

**En Buenos Aires, a los 13 (trece) días del mes de diciembre de 2006, en los autos caratulados "Obarrio, María Pía c/ Microómnibus Norte S.A. y otro s/ daños y perjuicios (Acc. Tran. c/ Les. o muerte) Sumario" y "Gauna, Agustín c/ La Economía Comercial S.A. de Seguros Generales y otro s/ daños y perjuicios" reunidos en Acuerdo Plenario los Señores Jueces de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, a efectos de dar cumplimiento a lo dispuesto por el art. 298 del Código Procesal, en los términos de la votación efectuada en el Acuerdo Plenario celebrado el día 24 de octubre de 2006 y con el objeto de exteriorizar los fundamentos de la doctrina legal aplicable respecto de la siguiente cuestión:**

"Si en los contratos de seguro de responsabilidad civil de vehículos automotores destinados al transporte público de pasajeros, la franquicia como límite de cobertura -fijada en forma obligatoria por la autoridad de control de la actividad aseguradora conforme la Resolución N° 25.429/97- es oponible al damnificado (sea transportado o no)"

La mayoría, en forma impersonal dijo:

1.- El Derecho, como ordenamiento social justo, debe privilegiar las ideas contemporáneas que giran en derredor de un criterio solidarista que tiende a posibilitar la realización individual en el contexto social. En tal sentido, no cabe desentenderse de la desgracia ajena y priorizar intereses puramente economicistas, dejando de lado la reparación del daño injustamente padecido. El derecho de daños, en su concepción actual, protege al débil y por ende a la víctima; en esa dirección destaca la función social del seguro, como instituto adecuado a la idea solidarista. En tal sentido el daño individual resulta distribuido entre todos los asegurados, procurando que la víctima obtenga una condigna reparación del perjuicio sufrido, sorteando la eventual insolvencia del autor del daño.

No se trata, simplemente, de hallar sujetos a quienes exigirles la indemnización, sino que el perjudicado sea satisfecho en su reclamo.

La actual difusión del seguro, entre otras razones, se fundamenta en el resguardo a la víctima; por lo que para ciertas actividades máximamente peligrosas o que estadísticamente, tienen gran operatividad en la generación de perjuicios, como ocurre en el caso de daños causados por automotores, se impone la necesidad de contratar seguros obligatorios (art. 68, ley 24.449).

2.- Es preciso hacer una breve reseña de los antecedentes legislativos para delimitar el tema en debate.

a) El art. 68 de la ley 24.449 (Ley Nacional de Tránsito), sancionada el 23 de diciembre de 1994 y publicada el 10 de febrero de 1995, establece que "todo automotor, acoplado o semi acoplado debe estar cubierto por seguro, de acuerdo a las condiciones que fije la autoridad en materia aseguradora, que cubra eventuales daños causados a terceros, transportados o no". Dentro del concepto de automotores quedan comprendidos los automóviles, camiones, camionetas y ómnibus (conf. art. 5° de la ley citada). En el segundo párrafo del art. 68, la ley añade que también es obligatorio el seguro para las motocicletas en las mismas condiciones que rigen para los automotores.

La obligatoriedad del seguro que cubra eventuales daños causados a terceros, transportados o no, que se denomina seguro de responsabilidad civil, se desprende además de lo dispuesto en el art. 40 de la ley, porque para poder circular con un automotor es indispensable que su conductor lleve

consigo, entre la documentación exigible, "el comprobante de seguro en vigencia que refiere el art. 68".

b) La Ley de Tránsito, si bien dispone la obligatoriedad de un seguro de responsabilidad civil para poder circular con automotores, en puridad no lo regula puesto que delegó en la autoridad administrativa competente en materia aseguradora ¿la Superintendencia de Seguros de la Nación?, el establecimiento de las condiciones que debe reunir dicho seguro.

c) Con anterioridad a la vigencia de la ley 24.449, a nivel nacional rigió la 12.346 dictada en 1937. En su art. 10, inc. f, establecía que las empresas transportadoras que hubieran obtenido permiso de la Comisión Nacional de Coordinación de Transportes que dicha ley creó, estaban obligadas "a asegurar sus riesgos y los de las personas y cargas que transporten, comprendiendo los riesgos de terceros". Mucho después, en abril de 1992, se dictó el decreto 692/92 (parcialmente modificado por el decreto 2254/92) que aprobó el Reglamento Nacional de Tránsito y Transporte, con vigencia a partir del 1º de febrero de 1993. El art. 67 establecía la obligatoriedad del seguro, en los mismos términos en que poco tiempo después lo haría la ley 24.449. Por el art. 95 de esta ley, fueron expresamente derogados los decretos 692/92 y 2254/92.

3.- A la vista de lo dispuesto por el art. 67 del Reglamento Nacional de Tránsito y Transporte, la Superintendencia de Seguros de la Nación reglamentó las condiciones del seguro obligatorio. El 29 de diciembre de 1992, es decir ya dictado dicho Reglamento pero con antelación a su entrada en vigencia, la Superintendencia dictó la Resolución General 21.999/92 que se ocupa del tema. El art. 1º dispone que el seguro obligatorio previsto en el art. 67 del Reglamento, deberá cubrir la responsabilidad en que se incurra por el vehículo automotor objeto del seguro con límites mínimos de \$ 30.000, si se trata de muerte o incapacidad total y permanente y para resarcir incapacidades parciales y permanentes, por la suma equivalente al porcentaje de incapacidad padecida sobre el monto previsto para el caso de muerte o incapacidad total y permanente. La Resolución 22.058/93 reglamentó en un anexo las "condiciones y diagramación" de las coberturas mínimas requeridas por la Resolución 21.999/92.

Después de la entrada en vigencia de la ley 24.449 que derogó y sustituyó al Reglamento, la Superintendencia de Seguros de la Nación por Circular 3809 de 1998, comunicó a las compañías de seguros que "debe considerarse que la Resolución 21.999 es reglamentaria del art. 68 de la ley 24.449". Es que, como ya se dijo, el art. 67 del Reglamento y el art. 68 de la ley estaban concebidos en idénticos términos.

Hasta este punto es dable afirmar pues que el seguro obligatorio de responsabilidad civil está reglamentado en los términos de las Resoluciones 21.999/92 y 22.058/93 en las que se establecen límites mínimos de cobertura de los seguros contratados para responder a siniestros que causen daños a terceros, transportados o no.

4.- Posteriormente la Resolución 25.429/97, dictada por la Superintendencia de Seguros como consecuencia del decreto 260/97 declaró "en emergencia" a las empresas prestadoras del servicio de autotransporte público de pasajeros y sus aseguradoras debido a una alta siniestralidad en ese ámbito, la liquidación del INDER, el incremento del tránsito vehicular, una elevada actividad litigiosa y el dictado de numerosas sentencias condenatorias contra las empresas (Frick, Pablo D., "La franquicia en el seguro de responsabilidad civil por el uso de automotores", el Dial-DC841,

publicación del 23/3/06; Frick Rotella, Pablo D. y García Villalonga, Julio C., "La franquicia en el contrato de seguro y la crisis del sector del transporte público de pasajeros", Rev. La Ley, T.2005-E, sec. Doctrina, pág. 928/929; Morello, Augusto M. y Stiglitz, Ruben S., "Transporte público de pasajeros, seguro obligatorio y responsabilidad del estado por falta de servicio", La Ley, T.2005-A, pág. 756; Huber, Carlos Alberto, "El servicio de seguro obligatorio automotor y franquicia en el autotransporte público", en Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2005 - 2, Contratos de Servicios - II, Ed. Rubinzal Culzoni, pág. 240; Entrevista al Dr. Martín Zapiola Guerrico, La Ley actualidad del 7/9/06; Entrevista a la Dra. María Fabiana Compiani, La Ley actualidad del 21/9/06).

La Resolución 25.429/97, aprobó las condiciones contractuales para el riesgo de responsabilidad civil de vehículos automotores destinados al transporte público de pasajeros y dispuso que los aseguradores que optaren por brindar dicha cobertura "deberán adherirse expresamente a esta Resolución". En el Anexo III se estableció lo que se denomina "franquicia o descubierto a cargo del asegurado", disponiendo que "el asegurado participará en cada acontecimiento cubierto que se tramite por la vía administrativa o judicial con un importe obligatorio a su cargo de \$ 40.000". Y añade que "dicho descubierto a su cargo se computará sobre el capital de la sentencia o transacción, participando el asegurado a prorrata en los intereses y costas".

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

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

5.- ¿Cómo se compatibiliza el seguro obligatorio que debe cubrir a todo automotor para circular por la vía pública, y a la vez la posibilidad de circular asegurado pero sin cobertura hasta el monto de la franquicia?

Hay autores que consideran que la Resolución 25.429/97 establece las condiciones de un seguro voluntario de las empresas de transporte público (Stiglitz, Ruben S. y Compiani, M. Fabiana, "La franquicia en el transporte automotor de pasajeros: cuando la irrazonabilidad de su cuantía veda su oponibilidad al damnificado", JA 2006-III, pág. 1028 fascículo nro. 6; Huber, Carlos Alberto, op. cit., pág. 239 a 241).

Sin embargo aunque en lo formal se consideren operativos los límites mínimos de cobertura de los seguros obligatorios contratados para responder a siniestros que causen daños a terceros transportados o no, en virtud de lo dispuesto por Resoluciones 21.999/92 y 22.058/93, todo contrato de seguro que cubra los riesgos de responsabilidad civil de vehículos automotores destinados al transporte público de pasajeros debe ser estipulado de acuerdo a lo dispuesto en la

Resolución 25.429/97. Es decir que este último no es un seguro voluntario sino que lo es obligatorio para dicho segmento del mercado asegurador. En este sentido se ha señalado que las entidades aseguradoras autorizadas a operar en la rama "seguros de responsabilidad civil del transporte automotor de pasajeros" no están autorizadas por la Superintendencia de Seguros de la Nación a celebrar otros contratos de seguro cuyo contenido normativo difiera del autorizado. En consecuencia, en la actualidad las empresas de autotransporte público de pasajeros no tienen la posibilidad de tomar otras coberturas diferentes de la única aprobada por la Superintendencia de Seguros de la Nación (conf. Soto, Héctor, "El seguro implementado por la ley de tránsito. El transporte automotor, los terceros damnificados y las limitaciones cuantitativas de cobertura"; LexisNexis N0003/011250). Ello queda patentizado, a mayor abundamiento, por la circunstancia -que es sabida?, de que las aseguradoras autorizadas para operar en el mercado deben adecuar las pólizas a las normas o "planes" contractuales autorizados por la Superintendencia de Seguros de la Nación, quien debe cuidar "que las condiciones contractuales sean equitativas" (art. 25 de la ley 20.091).

Queda señalada una de las tantas paradojas que deja al descubierto este fárrago reglamentario. La franquicia a cargo del asegurado, en el seguro del transporte público, es superior al límite mínimo que debe cubrir el seguro obligatorio. Es incomprensible. ¿Cómo se entiende que todo seguro contra la responsabilidad civil que cubra eventuales daños causados a terceros, transportados o no, deba prever una cobertura mínima de \$ 30.000 para resarcir los casos de muerte o incapacidad total y permanente y, si se trata del seguro de responsabilidad civil contratado en el sector del autotransporte de pasajeros, se admita una franquicia de \$ 40.000?

El interrogante carece de una respuesta convincente. Pero, además, revela a las claras que la opción política del Estado mediante la mentada franquicia, ha consistido en poner a cargo de los damnificados ¿las víctimas? la financiación del costo de la "emergencia". Esto es por sí solo grave, porque la estadística demuestra que un importante porcentaje ¿la mayor parte? de los accidentes protagonizados por transportes públicos no superan el monto del "descubierto". Ello aunque se legitime la previsión de franquicias en el propósito de liberar al asegurador de los daños "minúsculos" o "insignificantes", y alentar al asegurado para que adopte mayores diligencias evitando la producción de los siniestros, es por lo menos dudoso, que una franquicia o descubierto a cargo del asegurado como la que prevé la Superintendencia de Seguros, encuentre justificación razonable frente a la siniestralidad que provoca el transporte público (Castro, Jorge Mario, "La responsabilidad civil del transporte público de pasajeros. La Resolución nro. 25.429 S.S.N. La ruptura de la ecuación riesgo-prima (Proporcionalidad. Equidad e inequidad de las posibles soluciones)," Revista Jurídica Argentina del Seguro, la Empresa y la Responsabilidad - año XIV nro. 29, mayo 1998, pág. 50/51; Frick, Pablo D., op. cit. elDial-DC841; Polotto, Ernesto R. B., "Sobre la franquicia en el contrato de seguro", El Derecho, T93, pág. 648/649). Máxime si se considera que por naturaleza, el seguro de responsabilidad civil tiene por objeto "mantener indemne al asegurado por cuanto deba a un tercero en razón de la responsabilidad prevista en el contrato" (art. 109 de la ley 17.418) y que este seguro es obligatorio (art. 68 de la ley 24.449). Este es el meollo de la cuestión: el monto del descubierto a cargo del asegurado que establece la resolución de la Superintendencia de Seguros de la Nación, es irrazonable, porque como se ha

señalado desde la doctrina y en diversos precedentes, la gran mayoría de los daños a pasajeros o a terceros no transportados, quedan a cargo de las empresas de transporte debido a que el monto de su resarcimiento no alcanza a superar dicho descubierto. (conf. Stiglitz, Rubén y Compiani, M. Fabiana, "La franquicia en el seguro para el transporte público de pasajeros. Su inconstitucionalidad por irrazonabilidad", La Ley, T. 2005-E, sección doctrina, págs. 1322/1327; CNCiv., Sala K, in re "Perez Villanueva, Mario c/ Transporte Automotor Callao SA y otros s/ daños y perjuicios" del 21/2/06).

