestros estimados no son de naturaleza fortuita y la indemnización por siniestros que puede presentarse está fuera de valoración. En la mayoría de los casos la inclusión del riesgo de guerra haría los negocios inasegurables en este sentido”.

- “Segundo, ciertas categorías de riesgos o de peligros pueden ser excluidos no sobre la base de inasegurabilidad, sino porque ellos exigirían condiciones especiales, sobre todo primas más altas debido a su peligrosidad inherente”.

En el reaseguro –explica el mismo autor–, las exclusiones se usan por las siguientes razones:

- “En conexión con las categorías de riesgos considerados inasegurables, las exclusiones hechas desde los contratos de reaseguros son con frecuencia las mismas que las hechas bajo las pólizas originales...”.

- “En adición a los riesgos excluidos a causa de su no reasegurabilidad, también hay una segunda categoría de riesgos asegurables y reasegurables, pero no bajo los términos y condiciones normales generalmente convenidas en un contrato obligatorio de reaseguros. Además de la necesidad para cobrar una prima más alta por dichos riesgos

agravados –es decir, una necesidad que también existe en el seguro–, hay también un elemento específico en el reaseguro con ciertas repercusiones sobre la prima, referida al control de cúmulos: Para determinar su responsabilidad total en cualquier riesgo o en la ocurrencia de cualquier siniestro y determinar si necesita retrocesión, el reasegurador debe establecer tan exactamente como sea posible la acumulación potencial constituida por varios contratos de reaseguros”.

Sin embargo, aun dentro de la categoría de riesgos asegurables con una tasa de prima más alta para los riesgos agravados, se presenta otra dificultad relacionada a la posibilidad que tiene el asegurador de colocar su cartera en el mercado reasegurador internacional⁽¹⁷⁾.

Desde un punto de vista asegurativo, tales hechos adquieren una enorme trascendencia, pues es allí donde adquieren relevancia las técnicas por las cuales se determina contractualmente el riesgo asumido (descripción del riesgo que se asume) y bajo qué condiciones será asumido (aplicación de franquicias, deducibles, etc.) y aquellas otras por las cuales se colocan fuera de la garantía otorgada situaciones que actúan agravando el riesgo asumido. En tal sentido, la alta frecuencia de reclamos o la importante intensidad de los mismos convierte en ocasiones al riesgo en inasegurable (la curva del riesgo no llega a formarse) o bien sólo amparables mediante una prima sustancialmente más cara que la prevista para la cobertura originaria.

La otra cuestión que sin duda pesa en este análisis que nos proponemos se encuentra relacionada con los siguientes factores que tanto el decreto 260/97 como la resolución SSN 25.429/97 reconocen como factores ciertos, reales y definitivos:

- Alta siniestralidad en el ámbito del contrato de transporte.
- Incremento en las colisiones con vehículos, ciclomotores y peatones.
- Alta actividad litigiosa.
- Alto monto promedio que alcanzan las sentencias condenatorias.

(17) Ibidem, pág. 734.

(15) Ibidem, pág. 471.

(16) GERATHEWOHL, KLAUS, *Reaseguro: teoría y práctica*, Teodoro Díez Arias (trad.), Madrid, Reaseguros Gil y Carvajal, 1993, vol. 1, págs. 730/732.

- Falta o ausencia de oferta de seguro y reaseguro para el riesgo.

- Estado de emergencia de las empresas prestadoras del servicio.

Si esta es la experiencia que el riesgo muestra desde el pasado –y que las normas legales además grafican y cuantifican–, cabe preguntarse si en definitiva la franquicia estipulada en póliza responde a esa experiencia.

Un riesgo que muestra en forma tan palpable cómo una frecuencia inusitada de siniestros pone de manifiesto el estrecho margen por el que deberá atravesar el criterio de asegurabilidad del riesgo en función de su posible comportamiento futuro. Ello por cuanto esa alta frecuencia e incidencia muestra, por lo pronto, que los siniestros estimados no son de naturaleza fortuita –por aproximarse la probabilidad a la certeza– y que la indemnización por siniestros que puede presentarse está fuera de toda valoración (por la incidencia de factores ajenos al riesgo: estado de emergencia del sector, falta de inversión en infraestructura, tarifas congeladas, etcétera)⁽¹⁸⁾.

Otra cuestión no menor se encuentra vinculada con la posibilidad que tiene el asegurador de colocar un riesgo de tales características en el mercado de reaseguros internacional. En verdad, desde tal óptica no es posible afirmar que no pueda conseguirse una cobertura de esas características en el mercado de reaseguros, pero sí puede afirmarse que ningún reasegurador habría otorgado una cobertura de responsabilidad civil que permitiera al asegurador transferir parte importante de la siniestralidad que el riesgo exhibe. En efecto, las prioridades que en un contrato de exceso de pérdida suelen fijar los reaseguradores para un riesgo de esta naturaleza son más elevadas que la franquicia establecida en el contrato de seguro, pues el objeto de tal cobertura está limitado a eventos signados por su gravedad.

(18) “No es dable concebir un seguro que cubra responsabilidad civil por daños que no consistan en un riesgo o siniestro. El riesgo es un hecho eventual del cual puede derivar un daño, que para que sea asegurable, no debe ser generalizado, ni cierto, y debe ser ajeno a la voluntad de las partes; se trata de una eventualidad, noción que excluye la certidumbre” (CNCiv., sala C, 11-8-88, “López Boudon, Victoriano c. Municipalidad de la Capital”, JA, 1990-I-344).

de Buenos Aires (ver fs. 196) y también atendía en su consultorio médico particular (ver fs. 184), posteriormente jubilado, aunque mantenía su actividad en su consultorio particular (ver testimonio de fs. 203), considerando también la incidencia económica y social que tuvo el accidente de autos sobre el actor de las que dan cuenta los testimonios de fs. 203, 204, 206 y 207, en uso de las facultades conferidas por el art. 165 del Cód. Procesal, entiendo que corresponderá hacer lugar a las quejas del accionante y rechazar las de la demandada y su aseguradora, elevando esta partida a la cantidad de pesos noventa mil (\$ 90.000).

b. Respecto de los agravios relacionados al daño moral, se conceptualiza al mismo como el menoscabo o lesión a intereses no patrimoniales provocados por el evento dañoso. El daño moral comprende los padecimientos y angustias que lesionan las afecciones legítimas de la víctima. Es un daño no patrimonial, es decir, todo perjuicio que no puede comprenderse como daño patrimonial por tener por objeto un interés puramente no patrimonial. También se lo ha definido como una modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, que se traduce en un modo de estar la persona diferente al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial. Se trata de todo menoscabo a los atributos o presupuestos de la personalidad jurídica, con independencia de su repercusión en la esfera económica.

La determinación del monto indemnizatorio se encuentra librada al prudente arbitrio judicial, con amplias facultades para computar las particularidades de cada caso. En virtud de las consideraciones precedentes y las circunstancias personales de la víctima señaladas en el acápite anterior y las secuelas acreditadas, no habiendo apelado el accionante esta partida, por no resultar elevada la suma fijada propondré su confirmación.

c. Cuestiona el accionante la cuantificación del lucro cesante.

Entiendo al lucro cesante como la ganancia o utilidad de la cual se ha visto privada una persona a raíz de la ocu-

rrencia de un acto ilícito, lo cual implica una falta de ganancia o de acrecentamiento patrimonial que razonablemente hubiere podido obtener de no haberse producido el evento, de modo que el reclamo debe hacerse sobre una base real y cierta y no sobre una pérdida probable o hipotética. Coincidió en cuanto a que la admisión de su existencia requiere una prueba certera de la cuantía de las ganancias dejadas de percibir, demostración que no puede probarse sólo con las declaraciones testimoniales a las que se hace referencia en autos (ver fs. 203, 204, 206 y 207). Es que nada impedía al accionante que acompañe información contable que acredite las ganancias dejadas de percibir. No obstante ello, no habiendo sido cuestionada la procedencia de esta partida por la demandada y/o su aseguradora; encontrándose acreditadas las lesiones padecidas por el Sr. Griessi, y considerando que sin dudas debieron impedir el normal desenvolvimiento de su profesión, entiendo que por resultar un tanto reducida la suma fijada, en los términos del art. 165 del Cód. Procesal, propongo elevarla a la cantidad de pesos cinco mil (\$ 5.000).

d. Respecto de los gastos médicos reclamados, es cierto que no es necesaria la acreditación de los mismos a través de recibos o facturas, debiendo guardar relación con las lesiones acreditadas por la víctima. Sin embargo, incluso considerando que cuando la asistencia fuera brindada en hospitales públicos o por intermedio de obras sociales, resulta muy frecuente que los pacientes deban hacerse cargo de ciertas prestaciones no amparadas por los mismos, la suma reconocida en la instancia de grado anterior, en mi criterio, resulta un tanto reducida; por ello, en los términos del art. 165 del Cód. Procesal, propondré su elevación a la suma de pesos dos mil quinientos (\$ 2.500).

IV. En cuanto a las quejas referidas a los intereses reconocidos, entiendo que en función de lo normado por el art. 303 del Cód. Procesal, la solución brindada en la instancia anterior resulta acertada. Es que en virtud de lo establecido en el fallo plenario de esta Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en los autos “Samudio de Martínez, Ladislaa c/ Transportes Doscientos Setenta S.A. s/ daños y

perjuicios”, del 20 de abril de 2009, en el cual se ha dejado sin efecto la doctrina que había sido fijada en los fallos plenarios “Vázquez, Claudia Angélica c/ Bilbao, Walter y otros s/ daños y perjuicios” y “Alaniz, Ramona Evelia y otro c/ Transportes 123 SACI interno 200 s/ daños y perjuicios”, no corresponde fijar otra tasa en el caso que no sea la activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, ello respecto de todas las sumas, desde el hecho dañoso y hasta el efectivo pago; especialmente si entiendo como el anterior juez que no se configura en autos, la circunstancia aludida en el punto 4 del plenario.

Por tanto, propiciaré el rechazo de este agravio, debiendo confirmarse lo resuelto en la instancia anterior.

V. En cuanto a la franquicia opuesta, contrariamente a lo sostenido en la instancia anterior entiendo que en función de lo normado por el art. 303 del Cód. Procesal, corresponde aplicar al caso la doctrina emanada del fallo plenario de fecha 13/12/06 en los autos “Obarrio, María Pía c/ Microómnibus Norte S.A. s/ daños y perjuicios” y “Gauna, A. c/ La Economía Comercial S.A. de Seguros Generales y otros s/ daños y perjuicios” (La Ley 2007-A, 168; DJ 27/12/2006, 1244- RCyS 2007-I, 47), en los cuales se decidió que en los contratos de seguros de responsabilidad civil de vehículos automotores destinados al transporte público de pasajeros, la franquicia como límite de cobertura fijada en forma obligatoria por la autoridad de control de la actividad aseguradora conforme a la Resolución n° 25.429/97, es inoponible al damnificado, sea transportado o no. Además, sobre el punto, coincido plenamente con los argumentos de la mayoría en el citado fallo plenario —a los cuales adherí en oportunidad de pronunciarme sobre la cuestión—.

Si bien el instituto de la franquicia en sí misma no resulta inconstitucional, debe ponderarse esa institución en su aplicación concreta, considerando también las características de la actividad y del fenómeno asegurado, la totalidad de la normativa legal aplicable, las características frecuentes que asumen los fenómenos para todos los involu-

A la luz de tan importantes razones de orden técnico, económico y jurídico, la fijación de una franquicia como la establecida en la póliza aprobada por la resolución SSN 25.429/97 no luce ni antojadiza ni arbitraria. Por otro lado, la posibilidad de que el asegurador esté en condiciones de recurrir a la figura de la “pluralidad de seguros” o al “coaseguro” al solo fin de fijar una franquicia más baja tampoco parecería posible, dada la siniestralidad del riesgo. Ello en razón de que tales actos dependen de una decisión del tomador de la cobertura que requiere además encontrar quién se la quiera dar en el mercado asegurador, circunstancia hartamente difícil en atención a la experiencia demostrada por el riesgo en el pasado.

En síntesis, el comportamiento anormal que registra el riesgo y las limitaciones existentes para obtener una cobertura reaseguradora amplia son los que determinan una franquicia que no sólo tiene por objeto la función tradicionalmente moralizadora que la doctrina le atribuye, sino también extraer de la cobertura la inusual frecuencia siniestral que el mismo exhibe⁽¹⁹⁾, so pena de afectar a la mutualidad de asegurados, al romper el equilibrio de unos riesgos con otros, de forma que la incertidumbre ya no se limite al contrato individual, y de perder la gobernabilidad del conjunto de los seguros agrupados, se refiere⁽²⁰⁾. Sólo bajo estas condiciones es posible asumir una cobertura de las características apuntadas.

(19) En el seguro de responsabilidad civil, el riesgo asegurable debe ser precisado y debidamente individualizado. Esta precisión puede resultar en forma positiva de las enunciacines del riesgo asumido —las hipótesis cubiertas— o bien en forma negativa —delimitación—, como consecuencia de la formulación de exclusiones a la cobertura que colocan fuera de su amparo diferentes situaciones que, por su mayor o extrema probabilidad, intensidad o generalización, resultan aconsejables. Esto puede hacerse, en principio, tanto en las condiciones generales como en las particulares de la póliza (CNCiv., sala I, 3-10-96, “Olea de Barrera, María A. y otros c. Alonso, Raúl O.”, JA, 1998-IV, síntesis).

(20) “El riesgo asumido por la aseguradora debe estar siempre individualizado específica y concretamente; su extensión así como los beneficios acordados deben interpretarse literalmente, no siendo jurídicamente posible una interpretación extensiva del contrato si no puede ser sostenida de buena fe, desde que ampliar los beneficios produciría un grave desequilibrio en el conjunto de las obligaciones del asegurador” (CNCCom., sala A, 27-3-81, ED, 93-593).

La franquicia estipulada, entonces, se enmarca en los principios técnicos que permiten al asegurador delimitar el riesgo asumido según su comportamiento en el pasado y en la libertad de contratación que tiene su fundamento en el Código Civil. En tal orden de ideas y como lo ha señalado la doctrina judicial, cuando se trata de un supuesto de limitación del riesgo o no seguro, resultan extrañas las consideraciones relativas a la función social del seguro y a la protección de la víctima⁽²¹⁾.

Es aquí donde adquiere —a nuestro modo de ver— plena vigencia la doctrina judicial que consagró la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al establecer: “En el seguro de responsabilidad civil, la franquicia pactada en la póliza es oponible al tercero damnificado”⁽²²⁾.

De la aplicación de esta lógica aseguradora no puede desprenderse otra consecuencia jurídica. No es posible imaginar qué regla moral ha sido violada, ni cuál es el orden público comprometido o qué buenas costumbres han sido soslayadas.

Por lo tanto, desde el punto de vista de la técnica aseguradora puede afirmarse sin hesitación que la solución brindada a través de la póliza por la que se instrumenta el seguro de responsabilidad civil de vehículos automotores destinados al transporte público de pasajeros es correcta.

Segunda cuestión: ¿Es una solución justa?

No cabe duda de que la “franquicia o descubierto obligatorio” que la póliza estableció ha sido objeto de duras críticas por parte de juristas y también por la justicia. La

(21) “Herrera, Verónica c. Portillo, Nélda s/daños y perjuicios”, N° de Recurso: H168967, CNCiv., sala H, 26-12-96. “Si bien el seguro de responsabilidad civil prevé la reparación del daño producido a terceros, éste, salvo disposición en contrario, nunca podrá superar la cuantía o la medida del seguro. Ello significa que el tercero está subordinado, le son oponibles o le afectan determinadas estipulaciones contractuales, aun cuando haya sido ajeno a la celebración del pacto. Cuando se trata de un supuesto de limitación del riesgo o no seguro, resultaban extrañas las consideraciones relativas a la función social del seguro y a la protección de la víctima”, R. 317876 - “Poza, Juan José c. García, Oscar Jesús s/daños y perjuicios” - CNCiv., sala H, 31-8-01, elDial.com, editorial albreatica (elDial - AAA9B).

(22) CS, 2-10-90, “Cia. Argentina de Seguros Visión S.A. c. Comac”, JA, 1990-IV-593.

Ley de Defensa del Consumidor y del Usuario ha sido uno de los argumentos y fundamentos más utilizados para impugnar su validez frente al derecho de las víctimas y damnificados a una reparación integral.

