



NEUQUEN, 1 de Noviembre del año 2016.

**Y VISTOS:**

En acuerdo estos autos caratulados: **"SOLIS JOSE DANIEL C/ ORTIZ NATALIA EVA Y OTROS S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"**, (Expte. N° **401767/2009**), venidos en apelación del JUZGADO CIVIL 4 - NEUQUEN a esta **Sala II** integrada por los Dres. Federico **GIGENA BASOMBRIO** y Patricia **CLERICI**, con la presencia de la Secretaria actuante Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO** dijo:

I.- La sentencia de fs. 639/650 hace lugar parcialmente a la demanda, y en consecuencia, condena Natalia Eva Ortiz y Cristian Ariel Morales a abonar la suma de \$60.400 con mas sus intereses e impone las costas en un 80% a la demandada y en un 20% a la actora. Asimismo hace lugar a la defensa de falta de legitimación pasiva por exclusión de cobertura opuesta por HSBC La Buenos Aires Seguros SA con costas a ambas partes.

La decisión es apelada por la actora en los términos que resultan del escrito de fs. 667/674 y que es respondido por la aseguradora a fs. 676/679.

II.- Luego de señalar que la sentencia no tuvo en cuenta principios constitucionales, que no es un acto jurisdiccional válido por falta de pautas razonables para determinar el monto de condena y que tiene derecho a una reparación integral, se aboca al primer agravio.

En tal sentido, afirma que existió una errónea determinación de la responsabilidad ya que la sentenciante tuvo por cierto que circulaba en la moto con una sola mano en base a la declaración de Muñoz, cuando no fue esto lo que afirmó el testigo.



Afirma que la demandada no circulaba con cuidado y previsión.

Cuestiona luego la procedencia de la defensa de la aseguradora ya que la misma no acreditó que la conductora carecía de licencia para conducir y que solamente ofició a la municipalidad de Cipolletti, cuando tenía que probar que no tenía la misma en ningún municipio y sin tener en cuenta que la aseguradora no contestó dentro del plazo legal y que obtuvo su licencia apenas 16 días después de ocurrido el siniestro.

El tercer agravio se refiere a que la jueza se apartó de la pericial médica, ya que consideró que tuvo una incapacidad del 15% cuando el experto señaló que la misma era del 31%.

Cuestiona por insuficiente el monto fijado por la reparación física, aludiendo a la aplicación de la fórmula Méndez.

Asimismo, objeta por bajo el monto determinado en concepto de daño moral y el rechazo de los daños estéticos y psicológicos.

III.- Ingresando al tratamiento de los agravios vertidos y analizados los mismos en función de la prueba producida, valorada de conformidad con las pautas del artículo 386 del Código de rito, concluyo que la sentencia resulta ajustada a derecho, sin perjuicio de la modificación que se propondrá mas adelante.

En principio, destaco que las manifestaciones generales que se vierten al comienzo de la pieza recursiva constituyen generalidades que si bien son compartidas, en modo alguno la sentencia deja de aplicarlas máxime que la parte se limita a formularlas sin especificar en forma clara y concreta qué es lo erróneo de la decisión con respecto a los principios que indica.



Con relación al primer agravio que se refiera a la responsabilidad que les cupo a las partes en el accidente que originó estas actuaciones, destaco que como la demandada no cuestionó la sentencia no es posible examinar si al actor le cupo una mayor responsabilidad que la fijada.

En primer lugar, lo afirmado por el quejoso en relación a la valoración de la declaración testimonial de Muñoz por parte de la sentenciante no es correcta, toda vez que la jueza en momento alguno sostuvo que el actor manejara la moto con una sola mano con fundamento en los dichos del testigo de referencia, por el contrario, señaló que el mismo no presenció el accidente.

En cambio, el resto de los testigos es coincidente acerca de que el accionante circulaba con una sola mano y si bien hay discrepancias acerca de en cual mano llevaba el paquete, dicho detalle resulta irrelevante frente a las afirmaciones de que lo hacía con una sola mano, por lo cual, ello demuestra la falta de prudencia en el manejo de dicho rodado que por definición requiere la conducción con ambos miembros superiores.

Por otro lado, tampoco puede dejar de obviarse que circulaba por la mano contraria, hecho este no controvertido por el quejoso y que fuera expresamente señalado por la jueza.

Cierto es que la demandada circulaba en forma poco prudente, cuestión ésta que fue debidamente valorada por la sentenciante, de manera tal que la afirmación que se realiza en la apelación no agrega nada al análisis que realiza la jueza.

En tales condiciones y teniendo en cuenta los hechos demostrados conforme se indica en la sentencia y cuyo análisis se comparte, sumado a la falta de agravio de la



accionada, justifican la determinación de responsabilidad que les cupo a los partícipes del accidente.

En cuanto a la determinación de la indemnización por incapacidad física y no obstante lo afirmado por el quejoso, lo cierto es que no existió un apartamiento de la pericial médica por parte del juez.

Lo que ocurrió y en ello asiste razón a la jueza es que consideró que las cicatrices no ocasionaron por sí una incapacidad física, y que por lo tanto, debían ser tenidas en cuenta al momento de fijar la reparación por daño moral.

Dicha argumentación tampoco fue cuestionada por la quejosa que se limita a señalar un apartamiento de las conclusiones del perito que en realidad no es tal ya que se consideró la totalidad de la incapacidad según afectara al esfera patrimonial o la extra patrimonial.

Así, no se advierte cuál es el agravio concreto del quejoso en relación al punto en cuestión, sin perjuicio de las objeciones que se refieren al monto fijado por ambos conceptos, y con mayor razón si se tiene en cuenta que no ha explicado la razón por la cual por ejemplo la cicatriz que existe en el arco superciliar o en el pómulo, afecte los ingresos patrimoniales del accionante.