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

Así, pues, la exigencia legal de contar con el seguro que dispone el art. 68 de la ley 24.449, según el cual todo automotor debe circular con una cobertura por los eventuales daños causados a terceros, transportados o no, resulta desvirtuada por la autoridad de aplicación, que impone a las aseguradoras del transporte automotor la previsión de un no seguro en las pólizas si el resarcimiento de daños causados al damnificado no supera el monto de \$ 40.000. Dichas pólizas deben contener la cláusula por la cual el asegurado participa en cada acontecimiento cubierto, que se tramite por la vía administrativa o judicial, con tal importe que queda exclusivamente a su cargo. Ni siquiera la empresa de autotransporte podría, por hipótesis, contratar otro seguro que cubriese ese riesgo no asegurado. Ello, por la sencilla razón de que, en la inteligencia de la Resolución de la Superintendencia de Seguros, se trata de un riesgo no asegurable. Y esto, lo señalamos además, agrava el pasivo de las propias empresas del transporte, muchas de las cuales en razón de la cesación de pagos no atienden los siniestros comprendidos en el descubierto a su cargo. No es difícil colegir el resultado: una gran cantidad de siniestros cuyas víctimas sufren daños inferiores a \$ 40.000, quedan sin resarcimiento.

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

6.- Diversas Salas de este Tribunal han venido resolviendo tradicionalmente que la franquicia mediante la cual se excluye de la cobertura del seguro, y por lo tanto de la prestación del asegurador, una suma cierta predeterminada en la póliza es oponible al tercero damnificado en virtud de que la responsabilidad del asegurador opera "en la medida del seguro" (conf. CNCiv., Sala A, in re "Bossio, Jorge Sebastián c/ Expreso Paraná S.A. y otro s/ daños y perjuicios" del 15/9/05; Sala D, in re "Mele, Lydia Linda c/ Sociedad San Cristóbal SRL y otros s/ daños y perjuicios" y su acumulado "Paesani, Roberto Cándido c/ Durán y Fonseca, Hugo Marcelo y otros s/ daños y perjuicios" del 28/11/05; Sala E, in re "Catania, Verónica G. c/ Ttes. 19 de noviembre SA s/ daños y perjuicios" del 23/2/05; Sala F, in re "Alvarez, Rosa c/ Loto, Luis

Alfredo y otros s/ daños y perjuicios" del 23/12/03 y "Gaione, Angélica Isolina c/ Médica, Ruben Oscar y otros s/ daños y perjuicios" del 20/12/05; Sala G, in re "Díaz, Elvira Cleotildes c/ Empresa Gutierrez SRL y otro s/ daños y perjuicios" del 6/7/04; Sala H, in re "Burdís, Esther Zulema c/ Empresa de Transportes Colegiales S.A. y otro s/ daños y perjuicios" del 22/2/06; Sala I, in re "Herrera, Ramón Alberto c/ La Cabaña SA Línea 242 y otro s/ daños y perjuicios" del 29/12/04; Sala J, in re "Coria, Alberto y otros c/ Salvatierra, Gastón y otro s/ daños y perjuicios" del 18/7/06).

A ello se añade que la franquicia constituye una de las defensas nacidas antes del siniestro que autoriza el art. 118, tercer párrafo de la ley 17.418 como defensa oponible al damnificado. Otras Salas, en cambio, se han pronunciado por la nulidad o la inoponibilidad de tal franquicia respecto del damnificado (conf. CNCiv., Sala B, in re "Arreguez, Adriana Mónica c/ Godoy, Daniel Gustavo s/ daños y perjuicios" del 9/5/06; Sala C, in re "Kapp, Raquel Leonor c/ Transportes Automotores Riachuelo SA Tarsa Línea 100 y otro s/ daños y perjuicios" del 21/3/06; Sala K, in re "Perez Villanueva, Mario c/ Transporte Automotor Callao SA y otros s/ daños y perjuicios" del 21/2/06; Sala M, in re "Enriquez, Susana Evangelina c/ DOTA SA y otros s/ daños y perjuicios" del 6/4/06).

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

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

b) Es posible sostener la inoponibilidad por diversos rumbos del razonamiento: sea por reputar que la cláusula de la póliza vulnera los límites impuestos por el art. 953 del Cód. Civil, o porque es abusiva en los términos del art. 1071 del mismo Código e incluso, si se juzgan aplicables al caso las disposiciones que regulan la protección del consumidor (arg. arts. 1º, 2º y concordantes de la ley 24.240), porque deben tenerse por no convenidas las estipulaciones que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños (art. 37, inc. 1º, ley citada). Nótese que nos referimos a la inoponibilidad de la cláusula de la póliza, sin entrar en el análisis de la eventual inconstitucionalidad de la reglamentación de la Superintendencia de Seguros de la Nación que, como ya se dijo, resulta ser cuestión ajena a la que puede ser materia de este plenario.

Sin perjuicio de lo expuesto precedentemente dejamos sentado que la respuesta por la negativa

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

Por estas consideraciones, como doctrina legal obligatoria (artículo 303 del Código Procesal): SE RESUELVE:

"En los contratos de seguro de responsabilidad civil de vehículos automotores destinados al transporte público de pasajeros, la franquicia como límite de cobertura -fijada en forma obligatoria por la autoridad de control de la actividad aseguradora conforme la Resolución N° 25.429/97- no es oponible al damnificado (sea transportado o no)". Fdo. Ana María Brilla de Serrat (En disidencia), Oscar José Ameal, O. Hilario Rebaudi Basavilbaso, Ana María Luaces, Hugo Molteni, Jorge Escuti Pizarro, Mauricio Luis Mizrahi (Con ampliación de fundamentos), Gerónimo Sansó, Claudio Ramos Feijóo, Luis Álvarez Juliá (Con ampliación de fundamentos), Beatriz L. Cortelezzi (Con ampliación de fundamentos), Omar L. Díaz Solimine (Con ampliación de fundamentos), Diego C. Sánchez (En disidencia), Miguel Ángel Vilar, Osvaldo D. Mirás (Con ampliación de fundamentos), Juan Carlos G. Dupuis (En disidencia), Mario P. Calatayud (En disidencia), José Luis Galmarini (En disidencia), Eduardo A. Zannoni, Fernando Posse Saguier, Carlos Alfredo Bellucci (En disidencia y con ampliación de fundamentos), Graciela Varela, Jorge A. Giardulli, Elsa H. Gatzke Reinoso de Gauna, Julio M. Ojea Quintana, Delfina Borda, Marta del Rosario Mattera, Silvia Díaz, Cecilia Rejo, Emilio M. Pascual, Marcela Pérez Pardo, Mabel A. De Los Santos, Carlos R. Ponce, Elisa M. Diaz de Vivar, Carlos R. Sanz (Por su dictamen).

La minoría en forma impersonal dijo:

1.- La cuestión sometida al plenario es: Si en los contratos de seguro de responsabilidad civil de vehículos automotores destinados al transporte público de pasajeros, la franquicia como límite de cobertura -fijada en forma obligatoria por la autoridad de control de la actividad aseguradora conforme la Resolución N° 25.429/97- es oponible al damnificado (sea transportado o no). Antes de producirse la autoconvocatoria, nos hemos pronunciado por la afirmativa, criterio éste que habremos de mantener, puesto que a nuestro juicio, y pese a las importantes razones esbozadas por la mayoría, seguimos convencidos de que es la única respuesta que interpreta al régimen legal vigente. Ello sin perjuicio de la aspiración que podamos tener los jueces a una futura modificación que contemple con más amplitud la posibilidad de que el tercero víctima de un siniestro pueda acceder al resarcimiento pleno, sin temor a que la eventual insolvencia del autor del daño pueda llevar a que se frustre, en mayor o menor medida, su legítimo derecho a él. Pero como la tarea del Tribunal es fijar la doctrina legal obligatoria, se habrá de analizar el alcance del régimen jurídico vigente, tal como rige, no de sus posibles desaciertos, para intentar

corregirlos por esta vía. Es bajo esta óptica que habremos de ceñir el análisis a los fines de establecer la interpretación de la ley, sin perjuicio de que en el caso concreto los involucrados introduzcan otro tipo de defensas, que estimen pertinentes.

La que propiciamos era hasta hace poco tiempo la respuesta mayoritaria de esta Cámara. Así lo había decidido a través de distintas Salas: a) C.N.Civ., Sala A, "Bossio, Jorge Sebastián c/ Expreso Paraná S.A. y otro s/ daños y perjuicios", del 15/09/05, en La Ley tomo 2006-A, pág. 228, con nota a fallo de Pablo D. Frick "¿Se consolida la doctrina judicial de la "oponibilidad" de la franquicia?"; en La Ley tomo 2006-B, pág. 310 con nota a fallo de Rubén S. Stiglitz y María Fabiana Compiani "La viabilidad de la declaración de oficio de la inconstitucionalidad de la franquicia en el seguro de transporte automotor de pasajeros" y en Responsabilidad Civil y Seguros 2006-VI, pág. 57; Doctrina Judicial del 15/02/06, anotada por Pablo D. Frick, op. cit. pág. 375 y Responsabilidad Civil y Seguros 2006-II con notas de Rubén S. Stiglitz y María Fabiana Compiani op. cit. pág. 91; b) C.N.Civ. Sala D, "Mele, Lydia Linda c/ Sociedad San Cristóbal S.R.L. y otro s/ daños y perjuicios y su acumulado Paesani, Roberto Cándido c/ Durán y Fonseca, Hugo Marcelo y otros s/ daños y perjuicios", del 28/11/05; c) C.N.Civ., Sala E, "Medina, Pablo J. c/ TBA S.A.", del 8/7/02, Doctrina Judicial, 2002-3, pág.528); d) C.N.Civ. Sala F, "Brusa, Héctor Luis c/ Monterde, Leonardo Julián y otros s/ daños", del 07/04/05, Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones N° 217 de marzo-abril 2006 anotado por Héctor M. Soto; C.N.Civ. Sala F, "C., O. c/ Expreso 9 de Julio S.A. y otros s/ daños y perjuicios", del 15/06/05, en El Derecho tomo 215, pág. 403; e) C.N.Civ. Sala G, "Jalfen, Zulma Emilia c/ Cárdenas S.A. Empresa de Transportes y otros s/ daños y perjuicios", del 25/6/04 en El Derecho tomo 209, pág. 496; ídem Sala G, "Díaz, Elvira Cleotildes c/ Empresa Gutiérrez S.R.L. y otro s/daños y perjuicios", del 6/7/04 con nota a fallo de Rubén S. Stiglitz "Oponibilidad de la franquicia al pasajero transportado", en Jurisprudencia Argentina tomo 2005-I, pág. 786 ; ídem Sala G, "M., E.N. c/ P. D.C s/ daños y perjuicios", del 12/04/06, en El Derecho tomo 218, pág.190; f) C.N.Civ. Sala H, "Barbero, Miguel A. c/ Edenor S.A. y otros", del 26/02/02, en La Ley tomo 2002-D-, pág. 98; ídem Sala H, Alvez de Macías, Juana c/ Mayo S.A.", del 3/7/02 en La Ley tomo 2002-D, pág. 249; g) C.N.Civ. Sala I, "Herrera, Ramón Alberto c/ La Cabaña S.A. línea 242 y otro s/ daños y perjuicios", del 29/12/04; h) C.N.Civ. Sala J, "Bernz, Nidia Alicia c/ Microómnibus Saenz Peña S.R.L. y otro s/ daños y perjuicios", 19/08/04 e i) C.N.Civ. Sala L, "Díaz, Virginia de Jesús c/ Green Constructora S.A. s/ daños y perjuicios", 05/09/05; ver también trabajo del Dr. Sánchez, "El juez y la aplicación del contrato de seguro. En la República Argentina, en 2006", en Jurisprudencia Argentina 2006-IV, número especial Seguros, págs. 30/37).