A tal punto ha sido así que la Cámara Nacional en lo Civil dictó un plenario en los autos “Obarrio, María Pía c. Microómnibus Norte S.A. y otro s/daños y perjuicios (Acc. Tran. c. Les. o muerte) Sumario” y “Gauna, Agustín c. La Economía Comercial S.A. de Seguros Generales y otro s/daños y perjuicios” (CNCiv., en pleno, 13-12-06).

En el fallo citado, se sostuvo: “En los contratos de seguro de responsabilidad civil de vehículos automotores destinados al transporte público de pasajeros, la franquicia como límite de cobertura —fijada en forma obligatoria por la autoridad de control de la actividad aseguradora conforme a la resolución 25.429/97— no es oponible al damnificado (sea transportado o no)”.

Se señala en tal fallo: “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. 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 impone la necesidad de contratar seguros obligatorios (art. 68, ley 24.449)”.

Agrega el fallo plenario más adelante: “Como puede advertirse, la Superintendencia de Seguros de la Nación

crados, para luego poder sacar conclusiones acerca del cumplimiento de los objetivos tenidos en mira por el legislador, no perdiendo nunca de vista que estamos considerando el transporte público de pasajeros y las circunstancias del caso concreto.

Sobre el tema, el legislador a través de la ley 20.091, delegó en la S.S.N. la facultad de tomar decisiones generales y obligatorias respecto de los contratos que celebren las entidades aseguradoras. La mentada Resolución n° 25.429/97 –dictada como consecuencia del Decreto de emergencia n° 260/97 del PEN– aprobó las condiciones contractuales para el riesgo de responsabilidad civil de vehículos automotores destinados al transporte público de pasajeros disponiendo que las aseguradoras deberán adherirse expresamente a esta resolución, fijándose en el art. 4 del anexo II la franquicia o descubierto a cargo del asegurado, quien debe participar con un importe obligatorio a su cargo, de \$ 40.000.

No ignoro lo resuelto por el Máximo Tribunal en el segundo fallo del 6 de septiembre de 2011 en los autos “Nieto c/ La Cabaña” (N 154 XLIV), pero adhiero a los fundamentos brindados por mi colega Dr. Galmarini en sus aclaraciones al votar en los autos “Romero, Medina Eladio c/ Zaldueño, Juan Ramón y otros s/ daños y perjuicios”, expte. n° 105.862/06 (L. 69.645) del 12 de julio de 2010, en cuanto sostiene que “en nuestro sistema jurídico los fallos de la Corte Suprema de Justicia no obligan a los tribunales de instancia anterior, salvo cuando al admitir un recurso extraordinario en un caso concreto ordena que se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a las pautas establecidas en su decisorio (...) En cambio, la previsión del citado art. 303 del Código Procesal dispone que la interpretación de la ley establecida en una sentencia plenaria es obligatoria para la misma Cámara y para los jueces de primera instancia respecto de los cuales sea aquélla tribunal de apelación. De ahí que, ante esta disposición legal las Salas y los jueces de primera instancia del fuero civil están obligados a resolver de conformidad con la doctrina plenaria adoptada en los autos ‘Obarrio María P. c/ Microómnibus Norte

S.A. y otro’ y ‘Gauna, Agustín c/ La Economía Comercial SA de Seguros Generales y otro’, del 13 de diciembre de 2006, mientras el fallo en pleno siga vigente (...) Así se ha sostenido que no corresponde atender a la doctrina de los precedentes de la Corte Suprema cuando los magistrados están positivamente sujetos al criterio plenario de la Cámara (CNCom., Sala D, noviembre 7/2000, ‘Seijas, Jorge y otro v. Grandes Pinturerías del Centro S.A.’) (Claudia B. Rodríguez, ‘La técnica de la cita del precedente y la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte Suprema’, J.A. 2002-II, ps. 293/301, ver p. 300)”. Por ello entiendo que corresponde confirmar la sentencia en este punto.

Pero además, sigo pensando que prohibir que las aseguradoras y las empresas de transporte puedan, si lo desean, contratar seguros de responsabilidad civil por daños inferiores a los \$ 40.000 importa desnaturalizar la propia ley de seguros y el seguro obligatorio impuesto por la ley de tránsito (arts. 109 y 118 de la ley 17.418 y art. 68 de la ley 24.449) así como el criterio de reparación integral admitido por los arts. 1077, 1078, 1079 y conc. del Cód Civil que resulta concordante con la Convención Americana de Derechos Humanos (arts. 1, 2 y 11) y Declaración Americana de los Derechos Humanos (arts. 1, 3, 5, 25 y 30). Estas normativas de raigambre constitucional obligan a la reparación a la víctima de modo integral, de los daños ilegítimamente producidos; el concepto es receptado por nuestro código civil; y por tratarse de una actividad riesgosa, la ley de tránsito impone el seguro obligatorio que cubra daños a terceros transportados o no. Una norma que reglamente el ejercicio de ese derecho a la reparación integral de las víctimas no puede desnaturalizarlo al punto de impedir que la víctima pueda ir contra el/los deudores con mayor capacidad económica para solventarlos, sin perjuicio de las acciones o ajustes que posteriormente puedan darse entre asegurado y aseguradora en función del patrimonio e ingresos del primero, cuota mensual del premio, antigüedad en la contratación del seguro, antecedentes siniestros, de la unidad, etc. Tratándose en el caso de un siniestro que involucra como codemandados a una empresa

de transporte público de pasajeros y su citada en garantía, y superada la situación de emergencia crítica socio-económica de nuestro país que hace que en la actualidad el Estado Nacional esté replanteando toda su política de subsidios a quienes han logrado obtener y mantener desde el 2001 una actividad sustentable con patrimonios o ingresos importantes y permanentes –como es el caso de las aseguradoras de transporte de pasajeros– llego al convencimiento de que el modo jurídico de articular todos estos intereses en juego (según normativa de fondo y de forma –art. 303, Cód. Procesal–) es permitir que la víctima pueda ir contra las partes del proceso a quienes considere que en modo más rápido y eficaz puedan solventar al menos los daños a su integridad personal (incapacidad sobreviniente y daño moral) a los cuales asigno prioridad indemnizatoria por encima de otros daños a bienes del patrimonio; impedirlo no deja de ser un trato cruel hacia la víctima que –como en el caso– tiene escasos ingresos (ver beneficio de litigar sin gastos).

La vida humana tiene protección constitucional aunque expresamente no se la consigne y se entienda comprendida en el art. 33 como derecho implícito. La vida y la integridad personal (física, psíquica y moral) debe ser respetada por los Estados y receptada por su derecho interno y la interpretación que se pueda dar a estas convenciones internacionales no puede limitar el goce a ejercicio de cualquier derecho, ni excluir o limitar el efecto que puedan producir.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de Bogotá (1948) ya señala que todo Ser Humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona (art. 1), piedra fundamentalmente de todo el sistema jurídico pues por un lado, sin vida humana no hay ser humano; pero además la seguridad, busca garantizar que esa vida pueda desarrollarse en plenitud y la normativa legal debe estar orientada no solo a condenar que se prive o altere arbitrariamente la integridad personal sino también a facilitar o asegurar el pago de las indemnizaciones respectivas, circunstancia que en mi visión, no permite

no halló mejor remedio, para paliar la mentada ‘emergencia’ del sector asegurador, que establecer un descubierto, a título de franquicia, con el propósito de impedir al damnificado, ejecutar la sentencia contra el asegurador⁽²³⁾ citado en garantía por la empresa explotadora del transporte colectivo que causó los daños si la condena por el capital no supera la suma de \$ 40.000.

”De interpretarse con tales alcances, esta franquicia o descubierto a cargo del asegurado se desvirtuaría lisa y llanamente la obligatoriedad del seguro de responsabilidad que exige la ley 24.449. No es dudoso afirmar que, dentro de los límites de tal descubierto, el asegurado carece de seguro. Así la víctima frente a una sentencia de condena contra el responsable asegurado en ella, sólo podría reclamar de la compañía de seguros, si el capital de la condena por los daños supera los \$ 40.000 y sólo en la medida del excedente.

”Este es el meollo de la cuestión: el monto del descubierto a cargo del asegurado que establece la resolución de la Superintendencia de Seguros de la Nación, es irrazonable, porque como se ha señalado desde la doctrina y en diversos precedentes, la gran mayoría de los daños a pasajeros o a terceros no transportados, quedan a cargo de las empresas de transporte debido a que el monto de su resarcimiento no alcanza a superar dicho descubierto (conf. STIGLITZ, RUBÉN - COMPIANI, M. FABIANA, *La franquicia en el seguro para el transporte público de pasajeros. Su inconstitucionalidad por irrazonabilidad*, La Ley, T. 2005-E, sección doctrina, págs. 1322/1327; CNCiv., sala K, in re ‘Pérez Villanueva, Mario c. Transporte Automotor Callao S.A. y otros s/daños y perjuicios’ del 21-2-06’.

”Desde esta perspectiva se ha puntualizado que al fijarse un monto tan elevado, quedan comprendidos en el marco de la exoneración del asegurador la gran mayoría de los daños a cargo de las empresas de transporte: las que comprenden daños materiales y personales por debajo de \$ 40.000, que son los más importantes en número, y justamente por ello, en su importancia económica para las empresas de autotransporte de pasajeros (conf. STIGLITZ, RUBÉN - COMPIANI, M. FABIANA, *La franquicia...*, cit.)’.

”La función del contrato de seguro queda desnaturalizada no sólo porque no se contemplan los derechos del asegurado, en procura de su indemnidad, sino que primordialmente se ven afectados los intereses de los damnificados por accidentes de tránsito, desvaneciéndose la garantía de una efectiva percepción de la indemnización por daños, constituyendo una violación implícita de la finalidad económico-jurídica de tal contratación.

”La tesis tradicional, aunque en apariencia ha acudido a principios generales universalmente aceptados en materia de seguros, es intrínsecamente disvaliosa en el contexto que analizamos. En efecto, la resolución 25.429/97 de la Superintendencia de Seguros de la Nación no sólo es incompatible con las dictadas por la misma Superintendencia en punto a las condiciones del seguro obligatorio, sino que en la práctica desvirtúa la exigencia legal de dicho seguro, como ya ha quedado explicado (art. 68, ley 24.449). Por eso, tal resolución bien podría ser tachada de inconstitucional si se la pretendiese aplicar contrariando la ley, y en la medida en que existiese invocación de la inconstitucionalidad en un caso concreto. Es claro, sin embargo, que tal declaración es ajena al contenido de la doctrina legal.

”No obstante, y precisamente por la desnaturalización del seguro obligatorio contra la responsabilidad civil que la reglamentación provoca, esta mayoría considera que quien ha sufrido daños causados por un automotor afectado al transporte público, fuere transportado o no, puede citar en garantía al asegurador considerando inoponible a su respecto la cláusula del descubierto que nos ocupa por su exceso o desmesura.

”Es posible sostener la inoponibilidad por diversos rumbos del razonamiento: sea por reputar que la cláusula de la póliza vulnera los límites impuestos por el art. 953 del cód. civil, o porque es abusiva en los términos del art. 1071 del mismo código e incluso, si se juzgan aplicables al caso las disposiciones que regulan la protección del consumidor (arg. arts. 1º, 2º y concs., ley 24.240), porque deben tenerse por no convenientes las estipulaciones que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños (art. 37, inc. 1º, ley citada). Nótese que nos referimos a la inoponibilidad de la cláusula de la póliza, sin entrar en el análisis de la eventual inconstitucionalidad de la reglamentación de la Superintendencia de Seguros de

la Nación que, como ya se dijo, resulta ser cuestión ajena a la que puede ser materia de este plenario.

”Sin perjuicio de lo expuesto precedentemente, dejamos sentado que la respuesta por la negativa dada a la cuestión a resolver, fijada por la presidencia del tribunal para este plenario, tiene en cuenta la exorbitante cuantía de la franquicia dispuesta por la autoridad de control para el seguro contra la responsabilidad civil del transporte público de pasajeros; no se cuestiona, fuera de ese alcance, el instituto jurídico de la franquicia que *a priori* o dogmáticamente se considera oponible al damnificado según los términos del art. 118 de la ley de seguros. Lo que está en juego, en el caso que analizamos, es la irrazonabilidad del descubierto previsto en las pólizas del sector asegurado que nos ocupa. Lo hacemos presente por elementales razones de certeza jurídica”.

No cabe duda de que desde el punto de vista ideal y de la realización del bien *justicia*, cualquier damnificado por un hecho ilícito debería recibir una justa reparación del perjuicio que le ha sido irrogado. Desde este punto de vista, no sería justo que por circunstancias ajenas al injuriado el daño no sea reparado.

Sin embargo, desde el punto de vista de la realidad práctica, no es posible concebir que se resuelva una situación injusta transfiriendo a otro la injusticia. La suma de injusticias no es una solución para el derecho (no se trata, como dice el dicho, de “vestir un santo para desvestir a otro”).

Como lo señalé en otro trabajo⁽²⁴⁾, las personas que con previsión contratan un seguro lo hacen a través de una empresa. Así fue concebido por el Código de Comercio que condicionó el ejercicio de actos de comercio vinculado con los seguros bajo la organización de una empresa (art. 8º, inc. 6º, cód. de comercio), sometiendo su constitución, autorización, control y liquidación a un organismo de control, la Superintendencia de Seguros de la Nación (ley 20.091 de Entidades de Seguro y su Control), obligando a quienes decidan ejercer tal tipo de actos comerciales a

(24) TRAVERSO, AMADEO E., *El derecho de seguros, el derecho de daños y los derechos del consumidor. Un sofisma “seguro”, a propósito del dogma “consumista”*, publicado el 22-11-07 en elDial.com - DCC-CEC.

(23) El destacado me pertenece.

el monto alto impuesto como obligatorio por la Superintendencia de Seguros de la Nación.

Todo el plexo normativo de raigambre constitucional (art. 75, inc. 22, C.N.) impone y hace asumir a nuestro Estado deberes de respeto a la integridad personal y ello tiene relevancia cuando las personas son víctimas de hechos ilícitos como los aquí analizados; su defensa no debe ser sólo declarativa sino que deben tenerse en consideración en lo que del Estado dependa. Como se advierte, la Superintendencia de Seguros de la Nación, que rige un aspecto clave del proceso indemnizatorio de los daños a la integridad personal, de quienes se ven obligados a utilizar medios de transporte público, no está exenta del cumplimiento de esas obligaciones o deberes, pues lo que decida impactará seguramente en el proceso de percepción efectiva de esas indemnizaciones. La fijación de un monto alto en una franquicia impuesta como obligatoria para vehículos afectados al transporte público sucede en el caso, obsta a la pronta percepción de indemnización por daños personales de los usuarios de ese servicio, quienes, pese a tener la protección del art. 42, C.N. y de la ley 24.240, frente al accionar dañoso de la empresa ven dificultada la percepción de esas sumas por parte de las aseguradoras lo cual genera por sí mismo un perjuicio concreto a la víctima, desde que ambos condenados, aunque no cuestionan la responsabilidad en el hecho no han abonado ni ofrecido abonar. Además entiendo que también se advierte desigualdad en el trato de quien se moviliza con el transporte público, por cuanto la franquicia que regirá si las víctimas fueran transportadas benévolamente en autos particulares, tienen mayores posibilidades en relación a aquella indemnización, por ser proporcionalmente menor la franquicia aplicable a esos rodados.

Cabe recordar que el acceso a la justicia es un concepto más amplio que el acceso a la jurisdicción, porque aquella noción condensa un conjunto de instituciones, principios procesales y garantías jurídicas, así como directrices político-sociales, en cuya virtud el Estado debe ofrecer y realizar la tutela jurisdiccional de los derechos de los justiciables,

en las mejores condiciones posibles de acceso económico y de inteligibilidad cultural, de modo tal que dicha tutela no resulte retórica sino práctica (conf. Petracci, Enrique S., en “Acceso a la justicia”, LL, sup. act. 27/05/2004). Por esta razón entiendo que la franquicia vigente importa un escollo real, un obstáculo jurídico o normativo para las víctimas en la realización del valor justicia, y corresponde precisamente a los jueces garantizar la tutela jurisdiccional de los derechos de los justiciables.