Respecto al monto por el rubro en cuestión, incapacidad física, asiste razón parcialmente al quejoso dado que, recientemente, hemos cambiado la forma de determinación de dicho ítem.

Así hemos dicho a partir de la causa **PORTALES, HECTOR ELIDOR C/ MOÑO AZUL S.A Y OTRO S/ ACCIDENTE ACCION CIVIL" (EXPTE. 453788/11)**

*Resuelta la cuestión que pone en cabeza de la demandada la obligación de reparar es preciso abordar la*



cuestión del monto indemnizatorio, punto en el cual he de reflexionar acerca del uso de las fórmulas matemáticas como modo de determinación de la suma en concepto de daño material, atento a la pretensión del actor de que se aplique la denominada fórmula "Méndez".

En ese aspecto parto de señalar que comparto que: "... parece posible sostener que el empleo de fórmulas no importa una restricción a la legítima discrecionalidad judicial, sino a la arbitrariedad. Una fórmula no encorseta el razonamiento, sino que simplemente **lo expresa** con una claridad que es reconocidamente superior (cuando entran en juego magnitudes y relaciones de alguna complejidad interna) a otras posibilidades de expresión. En un estado republicano nada es jurídicamente correcto sólo por las condiciones personales de quien lo afirme o por su mera autoridad, sino que lo es **cuando resiste un proceso argumentativo abierto**. El ocultamiento de las premisas y de las relaciones empleadas en una conclusión jurídica, parece más bien una actitud oscurantista que perjudica la seriedad de la conclusión implicada, que una contribución a su fortaleza. El empleo de fórmulas explícitas, en este contexto, contribuye simplemente a la honestidad intelectual exigible en este campo. **No se trata de una búsqueda irrazonable de precisión ni de un compromiso con método de cálculo** alguno, impuesto por razones externas al derecho (por ejemplo, por la eventual autoridad de otras ciencias). Al contrario, importa contribuir a una honestidad consistente en **facilitar la refutación de las conclusiones que se sostienen y se consideran correctas**. ("La utilidad, significado y componentes de las fórmulas para cuantificar indemnizaciones por incapacidades y muertes"-Acciarri, Hugo A. Irigoyen Testa, Matías LA LEY 2011-A , 877)

En esa inteligencia es que para la determinación de los daños en los casos de indemnizaciones que no están



*tarifadas como resultan las originadas en acción civiles, la inclusión de los distintos valores que requieren las variables se encuentra sujeta a cuestiones probatorias gobernadas por una lógica de presunciones diversa a las que imperan en el ámbito laboral.*

*Así, no se trata que el uso de fórmulas resulte inadecuado per se, sino que la determinación y elección del valor de las variables que se utilizan puede resultar complicado de justificar teniendo en cuenta los hechos probados en la causa.*

*De esta manera en la medida que el actor pretenda que las variables recepan la particularidad de determinados hechos, resulta una carga probatoria acreditar dichos extremos.*

*Lo dicho tiene relevancia pues a la hora de recepar los cambios introducidos en la denominada fórmula "Méndez" frente a la tradicionalmente utilizada "Vuotto", se presenta de distinto modo la cuestión relativa a la expectativa de vida que propone tomar 75 años frente a la anterior que lo relacionaba únicamente con la edad jubilatoria, y aquella que se refiere a la perspectiva de modificación del salario, ya que es diferente lo que cabe tener en cuenta para una persona de 30 o 40 años que para una persona de 50 o 60, en cuyo caso la perspectiva de mejora de salario no es un "hecho notorio".*

*Destaco estas variables, pues a la hora de modificar un criterio que puede tener impacto en una importante serie de casos, encuentro imprescindible destacar que soy partidario de la utilización de las fórmulas como marco de referencia pero a la vez que es relevante para las partes desplegar la actividad probatoria que el caso*



*particular requiere si lo que se pretende es la modificación de alguna de ellas.*

*Así, sostienen los autores antes citados: "... aquella crítica que descarta el empleo de fórmulas sobre la base de advertir algunas de sus dificultades, constituye una estrategia de argumentación claramente falaz. Usualmente los mismos críticos, en el acto de descartar ese modo de determinación, prefieren otro que participa en general, de las características que esbozamos en el párrafo anterior, sin siquiera intentar sostener su preferibilidad. Y como es evidente, que un término de una alternativa tenga debilidades, no significa que el otro sea preferible. Demostrar lo segundo, requiere otra cosa. Sin embargo muchas críticas parten de advertir problemas (de elección de variables, de estabilidad de condiciones, etc.) y a continuación descartan emplear toda fórmula y pasan a un acto de intuición único y genéticamente inexplicado, por el cual fijan una cantidad. Todo ello, sin advertir que los mismos problemas que afectaban al procedimiento que desechan, afectan también al que emplean. Únicamente que, en el que eligen, esa falencia queda escondida tras un proceso de decisión que no se explica, mientras que, cuando se emplean fórmulas, esos problemas quedan a la vista y expuestos a la crítica. En ese modo abierto y explícito de exponer las dificultades, está la fortaleza, no la debilidad, de emplear fórmulas."*

*"Al contrario, el ingreso a computar -tanto como el valor de cualquiera de las restantes variables- es una circunstancia de hecho y sujeta a las reglas generales del razonamiento judicial. Y podría corresponder a un promedio ponderado del ingreso total para cada uno de los períodos, o a una fracción del mismo, cuando se estime que el daño corresponde a una incapacidad parcial."*



