Expte. N° 6788-2013 – "G. M. J. c/ D. D. A. y Otro/a s/daños y perj. autom. s/lesiones (exc. estado)" – CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE JUNÍN (Buenos Aires) - 09/03/2017

/NIN, a los 9 días del mes de Marzo del año dos mil diecisiete, reunidos en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Excma. **Cámara** de **Apelación** en lo **Civil** y **Comercial** de **Junín** Doctores RICARDO MANUEL CASTRO DURAN, GASTON MARIO VOLTA Y JUAN JOSE GUARDIOLA, en causa Nº JU-6788-2013 caratulada: "G. M. J. C/ D. D. A. Y OTRO/A S/DAÑOS Y PERJ. AUTOM. S/LESIONES (EXC. ESTADO)", a fin de dictar sentencia, en el siguiente orden de votación, Doctores: Guardiola, Castro Duran y Volta.-

La **Cámara** planteó las siguientes cuestiones:

1a.- ¿Se ajusta a derecho la sentencia **apelada**"

2a.- ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar"

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez Dr. Guardiola dijo:

I.- En la sentencia dictada a fs. 277288vta. la Sra. Jueza Dra. Morando hizo lugar con costas a la demanda que por daños y perjuicios entabló M. J. G. contra D. A. D., condenándolo al pago de las siguientes sumas: $ 67.195 en concepto de gastos de reparación de la Ford Eco Sport GIN592 + $ 1.000 por privación de uso + $ 20.000 en concepto de desvalorización venal, todas esas sumas con más intereses a la tasa pasiva modalidad digital o BIP desde la fecha del hecho (7/9/2013) y hasta el efectivo pago.

Hizo extensiva la condena a Nativa Compañía de Seguros SA , desestimando la declinación de cobertura que opusiera con base en la ebriedad del demandado aseguradora al contestar la citación del actor.

La sentenciante de grado efectuó diversas consideraciones (sobre el alcance de la culpa grave -señalando que no obra acreditado que el estado de embriaguez del Sr. D. sea configurativo de la misma-, la víctima como real beneficiaria del contrato de seguro automotor de carácter obligatorio, la aplicación de la ley de defensa del consumidor a la misma como persona expuesta, la seguridad jurídica y el alea -refiriéndose a la garantía de repetición en cabeza del asegurador y a la posibilidad de cálculo estadístico del actuar gravemente culposo del asegurado-), para concluir en la inoponibilidad al actor de la cláusula de exclusión identificada como CG-RC 2.1 ap. 18 .

Apelaron el pronunciamiento la parte actora y la citada en garantía (ver fs. 289 y 297)

Al expresar agravios, la Dra. Ivana por el actor critica el fallo en cuanto estableció por privación de uso la suma de $ 1000, sosteniendo que debió computarse todo el período en que el automóvil no fue reparado (1030 días) por lo que debe cuantificarse el rubro en $ 37.080. También cuestiona la tasa pasiva de interés dispuesta postulando se aplique la activa (ver fs. 307/311)

Por su parte, la Dra. Gribaudo, en representación de la aseguradora, en su memoria de fs. 313/332 dedica la mayor parte de su desarrollo argumental a rebatir los fundamentos de la sentenciante para no admitir su declinación de cobertura, afirmando en base a diversas razones que explica la oponibilidad de la cláusula de exclusión a la víctima del accidente. Subsidiariamente impugna la atribución de responsabilidad en cuanto no evaluó la incidencia causal del hecho de la víctima al circular por la ruta nacional n° 7 en proximidades del acceso a Chacabuco sin la precaución del caso existiendo cartel indicador de velocidad máxima de 40km/h y ser el embistente sobre el lateral del rodado de D., lo que demuestra el ingreso avanzado de éste en la intersección cuando se produce la colisión; los montos fijados por daño emergente cuando no existe constancia documental fehaciente de su determinación y supera con los intereses el valor de mercado del rodado, el error de haber adjudicado $ .1000 por privación de uso a gastos de reparación al no haberse acreditado gastos de movilidad y por desvalorización venal asignando un importe que a la fecha del hecho supera el 15% que estima la juzgadora por el rubro. Por último reprueba la modalidad digital de la tasa pasiva de interés dispuesta.

Ejercieron ambas recíprocamente su derecho a réplica (ver fs. 336/8 y 341/3) resistiendo las impugnaciones; en tanto el demandado D. no ejerció el mismo. Firme el llamado de autos para sentencia de fs. 345, se está en condiciones de resolver (art. 263 del CPCC).

II.- A. En ese menester, comenzando por la declinación de cobertura de la aseguradora resulta preciso señalar que tal como fue invocada la ebriedad del asegurado (tanto al rechazar el siniestro por CD de fs. 60/61 como en la contestación de fs. 126/132) se fundó en la cláusula de exclusión de cobertura o de "no seguro" o de "no garantía" que integraba las condiciones generales del contrato. "Siguiendo a Abbas, entendemos que "la ebriedad es una causal autónoma y distinta de la culpa grave, aún cuando algunos autores y alguna jurisprudencia la consideren una especie de aquélla" y que si bien "es cierto que el mismo hecho puede desencadenar la aplicación de ambas causales de exclusión de cobertura —aunque sea suficiente una sola para liberar al asegurador— sostener que son situaciones semejantes constituye un error de concepto. Y es que a diferencia de la culpa grave, las causales objetivas de exclusión de

cobertura como la ebriedad no requieren la prueba adicional de la representación del siniestro que debió haber tenido el asegurado o el conductor bastando con que el asegurador demuestre el extremo de que tal caso objetivo se dio en la realidad" (ABBAS, Ana, "Conducción en estado de ebriedad y cobertura", en RCyS 2013-VI, 197). En estos casos, la exclusión de cobertura funciona objetivamente, es decir, en abstracto, por el solo hecho de su configuración, tornando operativa la eximición de responsabilidad de la aseguradora" (CSJ Tucumán "Cevini Luis Ernesto c. Liderar Cía. Gral. de Seguros S.A." 06/08/2014 RCyS 2015-II, 277).

