

**Voces:** APLICACION DE LA LEY ~ APLICACION DE LA LEY EN EL TIEMPO ~ CLAUSULA ABUSIVA ~ CLAUSULA NULA ~ COBERTURA DEL SEGURO ~ CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION ~ DAÑOS Y PERJUICIOS ~ FACULTADES DE LOS JUECES ~ FORMULA MATEMATICA ~ INCAPACIDAD SOBREVINIENTE ~ INDEMNIZACION ~ INTERESES ~ LEY DE SEGUROS ~ ORDEN PUBLICO ~ SEGURO ~ SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL ~ TASA ACTIVA ~ VALUACION DEL DAÑO

**Tribunal:** Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H(CNCiv)(SalaH)

**Fecha:** 26/10/2015

**Partes:** González, Ulises Ricardo c. Castillo, Raúl Manuel y otros s/ daños y perjuicios (acc. trán. c/ les. o muerte)

**Publicado en:** RCyS2016-II, 255

**Cita Online:** AR/JUR/48583/2015

### **Hechos:**

Un hombre inició acción por los daños sufridos como consecuencia de un accidente de tránsito. El juez hizo lugar a la demanda. Las partes apelaron y la Cámara elevó los montos indemnizatorios y declaró la nulidad de la cláusula del contrato de seguro referente al límite de cobertura.

### **Sumarios:**

1. La cláusula de exclusión o limitación de responsabilidad prevista en un contrato de seguro obligatorio es nula debiendo tenérsela por no convenida pues esta, en razón de su exíguo monto - en el caso, de \$ 90.000- resulta irrazonable y abusiva, gravosa, restrictiva y leonina, contraponiéndose con una norma de orden público que establece la obligatoriedad de un seguro de responsabilidad civil contra terceros y desnaturalizando el fin protectorio previsto por la ley al trasladar sus efectos a los damnificados.

### **Jurisprudencia Relacionada(\*)**

#### **Ver Tambien**

[Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, "García, Diego Edgardo Francisco c. Velázquez Sosa, José Osmar y otro s/ daños y perjuicios \(acc. trán. c/ les. o muerte\)", 09/05/2011, La Ley Online AR/JUR/24782/2011.](#)

(\*) Información a la época del fallo

2. A fin de lograr la reparación plena de la víctima de un hecho ilícito resulta adecuado el empleo de fórmulas matemáticas, para tratar de reflejar de manera más exacta posible el perjuicio patrimonial experimentado, debiendo ponderarse los ingresos acreditados de la víctima, las tareas desarrolladas al momento del hecho y las posibilidades de ingresos futuros, obteniéndose una suma que invertida en alguna actividad productiva le permita obtener una renta mensual equivalente a los ingresos frustrados por el ilícito, de manera que el capital de condena se agote al final del periodo de vida económica activa del damnificado, pero ello no tiene por qué atar al juzgador, sino que ella servirá simplemente como pauta orientadora para un resarcimiento pleno, a partir de la cual el juez puede y debe realizar las correcciones necesarias atendiendo a las particularidades del caso concreto .

### **Jurisprudencia Relacionada(\*)**

#### **Ver Tambien**

[Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Gualeguaychú, sala I, "Bos, Silvia Esther c.](#)

[Fariña Regazzi, Diego Rodrigo y Otros s/ Ordinario. Daños y perjuicios” , 26/08/2015, La Ley Online AR/JUR/30637/2015.](#)

(\*) Información a la época del fallo

3. Respecto de los intereses correspondientes a una indemnización de daños debe aplicarse la pauta establecida en el art. 768 inc. c del Código Civil y Comercial desde el 1/08/2015 y hasta el efectivo pago, pues tratándose de una consecuencia de una relación jurídica existente, debe aplicarse la nueva ley - en el caso, el nuevo Código Civil y Comercial- a partir de la entrada en vigencia.

#### **Jurisprudencia Relacionada(\*)**

##### **Ver Tambien**

[Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, “Bianchi, Marcela Andra c. Ente Nacional Regulador de Agua y Saneamiento ERAS y y otro s/ Daños y perj. Ordinario” , 26/10/2015, La Ley Online AR/JUR/47674/2015.](#)

(\*) Información a la época del fallo

**Texto Completo:** 2<sup>a</sup> Instancia.- Buenos Aires, octubre 26 de 2015.

La doctora Abreut de Begher dijo:

I) Contra la sentencia obrante a fs. 303/310, en la que se hizo lugar a la demanda promovida por Ulises Ricardo González contra Raúl Manuel Castillo y, en consecuencia, se condenó a este último y a Liderar Compañía de Seguros Generales SA a abonarle al primero la suma de \$106.000 más intereses y costas, apelaron la parte actora a fs. 311, la citada en garantía a fs. 315, recursos que fueron concedidos a fs. 312 y 316, respectivamente.