"... Es claro, por ejemplo, que una pauta de la experiencia (un hecho notorio) indica que el ingreso de las personas no es igual a lo largo de toda su vida. Asimismo que está sujeto a circunstancias múltiples y ajenas a su decisión. **Pero también, en cada caso individual sometido a decisión judicial, pueden discutirse y tenerse por acreditados diversos extremos que conlleven alguna conclusión plausible que haga diferir el caso de aquellas estimaciones generales.** En un proceso individual, no obstante, la prueba producida puede contradecirlo para el caso concreto, o justificar alguna predicción particular a su respecto. Ciertas tareas especiales, por ejemplo, pueden o no, estar alcanzadas por la jubilación obligatoria y en el caso particular que se esté juzgando, puede ser más pequeña o más grande la probabilidad de una jubilación voluntaria. La curva de ingresos de un deportista, por ejemplo, puede alcanzar su pico muy prematuramente y derivar en un rápido descenso posterior, y así pueden darse casos diversos. Para resumirlo en una regla práctica simple, podríamos decir que las máximas más generales de la experiencia (las que asumen una persona indiferenciada), en este campo, ceden frente a otras de menor generalidad pero todavía generales (las que se refieren por ejemplo, a deportistas, o deportistas de tal o cual disciplina). Y las mismas, ceden frente a las particularidades acreditadas en el proceso individual, para la víctima. Lo expuesto, nuevamente, no es más que una aplicación particular de reglas usuales de convicción judicial y prueba..."

En cuanto al porcentaje de incapacidad que he de incluir para el cálculo, corresponde destacar que al igual que las fórmulas matemáticas los guarismos informados son pautas de orientación que quedan sometidas a la interpretación que de las mismas haga el Juez.





Al respecto, sostuvo mi colega de Sala: "Debo recordar que la indemnización por incapacidad sobreviniente se ha fijado de acuerdo con las normas del derecho civil, y con fundamento en la facultad prevista en el art. 165 del CPCyC, conforme lo ha puesto de manifiesto la a quo. A los efectos de la determinación del monto de la reparación se han tomado en cuenta distintos aspectos que fueron desarrollados en el Considerando respectivo del fallo de grado, donde se ha aclarado que la justeza de la estimación del grado de incapacidad no resulta relevante en juicios donde se persigue la reparación integral a la luz de la normativa civil."

"Ricardo Lorenzetti recuerda que "en doctrina y jurisprudencia reiterada, se señala que la valoración de la incapacidad es una decisión que compete a los jueces. A tales fines no los obliga la prueba pericial, ya que en un sistema regido por las reglas de la sana crítica no hay tal imposición. Tampoco la ley puede obligarlos. Las que han establecido baremos mediante sus decretos reglamentarios, se cuidan bien de señalar que ellos resultan obligatorios en sede administrativa y no judicial" (aut. cit., "La lesión física a la persona. El daño emergente y el lucro cesante" en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal-Culzoni, T. 1, pág. 117). Si bien es cierto que este autor pone de manifiesto que la utilización de baremos otorga al juez un principio de certeza, ello no quiere decir que lo actuado por la a quo sea irrazonable. Más aún cuando el apelante no se agravia por el monto fijado en concepto de indemnización, sino únicamente porque no se determinó un porcentaje exacto de incapacidad."

"Jurisprudencialmente se ha sostenido que "a fin de establecer la indemnización por incapacidad física, no debe adoptarse un criterio puramente matemático, no siendo tampoco de decisiva importancia el porcentaje asignado por el perito, sino la proyección que aquella puede tener en el futuro de la



víctima. A este efecto ha de valorarse su edad, su estado de salud, actividad habitual, condición social, familiar y económica anterior al hecho, para luego determinar cuál es la gravitación en todos los aspectos de su vida" (Cám. Fed. San Martín, "B., J.O. c/ Transporte Automotores Luján", 8/11/1991, LL 1992-C, pág. 570)." ("BURGOS ABELARDO CONTRA ZOPPI HNOS Y OTRO S/DAÑOS Y PERJUICIOS", (Expte.Nº 255667/1)6/11/12)

En este punto y teniendo en cuenta que el perito hizo uso del baremo utilizado en el ámbito de las indemnizaciones del sistema de Riesgos de Trabajo, en el que se toman en cuenta aspectos relativos al tipo de actividad, la posibilidad de recalificación laboral y ellas arrojan variables que encuentran justificación en aquel sistema y no en el de la responsabilidad civil que aquí se debate, he de tomar solamente el porcentaje que arroja la suma de las lesiones el cual arroja un 75 % -fs. 1252 y 1258 vta.-.

De esta manera y por aplicación de la fórmula matemática financiera, sin la corrección de la variable "mejora del salario" por las razones expuestas, he de considerar la suma de \$2.553 teniendo en cuenta los salarios efectivamente percibidos en la época en que se habría consolidado el daño (ver recibos salariales de fs. 24/29), aunque sí receptando la de la edad de 75 años como correctiva en cuanto a contemplar una expectativa de vida que válidamente puede determinarse como un dato estadístico general, y el porcentaje de incapacidad informado por el perito con los ajustes antes indicados, **-75%- y tomando en consideración un promedio entre ambas fórmulas...**

Aplicando, entonces, los conceptos aludidos en los párrafos que anteceden y tomando en cuenta los datos fijados en la sentencia, no cuestionados y un promedio entre ambas fórmulas, es que el importe por el que debe prosperar el rubro en cuestión debe elevarse hasta la suma de \$100.000,



consierándose el porcentaje de responsabilidad que se atribuyera.