Por otra parte, si bien la ley de seguros –que entró en vigor en 1968– expresa en el tercer párrafo del artículo mencionado que la sentencia será ejecutable contra el asegurado “en la medida del seguro”, debe considerarse que posteriormente se sancionó la ley de tránsito 24.449 –que comenzó a regir en el año 1995– en cuyo artículo 68 dice expresamente que todo automotor “debe estar cubierto por seguro (...) que cubra eventuales daños causados a terceros, transportados o no”. Esta norma legal posterior, no impone límite en el seguro para responder a terceros, sean o no transportados, dando a entender que el seguro debe cubrir la totalidad de esos daños. Consecuentemente, ésta es la “medida del seguro” mínimo y obligatorio que impuso la ley de tránsito a tal actividad. Por tal razón, las aseguradoras deben responder frente a los terceros en estos supuestos y en esta medida de cobertura de todos los daños a terceros –transportados o no– por así expresarlo el art. 68 de la ley de tránsito (conf. voto en disidencia en los autos “Vega, Adolfo c/ Villa Galicia - San José S.R.L. s/daños y perjuicios”, exp. n° 66.285 y “Cabrera, María c/ Díaz Daniel s/daños y perjuicios”, exp. n° 66.347).

A ello cabe agregar lo expresado por mi colega Dr. Liberman en sus aclaraciones al votar en los autos “Correa c/ Expreso s/ daños y perjuicios”, expte. n° 65.088 (41.233/02), en cuanto a que el efecto relativo de los contratos no es una defensa que permita dañar con inmunidad a terceros. Los contratos pueden afectar indirectamente a otros, con una tendencia a no asumir las externalidades negativas. Es entonces el Estado el que regula esas externalidades poniendo límites más o menos extensos al programa contrac-

tual (conf. Lorenzetti, Ricardo L., “Las normas fundamentales de Derecho privado”, Rubinzal-Culzoni Editores, 1995, pág. 464).

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

Desde otra óptica los preceptos tuitivos del sistema de defensa del consumidor abarcan no sólo al que paga un bien o servicio, sino a todo aquél que se sirve de él (Lorenzetti, “Consumidores”, Rubinzal-Culzoni, 2003, pág. 107), de modo que la responsabilidad solidaria del art. 40 de la ley 24.240 se expande como principio general, porque así lo impone la realidad y la necesidad de protección. La interpretación debe hacerse en forma amplia, extensiva a otros supuestos no previstos (conf. Farina, “Defensa del consumidor y del usuario”, Astrea, 2004, págs. 1 y 28, párr. 20). El art. 40 no es una norma excepcional, acotada, susceptible de interpretaciones restrictivas. Por el contrario, la responsabilidad indistinta de todo aquél que integra una cadena de comercialización es un principio general del Derecho, favorable a cualquier dañado, sea o no consumidor.

Además, el art. 118 de la ley de seguros ha sido implícitamente modificado en su alcance por la posterior ley 24.449, teniendo en cuenta que el art. 68 de ésta establece la obligatoriedad de contar con seguro de responsabilidad civil sin franquicia para las víctimas, sean transportadas o no en el transporte público de pasajeros y en especial si –como en autos– hay daños personales. Los daños producidos ilegítimamente por el asegurado son la causa de la obligación de abonar de la aseguradora, y los límites al interés asegurable deben ser razonables para merecer respeto. Pese a encontrarse cuestionadas desde hace muchísimo tiempo dando incluso lugar al plenario “Obarrio” de esta Cámara, las aseguradoras –en estos autos como en otros muchos– no han intentado siquiera probar su responsabi-

adoptar un tipo asociativo específico: sociedad anónima, sociedad cooperativa o sociedad mutual.

La actividad aseguradora se encuentra así claramente orientada a satisfacer las necesidades de previsión que la exposición a los riesgos genera en quienes contratan con el asegurador un seguro, delimitando y emplazando de tal forma la protección asegurativa sólo hacia esa persona, que es, nada más y nada menos, quien paga el precio para ello.

Cabe preguntarse cómo se brinda y garantiza esa protección que asume el asegurador, ya que de su respuesta resultará la no escindible relación que se genera entre la dimensión del riesgo que se asume y el precio que por él paga el asegurado.

Pues bien, sobre la base de un universo de riesgos asegurados (fondo de primas constituido por la mutualidad de asegurados, al que es ajena la denominada “seguridad de las víctimas”) el asegurador establece el mínimo del colectivo según el cual constituye sus reservas básicas y de riesgo, que serán las que le permitirán establecer la distribución teórica de los desembolsos durante el período de tiempo tomado como base, y la necesidad de capital que deberá ser invertido para hacer frente a los desembolsos.

Para ello, anteriormente habrá efectuado un estudio del comportamiento del riesgo basado en su historia previa. La frecuencia e intensidad del mismo se determinan sobre la base de los datos que suministra la estadística que, recogidos del pasado, permiten establecer el comportamiento futuro de los riesgos asumidos. Cuando el comportamiento futuro del riesgo se ajusta a la hipótesis estadística tomada como base de cálculo, y entre previsión y realidad no existen diferencias, será igual a la necesidad del capital para hacer frente al riesgo, de acuerdo con su probabilidad teórica. Tal la forma en que el precio del seguro, la *prima*, es establecida.

La relación entre estos conceptos –riesgo y prima– ha sido claramente definida por la doctrina judicial en numerosos casos, entre ellos: “El riesgo y la prima son elementos del seguro recíprocamente condicionados de modo que el monto de ella es buen índice para precisar el riesgo efectivamente cubierto”⁽²⁵⁾. “En el seguro, la

ecuación del asegurador a través de la cual éste logra la eliminación, neutralización y compensación de los riesgos, sólo se logra por aplicación del principio de la equivalencia entre ‘riesgo’ y ‘prima’, el que se ve alterado en su médula cuando se provoca el siniestro por dolo o culpa grave. Es por esta razón que tanto el legislador, como la póliza que rige las relaciones de las partes, han excluido la culpa grave de la cobertura, como un supuesto de ‘no seguro’, liberando al asegurador cuando el accidente se produce mediante ella por parte del asegurado”⁽²⁶⁾.

Resulta así obvio que el seguro privado se instrumenta mediante un único contrato, el cual por su estrecha vinculación con el mecanismo técnico económico del seguro, las modalidades de celebración, el carácter reglamentario de la legislación específica y el control estatal sobre la actividad, es delineado con aspectos particulares que lo definen y caracterizan por su finalidad: la protección del patrimonio del asegurado. Vale decir, el tercero damnificado no es objeto de protección del contrato de seguro, sino en forma indirecta en cuanto su reclamo amenace la integridad del patrimonio del asegurado, en los límites del contrato suscripto.

Por ello es que, en los seguros en los que se cubre la responsabilidad civil del asegurado, las defensas nacidas con anterioridad al siniestro, entre las cuales se encuentra la franquicia, la culpa grave del asegurado y el impago de la *prima* son oponibles a los terceros damnificados. Así lo ha establecido pacífica doctrina judicial: “El pago de la prima efectuado por el asegurado después del vencimiento y del siniestro, no tiene otro alcance que la rehabilitación de la póliza, pero no cubre con retroactividad los efectos de la suspensión de la cobertura, pudiendo esta suspensión oponerse no sólo al asegurado, sino también a la víctima del siniestro”⁽²⁷⁾.

Partiendo de premisas que en verdad no resultan verdaderas, de generalizaciones vinculadas con el concepto de *derecho de daños* o de referencias a *hechos económicos* en

interés de la comunicad o de una supuesta *seguridad de las víctimas* (valores entendidos pero no explicitados legal y jurídicamente), se arriba sin solución de continuidad a conclusiones igualmente falsas.

Los derechos de los consumidores, por otra parte, no se encuentran en un rango supraconstitucional, aun cuando la Carta Magna los haya consagrado en su art. 42.

Al menos se encuentra en el mismo rango que el derecho a contratar libremente y a ejercer una industria lícita (arts. 19 y 14, CN). La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho con todo acierto: “El contrato [de seguro] y la propiedad tienen protección constitucional en el derecho argentino y, en consecuencia, toda limitación que se disponga es de interpretación restrictiva. Esta tutela comprende tanto la libertad de contratar, que es un aspecto de la autonomía personal a la que todo ciudadano tiene derecho (art. 19, CN), como la de configurar el contenido del contrato, que es un supuesto del derecho a ejercer una industria lícita (art. 14, CN) y de la libertad económica dentro de las relaciones de competencia (art. 43, CN). La libertad de contratar, de competir y de configurar el contenido de un contrato, constituyen una posición jurídica que esta Corte debe proteger como tribunal de las garantías constitucionales. En este sentido debe ser interpretado el término propiedad desde la perspectiva constitucional (art. 17, CN). Esta es la interpretación consolidada por los precedentes de este Tribunal al sostener que el vocablo propiedad, empleado por la Constitución comprende, como lo ha dicho esta Corte, todos los intereses apreciables que un ser humano puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad. Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que su origen en las relaciones privadas sea que nazca de actos administrativos, integra el concepto constitucional de propiedad a condición, de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en el goce del mismo (Fallos: 145:307; 172:21, disidencia del juez Repetto)”.

“Debe afirmarse entonces que la libertad de ejercer una industria lícita, celebrar el contrato, fijar su contenido, están tuteladas constitucionalmente. Se viola este principio si, como en el caso, se modifica judicialmente el contenido del contrato celebrado ejerciendo una industria

(26) CNCom., sala B, 11-9-87, “Viva, Miguel O. c. El Comercio de Córdoba, Cía. de Seguros S.A.”, DJ, 1988-I-61.

(27) CNCiv., sala A, 27-12-74, ED, 62-257. CNCiv., sala I, 28-9-00, “Juárez, José I. y otros c. Altamirano, Silvio”, Lexis N° 30011362.

(25) CNCiv. y Com. Fed., sala II, 22-12-81, JA, 1983-1-94.

dad actual, fundándose sólo en la existencia de la norma de la Superintendencia de Seguros. Es más, ni siquiera en los casos que llegaron a una tercera instancia y aun mediando un fallo plenario con criterio contrario de esta Cámara, ninguna aseguradora intentó arrimar o pedir la información pertinente a las autoridades competentes en la materia, para demostrar la razonabilidad del monto obligatorio fijado, mediante el recurso del “*amicus curiae*”, o la prueba informativa y/o cualquier otro modo legítimo de incorporar esas explicaciones al proceso.

Por todas estas consideraciones entiendo que la sentencia, en este aspecto, debe modificarse, declarándose la inoponibilidad de la franquicia al actor (conf. “Obarrio, María Pía c/ Microómnibus Norte S.A. s/ daños y perjuicios” y “Gauna, A. c/ La Economía Comercial S.A. de Seguros Generales y otros s/ daños y perjuicios”).

V. [sic] En suma, propongo al acuerdo modificar parcialmente la sentencia elevando la indemnización por incapacidad sobreviniente a la cantidad de pesos noventa mil (\$ 90.000); el lucro cesante a pesos cinco mil (\$ 5.000); y los gastos médicos a pesos dos mil quinientos (\$ 2.500) y declarar inoponible a la víctima la franquicia pactada con la aseguradora, confirmando la sentencia recurrida en todo lo demás que fue materia de agravios. Costas dealzada a la demandada y citada en garantía atento a la envergadura y resultado de las apelaciones (art. 68 del Cód. Procesal).

El Dr. Liberman dijo:

Adhiero al voto de la Dra. Pérez Pardo, excepto en cuanto a la tasa de interés aplicable. Pero en lo referente al descubierto obligatorio, si bien —como dice la actora— no son buenas las reiteraciones, dado que pareciera que la Procuración y la Corte Suprema no leyeron los fundamentos por los que sostenemos la inoponibilidad, vamos a explicarlos otra vez.

Una de las más claras evidencias de que las empresas de transporte y su seguro son una sola cosa, salvo en los papeles, es la falta de pudor con que los mismos letrados —como en el caso— defienden intereses contrapuestos a pesar de la clara infracción a las normas de Ética del CPACF. Esto de por sí dejaría sin legitimación recursiva. Reafirma, por si lo demás no fuera suficiente, que hay un concierto ilícito de fraude a la ley por el pleno conocimiento de la inconstitucionalidad del descubierto. Me explicaré más adelante.

Discrepo en que sea insuficiente la mera remisión a antecedentes de esta Sala en los que se explicara por qué las aseguradoras deben pagar por el todo concurrentemente. Discrepo porque parece que la Procuración general y la Corte Suprema no leyeron nada de lo que se viene explicando desde “Nieto”. Haré el gasto de papel y molestaré entonces a las partes con la perorata.

En reiteradas oportunidades reconocí que el fallo plenario dictado en “Obarrio” no da respuesta al requerimiento de las aseguradoras de fundamentar por qué son condenadas ilimitadamente, no habiendo obligación preexistente hacia el tercero damnificado, toda vez que esta carga adhesiva a la obligación concurrente del asegurado aparecería limitada a la medida del seguro.

Sin embargo, esa obligación existe y no tiene una sino dos causas generadoras.

La Corte Suprema ha reiterado decisiones que limitan la cobertura a lo que en un primer análisis surgiría del art. 118, L.S. Pero lo ha hecho remitiendo a precedentes en los que sólo advierto base en la irrazonabilidad de las sentencias casadas por defecto de fundamentación. Por ese motivo, reconociendo omisiones en algunos antecedentes de otra Sala y, en particular, en el caso “Nieto c. La Cabaña” (exp. 66.069), esta Sala, con primer voto de la Dra. Pérez Pardo, por un lado ha declarado la inconstitucionalidad de

la resolución 25.429 y reiterado la inoponibilidad de la franquicia a la víctima, condenando a la aseguradora por el todo. En esa oportunidad se explicó el fundamento obligatorio de la condena. En forma casi inmediata el criterio fue adoptado por la Sala en su anterior integración (entre otros: 30-10-07, “Nieto, Nicolasa del Valle c. La Cabaña”, RCyS, 2007-1114; ídem, 13-11-07, “Fernández, María Teresa c. Transportes América”, L.L. 2007-F, 743; RCyS, 2007-1122; J.A. 2008-II-756; otro más reciente en RCyS, febrero 2010, pág. 139 y sig., con comentario desde el Análisis Económico del Derecho de Pamela Tolosa).

Dije entonces y reitero que, en virtud de lo resuelto por la Corte Suprema en autos “Cuello c. Lucena” y la ampliación de fundamentos de dos de sus ministros, hay que formular algunas precisiones.

Además, hay que detenerse en el problema del acatamiento de los jueces inferiores a la doctrina de los pronunciamientos del máximo tribunal. En lo que hace a la cuestión en estudio, ha habido fallos reiterados declarando arbitrarias sentencias de la Sala M de esta Cámara civil. Era nuevo, por el contrario, el argumento ampliado del voto del ministro Lorenzetti con adhesión parcial de la ministra Highton de Nolasco; otros tres integrantes de la Corte sólo reprodujeron el criterio de que la sola impugnación de la franquicia con ese argumento es una aseveración dogmática carente de respaldo en razones jurídicas objetivas. Y esto es lo que se reitera en las simultáneas sentencias de la Corte en “Villarreal”, “Gauna” y “Obarrio” y otras que siguieran. Con argumentos adicionales y analizando la constitucionalidad de algunas disposiciones en juego, no existe limitación a seguir la doctrina del tribunal superior.

Más tarde, el cimero tribunal, al revocar nuestra citada resolución (6-9-2011), ha insistido con su criterio en la causa “Nieto c. La Cabaña”. La simple remisión al dicta-

lícita, conforme a la ley y reglamentaciones fijadas por el Estado”⁽²⁸⁾.

Desde el punto de vista comercial, de conformidad con lo establecido por el art. 8º, incs. 5º y 6º, del cód. de comercio, sólo se concibe la actividad del “transporte” como la de “seguros” bajo la forma de “empresa”.

Ambos contratos se encuentran regulados por el citado código, en sus arts. 162 a 206 —el contrato de transporte terrestre— y por la ley 17.418, del Contrato de Seguro.

En consecuencia, ambas modalidades contractuales se encuentran bajo el ámbito del derecho privado y sujetos, por lo tanto, a la libertad de contratar que se inspira en las normas del Código Civil. Su origen se encuentra tanto en cuanto dispone el art. 14 como el 19 de la CN, en su parte primera, capítulo I, “Declaraciones, Derechos y Garantías”.

Es por tal motivo que el más Alto Tribunal de la República resolvió revocar la sentencia dictada en pleno por la Cámara Nacional en lo Civil, en *in re*: “O. 166. XLIII. Recurso de Hecho - Obarrio, María Pía c. Microómnibus Norte S.A. y otros”, del 4-3-08, al declarar formalmente admisible el recurso extraordinario y revocar la decisión apelada, admitiendo que “la franquicia prevista en el contrato de seguro celebrado entre la compañía de seguros y el asegurado es oponible al tercero damnificado y que la sentencia no podrá ser ejecutada contra la aseguradora sino en los límites de la contratación (conf. art. 16, segunda parte, ley 48). Con costas. Reintégrese el depósito y agréguese la queja al principal. Notifíquese y devuélvase”⁽²⁹⁾.