Se habían inclinado igualmente por la oponibilidad de la franquicia a las víctimas, con fundamentos similares, las Salas B ("Pérez, Reinaldo V. c/ Transporte Automotor Luján S.A.C.I.", del 28/08/02, en Doctrina Judicial 2002-3, pág.1019 y "Gurevich, Nélica c/ Transporte Alberdi S.A. s/ daños y perjuicios", del 13/06/03, en El Derecho tomo 206, pág.178) y C ("Rodríguez, Lucía L. c/ Gamarra, Wilfrido y otro", del 20/11/03, en Responsabilidad Civil y Seguros 2004-318, con nota de Stiglitz, Rubén, "La franquicia y su oponibilidad a terceros"), que luego modificaron su criterio (también parcial, o totalmente, sus integraciones).

Se ha decidido en dichos precedentes que, al existir contrato de seguro, debe extenderse la condena respecto de la aseguradora en la medida del seguro (art.118 de la ley 17.418). Los fundamentos en que se sustenta esta doctrina tienen apoyatura constitucional y legal (arts. 14, 17 y 19 de la Constitución Nacional; 499, 503, 504, 851, 853, 944, 1137, 1197, 1198 y 1199 del Código Civil; título preliminar, 217 y 218 del Código de Comercio; 1, 5, 7, 15, 61, 109, 111, 116, 118 y 158 de la ley de seguros; 23, 25, 26, 33, 34, 58, 64 y 67 de la ley 20.091; Resolución N° 25.429/97 de la Superintendencia de Seguros de la Nación y cons.).

La mayoría de la doctrina especializada, se inclina por este criterio. Así, Aguirre, Felipe F., "El "descubierto obligatorio" del seguro de responsabilidad civil en el transporte público automotor de pasajeros", en Revista del Derecho Comercial 2005-211, pág.483, Editorial Depalma y "El descubierto obligatorio de la resolución 25.429 y las facultades de la Superintendencia de Seguros de la Nación", en Revista del Derecho Comercial N\_ 217 de marzo-abril de 2006; Barbato, Nicolás Héctor, "El seguro obligatorio de automotores establecido por el artículo 68 de la "ley de tránsito" 24.449 (Virtudes y defectos)", en La Ley tomo 1995-C, pág.1016; Bulló, Emilio H., "Franquicias en seguros de responsabilidad civil", su comunicación en reunión del 16 de noviembre de 2006 en el Instituto de Derecho Empresarial de la Academia Nacional de Derecho; Compiani, María Fabiana y Venegas, Patricia Pilar, "¿El seguro de responsabilidad civil es una estipulación a favor de tercero? (Apuntes sobre un viejo debate)", en La Ley tomo 1993-C, pág. 909; Córdoba, Marcos M., "Seguridad Jurídica. Los límites de la facultad de los jueces en la interpretación de la ley", en La Ley Suplemento Actualidad del 02/03/06; López Saavedra, Diego, "La franquicia en el contrato de transporte automotor"; entrevista en La Ley Suplemento Actualidad del 07/09/06; López Saavedra, Domingo M. "La franquicia en los seguros de responsabilidad civil", en La Ley tomo 2001-D, pág. 932; Pantanali, Norberto J., "El seguro de responsabilidad civil y la citación en garantía del asegurador (Su interpretación en la jurisprudencia de la Provincia de Buenos Aires)", en La Ley tomo 1996-E, pág. 789; Quintana, Enrique José, "El descubierto obligatorio en el seguro de responsabilidad civil del transporte público de pasajeros. Algunas reflexiones en razón de la jurisprudencia contradictoria", en Revista del Derecho Comercial N\_ 217 de marzo-abril 2006; Schiavo, Carlos Alberto, "Reafirmación de la Naturaleza Jurídica Contractual del Seguro", Sup. Derecho de Seguros de El Derecho, del 17/10/06; Soto, Héctor M., "El seguro implementado por la Ley de Tránsito. El transporte automotor, los terceros damnificados y las limitaciones cuantitativas de cobertura", en Jurisprudencia Argentina tomo 2005-II, pág.1230; Horst Speyer, Claudio J. "Validez de la franquicia, a propósito de fallos contrarios a la misma", su ponencia en el curso del presente año 2006 para el Instituto de Derecho de Seguros Isaac Halperin del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal y Zapiola Guerrico, Martín, "Unidos en la adversidad. Las franquicias altas en el seguro de responsabilidad civil", en La Ley Sup. Actualidad del 06/12/05, y demás citados en este voto, entre otros.

Es cierto, también, que algún sector de la doctrina se ha pronunciado en el sentido de la mayoría: Gherzi, Carlos A. y Correa, Giselle, "Seguros obligatorios de automotores. Las cláusulas abusivas y la desprotección de los damnificados", en Responsabilidad Civil y Seguros, junio 2005; Gherzi, Carlos A. "Inoponibilidad de la franquicia al damnificado", en La Ley Sup. del 28/11/06; Huber,

Carlos A. "El servicio de seguro obligatorio automotor y la franquicia en el autotransporte público", en Rev. de Derecho Privado y Comunitario, 2005-2, pág. 237 y "Seguro obligatorio automotor y la franquicia en el autotransporte público", en Doctrina Judicial 2005-2, pág.1199; Sobrino, Waldo A.R., "La Franquicia y su Inoponibilidad a la Víctima de un Accidente de Tránsito: la moderna tendencia jurisprudencial aproxima la justicia y la razonabilidad a los consumidores de seguros (Art. 42 de la Constitución Nacional; Art. 68 de la Ley 24.449 y Ley 24.240)", en el dial.com del 23-03-06 y Responsabilidad Civil y Seguros 2006-II, entre otros.

2.- Un principio fundamental del derecho es que no existe obligación civil sin una fuente de la que emane dicha obligación (art. 499, Código Civil). La causa fuente de la que deriva la obligación de la aseguradora es el contrato de seguro y no el hecho ilícito o el incumplimiento contractual, a los que resulta totalmente ajena. No hay solidaridad sino una mera concurrencia obligacional porque las causas son disímiles. De este modo se ha expresado que las obligaciones en cabeza de la explotadora del transporte público de pasajeros y su chofer, frente a la víctima, reconocen su causa fuente en aquel contrato o el hecho ilícito, mientras que las de la citada en garantía nacen del aseguramiento convenido entre ésta y su asegurada, es decir aquella explotadora del servicio público. Entonces existe concurrencia de vínculos que, aún con el mismo objeto, difieren en la causa fuente de la que nacen.

La relación obligacional legal que vincula a la víctima con la aseguradora es independiente de aquella que se entabla entre ésta y el asegurado, son entre si independientes, enlazadas únicamente por el sistema instituido por la ley 17.418 (art. 118). Ambas obligaciones poseen distintos sujetos -no son los mismos acreedores y los deudores en una y otra obligación- tienen distinta causa -en una la ley, en la otra el contrato- y, además, distinto objeto -en una la de reparar el daño, en la otra garantizar la indemnidad del asegurado-.

La obligación del asegurador de reparar el daño tiene naturaleza meramente "contractual", y si su finalidad es indemnizar al asegurado de los perjuicios sufridos por la producción del riesgo asegurado, su origen no es el daño sino el contrato de seguro. De tal manera la pretensión de que la aseguradora se haga cargo del pago de la indemnización "más allá de las limitaciones cuantitativas establecidas en el contrato" carece de fuente jurídica que la justifique y, por tanto, no puede ser el objeto de una obligación civil (Soto, Héctor M, "El seguro implementado por la ley de tránsito. El transporte automotor, los terceros damnificados...", Lexis Nexis on line, n\_0003/011250; "La franquicia en el contrato de transporte automotor", entrevista al Dr. Martín Zapiola Guerrico, La Ley Actualidad del 7 de septiembre de 2006).

Sin embargo, no obstante lo dispuesto por los artículos 499 y 1199 del Código Civil, se pretende declarar inoponible a la víctima una cláusula contractual. Tal interpretación no sólo prescinde del texto legal (Ley de Seguros: arts. 61 y 118, y demás normas citadas), sino que lo hace de la Constitución Nacional (arts. 14, 17 y 18), del Código de Comercio (Título preliminar, arts. 217 y 218), del Código Civil (arts. 499, 1199, 1137, 1197, 1198, 1199), de la ley 20.091 y, finalmente, de la cuestionada resolución n\_ 25.429/97 de la Superintendencia de Seguros de la Nación. Aun cuando se admita, hipotéticamente, la inoponibilidad, nulidad, inconstitucionalidad, etc., de la franquicia, ni la mayoría en este plenario, ni la jurisprudencia y doctrina que sigue, dan razón o causa suficiente para condenar a la aseguradora por sobre la medida del seguro (art.118 de la ley

17.418 y demás disposiciones citadas), ni la dan para no aplicar normas vigentes. Recordamos, por otra parte, que en el debate en el Acuerdo Plenario del 24 de octubre se propuso completar el interrogante motivo de la convocatoria agregándose el supuesto de la tacha oportuna de la inoponibilidad de la franquicia o descubierto obligatorio.

Si bien se rechazó la propuesta quedó claro entonces, como no podía ser de otro modo, que las normas procesales que establecen el principio de congruencia son siempre aplicables (CPCC: 34, inc. 4, 163, inc. 6, 277 y concs.). Si bien en este caso -"Obarrio c/ Microómnibus Norte"- podría no corresponder aplicar la doctrina plenaria (la decisión deberá tomarse al dictar sentencia en el expediente) estuvo acertada la autoconvocatoria pues era cierto que había jurisprudencia contradictoria (CPCC: 288 y 302) y, en todo caso, el llamado en "Gauna c/ La Economía Comercial", corrobora el dictado de la sentencia plenaria.

3.- El art. 109 de la ley 17.418 fija el alcance que habrá de tener el seguro de responsabilidad civil, al establecer que el asegurador se obliga a mantener indemne al asegurado por cuanto deba a un tercero en razón de la responsabilidad prevista en el contrato y a consecuencia de un hecho acaecido en el plazo convenido. Vale decir, del contenido de esta norma claramente se desprende que este tipo de seguro está instituido para proteger la indemnidad del patrimonio del asegurado, incorporando un responsable más frente a la víctima de un evento dañoso cuyas derivaciones debe enfrentar aquél. Esta responsabilidad del asegurador, repetimos, tiene su origen en el contrato celebrado con el asegurado y del que el damnificado resulta ser un tercero ajeno por completo. El asegurado no es la víctima, sino la persona que debe afrontar la responsabilidad de indemnizar los daños sufridos por aquélla. Su contratación representa un beneficio indirecto para terceros damnificados -pues al principal responsable se suma un garante contractual citado en juicio- pero el beneficiario directo del seguro es el causante del daño, ya que mediante la cobertura su patrimonio se mantendrá indemne total o parcialmente (Frick, Pablo, "¿Se consolida la doctrina judicial de la oponibilidad de la franquicia?"; sup. LL del 22 de diciembre de 2005; Soto, Héctor M., "El seguro implementado por la ley de tránsito. El transporte automotor, los terceros damnificados y las limitaciones cuantitativas de cobertura", Lexis Nexis on line, n\_0003/011250).

Como regla el contrato rige la relación jurídica entre los otorgantes, no puede perjudicar ni oponérsele a terceros, quienes -en principio- no pueden invocarlo en su favor. La convención no puede ser invocada por los terceros implica que éstos no pueden aducir derechos contra las partes otorgantes (Belluscio, Augusto C. dir., Zannoni, Eduardo A, coord., "Código Civil y leyes complementarias: comentado, anotado y concordado", Buenos Aires, Astrea, 1994, coment. Art. 1199, Tomo 5, págs. 944/945; Cifuentes, Santos, dir., "Código Civil comentado y anotado", Buenos Aires, La Ley, 2003, coment. Art. 1199, Tomo II, págs. 68/69; Lopez de Zavalía, Fernando J., "Teoría de los Contratos", Buenos Aires, Zavalía, 1993, Tomo I, Parte General, págs. 303-307).

En el caso del contrato de seguros, ese tercero, que en forma excepcional -como acreedor del asegurador- puede acceder a la suma asegurada en virtud de una convención que le es ajena por no haber participado en ella, está necesariamente subordinado a las estipulaciones contractuales contenidas en el negocio del cual pretende aprovecharse, porque su derecho constituye una

excepción al principio de relatividad de los contratos a que alude el art.1199 del Cód.Civil. Por tanto, no puede haber duda alguna que el límite de la responsabilidad civil es oponible al tercero damnificado víctima (ver Meilij, Gustavo Raúl, "La medida del seguro", en El Derecho del 5/10/06, pág. 1).

Es así, que el art.118 de la ley 17.418, en su párrafo tercero, dispone que la sentencia que se dicte hará cosa juzgada contra el asegurador "...y será ejecutable contra él en la medida del seguro", debiendo entenderse como entidad cuantitativa referida a los límites económicos de la garantía asegurativa, como así a la delimitación subjetiva y objetiva del riesgo. No puede obviarse tan clara disposición.