A fs. 339/342 expresó agravios la parte actora, mientras que la citada en garantía lo hizo a fs. 344/354. Corrido el traslado de ley, la primera contestó a fs. 356/361. En consecuencia, las partes se encuentran en condiciones para que sea dictado un pronunciamiento definitivo.

II) La parte actora se queja de los montos establecidos para resarcir las partidas por incapacidad física, daño moral y gastos farmacéuticos. A su tiempo, la citada en garantía pide que la condena se limite a lo estipulado en el contrato. Luego, se agravia de las sumas fijadas por incapacidad física y daño moral. Finalmente, solicita que se establezca la tasa pasiva de interés y costas a la actora.

III) Partidas indemnizatorias a) Incapacidad física El juez otorgó por la partida la suma de \$70.000. La parte actora considera que la suma es escasa. Realiza un resumen de los hitos médicos más trascendentes. Afirma que la suma de \$3.043 que se ha establecido por punto de incapacidad, es por demás baja si se tienen en cuenta las características de la víctima. Recuerdo que cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas en forma permanente, esta incapacidad debe ser objeto de reparación al margen de lo que puede corresponder por el menoscabo de la actividad productiva y por el daño moral, pues la integridad física tiene por sí misma un valor indemnizable y su lesión comprende a más de aquella actividad económica, diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, cultural o social con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida (CSJN, "Pose, José D. c. Provincia de Chubut y otra", 01/12/1992, Fallos: 315:2834).

Así, se entiende por incapacidad cualquier disminución física o psíquica, que afecte la capacidad productiva o que se traduzca en un menoscabo en cualquier tipo de actividad que la víctima de un evento

dañoso desarrollaba con la debida amplitud y libertad (conf. BELLUSCIO, Cód. Civil Comentado. Anotado y Concordado, t. 5, p. 219 nro. 13; MOSSET ITURRASPE, Jorge y ACKERMAN, Mario E., El valor de la vida humana, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2002, p. 63 y 64).

Por ello, la reparación comprende no solo el aspecto laborativo, sino también todas las consecuencias que afectan la personalidad íntegramente considerada. En general, se entiende que hay incapacidad sobreviniente cuando se verifica luego de concluida la etapa inmediata de curación y convalecencia y cuando no se ha logrado total o parcialmente el restablecimiento de la víctima (ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, Resarcimiento de daños, 2ª ed., "Daños a las personas", p. 343).

En tal sentido es uniforme la jurisprudencia en el sentido que la finalidad de la indemnización es procurar restablecer exactamente como sea posible el equilibrio destruido por el hecho ilícito, para colocar a la víctima a expensas del responsable, en la misma o parecida situación patrimonial a la que hubiese hallado si aquél no hubiese sucedido. Justamente, cuando al fijar los montos se establecen sumas que no guardan relación adecuada con la magnitud del daño y con las condiciones personales de la víctima, se autoriza un enriquecimiento sin causa de la víctima, con el correlativo empobrecimiento del responsable (conf. Cciv. y Com. Morón, Sala 2, 4/2/99, "M., S. M. c. Empresa línea 216 S.A. de Transportes "). Se ha insistido recientemente, más aún desde la sanción del Cód. Civil y Comercial - especialmente me refiero al art. 1746- , que para el cálculo de las indemnizaciones por incapacidad o muerte, debe partirse del empleo de fórmulas matemáticas, que proporcionan una metodología común para supuestos similares.

Nos ilustran Pizarro y Vallespinos que "No se trata de alcanzar predicciones o vaticinios absolutos en el caso concreto, pues la existencia humana es por sí misma riesgosa y nada permite asegurar, con certidumbre, qué podría haber sucedido en caso de no haber ocurrido el infortunio que generó la incapacidad o la muerte. Lo que se procura es algo distinto: efectuar una proyección razonable, sin visos de exactitud absoluta, que atienda a aquello que regularmente sucede en la generalidad de los casos, conforme el curso ordinario de las cosas.

Desde esta perspectiva, las matemáticas y la estadística pueden brindar herramientas útiles que el juzgador en modo alguno puede desdeñar" (PIZARRO, Obligaciones, Hammurabi, T. 4, p. 317).