Con respecto al importe del daño moral hemos dicho:

*En cuanto al daño moral hemos señalado: "...para determinar su cuantía, debe descartarse la posibilidad de su tarifación, su proporcionalidad con el daño material, que llegue a conformar un enriquecimiento injusto y que su determinación se supedite a la mera prudencia."*

Nuestro máximo Tribunal Provincial tiene dicho que "la determinación del daño moral en cuanto a la fijación de su importe, ciertamente, se presenta con álgidos contornos a poco que se advierta que no se halla sujeta a parámetros objetivos sino a una ponderación que prudentemente deben efectuar los magistrados sobre la lesión a las íntimas afecciones de los damnificados, los padecimientos registrados, o sea los agravios que se configuran en un ámbito tan reservado y profundo como es el espiritual" (Ac. 769/01; Ac. 107/11).

Asimismo y en aras a la siempre ardua búsqueda de parámetros objetivos para decidir tanto en relación a la procedencia como su determinación monetaria: "Se pueden puntualizar así, tres factores que fundamentan la procedencia de este rubro: 1) los relativos al hecho mismo, es decir, lo que le aconteció a la víctima en el momento mismo del hecho 2) los sufrimientos y molestias del período posterior (curación y tratamiento) y 3) las secuelas últimas que tengan relación con el daño (incapacidad). (cfr. Zavala de González, ob. Cit. Pág. 466)".

Teniendo en cuenta lo expuesto precedentemente así como las lesiones estéticas que se detallan en la pericial médica, las actividades normales que realizaba, la pericial



psicológica y las demás circunstancias de autos, considero que el monto debe elevarse a la suma de \$50.000.

Con respecto al agravio referido al daño estético y psicológico, y más allá de que la postura de la Sala no los considera como daño independiente, han sido tenidos en cuenta para la determinación del daño moral, con lo cual el agravio deviene abstracto.

Por último y con respecto a la procedencia de la defensa interpuesta por la aseguradora, el agravio no puede prosperar.

Sobre el tema y en principios aplicables al presente señalé en la causa 386.457/9, que:

*IV.- Analizaré a continuación la exclusión de la aseguradora y que fuera planteada, tanto por los accionados como por el actor.*

*Sin dejar de señalar que resulta dudosa la legitimación del actor para cuestionar los términos de un contrato que le es ajeno, conforme lo reconoce al comienzo de sus agravios, lo cierto es que la exclusión de la cobertura ha sido decidida de acuerdo a derecho.*

*Para analizar el tema es preciso dejar sentado que no se encuentra controvertido que el día del accidente la conductora del automotor carecía de licencia para conducir, al punto tal que el mismo fue expedido al día siguiente.*

*En segundo lugar, que la póliza prevé expresamente que la falta de licencia es un supuesto de exclusión de cobertura.*

*Ambos hechos, reitero, no se encuentran controvertidos.*

*Ahora bien, como se ha dicho:*



*"La exclusión de cobertura o no seguro, importa la limitación de un riesgo o su exclusión. Ello significa que, al no entrar en las previsiones contenidas en el contrato, el asegurador no se halla obligado a garantizar. Lisa y llanamente el asegurado carece de derecho a exigir el pago de las consecuencias dañosas de un siniestro porque el evento no se halla cubierto contractualmente, no ha sido tomado a su cargo por el asegurador y, por ende, no percibió prima por él".*

*"En este supuesto se origina una falta de cobertura, un "no seguro" porque el riesgo se halla formalmente fuera de la garantía dada en la póliza respectiva".*

*"La exclusión de cobertura, en tanto defensa anterior al siniestro, es oponible al asegurado, y en el seguro contra la responsabilidad civil, también al damnificado cuando este ejerce el derecho de citar en garantía al asegurador (Stiglitz, Rubén, "Derecho de seguros" tomo II, páginas 132 y siguientes)".*

*En tal sentido y conforme lo expuesto y por tratarse de una cláusula de exclusión expresa que figura en el contrato es que, en el caso, resulta clara la exclusión de la condena a la aseguradora.*

*Al respecto y al adherir a un voto del Dr. Silva Zambrano se expresó en la causa "MUÑOZ EMILIO JAVIER CONTRA SORIA JOSE LUIS Y OTRO S/DAÑOS Y PERJUICIOS", (Expte. EXP N° 295937/3), citada por la aseguradora:*

*"Así, y aun compartiendo la afirmación acerca de la función social que cumple el sistema de seguros dicha aseveración no puede llegar a convertir al mismo en un seguro social, instituciones claramente diferenciadas".*



*"La función social del seguro radica en la posibilidad de diluir las consecuencias dañosas de un siniestro a través de la mutualidad de los asegurados".*

*"Así se ha señalado: "Se nos presenta como el dispositivo más adecuado para obtener el traslado de la carga dineraria que origina el débito de responsabilidad hacia un tercero, el asegurador, el cual por aplicación de su técnica obtiene la dilución de las consecuencias dañosas de los siniestros a través de la mutualidad (latu sensu) de los asegurados, con cuyas aportaciones a costo cierto y parcial, matemáticamente calculadas, sobre los resultados que nos arroja la estadística, permite la obertura de los daños ocasionados por la verificación de los riesgos" (Morandi, Juan Carlos Felix, Seguro de responsabilidad civil por accidentes de automotores, en RJSAER, N° 5 p.321) citado por Miguel Piedecabras en "Régimen legal del seguro pág. 351 Rubinzal Culzoni Editores)".*

*En ese orden de ideas continúa señalando Piedecabras y en lo que aquí me interesa destacar: "El seguro de responsabilidad civil, estructurado a partir del artículo 109 de la Ley de Seguros, tienen una función social, ya que sus efectos prácticos inciden sobre la comunidad en forma directa, pero no un origen "social" dentro de la clasificación de los seguros. En este ámbito se deben distinguir dos relaciones jurídicas autónomas: la de responsabilidad, asegurado-damnificado; la de seguro, asegurado-asegurador."*