La reparación del daño que se les produzca a las víctimas -en tanto terceros- no puede superar la cuantía o la medida que se pactó en el seguro (Stiglitz, Rubén S. y Compiani, María Fabiana, "La franquicia en el seguro para el transporte público de pasajeros", La Ley tomo 2005-E, pág.1325; Stiglitz, Rubén S. "Oponibilidad de la franquicia al pasajero transportado", en nota a fallo, Jurisprudencia Argentina, tomo 2005-I, pág. 784; Stiglitz, Rubén S., "La franquicia y su oponibilidad a terceros", Responsabilidad Civil y Seguros, año VI, N° 1, enero-febrero de 2004, págs.72/78).

Las hipótesis de delimitación causal, temporal y espacial, subjetivas u objetivas del riesgo, se hallan contenidas -expresa o tácitamente- en las condiciones de la póliza que importan exclusiones de cobertura. Son supuestos de riesgo no garantizados por el asegurador y por los que el asegurado no afrontó el pago de prima alguna (Stiglitz, Rubén S. y Compiani, M. Fabiana, "La franquicia en el transporte automotor de pasajeros", LexisNexis on line n° 0003/012719 del 10-08-06).

Las cláusulas limitativas de responsabilidad en materia de seguros -especialmente aquellas que delimitan el riesgo asegurable- en tanto cláusulas de no seguro, no son ajenas a la víctima, esto es ella no puede ignorarlas, desde que su derecho a ser pagada por la compañía aseguradora del victimario se concretará en tanto la conducta de este último resulte involucrada en el riesgo que ha absorbido la entidad aseguradora. El seguro de responsabilidad se instituye en beneficio del asegurado, aunque en definitiva su efecto beneficioso pueda extenderse a terceros, pero ello será así en tanto el contrato lo permita.

En razón de lo expuesto, todas las hipótesis de delimitación del riesgo les son oponibles a los terceros, a lo que cabe agregar que en el seguro de responsabilidad civil, la franquicia opera como defensa anterior al siniestro y, por tanto, es oponible al damnificado (art. 118-3, Ley de Seguros).

4.- Otro de los fundamentos de las sentencias que se han pronunciado por la inoponibilidad de la franquicia a la víctima del accidente es la interpretación literal de la cláusula de la póliza que la establece en el sentido de que sólo rige en las relaciones entre los contratantes, mas no frente al tercero víctima (C.N.Civ. Sala C, "Ferrari, Leonardo Gabriel c/ Nuevos Rumbos S.A. s/ daños y perjuicios", del 2/2/06; "Kapp, Raquel Leonor c/ Transportes Automotores Riachuelo S.A. TARSA Línea 100 y otro s/ daños y perjuicios", 21/03/06, en Responsabilidad Civil y Seguros N° VII del 26/07/06; también decidió esa Sala la inoponibilidad de la franquicia en un contrato de seguro de responsabilidad médica, "B. de K. S. c/ G., J.", del 2/5/06, en Responsabilidad Civil y Seguros N° VII del 26/07/06).

No compartimos ese criterio. El empleo del conjunto de reglas que constituyen la teoría de la interpretación de los contratos queda reservada al caso de duda. Ninguna interpretación será necesaria en caso que la voluntad expresada por las partes resulte suficientemente clara (Compiani, María Fabiana, "Forma, prueba e interpretación del contrato de seguro", en *Jurisprudencia Argentina* tomo 1997-IV, pág. 891; ver también Alegría, Héctor, "La interpretación de los contratos en el derecho argentino", en *La Ley* tomo 2005-E pág.952). En nuestra opinión, no sólo la voluntad expresada por las partes resulta suficientemente clara sino que éstas ni siquiera discuten el tema, que es patrimonial y disponible; los contratantes coinciden en la causa, texto, significado y aplicación de la cláusula, sin necesidad de interpretación. Es de aplicación el brocardico *in claris non fit interpretatio*. Quienes discuten son terceros que accionan en razón del contrato (es la única relación con la aseguradora, a la que no resultan aplicables los artículos 184 del Código de Comercio, ni 1109 o 1113 del Código Civil). Ni siquiera se pretende otra responsabilidad, a pesar del aumento de factores de atribución (como el riesgo, la obligación legal de garantía, el abuso del derecho, la lesión, la equidad, etc.).

Es que los contratos deben interpretarse y ejecutarse de buena fe de acuerdo con lo que las partes entendieron (art.1198 del Cód.Civil) y la interpretación de las palabras no debe buscarse en el sentido literal sino en la intención de las partes (art.218 inc.1\_ del Cód.de Comercio), u otros términos claros (inc.2\_), o hechos de los contrayentes (inc.4\_), atendiendo a que no hay cobertura gratuita (inc.5\_), o a los usos, práctica y costumbres (inc.6\_).

No parece superfluo recordar el artículo 26 del proyecto de Ley modelo sobre el contrato de seguros para Latinoamérica, obra de Morandi, norma interpretativa, algunos de cuyos incisos establecen: b) habiendo ambigüedad en las palabras debe buscarse más bien la intención común de las partes que el sentido literal de los términos; e) los hechos de los contratantes, anteriores, coetáneos en el tiempo y siguientes al contrato que tengan relación con lo que se discute, serán la mejor explicación de la intención de las partes al tiempo de celebrarse la convención; f) el uso y la práctica generalmente observados en el comercio en contratos de igual naturaleza, y especialmente, la costumbre, prevalecerán sobre cualquier inteligencia que se pretenda dar a las palabras; g) la extensión del riesgo y de la cobertura, así como los derechos de los beneficiarios, convenidos en el contrato de seguro, deben interpretarse literalmente.

5.- Por otra parte, más allá del posible cuestionamiento -al que debe encontrarse solución por la vía pertinente, propiciando la eventual modificación normativa, o de la franquicia que se estima elevada- no se advierte irrazonabilidad en su aplicación, puesto que la fijación de ella se hizo computando la prima a pagar por el asegurado y demás fundamentos que resultan de las normas. De admitirse otra solución se provocaría un grave desequilibrio en el conjunto de operaciones de las empresas (Castro, Jorge Mario, "La responsabilidad civil del transporte público de pasajeros. La resolución n° 25.429 S.S.N.", *Revista Jurídica Argentina del Seguro, la Empresa y la Responsabilidad*, Edit. Mundo del Seguro, Buenos Aires 1998, n° 29, págs. 25/144, trabajo en el que hay detenido estudio de la resolución cuestionada y sus antecedentes; además de plantearse algunos interrogantes -ya en 1998- que seguimos planteándonos hoy, también incluye compartidas expresiones como: Vale entonces insistir en la necesidad de suficiencia de las primas, aspecto vital para afrontar las indemnizaciones (...) Las consideraciones técnicas que

hemos mencionado, nos permiten apreciar los esfuerzos del Organismo de control, por afianzar la situación de la rama "Automotores" -pág. 31- Merecen saludarse con aprobación, también, las medidas de prevención y seguridad vial, binomio inseparable del seguro y que, en el mediano plazo, pueden aportar soluciones definitivas al problema de la excesiva siniestralidad -pág. 47). Cuando se trata de un supuesto de limitación del riesgo o no seguro, no se debe omitir la aplicación de una cláusula de exclusión de la cobertura y resultan extrañas las consideraciones relativas a la función social del seguro y a la protección de la víctima (ver también SCMendoza, "Martínez, Víctor y otro c/ Carrasco Salinas, Jorge y otro", del 14/5/03, en Jurisprudencia Argentina, tomo 2003-IV, pág. 880).

El señor Fiscal de Cámara en varias ocasiones compartió esta solución. Destacaba entonces que al ser el seguro un negocio contractual, el asegurador sólo puede ser asociado a la reparación en los términos de la póliza, por lo cual, obligarlo a cubrir un riesgo fuera de los límites acordados, significa violentar la mecánica y sistema del seguro, y someterlo a él y a la masa de primas, a sufrir una pérdida para la cual no existe título jurídico que lo justifique. Esto tiene su razón de ser si se repara que esa obligación de indemnizar no tiene su origen en el daño, sino en el contrato de seguro; y que la asumida por el asegurador, no es resarcitoria -en el sentido de la reparación integral del daño- sino indemnizatoria como reparación del daño sufrido dentro de los límites y en las condiciones pactadas en el seguro; entre otras razones porque la equivalencia entre la obligación del asegurador de indemnizar, que es la causa de la obligación del asegurado de pagar la prima y viceversa, deben mantener el equilibrio necesario para que ambas se complementen debidamente (ver sus dictámenes en: C.N.Civ. Sala B, "Coulon, Federico Rodolfo c/ Monsa y otro s/ daños y perjuicios", del 17/2/05, en El Derecho 213, pág. 332 y C.N.Civ. Sala G, "C., L. c/ C. de G., D. y otro s/ daños y perjuicios", del 15/2/99, en El Derecho, tomo 183, pág. 280, entre otros).

En similar sentido se pronunciaron Tribunales de otros fueros y jurisdicciones (v.gr.: CNCom, Sala B, "Albarenga, Delfín y otros c/ Expreso Caraza S.A.C. y otros s/ ordinario", del 30/06/05, en El Derecho, tomo 215, pág.364, anotado por Petersen, Patricio E., "El fallo: la franquicia"; C.Civ.Com La Matanza, Sala I, "Torres, Eva c/ Línea Expreso Liniers S.A.I.C.", del 13/05/03, en La Ley Buenos Aires, 2003, pág. 1014; Sala II, "Luna Soria, Ricardo c/ D.U.V.I. S.A., Villan, Juan Alfredo y otro s/ daños y perjuicios", del 10/03/05, sumario JUBA B3400694; C.Civ.Com Mercedes, Sala I, "Pecotche, Rodolfo Mario c/ Funes, Pablo y otra s/ daños y perjuicios", del 10/02/05, en elDial W17E18; C.Civ.Com, San Isidro, Sala I, "Verdun c/ Tte. Automotor Plaza S.A.C.I. s/ daños y perjuicios", del 09/11/04, en elDial S1339; C.Civ.Com, San Martín, Sala I, "Baldassare, Guido c/ Pagano, Héctor Daniel", del 12/6/03; CCivCom San Martín, Sala II, "Román, Héctor Osvaldo y otros c/ Pagani, Héctor Oscar y otro s/ daños y perjuicios", del 26/09/00, sumario JUBA B2001767; C.Civ Mendoza, Circunscripción I, "Morales A. Teodora c/ Autotransporte Mendoza S.A. s/ daños y perjuicios", del 23/04/03, en elDial MC33A1; C.Civ Neuquén, Sala I, "Pino Medina, Ángel Omar c/ Cons. Patagonia UTE s/ accidente ley", del 27/04/95; C.Civ.Com Tucumán, Sala 2, "Ibáñez, Carlos Silverio y otro c/ Empresa de Distribución Eléctrica de Tucuman S.A. s/ daños y perjuicios", del 22/05/00, en elDial BB4309, entre muchos otros).

Es que, el riesgo, con la prima y la prestación del asegurador, constituyen los tres elementos esenciales del contrato de seguro, y no puede modificarse uno de ellos sin afectarse la mutualidad de asegurados (ver voto de Morandi en el fallo en pleno de la Cámara en lo Comercial in re "Mussa de Gómez de La Vega, María H. c/ La Defensa Cía. de Seguros", del 29/11/78, en La Ley, tomo 1998-D, pág.757, B-2). De la cuestionada resolución 25.429/97 de la Superintendencia de Seguros de la Nación, sus fundamentos y antecedentes, resulta el modo en que se afectaría el referido equilibrio (ver trabajo de Castro supra citado).

Afirma Atilio Aníbal Alterini ("Las ideologías en el tratamiento de la limitación cuantitativa de la responsabilidad", Lecciones y Ensayos, año 2000, N\_ 72/73/74) que en los seguros para el transporte público de pasajeros, en Capital Federal y Gran Buenos Aires, con una cobertura total de \$ 10.000.000, el premio es de \$ 7.900 anuales, que se reduce a \$ 3.950 si se pacta una franquicia de \$ 40.000 (el destacado nos pertenece). También estos cálculos resultan de las Resoluciones 24.833/96 y 25.429/97 de la Superintendencia de Seguros de la Nación, entre otras. Isaac Halperin en una de sus conferencias vinculadas con la ley 17.418 (El 25/08/70, en el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, "El contrato de seguro", JA, 1970, doc., pág. 73) dijo: "Pero es en materia de riesgos donde interesa más adentrarse a fijar las normas de interpretación. La extensión del riesgo cubierto y las consecuencias de esa cobertura influyen decisivamente en la fijación del precio, la prima; en este aspecto juega el eje económico del contrato... cuando las cláusulas modificadas influyen sobre la tarifa, la aplicación de una determinada tarifa puede ser un factor coadyuvante de interpretación..."

Si hasta pareciera podría aplicarse la máxima romana *notoria non egent probatione*. Debe respetarse el riesgo asegurado y su valoración respecto de la prima que se paga. La obligación del asegurador de pagar la indemnización prometida, constituye la contrapartida de la obligación del asegurado de abonar la prima.