Cabe destacar que el pronunciamiento transcrito se ha mantenido invariable a través del dictado por la Corte de numerosos y reiterados fallos confirmatorios del criterio expuesto⁽³⁰⁾, afirmando: “Si bien es cierto que el ordenamiento jurídico debe tender al resarcimiento integral del damnificado, tal objetivo no puede cumplirse en desmedro de otros principios jurídicos vinculados a la causa de las obligaciones, convirtiendo al asegurador en deudor de la totalidad de los perjuicios que el riesgo pueda eventualmente generar, pues la franquicia fijada opera como un lí-

mite de la garantía y, por lo tanto, si se extendieran los efectos de la sentencia a la aseguradora —contrariando lo pactado en cumplimiento de normas expresas— se la estaría condenando a efectuar un pago sin causa (art. 499, cód. civil). Ello es así, toda vez que las cláusulas que limitan el riesgo asegurable no pueden ser ignoradas en tanto el seguro de responsabilidad civil se instituye en beneficio del asegurado y los terceros sólo pueden aprovechar sus efectos en la medida en que el contrato así lo permita” (del dictamen de la Procuradora Fiscal compartido por la mayoría).

“No parece razonable garantizar una reparación plena de los derechos lesionados ante la supuesta crisis en que se encontraría inmersa la empresa de transporte condenada en autos mediante una solución que importe el apartamiento de elementales normas y principios que rigen en materia de seguro de responsabilidad civil” (del dictamen de la Procuradora Fiscal compartido por la mayoría).

“Corresponde admitir que la franquicia prevista en el contrato de seguro celebrado entre la compañía de seguros y el asegurado es oponible al tercero damnificado y que la sentencia no podrá ser ejecutada contra la aseguradora sino en los límites de la contratación” (del dictamen de la Procuradora Fiscal compartido por la mayoría).

Lo cierto es que si no se quiere volver a la situación que dio origen a la declaración de la emergencia en el servicio público automotor de pasajeros, sin aseguradora que responsa por los daños y con empresas concursadas —la peor de todas las situaciones para un damnificado por el hecho del transporte— habrá de aceptarse la justicia de la solución dada en tanto se encuentra fundada en los principios técnicos, económicos y jurídicos del seguro.

Tercera cuestión: ¿Cuál es la solución justa?

No cabe duda de que para que el servicio público de transporte automotor de pasajeros pueda hacer frente a la frecuencia de los daños que ocasiona a terceros debe cobrar tarifas suficientes, de modo que se encuentre en condiciones de generar las reservas necesarias para hacer frente a la parte del riesgo que se encuentra a su cargo de acuerdo con la franquicia o descubierto obligatorio que el contrato de seguro impone a su cargo.

¿Es esta una solución al alcance de los jueces? Lamentablemente, no. Tampoco está al alcance de las aseguradoras ni de cualquier ciudadano que haya resultado damnificado por el hecho del transporte.

No cabe duda de que la solución de semejante problema la debe dar el legislador, sobre la base de recursos de carácter permanente en el tiempo y con vistas al largo plazo.

Un ejemplo de tal solución lo constituye el Consorcio de Compensación de Riesgos que contempla la legislación española. Se incluyen en el mismo los riesgos que no sean susceptibles de garantía mediante una póliza de seguro privado ordinario, por obedecer a causas anormales o de naturaleza extraordinaria. La finalidad del consorcio no es la de competir en el mercado con las aseguradoras privadas, sino complementar la garantía que éstas otorgan, para en conjunto ofrecer una mejor y más completa cobertura, haciendo más eficaz el seguro.

Obviamente deben estar referidos a riesgos anormales o de naturaleza extraordinaria, es decir que escapen a los cálculos y bases técnicas y estadísticas que son necesarias para la implantación adecuada de cualquier seguro, o que la posible magnitud de los siniestros haga aconsejable la colaboración del Estado, o que por el gran número de personas que puedan resultar afectadas por cada siniestro sea conveniente darles un tratamiento no estrictamente mercantil.

El precio por la cobertura de los riesgos extraordinarios está constituido por un pequeño recargo sobre las primas de los seguros ordinarios que los asegurados pagan junto con las primas de éstos a sus entidades aseguradoras, las cuales ingresan mensualmente dichos recargos en el Consorcio⁽³¹⁾.

La formación de este fondo especial permite la cobertura de ciertos riesgos que, como el que nos ocupa, registran un comportamiento anormal.

Ello en la medida en que el gobernante de turno en nuestro país no decida apropiarse de los fondos así constituidos, y que la medida sea complementada con suficiencia de tarifas, inversión en infraestructura vial, etcétera.

Esta sería en mi opinión, una solución justa y perdurable en el tiempo.

VOCES: DAÑOS Y PERJUICIOS - DAÑO MORAL - PRUEBA - CONTRATOS - ACCIDENTES DE TRÁNSITO - AUTOMOTORES - JURISPRUDENCIA - SENTENCIA - DERECHO COMERCIAL - TRANSPORTE DE PASAJEROS - CONTRATOS COMERCIALES

(31) DEL CAÑO ESCUDERO, FERNANDO, *Derecho español de seguros*, 3ª ed., Madrid, 1983, t. II, Parte Especial, págs. 487/502.

(28) “Cuello, Patricia Dorotea c. Lucena, Pedro Antonio”, CS, 7-8-07; MJJ13293.

(29) Ver en elDial.com - AA4584.

(30) Uno de los últimos dictados lo fue en *in re*: S.C.N 154 L. XUV - “Nieto Nicolasa Del Valle c. La Cabaña S.A. y otros s/daños y perjuicios (Acc. tran. c/les. o muerte)”, CS, 6-9-11, elDial.com - AA6F2B.

men de la Procuración hace que de su lectura no surja se haya siquiera considerado el extenso fundamento que esta vocalía diera en esa oportunidad y la Sala después hiciera suyo. Se dice que se condena por una obligación incausada, lo que no es así. Y se insiste con la razonabilidad de la “reglamentación” de la SSN referida al art. 68 de la ley de tránsito. Las normas de la ley 24.240 también fueron soslayadas.

A pesar del rango constitucional que tiene la defensa de consumidores y usuarios, a pesar también de la reforma de la ley 26.361, que amplía y generaliza este resguardo legal de orden público, el tema ha sido eludido por el máximo tribunal. Tampoco hizo referencia a la protección de la vida y la salud. Derechos elementales que, cuando son agredidos y la persona busca reparación, merecen el más amplio amparo, como, por el contrario, ha sido sostenido en otros fallos de la Corte (por ejemplo en “Ledesma c. Metrovías”, Fallos: 331:819). Y esta reparación es claramente cercenada cuando se trae a colación —como en un voto de “Cuello”— los principios de relatividad de los contratos que parece no hubieran mutado, ni su circunstancia, desde 1804. Las aseguradoras, insisto, son doblemente responsables: por integrar una cadena de comercialización de un servicio público riesgoso y por haber participado de un concierto ilícito de fraude a la ley de tránsito que exige circular con seguro de responsabilidad civil.

Es francamente llamativa la omisión de la Procuración y la Corte relativa a las normas tuitivas de los consumidores. Esta absoluta prevalencia de la ley de seguros y de lo que dispuso arbitrariamente la Superintendencia del ramo, desgajándola del sistema jurídico argentino como un todo, y de la Constitución —su pilar y vértice—, parece ir de la mano con ese perimido criterio de regular las relaciones entre proveedores y consumidores a través de normas comerciales, interpretadas por jueces comerciales. Privilegio que ha desaparecido con el sistema autónomo de defensa de los consumidores (A. A. Alterini y H. Alegría, “Unificación sustancial...”, L.L. 2011-F, 7-11-2011). Es que, como dicen los autores, el Derecho del consumidor cruza transversalmente el sistema, sus principios son prevalentes y tiene la energía de la legislación de orden público, abarcando tanto al contrato de consumo como al subconsumidor y al “*bystander*”.

Por tal motivo, como sigo creyendo que, a más de la inconstitucionalidad, hay una doble causa en la obligación resarcitoria concurrente de las aseguradoras por el todo, reitero en adelante los argumentos. Además, la defensa de los consumidores y los dañados colateralmente por relaciones de consumo y, en general, la defensa de los derechos humanos, no es simplemente un tema para la doctrina jurídica o la política judicial. No alcanza con llenarse la boca o hacer correr ríos de tinta con los derechos humanos. Los jueces debemos hacer su defensa todos los días en cada caso, por mínúsculo que sea. Los derechos humanos fueron agredidos por gobiernos militares; pero también son agredidos permanentemente en la actualidad por civiles individuales e institucionales; también y mucho por el Estado. No debemos olvidarlo. La confiscación de los aportes a las AFJP, por ejemplo, es una concreta agresión a derechos humanos; la burla a los miles de reclamos —incluso judiciales— de jubilados y pensionados es una incalificable afrenta a personas, a los derechos humanos de seres que, para colmo, padecen una debilidad y demás problemas de su edad. Desatender las miserables y peligrosas condiciones en que seres humanos argentinos viajan en servicios públicos concesionados —y supuestamente controlados— por el Estado también es atentatorio de los más elementales derechos humanos.

Como juez de primera instancia he entendido desde hace mucho que el descubierto obligatorio del seguro contra la responsabilidad en el transporte público es irrazonable e inoponible al tercero. Analicé la cuestión en autos “Arreguez” (13-5-2004; L.L. 2006-E, 679). Lo dicho tiene plena vigencia, por lo que se reitera.

Recordé entonces que la ley de seguros creó el instituto de la “citación en garantía”, denominación con más de forma procesal para encuadrar la participación en juicio del asegurador por responsabilidad civil que de instituto de derecho sustancial. Que es de lo que en rigor se trata: una decisión legislativa de legitimar al damnificado para demandar directamente al asegurador del responsable civil. Se reconoció una acción directa del tercero contra el asegurador, aunque sin autonomía procesal del reclamo contra el responsable.

En otra oportunidad se discutió en plenario acerca de la naturaleza de esta citación en garantía (antes en “Flores c. Robazza”, CNCiv., en pleno, 23-9-91). Ocurrió con motivo de las discrepancias existentes en torno a la oponibilidad de la defensa de culpa grave del asegurado (CNECC, en pleno, 11-5-82, “Mustafá c. Núñez”). Al justificar la decisión asertiva, mayoritaria, se dijo que es un instituto específico con modalidades sustanciales y rituales que permite al acreedor (la víctima) agredir directamente al deudor (asegurador) de su deudor (el asegurado responsable civil).

En sustento de su postura, la minoría discurrió largamente acerca del seguro de responsabilidad civil. Al así hacerlo explicó su parecer encuadrándolo como un supuesto de estipulación a favor de tercero; recibió duras críticas (ver, p. ej., E.D. 100-610). Explicación que tampoco aceptan otros autores.

No creo en la importancia ‘*a priori*’ de los rótulos y encuadres en tal o cual instituto legal. Por tanto no asigno relevancia al nombre “estipulación a favor de tercero” u otro para particularizar a este tipo de seguro. Especialmente cuando se trata de un seguro obligatorio. Sin embargo, como muy acertadamente señalara la minoría en “Mustafá” siguiendo y citando largamente a Borda, la tarea del magistrado “está en el deber de valorar las soluciones y de todas las interpretaciones posibles debe elegir aquella que mejor se adapte a las actuales circunstancias y que implique una solución más beneficiosa y justa. (...) (Los jueces) han comprendido claramente que no deben permanecer indiferentes a los resultados de la interpretación de la ley...”.

En ese orden de ideas, con cita de Perelman, he dicho en otras oportunidades que el juez, cualquiera sea la técnica de razonamiento que se utilice en Derecho, “no puede desinteresarse de la reacción de las consciencias ante la iniquidad del resultado al que el razonamiento lleva”. Hay que desechar entonces el razonamiento puramente formal que no formule un juicio de valor sobre la conclusión, conciliando las técnicas de razonamiento jurídico con la justicia o, por lo menos, la aceptabilidad social de la decisión (Perelman, Ch., “La lógica jurídica y la nueva retórica”, Ed. Civitas, Madrid, reimpresión, 1988, pág. 20). El juez, nuevamente con Borda, debe buscar ensanchar las posibilidades más o menos flexibles de la ley para lograr la solución más feliz del caso y sentar la regla más valiosa desde el punto de vista social (“Tratado...”, Parte General, Ed. Perrot, 1976, t. I, págs. 219/220).

Esta tarea interpretativa no podría asentarse o centrarse en delimitar la naturaleza o los contornos, en el caso, del seguro de responsabilidad civil, para extraer de allí la solución del problema a resolver. La cuestión en debate excede en mucho al contrato de seguro.

Ha expuesto Morandi que ignorar las causas del nacimiento de una institución significa estructurar un sistema jurídico divorciado de la realidad (“Estudios de Derecho de seguros”, Ed. Pannedile, Buenos Aires, 1971, pág. 1). Autor que abriera ese compendio destacando la función social que el seguro debe cumplir, derivando de ello la necesidad de una regulación, ejemplo del fenómeno de “publicización”, en virtud de los enormes intereses de la comunidad comprometidos en su gestión (pág. 2).

Es evidente que, con el seguro obligatorio, “en realidad fue el derecho de la víctima el que pasó a la primera línea, alejando a este tipo de seguro del esquema clásico del seguro de responsabilidad civil” (Garrigues, Joaquín, cit. en L.L. 1995-C, 1016). Circunstancia que llevara a Barbatto a señalar que esta modalidad responde más a una necesidad colectiva que individual. En este seguro, diferenciable del clásico seguro de RC, “el verdadero interés asegurable es del tercero damnificado” (Simone, Osvaldo Blas, L.L. 1990-D, 1032). El seguro obligatorio se ha instituido en favor de las eventuales víctimas, aunque también proteja el patrimonio del asegurado (Roitman, Horacio, “El seguro de la responsabilidad civil”, Lerner Ediciones, Buenos Aires, 1974, pág. 48).

Explica Roitman que las víctimas han ganado un importante derecho con la teoría de la acción directa, en contra del principio de relatividad de los contratos; pasando desde la originaria protección de los derechos del contratante hasta convertirse en importante instrumento social. Termina como estructura para satisfacer exigencias que exceden la economía individual y pasan a ser objeto de tutela de toda la sociedad (*op. cit.*, págs. 54/5).

Corresponde entonces realizar una interpretación armónica de todo el ordenamiento legal, principiando por la

Constitución nacional, las leyes de tránsito, el régimen de seguros, la ley de defensa del consumidor 24.240 (dado que los servicios deben ser prestados de forma que no presenten peligro para la salud o integridad de los consumidores o usuarios, art. 5; sistema que, por otra parte, establece una responsabilidad plural de toda la cadena de comercialización de cosas y servicios, art. 40). Interpretación iluminada naturalmente por la Constitución, que es el vértice del sistema jurídico, de acuerdo al principio de supremacía (art. 31). Ley suprema y vigente que, sancionada con el propósito de afianzar la justicia y promover el bienestar general, consagra la protección de consumidores y usuarios de bienes y servicios, debiendo las autoridades proveer el control de los monopolios naturales y legales y de la calidad y eficiencia de los servicios públicos (art. 42). Mandas constitucionales no siempre respetadas por los entes de aplicación.

Cierto es que, en principio, el seguro de responsabilidad civil nace en forma voluntaria (...y clandestina, ver Morandi, *op. cit.*, pág. 385), y su finalidad es, también por principio, mantener indemne el patrimonio del asegurado. Pero cuando leyes generales de orden público, como son las de tránsito, hacen obligatorio tomar un seguro de responsabilidad civil, el tomador lo hace tanto para cumplir la ley cuanto mantener indemne su patrimonio. O sea que contratar seguro deja de ser un acto jurídico en el solo interés de los contratantes, se convierte en un contrato en interés de la comunidad, en el que está en juego el orden público. Beneficiario deja de ser exclusivamente quien podría ver agredidos sus bienes económicos. Básicamente pasa a ser beneficiario la potencial víctima, el sujeto pasivo del daño, a quien la ley ha tenido en mira al compeler la contratación de seguro.

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

Aún más, cuando en países europeos se instrumentó un seguro obligatorio, se atribuyó al tercero damnificado un derecho autónomo, declarando que el seguro se ha estipulado a su favor (conf. Morandi, “Estudios...”, cit., pág. 388). Caballero Sánchez (cit. por Sobrino) afirma que el TS español ha enfatizado de tal modo la importancia de la víctima que el seguro de responsabilidad civil se configura más que como instrumento de protección del asegurado (criterio originario) como institución destinada a tutelar los intereses del perjudicado (ver nota 45; y el criterio concordante de Manuel Olivencia, citado por Puig Brutau, en nota 25 de pág. 47, *op. cit.*).