En este sentido dije "....Lo dicho obviamente no implica, como bien explica el autor uruguayo, desentenderse del papel causal que tal ingesta tuvo - como causa eficiente única o concurrente del siniestro- o no llegó a tener -por ser totalmente irrelevante en la causación (vg. embestido cruzando con la luz del semáforo en fase verde)- a los fines de establecer la responsabilidad **civil** o eximente que como partícipe del hecho le cabe (arts. 512,902, 906,1113,1111 y conc. del CCivil), o incluso agrego en materia de seguros al efecto liberatorio de la aseguradora establecido por los arts. 70 y 114 de la ley (esto es en cuanto al régimen legal de no cobertura o de caducidad del derecho a la indemnización), ya que lo contemplado es el dolo o la culpa grave como conducta en la provocación del siniestro.

Lo que en rigor significa es que si la póliza en virtud de la cual se aseguró un rodado incluye en su redacción una cláusula por la cual no corresponde indemnizar siniestros producidos o sufridos por el vehículo mientras fuere conducido en estado de ebriedad (caso de autos), la entidad aseguradora puede válidamente oponerse al pago de las indemnizaciones reclamadas por la víctima de un accidente si ha quedado comprobado el mismo. Ya que "al tercero damnificado le son oponibles todas las cláusulas, aún aquéllas que restrinjan o eliminen la garantía de indemnidad, sin distinguir en la naturaleza que éstas pudieran tener. Ello es así porque al prescribir el art. 118 de la ley 17.418 que "la sentencia que se dicte hará cosa juzgada respecto del asegurado y será ejecutable contra él en la medida del seguro " quiere significar que el tercero está subordinado, le son oponibles, lo afectan o se encuentra enmarcado por determinadas estipulaciones contractuales, aún cuando haya sido ajeno a la celebración del pacto (conf. Ac. 40.684, sent. del 2-V-1989; Ac. 65.395, sent. del 24-III-1998)" (SCBA Ac. 83.726 5/5/2004 ante un supuesto de falta de carnet habilitante).

Es que constituyendo una delimitación subjetiva del riesgo cubierto, tal conducta del asegurado como ha dicho Morandi (su voto in re Sorba Pedro E. c. Paraná SA de Seguros CNCom Sala B 9/9/1982 ED ED 102-812) "se toma en cuenta y es computada a los fines de la cobertura y consecuentemente del cálculo de la prima pues se halla en relación con la "posibilidad" de producción del siniestro y con su "intensidad". De ahí la trascendencia de la violación de la conducta antisiniestral exigida en el contrato por parte del asegurado (Monette,Villé y André "Traité des assurancesterrestres"Bruxelles, 1949,p. 409 y ssnum 298) la que nos lleva a aludir también al criterio contemplado en el art. 902 del cód. citado, cuando dispone que "cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos (conf. Halperin Seguros Buenos Aires, 1970,p. 607)". Por lo que acreditada la misma, de acuerdo a la interpretación literal o estricta de la cláusula (ver Stiglitz Ruben " Derecho de Seguros" To. I p. 620 y ss) nada más cabe indagar. Estamos claramente frente a una situación de no seguro (aunque algunos autores como p. ej. Soto " Cargas, Caducidades y Exclusiones de Cobertura en el contrato de Seguro" La Ley 2004-D-1176 no establezca distinciones con la caducidad por incumplimiento de una carga del asegurado ya que "no existe ningún supuesto de exclusión causal subjetiva de cobertura pactado por las partes que no se encuentre comprendido dentro de las previsiones del art. 36 de la ley de seguros"). De ninguna manera puede objetarse la validez de esa cláusula de exclusión específica fundada en una conducta determinada del asegurado, por no ser razonable o desnaturalizar los términos del contrato y la equivalencia de las prestaciones. Si como señala Barbato ("Exclusiones a la cobertura en el contrato de seguro" ED 136-547) "Las cláusulas de exclusión de cobertura deben ser razonables y responder a necesidades técnicas del seguro de que se trata. No deben erigirse en supuestos formales, en preceptos rituales vacíos de contenido razonable " aclarando que "tienen su razón de ser en la configuración del riesgo asegurado, cuyo diseño final se efectúa en función de la probabilidad e intensidad siniestrales" (en el mismo sentido, Stiglitz-Stiglitz, "Seguro contra la responsabilidad civil", n 137, p. 280 y sigtes. destacan que las llamadas cláusulas de no garantía "señalan hipótesis que, o bien resultan inasegurables, o bien son intensamente agravantes del riesgo y por ello son colocadas fuera de la cobertura"), nada más ajustado a esa finalidad que evitar poner en la cuenta de la mutualidad de asegurados un proceder que desorbita de un modo anormal (¿que más cercano al dolo que ponerse al volante de un automóvil en estado de ebriedad" razonó Malagarriga en el fallo plenario de la CNCom Carrasco ED 27-144 citado por el Dr. Roncoroni) el objeto propio del seguro y conducta con buena fe mínimamente esperable por parte del asegurado (art. 1197 y 1198 CCivil). Inimaginable resulta como se calcularía el riesgo y la prima si se tolerara la circulación por personas no habilitadas técnica - falta de licencia- o psicofísicamente -ebriedad- , pudiendo bien sostenerse que si se generalizaran esos comportamientos acabaríamos con el equilibrio económico-financiero, las bases del contrato y por ende no habría más seguro." (De mi voto en Expte. Nº 41657 Macetti Angela Maria y Canale Luis Américo c/ Branca Alberto Eduardo y La Mercantil Andina y otro s/ Daños y perjuicios" LS 47 n° 426 14/12/2006)