El asegurador obtiene los fondos para afrontar los siniestros de lo aportado por el conjunto asegurado; y si desde el punto de vista "jurídico" la prima constituye un todo único e indivisible, que no puede descomponerse en los distintos rubros que la integran, no sucede lo mismo desde el enfoque técnico, donde resulta de interés fundamental el estudio que ha servido de base para su cálculo. Desde este ángulo, el primer elemento que figura en la composición de la prima está constituido por el puro equivalente matemático del riesgo asumido por el asegurador y representa el límite por debajo del cual éste no puede descender sin comprometer el equilibrio propio del conjunto de asegurados. De las contribuciones hechas por cada asegurado conforme "a su riesgo" se forma el fondo de primas que viene a ser la real garantía que -en el aspecto económico- tiene el asegurado, en el sentido que lo prometido por el asegurador en el contrato podrá efectivizarse cuando se verifiquen los eventos (CNCom., en pleno, in re "Mussa de Gómez de La Vega, María H. c/ La Defensa Cía. de Seguros", del 29/11/78, en La Ley, tomo 1998-D, pág.757, B-2 citado). Un riesgo que muestra una frecuencia inusitada de siniestros, pone de manifiesto el estrecho margen por el que deberá atravesar el criterio de asegurabilidad del riesgo en función de su posible comportamiento futuro y la posibilidad que tiene el asegurador de colocarlo en el mercado de reaseguros internacional. En efecto, las prioridades que suelen fijar los

reaseguradores en un contrato de exceso de pérdida para un riesgo de esta naturaleza, son más elevadas que la franquicia establecida en un contrato de seguro.

En síntesis, el comportamiento anormal que registra el riesgo y las limitaciones existentes para obtener una cobertura reaseguradora amplia, son las que determinan una franquicia que no sólo tiene una función moralizadora, sino también extraer de la cobertura la inusual frecuencia siniestral que aquél exige, bajo pena de afectar a los asegurados, al romper el equilibrio de los riesgos de unos y otros, de forma tal que la incertidumbre no se limite al contrato individual. La franquicia estipulada, entonces, se enmarca en los principios técnicos que permiten al asegurador delimitar el riesgo asumido según su comportamiento en el pasado y en la libertad de contratación que tiene su fundamento en el Código Civil (Traverso, Amadeo Eduardo, "La judicialidad de la franquicia estipulada en el contrato de seguro vs. La técnica aseguradora", en *ElDial.com*. del 28/09/06).

De allí la importancia que los jueces, con la prudencia del caso, no extiendan remedios coyunturales que pueden llegar a provocar descalabros en el sistema. De no obrarse así se conculcarían principios claros del negocio asegurador ya que debería variarse el fondo de garantía preventivo con el que se cuenta para asumir los riesgos cubiertos. Pero no sólo importaría el desquicio del sistema asegurador, sino también de las empresas transportistas de pasajeros, que no encontrarían aseguradoras que las amparasen y las víctimas de los accidentes carecerían de aseguradoras que estuvieran dispuestas a hacerse cargo de sus reclamos (Soto, Héctor M., "El seguro implementado por la ley de tránsito. El transporte automotor, los terceros damnificados y las limitaciones cuantitativas de cobertura", Lexis Nexis on line, N° 0003/011250). No habría entonces pólizas a las que se pudiera aplicar la doctrina mayoritaria de este plenario. Con acierto destaca Eduardo L. Gregorini Clusellas ("La obligación de seguridad hacia el pasajero y la franquicia del seguro", en *sup*. La Ley del 11-12-06): "La dignidad de seres humanos está en juego. Si se imponen a las aseguradoras resarcimientos que exceden el contrato, podrán soportarlos aisladamente, pero ante la generalización sucumbirán y se llegará a un resultado similar. La solución pasa por lograr la cobertura necesaria e integral de toda víctima del sistema de transporte público, y ello debe provenir de decisiones del Estado legislativo y regulador".

6.- La ley 20.091 establece que el contenido normativo de los contratos que celebren las entidades aseguradoras debe estar aprobado por la Superintendencia de Seguros de la Nación, por lo que no pueden apartarse de sus disposiciones. Y en este sentido la imposición de franquicias no sólo no se encuentra prohibida, sino que, incluso, no podrían dejar de incluirse, porque están impuestas por la Superintendencia de Seguros de la Nación (Res. 25.429/97). La autonomía de la voluntad se encuentra limitada por las disposiciones de orden público que fijan el marco normativo del contrato de seguro, por lo que mal podría sostenerse la inoponibilidad a la víctima, cuando lo realmente cuestionado no es el contrato de seguro, celebrado dentro del mencionado marco, sino la normativa impuesta por el Estado que obliga a las partes a celebrarlo en las referidas condiciones. De este modo, no se trata aquí de un supuesto de inoponibilidad del contrato, sino en el mejor de los casos, de una declaración genérica de invalidez de normativa emanada de la Superintendencia de Seguros de la Nación, que lo hace en

virtud de facultades delegadas por la ley, por cuanto, conforme al régimen del seguro, quien puede reclamar el resarcimiento es el tercero víctima del siniestro. Ello excedería holgadamente la facultad de los jueces de interpretar la ley, puesto que lo que se hace -bien o mal- es derogarla por quienes carecemos de ese poder constitucional.

Desde otra perspectiva, y en lo que atañe a la mencionada inoponibilidad, olvidan quienes la sostienen que los jueces no pueden, frente a un caso concreto y sin declarar la inconstitucionalidad de la norma, excusarse de aplicarla aduciendo que no es oponible al tercero particular alcanzado por ella. Las excepciones a los preceptos generales de la ley, son de resorte exclusivo del legislador -y no de los jueces-, sin que puedan extenderse a casos que no estén expresamente contemplados en ella (ver C.S.J.N., "Fallos" 2:26 y 317: 1505, entre muchos otros). Los jueces no pueden constituirse en legisladores, admitiendo excepciones que no están en la ley. Esto implica que, sin mediar declaración de inconstitucionalidad, los jueces están obligados a aplicar la ley a los casos que se les presentan (ver C.S.J.N., "Fallos" 33:162). Cuando la ley es clara -como lo es la contenida en la norma del art.118 de la Ley de Seguros- y no exige esfuerzo de interpretación, debe ser aplicada sin más, con prescindencia de consideraciones que excedan las circunstancias del caso expresamente contempladas en ella. Se reitera, sin mediar declaración de inconstitucionalidad de la norma, no puede el juzgador apartarse de ella y disponer que no resulta oponible al damnificado, porque éste estaría asumiendo el rol de legislador.

El artículo 68 de la ley 24.449 legisla -para su ámbito de aplicación- que "todo automotor, acoplado o semiacoplado debe estar cubierto por seguro, de acuerdo a las condiciones que fije la autoridad en materia aseguradora, que cubra eventuales daños causados a terceros, transportados o no" y dispone que será la autoridad en materia aseguradora la que establecerá las modalidades de la cobertura, es decir, que delega en esta última su reglamentación. Así la Resolución de la Superintendencia de Seguros de la Nación N° 25.429/97 establece en su anexo II, cláusula 4, que "el asegurado participará en cada acontecimiento cubierto que se tramite por la vía administrativa o judicial con un importe obligatorio a su cargo de pesos cuarenta mil"; se desprende entonces que fue la misma autoridad de aplicación la que determinó las condiciones del seguro, habiendo las partes -asegurado y aseguradora- cumplido lo dispuesto por esta reglamentación, como debían hacerlo. Así resulta, incluso, del tema de convocatoria a este plenario que celebramos. En tanto existe una expresa norma dictada por el Estado que autoriza -mejor dicho impone- la contratación del seguro con franquicia o descubierto obligatorio, la solución al problema del damnificado no puede darse por las sentencias judiciales sino a través de la modificación de las normas que regulan el mencionado seguro. En estos casos, como la fijación de la franquicia está expresamente prevista por la norma legal -siendo que el seguro de responsabilidad civil no es una estipulación a favor de terceros y que aquéllos son ajenos a la relación asegurativa- si los terceros desean invocarlo deben circunscribirse a sus términos y condiciones; excederlos para responsabilizar a la empresa aseguradora equivale a romper injustificadamente la ecuación técnica-económica en que se basa la explotación del seguro y hacer que las reservas constituidas con el fondo de las primas puedan no ser suficientes para atender a los futuros accidentados, destruyendo toda la economía de la explotación; en definitiva éstas son la causa y justificativo del

principio jurídico de equivalencia proporcional de los contratos mercantiles aleatorios (Castro Sanmartino, Mario E. y Schiavo, Carlos A. "La Franquicia en el Seguro de Responsabilidad Civil del Transporte Público de Pasajeros", sup. La Ley del 07/09/06, pág. 4).

Una solución para todos en general, y las víctimas en particular, sería la sanción de una ley de seguro automotor obligatorio como se preconiza (v.gr.: C.N.Civ. Sala D, "F., A. y otros c/ R., M.C. y otros", 30/11/05, con nota de Carlos A. Schiavo, JA 2006-II, pág. 703; Pagés Lloveras, Roberto M., "Responsabilidad civil y seguros con relación a la tutela de las víctimas de accidentes de tránsito", en La Ley 2004-E, pág.1459; María Fabiana Compiani, "La irrazonabilidad de la cuantía de la franquicia", La Ley del 12-12-06, entre otros), tema que ya preocupaba a Halperín (v.gr.: sus propios proyectos sobre Seguro Obligatorio -Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones 1974-51-, su informe al II Congreso Panamericano de Seguros, Buenos Aires, 1969, publicado con otros informes al mismo Congreso -Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones 1969-727/815-, entre otros).

7.- En esta convocatoria la mayoría destaca lo abusivo que importa aceptar "la franquicia por una cantidad tan elevada". Empero, no se aclara, en criterio semejante que pareciera sustituir al legislador y al técnico, la cantidad que no lo sea. De este modo, no queda en claro el límite entre lo que se interpreta como franquicia razonable e irrazonable.

Aun cuando podría tomarse como pauta para objetar el monto de la franquicia o descubierto obligatorio aquel que sólo en apariencia configuraría el aseguramiento, de todos modos la solución estaría en el ámbito de la competencia legislativa o técnica administrativa, para fijar ese límite, o más bien la sanción de una ley de seguro automotor obligatorio que, en lo posible, contemple el resarcimiento pleno del damnificado, sin franquicia alguna, como son -en general- los sistemas que así lo aplican en el mundo entero.

Contemporáneamente con el debate y votación del 24 de octubre se ha dictado una sentencia y se han publicado dos estudios, que merecen hoy nuestra atención.

Se exponen allí muchas de las razones que nos llevaron a votar como lo hicimos y a fundar este voto como lo hacemos. Sin embargo se establecen distinciones, o excepciones, que no compartimos.

En la sentencia (CSJ de Mendoza, Sala I, 20-10-2006, in re "Centeno, María Yolanda en j° 35.969/8975 Centeno, María Yolanda c/ Russo, Norberto p/ d. y p. s/ inc. cas."), se referencian jurisprudencia y doctrina vinculadas con el tema que nos ocupa en este plenario, aunque allí la franquicia en cuestión no era la de cuarenta mil pesos (\$ 40.000) del transporte público de pasajeros, sino que la cobertura de responsabilidad de la póliza cubría a un acoplado y quedaba limitada al veinte por ciento (20%) de los daños si la tracción remolcaba un solo acoplado, y al quince por ciento (15%) cuando remolcaba a dos.

Se destacó, para admitir la oponibilidad de la franquicia, que el Tribunal ha prestado adhesión a la regla de la oponibilidad de la franquicia, consagrada también por la CSJN; y se concluyó siendo en el caso que la finalidad de la franquicia no aparece manifiestamente desnaturalizada y no se encuentran razones suficientes para apartarse del art. 118 de la LS que expresamente dispone que el asegurador responde "en la medida del seguro.

Pero se precisó: "Ahora bien, esa regla (la de la oponibilidad de la franquicia a terceros) no es absoluta. Por el contrario, las razones sostenidas para declarar la inconstitucionalidad de las franquicias irrazonables (criterio que, como he dicho, hoy parece prevalecer en la doctrina y en la jurisprudencia), son plenamente compatibles".

El primer estudio es el publicado por Rubén S. Stiglitz (Oponibilidad del contrato de seguro a los terceros damnificados, sup. La Ley del 26-10-06).

Luego de demostrar, como lo hizo en otros trabajos supra citados, que la franquicia es un supuesto de delimitación del riesgo oponible a terceros, de extenderse sobre la franquicia y el principio de relatividad de los contratos, concluye "El principio general consiste en que el contrato no produce efecto respecto de terceros. Y ello significa que no los perjudica ni los beneficia. De donde, para los terceros, el contrato es "res inter alios acta". Y ello es así, con fundamento en la previsión contenida en el art. 1199 del Cód. Civil que señala que "los contratos no pueden oponerse a terceros, ni invocarse por ellos...", lo que significa que los otorgantes no pueden, a través de sus preceptos de autonomía, crear obligaciones en cabeza de terceros. Y que el contrato no puede ser invocado por los terceros implica que éstos no pueden aducir derechos contra las partes otorgantes. Por lo demás, cuando el art. 1195 del Cód. Civil establece que "los contratos no pueden perjudicar a terceros", ello significa que a los contratantes les está vedado a través del contenido normativo del negocio, "hacer soportar obligaciones emergentes de la convención a quienes no fueron partes en ella".