Es que no debe olvidarse que el principio de reparación integral, ahora denominado de "reparación plena" (conf. art. 1740 CCC) - que, como lo ha declarado reiteradamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tiene status constitucional (Fallos, 321:487 y 327:3753, entre otros)- importa, como lógica consecuencia, que la indemnización debe poner a la víctima en la misma situación que tenía antes del hecho dañoso (art. 1083 CC).

Resulta adecuado a esos efectos el empleo de cálculos matemáticos para tratar de reflejar de la manera más exacta posible el perjuicio patrimonial experimentado por el damnificado. Para utilizar criterios matemáticos, debemos ponderar los ingresos de la víctima - acreditados en el expediente- , las tareas desarrolladas al momento del hecho, cuales se vio impedido de seguir realizándolas y las posibilidades de ingresos futuros, suma final que invertida en alguna actividad productiva, permita a la víctima obtener una renta mensual equivalente a los ingresos frustrados por el ilícito, de manera que el capital de condena se agote al final del periodo de vida económica activa del damnificado.

Así se tiene en cuenta, por un lado, la productividad del capital y la renta que puede producir, y por el otro, que el capital se agote o extinga al finalizar el lapso resarcitorio (ZAVALA DE GONZÁLEZ, Resarcimiento de daños. Daños a las personas, Hammurabi, 1993, T. 2a, p. 523).

Si bien existen diversas fórmulas de cálculo (ej. "Vuoto", "Marshall", "Las Heras-Requena", etc.) se trata en

esencia de la misma fórmula, con variantes, para obtener el valor presente de una renta constante no perpetua (ACCIARRI, Hugo - TESTA, Matías I., "La utilidad, significado y componentes de las fórmulas para cuantificar indemnizaciones por incapacidad y muertes", La Ley del 9/2/2011, p. 2).

Ahora bien, ese cálculo no tiene por qué atar al juzgador, sino que conduce únicamente a una primera aproximación, o sea, una base, a partir de la cual el juez puede y debe realizar las correcciones necesarias atendiendo a las particularidades del caso concreto (PIZARRO-VALLESPINOS, op. cit., T 4, p. 318; ZAVALA DE GONZÁLEZ, op. cit., T. 2a, p. 504).

Por ende, no corresponde otorgar a la víctima, sin más, la suma que en cada caso resulte de la aplicación rígida de la fórmula mencionada, sino que ella servirá simplemente como pauta orientadora para un resarcimiento pleno. En ese contexto, tengo en cuenta que, como consecuencia del accidente, el actor fue trasladado al Hospital Schestakow.

Según lo que surge de fs. 251, sufrió traumatismos en varias partes del cuerpo (trauma de cráneo sin pérdida de conocimiento, trauma cervical, trauma de pierna, trauma en miembro superior derecho, excoriaciones varias).

Fue atendido por guardia, le hicieron screening radiográfico que arrojó fractura de brazo derecho (húmero), con colocación de yeso para inmovilizarlo. Tuvo el yeso por 45 días. Fue intervenido quirúrgicamente el 17 de diciembre de 2010. Siguió con tratamiento de rehabilitación. Todo ello le dejó una secuela de tumefacción en brazo derecho y limitación funcional, artralgia de codo derecho, contracturas en dicha región, siendo el miembro superior hábil, no pudiendo realizar fuerza ni levantar objetos, por dolor y contracturas en brazo y antebrazo, por lo que no puede realizar deportes.

También presentó cicatriz en el brazo de 9 cm por 0.5 cm. Se determinó una incapacidad del 23%. En la faz psíquica, no se encontraron secuelas incapacitantes (fs. 248/249). Con esos parámetros médicos y valorando que la víctima tenía 31 años al momento del hecho, con estudios primarios finalizados (fs. 245), que trabajaba de albañil (fs. 19 y 20 del BLSG), que era soltero, considero que la suma es un tanto escasa y que debe elevarse a la de \$130.000.

b) Daño moral. El magistrado fijó la suma de \$35.000 para resarcir este ítem. Debo indicar que participo de la postura doctrinaria y jurisprudencial que considera la indemnización por daño moral, de carácter resarcitorio, y no sancionatorio, pudiendo no guardar relación alguna con la fijación de la incapacidad sobreviniente, dado que puede existir con independencia del mismo (v. ORGAZ, El daño resarcible, 1967).