*Y agrega: "La relación que se puede generar entre damnificado y asegurador parte del contrato de seguro, por lo cual sus delimitaciones objetivas y subjetivas le son oponibles."-el subrayado me pertenece- (ob. citada pág. 372).*

*"La exclusión de cobertura por falta de carnet habilitante se relaciona directamente con los elementos del*



*seguro detallados por la parte: riesgo cubierto, prima que se abona y prestación comprometida. En ese marco, la delimitación del riesgo se estructura decididamente con las cláusulas de exclusión las que, vale señalar se encuentran preanoticiadas al asegurado y aprobadas por la Superintendencia de Seguros, aspecto éste también expuesto de modo preciso por el apelante".*

A su vez, en el precedente citado al votar la Dra. Pamphile señaló:

*Ello así, puesto que la aseguradora ha denunciado una cláusula de no seguro, de exclusión de cobertura o no garantía, cual es la prevista en EXCLUSIONES A LA COBERTURA, EXCLUSIONES ESPECIFICAS II PARA RESPONSABILIDAD CIVIL Y DAÑOS (CAPITULO A y B) inc. g que dice: "mientras sea conducido por personas que no estén habilitadas para el manejo de esa categoría de vehículos por autoridad competente", y no se encuentra controvertido en autos que, al momento del accidente, el vehículo asegurado era conducido por la Sra. Haydeé, quien carecía de carné de conductor.*

*Es que, como con su claridad habitual, explica Kemelmajer de Carlucci:*

*"...El contrato de seguro debe mencionar el riesgo asegurado. Normalmente, una cláusula prevé el riesgo genérico a cubrir (por ej., incendio) y luego se señalan diversas hipótesis que van acotando el ámbito dentro del cual regirá la cobertura otorgada (por ej., se excluyen incendios producidos por actos de terrorismo). O sea, normalmente, la individualización del riesgo se hace con indicaciones positivas y luego, indicaciones negativas ayudan a la individualización.*

*La determinación, entonces, implica dos fases:*



- La individualización del riesgo, consistente en la indicación de la naturaleza del hecho de cuyas consecuencias se busca amparo (incendio, robo, granizo, muerte, etc.).

- La delimitación del riesgo que resulta de la fijación de límites concretos a ese riesgo.

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, o bien resulta inasegurables, o bien 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, pág. 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 (Soler Aleu, Amadeo, El nuevo contrato de seguros, Bs. As., ed. Astrea, 1970, pág. 66).

Hay 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 (Halperín, Isaac, Seguros, 2 ed., actualizada por JCF Morandi, Bs. As., Depalma, 1986, t. II, pág. 503 y ss).

Ahora bien, estas cláusulas, como sucede en el ámbito de toda negociación, deben ser razonables y responder a necesidades técnicas del seguro. No se deben erigir en supuestos formales, en preceptos rituales, vacíos de contenido





razonable (Compulsar Barbato, Nicolás H., *Exclusiones a la cobertura en el contrato de seguros*, ED 136-547)".

La decisión que vengo glosando también afirmó que "las cláusulas de exclusión de la cobertura o de no seguro y las cláusulas de caducidad producen el mismo efecto esencial: el asegurado no percibe la prestación comprometida por el asegurador. Sin embargo, y aunque en algún caso la confusión de ambos tipos de cláusulas es posible, sus diferencias son notables. Según la opinión mayoritaria, se distinguen porque:

a) Las cláusulas de caducidad son sancionatorias; imponen una pena; las de exclusión de cobertura son descriptivas, limitándose a indicar en qué supuestos no quedan comprendidos, ab initio, determinados riesgos.

b) Las cláusulas de caducidad suponen una situación originariamente cubierta por el contrato; las de exclusión de la cobertura, en cambio, colocan los supuestos que describen fuera del amparo del contrato desde el inicio de éste.

En tal sentido ha dicho el Supremo Tribunal español que "las cláusulas delimitadoras del riesgo no limitan los derechos del asegurado sino que delimitan el riesgo asumido en el contrato, su contenido, el ámbito al que el mismo se extiende, de manera que no constituyen una excepción que el asegurador pueda oponer al asegurado sino que, por constituir el objeto contractual excluye la acción del asegurado, que no ha nacido, puesto que el perjudicado no puede alegar un derecho al margen del propio contrato (ST España, 9/2/1994, Cuadernos civitas de jurisprudencia civil, n 35, 1994, pág. 526, con nota aprobatoria de María A. Calzada Conde).

c) Las cláusulas de caducidad quedan sujetas al régimen fijado para cada supuesto y, en general, al art. 36 de



la L.S; las de exclusión, en cambio, no tienen un tratamiento específico en el régimen legal.

d) El asegurador que alega la caducidad debe probarla; en cambio, es el asegurado quien debe acreditar que el siniestro se ubica entre los riesgos tomados por la aseguradora para que se aplique la garantía.

e) La caducidad autoriza la rescisión del contrato; el no seguro o no garantía, no.

f) Las cláusulas de caducidad sólo son oponibles a terceros si se trata de defensas nacidas con anterioridad al siniestro. Las de exclusión a la cobertura, en cambio, resultan del contenido mismo del contrato, son siempre anteriores al siniestro y oponibles a los terceros, aún el trabajador en el seguro de accidente de trabajo"..."