Lo hasta aquí expresado, debe ser entendido con la reserva que la eficacia de los contratos (el respeto a los mismos) es oponible con respecto (o frente) a los terceros. Y eso es lo que acontece con la franquicia la que, constituyendo una delimitación objetiva atinente a la garantía comprometida por el asegurador en favor del asegurado, es factible de ser opuesta a quienes no han sido partes del contrato en la medida de la razonabilidad de su cuantía. Como argumento adicional, añadimos que, en el seguro contra la responsabilidad civil, la franquicia opera como defensa anterior al siniestro y, por tanto, es oponible al tercero damnificado (arg. art. 118-3, L.S.)".

El segundo estudio es el antes citado de María Fabiana Compiani ("La irrazonabilidad de la cuantía de la franquicia", sup. La Ley del 12-12-06). Explica la sentencia recién mencionada (Centeno) y sintetiza "Luego de tal frondoso desarrollo concluyó que la regla general no puede ser otra que la oponibilidad de la franquicia al tercero damnificado, salvo que nos encontremos ante un supuesto de inconstitucionalidad por la irrazonabilidad de su cuantía".

Más adelante agrega: "Por otra parte, la misma norma (art. 118, párr. 3° in fine, ley 17.418) dispone que el asegurador podrá oponer las defensas nacidas antes del siniestro, como lo son justamente las limitaciones cuantitativas de la cobertura. Como la norma no distingue, ello rige cualquiera haya sido la parte que citara al asegurador (...) La excepción a la regla está constituida por la hipótesis en que la franquicia resulte inoponible al damnificado por la desmesura de su cuantía, tanto en la hipótesis en que sea fijada como obligatoria por una resolución de la autoridad de control, como en el caso en que resulte del convenio de asegurador-asegurado", para concluir: "En el contrato de seguro contra la responsabilidad civil, la franquicia como límite económico de la cobertura asegurativa es siempre oponible al damnificado. Sin embargo, la

aparición del fenómeno de las franquicias excesivas y, en ocasiones, exorbitantes, ha creado la necesidad de admitir la excepción al principio general de su oponibilidad".

Y recordamos: Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus.

Porque en la sentencia y en los estudios (en los que se omite toda referencia a las actuales decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación -"Villarreal c/ Fernández", por ejemplo, fue publicada en sup. La Ley del 09-10-06, con nota de Domingo M. López Saavedra, y en Responsabilidad Civil y Seguros de octubre de 2006, p. 73-) se distingue donde la ley no lo hace (ninguna de las normas citadas, v.gr.: arts. 499 o 1199 Cód. Civ., o 61 o 118 de la ley 17.418, hace distinción entre franquicias razonables e irrazonables, mientras que la resolución de la SSN 25.429/97 se refiere a una franquicia obligatoria, como reza la convocatoria a este plenario, también sin distinción, ni siquiera posibilidad, de hacerla).

Se establece una excepción -con la que no coincidimos- porque en nuestra opinión no es posible extender la condena a la aseguradora.

Recordamos igualmente jurisprudencia de la CSJN (v.gr., "Yacimientos Petrolíferos Fiscales c/ Corrientes, Provincia de y Banco de Corrientes s/ cobro de Australes", del 3/3/92 "Fallos" 315:158, en La Ley, tomo 1992-B, pág. 216, El Derecho tomo 146, pág. 337) en cuanto sostiene que en la tarea de razonamiento que ejercitan los jueces para indagar el sentido que corresponde acordar a las normas, deben atender a las consecuencias que normalmente derivan de sus fallos, lo que constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de su interpretación y su congruencia con todo el ordenamiento jurídico. En el caso, cabe preguntarse: ¿cuáles serán las consecuencias -para la seguridad jurídica, para la realidad de los mercados y su futuro- de derogarse, o modificarse, por parte de los jueces, las leyes, las resoluciones de la Superintendencia de Seguros de la Nación, y los contratos, al declarar inoponibles las franquicias?

En algunas sentencias la Resolución 25.429/97 de la Superintendencia de Seguros de la Nación ha sido declarada inconstitucional por contrariar el artículo 28 de la Constitución que asegura la razonabilidad en los actos del Estado. Se sostuvo que la función del contrato de seguro queda desnaturalizada porque no se contemplan los derechos del asegurado en procura de su indemnidad, aunque reconoce que la cláusula tiene efectos entre partes (aseguradora y asegurado). Pero se agrega que no es oponible a los terceros víctimas del daño, admitiendo que existe un derecho de reintegro de la aseguradora frente a su asegurado (C.N.Civ. Sala K, "Sanchez, Ermelinda Mabel c/ La Nueva Metropól SATACI Línea 65 y otro s/ daños y perjuicios", del 29/12/05 ; "P., C.A. c/ Empresa San Vicente S.A.T. y otros", del 13/03/06, en Responsabilidad Civil y Seguros 2006-VI, pág. 108 y La Ley tomo 2006-C, pág.510).

Desde el punto de vista de esta minoría, la irrazonabilidad es, precisamente, condenar a pagar sin causa al asegurador. Es que, se reitera, es el mismo Estado que impone -por el legislador o la Superintendencia de Seguros de la Nación (Resolución 25.429/97, leyes 20.091 y 24.449)- contratar el descubierto obligatorio, mientras que el Poder Judicial -aplicando la doctrina mayoritaria- condenará a afrontar el pago sin tener en cuenta la franquicia contratada con el asegurado, declarándolo inconstitucional sin que los contratantes -no los terceros que no pueden invocar el contrato- siquiera lo pidan. A nuestro juicio los jueces no pueden hacerlo, ni

reestructurar un contrato como el de seguros. Ni aun cuando se admita, hipotéticamente, la declarada inconstitucionalidad, podría ser condenado quien se ha limitado a cumplir la norma que obligatoriamente así le imponía proceder.

De todos modos, resulta claro que no se puede aquí, en este plenario, resolver la cuestión de una supuesta inconstitucionalidad, conforme lo han decidido la CSJN ("Fallos" 302:980) y esta Cámara a través de distintos precedentes (C.N.Civ., Sala "B", Expte. N\_ 15.431/99 "Citibank N.A. c/ Baggio, Luis Miguel s/ ejecución hipotecaria", del 18/12/02; Sala "C", causa 315.786 "Battisti, Ricardo A.y otros c/ Asociación Mutua de Conductores de Autos al Instante s/ ejecución especial - ley 24.441", del 13/6/01; Sala "F", Expte. 45111/00 "Mordacci de Straface, Elsa J.c/ La Perseverancia S.A. s/ ejecución hipotecaria", del 25/6/01; Sala "G", Expte. N\_ 10663/02 "Galli, Elena c/ Moreno, Elisa s/ ejecución hipotecaria", del 18/9/03, entre otros), ya que resulta extraña a la competencia de un tribunal en pleno la cuestión vinculada con un planteo de ese tipo pues, por esa vía, se vendría a crear una interpretación general obligatoria de orden constitucional, ajena a las atribuciones del Tribunal.

Y aun admitiendo -por vía de hipótesis- que pueda declararse la inconstitucionalidad de la norma cuestionada, su consecuencia jamás, repetimos, puede ser la condena al asegurador que se limitó a cumplir la ley, contratar como debía y del único modo en que podía hacerlo, y no percibió prima por la cobertura que no otorgó, y es condenado, sin causa, a pagar.

8.- En cuanto a la efectiva aplicación de la ley 24.240 al contrato de seguro existen suficientes argumentos para ponerla seriamente en duda y así lo ha sostenido importante doctrina (v.gr. López Saavedra, Domingo, su ponencia en el Coloquio sobre Justicia y Seguros, organizado por la Academia Judicial Internacional - International Judicial, antes citado; Schiavo, Carlos Alberto, "El Derecho del Consumidor, los Contratos Aleatorios y el Contrato de Seguro", su ponencia en el curso del presente año 2006 para el Instituto de Derecho de Seguros Isaac Halperin del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal; Schwarzberg, Carlos, "Los seguros y la defensa del consumidor", en Sup. Actualidad de La Ley del 14-02-06, entre otros). Se admite que hay opiniones contrarias (por ej.: Sobrino, Waldo A. R., "Consumidores de Seguros: La Franquicia y su Inoponibilidad a la Víctima de un Accidente de Tránsito -Art. 42 de la Constitución Nacional; Art. 68 de la Ley 24.449 y Ley 24.240-", [eldial.com](http://eldial.com)). Empero, en los hechos ilícitos que dieron origen a las demandas en "Obarrio, María Pía c/ Microomnibus Norte S. A. y otro s/ daños y perjuicios" y en "Gauna, Agustín c/ La Economía Comercial S.A. de Seguros Generales y otro s/ daños y perjuicios" no hay duda alguna que las víctimas de los accidentes de tránsito no son "consumidores" de los contratos de seguros celebrados entre las empresas de transporte y sus aseguradoras, ni los terceros no transportados -la doctrina plenaria los comprenderá- son "consumidores" de contrato alguno.

9.- Asimismo, alguna doctrina insiste en el error de aplicar una norma de seguro obligatorio (Ley de Tránsito, art. 68), no vigente en todo el país, cuando es obligatorio aplicar una dictada por quien tenía facultades para hacerlo (Superintendencia de Seguros de la Nación, Res. 25.429/97; Aguirre, Felipe, "El Descubierta Obligatorio del Seguro de Responsabilidad Civil en el transporte público automotor de pasajeros", en Revista de Derecho Comercial N° 211, págs. 484/485, nota 4).

Y no es menor la consideración si se percibe que la ley 24.449 no es de aplicación en la Provincia de Buenos Aires (arts. 1 y 91 de la ley, pues no acogió la Provincia esta invitación), jurisdicción en que -precisamente- ocurrieron los accidentes que dieron origen a las demandas, tanto en "Obarrio c/ Microómnibus Norte" como en "Gauna c/ La Economía Comercial". La conclusión es que la decisión mayoritaria se funda en una norma legal que estiman obligatoria, pero que es inaplicable para los supuestos en los que fue convocado el Plenario.

10.- Nuestro Máximo Tribunal, desde agosto del corriente, en causas N.312.XXXIX, "Nieto Nicolaza del Valle c/La Cabaña S.A. y otros" del 8/8/06 y V.482.XL, "Villarreal Daniel Alberto c/Fernández Andrés Alejandro y otros", del 29/8/06 y, más recientemente, en causa F.498.XL, "Fara Teresa Catalina c/Línea 71 S.A." del 18/10/06, dejó sin efecto las respectivas sentencias, todas ellas de la Sala "M" de este Tribunal, donde se declaró la inoponibilidad de la franquicia al tercero víctima. Sostuvo invariablemente que se prescindió de lo dispuesto por el art. 118 de la ley 17.418, en cuanto dispone que será ejecutable la sentencia contra el asegurador "en la medida del seguro", así como también de la resolución de la Superintendencia de Seguros de la Nación N° 25.429/97 que prevé como cobertura básica de este tipo de seguro una franquicia de \$ 40.000. Tal criterio fue mantenido, siempre por unanimidad con una sola disidencia formal, en "Weingarten, Celia c/ Empresa de Transporte Pedro de Mendoza CISA Línea 29 y otros s/ recurso de hecho", del 31/10/06 -precedente de la Sala "B" de este Tribunal-, en "Rodríguez, Julio César c/ Transporte Automotor Plaza S.A.C.I", en "Arancibia, Victoriano c/ Del Ponte, Daniel Cayetano", del 31/10/06; y en "Apaza, Sabina Jacoba c/ Flores, Oscar Rafael Empresa Atahualpa SRL y Protección Mutual de Seguros de Transporte Público de Pasajeros", del 7/11/06 con lo que se trata de una doctrina indudablemente consolidada. Esta jurisprudencia es reiteración de decisiones anteriores (a la aquí, en el plenario, cuestionada resolución 25.429/97 de la SSN) que habían dejado sin efecto la sentencia que resolvió que la franquicia estipulada por la aseguradora citada en garantía con su asegurado, no podía ser invocada frente al tercero damnificado en tanto que, sobre la base de una mera aserción dogmática, el tribunal prescindió de la disposición legal aplicable al caso: art. 118, apart. 3°, de la ley 17.418 ("Cia. Arg. de Seg. Visión S.A. c/ Comac S.A.", del 2/10/90, en "Fallos" 313:988, El Derecho, tomo 142, pág.775, Jurisprudencia Argentina, tomo 1990-IV, pág.593); o que también habían descalificado sentencias que se apartaron de la literalidad de la póliza ("Iglesias, Lidia A. c/ Medic Gem's S.A. y otro", del 9/4/02, en "Fallos" 325:595, El Derecho, tomo 198, pág.145, Doctrina Judicial 2002-2, pág.478, Responsabilidad Civil y Seguros 2002-672, La Ley, tomo 2002-D, pág. 405, con cita de la doctrina de "Fallos" 318:862, 319:3395; 323:262). En similar sentido se ha pronunciado en muchos otros casos (por ej.: "Tarante, César D. c/ Eluplast S.R.L.", del 27/12/96, en Jurisprudencia Argentina, tomo 2000-I-síntesis, pág. 53 y La Ley, tomo 1997-C, pág.995; "López, Raúl Emilio c/ Sol San Javier SA", del 17/3/98, en "Fallos" 321:394; "Yegros, Abel Baltazar c/ Tornal SA", del 15/4/99, en El Derecho, tomo 184, pág.473, entre otros).

Han intervenido en algunas de esas sentencias jueces que antes lo fueron de esta Cámara. Entonces habían sostenido: "Ahora bien, dicha suspensión es una defensa nacida antes del siniestro, y -por lo tanto- la aseguradora pudo oponerla al reclamo de la víctima (art. 118, tercer párrafo, decreto-ley cit. -17.418-); Amadeo Soler Aleu,"El nuevo contrato de seguro", p. 257 y

"Defensas que puede oponer el asegurador citado en garantía", en Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, ps. 13 y 128, párr. a). No existe razón alguna -legal ni lógica- para limitar, como hace el a quo, las defensas oponibles a la extinción del contrato de seguro. No la hay legal, pues la limitación del texto vigente se refiere únicamente a las defensas nacidas después del accidente. No la hay lógica, pues no se ve por qué razón habría de condenarse a la aseguradora al pago de una suma que no debe a su asegurado, con quien contrató" (del voto del Dr. Belluscio, Sala C, "Tosto, Vicente c/ Bruno, Jorge O. y/u otros", del 15/5/75, en El Derecho, tomo 66, pág.349, que consideramos estrictamente aplicables a la franquicia aquí en debate, aunque allí se refería a otro supuesto). Y "En materia de seguros se aplican técnicas que tienen por efecto una limitación de la garantía, dejando ciertos daños a cargo del asegurado. En virtud de ello, el asegurador no cubre la totalidad de los perjuicios que el riesgo pueda eventualmente generar. La franquicia, entonces, opera con un límite, que consiste en una fracción del riesgo no cubierta (del voto de la Dra. Highton de Nolasco, Sala F, "Ojeda, Pedro C. c/ Telecom S.R.L.", del 6/5/96, en La Ley, tomo 1996-C, pág.797, con igual consideración que la precedente).

11.- La Corte Suprema de Justicia ha otorgado a la seguridad jurídica jerarquía constitucional por ser una de las bases principales de nuestro ordenamiento jurídico "cuya tutela incumbe a los jueces" ("Fallos" 96:280; 109:666; 242:501; 252:134; JA, 1959-III-132; JA, 1962-VI-532; entre muchos otros). Consideramos que en la interpretación mayoritaria en este plenario se la afecta seriamente, como se afecta el cumplimiento mismo de la ley en un país justamente criticado por su anomia generalizada.

Se ha sostenido en dicha interpretación que el derecho es lo que los jueces dicen que es, aunque nosotros creemos que es lo que las leyes dicen. Sobre el punto, Isaac Halperín disertó en la XII Conferencia Hemisférica de Seguros celebrada en Viña del Mar, Chile, el 19 de noviembre de 1969 sobre "El juez y la aplicación del contrato de seguro" (Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, fundada por él, 1970, pág. 1), afirmando que el juez debe resolver conforme a la ley.

E inició así su conferencia: "La labor del juez es la solución del caso concreto que se somete a su consideración, y debe hacerlo subsumiendo este caso concreto en la norma general preordenada: en esta labor crea derecho -a pesar de todo esfuerzo que pueda desarrollar el legislador-, porque para aplicar la ley procede a su interpretación, y para esto la reconstruye, la desarrolla, la adapta. De ahí la noción generalizada, que el derecho positivo es el efectivamente aplicado, el que el juez dice que es. Mas esto no significa libre arbitrio del juez ante el caso concreto: la conducta humana sólo es apreciable a través de esquemas abstractos, que la interpretación adapta continua y renovadamente. La posición del buen juez, tipo Magnaud, que reemplaza un sistema de normas coordinadas, por decisiones que adopta para cada caso, introduce la arbitrariedad, destruye la certeza jurídica y el principio de legalidad (que es garantía de la libertad individual), e instaura la peor tiranía. Esto no significa en manera alguna apartar la equidad como factor de solución: la equidad busca en el caso singular su propia ley, que al mismo tiempo y finalmente debe tolerar su conversión en ley general, ya que en fin de cuentas, la equidad como la justicia es de naturaleza generalizadora".

Y agregó que la labor del intérprete -aunque fundado en la legalidad- debe estar orientada hacia

la justicia en la función individualizadora del derecho, amoldando el derecho positivo a los distintos problemas planteados en la realidad, allanando la distancia entre el derecho de la realidad, de la vida, y el derecho de los textos legales, en la medida que éstos se lo permiten. Los jueces debemos juzgar según la ley (arts.15 y 16 del Cód.Civil), por lo que se ha destacado el pensamiento del autor del proyecto de ley de seguros, juez y profesor Halperín. Ello no significa que sostengamos la interpretación única de la Constitución, de la ley, o del contrato; pero estimamos que las interpretaciones que no compartimos, quizás en el esfuerzo de sus autores en pos de la equidad, han prescindido -en nuestra opinión- de los textos legales, reglamentarios, contractuales, de las técnicas y economía, resolviendo en contra de lo que establecen. Sentencias semejantes han sido descalificadas por la CSJN ("Fallos" 306:2177; 311:945; 313:988; 318:862, 318:2296; 319:3395, 319:3489, 323:262, 325:595, entre otros), como lo han sido en los casos antes mencionados "Nieto, Nicolasa del Valle c/ La Cabaña S.A. y otro", del 8/8/06, "Villarreal, Daniel A. c/ Fernández, Andrés A. y otros", del 29/8/06, "Fara, Teresa Catalina c/ Línea 71 S.A.", del 18/10/06 y otros, e implican poner en serio riesgo la viabilidad del sistema, la seguridad jurídica y el respeto a la ley.

Carmen Ubiedo y Fernando P. Christello han sostenido con relación a la cuestión en análisis que el juez no puede desviarse, por buena que sea su intención, del Derecho firmemente establecido sin cometer arbitrariedad (ver "Consideraciones sobre la franquicia en el contrato de seguro de transporte automotor de pasajeros", Jurisprudencia Argentina, tomo 2006-III-fascículo 8, pág.45). Y Mario Castro Sanmartino y Carlos A. Schiavo concluyeron que la solución al problema del damnificado no puede darse por las sentencias judiciales sino a través de la modificación de las normas que regulan el mencionado seguro (conf."La franquicia en el seguro de responsabilidad civil del transporte público de pasajeros", en Sup.La Ley del 7/9/06).

12.- Una reflexión final. Muchas veces se plantea al juez la conocida tensión entre la equidad y la seguridad jurídica. No es algo nuevo en el derecho y siempre fue y seguirá siendo la preocupación de los juristas. Entre los romanos se conocían dos máximas que sintetizan los respectivos criterios: "summun jus, summa injuria" y "dura lex, sed lex". La primera es la que se inclina por el valor justicia y la segunda da su aval al valor seguridad. La justicia es un valor supremo al que todos debemos tender. Lo difícil es establecerla en el caso concreto, saberla repartir entre los involucrados. Y estamos convencidos de que lo que en abstracto pueda considerarse justo para la víctima (el resarcimiento integral), no lo es, en cambio, para quien no fue el responsable del daño y que sólo se obligó a cubrirlo en la medida en que lo hizo (art. 118, ley de Seguros).

La justicia de este último señala "que pague", pero únicamente lo que debe y no más. Obligar a la aseguradora a pagar más de lo que realmente debe es cometer una injusticia para con ella, que tampoco los jueces podemos avalar. Es cierto que el derecho actual de daños se inclina hacia la víctima, pero ello nunca puede ser a costa de otra injusticia.

Pero además de injusta la solución, a nuestro juicio, resulta ilegal. Por ello en este caso no se configura esa tirantez entre valores, que en definitiva deben conciliarse en aras a la credibilidad del sistema y a la prosperidad del país, que todos anhelamos. El respeto a la ley, es la garantía absoluta del progreso y de la prosperidad.

Decía Recassens Siches, que el Derecho no ha nacido en la vida humana por virtud del deseo de rendir culto u homenaje a la idea de justicia, sino para colmar una ineludible exigencia de seguridad, de certeza en la vida social. La pregunta de por qué y para qué hacen Derecho los hombres no la encontramos contestada en la estructura de la idea de justicia, ni el séquito de egregios valores que la acompañan, sino en un valor subordinado -la seguridad- correspondiente a una necesidad humana ("Tratado General de la filosofía del derecho", pág.220). Se ha dicho con acierto, y en estas reflexiones seguimos a Ubiría ("Reparación de daños derivados del transporte benévolo", ed. Hammurabi, en "Responsabilidad Civil; 21", dirección Alberto Bueres, pgs.391 y sigtes., n\_?27, ap.b), que la seguridad jurídica cumple una función legitimadora de la legalidad en su doble manifestación de certidumbre del derecho y eliminación de arbitrariedad. Y más adelante, glosando nuevamente a Recassens Siches (op. cit., pág.618), afirma "la justicia no puede reinar en una sociedad en que no haya un orden cierto y seguro, por ello no hay Derecho donde no hay orden cierto y seguridad". Por fin, frente al interrogante de si existe una verdadera tensión entre justicia y seguridad jurídica, en una profunda reflexión a la que remitimos, concluye que dicha antinomia no se verifica porque la seguridad hace a la justicia. En consecuencia, como doctrina legal obligatoria (art. 303 del Código Procesal), SE RESUELVE: "En los contratos de seguro de responsabilidad civil de vehículos automotores destinados al transporte público de pasajeros, la franquicia como límite de cobertura -fijada en forma obligatoria por la autoridad de control de la actividad aseguradora conforme la Resolución N\_ 25.429/97- es oponible al damnificado (sea transportado o no)". Fdo. Ana María Brilla de Serrat, Diego Sánchez, Juan Carlos G. Dupuis, Mario P. Calatayud, José Luis Galmarini, Carlos Alfredo Bellucci.

Ampliación de fundamentos del Dr. Mirás: Por más esfuerzos dialécticos con los que se trata de superar la cuestión, como se lo hace en la fundamentación de la mayoría, la decisión, en sustancia, se apoya en la inconstitucionalidad de la Resolución de la Superintendencia de Seguros N° 25.429/97, por las abundantes razones allí vertidas, con lo que la tacha aparece exteriorizada con meridiana claridad. Comparto, pues, totalmente dichos argumentos -y es por ello que he votado en el mismo sentido- pero insisto en que no debieron dar lugar a una doctrina plenaria, tal como lo he sostenido en el Acuerdo del día 24 de octubre ppdo. (Conf. E.D., ejemplar del 29/11/06, pág. 4). Fdo. Osvaldo D. Mirás.

Ampliación de fundamentos del Dr. Mauricio Luis Mizrahi: Coincido totalmente con los argumentos que, en forma impersonal, ha expuesto la mayoría de este Plenario.

Me permito agregar que no se me escapa que el art. 118 de la ley 17.418 establece que la sentencia será ejecutable contra el asegurador en la medida del seguro. Sin embargo, deberá repararse que la mentada normativa ha sido dictada hace cuatro décadas, y es más que obvia la severa mutación que se ha producido desde entonces con el incremento de la circulación de automotores y la alta siniestralidad; lo que determinó, entre otras razones, el dictado de la ley 24.449, con la incorporación del seguro obligatorio en su art. 68 (ver CNCiv., Sala B, "Terraza c/ Transportes Automotores Luján S.A.I.C. y otro s/daños y perjuicios" del 24?10?2003; íd, íd, en autos "Jorva y otro c/ Carrillo s/daños y perjuicios", del 30 ?04?2003).

Es que una norma específica no debe ser interpretada de manera aislada, sino que corresponde armonizarla con las restantes disposiciones del ordenamiento jurídico; sobre todo cuando una lectura literal del precepto conduce a soluciones notoriamente injustas, no compatibles con la idea del bien común que está en la esencia del derecho. Por otro lado, me parece indudable que en la labor interpretativa hay que tener en cuenta la finalidad que persiguen las instituciones, priorizando el significado funcional antes que el lingüístico; desde luego teniendo en mira una solución más justa del caso que toca decidir. En tal inteligencia, estoy persuadido de que los jueces debemos realizar una interpretación dinámica de los dispositivos legales -permeable a las ideas y a las inquietudes del momento- y comprometidos por ende con los resultados que emergen tras la exégesis de una norma; y es precisamente este dinamismo lo que nos inhibirá de convalidar inequidades (cfr. CSJN, en autos "S. y D., C.G. ", del 6/11/1980, LL 1981-A-401, JA 981-II-61, ED 91-266; Borda, Guillermo A., "Reglas prácticas para la interpretación de la ley civil", LL 64-838; Massini Correas, Carlos I., "Determinación del derecho y directivas de la interpretación jurídica", LL 2004-B-1340; Ciuro Caldani, Miguel A., "El juez en el cambio histórico", LL 2001-D-1150; Morello, Augusto M., "El derecho en el inicio del siglo XXI", JA 2001-III-920). Fdo. Mauricio Luis Mizrahi.

Ampliación de fundamentos de los Dres. Beatriz Lidia Cortelezzi, Omar Luis Díaz Solimine y Luis Álvarez Juliá: Con relación al tema convocante, hemos de decir, que quienes suscribimos la presente ampliación, antes de ahora, habíamos tenido oportunidad de expedirnos.

Por ello, sin perjuicio de la respuesta que damos al presente Plenario, en el sentido de haber votado junto a la mayoría de los integrantes de este colegiado, queremos poner de relieve nuestro pensamiento en esta materia.

Compartimos con el dictamen de mayoría, todo lo atinente al farragoso y hasta quizás desprolijo conjunto normativo vigente en la materia, como así también lo referido a las especiales características del contrato de seguro que aquí se está examinando.

No podemos dejar de señalar como hecho relevante, que nos encontramos frente a un régimen de aseguramiento obligatorio por responsabilidad civil, por los daños que se puedan ocasionar a terceros transportados o no. Más allá de un cierto laberinto jurídico, con remisiones y delegaciones, lo que no se puede cohonstar es que a través de todo ello, se intente burlar el espíritu originario de la ley de tránsito 24.449 plasmado en el artículo 68: el establecimiento de un seguro obligatorio requisito "sine qua non" para poder circular.

Ello determina que toda interpretación, que a nivel normológico se efectúe deberá ser realizada en forma restrictiva, no pudiéndose, desprenderse del plano dkelógico de la norma referida. Con la interpretación que brindamos de lo dispuesto oportunamente por la Superintendencia de Seguros de la Nación, aventamos la necesidad de declaración de inconstitucionalidad de sus disposiciones, y entendemos logramos una hermenéutica armónica del universo normativo. Tal como se señala en el voto impersonal de la mayoría, no se nos escapa que el dictado de la Resolución N\_ 25.429/97 que aprueba las condiciones contractuales para el riesgo de responsabilidad civil de vehículos automotores destinados al transporte público de pasajeros, fue consecuencia del dictado del Decreto N\_260/97 que declaraba la emergencia en materia de transporte público de pasajeros. Pero también hemos de decir, que en aquella oportunidad como

jueces de primera instancia, declaramos la inconstitucionalidad de las disposiciones que fraccionaban el pago a las víctimas de los accidentes, difiriéndolas en el tiempo. De allí que, la "franquicia o descubierto a cargo del asegurado" que se establece en el Anexo III de la Resolución N\_ 25.429/97, y que aparece transcrito en las pólizas, amerita la condigna interpretación dentro del marco "ut supra" descripto.

Así al tratar el recurso libre N\_ 417.195 correspondiente a los autos "KAPP RAQUEL LEONOR C/ TRANSPORTES AUTOMOTORES RIACHUELO S.A. TARSA LINEA 100 Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS", expediente del Juzgado N\_ 68 del Fuero, con fecha de marzo de 2006, dijimos "...En la especie, corresponde realizar la interpretación de la cláusula 2, del Anexo II, obrante a fs.92. la que dispone El Asegurado participará en cada acontecimiento cubierto que se tramite por la vía administrativa o judicial con un importe obligatorio a su cargo de pesos cuarenta mil (\$ 40.000). Dicho descubierto obligatorio a su cargo se computará sobre capital de sentencia o transacción, participando EL Asegurado a prorrata en los intereses y costas...En la redacción de la póliza "sub examine" se ha empleado el verbo participar. Este de acuerdo al Diccionario de la Real Academia (ver consulta en [www.rae.es](http://www.rae.es)), tiene diversas acepciones entre las cuales destaco 1. Intr. Dicho de una persona: Tomar parte en algo 3.Intr. Compartir y 5 Tr. Dar parte...Dado ello, sólo puede concluirse que la cláusula en cuestión en su redacción puesta de manifiesto "ut supra", se refiere a la relación interna existente entre el asegurado y su aseguradora; se trata de que ante un siniestro, el monto indemnizatorio se compartirá entre ellos, o que el asegurado asumirá hasta pesos cuarenta mil en relación a su aseguradora; pero en ningún momento la mentada cláusula se refiere a su aplicación frente a terceros, para habilitar a la aseguradora a exonerarse hasta tal límite...".

Aquello que dijimos otrora se agrega ahora como fundamento de nuestro voto. En el mismo sentido que venimos sosteniendo, se ha afirmado dentro de la doctrina italiana que las cláusulas concertadas entre la compañía aseguradora y el asegurado en cuanto al reparto del daño frente a la víctima en materia de seguro de responsabilidad para la circulación, si bien resultan válidas, se trata de una distribución meramente interna entre ellos, y no pueden ser opuestas al tercero damnificado. Este, por el contrario, tiene el derecho de ser resarcido integralmente por parte de la compañía aseguradora. (cfr. Gallote, Giorgio y Petti, Giovanni Battista "Il danno alla persona e alle cose nell'assicurazione per la R.C.A.", Utet Professionale S.R.L., Utet Guirida, Torino, 2005, Il Diritto Attuale, N° 48, Tomo II, apartado 2.5. página 734). Por lo demás, no hay seguros obligatorios que al mismo tiempo establezcan franquicias, que, en la práctica, burlan el espíritu y la finalidad que se tuvo en miras al establecerlos. De hecho, el instituto nació cuando se trataba de asegurar riesgos que el dueño o tomador del seguro contrataba con relación a cosas y parece lógico que, por ejemplo, en el seguro del automotor, existan seguros totales y seguros "con franquicia". Los contratantes conocen de antemano inconvenientes y beneficios y en base a su decisión, asumen el riesgo de pagar más o menos premio y a su vez asumir o no todos los daños que puedan sufrir. Pero la víctima o el damnificado indirecto no eligió a su dañador y mucho menos a la aseguradora del mismo.

Y si, como se afirma, el monto de la franquicia se estableció en el caso del transporte público, para lograr que las empresas tuvieran conductores responsables que evitaran la producción de siniestros, la crónica diaria y las estadísticas de esta Cámara, revelan que ello, lejos de ser alcanzado, tuvo como consecuencia un aumento de accidentes con daños cada día más severos. Con la solución que propiciamos, las empresas aseguradoras, que siempre conservan la posibilidad de exigir la "participación" contratada porque a ello se ha obligado su co-contratante, tomarán los debidos recaudos respecto al comportamiento, trayectoria y patrimonio de los tomadores de seguros.

Por estos fundamentos, integramos la decisión de la mayoría de este cuerpo colegiado. Fdo. Beatriz Lidia Cortelezzi, Omar Luis Díaz Solimine, Luis Álvarez Juliá.

Ampliación de fundamentos del Señor Juez Dr. Bellucci: Los sólidos fundamentos que apoyan el voto impersonal minoritario que suscribí, a mi juicio traslucen claramente que no existe antinomia entre el valor justicia y el de legalidad.

Por el contrario, el primero se concibe en el molde del segundo.

De allí que la loable intención que insufla al voto mayoritario, a mi ver, debió canalizarse por conductos distintos al de un plenario que lisa y llanamente, legisla de modo obligatorio para todos los jueces de la primera y de la segunda instancia.-

Doy por caso el artículo 2° de la vieja pero aún lozana ley 340 sancionada el 25 de setiembre de 1869, que comenzó a regir el uno de enero de 1871, que previó que en casos como el que suscitó autoconvocatoria al pleno, este Excmo. Tribunal y otras Cámaras Federales -siempre dentro de materias de su incumbencia pero no justiciables- se hicieran oír ante los otros departamentos del Estado Federal a fin de remediar distorsiones que pudieran advertirse de la aplicación armónica y hermenéutica del plexo legal y las nuevas realidades socio-económicas.-

Lamento que esta vía -que considero la apta e idónea- pese a haber sido solicitada y no recibiera apoyo mayoritario de este Excmo. colegiado.-

Recientemente, al tiempo de volcar estas otras razones, Eduardo L. Gregorini Clusellas en su fundado artículo "La obligación de Seguridad hacia el Pasajero y la Franquicia del Seguro" que vio la luz en el ejemplar de L.L. del 11 de diciembre del año que se va, (Año LXX N° 238) en págs. 1/4, en el capítulo de sus "conclusiones" (VI), precisamente afirma que el objetivo de lograr la efectividad de la obligación de seguridad y de la de indemnidad -como una de sus consecuencias-, debe ser un logro eficaz de la política del Estado Legislador, en su carácter también de regulador y titular de un indelegable poder de policía.- Por último, aunque una cuestión no menor que entiendo, ha soslayado el voto mayoritario debo remarcar que: De los precedentes que dieran motivo a la autoconvocatoria -origen y causa de este plenario-, surge que el cuestionamiento de la franquicia, por recién introducido como agravio, no fue propuesto a la decisión del juez de grado.-

Así, a pesar que oportunamente se lo comunicó a la Presidencia, y se lo reiteró en la reunión plena del 24 de octubre pasado, por mayoría se amordazó la prescripción contenida en el art. 271, última parte, y 277, ambos de la ley adjetiva.-

Peor aún es que en tales precedentes, al no haberse controvertido la póliza ni ninguna de sus cláusulas integrativas (la de la franquicia sin duda lo es), al conocer de tal documentación la/s

víctima/s, también el voto mayoritario vertido en aquella reunión vino a desconocer lisa y llanamente aquel otro principio y deber procesal que enraíza en el constitucional del ejercicio del derecho de defensa, y que es el de la congruencia necesaria entre la cuestión sometida a juzgamiento enmarcada en la traba litigiosa y la sentencia que la resuelva (art. 18, Constitución Nacional; arts. 34 inc. 4º, 163 inc 6º y cons. de la ley de forma).-

Por tanto, amén de los concatenados fundamentos que exhibe el voto minoritario impersonal, agregó yo éstos; unos y otros me llevan a la fundada convicción que mi respuesta al copete de este pleno jurídico -de suyo genérico- no debe ni puede ser otra que la afirmativa.- Tal mi parecer. Fo. Carlos Alfredo Bellucci.

Buenos Aires, 13 (trece) de diciembre de 2006.

Y Vistos: por lo que resulta del Acuerdo que antecede, como doctrina legal obligatoria (art. 303 del Código Procesal), SE RESUELVE:

"En los contratos de seguro de responsabilidad civil de vehículos automotores destinados al transporte público de pasajeros, la franquicia como límite de cobertura -fijada en forma obligatoria por la autoridad de control de la actividad aseguradora conforme la Resolución N° 25.429/97- no es oponible al damnificado (sea transportado o no)".

Dése cumplimiento a lo dispuesto por el art. 70 del reglamento del fuero.

El Dr. Leopoldo L.V. Montes de Oca no interviene por hallarse al momento de la votación en uso de licencia y los Dres. Claudio M. Kiper y Zulema Wilde no intervienen por hallarse ausentes al momento de la votación. Fdo. Dres. Ana María Brilla de Serrat (En disidencia), Oscar José Ameal, O. Hilario Rebaudi Basavilbaso, Ana María Luaces, Hugo Molteni, Jorge Escuti Pizarro, Mauricio Luis Mizrahi (Con ampliación de fundamentos), Gerónimo Sansó, Claudio Ramos Feijóo, Luis Álvarez Juliá (Con ampliación de fundamentos), Beatriz L. Cortelezzi (Con ampliación de fundamentos), Omar L. Díaz Solimine (Con ampliación de fundamentos), Diego C. Sánchez (En disidencia), Miguel Ángel Vilar, Osvaldo D. Mirás (Con ampliación de fundamentos), Juan Carlos G. Dupuis (En disidencia), Mario P. Calatayud (En disidencia), José Luis Galmarini (En disidencia), Eduardo A. Zannoni, Fernando Posse Saguier, Carlos Alfredo Bellucci (En disidencia y con ampliación de fundamentos), Graciela Varela, Jorge A. Giardulli, Elsa H. Gatzke Reinoso de Gauna, Julio M. Ojea Quintana, Delfina Borda, Marta del Rosario Mattered, Silvia Díaz, Cecilia Rejo, Emilio M. Pascual, Marcela Pérez Pardo, Mabel A. De Los Santos, Carlos R. Ponce, Elisa M. Diaz de Vivar, Carlos R. Sanz (Por su dictamen). Fdo. Claudia B. Mainard - Secretaria de Jurisprudencia de la Cámara Civil.