B. Ello así, entiendo se incurre en incongruencia si se analiza el mencionado dato fáctico en el marco de una defensa no opuesta, la culpa grave (art. 70 LS) cuyos extremos y alcances son diferentes (arts. 34 inc. 4, 163 inc. 6,164, 266,272 CPCC).

C. Hago esta aclaración, porque no obstante entender - y en esto coincido con la aseguradora recurrente- que "Las cláusulas de caducidad y supuestos de exclusión de cobertura del seguro, en la medida que no sean arbitrarios, operan como limitantes del acceso a la reparación integral de los terceros víctimas del siniestro; le son oponibles en virtud de los arts. 1195 y 1199 del Cód. **Civil**, 1021 y 1022 del Cód. **Civil** y **Comercial** y art. 118 de la ley 17.418" (Superior Tribunal de Justicia de la Pcia de Río Negro en autos "Pardo, Yesica Verónica c. García, Jorge y García, José Luis s/ daños y perjuicios" —en el caso, el asegurado circulaba sin licencia de conducir— el 12/04/2016 LLPatagonia 2016 (junio), 5; La Ley AR/JUR/ 18880/2016), en el marco decisorio antedicho adelanto existen razones de índole completamente distintas a las expuestas por la A.-quo que me llevan a proponer la confirmación del rechazo de la declinación de cobertura.

a) En efecto, antes de explicitar el por qué a mi parecer su declinación debe ser rechazada, estimo conveniente detenerme en dar los fundamentos por los cuales no comparto el criterio de la sentenciante de grado:

Se dijo en el fallo del STJ de Rio Negro:

"... por un lado los actores, al igual que el voto mayoritario de la **Cámara**, se enrolan en la corriente (también sostenida por algunas Salas de la **Cámara** Nacional en lo **Civil**) que convalida —por la función social que cumple el seguro obligatorio contra la responsabilidad civil— la inoponibilidad de la exclusión de cobertura frente a terceros damnificados.

Entre los fundamentos esgrimidos por quienes avalan esta postura están los siguientes: que la falta de licencia para conducir es una cuestión administrativa de importancia, y en determinados casos puede vincularse con una actitud de infracción reglamentaria, pero no excluye la cobertura de la compañía aseguradora; que la excepción no tiene los mismos efectos frente a la relación aseguradora - tercero víctima, ya que esta última es ajena al elemento subjetivo, que resulta inaplicable el concepto del efecto relativo de los contratos; que no es concebible la exclusión de la cobertura por falta de carnet habilitante en un régimen de seguro obligatorio (art. 68 Ley 24.449), donde la obligatoriedad no tiene en miras al tomador del seguro, sino la protección de todos aquellos que se hallan obligados al riesgo del tránsito vehicular y; asimismo, que es principio del derecho de seguros que en caso de duda acerca de la extensión del riesgo, debe estarse por la obligación del asegurador habida cuenta de que es quien se encuentra en mejores condiciones para fijar precisamente y de manera indubitada la extensión clara de sus obligaciones.

Más cercano en el tiempo se juzgó aplicable la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios (Ley 24.240) por la que deben juzgarse abusivas las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños (art. 37, inc. a). A ello se añade, por la modificación introducida por la Ley 26.361, en base a la figura del llamado “bystander”, que las víctimas de los accidentes de tránsito resultan consumidores en relación al asegurador del responsable, como sujetos expuestos a esa relación de consumo, por lo que les son inaplicables las disposiciones de los arts. 1195 y 1199 del Cód. **Civil**, en cuando sientan el principio del efecto relativo de los contratos.
Por otro lado, y en forma opuesta a la postura descripta, se encuentran quienes sostienen que las cláusulas de exclusión de cobertura son oponibles por regla a los terceros damnificados.

Este criterio que —desde ya anticipo— comparto, fue el escogido por la sentencia de Primera Instancia y por el voto minoritario de la sentencia de **Cámara**, y se ajusta —entre otros— al adoptado en el precedente “Díaz” (Se. N° 5/11-STJRN-) de este Superior Tribunal de Justicia (con integración distinta a la actual) y “Buffoni” (Se. del 08/04/2014), de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

A fin de reseñar los fundamentos que abastecen esta postura, considero adecuado hacer especial referencia al precedente antes mencionado del Máximo Tribunal Nacional.

Ello así, no sólo por la autoridad institucional del órgano judicial que lo ha dictado, sino también con un sentido pragmático que hace tanto a la seguridad jurídica como a la economía procesal. Sumado a ello, y a pesar de que el supuesto analizado por la CSJN no sea idéntico al de autos, se sintetizan allí los principales argumentos expuestos sobre este debate del derecho de seguros, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia que se enrolan en esta línea de pensamiento.

En tal cometido, se advierte que la Corte, in re: “Buffoni”, en primer lugar reafirma el principio de la relatividad de los contratos, al sostener que: “...sin perjuicio de señalar que el acceso a una reparación integral de los daños sufridos por las víctimas de accidentes de tránsito constituye un principio constitucional que debe ser tutelado, y que esta Corte Suprema ha reforzado toda interpretación conducente a su plena satisfacción, ello no implica desconocer que el contrato de seguro rige la relación jurídica entre los otorgantes (arts. 1137 y 1197 del Cód. **Civil**) y los damnificados revisten la condición de terceros frente a los mismos porque no participaron de su realización, por lo que si desean invocarlo

deben circunscribirse a sus términos (arts. 1195 y 1199 del Cód. **Civil**, voto del Juez Lorenzetti en la causa “Cuello” y Fallos: 330:3483)”.

Seguidamente, al hacer referencia a otro de los principios del derecho de seguros como lo es la función social, acotó de algún modo el alcance que debe darse al mismo al sostener: “Que la función social que debe cumplir el seguro no implica, empero, que deban repararse todos los daños producidos al tercero víctima sin consideración a las pautas del contrato que se invoca,...”.

Por otra parte ratifica de modo expreso el principio de la oponibilidad de las cláusulas del contrato de seguro a los damnificados cuando afirma: “...la oponibilidad de las cláusulas contractuales ha sido el criterio adoptado por el Tribunal en los supuestos de contratos de seguro del transporte público automotor (Fallos: 329:3054 y 3488; páginas 5/6 331:379, y causas 0.166. XLIII. “Obarrio, María Pía c. Microómnibus Norte S.A. y otros” y G.327.XLIII. “Gauna, Agustín y su acumulado c. La Economía **Comercial** S.A. de Seguros Generales y otro”, sentencias del 4 de marzo de 2008)”.

No es ajeno al presente examen que la Corte a su vez ha establecido que dicho principio puede encontrar excepción en aquellos casos en los que se constate la irrazonabilidad de lo previsto contractualmente; y así lo ha juzgado cuando, en el caso de las franquicias para el transporte ferroviario de pasajeros, las consideró abusivas y violatorias del derecho constitucionalmente garantizado de las víctimas a la reparación plena (CSJN, 20/10/2009, “Ortega, Diego Nicolás c. Transporte Metropolitano General Roca S.A.”, RCyS, 2009-XI, 112, LA LEY 12/11/2009, 6 - DJ, 30/12/2009, 3707).

Otro aspecto controvertido en autos y respecto del cual el Máximo Tribunal fijó posición en el aludido precedente “Buffoni”, es en cuanto de la inaplicabilidad de la Ley de Defensa del Consumidor, en los supuestos de las cláusulas de exclusión de cobertura. Dijo al respecto que “...no obsta a lo dicho la modificación introducida por la Ley 26.361 a la Ley de Defensa del Consumidor, pues esta Corte ha considerado que una ley general posterior no deroga ni modifica, implícita o tácitamente, la ley especial anterior, tal como ocurre en el caso de la singularidad del régimen de los contratos de seguro (M.1319.XLIV “Martínez de Costa, María Esther c. Vallejos, Hugo Manuel y otros s/ daños y perjuicios”, fallada el 9 de diciembre de 2009)”.

De tal manera, si para nuestro Máximo Tribunal Federal la Ley de Defensa del Consumidor es una ley general posterior respecto de la ley especial que regula el contrato de seguro y, por lo tanto, no la deroga ni la modifica, tácita ni implícitamente; como lógica consecuencia de adherir a tal posición, la figura del “bystander”, que la sentencia sub examine —en particular el voto dirimente— expuso como fundamento para la inoponibilidad de las cláusulas de exclusión de cobertura, no puede ser aplicable al caso en análisis.

Por último respecto al seguro obligatorio señala la Corte: “Que, por lo demás, cabe mencionar como pauta interpretativa que la resolución 34.225/2009 de la Superintendencia de Seguros de la Nación, que establece las condiciones de la cobertura mínima requerida por el art. 68 de la ley 24.449, aún cuando no resulta aplicable al caso por la fecha de su entrada en vigencia, prevé que el asegurador no indemnizará los daños sufridos por los terceros transportados en exceso de la capacidad del vehículo o en lugares no aptos para tal fin” (sic. “Buffoni”, considerando 13°). Es decir, más allá de su aplicación temporal o no al caso concreto, alude de forma expresa a la normativa que rige al seguro obligatorio, destacando que contempla precisamente las cláusulas de exclusión de cobertura, entre las que se encuentra en el Anexo I de la resolución 34.225/2009 de la Superintendencia de Seguros de la Nación, la planteada en los presentes autos.
Se rebate así el concepto sostenido en el voto mayoritario de la **Cámara**, cuando afirma que en el supuesto del seguro obligatorio (art. 68 Ley 24.449) la obligatoriedad no tiene en miras al tomador del seguro, sino la protección de todos aquellos que se hallan expuestos al riego del tránsito vehicular. (....)La doctrina que efectivamente se relaciona con el presente caso, por su analogía sustancial y/o identidad respecto de los hechos sometidos a decisión, es la emanada de este Superior Tribunal de Justicia —con otra integración— en el precedente “Díaz” (Se. 5/2011). Se dijo allí que las cláusulas de exclusión de cobertura pactadas en los contratos de seguro son —por regla— oponibles a terceros, lo cual se sustenta en el principio de la relatividad de los contratos; en la diferenciación entre las cláusulas de caducidad y cláusulas de exoneración; en la insuficiencia de las argumentaciones que pregonan la función social asignada al contrato de seguro; en que la cláusula de exclusión de cobertura debe ser aplicada conforme a lo dispuesto por los arts. 1195, última parte, 1197 y 1199 del Cód. **Civil** y constituye una obligación legal prevista en la ley de tránsito y que como tal, tiene vinculación y es obligatoria para el conductor; en el art. 118, párrafo tercero de la Ley 17.418 (responsabilidad del asegurador “En la medida del seguro”); en diversa jurisprudencia nacional y provincial entre la que se destaca el precedente “Martínez” (Se. del 09/06/2003, LA LEY Gran Cuyo, 2003-854) de la Corte Mendocina que, a su vez, es invocado por el recurrente como el adecuado para ser considerado en el caso sub examine.
Como corolario, se sostuvo en el precedente “Díaz” que la solución acordada por las instancias inferiores, que hicieran lugar a la exclusión de cobertura planteada por la citada en garantía, importaba no sólo una adecuada interpretación del contrato de seguro, sino también una correcta hermenéutica de los artículos 109 y 118 de la Ley 17.418, toda vez que se encuentra ínsita en ella la cuestión de las distintas limitaciones del seguro o exclusiones de responsabilidad, aún cuando se halle en vigencia el contrato

respectivo; o, mejor dicho, precisamente porque se halla en vigencia el contrato de seguro, es que deben tenerse en cuenta tales limitaciones o exclusiones de cobertura.
Tampoco el caso “Lucero” (Se. N° 50/13), resulta totalmente ajeno a la materia en examen, a pesar que se trató de una cuestión distinta a la discutida en los presentes, dado que en aquél, el conflicto a resolver se ciñó a determinar si el artículo 118-3 de la Ley de Seguros, en cuanto establece que la sentencia será ejecutable contra el asegurador “en la medida del seguro”, es oponible a la víctima de un accidente de tránsito. Tal así, por cuanto en esa oportunidad también se hizo expresa referencia al principio de relatividad de los contratos; a los arts. 1195 y 1199 del Cód. **Civil**; a los límites de la cobertura y al seguro obligatorio (art. 68 de Ley N° 24.449); todas cuestiones que han sido valoradas en los autos traídos a consideración de este Cuerpo, y que evidentemente se contraponen con los fundamentos del voto mayoritario de **Cámara**.
En el mismo sentido se ha sostenido en doctrina que: “Cuando la delimitación de ese riesgo es de naturaleza convencional, aparecen las llamadas cláusulas de exclusión de cobertura o de no seguro o no garantía. Estas cláusulas “señalan hipótesis que resultan inasegurables o, son intensamente agravantes del riesgo y, por ello son colocadas fuera de la cobertura. Otras veces constituyen simples menciones objetivas de lugares, personas o cosas, dirigidas a fijar ámbitos en los que operará el seguro (conf. Stiglitz-Stiglitz, “Seguro contra la responsabilidad civil”, Bs. As., A. Perrot, 1991, n° 137, p. 280 y ss.). “En otros términos, la delimitación del riesgo consiste en excluir o restringir los deberes del asegurador por la no asunción de alguno o algunos riesgos; implica un no seguro, ausencia de tutela o garantía, la existencia de daños no asumidos” (conf. Soler Aleu, Amadeo, El nuevo contrato de seguros, Bs. As., ed. Astrea, p. 66). “Existe consenso en que la extensión del riesgo y los beneficios otorgados deben ser interpretados literalmente, ya que lo contrario provocaría un grave desequilibrio en el conjunto de operaciones de la compañía” (conf. Halperín, Isaac, Seguros, 2ª ed., actualizada por JCF. Morandi, Bs. As., Depalma, t. II, p. 503 y ss.).
Para finalizar, y sólo a mayor abundamiento señalo que el principio de relatividad de los contratos no ha sufrido alteración en el nuevo Cód. Civ. y Com. de la Nación aprobado por Ley 26.994 y actualmente en vigencia.
Así, en el artículo 1021 se establece la regla general aludida, puntualizando específicamente que “los contratos sólo tienen efecto entre las partes contratantes, no lo tienen respecto de terceros, excepto en los casos previstos por la ley”. Y en el 1022, se regula la situación de los terceros en los siguientes términos: “El contrato no hace surgir obligaciones a cargo de terceros, ni los terceros tienen derecho a invocarlo para hacer recaer sobre las partes obligaciones que éstas no han convenido, excepto disposición legal”.
Por consiguiente, el criterio al que adhiero y en base al cual propiciaré la revocación de la sentencia venida en recurso, se sostiene también inclusive —con más claridad— en la letra del nuevo Cód. Civ. y **Comercial**.
Con fundamento en la posición adoptada, y como corolario de lo hasta aquí expuesto cabe señalar que los términos del contrato de seguro, en los que se incluyen las cláusulas de caducidad y los supuestos exclusión de cobertura, en la medida que no resulten arbitrarios, operan como limitantes del acceso a la reparación integral de los terceros víctimas del siniestro; en tanto les son oponibles, en los términos de los arts. 1195, 1199 del Cód. **Civil** anterior y arts. 1021 y 1022 del actual y art. 118 de la Ley 17.418....."
En este mismo sentido expresé en Expte N°: 48237 "Gimenez Lucio Andres C/ Pagella Javier S/ Daños y Perj." LS 54 n° 36 del 19/3/2013: "En cuanto a su oponibilidad recordemos que entre la aseguradora y el tercero damnificado no existe ningún nexo, la relación contractual es absolutamente independiente y sólo enlazada por el sistema instituido por la ley 17.418. El contrato de seguros no constituye una estipulación a favor de terceros porque es celebrado en interés del asegurado (art. 109 LS; SCBA diciembre 28 de 1993 "Binci de Fernández Ofelia Magdalena c. Aude Juan Carlos y otro. Daños y perjuicios, ED 30 de septiembre de 1994 con nota de Meilij, Gustavo Raúl, "La relación entre el damnificado y el asegurador del victimario"). Por lo tanto, se trate de un supuesto legal (suspensión por falta de pago de la prima art. 31 LS) o una cláusula contractual de exclusión de cobertura (no una hipótesis de caducidad) se está imponiendo una sanción (en el supuesto que nos ocupa una pena privada realizadora del principio del principio "exceptio non adimpleticontractus" SCBA, Ac 77353 S 9-11-2005; C 97868 S 18-5-2011) cuando no se cumple una carga o un deber relativo al mantenimiento del seguro o del estado del riesgo, consistente (normalmente) en la pérdida (total o parcial) del derecho a la indemnización comprometida por el asegurador Objetivamente se impone esta condición como presupuesto de procedencia del cumplimiento de la obligación del asegurador (artículo 56 de la ley 17.418). Este condicionamiento impuesto en la ley o en la convención, no resulta abusivo, ni leonino, ni inmoral, ni contrario a la Constitución, ni a la ley de seguros y su espíritu, ni a la ley de defensa del consumidor.
Respecto a esta última, cuyo amparo tuitivo procura el recurrente, no puede considerarse al damnificado como usuario o consumidor directo en la relación asegurativa, y aún comprendiéndolo como persona de cualquier manera expuesta a una relación de consumo (art. 1 de la ley 24240) carece de todo derecho a una protección mayor y autónoma. Por más que la ley haya impuesto este seguro en miras al interés superior que en materia de accidentes de tránsito es reparar los daños causados a terceros, estos están subordinados, les son oponibles, los afectan o se encuentran enmarcados en determinadas estipulaciones contractuales y previsiones legales, aún cuando hayan sido ajenos a la celebración del contrato. Por ello deben aceptar todos los términos del contrato de seguro y su régimen, aún eliminen o restrinjan la garantía de indemnidad, incluyéndose la defensa basada en exclusión (suspensión) de

cobertura. En este sentido La Corte ha dicho que "Si bien el art. 68 de la ley 24.449 impone la obligación de asegurar todo automotor, deja a salvo la estipulación de las condiciones del contrato de seguro a lo que fije la autoridad en materia aseguradora. La obligatoriedad del seguro no impide invocar la franquicia al damnificado, pues al decidir de ese modo, se prescindió de lo dispuesto por el art. 118 tercera parte de la ley 17.418 que establece que la sentencia de condena contra el responsable **civil** será ejecutable contra el asegurador "en la medida del seguro "("Villareal", 29/08/2006, LA LEY 2006-F, 3). ...."

b) Ahora bien, partiendo entonces de la oponibilidad de la cláusula CG-RC 2.1 inc. 18, la misma establece en relación a la ebriedad que se entiende que una persona se encuentra en ese estado si se niega a practicar el examen de alcoholemia o si el mismo arroja "un resultado igual o superior a un gramo de alcohol por mil gramos de sangre al momento del accidente"

Esta previsión contractual - independientemente de lo que disponga la normativa de tránsito para conducir, que como se sabe es más exigente- fue la invocada a los fines del rechazo y la aseguradora debía demostrar, en forma categórica, que el demandado asegurado se encontraba incurso por encima de ese nivel de alcohol.

Y en eso fracasó toda vez que si bien es cierto la Delegación Dptal. Policía Científica determinó una concentración en el Sr. D. de 1,60 grs/litro (ver fs. 109 IPP), la Asesoría Pericial Área Toxicológica - de mayor especialidad técnica- la estableció en 0,76 g/l (ver fs. 107 y 125/6 IPP), es decir por debajo del rango fijado. No habiéndose así comprobado de un modo fehaciente y sin hesitaciones que superaba la cantidad de alcohol en sangre que hiciera operativa la cláusula esgrimida por la citada en garantía como imperativo de su propio interés, debe hacerse cargo de las consecuencias de tal insatisfacción probatoria (art. 375 CPCC).

III.- Despejada esa cuestión, cobran actualidad los restantes agravios de la aseguradora. Prosigo así con el cuestionamiento que hace a la responsabilidad asignada.

Ningún eximente o atenuante encuentro a la misma. Es indudable la prioridad que le asistía al actor al circular por la ruta nacional n° 7 en relación a cualquier vehículo que desde un acceso perpendicular quisiera cortar o ingresar a la misma. Existía también una señal de detención para vehículos que egresan por Elguea Román (pericia mecánica fs. 182vta. punto 3) - art. 41 ley 24449- Ni el ordenamiento de tránsito ni el sentido común confiere relevancia a la preferencia de hecho que es la que invoca la recurrente basada precisamente en que desobedeciendo el derecho de paso de la contraria se interpusiera en su línea de marcha. En este sentido expresó el perito Ing. Díaz "En el instante que el Fiesta se ubica sobre la primera mano de la calzada, el Eco Sport se posicionaba a unos 60 mts aproximados, transitando por la mano que seguidamente invade el Fiesta, colisionando frontalmente en parte trasera. La invasión de mano por donde circulaba el Eco Sport resulta temeraria e imprudente, visto la corta distancia verificada en la filmación..."(fs. 212). Por otra parte en cuanto a la velocidad del actor, cabe decir que sin perjuicio de no haber podido determinarse numéricamente, el mismo experto señaló "no fue excesiva, atendiendo que su ubicación no superó la línea de posición final del Ford Fiesta. También los daños así lo revelan" (el mismo informe fs. 212 vta.)

Con esta plataforma fáctica ningún eximente fracturario siquiera en forma parcial es posible encontrar a la responsabilidad objetiva por riesgo de la cosa abierto por la conducta del demandado (arts. 1113 y 901 CCivil, art. 7 CCCN)

IV.- Ya en materia resarcitoria,

1) el daño emergente por costo de reparación de la Ford Eco Sport se ajusta a los presupuestos acompañados (ver fs. 263 y 264) que aunque no fueron reconocidos fueron considerados por el perito ingeniero Diaz como aceptables en sus valores, correspondiéndose a los daños provocados al rodado (ver fs. 182vta.). Por otra parte la aseguradora al declinar de su cobertura no cuestionó subsidiariamente, como ahora lo hace, la estimación actoral ni ofreció prueba al respecto. Su observación en cuanto a la adición de intereses obedece al tiempo transcurrido desde el hecho hasta el momento de la traducción dineraria del perjuicio. Propicio por ello su confirmación (arts. 165 CPCC, 1068 y 1094 CCivil).

2) Respecto al rubro privación de uso, comparto la tesis doctrinaria y jurisprudencial que considera que "La sola privación de uso de un vehículo durante un lapso de tiempo, constituye de por sí un perjuicio susceptible de ser indemnizado, no siendo impedimento para ello la falta de recibos o documentos probatorios, ya que se presume, en principio, que quien tiene y usa un automotor, lo hace para llenar una necesidad; presunción que en el caso no ha sido desvirtuada por elemento alguno" (JUBA B5019938 CC0002 LZ 40007 17/10 S 23/02/2010; Trigo Represas-Compagnucci de Caso "Responsabilidad **civil** por accidentes de automotores" To. 2 Hammurabi p. 344 y ss).

Se ha dicho en algunos fallos que el daño no resulta de la inmovilidad del automóvil siniestrado, sino del dinero que su usuario debió emplear para reemplazarlo normalmente; considero que su acreditación (tanto del tiempo de indisponibilidad como de las erogaciones que provocó ella) hace a la magnitud del daño y no a la existencia y certeza de su ocurrencia. Así como en gastos médicos no se exige la prueba ineludible a través de comprobantes acreditada la lesión física y la necesidad de tratamiento, lo mismo

acontece aquí y en mayor medida donde la exigencia de trasladarse a distintos sitios en la vida cotidiana es lo que sucede según curso ordinario y normal de los sucesos y los desembolsos en transporte público, remises o taxis, en general, no son documentados. Ello en modo alguno significa que se lleve a convertirlo en fuente de enriquecimiento, lo que a mi modo de ver implicaría reconocerlo por fuera del período necesario para su reparación o reemplazo. Extenderlo más allá de ese tiempo avalaría - en la medida que no se requiera demostrar la imposibilidad de afrontar su costo- un agravamiento del daño por parte de la víctima y cargar en la cuenta del responsable un perjuicio que no está en adecuada relación causal, ya que salvo casos de excepción quien no posee un vehículo propio ajusta el desarrollo de sus actividades a esa circunstancia. En este sentido, leemos en Areán Beatriz ("Juicio por accidentes de tránsito" To. 4A Ed Hammurabi p. 105/107 y jurisprudencia allí citada): "a los fines de valorar la extensión de la indisponibilidad y de determinar el monto del resarcimiento por la privación de uso del automotor dañado en un accidente de tránsito, debe computarse únicamente el lapso que razonablemente debió insumir la reparación del vehículo, ateniéndose a lo que surja del informe pericial, más el que pueda implicar la búsqueda de presupuestos y la espera de un turno en el correspondiente taller...sin calcular, en principio la eventual demora en el arreglo por la falta de diligencia del damnificado o por imposibilidad económica de afrontar su pago" (pues en esta última hipótesis " no se estaría ante consecuencias mediatas del daño provocado por el accidente").

En el mismo sentido Trigo Represas- Compagnucci de Caso obra citada p. 352 y la abundante jurisprudencia citada en Daray Hernán " Derecho de daños en accidentes de tránsito Astrea To. 2 p. 120 y ss. Y Zavala de Gonzalez Matilde ("Resarcimiento de daños" To. 1p. 112/113): "no puede ser relevante para aumentar el monto indemnizatorio la inacción, pasividad o inercia injustificadas de la víctima que deja prolongar el daño, determinando así su agravió, si le hubiese sido razonablemente posible la adopción de recaudos que evitaran la permanencia de la situación perjudicial .... Por tal razón no sería aceptable cualquier tiempo de privación de uso, si el exceso guarda vinculación con la postergación en la promoción de la demanda, o si el damnificado no arregla el bien dañado a pesar de contar con recursos para ello, o en su defecto, no hace saber a la otra parte que no tiene medios para solventar los arreglos".

Ello así, habiendo establecido el experto ese plazo razonable en 25 días (ver fs. 182 vta punto 7), y teniendo en cuenta el momento en que se habrían efectuado esos desembolsos a fines sustitutivos en que se tradujo jurídica y dinerariamente el perjuicio entiendo adecuada la suma fijada en primera instancia.

3) En cuanto al concepto "desvalorización venal", el perito concluyó que con las reparaciones el valor del rodado en el mercado tendría una depreciación del 15%

A los fines de estimar judicialmente el monto del perjuicio de un modo razonable y que se corresponda con la realidad, si consultamos http://www.dnrpa.gov.ar/portal_dnrpa/valuaciones. php observamos que al año 2013 (fecha del accidente) una Ecosport 1,6 XL plus modelo 2007 tenía un precio de $ 68.000 por lo que el 15% de depreciación era de $ 10.200. Consecuentemente es a dicho importe al que debe reducirse la indemnización fijada (arts. 1068, 1069 CCivil).

V.- Resta el tópico de los intereses, de cuya tasa ordenada ambos recurrentes se disconforman.

Si bien es cierto que el máximo tribunal provincial ha resuelto invariablemente, sentando de tal modo doctrina legal, que a los créditos reconocidos judicialmente que estén pendientes de pago, debe aplicárseles la tasa de interés que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en los depósitos a treinta días, vigente durante los distintos períodos de aplicación; no es menos cierto que, como nada impide seleccionar la tasa pasiva de mayor rendimiento, es válido, en tanto sea mayor, tomar aquella que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones a plazo fijo a treinta días, respecto a fondos captados en forma "digital", es decir a través del sistema Home Banking de la entidad, que se denomina **comercialmente** Banca Internet Provincia o BIP, en su modalidad tradicional (la que impide cancelar anticipadamente).

Ese mayor precio del dinero obedece sin lugar a dudas a una disminución del costo operativo por la forma de contratación. Y judicialmente el deudor no tiene porqué beneficiarse de un costo operativo que no soporta (arts. 622 C.Civil de Vélez; 7 y 768 C.C.C.N.).

Este criterio adoptado ya por el tribunal desde el caso Remy c/ Viora LS 55 n° 213, ha sido admitido por nuestro Superior a partir del fallo Rl 118615 I 11/03/2015 "Zocaro, Tomas Alberto contra Provincia A.R.T. S.A. y otro/a. Daños y perjuicios"; cfme reseña en JUBA B3550772 , e incluso convalidado con mayores alcances en las causas B 62488 "UbertalliCarbonino Silvia c/ Municipalidad de Esteban Echeverría. Demanda Contencioso administrativa" el 18/5/2016 y C 119.176 "Cabrera Pablo David c/ Ferrari Adrián Rubén. Daños y Perj." el 15/6/2016 al disponerse en las mismas que han de liquidarse según "la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Pcia. de Bs. As. en sus depósitos a treinta (30) días" Y es de esta última forma - que puede o no coincidir en sus distintos períodos de aplicación con la digital- en que deberán liquidarse.

ASI LO VOTO.

Los Señores Jueces Dres. Castro Durán y Volta, aduciendo análogas razones dieron sus votos en igual sentido.-

A LA SEGUNDA CUESTION, el Señor Juez Dr. Guardiola, dijo:

Atento el resultado arribado al tratar la cuestión anterior, preceptos legales citados y en cuanto ha sido materia de recurso -artículos 168 de la Constitución Provincial y 272 del CPCC-

Corresponde:

1) CONFIRMAR por distintos fundamentos el rechazo de la declinación de cobertura de la aseguradora y la atribución de responsabilidad.

2) CONFIRMAR los montos fijados por gastos de reparación - daño emergente y privación de uso y reducir el importe por depreciación de valor a $ 10.200.

3) MODIFICAR los intereses dispuestos que serán calculados según la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Pcia. de Bs. As. en sus depósitos a treinta (30) días".

4) Las costas de Alzada se imponen a la aseguradora vencida (art. 68 del CPCC). Difiérese la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad (arts. 31 y 51 de la ley 8904).

ASI LO VOTO

Los Señores Jueces Dres. Castro Durán y Volta, aduciendo análogas razones dieron sus votos en igual sentido.-

Con lo que se dio por finalizado el presente acuerdo que firman los Señores Jueces por ante mí

FDO: JUAN JOSE GUARDIOLA - RICARDO MANUEL CASTRO DURAN - GASTON MARIO VOLTA

ANTE MI, DRA. CRISTINA L. SANTANNA (Auxiliar Letrada).-

//NIN, (Bs. As.), 9 de Marzo de 2017.

AUTOS Y VISTO:

Por los fundamentos consignados en el acuerdo que antecede, preceptos legales citados y en cuanto ha sido materia de recurso -artículos 168 de la Constitución Provincial y 272 del C.P.C.C.-, se resuelve:

1) CONFIRMAR por distintos fundamentos el rechazo de la declinación de cobertura de la aseguradora y la atribución de responsabilidad.

2) CONFIRMAR los montos fijados por gastos de reparación - daño emergente y privación de uso y reducir el importe por depreciación de valor a $ 10.200.

3) MODIFICAR los intereses dispuestos que serán calculados según la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Pcia. de Bs. As. en sus depósitos a treinta (30) días".

4) Las costas de Alzada se imponen a la aseguradora vencida (art. 68 del CPCC). Difiérese la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad (arts. 31 y 51 de la ley 8904).
Regístrese, notifíquese y oportunamente remítanse los autos al Juzgado de Origen

FDO.: JUAN JOSE GUARDIOLA - RICARDO MANUEL CASTRO DURAN - GASTON MARIO VOLTA

ANTE MI, DRA. CRISTINA L. SANTANNA (Auxiliar Letrada)

Citar: elDial.com - AA9DA9

Publicado el 21/03/2017