"...La Suprema Corte de la provincia de Bs. As. resuelve de modo constante que la cláusula de la póliza que excluye los siniestros producidos por vehículos conducidos por personas que no están habilitadas para su manejo puede ser válidamente opuesta a la víctima si se ha probado que el conductor del automotor carecía de carné habilitante (SCBs. As., 2/5/1989, LL 1989-E-129; 15/5/1990, LL 1990-D-356). En seguimiento de esta doctrina judicial, los tribunales ordinarios de la provincia de Buenos Aires resuelven que es oponible al actor una cláusula que excluye el deber de indemnidad, que resulta de las condiciones generales de la póliza, que es anterior a la producción del siniestro, y que consiste en la falta de habilitación para conducir (Cám. 1 CC Bahía Blanca, 20/6/2000, La Ley Bs. As., 2000-1461).

A igual solución ha llegado el Superior Tribunal de Misiones en sentencia del 13/4/1998 (La Ley Litoral 1999-884), quien luego de recordar la diferencia entre cláusulas de caducidad y de delimitación del riesgo, resolvió que es



oponible al tercero la cláusula que excluye de cobertura el daño producido por el vehículo asegurado si era conducido por persona no autorizada. Sostuvo el tribunal, al igual que lo hace la sentencia recurrida, que "la función social que posee el contrato de seguro no configura argumento suficiente para omitir considerar la existencia de una cláusula de exclusión de la cobertura, como lo es la carencia de habilitación para conducir, máxime cuando la exigencia de carné habilitante configura una obligación de origen legal de obligatoria vinculación para el conductor".

"...Las pautas antes reseñadas llevan, inexorablemente, a confirmar el decisorio recurrido desde que:

1. Se ha invocado una cláusula de delimitación del riesgo que nada tiene de irrazonable. Por el contrario, la carencia de un carné de conductor y la conducción por parte de un menor que no ha alcanzado la edad para obtener esa autorización estatal implica asumir un riesgo adicional, que no puede ser cubierto por la aseguradora sin debilitar significativamente la ecuación económica del contrato.

2. Esta cláusula de delimitación del riesgo, a diferencia de la cláusula eximitoria analizada en el precedente del 24/5/1988 no contradice ninguna norma imperativa de la ley de seguros.

3. Consecuentemente, lo resuelto no contraría la jurisprudencia de esta Sala.

4. Tampoco contraría la ley 24.240 de protección de los consumidores pues como he explicado, la cuestión se vincula al riesgo asegurado y, consecuentemente, a la ecuación económica del contrato..." (cfr. Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala I, n 75.217 caratulada: "Martínez Hnos. y Ot. en j 102.251 Lucero, Oscar Ramón c/ Raúl Alberto Martínez y Ot. p/ D. y P. s/ Cas." 09/06/03).



*Desde estas premisas, no advierto que la cláusula se presente como abusiva y tampoco, que la alegada falta de comunicación determine su improcedencia.*

*II. En cuanto al primer aspecto, no sólo que no se encuentra cuestionada en concreto la razonabilidad de la cláusula de exclusión, sino que tampoco encuentro -tal como lo adelantara al citar el voto de la Dra. Kemelmajer- que esta sea abusiva.*

*En este sentido, señala Barbato que la falta de carnet de conducir es una exclusión de cobertura objetiva que hace a la idoneidad para conducir; es una delimitación impuesta al riesgo asegurado y no una causal de caducidad, por lo que no puede hablarse de culpa. La falta de registro para conducir, prevista inicialmente en la póliza, se deja fuera del amparo porque podría ser inasegurable o habría que cobrar una prima muy superior. Stiglitz opina coincidentemente, que la falta de registro habilitante para conducir es un supuesto válido de delimitación (que él califica de "subjetiva"), porque "se procura evitar que el automotor sea conducido por quien es inepto para ello, pues de lo contrario se incrementa anormalmente el riesgo, favoreciendo la protección patrimonial de una conducta generadora de severo peligro para la sociedad" (cfr. Compiani, María Fabiana Stiglitz, Rubén S. "Interpretación de las exclusiones de cobertura en el contrato de seguro", RCyS 2003 , 375).*

*Y, en este sentido se ha indicado, en criterio que comparto: "...Es oponible al actor la cláusula que excluye el deber de indemnizar, que resulta de las condiciones generales de la póliza, que es anterior a la producción del siniestro y que consiste en la falta de habilitación para conducir, máxime cuando la exigencia de carnet habilitante configura una obligación de origen legal de obligatoria vinculación para el conductor por la ley de tránsito n° 24.449*



arts: 13, 14, 72, 83, 86 y concordantes. El art. 39 prescribe que es requisitos para poder circular que el conductor esté habilitado para conducir ese tipo de vehículo y que lleve consigo la licencia correspondiente en tanto que el art. 49 dispone que está prohibido en la vía pública: a) conducir.....sin la licencia especial correspondiente..., cuando.. .las licencias habilitantes, estuvieran vencidas.

La Suprema Corte de la Provincia de Bs.As. resuelve de modo constante, que la cláusula de la póliza que excluye los siniestros producidos por vehículos conducidos por personas que no están habilitadas para su manejo puede ser válidamente opuesta a la víctima si se ha probado que el conductor del automotor carecía de carnet habilitante (S.C.Bs.As., Fallo del 2.5.1989, L.L. 1989-E-129;; Ídem del 15.5.1990, L.L. 1990-D-356). Asimismo, el Superior Tribunal de Misiones, en sentencia del 13.4.1998 (L.L. Litoral, 1999-884) se expidió en sentido concordante, señalando que "la exigencia de carnet habilitante configura un obligación de origen legal de obligatoria vinculación para el conductor.. Dicha cláusula, nada tiene de irrazonable, y libera al asegurador de afrontar el pago de la indemnización reclamada, toda vez que a la fecha del accidente ocurrido el 12.1.2002 el conductor no estaba habilitado por la autoridad competente para hacerlo, lo que implicó asumir un riesgo adicional, que no puede ser cubierto por la aseguradora, sin debilitar significativamente la ecuación económica del contrato. Esta cláusula, de delimitación del riesgo no contradice ninguna norma imperativa de la Ley de Seguros toda vez que el registro de conductor expedido por la Municipalidad de San Isidro expedido el 13.5.1995 caducó su vigencia el 13.5.2000, circunstancia que ha sido reconocida expresamente por el demandante y está corroborada por el informe producido en fs. 295.