De allí que, salvo que por norma de igual jerarquía se amparase valores de peso similar a esta asignación adicional de recursos (los del asegurador, a más de los del civilmente responsable) en aras a consolidar la reparación del daño de la víctima (una suerte de garantía), mediante ley especial que confrontase con las leyes generales de tránsito, no podría algún otro estatuto inferior, fuese decreto, resolución ministerial, (y menos aún) una simple resolución de la S.S.N., derogar la obligatoriedad de asegurarse conforme lo estatuyen, por ejemplo, el art. 68 de la ley 24.449 y el 48 de la anteriormente vigente ley bonaerense 11.430. Sin embargo es lo que acontece con la resolución. Porque esa cláusula carece de razonabilidad en tanto ejercicio de poder supuestamente delegado por la ley.

Como dijera la Sala M y el plenario “Obarrio”, tan elevada franquicia desnaturaliza una norma de alto contenido social. Y esto confronta hasta el absurdo —por contradictorio— cuando es claro que la siniestralidad en el autotransporte público de pasajeros es elevadísima y que la mayor parte de los reclamos encuadran en dicho descubierto obligatorio.

La resolución 25.429 es inconstitucional, formal y genéticamente, y por sustancia (conf. Rubén Stiglitz, L.L. 2004-F, 1214; Stiglitz y Compiani, L.L. 2005-E, 1322; J.A. 2006-III-1028; Frick Rotela y García Villalonga; L.L. 2005-E, 929). La contratación de seguro ya era obligatoria para el transporte automotor desde la ley 12.346; siguió siéndolo –con mayor generalidad– a partir del decreto 692/92, exigencia mantenida en la ley 24.449. Pero fue derogada en los hechos, para casi todo el espectro de accidentes de tránsito, por esta mera resolución.

Es lugar común que la declaración de inconstitucionalidad es acto de suma gravedad institucional, la ‘ultima ratio’ del orden jurídico. Pero en épocas de marcada fragilidad institucional, muy por el contrario los jueces estamos en el deber –aun sin petición de parte– de señalar la inadecuación de leyes y normas inferiores a la Constitución, cuando su aplicación al caso repugna los preceptos de la norma superior. De lo contrario haríamos caso omiso al juramento de cumplir y hacer cumplir la ley máxima, siendo como es mucho más grave institucionalmente que un juez abdique de las potestades que le son inherentes al balancear y resolver el conflicto entre normas de diferente jerarquía.

Las provincias delegaron en el gobierno federal la sanción del Código de Comercio y, por ende, de un régimen de seguros. Pero no delegaron en la S.S.N. la facultad de enervar y derogar en la práctica la obligatoriedad de circular con seguro de responsabilidad civil. La ley 24.449 en modo alguno pudo delegar en la Superintendencia la regulación de un régimen de seguro obligatorio con alcance nacional o local. Esto hace formal, genéticamente, inválida la resolución. Invadió competencias no delegadas; tan es así que la anterior ley bonaerense de tránsito 11.430 exigía a los conductores circular con seguro, sin delegación alguna a autoridades federales. La única autoridad en la materia competente para reglamentar el seguro obligatorio es el propio Congreso nacional.

Nótese que a través de esta inconstitucional delegación, los vehículos de transporte público de pasajeros de todo el país, causantes de la mayor siniestralidad en accidentes de tránsito, incumplen la obligatoriedad de contar con un seguro de responsabilidad civil. A más de diez años de vigencia de un régimen que tal vez pudo justificarse como una corta emergencia, de aceptarse la oponibilidad, es hora de que se explique a la comunidad que circular con la cobertura de la resolución 25.429 no diferencia mayormente a los servicios regulares de los irregulares, “truchos”, en punto al aseguramiento contra la responsabilidad civil.

Si se admite la oponibilidad del descubierto, habida cuenta de las perversas y más o menos sofisticadas formas de elusión de responsabilidad a través de reiterados concursos, acuerdos preventivos extrajudiciales o quiebras, o fideicomisos constituidos por las empresas de transportes y de seguros, ni unos ni otros tienen patrimonio sobre el que las víctimas puedan cobrar indemnizaciones.

En cuanto a la sustancia, no sólo \$ 40.000 constituye una franquicia o descubierto elevadísimo e inusual en seguros de responsabilidad civil automotor. La cláusula 4ª prevé que “Dicho descubierto obligatorio a su cargo se computará sobre capital de sentencia o transacción, participando el Asegurado a prorrata en los intereses y costas”. O sea que, por ejemplo, ante una condena a pagar \$ 50.000 de capital más \$ 20.000 de intereses, y \$ 17.500 de costas, la aseguradora sólo afrontaría un 20% de cada uno de los rubros. Como es notorio que gran cantidad de empresas de transporte han quebrado, se han concursado o han usado la nueva ingeniería del acuerdo preventivo extrajudicial (con todos los ingredientes conocidos para limpiar pasivos quirografarios), la desprotección de la víctima es evidente.

Esta resolución vino de la mano de la crisis desatada por la caída de la cooperativa Belgrano y, como surge de los propios considerandos del decreto 260/97, de la alta siniestralidad del sector. Circulando por las calles y rutas o atendiendo a los medios de comunicación, es notorio que nada ha cambiado sino para peor, elevando la desprotección de la comunidad mediante mecanismos de inmunidad patrimonial de aseguradoras y empresas de transporte. La franquicia, lejos de beneficiar a las víctimas, las deja inermes. A muchos años de la resolución 25.429 sólo ha beneficiado con menores primas a los dañadores, pero no a los terceros, habida cuenta que los asegurados no han mostrado la menor preocupación por evitar siniestros y, por su enormidad, con meridiana claridad el descubierto no pro-

cura excluir los siniestros pequeños (ver al respecto Poloto y citas, en E.D. 93-652).

Al declarar la inconstitucionalidad del decreto 260/97, como juez de primera instancia hice referencia a la doctrina de la “emergencia” y al “estado de sitio de los derechos”. Dije que, ante toda la maraña legislativa que partiera con la ley 23.696, legislación impulsada básicamente por intereses sectoriales, que cuando no es el bien de la comunidad lo que guía la legislación llamada “de emergencia”, queda muy claro que la única emergencia que puede declararse en este país es la emergencia moral.

Pareció en aquel momento y sigue pareciendo importante insertar el problema dentro del contexto “emergencial” general en que se encuentran los derechos individuales porque uno de los fundamentos de la supuesta emergencia sectorial, según los considerandos del decreto 260/97, estribaba en la alta siniestralidad de la actividad y las distorsiones del mercado asegurativo. Va de suyo que los sucesivos gobiernos, en vez de solucionar problemas provocados por su falta de control y de supervisión del tránsito y de la actividad aseguradora, los trasladó y sigue trasladando a las víctimas. Esto es: se “privatiza” la pérdida, traspasando sus consecuencias a los dañados, haciéndolos socios de las pérdidas de estas actividades económicas empresariales (y, por tanto, de finalidad eminentemente lucrativa).

Este criterio, lamentablemente generalizado en el país, antes y ahora, de que los derechos individuales viven en permanente “estado de sitio” ha sido marcado con acierto por jusfilósofos y juristas. El resultado, como apunta Lorenzetti, citando a Nino, es decididamente un país al margen de la ley, en el que el Derecho va oscilando demasiado con el paso del tiempo y la presión de los ‘lobbies’. Esto termina –está a ojos vista– con la instauración de un “orden público de protección de la parte fuerte” (ver Lorenzetti, “Las normas fundamentales de derecho privado”, Rubinzal-Culzoni Editores, 1995, pág. 383). Alberto B. Bianchi lo ha calificado de “estado de sitio económico” (cit. por Nicolás Diana en L.L. 2009-D, 785).

Nacidos el decreto –declarado inconstitucional por toda esta Cámara de Apelaciones y la propia Corte Suprema de Justicia nacional– y la resolución al calor de recurrentes crisis al no solucionar la siniestralidad, que es el verdadero problema, las consideraciones sobre uno son plenamente aplicables a la otra.

Está claro que hacia la última década del siglo XX se desarrollaron políticas repudiables por las que, puestos en colisión, se privilegió el derecho de propiedad de algunos menos, pero con poder, por sobre los derechos de la persona humana e instalado como variable de ajuste la infravaloración de ésta.

Las soluciones que se den a este enfrentamiento no pueden pasar inadvertidas para los jueces cuando los argumentos de “seguridad jurídica” y el derecho de propiedad sirven para dejar en la desprotección a las víctimas, sean consumidores o simples terceros (ver al respecto: Gregorini Clusellas, L.L. 2006-F, 1505).

Por ese motivo, llama poderosamente la atención la reiteración de llamados a favor de sostener el derecho de propiedad de las aseguradoras y la seguridad jurídica que se afectaría por no interpretar literal y exegéticamente el art. 118 de la ley de seguros. Así –se dice– se pondría en crisis el sistema asegurador argentino, comprometiendo su propia existencia, y que las víctimas no tengan cobertura alguna. Ya se ha dicho, y es notorio para un juez con competencia en materia de daños por accidentes, y para cualquier mediador, que la desprotección ya está instalada con el perverso sistema vigente. Tampoco es que vayan a sufrir las empresas de transporte, concursadas o quebradas o con APes limpiando pasivos quirografarios, las deudas de indemnización por daños.

La desprotección deja a la gente inerte, frente a la agresión primera del dañador y a la siguiente, la agresión del sistema legal. Sistema que, de tal modo interpretado, expulsa y desalienta a la víctima. Sistema que confirma en su exclusión a los ya excluidos, no bien se mira que son las personas de menores recursos las que en mayor medida utilizan el transporte público y son las más dañadas en accidentes viales. Sistema que pasa por alto el anacronismo de juzgar, bajo el prisma de normas de vieja data (p. ej. art. 118, L.S. y el Código Civil en cuanto a la relatividad de los contratos), la inserción de otras disposiciones que son ejemplo paradigmático de las políticas “de shock” aplicadas en la última década del siglo XX en na-

ciones como la Argentina. Es que, como explica Naomi Klein, “a través del shock se fuerza a la gente a ser obediente”; y, por otra parte, las consecuencias de la aplicación de teorías económicas neoliberales no son accidentales (cit. por Mario Diamant en “La Nación” de 6-10-2007). Son mecanismos de ganancia rápida a través del desastre, lo que aún para la frágil memoria de los argentinos lleva de la mano al proceso que hizo eclosión en el cercano bienio 2001/2002. Esta desprotección, y la necesidad de una interpretación tuitiva de los usuarios y víctimas en general de accidentes, fueron advertidas con diferentes fundamentos por la mayoría en el plenario “Obarrío” y varios tribunales de este fuero y el comercial.

Entiendo que, poniendo en perspectiva los años pasados desde 1997 y el desastroso resultado de los incentivos desplegados por la corta vida del decreto 260 y la más larga y dañina de la resolución 25.429, que contradicen hasta el absurdo los respectivos fundamentos, al así hacerlo los jueces de la mayoría del plenario no se han desentendido de las consecuencias de sus actos.

Están a la vista las consecuencias desastrosas para las víctimas de decisiones alternativas. Alentemos entonces comportamientos más cuidadosos de los varios actores de esta cadena de comercialización de un producto riesgoso y altamente dañino. Al decir de Posner, ampliando el marco de referencia, la justicia y la equidad hacen de la controversia individual un resultado justo y equitativo para la clase de actividad (ver Posner, Richard A., “El análisis económico del derecho”, FCE, México, 2000, pág. 30). Puestos en la balanza, no me preocupa, en términos de Klein, la eventual e hipotética catástrofe de las aseguradoras; me ha preocupado desde siempre el desastre actual y tristemente visible de las víctimas de carne y hueso, directas e indirectas, que acuden a la justicia en procura de amparo.

Las víctimas de los accidentes de tránsito también tienen derechos humanos que los jueces debemos atender.

Una última referencia al marco económico antes de entrar al fundamento obligacional de las aseguradoras. Aun desde el punto de vista del análisis económico del Derecho (AED), estas empresas están, desde varios ángulos, en mejor posibilidad de soportar el riesgo de insolvencia del dañador (su asegurado) por la dispar situación de los implicados. Un buen estudio del tema a través del prisma del AED revela que el asegurador está en mejores condiciones de tomar medidas frente al riesgo de insolvencia de su asegurado, siendo entonces el “cheapest cost avoider” en relación a la víctima (ver Tolosa, Pamela, en J.A. 2008-I-991). Con argumentos de fácil acceso porque transitan el más elemental sentido común, concluye que la solución más próxima a la eficiencia sería la inoponibilidad del descubierto. Encuentra coincidencia entre lo que sería tal vez la solución más equitativa con la más eficiente.

Lorenzetti ha puesto de relieve que, a pesar de que –según se ha dicho– el siglo XX tiene su inicio cuando se empieza a razonar por sistemas, en el derecho de contratos se sigue pensando en función de categorías subjetivas. Sin embargo obra en la actualidad una sensible mutación de la figura del contrato individualista (“Las normas fundamentales...”, cit., pág. 467). En ese orden de ideas, el efecto jurídico relativo de los contratos (art. 1195, C.Civ.) es un principio cierto en cuanto a los efectos directos, pero los contratos indirectamente afectan a terceros. Acertadamente recalca el autor que “las partes tienen tendencia a no asumir las externalidades negativas, las exportan para que otros las sufran. En cambio el Estado toma en cuenta estas externalidades y las regula, poniendo límites más o menos extensos a la programación contractual en función de cómo influyen materialmente en los terceros”. Y pone como modelo la responsabilidad del fabricante no vendedor por daños causados a los consumidores (*op. cit.*, pág. 464). Es ejemplo claro del orden público económico obligatorio que constituyen leyes especiales, el llamado orden público de dirección, al que interesan las externalidades contractuales, plasmado en la Constitución nacional, leyes y la elaboración jurídica (ver *op. cit.*, págs. 479 y 480).

El sistema perverso de fragmentada responsabilidad de daños causados por el autotransporte público de pasajeros es producto del concierto de varias partes, entre las que claramente se cuentan las empresas porteadoras y las aseguradoras. Es más, existe una íntima vinculación e integración entre unas y otras (conf. Zapiola Guerrico, L.L. Actualidad, 7-9-06). Un sistema concertado de fragmentación de responsabilidad con apariencia de estructura jurídica sería.

Brebbia, al tratar la interpretación de las cláusulas generales en el seguro de responsabilidad, recuerda que son aprobadas por la SSN, cuya intervención supone evitar los abusos de los aseguradores (“Problemática jurídica de los automotores”, Astrea, Buenos Aires, 1984, tomo 2, pág. 47). Pero esta intervención estatal no quita, continúa, “que sean las compañías aseguradoras quienes hayan preparado tales condiciones generales, sin intervención de los asegurados”, por lo cual siguen operando las mismas prevenciones al interpretar condiciones generales en contra de la parte que las prepara, de especial manera cuando establecen exenciones o atenuaciones a la responsabilidad legal del asegurador.

Acerca del deficiente –cuanto menos, agregó– control estatal ya hacía referencia Halperin en el prólogo a la primera edición (*op. cit.*, págs. XII y XIII, mencionando las “conocidas depredaciones en el mercado asegurador”). Es más, destacaba la falta de una auténtica independencia de la autoridad, que la hace víctima de las presiones de las empresas, algunas de las cuales, con un afán de enriquecimiento apresurado, afectaban la función del asegurador y el funcionamiento de un buen sistema.

Se ha dicho que, al declarar la inoponibilidad del descubierto y ejecutable la sentencia por el todo, se condena al asegurador por una inexistente obligación sin causa. La obligación existe y tiene causa, en primer lugar, en este concierto perverso, suerte de complicidad genética para fragmentar eventuales responsabilidades a través de un verdadero fraude a la ley. Integran este acuerdo fraudulento al aceptar las mutuales aseguradoras las irrazonables condiciones de la resolución 25.429, seguramente con plena conciencia de su inconstitucionalidad por exorbitancia e inadecuación a un régimen de seguro obligatorio, máxime después de la corta vida que la Justicia diera al decreto 260/97, su complemento.

En segundo término, la causa de la obligación está en la integración, junto al porteador, de un proceso de comercialización de servicios riesgosos, con las inherentes responsabilidades que emanan del art. 42 de la Constitución y 40 de la ley 24.240.

Es reconocido que, frente a la protección de usuarios y consumidores prevista en la carta magna, el derecho de los consumidores asume particular trascendencia, al decir de Lorenzetti un “carácter iusfundamental” (en “Consumidores”, Rubinzal-Culzoni, 2003, pág. 46), por lo que se presenta como un “microsistema con principios propios y hasta derogatorios del Derecho Privado tradicional” (*op. cit.*, pág. 51), una reformulación de gran parte de los Códigos civil y comercial (Gherzi, J.A. 1994-I-870). En ese orden de ideas, ha afectado severamente el principio de relatividad de los contratos. Lorenzetti señala que el Derecho civil diseñó ese principio y que el Derecho del consumo lo destruyó, al sugerir la imputación por daños al fabricante y demás integrantes de la cadena de comercialización (págs. 53, y 384 y sig.).

Con su ascenso desde la ley especial al trato constitucional, la figura de consumidores y usuarios es central y autoriza la derivación directa de derechos a través de las normas constitucionales que se estime aplicables (conf. Lorenzetti, *últ. cit.*, pág. 83; Lovece y García Ocio, “Derechos del Consumidor”, La Ley, 2005, pág. 5; Weingarten, “Derecho del consumidor”, Ed. Universidad, pág. 61). Derechos que pueden nacer de contratos o hechos lícitos o ilícitos, toda vez que puede haber ilícitos que originen una relación de consumo, como cuando la fuente obligacional es el daño causado por productos o servicios (Lorenzetti, *op. cit.*, pág. 107).

Las empresas de seguros, al generar con su actividad empresaria una cadena de comercialización del servicio público del autotransporte (ya hemos referido además la íntima relación personal entre las porteadoras y las aseguradoras), han contribuido a la generación de una actividad riesgosa. Lo han hecho formando este eslabonamiento con presumible conciencia –dada la profesionalidad del asegurador– de que las cláusulas del contrato infringían normas nacionales y provinciales de orden público. Y si podría haber alguna duda en el ámbito “nacional” por la ya indicada inconstitucional “delegación” en la S.S.N., ninguna excusa era aceptable cuando la porteadora circulaba por caminos de la Provincia de Buenos Aires, cuya anterior ley de tránsito (11.430) exigía incondicionalmente contar con seguro.

Aún más, las aseguradoras del transporte público de pasajeros han brindado cobertura (y por ende, andamiaje for-

mal para sostener las autorizaciones estatales de concepción) a empresas cuya solvencia conocían o debían conocer (nuevamente la referencia al profundo estudio de Pamela Tolosa en J.A. 2008-I), situación que, por obvia, fue también tenida en consideración por la Cámara en lo Comercial en autos “Barreiro c. Transportes Metropolitanos Sur”. En algunos casos probablemente integrando una y otra parte del aseguramiento las mismas personas físicas o jurídicas.

En consecuencia, como la obligación resarcitoria indistinta o concurrente –solidaria, según la ley– de todo aquel que integra un sistema de comercialización de cosas o servicios se erige como un principio general del derecho protectivo de usuarios y consumidores, la inoponibilidad de la franquicia conlleva la inherente responsabilidad por el todo de la empresa aseguradora.

Aparecerá seguramente quien alce su voz invocando contra esta elaboración la necesidad de aplicar la norma con “criterio restrictivo”. Acotamientos similares con invocación de “seguridad jurídica” se hacen en forma reiterada para cohesionar conductas disfuncionales de los entes societarios (ver, p. ej. Martorell, en E.D. 4-10-07).

Estamos en el siglo XXI. Han pasado doscientos años desde que, centrado el régimen civil patrimonial en la defensa del propietario y aplicadas las normas a través del rígido corsé de la exégesis, fueron creciendo por imperio de otras circunstancias nuevos paradigmas que variaron el enfoque de la responsabilidad civil desde el dañador hacia la víctima, desde la propiedad hacia la persona, desde la imputación culpable como único factor de atribución hacia el reconocimiento de factores objetivos. La elaboración de estos nuevos parámetros no fue consecuencia de mutaciones legales, sino más bien éstas efecto del laboreo de la doctrina judicial y autoral, despojado finalmente del claustro de la exégesis e interpretando, a la luz de la realidad social, el ordenamiento vigente como un todo.

En ese carril, la ya consolidada objetivación de la responsabilidad frente a la paulatina incorporación a la vida diaria de cosas y actividades riesgosas puso en aprietos a los deudores beneficiados. Como la producción de bienes y provisión de servicios adoptó formas sofisticadas, tercerizando todo o parte del proceso de producción y comercialización, aparecieron en consecuencia formas varias de limitación de responsabilidad personal y nuevas figuras jurídicas enderezadas hacia la fragmentación parcelaria de la deuda indemnizatoria en personas diferentes en apariencia pero integrantes de un todo destinado a ofrecer bienes y servicios a consumidores y usuarios. Aparece entonces la respuesta protectora de éstos frente a los daños causados por cosas o servicios riesgosos: la responsabilidad plural, indistinta, de todos los integrantes del proceso de generación del producto (ver Weingarten, “Derecho del consumidor”, *cit.*, pág. 233 y sig.; Lovece y García Ocio, *op. cit.*, pág. 129 y sig.).

Esta responsabilidad solidaria, sustentada en el art. 42 de la Constitución, y art. 40 de la ley 24.240, se expande como principio general en estos tiempos, porque así lo impone la realidad y la necesidad de protección. La interpretación debe hacerse en forma amplia, extensiva a otros supuestos no previstos (conf. Farina, “Defensa del consumidor y del usuario”, Astrea, 2004, págs. 1 y 28, párr. 20). No es el art. 40 norma excepcional, acotada, susceptible de interpretaciones restrictivas. Muy al contrario, se ha sentado un principio general del derecho.

Trasladado este principio al caso, involucrada la aseguradora en el proceso de gestión y oferta del servicio de transporte público, el artículo 118 de la ley de seguros no podría ofrecer resistencia válida. Esto es: el artículo 118, en tanto limitaría la ejecutabilidad de la sentencia “en la medida del seguro” no obstante la infracción de normas de orden público, es inaplicable al caso por inconstitucional. Esto así en tanto que, en la especie, supondría una cortapisa a la responsabilidad indistinta del asegurador que, integrado a una cadena o grupo productor de servicios riesgosos, ha ofrecido y concertado un seguro de responsabilidad civil a conciencia de que en los hechos deroga, a través de una mera disposición administrativa, normas de jerarquía superior y de orden público. O, como considerarían hace tiempo mis entonces colegas de Sala, Dres. Pérez Pardo y el recordado Rebaudi Basavilbaso, el art. 118 de la ley de seguro ha quedado implícitamente derogado para estos casos de aseguramiento obligatorio de la posterior ley 24.449. Sea por una u otra vía, no es aplicable al caso el art. 118.

El acento puesto en la autonomía de la voluntad y el derecho de propiedad, desentendidos de las externalidades, de sus efectos perjudiciales frente a otros, corresponde a una época situada dos siglos atrás. En sencillas y sabias palabras de Ciuro Caldani, “vale aprovechar las enseñanzas de la historia para conjugar con la mayor justicia posible las diversas fronteras de protección y, al fin, para comprender que la justicia exige amparar al individuo contra todas las amenazas que pueden afectar su personificación, incluyendo no sólo las que se vinculan con la realización activa y pasiva de la utilidad. En última instancia hay que procurar que se realice la complejidad pura de todos los valores a nuestro alcance, que culmina en el valor humanidad” (Ciuro Caldani, Miguel Ángel, “Desde la protección del propietario a la protección del consumidor y el usuario”, E.D. 159-1029).

Una consideración final. Este ordenamiento es plenamente aplicable a los dañados no transportados. No sólo porque hay paridad de antecedente dañoso entre unos y otros, desde que se considera la inadecuación del descubierto frente a normas generales que regulan el tránsito, sino también porque la reforma a la ley de defensa de consumidores ha extendido explícitamente la protección a los dañados colaterales a una relación de consumo.

Una y otra vez aparecen quienes resisten los cambios de paradigma. Hemos sido formados, educados y embelesados jurídicamente por la codificación del siglo XIX. Pero el movimiento codificador –además de concebir a las personas como iguales, aunque no lo sean– sentó su expansión alrededor de los conceptos de propiedad privada y libertad de contratación. Y cautivó a muchas generaciones por su apariencia de completa, y simple como sistema.

Sin embargo, los cambios están a la orden del día en muchos países de Derecho continental. Con mucho mejor criterio, hoy se afirma que la legislación codificada es sólo un elemento del sistema legal; los regímenes supuestamente especiales han modificado desde su raíz muchas instituciones de los códigos. Y estos ordenamientos posteriores ya no son de aplicación residual. La legislación codificada ocupa hoy la posición de residualidad, resultado de una creciente intervención del Estado en las relaciones de derecho privado (conf. Llamas Pombo, sus citas de Irti y Schlesinger, *cit. por* Wajntraub, Javier H., en Rev. Derecho de Daños Nº 2007-3, pág. 207 y sig.).

Es más, puede decirse con Ameal que el Derecho del consumo es el Derecho de todos. Agregó: es el Derecho común, porque en la actualidad todos somos consumidores o estamos expuestos a una relación de consumo; aun grandes empresas proveedoras en algún momento también son consumidoras.

La ley 24.240 modificada por la ley 26.361 ilumina el camino con más claridad. La importante reforma introduce la figura del “bystander”, el dañado colateral o adyacente a una relación de consumo. Ahora es consumidor o usuario quien, de cualquier manera, está expuesto a una relación de consumo (art. 1). De allí que cualquier dañado por producto o servicio calificable como de consumo está beneficiado, de ahora en más sin lugar a dudas, con la protección legal. Esto viene a confirmar que son consumidores en los términos de la ley 24.240 quienes hayan sido dañados en su persona o bienes por accidentes de tránsito en que resulte responsable el autotransporte público de pasajeros. Argumento adicional para legitimar pasivamente a la aseguradora (art. 40).

Agrego que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos “Ortega” (O. 64. XLIII), remitió al dictamen de la Procuración Fiscal elaborado para “Barreiro” e hizo algunas consideraciones adicionales para desestimar los planteos de arbitrariedad formulados por la aseguradora. Creo, a pesar de las aclaraciones del Supremo tribunal en “Ortega”, que las normas generales, el principio de la buena fe –especialmente aplicable en materia de seguros– y las de la ley 24.240 y art. 42 de la Constitución nacional, generan un deber resarcitorio concurrente autónomo (sin limitaciones exorbitantes) por haber incurrido en una ilicitud negocial con potencial daño hacia terceros, un fraude a la ley, y haber integrado una cadena de comercialización de un servicio riesgoso. Y este deber cae tanto en cabeza de las aseguradoras de concesionarias ferroviarias cuanto las viales y del autotransporte público de pasajeros.

Con estos argumentos adicionales, adhiero al primer voto. Pero esta Sala, por mayoría, viene aplicando la tasa del 8% anual sobre valores determinados en la sentencia, sea de primera o segunda instancia. No acepto los argu-

mentos de la simultánea defensa de la aseguradora y del transporte. Sin embargo en el plenario “Samudio” se explicaron las razones por las que algunos entendemos que no siempre corresponde aplicarla desde el inicio de la cuenta. Y en esto, creo que la doctrina es ampliamente mayoritaria.

Por tanto propongo que la cuenta de intereses se haga al 8% anual desde el hecho hasta la fecha de este acuerdo, excepto sobre el rubro daño moral (hasta el 1° de junio de 2011), y sólo en adelante a la tasa activa.

El Dr. Galmarini dijo:

Coincidió con la aplicación al caso de la doctrina del fallo plenario dictado el 13 de diciembre de 2006 en los autos “Obarrio, María Pía c/ Microómnibus Norte S.A. s/ daños y perjuicios” y “Gauna, Agustín c/ La Economía Comercial S.A. de Seguros Generales y otro s/ daños y perjuicios”, pues pese a que en ese plenario adherí al criterio de la minoría, a cuyos fundamentos me remito a fin de evitar reiteraciones innecesarias, en virtud a lo previsto por el art. 303 del Código Procesal corresponde resolver con dicha doctrina plenaria y revocar en este punto el pronunciamiento apelado.

Por ello y de acuerdo a los fundamentos expresados en los votos emitidos en precedentes de las salas “F” y “L” de esta Cámara (CNCiv., Sala F, marzo 8/2008, “Calderon, Héctor R. v. Línea de colectivos 168 y otro s/ daños y perjuicios”, L. 493.822; id., Sala F, fallo antes citado, agosto 17/2010, L. 544.706; id., Sala “L”, septiembre 16/2009, “Cohen, Daniel Edgardo y otro c/ Transportes Automotores Luján S.A.C.I. TALSÁ Línea 52 y otro s/ daños y perjuicios”, L. 520.868; id., Sala “L”, marzo 17/2010, “De la Concepción, Elvira c/ Modo S.A. y otro s/ daños y perjuicios”, L.539.069, entre otros), a los que me remito en homenaje a la brevedad, juzgo que la doctrina plenaria obligatoria para este fuero civil basta para decidir de esta manera.

Con las aclaraciones mencionadas, adhiero al voto de la Dra. Pérez Pardo, salvo en cuanto a los intereses que voto en el mismo sentido que el Dr. Liberman.

Buenos Aires, 12 de marzo de 2012

Y *Vistos*: lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo precedentemente transcrito el tribunal *decide*: modificar parcialmente la sentencia, elevando la indemnización por incapacidad sobreviniente a la cantidad de pesos noventa mil (\$ 90.000); el lucro cesante a pesos cinco mil (\$ 5.000); y los gastos médicos a pesos dos mil quinientos (\$ 2.500); declarar inoponible a la víctima la franquicia pactada con la aseguradora; calcular los intereses conforme el voto del Dr. Liberman y confirmarla en todo lo demás que fue materia de agravios. Costas de alzada a la demandada y citada en garantía atento la envergadura y resultado de las apelaciones.

Regístrese, notifíquese y devuélvase. – *Marcela Pérez Pardo*. – *Victor F. Liberman*. – *José L. Galmarini* (Sec.: Jorge A. Cebeiro).

Seguro:

Franquicia en dólares: pesificación; monto; intereses; cómputo; improcedencia; ausencia de mora.

No corresponde adicionar intereses al monto de la franquicia pactada en dólares, luego “pesificado” por aplicación de la normativa de emergencia, pues al no haber pacto de intereses en la franquicia, los réditos computados por la aseguradora sólo podrían ser encuadrados como intereses moratorios y, en el caso, la aseguradora accionada no estuvo en mora con su aseguradora; resulta claro que al no existir factor de atribución de responsabilidad que pueda atribuirse a aquélla, no procede que la aseguradora compute intereses para incrementar el monto de la franquicia en su perjuicio.

R.C.

152 – CNCCom., sala C, noviembre 8-2011. – *La Segunda Coop. Ltda. de Seguros Generales c. Carrefour Argentina S.A. s/ordinario*.

Buenos Aires, 8 de noviembre de 2011

Y *Vistos*:

I. Viene apelada por la demandada Alto Palermo S.A. la resolución de fojas 1112/1116 (punto 5), en cuanto desesti-

mó su impugnación contra la liquidación practicada por su citada en garantía, La República Compañía Argentina de Seguros Generales S.A.

Sostiene que no corresponde la adición de intereses con respecto al monto de la franquicia que intenta hacer valer su aseguradora como límite de cobertura pues se estaría reduciendo unilateralmente la suma asegurada y beneficiando a la aseguradora por su propia mora, a costa de su mandante.

II. Ante todo, resulta conveniente realizar una breve introducción a los antecedentes de la causa.

La aquí apelante fue demandada con motivo del hurto de un automotor que se encontraba en su playa de estacionamiento (v. fs. 41/44).

Corrido el pertinente traslado de la demanda, Alto Palermo S.A. resistió la acción y citó en garantía a su aseguradora, La República Compañía de Seguros Generales S.A. Ésta contestó la acción solicitando su rechazo y, además, limitó el monto de su eventual condena a los términos del contrato; es decir, con una franquicia del 10% que, como mínimo, ascendía a la suma de cinco mil dólares estadounidenses (US\$ 5.000; v. fs. 162).

La sentencia definitiva dictada en la causa condenó a Alto Palermo S.A. y a sus aseguradoras, en los términos del contrato, lo cual fue confirmado por este Tribunal a fojas 810/827.

Posteriormente, en la etapa de liquidación respectiva, la aseguradora efectuó un depósito del monto de su cobertura, deduciendo el importe de la franquicia que, a esos efectos, fue “pesificada” por aplicación de la ley 25.561 (v. fs. 900).

Concretamente, calculó la referida exclusión de cobertura en pesos, en razón de paridad, con más el coeficiente de estabilización de referencia e intereses, lo cual fue resistido por su contraparte (v. fs. 983)

Esto motivó que el juzgador ordenara una nueva liquidación (ver fojas 1001/1002), practicada a fojas 1006 y nuevamente resistida por Alto Palermo S.A. Esta vez, con fundamento en que dicha cuenta no resulta acorde a derecho, por cuanto el cálculo de intereses respecto de la franquicia modificaba las condiciones originales de la póliza, beneficiando a la aseguradora con su propia mora y a costa de su mandante (v. fs. 1008).

Para concluir, entonces, el sentenciante dictó la resolución aquí apelada. Se sostuvo que la aplicación de intereses era procedente, pues la demandada Alto Palermo S.A., no los había cuestionado en su presentación de fojas 1008.

III. De las constancias hasta aquí repasadas, resulta incontrovertible que la afirmación efectuada en la sentencia, en relación a que la impugnación de fojas 1008 no incluyó cuestionamiento al cómputo de intereses, resultó desacertada.

Asimismo, la circunstancia de que en la primigenia impugnación de fojas 983, no se hubiese hecho alusión a este tema en particular, tampoco importó una suerte de preclusión de dicha temática. Así es dable considerarlo porque, por un lado, esa impugnación no mereció una decisión positiva del juzgado, sino la orden de practicar una nueva liquidación (v. fs. 1001/1002 cit.). Por el otro, porque es sabido que las liquidaciones sólo son aprobadas en cuanto hubiere lugar por derecho, no revisten calidad de fallo con autoridad de cosa juzgada y son *siempre* susceptibles de ser rectificadas si mediara error al practicarlas (cfr. CNCCom., Sala “A” en “Gimeza Cía. Financiera c/ Gallego Juan”, del 31.8.83; ídem, Sala “A” en “López Ana c/ Lui Andre s/ ejecutivo” del 08.06.84). Máxime cuando –como en el caso– se trata de la indebida inclusión de rubros no reconocidos en la sentencia, pues la violación del principio de cosa juzgada se configuraría al momento de su aprobación errónea, más que en la oportunidad de rectificarla.

La interpretación contraria, redundaría en un excesivo rigorismo formal contrario a la verdad material –que hace a la finalidad misma del proceso– por lo que no puede mantenerse una resolución que conlleve a ese resultado disvalioso (v. Corte Suprema de Justicia de la Nación en “García Vázquez, Héctor y otro c/ Sud Atlántica Compañía de Seguros S.A.” del 22/12/1992; esta Sala en “Jaquet c/ D’Andrea s/ daños y perjuicios”, entre otros).

En esas condiciones, no se aprecian motivos procesales que impidan u obsten al tratamiento de la cuestión propuesta ante esta Alzada, circunstancia que amerita profundizar y decidir sobre el fondo de la controversia.

Concretamente, sí corresponde adicionar intereses al monto de la franquicia, el cual fuera “pesificado” por aplicación de la normativa de emergencia citada en los párrafos anteriores.

IV. Sobre este particular, cuadra señalar que no fue controvertida la aplicación de dicha normativa de emergencia al monto de capital de la franquicia (US\$ 5.000), ni la adición del coeficiente de estabilización de referencia (CER).

Ahora bien: la falta de cuestionamientos con respecto a estos dos aspectos no autoriza, sin más, al cómputo de intereses. Nótese, en ese sentido, que tanto la “pesificación” antes apuntada, como el cómputo del CER, tienen incidencia o se aplican únicamente sobre el capital. En efecto: si bien la ley 25.561 prohibió todo método de re-potenciación, es claro que dicho índice atiende a este rubro, es decir, a preservar el monto originario de la deuda. Por el contrario, los intereses, si bien pueden tener un componente de actualización –p. ej. tasas que no atiendan exclusivamente al interés puro–, en rigor, no se relacionan con el importe original de la deuda. Antes bien, su causa fuente es la mora (moratorios), el valor del dinero dado en préstamo (compensatorios) o el incumplimiento (punitivos).

En este caso, es claro que al no haber pacto de intereses en la franquicia, los réditos computado por la aseguradora sólo podrían ser encuadrados como intereses moratorios.

Pero la mora reconoce, para su existencia, un presupuesto objetivo como es el incumplimiento, como un presupuesto subjetivo que es la atribución de ese incumplimiento al deudor.

Ciertamente, no parece que en este caso la propia aseguradora haya estado en mora con su aseguradora.

Tampoco es factible atribuirle exclusivamente la mora en el pago al damnificado por el hurto en su local comercial pues, por una parte, su responsabilidad fue dirimida o determinada recién en el marco de esta causa. Por la otra, en razón de que aun en caso de considerarse que su resistencia al reclamo fue injustificada, se recordará que su aseguradora también resistió la pretensión de fondo instaurada en la demanda, cuando pudo limitarse a responder en los términos de la cobertura (cfr. doc. art. 118, ley 17.418 de seguros).

En esas condiciones, resulta claro que al no existir factor de atribución de responsabilidad que pueda atribuirse a la aseguradora aquí demandada (Alto Palermo S.A.), no procede que su aseguradora compute intereses para incrementar el monto de la franquicia en su perjuicio.

En consecuencia, habrá de estimarse favorablemente el recurso de apelación deducido.

V. Por ello, se *resuelve*: revocar el pronunciamiento apelado en lo que ha sido materia de agravios, con costas de ambas instancias en el orden causado, habida cuenta que los fundamentos han sido provistos por el Tribunal (cfr. arts. 68:2 y 279, CPCC).

Devuélvase, encomendando el Magistrado actuante las notificaciones del caso.

El Señor Juez de Cámara Alfredo A. Kölliker Frers, quien actúa conforme lo dispuesto en la Resolución de Presidencia de esta Cámara, n° 26/10 del 27.4.10, no suscribe la presente en razón de haberse excusado (v. fs. 1147). – *Juan R. Garibotto*. – *Eduardo R. Machín* (Sec.: Manuel R. Trueba [h.]).

Seguro:

Aseguradora: pronunciamiento sobre el derecho del asegurado; extemporaneidad; efectos; seguro automotor; destrucción total; unidad siniestrada; restos; entrega; baja registral.

I – La única causal de interrupción del plazo del cual dispone el asegurador para pronunciarse es el pedido de información complementaria disciplinado en el art. 46 de la LS, requerimiento que supone la emisión de una solicitud expresa del asegurador, sin que pueda otorgarse tal efecto al plazo de 72 horas para inspeccionar el vehículo siniestrado fijado en el formulario de denuncia. Por lo cual, toda vez que desde la fecha de denuncia del siniestro hasta que fue enviada la carta documento, mediante la cual se rechazó la cobertura, transcurrió con exceso el plazo de treinta días que establece

el art. 56 de la LS, cabe concluir que la aseguradora se pronunció sobre el derecho del asegurado en forma extemporánea y que medió así aceptación tácita del siniestro.

2 – El silencio de la aseguradora importa sólo la aceptación del derecho del asegurado a ser indemnizado, pero no equivale a que se reconozca la extensión de los daños.

3 – Cabe admitir al agravio de la aseguradora demandada referente a que el asegurado transfiera los restos de la unidad siniestrada, libres de todo gravamen, salvo que opte por recibir el 80% de la suma fijada en la sentencia de primera instancia, y proceda a dar de baja definitiva a la unidad por destrucción total. R.C.

153 – CNCom., sala E, diciembre 14-2011. – Peñalva, Sergio Daniel c. La Nueva Coop. de Seguros Ltda. s/ordinario.

En Buenos Aires, a los 14 días del mes de diciembre del año dos mil once reunidos los Señores Jueces de Cámara en la Sala de Acuerdos, fueron traídos para conocer los autos seguidos por: “Peñalva, Sergio Daniel c/ La Nueva Coop. de Seguros Ltda s/ordinario”, en los que según el sorteo practicado votan sucesivamente los jueces Miguel F. Bargalló y Angel O. Sala. El doctor Caviglione Fraga no interviene por haber renunciado y ser aceptada su renuncia (Decreto P.E.N.1110/11, B.O. 27/07/11).

Estudiados los autos, la Cámara plantea la siguiente cuestión a resolver:

¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada de fs. 416/23?

El Señor Juez de Cámara Doctor Miguel F. Bargalló dice:

I. La sentencia de fs. 416/23 hizo lugar parcialmente a la demanda deducida por Sergio Daniel Peñalva (“S. Peñalva”) contra La Nueva Cooperativa de Seguros Limitada (“La Nueva”) y, en su mérito, condenó a ésta a abonar al actor la suma de pesos dieciséis mil quinientos setenta y cinco (\$ 16.575) –comprensiva del valor del rodado, equipo de gas y reloj de taxímetro– derivados del cumplimiento del contrato de seguro automotor celebrado entre las partes. Asimismo, con base en el principio *iura novit curia* calificó la pretensión del demandante: “lucro cesante” en privación de uso del rodado y por este concepto estimó la suma de \$ 700 mensuales –a partir de enero de 2006– hasta su efectivo pago. Todo ello con más sus respectivos intereses. Paralelamente, desestimó la petición del actor de que se actualice la deuda.

Para resolver en el sentido indicado, el Magistrado *a quo* consideró que existió una aceptación tácita del siniestro, en tanto que desde la fecha de denuncia del siniestro (12-01-06) hasta el día en que fue enviada la carta documento mediante la cual se rechazó la cobertura 15-02-06, transcurrió con exceso el plazo de 30 días que establece la L.S., 56. Asimismo, estimó que la leyenda en la denuncia del siniestro: “plazo para la inspección, 72 horas”, no implicó una prórroga del término para expedirse, pues éste era un plazo para la aseguradora y, en ese orden, ella corría con la carga de haberse constituido en el lugar donde

se encontraban los restos del rodado o haber intimado al actor a presentarlos, mas nada de ello hizo.

Amén de lo expuesto, examinó si existió un supuesto de destrucción total del vehículo que corresponda que sea indemnizado.

Así, con base en lo informado por el perito mecánico y por la empresa liquidadora de los daños, La Franco Americana S.A., concluyó que los restos del automóvil siniestrado no representan más del 20% del valor de mercado de un rodado similar en buen estado, es decir, se ha de encuadrar el siniestro dentro de la hipótesis que aparece descripta como configurativa de daño total.

II. Apelaron ambas partes. La demandada expresó agravios en fs. 444/49, contestados en fs. 455/58. De su lado el actor expresó agravios en fs. 440/42, que merecieron la réplica que obra en fs. 452/53.

La demandada señala que la fijación del plazo de 72 horas a partir de la denuncia, requisito que consta en ella, era el que tenía el asegurado para colocar el rodado a su disposición a fin de que sea inspeccionado, puesto que suyo era el interés en percibir la indemnización. Agrega que toda vez que la denuncia del siniestro fue efectuada el 12-01-06, tal plazo (de 72 horas) se extendió durante los días 13, 14 y 15 de enero, comenzando a correr el plazo para expedirse, nuevamente el 16-01-06, por lo que finalizó el 16-02-06, fecha en que fue enviada la carta documento mediante la cual se rechazó el siniestro. Expone que las fotos del rodado fueron obtenidas el 08-02-06, pero que el vehículo había tenido entrada en la aseguradora dos días antes, 06-02-06, por lo que es a partir de esta última fecha (requerimiento de la información complementaria), en que comienza a correr el plazo de treinta días para pronunciarse.

Cuestiona, además, la eficacia del dictamen pericial con base en que el experto analizó las fotos del rodado mas no lo inspeccionó personalmente y además controvierte las conclusiones efectuadas por La Franco Americana S.A.

En cuanto al valor del rodado, señala que resulta diferente la cuantificación de la indemnización en los supuestos de destrucción total, pues se toma en consideración, el de plaza de un rodado similar al momento del siniestro, y que otro es el valor del rodado a indemnizar que tiene como límite el de la cosa asegurada. Concluye, pues, que si bien se llega a cifras similares el procedimiento de cálculo no es el correcto. Por otra parte, señala que en el pronunciamiento de grado se omitió descontar la franquicia contratada, la entrega de los restos de la unidad siniestrada y la baja registral de la unidad. Expone que si se reclamó por lucro cesante no se puede otorgar una indemnización por privación de uso, pues son conceptos diversos y el primero de ellos no fue probado. Asimismo, cuestiona el monto concedido al considerar que ha de tener un límite temporal que estaría dado por el lapso en que la unidad debe ser reparada o bien reemplazada por otra, que prudencialmente se puede fijar en tres meses. Por último se agravia del *dies a quo* de los intereses que el sentenciante fijó para que se indemnice el rubro priva-

ción de uso del rodado, pues sostiene que han de devengarse mes a mes.

El actor se agravia porque se desestimó el concepto lucro cesante. Ello por cuanto mediante la prueba informativa se especificó cuál fue la recaudación promedio de un taxímetro y señala que es sabido que en general sus gastos ascienden al 30%, por lo que se encuentra probada la ganancia neta y por tanto el lucro cesante.

III. Se analizará, en primer lugar, el recurso de la demandada pues tiende a la revocación íntegra de la sentencia, para luego examinar el de ambas partes referentes a los rubros indemnizatorios.

Así, cabe examinar si la aseguradora se pronunció sobre el siniestro dentro del plazo que fija L.S., 56 y, en su caso, si existió aceptación tácita de aquél.

En ese orden, dable es advertir que la interrupción de dicho plazo alegado por la demandada con fundamento en que a partir de la denuncia del siniestro, existió un plazo de 72 horas para examinar el vehículo, no puede tener favorable acogida. Ello así, por cuanto la única causal de interrupción del plazo del cual dispone el asegurador para pronunciarse, es el pedido de información complementaria disciplinado en L.S., 46, requerimiento que supone la emisión de una solicitud expresa del asegurador. Por consiguiente, es éste el interesado en que se cumpla con tal medida, quien tiene por ello la carga de probar que ha efectuado tal solicitud al asegurado.

Es exacto que en el formulario de denuncia aparece una inscripción en la cual se fija un plazo de 72 horas para inspeccionar el vehículo (fs. 165/8).

Pero a esa estipulación no puede concedérsele otro alcance que el de conformar una medida de gestión de la empresa de carácter unilateral, puesto que no requiere de la participación del asegurado y, por tanto, no constituye un supuesto de interrupción del plazo para pronunciarse. Así lo ha considerado la doctrina y la jurisprudencia en una cuestión que guarda analogía con lo aquí tratado en tanto referida a una actividad lucrativa a la liquidación del siniestro (Stiglitz, Rubén, Derecho de Seguros, Tomo II, LL, Bs. As., 2008, pág. 319 y ss.; ver asimismo, CNCom., Sala B, “Martínez, D. c/ Cía. de Seguros Unión Comerciantes”, del 12-04-98; ibídem, “Cisneros, F. c/ Arcadía Cía de Seguros”, del 29-07-94).

Por lo demás: i) constituía carga de la aseguradora el examen de los restos del vehículo, ii) pero a ese efecto no justificó haber formulado requerimiento específico al asegurado, iii) ni que este último pueda eventualmente haber impedido ese examen y finalmente, iv) la toma de fotografías en fecha 08-02-06 nada predica sobre una supuesta demora del actor en poner el automotor siniestrado a disposición de la entidad.

Así, toda vez que la denuncia del siniestro fue efectuada el 12-01-06 (ver fs. 168) y la carta documento mediante la cual se rechazó el siniestro fue enviada el 15-02-06 (fs. 7), se concluye que la aseguradora se pronunció sobre el derecho del asegurado en forma extemporánea (L.S., 56), y medió así aceptación tácita del siniestro, por lo que co-

EDICTOS

SUCESIONES

Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 51, Secretaría Única, sito en Uruguay 714, piso 2º, Capital Federal, cita y emplaza por treinta días a herederos y acreedores de LUCÍA CARMEN LUNA (DNI Nº 5.294.533) a estar a derecho. El presente edicto deberá publicarse por tres días en El Derecho. Buenos Aires, mayo 16 de 2012. **María Lucrecia Serfat**, sec.

I. 25-6-12. V. 27-6-12 32023

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 80, cita y emplaza a herederos y acreedores de LIA NOEMI URIARTE REBAUDI y ROBERTO OVIDIO URIARTE REBAUDI, para que dentro de los 30 días comparezcan en autos a hacer valer sus derechos. Publíquese edictos por tres días en El Derecho. Buenos Aires, 14 de junio de 2012. **Santiago Pedro Iribarne**, sec.

I. 25-6-12. V. 27-6-12 32021

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 30, Secretaría Única, sito en Av. de los Inmigrantes 1950 E.P. en los autos caratulados: “Marchesi, Juana s/sucesión Ab-Intestato” (Expte. nº 20329/12), cita y emplaza por treinta (30) días a herederos y acreedores de JUANA MARCHESI. El presente deberá publicarse por el plazo de tres días en el diario El Derecho. Buenos Aires, 12 de junio de 2012. **Alejandro Luis Pastorino**, sec.

I. 25-6-12. V. 27-6-12 32026

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Número Catorce, secretaria única, cita y emplaza a herederos y acreedores de MIGUEL COC-CIOLLO por el plazo de treinta días a los efectos de hacer valer sus derechos. El presente edicto deberá publicarse en El Derecho por tres días. Buenos Aires, 15 de junio de 2012. **Cecilia V. Caire**, sec.

I. 25-6-12. V. 27-6-12 32022

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 54, cita y emplaza a herederos y acreedores de ROBERTO RUBÉN CASTRO por el término de treinta días. Publíquese por tres días en El Derecho. Buenos Aires, 8 de 2012. **Ma. de las Mercedes Domínguez**, sec. int.

I. 25-6-12. V. 27-6-12 32025

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 49 cita y emplaza por el término de treinta días a los acreedores y herederos de doña ALONSO, MARÍA ELENA. Publicar por tres días. Buenos Aires, 24 de mayo de 2012. **Viviana Silvia Torello**, sec.

I. 26-6-12. V. 28-6-12 32027

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 11, Secretaría Única, cita y emplaza por treinta (30) días a herederos y acreedores de GUSTAVO ROMAN PESCE. Publíquese por tres días en el diario El Derecho. Buenos Aires, junio 8 de 2012. **Javier A. Santiso**, sec.

I. 26-6-12. V. 28-6-12 32030

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 35, cita y emplaza a herederos y acreedores de JORGE GONZALEZ, para que dentro del plazo de 30 días comparezcan en autos a hacer valer sus derechos. Publíquese edictos por tres días en El Derecho. Buenos Aires, 31 de mayo de 2012. S.L. **Gustavo G. Pérez Novelli**, sec.

I. 25-6-12. V. 27-6-12 32024

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 103, a cargo del Dr. **Martín A. Christello**, Secretaría a mi cargo, sito en la Av. de los Inmigrantes 1950, piso 1º. Cita y emplaza por el término de treinta días a herederos y acreedores de Don JUAN BAUTISTA CIVANO a los efectos de hacer valer sus derechos. Publíquese por tres días en el diario El Derecho. Buenos Aires, mayo 29 de 2012. Fe. **Eduardo Alberto Villante**, sec.

I. 26-6-12. V. 28-6-12 32029

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 54, cita y emplaza a herederos y acreedores de ESTEBAN MALICKI y MARIA NIEVES TE-

RAN por el término de treinta días. Publíquese por tres días en El Derecho. Buenos Aires, 18 de junio de 2012. **Ma. de las Mercedes Domínguez**, sec. int.

I. 26-6-12. V. 28-6-12 32032

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 21, Secretaría Única, cita y emplaza por treinta días a herederos y acreedores de doña MARÍA FLORINDA PONTE. Publíquese por tres días. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 3 de junio de 2011. **Horacio Raúl Lola**, sec.

I. 26-6-12. V. 28-6-12 32028

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 110, a cargo del Dr. **Juan Manuel Converset (h)**, cita y emplaza a herederos y acreedores de FRANCISCA BEATRIZ ROSELLO MEGARI a que en el plazo de treinta días comparezcan en autos a hacer valer sus derechos. Publíquese por tres días en El Derecho. Buenos Aires, junio de 2012. **Irene Carolina Espezzini**, sec.

I. 27-6-12. V. 29-6-12 32033

El Juzgado Nacional en lo Civil Nº 18, sito en Avda. de los Inmigrantes 1950, Piso 5º, Capital Federal, cita y emplaza por el plazo de 30 días a herederos y acreedores de CEDRO JUAN ANTONIO a presentarse en autos a fin de hacer valer sus derechos. Publíquese por tres días. Buenos Aires, 19 de junio de 2012. **Alejandra Salles**, sec.

I. 27-6-12. V. 29-6-12 32036

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 54, cita y emplaza a herederos y acreedores de MARÍA JUANA MENDEZ por el término de treinta días. Publíquese por tres días en El Derecho. Buenos Aires, 13 de junio de 2012. **Ma. de las Mercedes Domínguez**, sec. int.

I. 27-6-12. V. 29-6-12 32034

El Juzgado Civil Nº 95, cita y emplaza por 30 días a herederos y acreedores de JULIO ERNESTO RODRIGUEZ. Publíquese por 3 días. Buenos Aires, junio 12 de 2012. **Juan Pablo Lorenzini**, sec.

I. 27-6-12. V. 29-6-12 32038



EL DERECHO

Diario de Doctrina y Jurisprudencia

Primer Director: Jorge S. Fornieles (1961 - 1978)

UNIVERSITAS S.R.L.
Tucumán 1436/38 (C1050AAD) Ciudad de Bs. As.

REDACCIÓN, ADMINISTRACIÓN Y VENTAS:
TEL. / FAX: (011) 4371-2004 (líneas rotativas)
E-MAIL: elderecho@el-derecho.com.ar • www.elderecho.com.ar

responde confirmar la sentencia apelada en relación con este punto.

IV. Como el silencio de la aseguradora importa sólo la aceptación del derecho del asegurado a ser indemnizado, ello no equivale a que se reconozca la extensión de los daños (Stiglitz, ob. cit., pág. 302), por lo que corresponde analizar los agravios de las partes referentes a ellos.

Cuestiona la demandada la eficacia del dictamen pericial mecánico, pues señala que el experto para concluir su informe se basó en las fotografías sacadas al rodado, mas no lo inspeccionó personalmente. Así, cabe señalar que fue la propia aseguradora quien en su escrito de responde a la demanda ofreció la prueba en estos términos: "...ingeniero mecánico: a fin de que examinando las fotografías del rodado siniestrado y constancias de autos y de ser posible, el vehículo informe..." (ver fs. 151 vta.), es decir, pretendió que el informe se base, inicial y principalmente en las fotografías tomadas al rodado, por lo que devino insustancial su ulterior cuestionamiento. Se advierte, además, que si bien la aseguradora contestó el traslado del informe pericial propiciando recién ahora concretamente la vista del automotor (ver fs. 337/38 y fs. 378), lo cierto es que a ello se le proveyó: "devuelta la cédula, peticionese" (ver fs. 379), mas nada hizo la interesada, por lo que se consideró cerrada la cuestión respecto de este punto. Cabe pues conceder, como lo hizo el sentenciante de grado, eficacia al dictamen pericial para establecer cuál es la suma a indemnizar.

V. Mención aparte merece el agravio de la demandada referente al procedimiento mediante el cual se determinó el valor de la indemnización, en tanto considera que tiene su límite en la suma asegurada.

En la sentencia recurrida, con base en lo estipulado en el contrato en cuanto a que: "...determinada la existencia de daño total, el asegurador indemnizará el valor de venta al público al contado en plaza al momento del siniestro de un vehículo de igual marca, modelo y características, con más los impuestos, tasas y contribuciones que pudieran corresponder, todo ello hasta el límite máximo de la suma asegurada..." (ver fs. 140), estimó que debía fijarse el valor a indemnizar en \$ 16.575 (ver fs. 421) y la suma asegurada era de \$ 16.700 (ver condiciones particulares del contrato de fs. 11 y 24 y dictamen pericial de fs. 275); por consiguiente la cifra fijada en el fallo al no resultar superior a la suma asegurada es insusceptible de ocasionar perjuicio a la demandada.

Tampoco procede el agravio de ésta referente a que se descuente de la suma a indemnizar la franquicia que se encuentra a cargo del asegurado. Ello por cuanto además de no haber sido planteado en el escrito de contestación a la demanda, dicho concepto sólo fue previsto en el contrato para el supuesto de que el siniestro importe daños parciales (ver fs. 142 vta.), situación diferente al del *sub examine*.

VI. Procede en cambio admitir al agravio de la demandada referente a que el asegurado transfiera los restos de la unidad, libres de todo gravamen, salvo que opte por recibir el 80% de la suma fijada en la sentencia de primera instancia, como así lo establecen las condiciones generales del contrato de seguro (ver fs. 140, y asimismo, contestación a la expresión de agravios en donde el actor acepta esa condición, fs. 457, vta.) y dar de baja definitiva a la unidad por destrucción total, por lo que se admite el agravio.

VII. Queda por examinar lo referente al rubro lucro cesante.

Cabe señalar que este rubro no se presume, por lo que corre a cargo de quien lo reclama su prueba (Belluscio-Zannoni, "Código Civil comentado, anotado y concordado", t. II, pág. 720, ed. Astrea, 1987), tratándose de un daño cierto, sólo puede ser reconocido cuando su existencia y cuantía se acredita mediante prueba directa (López Mesa-Trigo Represas, "Tratado de Derecho Civil-Cuantificación del daño", Ed. La Ley, 2006, p. 77 y ss.). Así, se ha dicho que "...el lucro cesante consiste en ganancias dejadas de percibir sobre una base real y cierta y no sobre una pérdida probable (cfr. fallos reseñados por Llambías en la

obra "Código Civil Anotado", t. II-A, comentario al art. 519, "Jurisprudencia", nros. 10 a 13, págs. 162, ed. 1989)...", ver asimismo esta Sala en "Rizzi, Luis Alejandro c/ Cía. de Teléfonos del Interior S.A. s/ sumario" de 22-06-99).

En el caso, dada la utilización comercial del rodado objeto del seguro (vehículo de taxi, ver título del automotor de fs. 10 y contrato de seguro de fs. 11), lo que resulta evidente por sus propias características y además se justifica con el informe contestado por S.A.C.T.A. (Sociedad Argentina de Control Técnico de Automotores) (fs. 181), corresponde inferir que la indisponibilidad del importe de la indemnización impidió al actor la reposición del vehículo y consiguientemente su empleo para la finalidad lucrativa que estaba destinado, privándolo así de las ganancias expectables. Es por ello que corresponde que se indemnice por tal concepto, dado el carácter comercial para el que fue destinado el rodado (taxi) y no por el concepto privación de su uso, pues éste sólo contempla la indemnización por indisponibilidad del automotor. Véase, además, que en el contrato se previó no indemnizar por este último concepto (contrato de seguro, cláusula nº 21 de fs. 141), pero sí por el rubro lucro cesante (contrato de seguro, cláusula adicional nº 20 de fs. 144). En tal sentido, cabe estimar el agravio del actor en cuanto solicitó este rubro.

Para la determinación cuantitativa de la indemnización se tendrán en consideración las siguientes circunstancias concurrentes:

i) El valor de recaudación de un taxímetro por hora de trabajo informado por el Sindicato de Conductores de Taxis de la Capital Federal de fs. 189 era de \$ 15,74 a enero de 2006, la jornada por turno era de 8 horas diarias y los días laborales del mes eran 26.

ii) Según información brindada por la citada entidad para obtener un valor neto de recaudación deben descontarse los gastos de mantenimiento y explotación en un 30%.

iii) En este caso el actor admitió oportunamente al efectuar la denuncia del siniestro que en ocasión del hecho el vehículo era conducido por su padre, Juan Carlos Peñalva, quien tenía registro de conducir profesional (denuncia del siniestro de fs. 25 y fotocopia de licencia de conducir de fs. 27), lo que permite deducir que percibía alguna remuneración y conforme al Convenio Colectivo de Trabajo 436/06, esa retribución alcanzaría al 30% de la recaudación, lo cual también debe considerarse al fijar la indemnización.

iv) Aunque la indisponibilidad económica emergente del incumplimiento de la aseguradora se prolongó por un lapso inusual, superior a seis años, ello no implica que al fijar el resarcimiento deba considerarse tal término como base de un cálculo lineal. Es que luego de transcurrido un tiempo prudencial el damnificado, debiendo prever una extensión *sine die* de la situación, debió extremar los medios para evitar el incremento del daño, ora adquiriendo una nueva unidad ora adjudicando la licencia a algún otro vehículo arrendado al efecto. De otro modo podría darse la paradoja de que el hecho dañoso pueda llegar a convertirse en una fuente de lucro, situación que el derecho no ampara.

v) No pretendió el asegurado haberse hallado impedido de realizar cualquier actividad remunerativa que hubiere implicado aminorar el daño.

A ese respecto no debe desatenderse que el principio de buena fe implícito en las relaciones contractuales impone siempre un actuar diligente en orden a limitar las consecuencias dañosas de todo incumplimiento.

Así se ha expresado, bien que referido a situaciones de índole laboral, que el plus de daño que se incrementa durante el curso de los hechos derivado de la ausencia de la diligencia que debe emplear el actor con su fuerza de trabajo en realizar otras actividades generadoras de rédito, no resulta una consecuencia que deba ser indemnizada por el deudor, la aquí aseguradora (De Cupis, Adriano, "El daño", Ed. Bosch, España, 1975, págs. 283/7).

A mérito de todo ello, estableceré prudencialmente la indemnización por lucro cesante en la suma de treinta y tres mil seiscientos pesos \$ 33.600 (CPr., 165).

COLUMNA LEGISLATIVA

Legislación Nacional

Resolución 1474 de junio 13 de 2012 (DNRP) - **Registro de las Personas**. Migración. Pasaporte. Características del nuevo Pasaporte Electrónico. Arancel. Aprobación (B.O. 18-6-12).

Resolución 362 de junio 13 de 2012 (SEDRONAR) - **Salud Pública**. Medicamentos. Estupefacientes. Transporte. Protocolo para el control del Transporte de Precursores Químicos. Ámbito de Aplicación. Objetivos. Procedimiento. Aprobación (B.O. 18-6-12).

Resolución 111 de junio 14 de 2012 (UIF) - **Penal Especial**. Terrorismo. Proceso. Prevención del Lavado de Activos y de la Financiación del Terrorismo. Procedimiento sumarial. Reglamentación (B.O. 18-6-12).

Legislación de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Disposición 117 de junio 14 de 2012 (APA) - **Recursos Naturales**. Derecho Ambiental. Comercio e Industria. Evaluación de Impacto Ambiental. Procedimiento para la tramitación y obtención del Certificado de Aptitud Ambiental. Aprobación (B.O. 18-6-12).

Próximamente en nuestros boletines EDLA.

Con este alcance se dirimen en lo pertinente los recursos de ambas partes.

VIII. Por último, en cuanto a la forma en que han de calcularse los intereses, que fue objeto de agravio por parte de la compañía aseguradora, cabe señalar que han de devengarse desde la mora acaecida el 26-02-06, es decir a los 45 días luego de efectuada la denuncia del siniestro (12-01-06, ver fs. 25), L.S., 49 y 56, hasta su efectivo pago. Así la Corte Suprema de Justicia de la Nación –en un fallo reciente– descalificó un pronunciamiento en el que se había fijado un monto de condena a la fecha del pronunciamiento en una suma única, entendiendo que la decisión que impone abonar una indemnización "calculada a valores actuales", no puede suplir la consideración indispensable sobre la procedencia del pago de intereses moratorios, que sanciona el retardo en el cumplimiento de la prestación debida (CSJN, "Insauralde, Jorge c/ Transportes Olivos S.A.I.C.", del 24-04-07 y esta Sala en "Casa Otto Hess S.A. c/ Terumo Medical Corporation s/ ordinario", del 12-04-11, entre otros).

IX. Por ello corresponde confirmar la sentencia apelada en lo sustancial que decide, con las modificaciones que resultan de los considerandos VI, VII y VIII. Con costas de alzada a la demanda por resultar sustancialmente vencida (CPR, 68).

Así voto.

El Señor Juez de Cámara Doctor *Ángel O. Sala* dice:

Comparto los fundamentos vertidos por el Señor Juez preopinante por lo que adhiero a la solución por él propiciada. Voto, en consecuencia, en igual sentido.

Buenos Aires, 14 de diciembre de 2011.

Y Vistos:

Por los fundamentos del acuerdo precedente, se resuelve: confirmar la sentencia apelada en lo sustancial que decide, con las modificaciones que resultan de los considerandos VI, VII y VIII. Con costas de alzada a la demanda por resultar sustancialmente vencida (CPR, 68). El doctor Caviglione Fraga no interviene por haber renunciado y ser aceptada su renuncia (Decreto P.E.N. 1110/11, B.O. 27/07/11). Notifíquese a las partes por cédula a confeccionarse por secretaría. – *Miguel F. Bargalló*. – *Ángel O. Sala* (Sec.: Francisco Troiani).