El daño moral es una afección a los sentimientos de una persona, que determina dolor o sufrimiento físico, inquietud espiritual o agravio a las afecciones legítimas, y en general toda clase de padecimientos susceptibles de apreciación pecuniaria (Conf. BUSTAMANTE ALSINA, Teoría de la responsabilidad civil, p. 205; ZAVALA DE GONZÁLEZ en HIGHTON (dir.), BUERES (coord.), Cód. Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, tomo 3A, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 172).

Respecto de la prueba del daño moral, se ha dicho que: "cuando el daño moral es notorio no es necesaria su prueba y quien lo niegue tendrá sobre sí el onus probandi. Fuera de esta situación, esta clase de daño, como cualquier otra, debe ser objeto de prueba por parte de quien lo invoca (CAZEAUX-TRIGO REPRESAS, Derecho de las Obligaciones, t. 1, ps. 387/88).

El carácter estrictamente personal de los bienes lesionados al producirse un daño moral, está indicando por sí la imposibilidad de establecer una tasación general de los agravios de tal especie. Así, el daño moral corresponde que sea fijado directamente por el juzgado sin que se vea obligado en su determinación por las cantidades establecidas en otros rubros ("Rojas Lozano, María Margarita c. Herederos de Carbajal Eduardo

Daniel y otros s/ daños y perjuicios", Expte. 43.837/2008; "Costaguta Rojas, Emir c. Carbajal, Cecilia y otros s/ daños y perjuicios", Expte. 58.373/2007; "Laura Sirpa, Francisco Reynaldo c. Carbajal, Cecilia y otros s/ daños y perjuicios", Expte. 58.388/2007 del 06/02/2012; "Lisi, José y otros c. Salud Oeste SRL (Sanat. 15 de Diciembre H.A. Moyano) y otros s/ daños y perjuicios-resp. prof. médicos y auxiliares", Expte. 85.446/2004, del 07/08/2012).

Para establecer la cuantía del daño, el juzgador debe sortear la dificultad de imaginar o predecir el dolor que el hecho dañoso produjo en la esfera íntima del reclamante para luego establecer una indemnización en dinero que supla o compense el desmedro injustamente sufrido, por lo que más que en cualquier otro rubro queda sujeto al prudente arbitrio judicial, que ha de atenerse a la ponderación de las diversas características que emanan del proceso. "La determinación del monto no depende de la existencia o extensión de los perjuicios patrimoniales pues no media interdependencia entre tales rubros, ya que cada uno tiene su propia configuración pues se trata de daños que afectan a esferas distintas" (cfr. LLAMBIAS, Obligaciones, t. I, p. 229).

Así las cosas, teniendo en consideración las características personales del actor - de las que di cuenta al tratar la incapacidad sobreviniente -, como así también las particularidades que presentó el hecho, la repercusión que en los sentimientos del damnificado debió generar la ocurrencia misma del accidente como una agresión inesperada a su integridad física, y las secuelas que le produjo, estimo que la partida es escasa y que debe elevarse a la de \$60.000. c) Gastos farmacéuticos

El sentenciante fijó por la partida la suma de \$1.000. Se queja el actor de esa cifra. Afirma que fue intervenido quirúrgicamente y que adquirió un clavo que se utilizó en la operación, el cual pudo ser adquirido a través de un préstamo de dinero otorgado por su propia madre. Añade que el valor del material supera el otorgado en la indemnización. El argumento no ha sido introducido en la oportunidad procesal adecuada, por lo que este Tribunal no se encuentra habilitado para dar tratamiento a la cuestión, de acuerdo con lo prescripto en el artículo 277 del CPCC.

IV) Límite de cobertura. El magistrado preopinante consideró que la aseguradora debía responder frente a la víctima por la totalidad de la condena, sin perjuicio de las acciones de regreso que le correspondieren respecto de su asegurado. De ello se queja la citada en garantía. En primer término, destaco que, en el caso, nos encontramos frente a las condiciones particulares de una póliza que contiene una cláusula limitativa de la responsabilidad referida al monto de cobertura por siniestro y, sobre tal circunstancia, vamos a explayarnos. En principio, cabe marcar que cualquiera sea el alcance de la sentencia dictada contra el asegurado, su ejecución contra la aseguradora citada en garantía no puede exceder el límite de cobertura, pues el art. 118, LS, solo reconoce el derecho a ejecutar la sentencia contra ella en la medida del seguro.

Es decir que, la condena dictada contra el responsable debe hacerse extensiva a la aseguradora citada en garantía, pero en ningún caso más allá del límite de la respectiva cobertura del seguro (cfr. KIPER, Claudio M., Proceso de Daños, T. I, p. 460, ap. F), ed. La Ley, Buenos Aires, 2008 y fallo allí cit.; Meilij, La medida del seguro, ED del 5/10/2006, p. 1).

Ahora bien, en el presente caso nos encontramos frente a un supuesto de una cláusula limitativa de responsabilidad donde se establece en la póliza la cobertura de la responsabilidad civil con un límite de \$90.000. Opinamos que esta cláusula resulta irrazonable; además de contraponerse a una norma de orden público que establece la obligatoriedad de un seguro de responsabilidad civil contra terceros. Pasamos a explicarlo.

Entendemos que, en caso de admitirse este tipo de convenciones limitativas de la cobertura asegurativa una suma tan exigua en supuestos en los cuales la contratación de una póliza deviene obligatoriamente impuesta por la ley, se estarían vulnerando los propósitos que motivaron su sanción. Consideramos que una disposición como

la referida, propende a la protección de la víctima. Este es el principio rector protector que debe ser priorizado y no puede verse desnaturalizado por las normas que las reglamenten.

El monto asegurado previsto en la póliza en estudio resulta irrazonable para afrontar un eventual reclamo por daños y perjuicios, si se tienen en cuenta los acontecimientos dañosos más asiduamente producidos y traídos a la órbita de la justicia, en especial, cuando conllevan indemnizaciones en caso de lesiones graves o muertes, que superan holgadamente ese límite ínfimo. Se violenta de esta manera, el servicio asegurativo que, indirectamente, recae sobre las víctimas de accidentes, para quienes el seguro contra la responsabilidad civil cumple una función de garantía en la efectiva percepción de la indemnización del daño. Aceptar esta cláusula limitativa de responsabilidad implicaría desnaturalizar las obligaciones que se encuentran a cargo de la aseguradora en un contrato de seguro "normal", al violentar los deberes esenciales o naturales del contrato, o sea, su fin. Anotamos que ello frustraría las expectativas razonables que legítimamente tienen los consumidores de seguros, contrariando las raíces del contrato. Es evidentemente una cláusula abusiva que traslada sus efectos a los damnificados. El seguro contratado en tales condiciones equivale prácticamente a la inexistencia de cobertura. Y si la compañía aseguradora celebró un contrato con un límite asegurado tan exiguo, violando normas imperativas, debe cargar con sus propias consecuencias (*Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*; art. 1137; 1198 y cc C. Civil). Siempre se ha dicho que el principio de autonomía de la voluntad (conf. art. 1197 C. Civil), no puede ser ejercido de modo tal que cada uno se comporte de la manera que le plazca perjudicando los derechos del otro -vgr. la víctima- (ver CNComercial, Sala F, "Transportes Metropolitanos Gral. Roca S. A. y otro c. Provincia Seguros S.A. y otro; s/ ordinario" del 12/5/2011, eIDial.com - AG2B; LORENZETTI, Ricardo, Tratado de los contratos, Rubinzal Culzoni, 1999, T. 1, p. 165).

En efecto, el límite de cobertura fijado en la póliza reseñada no es lógico ni razonable. Prácticamente, sería un supuesto de "no seguro", por insuficiencia de la suma asegurada (ver sobre este tópico, SOBRINO, Waldo, Consumidores de Seguros, ed. La Ley, 2009, p. 278), pues elimina uno de los propósitos dominantes o principales de la cobertura, que no es tan solo garantizar la indemnidad del asegurado, sino, en especial, resarcir el daño provocado al damnificado.

Produce ello un quiebre al principio de confianza y buena fe, basamento de una sociedad civilizada, dañando el marco de credibilidad de la sociedad, en especial, justamente de los consumidores de seguros. Esta cláusula desnaturaliza el contrato de seguro, por cuanto conlleva un apartamiento injustificado del derecho positivo. Debe tenerse en cuenta que el derecho, como ordenamiento social justo, debe privilegiar las ideas contemporáneas que giran en derredor de un criterio solidarista que tiende a posibilitar la realización individual en el contexto social. En tal sentido, no cabe desentenderse de la desgracia ajena y priorizar intereses puramente economicistas, dejando de lado la reparación del daño injustamente padecido. El derecho de daños, en su concepción actual, protege al débil y por ende a la víctima; en esa dirección destaca la función social del seguro, como instituto adecuado a la idea solidarista.

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 exigirle la indemnización, sino que el perjudicado sea satisfecho en su reclamo (del voto impersonal de la mayoría en el fallo plenario de este Tribunal, in re "Obarrio, María P. c. Microómnibus Norte S.A. y ot. s/ daños y perjuicios" y "Gauna, Agustín c. La Economía Comercial S.A.").

No cabe duda de que quienes celebran este tipo de seguros, con cláusulas limitativas, lo hacen priorizando un menor pago en su contratación (ya sea por imposibilidad económica o por elección propia). Así, los contratantes conocen de antemano los riesgos y los beneficios propios de la póliza, asumiendo o no todos los daños que puedan producir.

Pero la víctima del hecho asegurable no tuvo la posibilidad de elegir, ni a su dañador ni a su aseguradora. De admitirse este tipo de topes asegurativos, con montos excesivamente bajos, quedaría aquella librada a su suerte, según sea dañado por un tercero con cobertura completa, o por otro que no la posea (como el caso de autos) y vulneraría una norma de orden público que establece un seguro de automotor obligatorio.

Encontramos un paralelismo entre esta situación con los supuestos donde ya nos pronunciamos sobre la nulidad de las cláusula que establece la franquicia en el supuesto del transporte público de pasajeros.

Me he expedido sobre el punto en los autos "García, Diego Edgardo Francisco c. Velázquez Sosa, José Osmar y otro s/ daños y perjuicios (acc. trán. c. les. o muerte)", R. 569.695, 09/05/2011. Cabe recordar que en autos "Gauna Valentín c. Estado Nacional y otro s/ daños y perjuicios", (Rec. 527.582, 28/12/2009), esta Sala con su anterior composición, declaró la nulidad absoluta y manifiesta de una cláusula contractual de franquicia, teniéndola por no convenida o por no escrita, obligando al asegurador a la reparación integral del perjuicio sufrido sin que pueda invocar la mentada "oponibilidad" de la franquicia al tercero damnificado. Entre otros argumentos, se dijo allí que "...corresponde ejercer el control jurisdiccional sobre el contenido del contrato de seguro, en el caso específicamente sobre la franquicia establecida en las condiciones particulares, con base en el ejercicio abusivo del derecho, en la vulneración de la buena fe, de la regla moral, de las buenas costumbres (cfr. arts. 21, 953, 1071, 1167, 1198 y cctes., del Cód. Civil)".

También se afirmó que "...las cláusulas abusivas, por contrariar el orden jurídico, vician el contenido del contrato desde su formación, no resultando idóneas para producir 'sus efectos propios'. El contrato de seguro como contrato de adhesión, es un contrato de contenido predispuesto. Se debe restar valor a aquellas cláusulas, cuando por su contenido y por el ejercicio que se ha hecho de ellas, se presentan circunstancias violatorias de los principios rectores señalados, tales como el orden público, la moral y las buenas costumbres, debiendo el juez resolver la cuestión de acuerdo con los principios generales en materia de consentimiento en los contratos y por las disposiciones de los artículos 21, 953, 1071, del Cód. Civil, respecto del abuso derecho, interpretándolos a la luz del artículo 1198 (VALLESPINOS, Carlos Gustavo, El contrato por adhesión a condiciones generales, ed. Universidad, 1984, p. 322 y 470 y ss.). Si bien la ilicitud de las cláusulas abusivas es 'formal', cuando estas contrarían prohibiciones expresas de la ley (art. 1066 del Cód. Civil), existe también la ilicitud o antijuricidad 'material'. Esta, debe ser 'algo más' que la violación de lo prohibido legalmente, dado que el derecho está constituido por los principios (art. 16 del Cód. Civil), antes que por la ley, y esta no es sino una de las formas técnicas de lo justo.

Y ese algo más, se halla constituido por pautas jurídicas distintas a la ley, como ser el ejercicio regular de los derechos (art. 1071 del Cód. Civil), el orden público (art. 21), la buena fe, la regla moral, la equidad y las buenas costumbres (arts. 953, 1167 y 1198), etc., cuya violación a través de la incorporación de cláusulas abusivas importa un quebrantamiento intolerable del equilibrio contractual. También lo materialmente antijurídico se halla prohibido.

En estos supuestos es admisible su nulidad (implícita, cfr. art. 1037, del Cód. Civil), que el juzgador puede decretar luego de apreciar un contraste entre la cláusula y el ordenamiento, considerado en su plenitud, aunque no medie una específica determinación legal en ese sentido. No solo la ley sino todo el sistema jurídico en general y cada uno de sus componentes se orientan hacia el bien común, que de ese modo se convierte en causa final del derecho... Es evidente la incompatibilidad del contenido de la mentada cláusula con lo principios esenciales de buena fe y razonabilidad porque obsta a la obtención de la finalidad práctica principal que deriva de la naturaleza del contrato contra la responsabilidad civil." Entendemos que el sistema de control judicial de legitimidad y equidad -que es menester realizar de las condiciones particulares del contrato de seguro en cuanto

afectan normas y principios de raigambre constitucional-, exige que se declare la nulidad de la cláusula limitativa de responsabilidad, por no ser justa ni razonable, por ser abusiva, gravosa, restrictiva o leonina, como especie de sanción del ordenamiento jurídico, lo que significa que se la priva de sus efectos propios -se tendrá por no escrita- es decir por no convenida la mentada cláusula, en tanto que el resto del contrato conserva su eficacia (art. 1039 Cód. Civil).

El vicio que presenta el negocio jurídico, que atenta contra el interés público y/o si el objeto del acto es prohibido, ilícito o contrario al orden público o a las buenas costumbres adolece de nulidad absoluta, es decir, sufre todo el peso de la sanción legal. En tal sentido, se ha entendido, en postura que comparto, que esta nulidad deberá ser ineludiblemente declarada de oficio, cuando se conjugan dos circunstancias: a) que el vicio afecte al orden público (nulidad absoluta) y que aparezca como manifiesto en el acto (acto nulo). Se tiene en cuenta para ello, que aquel, es de tal gravedad que al atentar contra el orden jurídico, impide su convalidación y justifica la intervención del poder jurisdiccional aunque no haya mediado petición de parte (véase LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, Tratado de Derecho Civil, Parte General, T. 2, capítulo XVI, n° 1890/91 y ss., n° 1894, p. 626 y LLAMBÍAS, Cód. Civil Anotado, T II- B, ps. 228 y ss.)... Cuando hay afectación del interés general, del orden económico social se trata de nulidad parcial y absoluta, que puede ser incluso declarada de oficio (MOSSET ITURRASPE, Jorge y LORENZETTI, Ricardo Luis, Defensa del Consumidor, cap. IX)".

En esta misma línea argumental, ponderando los fallos que se han dictado recientemente en materia de seguros y, principalmente, la sanción de la ley 26.361 - que modificó la ley de defensa del consumidor N° 24.240- , de orden público, nos llevan a considerar que, en aquellos supuestos en que los contratos de seguros son obligatorios, las cláusulas de exclusión o limitativas de responsabilidad con montos tan exiguos, como en este caso, resultan no ya inoponibles, sino nulas. Es que la ley 26.361 amplió el concepto de consumidor y lo ha extendido a quien sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella, utiliza servicios como destinatario final y a quien "de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo" (art. 1° , ley 26.361).

A raíz de ello, resulta totalmente inaplicable el concepto de efecto relativo de los contratos (arts. 1195 y 1199 del C. Civil) respecto de las personas que están expuestas a dichas relaciones de consumo (conf. Waldo Sobrino, "La inoponibilidad de la franquicia de los seguros obligatorios", La Ley del 24/7/08; MÜLLER, Enrique C. "Las cláusulas abusivas en el marco contractual de los derechos del consumidor", en Revista de derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal Culzoni, 2009-I, p. 183 y sgtes).

Debe tenerse presente que una reciente resolución de la Superintendencia de Seguros de la Nación (N° 35.614 del 11/02/2011) estableció que esta entidad, "para aprobar los elementos técnicos-contractuales, analizará si dichas condiciones se ajustan a las normas constitucionales, legales y reglamentarias vigentes". Agregando que "especialmente se considerará la adecuación de tales elementos técnicos-contractuales con las disposiciones de las leyes N° 17.418, 20.091 y 24.240 y demás legislación general aplicable..." Estas disposiciones nos otorgan un marco interpretativo acorde con la solución que propiciamos y, sobre todo, que protege al consumidor en todas sus dimensiones. La víctima se encuentra protegida por los derechos que el estatuto del consumidor le acuerda. Desde ese enfoque, la cláusula de limitación de cobertura en una suma tan exigua como la pactada entre el asegurado y la citada en garantía, "desnaturaliza las obligaciones o limita la responsabilidad" de la aseguradora, y por ende, debe tenérsela por no convenida (art. 37 inc. 1° , ley 24.240, reformada por la ley 26.361; conf. precedente de esta Sala en su actual composición, in re "González, Domingo y otro c. Villarparando Inca, O. y otros s/ daños" del 4/2/2010; ver jurisprudencia SCJ de la Provincia de Buenos Aires, in re "Díaz, Alicia Susana c. Moreno, Carlos s/ Daños y perjuicios", LZ 64095 RSD-338-7, del 4/10/2007,



elDial.com W190FA).

En consecuencia, las cláusulas del contenido negocial del contrato deben ser escindidas, y declararse únicamente la nulidad de las que atentan contra el régimen jurídico en las condiciones ya señaladas, en función de la aplicación del principio de conservación del negocio (sobre el tema, STIGLITZ, Rubén, Derecho de Seguros, Ed. La Ley, 5ta. ed. actualizada, 2008, p. 564, con abundantes citas, entre otros, RUIZ MUÑOZ, M., La nulidad parcial del contrato y la defensa de los consumidores, Lex Nova, Valladolid, 1993, p. 111; STIGLITZ, R. "Contenido del contrato", en Contratos, Teoría General (Dir. STIGLITZ), T. I, n° 16, p. 365; SPOTA, Alberto, Tratado de Derecho Civil, T. 1, Parte General vol. 3, 1957, p. 751).

En síntesis, por los argumentos desarrollados ut supra y tal como ha decidido esta Sala en autos "Bustamante, Omar Rubén y otro c. Ortega, Santiago Nicolás y otros s/ daños y perjuicios (acc. trán. c. les. o muerte)", consideramos que las cláusulas por las que se estipula la limitación de la cobertura en valores mínimos como los pactados (\$90.000) y que intenta hacer valer la aseguradora resultan nulas, por lo que corresponde confirmar la sentencia que le hace extensiva la condena.

V) Tasa de interés. Hasta la entrada en vigencia del nuevo Cód. Civil y Comercial esta Sala venía aplicando el plenario "Samudio de Martínez Ladislaa c. Transporte Doscientos Setenta SA s/ daños y perjuicios" (20-4-2009), que establece que, para el caso de intereses moratorios, corresponde aplicar la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina allí fijada por todo el período indicado en la sentencia apelada (cfr. art. 303 del Cód. Procesal).

Su aplicación se debió a que si bien no se desconocía que el art. 303 del CPCCN había sido derogado por el art. 12 de la ley 26.853, en virtud del art. 15 de esa misma normativa, tal disposición recién entraría en vigor a partir de la efectiva integración y puesta en funcionamiento de los tribunales que allí se creaban, razón por la cual continuaría vigente hasta ese momento la doctrina plenaria.

Sin embargo, si bien el artículo mencionado establecía la obligatoriedad de los fallos plenarios, ello suponía - claro está- la subsistencia de las normas legales en que aquellos se fundaban (COLOMBO-KIPER, Cód. Procesal y Comercial de la Nación. Comentado y Anotado, La Ley, Buenos Aires, 2011, p. 267).

Ahora bien, desde el 01/08/2015 entró en vigencia el Cód. Civil y Comercial que en su artículo 7 fija las pautas de derecho transitorio.

Como los intereses son consecuencia de una relación jurídica existente, debe aplicarse la nueva ley. En ese entendimiento y de acuerdo con la pauta establecida en el artículo 768, inc. c), propiciaré continuar desde el 01/08/2015 y hasta el efectivo pago con la aplicación de la tasa activa (aun cuando por los motivos enunciados ya no sea de aplicación el plenario). Por ende, debe confirmarse la sentencia en este punto.

VI) Colofón. Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo que, de ser compartido mi criterio, se eleve a \$130.000 la suma establecida para resarcir la incapacidad, a \$60.000 el daño moral y se confirme la sentencia en todo lo demás que decide y fue motivo de apelación, con costas (art. 68 del CPCC).

Los doctores Fajre y Kiper por las consideraciones expuestas por la Dra. Abreut de Begher, adhieren al voto que antecede.

Por lo deliberado y conclusiones establecidas en el acuerdo transcrito precedentemente por unanimidad de votos, el Tribunal decide: elevar a \$130.000 la suma establecida para resarcir la incapacidad, a \$60.000 el daño moral y confirmar la sentencia en todo lo demás que decide y fue motivo de apelación, con costas (art. 68 del CPCC). Regístrese, comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública, dependiente de la CSJN (conf. Ac. 15/13), notifíquese y, oportunamente, archívese.- José B. Fajre.- Liliana E. Abreut de Begher.- Claudio M.

Kiper.