*El sentido de esta exclusión del riesgo, es procurar evitar que el automotor sea conducido por quien es inepto para ello, pues de lo contrario se incrementaría anormalmente el riesgo, favoreciendo la protección patrimonial de una conducta generadora de severo peligro para la sociedad. En tales condiciones, si el vehículo es conducido por quien carece de registro habilitante, se produce contractualmente un supuesto de inexistencia de cobertura y no puede la víctima pretender que la condena alcance a la aseguradora de quien al momento del accidente carecía por ese motivo de vínculo con el responsable. Se trata, como se ha dicho, de un supuesto de limitación del riesgo o de no seguro en el que resultan extrañas las consideraciones relativas a la función social del seguro y la protección de la víctima..." (C.N.Civil, Sala H, in re "Herrera Verónica c/ Portillo Nélide", diciembre 26 de 1996)..." (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, voto del Dr. Sánchez, Berretta, Mónica Ercilia y otros c. Diálogo Publicidad S.A. y otros 29/06/2010 Publicado en: RCyS 2011-I, 132 Cita on line: AR/JUR/41298/2010).*

Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia en el Acuerdo 45 del 23 de octubre del 2.015 sostuvo:

*3.3. Resta examinar el agravio relativo a la exclusión de cobertura por falta de carnet habilitante para conducir camiones, planteada por la Aseguradora.*

*Es preciso dejar sentado que no se encuentra controvertido que el día del accidente el conductor del camión carecía de licencia para conducir. Además, que la póliza prevé expresamente que la falta de licencia es un supuesto de exclusión de cobertura.*

*Al respecto, cabe señalar que mediante Acuerdo N° 14/2003 "PETIT ITURRA" del Registro de la Secretaría Civil,*



*este Tribunal Superior de Justicia, abordó el tema bajo examen en el sentido resuelto en los presentes por la señora Jueza.*

*La temática planteada constituye un aspecto sumamente importante de la problemática asegurativa: las situaciones excluidas de la cobertura.*

*El supuesto de referencia es uniformemente excluido del amparo de las pólizas argentinas de seguro de automotores (cfr. Halperín, Morandi, Seguros, T. II, pág. 552/554 y Meilij, Manual de Seguros, pág. 140, citados en Acuerdo N° 14/2003, ya citado).*

*La expresión "en la medida del seguro", contenida en el Art. 118, 3° párrafo de la Ley 17.418, significa que el seguro se encuentra limitado no sólo por un tope monetario sino también por las diversas limitaciones o exclusiones de responsabilidad que se estipulen en el contrato.*

*Sabido es que el punto central del seguro lo constituye el riesgo, evento alrededor del cual giran todos los aspectos de la relación asegurada, toda vez que la responsabilidad del asegurador depende de la realización del siniestro que ampara.*

*Éste ha sido caracterizado como la contingencia o probabilidad de provocar el acaecimiento de un daño a tercero y su fundamento radica en la incorporación al medio social de un elemento dotado de peligrosidad. Por ello, el riesgo debe ser cuidadosamente individualizado y precisado (cfr. Acuerdo N° 25/01, del citado Registro).*

*De esta manera, puede decirse siguiendo a Nicolás H. Barbato, que al establecer el contenido del contrato de seguro, se efectúa la mención del riesgo genérico a cubrir y luego se señalan diversas hipótesis que van acotando el ámbito dentro del cual regirá la cobertura otorgada. Tal determinación resulta de un procedimiento que permite*



*distinguir dos fases: a) La individualización del riesgo consistente en la indicación de la naturaleza del hecho de cuyas consecuencias se busca amparo (por ejemplo: daño a terceros, etc.); y b) La determinación del riesgo, que resulta de la fijación de límites concretos a ese riesgo genérico.*

*Cuando dicha delimitación es de naturaleza convencional -que es la que tiene lugar en la mayoría de los casos-, se traduce en cláusulas denominadas "de exclusión de cobertura" o "de no -seguro". Estas cláusulas señalan hipótesis que, o bien resultan inasegurables, o bien son intensamente agravantes del riesgo y, por ello, son colocadas fuera de la cobertura (aut. cit., "Exclusiones a la cobertura en el contrato de seguro", E.D. 136-547).*

*Las cláusulas de exclusión de cobertura aparecen con un marcado carácter de objetividad, acentuado por la circunstancia de tratarse de cláusulas cuyo diseño y contenido están íntimamente vinculados a la técnica aseguradora. Cuando mencionan conductas no lo hacen desde una óptica que atienda a la interioridad del sujeto que las ejecuta, sino más bien como una descripción de hechos externos -actos vistos "desde afuera"- considerados en función de la técnica del seguro (esencialmente lo relativo a la probabilidad siniestral) (cfr. Nicolás H. BARBATO, ob. cit.).*

*La verificación de la legitimidad de la exclusión torna necesario analizar la finalidad a la que responde, para establecer si resulta razonable y acorde a la ley y si no contraría principios esenciales o normas inderogables.*

*En el caso, tal finalidad estriba en la existencia de idoneidad para la conducción del rodado, ya que ésta resulta de vital importancia a los fines de la probabilidad siniestral. Es evidente que una persona que no sepa conducir debidamente aumentará en forma notable la*





probabilidad de ocurrencia del siniestro. Resulta también claro que el análisis técnico y estadístico que está en la base de la configuración de la cobertura toma en cuenta situaciones en las que el riesgo está constituido por los sucesos típicos de la rama, pero no los derivados de la falta de idoneidad en la conducción. Esa idoneidad es requerida con carácter de exigencia básica, configurando un verdadero presupuesto técnico. A su vez, en la estructuración de ese presupuesto se adopta una forma específica. En lugar de enunciar como condición del amparo la acreditación concreta, en cada caso, de la idoneidad para el manejo, lo que llevaría a un engorroso examen que podría derivar en dificultades prácticas frecuentes y en eventuales arbitrariedades en la evaluación de algunos casos, se optó por aprovechar el procedimiento que realiza la autoridad para habilitar a los conductores para el manejo, y se convirtió a dicha habilitación en una circunstancia objetiva, cuya existencia se plantea en la póliza como condición de cobertura (conf. Barbato, ob. cit.).

En definitiva, esta causal de exclusión de cobertura proviene de un enfoque técnico: constituye presupuesto esencial del amparo, que el conductor posea idoneidad para el manejo, pues en caso contrario el riesgo se vería agravado y podría resultar inasegurable, o habría que cobrar una prima muy superior, proporcionada a esa agravación.

La función social que posee el contrato de seguro no constituye argumento suficiente para omitir una cláusula de exclusión de cobertura como lo es la carencia de habilitación para conducir, máxime cuando la exigencia de carnet habilitante configura una obligación de origen legal de obligatoria vinculación para el conductor (conf. STMisiones, L.L. 1999-F, 794).



*Resulta revelador de la importancia de poseer registro habilitante, que su emisión o reválida conlleva un control de la capacidad psicofísica de su portador, que revela dicho instrumento público.*

*Conforme el desarrollo que precede, se concluye que el análisis efectuado por la Jueza de Primera Instancia en torno a la exclusión de garantía de la Aseguradora, resulta ajustado a derecho, por lo que también se rechaza el presente agravio.*

Por consiguiente y conforme lo expuesto en los precedentes citados, y toda vez que el conductor del vehículo asegurado no tenía licencia vigente a la fecha del hecho es que la aseguradora no debe responder conforme los términos del contrato de seguro.

Por lo demás la pretensión de que se oficie a todas las municipalidades del país resulta manifiestamente improcedente toda vez que la licencia se expide en la municipalidad donde se domicilia el conductor, además de ser irrazonable la pretensión que ni siquiera fue esgrimida al responder la defensa deducida por la aseguradora.

IV.- Finalmente, y en cuanto al recurso arancelario planteado por la aseguradora HSBC, analizados los porcentajes establecidos por la aquo en función de las pautas y criterios utilizados para casos similares en esta instancia, concluyo que resultan ajustados a derecho.

V.- Por las razones expuestas, propongo se modifique parcialmente la sentencia apelada, elevándose el monto de condena a la suma total de \$155.500 y confirmándose en lo restante, con costas de Alzada en el orden causado atento la forma en que se resuelve el recurso.



Asimismo, se confirme el punto II de la sentencia en cuanto hace lugar a la defensa de la aseguradora, con costas a la actora.

**La Dra. Patricia CLERICI dijo:**

Si bien en autos "Brito Contreras c/ Lago" (expte. n° 386.457/2009, P.S. 2013-I, n° 35), entre otros, he postulado el rechazo de la defensa de exclusión de cobertura planteada por la aseguradora, con fundamento en la carencia de carnet de conducir por parte del conductor al momento del siniestro, en estas actuaciones se dan aquellas circunstancias que consideraré en autos "Iglesias c/ Encina" (expte. n° 321.527/2005, P.S. 2014-II, n° 65), y que me hicieran aceptar la exclusión referida.

En efecto, al igual que sucediera en el último de los precedentes citados, la actora careció, al momento del accidente, de licencia para conducir, habiéndola obtenido, por primera vez, con posterioridad al siniestro y mediando un lapso temporal considerable entre éste y la fecha de otorgamiento de la habilitación municipal. Recuérdese que en autos "Britos Contreras c/ Lago" la conductora del rodado obtuvo su licencia al día siguiente del accidente, en tanto que en el sub lite la licencia para conducir fue emitida con fecha 20 de mayo de 2009, y el siniestro tuvo lugar el día 9 de mayo de mismo año.

A ello agrego que en autos una de las causas del accidente fue la impericia de la demandada Ortiz en la conducción del vehículo, tal como lo ha señalado la jueza de grado, con lo cual la carencia de carnet de conducir adquiere relevancia causal en el acaecimiento del hecho dañoso.

En resumen, la actora no tenía licencia para conducir al momento del accidente, nunca la tuvo con anterioridad al siniestro, no puede presumirse que se



encontrara tramitando su obtención -dado la fecha de emisión del primer registro-, ni tampoco puede presumirse su pericia en la conducción de vehículos desde el momento que fue justamente la ausencia de ella una de las causas del hecho dañoso.

Por lo dicho, y compartiendo la solución dada a los restantes agravios de la parte actora, adhiero al voto del señor Vocal preopinante.

Por ello, esta **Sala II**

**RESUELVE:**

I.- Modificar parcialmente la sentencia de fs. 639/650, y en consecuencia, elevar el monto de condena a la suma total de \$155.500 y confirmarla en lo restante, con las costas de Alzada en el orden causado.

III.- Confirmar el punto II de la sentencia en cuanto hace lugar a la defensa de la aseguradora HSBC, con las costas de Alzada a la actora, difiriéndose la regulación de los honorarios profesionales para cuando se cuente con pautas a tal fin.

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

**Dr. FEDERICO GIGENA BASOMBRIO - Dra. PATRICIA CLERICI**

**Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria**