Buenos Aires, lunes 22 de febrero de 2010 • ISSN 1666-8987 • Nº 12.448 • AÑO XLVIII • ED 236

EL DERECHO

Diario de Doctrina y Jurisprudencia

Director:
Julio Conte-Grand

Consejo de Redacción:
José María Medrano
Fernando M. Bosch
Guillermo Yacobucci

DERECHO DE SEGUROS

SERIE ESPECIAL

AUTORIDADES

DIRECTOR:
CARLOS A. ESTEBENET

SECRETARIO DE REDACCIÓN:
MARIANO P. CAIA

COLABORADORES:
EMILIO H. BULLÓ - DANIEL B. GUFFANTI
JAVIER A. SANTIERE - DANIEL A. RUSSO
RICARDO CANTILO - JUAN RODRÍGUEZ ESTÉVEZ
CHRISTOPHER CARDONA - AGUSTÍN BIANCHIERI
SANTIAGO CASACCIA - EDUARDO GONZÁLEZ

Franquicia

Comentario al fallo de la CS "Ortega, Diego Nicolás c. Transportes Metropolitanos S.A. (recurso de hecho deducido por Boston Cía. Argentina de Seguros S.A.)", 20-10-09(*)

por DANIEL A. SABSAY

1. La sentencia objeto del presente comentario trata sobre el conflicto planteado en torno a la responsabilidad que le cabe a un concesionario ferroviario en relación con los accidentes suscitados por su actividad y la pretensión de que finalmente este rol quede en cabeza de la empresa aseguradora con la que el primero contrató el correspondiente contrato de responsabilidad civil, anulando la franquicia libremente pactada entre ellos. El reclamo se suscita como consecuencia de la modalidad pactada en el contrato celebrado entre el concesionario y la compañía, la que contempla una franquicia de US$ 300.000. Así las cosas, el magistrado de primera instancia rechaza que se desconozca la franquicia y por tanto la eventual responsabilidad de la compañía aseguradora por un monto inferior a ella, de conformidad con la presentación de la parte actora. Ésta aduce que ello debe tener lugar en razón de la situación de concursada que afecta al concesionario. La sentencia es revocada por la alzada, temperamento que la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS) confirma. La atribución de responsabilidad indemnizatoria que la sentencia hace pesar sobre la aseguradora –me adelanto a afirmar– se encuentra fundada en múltiples y recurrentes confusiones entre los roles que le corresponden al concesionario ferroviario y los de la compañía aseguradora. Así, bajo cubierta de la defensa al orden público en realidad se desconocen derechos y garantías de rango constitucional, como el derecho de propiedad, la libertad de contratar, entre otras, todo ello contrariando seriamente la seguridad jurídica, principio liminar para el Estado de Derecho.

2. La Corte Suprema hace suyo el criterio sostenido en el dictamen del Procurador General de la Nación, que sigue la línea de pensamiento de la sentencia de Cámara que es objeto de recurso extraordinario y luego de queja de parte de la aseguradora. Para así decidir, el razonamiento que siguen se basa en atribuirle a esta última obligaciones e incumplimientos que pertenecen única y exclusivamente a la empresa concesionaria, que deberían haber sido eventualmente objeto de las debidas observaciones de parte de la autoridad de aplicación. Sólo como ejemplo de la argumentación de la que hace gala la sentencia, en uno de sus considerandos la Cámara afirma que la empresa concesionaria "...no pudo ni debió desconocer, que casi la totalidad de los riesgos de mayor probabilidad siniestral en materia de transporte ferroviario no superan el importe de la franquicia absoluta de US$ 300.000". Esto es cierto en tanto y cuanto el Contrato de Concesión obliga al concesionario a contratar seguro de responsabilidad civil. Así las cosas ésta no es una obligación compartida con la aseguradora. Sin embargo, a continuación el fallo de Cámara traspola dogmáticamente esa obligación a la aseguradora, al afirmar: "Tampoco pudo ni debió pasar inadvertido para el asegurador la situación imperante en el sector del transporte público ferroviario de pasajeros, el estado de emergencia de las empresas prestadoras de servicio, la alta siniestralidad en el ámbito del contrato de transporte".

Esta inexplicable transferencia de obligaciones del concesionario de contratar coberturas asegurativas a la aseguradora no cesa y lleva al sentenciante a inferir los mismos propósitos que ella habría perseguido y que en tal sentido si hubiese tenido por propósito "el fraccionamiento de los riesgos, contaba con distintas alternativas, como ser la pluralidad de seguros o seguro acumulativo o múltiple, instituto que tolera por iniciativa del tomador y sin acuerdo previo entre aseguradores, la cobertura de un mismo interés asegurable, contra el mismo riesgo, durante el mismo plazo, con más de un asegurador (art. 67-1, LS), tomando a su cargo cada uno de ellos la contribución proporcional al monto de su contrato, hasta la concurrencia de la indemnización debida (art. 67-2, L.Seg.)".

3. Lo expuesto pone de manifiesto la confusión en que incurre el tribunal al poner en cabeza de la aseguradora obligaciones contractuales que tienen su origen en el contrato de concesión, en que ella no es parte, y que, en consecuencia sólo pueden recaer exclusivamente en el concesionario y, subsidiariamente, ante el incumplimiento de éste, en el Estado concedente, o en las sociedades garantes mancomunadas firmantes del mismo contrato, pero de ninguna manera, insistimos, en una compañía que a los efectos del contrato de concesión es un mero tercero. Luego la sentencia expresa que "...como ya se ha dicho, el asegurado contrató el seguro, para crear la 'apariencia' de cumplir con la obligación asumida en el contrato de concesión". Reiteramos que el único que tenía la obligación de contratar seguros era la mencionada concesionaria demandada en autos.

Nuevamente la sentencia confunde el papel que le cabe al concesionario y al asegurado cuando los asimila como

(*) Ver fallo *in extenso* en EDSe [235] (27-11-09, nº 12.390).

CONTENIDO

DOCTRINA

Franquicia. Comentario al fallo de la CS "Ortega, Diego Nicolás c. Transportes Metropolitanos S.A. (recurso de hecho deducido por Boston Cía. Argentina de Seguros S.A.)", 20-10-09, por Daniel A. Sabsay 1

NOTA

Naturaleza jurídica de la citación en garantía. Efectos, por Carlos Schwarzberg 4

JURISPRUDENCIA

FEDERAL

Seguro: Reaseguro: liquidación del asegurador o del reasegurador; créditos recíprocos; compensación; cuenta corriente mercantil; falta de prueba de su existencia; prescripción; plazo aplicable (CNCiv. y Com. Fed., sala II, junio 11-2009) 6

CIVIL

Daños y Perjuicios: Indemnización: valor vida; determinación; gastos de sepelio. Daño Moral: Abuela de la víctima: fallecimiento; procedencia. Acción Civil: Sentencia penal condenatoria: obligatoriedad; existencia y circunstancias del hecho; ausencia de dolo eventual. Seguro: De automotores: cláusulas de exclusión; oponibilidad a las víctimas; doctrina plenaria; culpa grave; configuración; requisitos; exigencia en el tomador; nulidad; responsabilidad del padre del conductor; tomador del seguro; extensión (CNCiv., sala K, diciembre 30-2208) 8

PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Accidentes de Automotores: Motociclistas: omisión de usar casco; daño; incidencia; responsabilidad; eximición; improcedencia. Intereses: Intereses moratorios: tasa activa; aplicabilidad; pautas (CApel.CC Junín, octubre 13-2009) 12

Seguro: De responsabilidad civil: acción directa art. 118 de la LS; requisitos; desistimiento; efectos (Juzgado en lo Civil y Comercial Nº 12 La Plata, agosto 6-2009) 4

PROVINCIA DE MENDOZA

Seguro: Cobertura: vigencia; prima; pago posterior a la mora; efectos (SC Mendoza, sala I, junio 29-2009) 14

si ambos fueran parte del contrato y considera que "al celebrar el contrato de seguro contra la responsabilidad civil, ni el asegurador ni el asegurado debieron soslayar los términos del 'Pliego de Bases y Condiciones Generales', que una vez que han cobrado publicidad, asume una condición normativa o reglamentaria plena. Al producirse la adjudicación y durante toda la etapa de ejecución, los pliegos integran la relación contractual a la que sirven de fuente. Tampoco debieron apartarse de lo estipulado en el Contrato de Concesión de Servicios Ferroviarios de Pasajeros correspondiente al Grupo de Servicios 7 (ex Línea Belgrano Sur) suscripto entre el Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos y el concesionario demandado con fecha 24 de noviembre de 1999 (aprobado por decreto 1419)".

Así desde el inicio el tribunal funda su razonamiento, sin recurrir a elemento probatorio alguno, en los siguientes hechos, los que le permitirán llegar a sus conclusiones: 1) que la mayoría de los accidentes ferroviarios no superan el límite de la franquicia, 2) que la aseguradora, en forma unilateral, exigió o impuso de mala fe el instituto de la franquicia para eludir así su responsabilidad contractual, 3) que la franquicia es irrazonablemente elevada y 4) que los términos y condiciones de la concesión, acordados entre el Estado concedente y la demandada concesionaria, resultan oponibles a la aseguradora.

4. La sentencia recurrida que como se ha visto luego ve confirmada todas sus argumentaciones en el dictamen del Procurador, al que adhiere el voto mayoritario de la CS, afirma sin ningún tipo de sustento fáctico y/o jurídico que la aseguradora obró de mala fe al momento de acordar con la demandada la contratación del seguro de responsabilidad civil. Así, en el fallo se expresa que "el principio general del derecho de la buena fe en la ejecución del contrato administrativo, –que se encuentra en la base misma del ordenamiento jurídico–, exige conductas leales y honestas como el mantenimiento de los compromisos asumidos... Este principio fue conculcado por la demandada y desatendido por la aseguradora al tiempo de celebrar el contrato de seguro. Ello por los argumentos que sustentan esta ponencia".

La mala fe que la sentencia imputa a la aseguradora no sólo no surge de ninguna constancia del expediente sino que ni siquiera fue alegada por la actora, ni por la demandada. Se trata tan sólo de una mera construcción imaginaria del fallo de segunda instancia, destinada a abonar su caprichosa visión del contrato de seguro. Acá se presenta una típica causal de las que llevan a tildar a la sentencia de arbitraria y por lo tanto atribuirle a ella todas las consecuencias de la respectiva doctrina que ha sido creación de la CS desde hace un siglo a partir del célebre precedente "Rey, Celestino c. Rocha, Alfredo y otro"([1]). En este sentido, SAGÜÉS sostiene que "es igualmente descalificable como acto judicial la sentencia en que los magistrados que la dictaron se limitaron a expresar su convicción subjetiva, afirmando que 'de las constancias de autos surge indudablemente la irresponsabilidad del procesado', omitiendo toda referencia concreta a las circunstancias de la causa, sin revelar los motivos ni indicar por medio de qué pruebas se llegó a esa conclusión"([2]).

A esta altura de nuestro comentario cabe preguntarse: ¿cuál ha sido la conducta llevada a cabo por la aseguradora para merecer semejantes imputaciones? ¿La correcta y precisa delimitación del riesgo asumido?

¿No ha sido ello catalogado por la propia sentencia como un elemento propio y necesario de la actividad "profesional" de la empresa de seguro? ¿Es un delito obrar en forma atenta y advertida? ¿No es justamente ello lo requerido para cumplir con la actividad aseguradora?

Ha sido la propia sentencia que ha afirmado la necesidad e importancia de la organización de la mutualidad de riesgos asumidos y ello resulta necesario para "reunir un fondo de primas, condición indispensable para prometer y cumplir las obligaciones que asume"([3]). Es que la actividad de la compañía sólo resulta posible si existe una correcta relación entre los elementos fundamentales del seguro: el riesgo, la prima que abona la mutualidad de asegurados y la prestación a cargo del asegurador.

Violentar uno de dichos elementos provoca un grave desequilibrio de la estructura del negocio. Negocio que no implica desconocer la función social del seguro sino que muy por el contrario lo protege y alienta, pero so pretexto de dicha función resulta imposible violar el principio consagrado por el art. 1197 del cód. civil (*pacta sunt servanta*). En efecto, dicha función del seguro no es extender la responsabilidad del asegurador frente a la insolvencia, como el caso que nos ocupa, del asegurado.

5. La sentencia hace referencia al irrazonable monto de la franquicia, a la situación concursal de asegurado y a la posición de mero acreedor quirografario que ante el concurso tendría el crédito del tercero damnificado y al respecto introduce como elemento argumental a la Ley de Protección al Consumidor 24.240. Así se afirma que "lo expuesto evidencia la existencia de un asegurador preocupado por la maximización de las utilidades y la minimización de los perjuicios, a expensas de la utilidad social de seguro, con indiferencia de su parte y de asegurado por las limitaciones que resultan del orden jurídico y de a regla moral, con absoluto desinterés por los usuarios que tienen derecho a la protección que le dispensa el art. 42 y concordantes de la Constitución Nacional, y arts. 5º, 6º, 19 y concs. de la ley 24.240 y sus modificaciones, que amparan el derecho a la vida, a la salud en sentido amplio y a la seguridad en cuanto significa estar cubierto de riesgos no queridos, de situaciones que sorprenden negativamente, revistiendo las normas de protección al consumidor, el carácter de orden público".

No se puede sino estar de acuerdo con todos estos señalamientos, claro que al momento de atribuir responsabilidades la mirada ha sido por demás equivocada y ha penetrado en una consideración absolutamente incorrecta e injusta al ponerlas sobre las espaldas de la compañía aseguradora. Pareciera que era necesario encontrar en la relación a quien resultara solvente, pero ello, independientemente de las más elementales consideraciones de derecho relativas a los principios constitucionales que tienen que ver con la libertad de contratar, entre otros, olvidando la situación de las partes del contrato de concesión y haciendo "la vista gorda" sobre la actitud de un Estado que lejos de cumplir con su obligación de contralor, confirmó las características del contrato de responsabilidad civil contraído por la empresa concesionaria. De lo contrario, la empresa ferroviaria se hubiese visto obligada a contratar otro tipo de producto, por supuesto por un valor más elevado. Pero, ésta no puede ser el temperamento de la compañía aseguradora, ya que lejos de tratarse de una autoridad que ejerce poder de policía, es una entidad privada que ofrece una cobertura, en función de un abanico de posibilidades y es la parte contratante la que debe saber si la modalidad elegida se compadece o no con el riesgo que se debe cubrir, decisión que, insistimos, fue acompañada por la mirada del Estado que de manera complaciente confirmó las bondades de la decisión tomada por el concesionario.

Sin embargo, la sentencia imputa a la aseguradora un obrar delictual y omite considerar que ha sido la propia responsable del hecho ilícito ventilado en autos la que se encuentra en virtual cesación de pagos, que ha presentado y ha logrado la aprobación del órgano jurisdiccional de una propuesta de pago a sus acreedores del 30% de la deuda, sin intereses y a pagar en un excesivo plazo. Pero ¿ha sido la aseguradora quien ha incurrido en deslealtad y/o mala fe? Mientras que el Estado, también parte del contrato de seguro por ser asegurado, aprobó el contrato de seguro celebrado con esta parte, deberá ser ésta quien cargue con las consecuencias reputadas como omisivas y/o permisivas. Extender la responsabilidad incurrida por la concedente y por el concesionario a la aseguradora, constituyéndola en fiadora lisa y llana, no afecta solamente el patrimonio de la misma sino que además afecta a la masa de asegurados agrupados según la propia técnica asegurativa.

La sentencia en recurso omite tener en cuenta que el único obligado a contratar un seguro de responsabilidad civil ha sido en todo momento el demandado Transportes Metropolitanos Belgrano Sur S.A., y que de acuerdo con ello él es quien ha establecido el alcance de la cobertura en el momento de concertar el respectivo contrato de seguro con la aseguradora que represento; esto lo es sin perjuicio de la obligación misma del concesionario de conformar una cobertura integral para responsabilidad civil. Tal obligación se deriva de su carácter de concesionario ferroviario, conforme a los términos de la respectiva normativa que rigió la concesión (Pliego de Bases y Condiciones Generales aprobado por la Resolución 1456/91 del Mº de Economía y Obras y Servicios Públicos, y por el Contrato de Concesión suscripto el 18.4.94 entre el Estado Nacional y la demandada).

De dichas normas no es posible inferir que la compañía aseguradora se encontrase sujeta a las mismas, en orden a la cobertura que debió emitir, por ser un tercero ajeno a dicha concesión de servicio público. Cabe aquí anticipar que ese régimen normativo de la concesión contiene un régimen de responsabilidad propio, en el cual deben encuadrarse todos los incumplimientos en que pudo haber incurrido el concesionario, tal como ha ocurrido en el presente caso. Es así que la aseguradora no se encontró en ningún momento obligada por sí, a dar cumplimiento a las coberturas de seguro que requerían las condiciones de la concesión, sino en la medida y alcance en que Transportes Metropolitanos Belgrano Sur S.A. se lo requiriera, y conforme a lo que sus posibilidades técnicas le imponían.

6. En relación con lo hasta aquí expuesto, y en lo que respecta al dogmático e infundado deber que la Cámara le atribuye a la aseguradora, de cubrir todos los siniestros inferiores a la franquicia legítimamente pactada, debe tenerse en cuenta que en el contrato de concesión involucrado, se encuentra expresamente establecido –como no puede ser de otra manera– que el Estado concedente es el que debía controlar y exigir el cumplimiento de las previsiones normativas del contrato de concesión en materia de seguros. Esas normas no fueron imprevisoras al respecto, sino que, por el contrario, previeron adecuadamente un sistema integral de seguros; no obstante el mismo no fue cumplido ni por Transportes Metropolitanos Belgrano Sur S.A. ni por el Estado concedente.

En efecto, específicamente para el Seguro de Responsabilidad Civil la cláusula 38.2 del Pliego dispuso una inmediata cobertura de seguro, y el control de la póliza a contratar, diciendo que "dentro de los treinta (30) días de la firma del Contrato el concesionario someterá a la Autoridad de Aplicación, para su aprobación, el modelo de póliza de seguro a contratar". De la misma forma también el Pliego en su cláusula 38.4 (Disposiciones generales sobre seguros), contiene otra disposición que hace al estricto control que debió ejercer el Estado en materia de seguros, sobre el prestador del servicio ferroviario, así en su parte pertinente esa cláusula prevé: "Cualquier omisión del Concesionario en el cumplimiento de las obligaciones relativas a la contratación de seguros facultará a la Autoridad de Aplicación a contratar y mantener en vigor dichos seguros, así como a pagar las primas respectivas, las que deberán ser reintegradas por el Concesionario en un plazo no mayor de cinco (5) días".

De ello se desprende que no era la compañía aseguradora la que estaba en posición de imponer determinada cobertura, no correspondiéndole injerencia alguna en lo que hacía al necesario y lógico control que únicamente podía ser ejercido por la Autoridad de Aplicación del servicio ferroviario, tanto sobre las condiciones de las pólizas de seguro de responsabilidad civil a contratar, como también sobre la efectiva cobertura de todos los riesgos. Tampoco encontramos disposición alguna que imponga o pueda implicar una obligación de la aseguradora sobre los alcances y límites de cobertura por siniestro, que el concesionario sí se encontraba obligado a contratar.

7. La sentencia le imputa a la empresa aseguradora un obrar ilícito, contrario a la moral y al orden público y de conformidad con estas consideraciones el tribunal se ve obligado a llenar una suerte de vacío que surge a partir de la declaración de nulidad de la franquicia. Sin embargo, este razonamiento arremete contra principios esenciales del orden jurídico, como son la libertad de contratar, los efectos de un contrato de concesión de servicios públicos y quiénes son sus partes. Ello a su vez en con total desconocimiento de las características del mercado asegurador y del modo como se realiza el cálculo de los riesgos en función de los montos asegurados, de la tasa de siniestralidad en este caso en el ámbito del contrato ferroviario, entre otras cuestiones. Coincidimos en que "la franquicia estipulada entonces, se enmarca en los principios técnicos que permiten al asegurador delimitar el riesgo asumido según su comportamiento en el pasado y en la libertad de contratación que tiene su fundamento en el Código Civil. En tal orden de ideas y como lo ha señalado la doctrina judicial, cuando se trata de un supuesto de limitación del riesgo o no seguro, resultan extrañas las consideraciones relativas a la función social del seguro y a la protección de la víctima ("Herrera, Verónica c. Portillo, Nélida s/daños y perjui-

(1) CS, Fallos: 184:137.

(2) SAGÜÉS, NÉSTOR P., *Recurso extraordinario*, Astrea, 2002, pág. 269.

(3) HALPERÍN - MORANDI, *Seguros*, Depalma, 1983, pág. 26.

cios", rec. Nº H168967, CNCiv., sala H, 26-12-96)"(4) y más adelante este autor expresa: "Es aquí donde adquiere (...) plena vigencia la doctrina judicial que consagró la CS, al establecer que en el seguro de responsabilidad civil, la franquicia pactada en la póliza es oponible al tercero damnificado", para rematar expresando con indudable lógica que "no es posible imaginar qué regla moral ha sido violada, ni cuál es el Orden Público comprometido o qué buenas costumbres han sido soslayadas. Parecería por el contrario, que ha sido justamente en resguardo de tales principios que el asegurador y el asegurado establecieron en un pie de igualdad, las reglas que regirían sus recíprocas obligaciones".

8. La sentencia resulta contraria al principio de congruencia en tanto y cuanto marca cuál debió ser el procedimiento que debió seguir la concesionaria para cubrir integralmente el riesgo: la contratación de seguros múltiples y complementarios entre sí, con distintas aseguradoras; lo cual no hace otra cosa que convalidar la plena validez del seguro emitido por la compañía aseguradora con la respectiva cláusula de franquicia, dado que el complemento del riesgo debió ser provisto por el concedente a través de la contratación de otros seguros. Pero al mismo tiempo le atribuye responsabilidad indebidamente a la aseguradora, convirtiéndola de hecho en parte de la concesión de los servicios.

Es decir que en la lógica aseguradora, así como también en la del contrato de concesión, se permite, y no se impide, el aseguramiento del riesgo de responsabilidad civil por tramos o franjas de cobertura, lo cual consolida plenamente que la Póliza involucrada en este juicio, estipulada entre el concesionario y la aseguradora, se esté refiriendo única y exclusivamente a indemnizaciones que superen los US$ 300.000.

De tal forma, por un lado, toda situación de desprotección en la cual pueda entenderse que el usuario del ferrocarril se hubiese encontrado por la ausencia de una cobertura integral de seguro de responsabilidad civil, sólo podrá atribuirse a una omisión del concesionario del ferrocarril, por no haber contratado las aludidas pólizas con otros aseguradores, que permitiesen cubrir los riesgos del servicio ferroviario hasta aquel monto de US$ 300.000 que la póliza contratada con la aseguradora excluía.

Por otra parte, esa técnica aseguradora que el propio sentenciante considera como válida –nos referimos a la pluralidad de seguros por distintos montos indemnizatorios para un mismo riesgo–, lleva también a descartar la procedencia y virtualidad de la imputación que la sentencia realiza respecto de la franquicia pactada, afirmando que "es una convención inmoral y abusiva la que dispensa al deudor de cumplir con sus obligaciones fundamentales". Debe descartarse la doctrina esbozada por la sentencia, sobre la existencia en este caso de "ilicitud o antijuricidad material" basada en el orden público, la buena fe, la regla moral, la equidad y las buenas costumbres, en razón que, desde la técnica aseguradora, las obligaciones a cargo del concesionario del ferrocarril y de las mismas conclusiones de la sentencia sobre la necesidad de que debió existir pluralidad de seguros (obligación de única y exclusivamente a cargo del concesionario y subsidiariamente a cargo del Estado concedente), de ningún modo puede endilgarse una conducta ilegítima a la aseguradora, ni tampoco ninguna ilicitud de la cláusula de franquicia involucrada.

Así, descartada la aludida antijuricidad "material" que la sentencia imputa en el caso, puede entonces recurrirse a la propia afirmación del Tribunal de Alzada sobre que "es cierto que no existe ninguna norma jurídica de orden público que disponga que se encuentra prohibido establecer limitaciones cuantitativas a la cobertura brindada por un contrato de seguro, con especial referencia a la estipulación de una franquicia, en tanto no se conculquen los señalados principios". Lo que desvirtúa de esa forma por completo la violación del régimen previsto por los arts. 16, 21, 953, 1071, 1167 y 1198 de cód. civil, mediante la franquicia en cuestión. En coincidencia con ello, en el presente caso, despejada toda duda sobre la legitimidad de la cláusula de franquicia, recobra virtualidad el principio de legalidad en lo que se refiere a que todo acto estatal, inclusive los actos jurisdiccionales de nuestros tribunales, que limite la libertad jurídica del individuo imponiéndole acciones u omisiones, debe fundarse en la norma de una ley formal. Este principio se encuentra fundado en el art. 19 de la Constitución Nacional en su parte que prescribe: "Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe".

Sobre este aspecto debemos aquí resaltar que –contrariamente a lo sostenido por la sentencia– la observancia del principio de legalidad se encuentra suficientemente complementada con el de razonabilidad; concretamente en lo que hace a la conducta de la aseguradora y a la cláusula de franquicia estipulada, pues en ambos casos, según se viera, no cabe descalificación respecto de ninguno de las dos.

Descartado todo reproche sustancial en relación con la cláusula de franquicia, es necesario aquí aplicar estrictamente las prescripciones del art. 1037 del cód. civil, que dice: "Los jueces no pueden declarar otras nulidades de los actos jurídicos que las que en este código se establecen", como igualmente lo previsto por el art. 1038 del mismo código: "La nulidad de un acto es manifiesta, cuando la ley expresamente lo ha declarado nulo, o le ha impuesto la pena de nulidad". Ello así, en el caso no es posible extraer que la convención de franquicia de que se trata, haya dejado sin efecto una ley en cuya observancia esté comprometido el orden público (art. 21, cód. civil).

9. Los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional establecen garantías determinadas de la propiedad y del debido proceso adjetivo, a fin de evitar que el Estado se apropie de los bienes de las personas, o queden desamparados sus derechos. A tal fin, las normas constitucionales citadas aplican el principio genérico de legalidad, reglado por el art. 19 de la Ley Fundamental, a situaciones específicas al consagrar el derecho a no ser privado de la propiedad si no es por una causa reconocida en una sentencia fundada en ley. De ello se deriva que debe existir ley que establezca las situaciones, hechos lícitos o ilícitos, o actos que habiliten la privación –es decir, la pérdida– de la propiedad. Y a su vez, que la sentencia que resuelva privar de propiedad al sujeto, sea fundada y motivada razonablemente en la ley (arts. 18 y 28, CN). El art. 18 de la Constitución dispone que para el dictado de la sentencia debió darse el cumplimiento del debido proceso legal y asegurando la defensa de los derechos, en este caso de la propiedad. En nuestro caso concreto el pronunciamiento judicial ha considerado inválida la estipulación de la franquicia pactada por las partes en el contrato de seguro, pero como ha quedado demostrado a lo largo del presente, tal decisorio jurisdiccional no encuentra apoyo en el régimen jurídico vigente; con lo cual debe concluirse que nos encontramos ante una sentencia no fundada válidamente en la ley; lo que implica la manifiesta violación del principio de legalidad.

La seguridad jurídica presupone la tipificación por la ley de las conductas que les está vedado desarrollar a las personas, así como también de las conductas que pueden desplegar lícitamente en el ámbito de las relaciones sociales. Merced a ella, el hombre puede prever y valorar los efectos jurídicos de sus actos, por cuanto toda conducta debe tener necesariamente una determinada consecuencia legal que se hará efectiva en la práctica. Se trata de una garantía constitucional que, sobre la base de la previsibilidad legal, protege a los hombres de los actos ilegales, arbitrarios o negligentes, ya sea que éstos hayan sido ejecutados por los individuos o por las autoridades estatales, haciendo posible el ejercicio de los derechos constitucionales en forma ordenada y consecuente, por la sencilla razón emanada de las reglas en la Ley Fundamental.

"La seguridad jurídica implica una libertad sin riesgo, de modo tal que el hombre pueda organizar su vida sobre la fe en el orden jurídico existente, con dos elementos básicos: a) previsibilidad de las conductas propias y ajenas y de sus efectos; b) protección frente a la arbitrariedad y a las violaciones del orden jurídico"(5).

Las reglas de la seguridad jurídica cobran especial relevancia con las particulares características de la actividad que desarrolla la aseguradora en lo que respecta a las previsiones que debe adoptar en relación con sus inversiones y liquidez para responder a sus obligaciones; lo cual se corresponde no sólo con la propia naturaleza de la sana técnica aseguradora, sino también por las exigencias legales en la materia.

Una legalidad interpretada y aplicada de conformidad con las modalidades a las que acude el tribunal, lejos de satisfacer las necesidades de la previsibilidad, de la confiabilidad que debe ofrecer toda relación jurídica, las destruye al introducir de manera arbitraria elementos ajenos a lo que las partes tuvieron en mira al contratar. En el caso que se comenta, la contratación del seguro en cuestión ha sido estipulada conforme con lo que el régimen jurídico vigente prescribe; tanto por la ley 17.418, la ley 20.091 y el régimen jurídico del contrato de concesión ferroviario involucrado.

De acuerdo a ello la aseguradora actuó conforme a lo que verosímilmente podría esperar de la aplicación de la ley y, eventualmente, de una razonable interpretación por parte de los órganos jurisdiccionales. Pero la sentencia en recurso conlleva una desviación de tal magnitud del régimen jurídico aplicable, que se constituye en un acto que verdaderamente afecta el principio de seguridad jurídica que se encuentra ínsito en el sistema de las garantías estructurado por nuestra Constitución.

10. La sentencia es violatoria también del principio de igualdad resguardado por el art. 16 de la Constitución Nacional. Ello así, en tanto ella se funda casi esencialmente en la descalificación moral de la cláusula de franquicia, imputando la afectación de la buena fe y la equidad. También para el común de las personas y desde una perspectiva de equidad y buena fe, aparecería como reprochable un compromiso de pago en esos términos. Sin embargo, el Tribunal no realiza ninguna consideración sobre las condiciones en que el demandado se comprometió a hacer efectiva la condena de autos. El acuerdo concursal mencionado es objeto de otra causa judicial, pero el que se haya pasado por alto en esta causa hacer la menor valoración sobre ello, cuando la sentencia ha sido fundada en principios tales como las reglas morales y la inadmisibilidad del ejercicio abusivo del derecho, pone de relieve un trato desigual entre la aseguradora citada en garantía y el deudor demandado.

Es por tales motivos que la sentencia resulta arbitraria asimismo al dispensar un opuesto tratamiento para la compañía consecionaria de los servicios y la aseguradora. De tal forma, entendemos que el derecho a la igualdad debe ser interpretado en nuestro sistema jurídico, siguiendo los principios sentados por el Alto Tribunal (ver fallo "Glaser" del año 1966), los cuales pueden resumirse de la siguiente manera:

a. La igualdad exige que se trate del mismo modo a quienes se encuentran en iguales situaciones;

b. Implica que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias;

c. La regla de igualdad no es absoluta, ni obliga al legislador a cerrar los ojos ante la diversidad de circunstancias, condiciones o diferencias que pueden presentarse a su consideración; lo que aquella regla estatuye es la obligación de igualar a todas las personas afectadas por una medida, dentro de la categoría, grupo o clasificación que les corresponda, evitando distinciones arbitrarias u hostiles;

d. La razonabilidad es la pauta para ponderar la medida de la igualdad, con lo que queda entendido que el legislador pueda crear categorías, grupos o clasificaciones que irroguen tratos diferentes entre los habitantes, a condición de que el criterio empleado para discriminar sea razonable;

e. Las únicas desigualdades inconstitucionales son las arbitrarias, y por arbitrarias han de estimarse las que carecen de toda razonabilidad, las persecutorias, las hostiles, las que deparan indebidos favores o privilegios.

11. El fallo en comentario viola también los postulados de la libertad de contratación insertos en el principio general de la autonomía de la voluntad. Según BIDART CAMPOS, "Esta libertad ofrece diversos aspectos:

"a) el derecho a decidir la celebración o no celebración de un contrato, o sea: a') la libertad de contratar –aspecto positivo–, y a'') la libertad de no contratar –aspecto negativo–.

"b) el derecho de elegir con quién contratar;

"c) el derecho de regular los contenidos del contrato, o sea, derechos y obligaciones de las partes –autonomía de la voluntad–"(6).

(4) Cit. por TRAVERSA, AMADEO E., *La judiciabilidad de la franquicia estipulada en el contrato de seguro vs. la técnica aseguradora*, ElDial.com, 28-9-06, pág. 7.

(5) BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Ediar, 1993, t. I, pág. 622.

(6) BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Manual de la Constitución reformada*, Ediar, 1997, t. II, pág. 58.

La sentencia destruye estos principios cuando altera los términos y condiciones establecidos por las partes al celebrar el contrato de seguro, el cual incluyó expresamente la estipulación de una franquicia de US$ 300.000. Esta franquicia fue conscientemente acordada por las partes y fue en función de la misma y de las otras prestaciones recíprocas que las partes fijaron que aceptaron la celebración del contrato. Y así lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia de la Nación. De acuerdo al prestigioso autor citado tenemos que "conforme al derecho judicial derivado de la jurisprudencia de la Corte Suprema, los derechos y obligaciones emergentes de los contratos integran uno de los contenidos del derecho constitucional de propiedad, y se resguardan en la inviolabilidad con que ese derecho queda protegido en el art. 17"(7).

Sin embargo, la Alzada, invocando forzadamente una supuesta afectación del orden público económico, afirma: "Interpreto que en el caso, han existido maniobras antijurídicas de ambos cocontratantes, que celebraron el contrato con la deliberada intención, el asegurador de no dar cobertura indemnizatoria al tercero damnificado... Y aún cuando no hubiera deliberada intención de perjudicar, resulta manifiesto que han tenido plena conciencia de ese efecto, toda vez que se perjudica tan gravemente la naturaleza jurídica del contrato, que convergen razones de orden público económico en no convalidar judicialmente este tipo de cláusulas".

Debe ser la excepción y no la regla la referencia al orden público en una economía de mercado basada en la autonomía de la voluntad y, por ende, en la libertad de contratación. Ello así, las disposiciones de orden público susceptibles de pulverizar lo establecido por las partes en los contratos deben ser claras y expresas. Sin embargo, la Corte adhiere al dictamen del Procurador General convalidatorio de los argumentos de la Alzada y considera que "...tampoco se observa en la decisión impugnada falta de fundamentación o prescindencia de la solución normativa prevista para el caso, pues aun cuando la ley considera que la oponibilidad de la franquicia es la regla (art. 109, ley 17.418), dicha solución no impide discriminar entre la diversidad de situaciones que pudieran plantearse y reconocer, como lo hizo la cámara, que cuando se ha estipulado una franquicia como la de autos se afecta el acceso a la reparación de los daños sufridos por la víctima del accidente, principio de raíz constitucional por cuya tutela corresponde velar a los magistrados". Ello de manera ritual y estableciendo un peligroso precedente para la vigencia de los principios y derechos constitucionales analizados.

(7) Ibídem, pág. 59.

VOCES: **FERROCARRILES - SEGURO - DAÑOS Y PERJUICIOS - TRANSPORTE - SERVICIOS PÚBLICOS - CONSTITUCIÓN NACIONAL**

JURISPRUDENCIA

Seguro:

De responsabilidad civil: acción directa art. 118 de la LS; requisitos; desistimiento; efectos.

NF *Con nota a fallo*

La acción directa concedida por el art. 118 de la LS al damnificado contra el asegurador del autor del daño o el responsable civil carece de autonomía, y es necesario que la litis quede trabada con éste y además que su carácter de parte en el proceso permanezca hasta su culminación, por lo cual, el desistimiento de la acción contra el asegurado trae como consecuencia la extinción del proceso y, en su caso, la inadmisibilidad de la citación en garantía. R.C.

10 – Juzgado en lo Civil y Comercial Nº 12 La Plata, agosto 6-2009. – Fernández, Ricardo Rubén c. Tonetto, Hugo Ariel y otro s/daños y perjuicios.

La Plata, 06 de agosto de 2009.

Autos y *Vistos:* Estos autos caratulados "Fernández Ricardo Ruben c. Tonetto Hugo Ariel y otro s/daños y perjuicios" en trámite por ante este Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 12 a mi cargo, de los que:

Resulta:

A fs. 268/298 se presentan los letrados Alan Adrian Grin y Javier Eduardo Di Lorenzo, invocando su carácter de apoderados de los Sres. Ricardo Ruben Sede, María Esther Sede y Federico Fernandez Sede promoviendo demanda de daños y perjuicios contra los Sres. Hugo Aldo Tonetto, Hugo Ariel Tonetto y/o contra quien resulte propietario, poseedor, tenedor, usufructuario, usuario y/o civilmente responsable por los daños ocasionados a sus mandantes en ocasión del accidente ocurrido el día 15 de Agosto de 2004. Manifiestan que sus poderdantes circulaban desde la Ciudad de Cipolletti hacia la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a bordo de un vehículo marca Chevrolet "Ipanema" dominio AMI 510 cuando circulando por la ruta Nacional n° 3 entre dos rotondas ubicadas sobre dicha ruta (no se señala km. ni localidad, ni provincia) se presenta de frente un vehículo Peugeot 405 dominio SGU 347 invadiendo el carril por el que circulaban los actores y tratanto de sobrepasar a otro vehículo, cuando en una maniobra antirreglamentaria y temeraria, a pocos metros de la distancia del vehículo conducido por su poderdante, logra adelantarse al vehículo circulante a su par. Dicen que Ricardo Fernandez conductor del Chevrolet ante la segura colisión, intenta eludir al Peugeot, pretendiendo maniobrar su automóvil hacia su banquina derecha, momento en que es brutalmente impactado por el demandado Hugo Aldo Tonetto. Siguen con el relato de la colisión y señalan la responsabilidad de la parte demandada en el hecho de autos.

En el punto XI de su escrito de inicio, luego de extensas consideraciones respecto de la responsabilidad, el abuso del derecho, el deber del control del vehículo, la calidad de conductor profesional de Hugo Aldo Tonetto, la apreciación de la prueba pericial y su valor probatorio, la responsabilidad civil del titular registral, la responsabilidad civil de la compañía de seguros, la prejudicialidad de la cuestión penal, solicitan la indemnización evaluando los daños y rubros que a su criterio se deben indemnizar. Fundan su derecho, ofrecen prueba, solicitan la citación en garantía de Mercantil Andina S.A. y finalmente solicitan se haga lugar a la demanda con intereses y costas.

A fs. 299 vta. se corre traslado de la acción, la que se notifica con resultado negativo a fs. 330/1 y 334/335.

A fs. 320/328 se presentan los letrados apoderados de la citada en garantía Mercantil Andina Compañía de Seguros S.A., Dres. Juan Carlos Ponz y Graciela Silvia Scorians contestando la citación, reconociendo el contrato de seguro celebrado con Hugo Aldo Tonetto, otorgando la garantía en los términos del art. 118 de la ley 17.418, pero condicionada a la integración de la litis con el asegurado. Formula la negativa ritual, relata la mecánica del accidente y señala que se considera acreditada la ruptura del nexo causal que indica la responsabilidad exclusiva y excluyente del actor Fernández, debiendo desestimarse el reclamo resarcitorio. Funda su derecho, ofrece prueba y finalmente solicita el rechazo de la acción con costas.

NF

Naturaleza jurídica de la citación en garantía. Efectos

por CARLOS SCHWARZBERG

El Juzgado en lo Civil y Comercial Nº 12 de La Plata ha dictado una destacable sentencia que, seguramente por su sólida fundamentación y correcta solución del caso, quedó firme. Se trataba de una indemnización con motivo de un accidente de tránsito. Se demandó a quien se entendía responsable y se citó en garantía a su asegurador de responsabilidad civil.

Posteriormente la parte actora desistió de la acción razón por la cual se declaró la causa de puro derecho y se dictó sentencia.

El tema en análisis fue qué efectos genera el referido desistimiento respecto de la citación en garantía. Tras pasar revista minuciosa de los antecedentes jurisprudenciales y doctrinarios, exponiendo las distintas posiciones sobre el carácter de la citación en garantía, la sentencia expone los distintos enfoques habidos, a saber:

a) Negativa de acción directa al tercero damnificado contra el asegurador.

b) Otorgamiento de la acción directa.

c) Acción directa no autónoma, vale decir que requiere ineludiblemente demandar al asegurado si se requiere citar en garantía al asegurador.

Son múltiples las cuestiones que se han debatido sobre la original "citación en garantía" que fue una solución transaccional entre los revisores del Proyecto Halperin, ya que se encontraban enrolados en las posiciones indicadas precedentemente como a) y b).

Llegó a discutirse si el asegurador podía ofrecer prueba y también si estaba habilitado para apelar la sentencia.

Con el tiempo, las discrepancias se fueron superando y, tal como dice la sentencia comentada, actualmente la mayoría se inclina a favor de la tesis de la acción directa no autónoma.

En la citación en garantía vemos un cierto remedo de la citación de evicción; desde luego no sólo por el vocablo elegido y la función de garantía sino porque tanto en los seguros cuanto en la evicción se requiere del citado que se haga cargo de una obligación.

Sin embargo, en nuestra opinión, la figura con la que guarda mayor analogía es la de la fianza cuyo objetivo es, precisamente, garantizar el cumplimiento de una obligación, en este caso del responsable de indemnizar los daños causados (ver en especial art. 478 y sigs., cód. de comercio y arts. 1988 y 1989, cód. civil). En particular la similitud se presenta con la fianza solidaria (art. 480, cód. de comercio y 2004, cód. civil) ya que conforme al art. 118 de la Ley de Seguros la sentencia que condene al responsable podrá ser ejecutada contra el asegurador –en la medida del seguro– lo cual también resulta del carácter comercial de esta fianza (art. 480, cód. de comercio).

El art. 2004 del cód. civil establece que aunque la fianza sea solidaria no transforma al fiador en deudor directo de la obligación principal, si bien para el seguro –por su naturaleza, ya que está incorporado al Código de Comercio (art. 163, ley 17.418)– la analogía debe principalmente referirse a la fianza comercial.

El acreedor de la indemnización no fue parte del contrato de seguro de responsabilidad civil y en consecuencia está en principio comprendido por el art. 1199 del cód. civil, a cuya regla hace excepción la garantía en estudio.

A su vez y como bien señala la sentencia que comentamos, en este caso el tercero ejerce un derecho propio y no por subrogación de su deudor, no obstante lo cual, entendemos que su derecho contra el asegurador es un accesorio de la obligación principal que está en cabeza del causante del daño, o sea, en la situación que contempla el art. 2004 del cód. civil antes mencionado.

Tras el desistimiento de la acción contra el asegurado, la sentencia encaró lo que es su tema más interesante: la suerte de la citación en garantía. Con claridad demuestra que es impensable su continuación si no existe pretensión contra el asegurado y concluye rechazándola con costas.

Tal decisión es la que imponen los argumentos antes mencionados, entre los que destacamos el art. 2004 del cód. civil aplicable por analogía.

Vemos pues que la indagación de la naturaleza jurídica de un instituto es ineludible para su correcta comprensión y aplicación. En este caso, precisada la citación como la pretensión contra un tercero de que abone lo que otro debe, se ilumina la función de garantía como naturaleza de la obligación del asegurador. Naturalmente, si la indemnización fuera satisfecha por el obligado primario, ninguna necesidad habría de sumar otro deudor para asegurar ese pago. Correlativamente, si se desiste la pretensión contra el responsable, no tendría sentido mantenerla contra el garante. Por lo demás, el asegurador cubre lo que el contratante deba a un tercero de modo que si no se declara por sentencia la responsabilidad del asegurado, no existe obligación del asegurador.

Bienvenida entonces esta sentencia que resolvió correctamente un caso totalmente infrecuente, sentando un valioso precedente a la vez que ayuda a perfilar más claramente la naturaleza de la citación en garantía.

VOCES: **SEGURO - ACCIDENTES DE AUTOMOTORES - DAÑOS Y PERJUICIOS - TERCERO**

A fs. 342 la parte actora desiste de la acción respecto de los demandados Hugo Ariel Tonetto y Hugo Aldo Tonetto, solicitando la apertura a prueba.

A fs. 343/344 se tuvo presente el desistimiento de la acción respecto de los demandados y se abrió a prueba la presente, proveyendo las especies ofrecidas.

Notificados los letrados de la citada en garantía de los desistimientos formulados y la apertura a prueba, a fs. 347/353 solicitan la reposición del auto de fs. 343/344 toda vez que no existe acción directa autónoma contra la aseguradora (art. 118, ley 17.418), por lo que no corresponde la apertura a prueba, requiriendo el dictado de sentencia.

A fs. 362/364 se resuelve la oposición a la apertura a prueba, dejándose sin efecto la misma y en los términos de dicho interlocutorio. A fs. 370 se tiene presente el desistimiento del codemandado genérico.

A fs. 373 en virtud de las constancias de autos se declara la cuestión de puro derecho y a fs. 379 se llaman estos autos para dictar sentencia, providencia que se encuentra firme y consentida.

Considerando:

I. Al haber sido consentido el referido llamamiento de autos, quedó convalidada cualquier posible deficiencia procesal anterior a dicha etapa y por ende, cerrado el debate para las partes (Cám. 1ª B.B., DJBA, v. 84, p. 239; Cám. 2da. Sala I, La Plata, c. B44.632).

II. En principio debo señalar que el Sr. Ricardo Ruben Fernandez, presentado por apoderado en el libelo inicial a fs. 268 vta. según surge del instrumento obrante a fs. 267 no ha otorgado poder a favor de los abogados presentantes, por lo que no habiendo firmado la demanda ni ratificado la misma, como así tampoco invocado los letrados el art. 48 del CPCC por el mismo, tiéneselo por no presentado (arg. arts. 48, 56 del Código de rito).

III. De partida señalaré que en la actualidad no suscita mayores controversias la tesis que sostiene que en el seguro de responsabilidad civil el contrato no se celebra en beneficio de la víctima, sino del asegurado y que el fin perseguido con el contrato es resarcir al asegurado del daño que deriva de la satisfacción del crédito de la víctima.

El hecho de que el interés legitimamente tutelado por una póliza de seguro de responsabilidad civil sea el del asegurado y no el del tercero, está claramente ratificado por lo que dispone este primer párrafo del art. 118 de la ley 17.418, pues si el titular del interés asegurable hubiese sido para la ley el tercero, este artículo hubiese resultado innecesario y carente de toda utilidad.

El art. 118 mencionado, en su primer párrafo debe interpretarse en concordancia con el art. 109 de la Ley de Seguros que indica claramente que la prestación del asegurador se cumple al mantener la indemnidad patrimonial del asegurado por cuanto deba a un tercero, y en la medida del seguro. El tercero (víctima del ilícito) sólo goza de los derechos que concede la primera de las normas citadas incluyendo el privilegio especial sobre "la suma asegurada y sus accesorios".

Así Halperin-Morandi (Seguros, 2ª ed. actualizada, Ed. Depalma, pág. 683 y ss.) desarrollan los alcances de lo dispuesto en el primer párrafo del art. 118 de la Ley de Seguros de la siguiente forma:

1. el asegurado no puede afectar el derecho de la víctima ya que su derecho se incorpora en su patrimonio desde el momento en que ocurre el hecho generador de la responsabilidad de aquél;

2. la suma asegurada y sus accesorios –costas e intereses– quedan excluidos de la garantía que podían tener sobre el patrimonio del asegurado otros acreedores;

3. esta exclusión no cambia por quiebra o concurso civil del asegurado de forma tal que el derecho del damnificado no se ve afectado por los créditos de la masa ni por los gastos de la quiebra o del concurso.

4. el damnificado tiene un derecho propio sobre la suma asegurada y sus accesorios.

Sobre la base de lo anterior está muy claro que la obligación del asegurador es de pagar al tercero damnificado y no al asegurado, por lo que, si pretendiera extinguir su obligación pagando a éste, no quedaría liberado frente al tercero, y terminaría pagando dos veces el importe de la condena que se haya dictado contra su asegurado. Ello no obsta a que el asegurador pueda pagar a su asegurado el importe de la condena y sus accesorios (dentro de los límites del seguro) en el caso de que haya sido éste el que haya previamente desinteresado al damnificado.

Al respecto y sobre la naturaleza diferente de la obligación del asegurador y del autor del daño destacando la diversidad existente entre obligaciones solidarias y las denominadas *"in solidum"* (Stiglitz, Ruben S. y Stiglitz, Gabriel A. "Seguro contra la Responsabilidad Civil". Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1991, pág. 378 y ss.). La ley 17.418 no estableció claramente la figura de la "acción directa" del tercero contra el asegurador de quien le ocasionó un daño, como sí lo hizo en forma categórica en cambio la Ley Española N° 50/80 en su art. 76. La norma en nuestro país creó la institución de la "citación en garantía".

Con anterioridad a la vigencia de la ley 17.418, la doctrina en su mayoría admitía la acción directa al damnificado por el hecho ilícito, contra el asegurador del responsable, a fín de obtener la reparación del daño en los límites del seguro (Acuña Anzorena, "Acción directa de la víctima de un accidente o de sus herederos contra el asegurador responsable" en Estudios sobre la responsabilidad civil; Borda, Tratado de derecho. Obligaciones, 5º ed., 1983 t. II, pág. 445 y ss.; Halperín, I. Llambías, La acción directa, en gral. y su aplicación al seguro de responsabilidad JA. 1967-II-45, Rezzónico, Estudio de las obligaciones en nuestro derecho civil, 9° ed., 1961, T. II, p. 1429; Spota; Zavala Rodriguez. En contra: Cazeaux en Cazeaux-Trigo Represas, Derecho de las obligaciones; Lafaille, Malagarriga, Salvat, Sanchez de Bustamante entre otros).

La jurisprudencia en cambio se inclinaba por la tesis negativa esto es la inexistencia de acción directa contra el asegurador ejercida por la víctima del autor o responsable del daño (C.Civ.Cap. en pleno, 16/12/54 "Lauda c/ Viejo" JA: 1955-I-291; ii,77–11).

La ley 17.418 en su art. 118, vino a regular un sistema específico para vincular al asegurador al reclamo del tercero damnificado contra el asegurado, a quien imputa una responsabilidad civil emergente de algún supuesto comprendido en el enunciado de cobertura de la póliza de seguro bajo la denominación de "citación en garantía".

El instituto desde la sanción de la norma dividió las aguas entre los que sostienen la existencia de una acción directa y los que la niegan. Entre los primeros: Morandi, La acción directa del damnificado contra el asegurador en el seguro de responsabilidad civil en Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, 1970, n° 3, pág. 791 y ss; Halperín, I. igual revista, 1979, n° 3, pág. 516; Llambías, Zannoni, Palmieri. Entre los segundos, (basados en que la citación en garantía es un instituto diverso con una configuración propia): Bustamante Alsina, Teoría general de la responsabilidad civil, 9ª ed., 1997, p. 579, nº 1595; Fontanarrosa, Sobre la acción establecida por el art. 118 de la Ley General de Seguros, en "Revista del Derecho de Seguros", 1972, n° 6, p. 11 y ss.; Rivera, La citación en garantía en el seguro de responsabilidad civil, J.A., 1988-I-291, n° IV; Stiglitz R. S., El tercero en el contrato de seguro de responsabilidad civil, en "Jus" n° 15, P. 140 y ss. n° 5; ídem, El tercero en el contrato de seguro de la responsabilidad civil, en "Revista del Derecho Comercial y las Obligaciones", 1970, n° 3, pág. 577; ídem, Intervención del asegurador en el proceso que por reparación de daños promueve la víctima contra el asegurado, en "Revista de Derecho de Seguros", n. 1, p. 52; Stiglitz R. S.-Stiglitz, G. A., Seguro contra la responsabilidad civil, 1° edición, 1991, p. 604, n° 302 y 607, n° 303; Stiglitz R. S.-Trigo Represas, Citación en garantía del asegurador y obligación concurrente de éste con la de su asegurado, JA, 1977-I-499; Trigo Represas, en Cazeaux-Trigo Represas, Derecho de las Obligaciones, 3° ed., 1996. t. V, p. 829 y ss., n° 3143,

Frente a las dos posturas surgió una intermedia que en la actualidad se presenta como mayoritaria tanto en la Doctrina cuanto en la Jurisprudencia: la citación en garantía es una acción pero no autónoma (Brebbia, Problemática jurídica de los automotores, ed. 1984, t. 2, p. 97 y ss., 27; Soler Aleu, Seguro de Automotores ed. 1978, n° 39; SCBA, 27/12/88, "Diaz c/Banquero", AyS 1988-IV-657, ídem, 5/11/85," Marello c/ Bellante", AyS 1985-III-374; ídem, 28/2/82M "Isaac c/ Roldan" ED,100-417 entre otras).

La ausencia de "autonomía" procesal no priva a la acción de su carácter directo toda vez que quien "cita en garantía" al asegurador (cuando no lo hace el damnificado) lo hace a nombre propio y por su propio derecho, y no subrogándose en acciones o derechos de otros" (conf. Barbato, Nicolás, La citación en garantia del asegurador, ED, 157-156, n° IV).

El privilegio que se acuerda al damnificado produce un efecto protector del crédito idéntico al de la acción directa, "pues substrae al acreedor favorecido con él, del riesgo de la insolvencia de su deudor al eludir el concurso del damnificado con los restantes acreedores del deudor, aun en caso de quiebra o concurso civil. La realidad es que la ley otorga algo más que un privilegio, le otorga una seguridad o garantía de cobrar su crédito al asegurador y de que nadie, ningún acreedor, por privilegiado que sea su crédito, podrá desplazarlo del primer lugar en que la ley ha colocado a este crédito" (Soler Aleu, La citación en garantía del asegurador, ed. 24-998; CNCiv. Sala C, 23/6/70, "Cantoni de Leguizamón c/ Cassara", JA, Reseñas 1971-238, sum. n° 27; SCBA, 18/2/75 "Ostoin de Schwemmer c/ Vigo, JA, 27-1072-451; ED 61-188; DJBA,105-281).

También cabe recordar al Dr. Barbato (Barbato, BN. "La citación en garantía del asegurador". ED, 150-149) que, con respecto a la citación en garantía del asegurador sostenía lo siguiente:

– el tercero no es ajeno al contrato de seguro del que nace su derecho contra el asegurador.

– la voluntad y la intención del asegurado y asegurador, tácita pero efectivamente, ha sido que este último indemnice al tercero en caso de siniestro,

– el compromiso adoptado por el asegurador de indemnizar al tercero constituye una evidente "ventaja" para el damnificado, lo que lo coloca, en líneas generales, dentro del ámbito del art. 504 del Código Civil, es decir, de las estipulaciones en favor de terceros,

– el tercero posee un "derecho propio y directo contra el asegurador nacido del contrato", sujeto a las particulares características establecidas por la Ley de Seguro;

– la prestación asumida por el asegurador en el contrato de seguro es "bifronte", puesto que por un lado se obligó a mantener indemne a su asegurado y por el otro a pagar al tercero y extinguir de esa forma la deuda emergente de un acto ilícito;

– la citación en garantía configura un litisconsorcio pasivo necesario por disposición de la ley.

Por su parte, Fontanarrosa fue al respecto categórico: "Pues bien, debe entenderse que no cabe accionar contra el asegurador prescindiendo de la demanda que necesariamente debe iniciarse también con el responsable del daño; salvada esta diferencia, los requisitos, trámites para su ejercicio y alcances relativos a la eficacia de la condena de la acción principal y de la acción en garantía, llevan en los hechos a resultados prácticamente análogos" (Sobre la acción establecida por el art. 118 de la Ley General de Seguros", Revista de Derecho de Seguros, La Plata, 1972, N°6, p. 11 y ss.)

Finalmente y a modo de corolario añadiré que tal como sostiene Piedecasas en Régimen Legal del Seguro-ley 17.418-Colección de leyes anotadas, editado por Rubinzal-Culzoni en Buenos Aires 1999, en sus páginas 382 a 384: "el art. 118 de la ley 17.418 es uno de los que mayores cuestiones ha suscitado en la doctrina y jurisprudencia nacional en materia de seguros, y respecto del cual existen pronunciamientos de procesalistas y comercialistas, de los tribunales de primera instancia y de los de máxima instancia".

Destaca el autor citado que el último proyecto de reformas, la legislación civil y comercial (1998) incluye entre las normas proyectadas la eliminación del art. 118 reemplazándolo por el siguiente:

Acción directa del asegurado. En los seguros por responsabilidad civil del damnificado tiene acción directa contra el asegurador. Son competentes los tribunales del lugar del hecho o del domicilio del asegurador.

Citación de terceros. En el plazo para la contestación de demanda, pueden ser citados como terceros coadyuvantes, el responsable civil por el asegurador, y el asegurador por el asegurado.

Cosa juzgada. La sentencia será ejecutable contra el asegurador en la medida del seguro. En el juicio, o en la ejecución de la sentencia, el asegurador no podrá oponer contra el damnificado las defensas nacidas después del siniestro, sin perjuicio de su acción de regreso contra el asegurado.

Privilegio del damnificado. El crédito del damnificado tiene privilegio sobre la suma asegurada y sus accesorios, con preferencia sobre el asegurado y cualquier acreedor

de éste, aun en caso de quiebra o liquidación (conf. *Proyecto de Código Civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio,* Abeledo-Perrot, abril de 1999, p. 608).

Sentado todo lo anterior el desistimiento de la acción contra el asegurado trae como consecuencia la extinción del proceso y, en su caso, la inadmisibilidad de la citación en garantía (Martínez Hernán J., "Citación en Garantía del Asegurador (ley 17.418, art. 118). Aspectos sustanciales y procesales de la citación en garantía del asegurador"; Ediciones La Rocca. Buenos Aires. 1990, pág. 119 y 120.

En el mismo sentido López Saavedra sostiene que: "la citación en garantía es una suerte de acción directa que tiene el tercero contra el asegurador del autor del daño pero que se halla sujeta a un condición suspensiva: la iniciación previa del juicio contra el asegurado ("Seguros de responsabilidad civil (El tercero en la ley de Seguros)" LL, 1995-E,705) agregando que: "la acción dirigida previamente contra el asegurado es un presupuesto del éxito de la acción del reclamante contra el asegurador citado en garantía, de forma tal que si él desiste de la acción contra el asegurado, ello impide el progreso de la que se intenta contra el asegurador" conf. CNCiv. Sala C, "Gutkind R. c/ Song Jac Hyuk", La Ley, 1998-C, 972, 12.804; Lopez Saavedra, Domingo M. Ley de Seguros. Comentada y anotada. La Ley. Buenos Aires, 2007).

Sin embargo y más allá de la opinión que la suscripta pudiera tener sobre el régimen propuesto por vía de reforma (*de lege ferenda*) en la actualidad la Doctrina y la Jurisprudencia (salvo alguna opinión severamente aislada) han consolidado criterio en el sentido de que la acción directa concedida por el art. 118 de la L.S. al damnificado contra el asegurador del autor del daño o el responsable civil carece de autonomía, y es necesario que la litis quede trabada con éste y además que su carácter de parte en el proceso permanezca hasta su culminación.

Ello así, considero que el desistimiento de la acción contra los demandados expresado a fs. 342 y las concretas peticiones de la citada en garantía de fs. 320 vta. y fs. 347/353 determinan la suerte adversa de la demanda, la que habrá de ser desestimada, con costas a los accionantes (art. 118 ley 17.418, art. 68 CPCC).

Por las consideraciones y citas legales que anteceden,

Fallo: 1) Rechazando la demanda de daños y perjuicios promovida por María Esther Sede y Federico Fernandez Sede contra la citada en garantía "Mercantil Andina" Compañía de Seguros S.A. 2) Imponiendo las costas a la parte actora en su calidad de vencida (art. 68 del CPCC) y regulando los honorarios de los letrados intervinientes, por la citada en garantía y en su carácter de apoderados al Dr. Juan Carlos Ponz en la suma de Pesos ... ($ ...) y Dra. Graciela Silvia Scorians en la suma de Pesos ... ($...) y los de los letrados apoderados de la parte actora Dr. Alan Adrián Grin en la suma de Pesos ... ($ ...) y Dr. Javier Eduardo Di Lorenzo en la suma de Pesos ... ($ ...), con más los aportes de ley (art. 1, 9, 11, 14, 21, 23 y cc. ley 8904). Regístrese. Notifíquese. – *María Daniela Ferenc.*

Seguro:

Reaseguro: liquidación del asegurador o del reasegurador; créditos recíprocos; compensación; cuenta corriente mercantil; falta de prueba de su existencia; prescripción; plazo aplicable.

Dada la interdependencia de los contratos de seguro y reaseguro –este último existe porque existe el anterior y sigue la suerte del asegurador en lo que prevén la ley o las partes–, la circunstancia de que en caso de liquidación voluntaria o forzosa del asegurador se compensarán de pleno derecho los créditos recíprocos que existieran con relación a los contratos de reaseguro (art. 161, LS), no implica otra cosa que lo que el precepto expone con toda claridad, no siendo de allí inferible que esa compensación de saldos implique la existencia de una cuenta corriente mercantil, porque también juega cuando entre asegurador y reasegurador el contrato que los liga se expresa, en sus saldos, mediante una cuenta simple o de gestión. De manera tal que si no se ha convenido el contrato autónomo de "cuenta corriente mercantil" (art. 771 y concs., cód. de comercio) o éste no surge de modo indudable de hechos concretos y no ambiguos que prueben su existencia, en caso de liquidación del asegurador o del reasegurador se practicará la compensación indicada en el art. 161 de la Ley de Seguros y para perseguir el cobro del saldo –proveniente de contratos de seguros y reaseguros– el acreedor dispondrá del plazo de un año (art. 58, ley citada), perjudicándose definitivamente la acción para proceder así si no se la promueve dentro de dicho plazo. R.C.

11 – CNCiv. y Com. Fed., sala II, junio 11-2009. – The New Zeland Insurance Company Limited c. Inder s/reaseguros.

En Buenos Aires, a los 11 días del mes de junio de dos mil nueve reunidos en acuerdo los señores Jueces de la Sala 2 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, para conocer en recurso interpuesto en autos: "The New Zeland Insurance Company Limited c/ Inder s/ Reaseguros", respecto de la sentencia de fs. 396/398, el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver:

Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

Practicado el sorteo resultó que la votación debía ser efectuada en el siguiente orden: señores Jueces de Cámara doctores Eduardo Vocos Conesa, Alfredo Silverio Gusman y Ricardo Víctor Guarinoni.

A la cuestión planteada, el señor Juez de Cámara doctor *Eduardo Vocos Conesa* dijo:

I. El señor Magistrado de primera instancia, en el pronunciamiento de fs. 396/398, efectuó una breve pero adecuada síntesis de los términos constitutivos de la relación procesal –conformada por el escrito de demanda de fs. 21/24 y por la contestación de demanda de fs. 110/173 (a más de haber destacado lo atinente a las excepciones previas de defecto legal y prescripción opuestas a fs. 46/51)–, por lo que juzgo suficiente con hacer remisión a ese resumen, dándolo por aquí reproducido en homenaje a la brevedad. Porque nada agregaría, en efecto, con una reiteración más o menos similar de aquella reseña, sobre todo teniendo en cuenta que las partes y yo conocemos perfectamente qué es lo que se demanda, cuál es la causa de la demanda, cómo la encuadra la accionante y cuáles son las defensas opuestas a su progreso. Daré, de todos modos, unas notas escuetas para la mejor comprensión de la causa y de la solución que habré de propiciar en este acuerdo.

The New Zealand Insurance Company Limited –entidad que se encontraba ya en proceso de liquidación (ver fs. 335 con el informe de la Superintendencia de Seguros de la Nación)– recibió del Instituto Nacional de Reaseguros (INDER), el 22 de julio de 1993 una nota mediante la cual éste le comunicó que "luego de evaluadas las sentencias recaídas (en relación con el siniestro que menciona en el epígrafe, ocurrido el 4.12.81)... resultan los siguientes valores a nuestro cargo... $ 169.381. Dicho importe será acreditado en su cuenta de reaseguro, previa recepción de vuestra conformidad escrita" (confr. fs. 18). Ante esa comunicación, la mencionada aseguradora solicitó que el depósito se efectuara en determinada cuenta bancaria y como en definitiva eso no se cumplió, promovió la demanda de autos el 13 de junio de 1995 reclamando su pago, con intereses y costas.

Al progreso de esa pretensión se opuso el INDER (también en liquidación) por estimar que nada adeudaba a la actora y, a todo evento, porque el referido crédito, en tanto proveniente de un reaseguro, se hallaba inexigible, en virtud de que por haber transcurrido en exceso el plazo de la prescripción anual (art. 58, ley 17.418), la acción para su cobro se encontraba definitivamente perjudicada.

La contraparte, frente a la aludida excepción, solicitó su rechazo por considerar que entre las contendientes existió una cuenta corriente mercantil (art. 771, Cód. Comercio), que tiene un plazo prescriptivo decenal (art. 846 Cód. cit.).

Quedó planteada como primera cuestión a resolver, como se advierte en las líneas precedentes, si el supuesto crédito reclamado en autos era encuadrable en la normativa de los contratos de seguro y su prescripción quedaba bajo el precepto del art. 58 de la Ley de Seguros (tesis del INDER) o si, en cambio, existió entre las partes una cuenta corriente mercantil (de la que la cantidad pretendida sería su saldo), sujeta a la prescripción decenal contemplada en el art. 846, CCom.

II. En el fallo de fs. 396/398, el sentenciante afirmó que no cabían dudas de que la relación que medió entre las partes fue la del reaseguro (arts. 159 a 162, ley cit.), desestimando la tesis relativa a una cuenta corriente mercantil. En consecuencia, juzgó aplicable el plazo anual que prevé el art. 58 de la Ley de Seguros y tomando el *dies a quo* del plazo el de la nota de fs. 18 (22 de julio de 1993) y considerando que la demanda fue incoada el 13 de junio de 1995 (cargo de fs. 24), hizo lugar a la defensa articulada, con costas.

III. La accionante apeló la sentencia a fs. 407 y expresó agravios a fs. 419/424, los que no fueron contestados por la contraria. Median, asimismo, diversos recursos que se vinculan con los honorarios que reguló el *a quo* (ver fs. 401, 405, 407 y 409 –el de fs. 411 fue denegado por extemporáneo–), materia que será examinada por la Sala en conjunto a la finalización del acuerdo.

IV. Afirma en el memorial de agravios la recurrente que "resulta manifiesto que el juez de grado no interpretó adecuada y circunstanciadamente cuál era el objeto de autos" (fs. 420), destacando que en la misma nota de fs. 18 se hizo constar que el importe en ella mencionado como crédito de su parte "será acreditado en su cuenta de reaseguro, previa recepción de vuestra conformidad escrita" y que en el fallo se hizo hincapié sobre un aspecto no controvertido (la existencia de un contrato de reaseguro), porque la cuestión sustancial debatida no era su existencia o inexistencia sino si la suma reclamada "tiene su origen en el saldo de la cuenta corriente mercantil –reconocido expresamente por la demandada mediante la nota del 22 de julio de 1993– en la cual se debitaban directamente las primas adeudadas... y se acreditaban las indemnizaciones que éste (alude al INDER) le adeudaba a mi representada cuando se producían siniestros que originaron el reaseguro" (fs. 420 vta.). Y sobre ese tema, expone la actora los argumentos en virtud de los cuales considera que los reaseguros que contrataba con el INDER –extremo que en esa época era obligatorio– se hallaban estructurados en su funcionamiento bajo el sistema de una cuenta corriente mercantil, de manera que la inclusión de una partida en dicha cuenta producía la novación de la causa de los créditos originarios o primitivos para ser reemplazados por la situación de derecho que crea la cuenta corriente (art. 775 C.C.), agregando a la ex-aseguradora demandante que "Durante el término de la relación existente con el INDER, siempre se utilizó el sistema de cuenta corriente mercantil para debitar o acreditar las remesas (primas e indemnizaciones)...", bien que la cantidad reclamada en autos correspondía a la última operación vinculante por cuanto ambas entidades –actora y demandada– se encontraban en proceso de liquidación.

Tras explayarse sobre las notas jurídicas que conforman las bases de la cuenta corriente mercantil, transcribiendo algunos sumarios de fallos, quéjase The New Zealand Insurance Company Limited, como segundo planteamiento o agravio, de que hubiérase hecho una aplicación analógica extensiva, a la acción de autos, del instituto de la prescripción; ello así, por cuanto se lo encuadró en el art. 58 de la Ley de Seguros y no existe norma que declare que ese plazo abarca a los contratos de reaseguro, reiterando que por la sujeción de las relaciones entre las partes a una "cuenta corriente mercantil" el plazo de prescripción del crédito originario deja de ser aplicable y comienza a correr –una vez cerrada dicha cuenta y establecido el saldo– la prescripción especial contemplada en el art. 790 C.Com.

En tercer término, manifiesta la apelante que, aun cuando se encuadrara erróneamente la situación del *sub examine* en el art. 58 de la ley de seguros, el plazo anual no habría corrido íntegro, desde que –con la nota reclamando el pago del 29 de julio de 1993– se produjo la suspensión de un año que prevé el art. 3986, segunda parte, Cód. Civil (aplicable en materia comercial), por lo que no se habría producido la prescripción resuelta por el Juez en tanto el plazo vencía el 29 de julio de 1995 y la acción fue hecha valer judicialmente el 13 de junio de 1995.

V. Entrando a conocer de los planteos que he resumido en el punto precedente, creo que es indispensable señalar que, en la causa, las partes desistieron de la prueba pericial contable (confr. fs. 348 y 366), que comportaba un elemento informativo conducente para la dilucidación de la litis, de manera que la única constancia con la que se cuenta en autos es con las notas de fs. 18 y 19 para resolver la cuestión. Y es una interpretación a todas luces razonable afirmar, como se ha hecho, que la mera referencia que contiene el texto de fs. 18 a que el importe sería acreditado en "su cuenta de reaseguros" no demuestra, en absoluto,

que esa cuenta fuera una cuenta corriente mercantil y no una cuenta simple o de gestión (parece innecesario, por tratarse de un tema elementalísimo, que entre en disquisiciones sobre los distintos efectos jurídicos de una y otra: en la primera la inclusión de la remesa produce la novación del crédito originario; en la segunda, cada crédito conserva su naturaleza y efectos). Y digo que la nota de fs. 18 no es prueba de la existencia de una "cuenta corriente mercantil", aunque aluda a "su cuenta de reaseguros" porque es obvio que, tratándose de relaciones de reaseguros, también una cuenta simple o de gestión habría de ser designada naturalmente como "su cuenta de reaseguros" (cosa muy diferente habría sido si en fs. 18 se hubiera mencionado "su cuenta corriente de reaseguros", pero no ha ocurrido de esa manera).

A ese primer apunte, que no es una sutileza caprichosa ni antojadiza, se añade el hecho de que, por la naturaleza y metodología de funcionamiento de las relaciones de reaseguro entre las aseguradoras y el INDER, resulta en términos generales necesario mantener la individualidad de cada contrato (respetando sus cláusulas originarias) computando, en particular, la incidencia que tiene la modalidad de los contratos de retrocesión –en el que los "retrocesionarios" muchas veces no son los mismos–, por lo que es necesario mantener claramente identificadas las cuentas de cada contrato, conservando los créditos originados por los reaseguros celebrados su individualidad y su naturaleza jurídica, determinante de las condiciones de exigibilidad de los créditos a que pudieran dar lugar. Adviértase que, en el caso, la nota de fs. 18 fue emitida en las actuaciones administrativas agregadas que se refieren, de modo específico, al siniestro que les dio origen; actuaciones sobre las que no es necesario profundizar su estudio tanto porque las partes prácticamente no hacen referencia alguna a ellas (salvo en fs. 382 vta.) como porque la decisión del punto debatido no lo requiere (en esta materia de selección y valoración de la prueba, me atengo a los términos del art. 386, segunda parte, CPCC).

Anoto, en segundo término, que la existencia de una "cuenta corriente mercantil" no se presume y la celebración de un contrato de esa especie debe resultar de un convenio expreso o, cuando menos, de pruebas que lo acrediten sin dejar resquicio para la duda porque si esta última se presenta debe considerarse –como sucede en materia de novación en general– que ella no ha existido (confr. M. J. López Meza, "Código Civil y Leyes Complementarias", Bs. As. 2007, tomo I, pág. 1041 y sus citas de jurisprudencia al pie). Reitero que el texto de fs. 18 no aclara a qué tipo de cuenta comercial se refiere y que constituye un serio indicio contrario a las pretensiones de la actora la indicación que hace la misma nota de fs. 18 al "siniestro de referencia" (identificado en el epígrafe) y que la contribución del Inder, de reaseguro, es "en relación con el siniestro de referencia", porque si ese contrato de reaseguros perdió individualidad y fue novado por efecto de una cuenta corriente mercantil, en todo caso lo adecuado hubiera sido mencionar que se trataba de un crédito resultante del saldo de esa cuenta corriente. Y no hay tal en la referida nota, que bien da a entender su relación directa y específica con un contrato de reaseguro determinado (derivado del siniestro de fecha 4/12/81, ramo "Incendio", asegurado: Provitti S.A.I.C.); precisiones ésas que, de existir la cuenta corriente mercantil, aparecen como superfluas e inapropiadas puesto que tal contrato de reaseguro, así como el seguro que le dio origen, habrían perdido su individualidad por efecto de la novación del indicado contrato mercantil invocado por la actora.

No es un dato menor, en este orden de ideas, ponderar que en la demanda –donde lo reclamado debe ser definido con exactitud y sobre la base de una exposición clara y precisa de los hechos (art. 330, CPCC)– no se hizo una sola mención a la existencia de una cuenta corriente mercantil ni que lo que pretendía era el cobro de su saldo (véase los términos de fs. 21/24), como tampoco se aludió siquiera en la fundamentación del derecho a la normativa del Código de Comercio que se relaciona con dicho instituto jurídico. Lo referente a la "cuenta corriente mercantil" aparece introducido por la accionante en el escrito de fs. 196/198, como defensa enervante de la defensa de prescripción opuesta por el Instituto Nacional de Reaseguros a fs. 110 y ss.

En resumen, ni la nota de fs. 18 basta para acreditar la existencia de una "cuenta corriente mercantil", pues su texto no tiene ese alcance en términos indudables, ni la actora demandó el saldo de una cuenta de esa especie ni aludió, tan siquiera, a su existencia en la pieza fundamental de la causa: la demanda. Esto así, además, pese a que las partes no podían ignorar ciertamente que la existencia de una cuenta corriente mercantil no se presume y que, por ser de interpretación restrictiva, en caso de duda debe el juzgador inclinarse por encuadrar la relación o la instrumentación de esa relación en una cuenta simple o de gestión. A lo que es pertinente añadir que se desistió de una prueba –la pericial contable– que podría haber sido útil para demostrar –a través de un panorama amplio del funcionamiento de las relaciones de reaseguros– la modalidad a la que se atuvieron las partes no sólo para anotar los montos del debe y del haber sino para evidenciar la pérdida de individualidad de los débitos y créditos y la novación alegada.

Para ser coherente con la introducción del tema de la "cuenta corriente mercantil" (al contestar la prescripción opuesta por la contraparte), parece razonable entender que en la demanda se debió haber pretendido no el simple cobro del crédito de un contrato de reaseguro –emergente del reaseguro del seguro que amparaba el siniestro individualizado en la nota de fs. 18–, que no era la última operación pues también la actora pretendía otra contribución distinta por otro reaseguro, sino la liquidación de la cuenta corriente mercantil y el cobro de su saldo positivo, en los términos del art. 771 y concs. del Código de Comercio. No son esos, sin embargo, los hechos y el derecho a que se refiere concretamente la demanda.

VI. No habiéndose acreditado que entre la actora y el INDER se hubiera concertado un contrato de cuenta corriente mercantil, en los términos del art. 771 y concs. del Código de Comercio, corresponde asignar al modo de instrumentación de créditos y débitos el carácter de una cuenta simple o de gestión, por lo que conservan su individualidad y efectos los contratos originarios y sus consecuencias jurídicas, sometidas a las normas que regulan el contrato de que se trate. En el caso, ese contrato no es otro que el contrato de reaseguro, que constituye una modalidad particular del contrato de seguro. En ese sentido, se ha enseñado por destacados juristas que se está en presencia de "una clase de los seguros de responsabilidad civil: se cubre el interés del reasegurado a la conservación de su patrimonio" (confr. I. Halperin, "Seguros. Exposición crítica de la Ley 17.418", actualizado por el doctor Morandi, editorial Depalma, Bs. As. 1986, t. I, pág. 113; obra en la que se recuerda que esa tesis ya había sido afirmada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el 3.4.26, J.A. 56-730; ver, asimismo, R.L. Fernández, "Código de Comercio Comentado", t. III, págs. 452/453 y sus citas; A. Soler Aleu, "El nuevo contrato de seguro", Bs. As. 1979, pág. 329).

En tales condiciones, atendiendo a que el contrato de reaseguros es un contrato de seguros propiamente dicho –con modalidades particulares, pero no esenciales, para merecer un *nomen propio* mas no para alterar su esencia jurídica–, es indudable que, a falta de una normativa específica, rijan a su respecto las establecidas por el legislador para los contratos de seguros en general, esto es, el régimen instituido por la ley 17.418 (en el mismo sentido, I. Halperín, op. cit., t. II, pág. 993), normas entre las que se cuenta la disposición del art. 58 que prevé el plazo de un año para las acciones derivadas de los contratos de seguro, lo que es coherente con el texto del art. 159, Ley cit., en cuanto dice: "El asegurador puede, a su vez, asegurar los riesgos asumidos, pero es el único obligado con relación al tomador del seguro". Ese aseguramiento del asegurador de los riesgos por él asumidos constituye, por su propia naturaleza, un contrato de seguro, lo que está insito en su definición, si bien tiene connotaciones especiales que –sin modificar esa esencia contractual– justifican su calificación autónoma, como sucede igualmente con los "contratos de retrocesión" u otros por los cuales el reasegurador, a su turno, asegura los riesgos asumidos, esto es los "seguros de reaseguro" (ver art. 159, segundo párrafo, ley 17.418).

Así las cosas, conforme con sus modalidades distintivas, en el contrato de reaseguro (seguro que toma el asegurador para cubrirse de los riesgos asumidos), el plazo de prescripción que es aplicable a las obligaciones de él derivadas es el anual que prevé el art. 58 LS, comenzando el curso de dicho plazo desde que la obligación se tornó exigible, esto es, cuando esté liquidado el daño por el asegurador, momento a partir del cual puede requerir del reasegurador la contribución a su cargo (salvo que se hubiera estipulado en el contrato un momento posterior).

En atención a lo expuesto, habida cuenta de la interdependencia de los contratos de seguro y reaseguro –este último existe porque existe el anterior y sigue la suerte del asegurador en lo que prevén la ley o las partes (confr. esta Sala, causa 15.121/94 del 5.5.95; Sala I, "Arcadia Cía. de Seguros S.A. c/ Instituto Nacional de Reaseguros s/ reaseguros", del 1º.12.99)–, la circunstancia de que en caso de liquidación voluntaria o forzosa del asegurador se compensarán de pleno derecho los créditos recíprocos que existieran con relación a los contratos de reaseguro (art. 161 L.S.), no implica otra cosa que lo que el precepto expone con toda claridad, no siendo de allí inferible que esa compensación de saldos implique la existencia de una cuenta corriente mercantil, porque también juega cuando entre asegurador y reasegurador el contrato que los liga se expresa, en sus saldos, mediante una cuenta simple o de gestión. De manera tal que si no se ha convenido el contrato autónomo de "cuenta corriente mercantil" (art. 771 y concs., Cód. Com.) o éste no surge de modo indudable de hechos concretos, y no ambiguos, que prueben su existencia, en caso de liquidación del asegurador o del reasegurador se practicará la compensación indicada en el art. 161 de la Ley de Seguros y para perseguir el cobro del saldo –proveniente de contratos de seguros y reaseguros– el acreedor dispondrá del plazo de un año (art. 58, ley citada), perjudicándose definitivamente la acción para proceder así si no se la promueve dentro de dicho plazo (sin perjuicio de las proyecciones que podrán tener actos interruptivos o suspensivos de la prescripción).

Anoto, por abundar, que también la Sala III de esta Excma. Cámara se ha pronunciado por la aplicación del plazo del art. 58 de la ley 17.418 a los contratos de reaseguro (confr. causa 8309 del 18.12.91 y sus citas), importando una doctrina compartible la transcripta por el *a quo* acerca de que contraría la inescindibilidad del contrato de seguro la tesis que varía la naturaleza jurídica que tenía al tiempo de su celebración con la caracterización a la época de ejecución (confr. Rubén S. Stiglitz, "Derecho de Seguros", 5a. ed., t. III, pág. 303).

En función de lo expresado, teniendo en cuenta que la deuda o exigibilidad del crédito aparece evidenciada con la nota de fs. 18, fechada el 22 de julio de 1993, resulta indudable –salvo que existiera algún hecho suspensivo de la prescripción, tema que examinaré después– que habiendo sido promovida la demanda el 13 de junio de 1995 (v. cargo de fs. 24), la acción se hallaba perjudicada por la prescripción anual que prevé el art. 58 de la ley 17.418, tal como fue invocado por el INDER oportunamente.

VII. No forma obstáculo a la conclusión que antecede la jurisprudencia que se trae a colación relativa a que la prescripción es de interpretación restrictiva y que, en situación de duda, debe inclinarse el juzgador por la solución que mantiene la subsistencia del derecho, como así también el principio de que, también en situaciones de reflexiva duda, entre dos posibles plazos aplicables se debe preferir el más extenso. Y digo que no forma obstáculo a la indicada conclusión, porque esas directivas –que cuentan con el consenso uniforme de la doctrina y de los pronunciamientos judiciales– sólo juega, como surge de sus propias enunciaciones, en los casos en que se plantean serias vacilaciones racionalmente meditadas en torno a la existencia o no de la prescripción, mas no es ésa la situación que se da en la especie en tanto el punto debatido no provoca hesitación acerca de los extremos de hecho y de derecho para estimar que la acción fue incoada vencido con exceso el plazo prescriptivo aplicable.

VIII. Al expresar agravios a fs. 419/424, especialmente a fs. 423 vta., la ex–aseguradora The New Zealand Insurance Company Limited introduce –como factor enervante de la prescripción– para el supuesto de que se aplicara el art. 58 de la ley 17.418–, que el plazo anual no llegó a consumarse por cuanto su parte, mediante la nota remitida al INDER el 29 de julio de 1993 y su comunicación a la Superintendencia de Seguros de la Nación en la misma fecha, produjo la "suspensión" de aquel plazo por el término de un año, de conformidad con lo dispuesto en el art. 3986, segunda parte, del Código Civil (aplicable en materia comercial, según lo ha decidido esta Sala en múltiples ocasiones; confr. v.gr., causa 4601 del 3.9.76; L.L. 1997-A, 131).

Dos razones justifican desestimar este planteamiento:

a) Se trata de un argumento que no fue propuesto a la decisión del juez de primera instancia (confr. fs. 53/55 y 196/198 e, inclusive, alegato de fs. 380/383 vta.), quien naturalmente no se pronunció al respecto. Su articulación por vez primera en la alzada comporta reflexión tardía, lo que constituye un óbice formal a su consideración por esta Sala (art. 277 CPCC); y

b) Sin perjuicio de ello, basta para rechazar el agravio con señalar que la suspensión del plazo prescriptivo que contempla el art. 3986, segunda parte, Código Civil se produce cuando media una interpelación efectuada en forma auténtica, la que puede ser concretada por cualquier medio, incluso verbalmente (confr. esta Sala, causa "Aerolíneas Argentinas S.E. c/ Viajes Febro S.R.L.", 3.3.98, L.L. 1998-D, 870; ver también, M. J. López Mesa, op. cit., t. IV, pág. 981), pero por "interpelación" se entiende que consista, al menos, en un requerimiento inequívoco de pago de carácter coercitivo (confr. también de este Tribunal, causa "Cuberplast S.A. c/ Y.P.F. S.A.", del 26.4.00, L.L. 2000-B, 906); requisito que no satisface la aludida nota del 29.7.93 pues en ella se presta conformidad con el saldo que indicó el Instituto Nacional el 22.7.93 (fs. 18) y se le solicita que no se deposite dicho saldo en su cuenta de reaseguro sino que sea abonada en efectivo por hallarse la compañía en liquidación (confr. texto de fs. 19). No hay, en esa misiva, ninguna intimación ni requerimiento de carácter coercitivo, por más amplio y generoso que fuera el criterio de interpretación que se siga.

La queja en examen, última que propone el memorial de agravios de la parte actora, es inadmisible tanto por motivos formales como sustanciales.

IX. Voto, pues, por la confirmación de la sentencia apelada, debiendo la actora –en su caso– soportar los honorarios devengados por su recurso (art. 68, CPCC).

Los señores Jueces de Cámara doctores *Alfredo Silverio Gusman* y *Ricardo Víctor Guarinoni*, por razones análogas a las aducidas por el señor Juez de Cámara doctor Eduardo Vocos Conesa, adhieren a las conclusiones de su voto.

Buenos Aires, 11 de junio de 2009.

Y *Vistos*: por lo que resulta del acuerdo que antecede, confírmase la sentencia apelada, debiendo la actora –en su caso– soportar los honorarios devengados por su recurso (art. 68, CPCC).

Teniendo en cuenta la naturaleza del asunto, el monto reclamado (con más sus intereses desde la notificación de la demanda –confr. plenario "La Territorial de Seguros S.A. c/ Staf s/ incidente", del 11.9.97), y la extensión, calidad e importancia de los trabajos realizados, así como las etapas cumplidas y las apelaciones que median sobre los honorarios regulados, determínase los correspondientes a los doctores Fernando Rodríguez Alcobendas y Carlos Chevallier Boutell en las sumas de ... pesos ($ ...) y ... ($ ...), en ese orden, y confírmase los del doctor Claudio Adrián Igarzábal, desde que sólo fueron apelados por altos. En cuanto a los emolumentos de los profesionales que intervinieron por el Instituto Nacional de Reaseguros –cuya segunda etapa resultó prácticamente estéril en tanto se desistió de la única prueba ofrecida (la pericial contable), meritando la distinta participación que les cupo en las actuaciones, redúcense los emolumentos del doctor Ernesto Enrique Arroyo a la cantidad de ... pesos ($ ...) y elévanse los del doctor Pablo Jorge Fazio a la de ... ($ ...). Confírmanse los honorarios regulados en favor de los doctores María Patricia Castillo Sastre, Marcelo R. Horenstein, María Alejandra Santolucito, Marcela Alejandra Costa y Horacio Crespo, desde que únicamente fueron recurridos por altos. Por otra parte, atendiendo a las presentaciones que formularon en autos y su mérito e importancia, redúcense los estipendios de los doctores Carlos E. Villafañe al importe de ... pesos ($ ...); los del doctor Alfredo Federico Rossi, a la de ... pesos ($ ...); los regulados en favor del doctor Víctor Gerardo Svatschi, a la cifra de ... pesos ($ ...) y los del doctor Juan Carlos Quiñoy Woods, a la suma de .... pesos ($...) (arts. 2, 6, 7, 9, 10, arg. 19, 33, 37 y 38 de la ley 21.839, modificada por la ley 24.432).

Por alzada, atendiendo a la naturaleza y mérito de la expresión de agravios y a su resultado, computando el monto de la causa –integrado por el capital que se reclamó en la demanda con más los intereses corridos desde su notificación (plenario "La Territorial de Seguros S.A. s/ incidente", del 11.9.97)–, regúlanse los honorarios del letrado-apoderado de la parte actora, doctor Carlos Chevallier Boutell, en la cantidad de ... pesos ($ ...) (arts. 14 y citados, en lo pertinente, del arancel).

Regístrese, notifíquese y devuélvase. – *Eduardo Vocos Conesa. – Alfredo S. Gusman. – Ricardo V. Guarinoni.*

Daños y Perjuicios:

Indemnización: valor vida; determinación; gastos de sepelio. Daño Moral: Abuela de la víctima: fallecimiento; procedencia. Acción Civil: Sentencia penal condenatoria: obligatoriedad; existencia y circunstancias del hecho; ausencia de dolo eventual. Seguro: De automotores: cláusulas de exclusión; oponibilidad a las víctimas; doctrina plenaria; culpa grave; configuración; requisitos; exigencia en el tomador; nulidad; responsabilidad del padre del conductor; tomador del seguro; extensión.

1 – Atento a la doctrina legal obligatoria establecida en el plenario de esta Excma. Cámara en autos "Mustafa c. Núñez" [ED, 100-605], que establece que la oposición de cláusulas contractuales de exclusión es oponible al damnificado, dejando a salvo el criterio en sentido contrario, corresponde pronunciarse acerca de tal cuestión, articulada por la citada en garantía.

2 – La calificación del hecho cometido por el conductor del vehículo embistente que efectúa la sentencia firme dictada en sede penal como constitutivo del delito de homicidio culposo con multiplicidad de víctimas, descartando la existencia de dolo eventual, tiene el alcance y fuerza de cosa juzgada en sede civil a la luz de lo dispuesto en el art. 1102 del cód. de fondo y, por ende, resulta irrevisable.

3 – La indiscutibilidad en sede civil del fallo condenatorio dictado en la justicia penal alcanza no sólo la existencia del ilícito y condena de su autor, sino también las características y contornos fácticos que conciernen a las circunstancias que rodean el ilícito. Es decir que, si en los estrados penales se tiene resuelto en sentencia definitiva y firme que el hecho principal, motivo de la instrucción, se ha producido de una determinada manera y se definen y precisan las circunstancias fácticas que rodean y entornan el hecho principal que constituye el delito, esa sentencia tiene alcance de cosa juzgada en sede civil en el sentido que el magistrado no podrá afirmar que el hecho ocurrió de manera distinta a lo que se resolvió en el fuero penal.

4 – Si bien es cierto que la culpa grave no se equipara al dolo previsto por el art. 1072 del cód. civil, ni al dolo eventual configurado en la teoría general del derecho penal, que pertenece al territorio del delito intencional desde que constituye la representación de la posibilidad de un resultado, cuyo advenimiento ratifica la voluntad, también es cierto que tampoco se asimila a "toda" negligencia, pues de ser ello así importaría una desnaturalización del contrato de seguro que sólo cubriría supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, lo que es contrario a la función que el instituto cumple contemporáneamente, e implicaría atribuir al art. 1197 del cód. civil el alcance de un medio de favorecer a uno de los contratantes en perjuicio del otro o de terceros.

5 – La distinción entre la culpa leve definida por el art. 512, cód. civil, y la culpa grave está determinada por la relevancia de los deberes objetivos de cuidado que se infrinjan o desconozcan, impuestos al sujeto en su actuación concreta. Asimismo, debe señalarse que la culpa grave, como causa legal de exoneración de responsabilidad de la aseguradora, excede la regular graduación de negligencia –que es la que se encuentra amparada en los contratos de seguro– y, por su magnitud, resulta cercana a la intencionalidad en la producción del evento dañoso o, por lo menos, traduce una actitud de grave despreocupación ante el eventual resultado perjudicial, aunque éste no haya sido deliberadamente buscado por el sujeto.

6 – El concepto de "culpa grave" en el asegurado, tendiente a liberar a la aseguradora de su obligación debe ser apreciado con un criterio restrictivo y con relación a las circunstancias y particularidades de cada situación, teniendo siempre presente el fin específico del seguro contra la responsabilidad civil por daños causados a terceros y la función de solidaridad del seguro. Debe asimilarse a la "gruesa falta de prudencia", a la infracción desusadamente grande, a la negligencia grosera, o sea, aquella en la que apenas sea creíble que su autor no hubiera deseado, al obrar, causar el daño que se ha producido, la falta absoluta de vigilancia que suelen poner hasta las personas prudentes, la omisión de diligencia elemental de personas menos previsoras.

7 – La excesiva velocidad a que circulaba en la ocasión el conductor del vehículo embistente (mínima de 137,65 km/h), configurativa de un "alto grado de imprudencia" (conforme sentencia dictada por el Tribunal de Casación Penal), condenado por el delito de homicidio culposo, quedando demostrado que intentó frenar antes de la embestida, aun cuando le hubiese introducido al rodado modificaciones tendientes a aumentar su velocidad, no excede la comprendida en el concepto de culpa previsto en el art. 512 del cód. civil. Súmese a ello, a los efectos de analizar la oponibilidad de la cláusula de exclusión que intenta hacer valer la aseguradora, que quien conducía el automotor no era el asegurado.

8 – La culpa grave como hipótesis de delimitación causal subjetiva queda acotada a la persona del asegurado, ya que sólo a ella se refieren los textos legales que, por su letra o naturaleza, se hallan calificados como norma imperativa (art. 70, Ley de Seguros) o semi-imperativa (art. 114, LS), lo que implica que sólo son factibles de ser "modificados" si ello apunta a mejorar la posición contractual del asegurado –art. 158, LS–.

9 – La cláusula contractual que permite la exención de responsabilidad del asegurador en caso de dolo o culpa grave del conductor –en tanto favorece exclusivamente al asegurador al ampliar el campo de su irresponsabilidad–, carece de validez, en tanto desnaturaliza el vínculo obligacional (art. 37, inc. a], ley de Defensa del Consumidor) al suprimir una obligación del asegurador de fuente normativa.

10 – El asegurador debe cubrir o garantizar los siniestros que se hayan verificado aun por culpa grave del conductor, la de su hijo o la de aquellas personas por las que el asegurado responde civilmente, pues ellos se encuentran entre los riesgos de los que el asegurado busca cubrirse al contratar el seguro.

11 – No resulta viable la pretensión de la aseguradora de que se establezca la responsabilidad del progenitor del conductor del vehículo embistente –dueño del vehículo y tomador del seguro– en función de lo dispuesto por el art. 1114 del cód. civil, para –según sostiene–, acreditada su culpa "grave" poder exonerar a la compañía aseguradora. Ello es así toda vez que, si bien es cierto que –en el caso– el progenitor ha incumplido con los deberes que le impone la patria potestad, tal falta de vigilancia sobre la conducta del menor importa culpa comprendida como tal en las previsiones del art. 512 del cód. civil.

12 – Dado que el conductor del vehículo embistente tenía al momento del accidente 19 años de edad, vivía con sus padres, fue declarado responsable del delito de homicidio culposo con multiplicidad de víctimas y había introducido en el vehículo modificaciones tendientes a alcanzar velocidades superiores a la estándar con pleno conocimiento de su padre –titular del vehículo–, corresponde concluir que este último omitió la procuración de los cuidados necesarios y el deber de vigilancia sobre su hijo menor, pero en modo alguno puede considerarse que tal falta de deber y cuidado importe "culpa grave".

13 – La Ley de Defensa al Consumidor resulta perfectamente aplicable a los contratos de seguro, si se tiene en cuenta que se trata de un típico contrato con cláusulas predispuestas en el que aparecen cláusulas negociables generales y particulares. Por lo tanto, mal puede sostenerse su inaplicabilidad, la que –por cierto– es aplicable a todo el derecho de daños.

14 – La Ley de Defensa al Consumidor, siguiendo en ello la idea de los modernos proyectos de reformas al Código Civil, regula las cláusulas abusivas en los arts. 37, 38 y 39. Se prohíben así las exonerativas de responsabilidad e inversión de la carga probatoria y se dan a los jueces pautas

para evaluar la equidad de todas aquellas que desnaturalicen las obligaciones, a las que importen restricción al derecho del consumidor, o ampliación a los derechos del empresario.

15 – La vida humana no tiene un valor económico per se, *sino en relación con el perjuicio económico que la muerte produce en el patrimonio de los herederos y/o terceros directa o indirectamente afectados. Lo que se indemniza no es el hecho de la muerte en sí misma, sino el perjuicio económico concreto que dicha muerte causa en el patrimonio de los causahabientes, porque ese detrimento es el que configura el daño resarcible a la luz de lo dispuesto en los arts. 1068, 1069, 1077, 1083 y concs. del cód. civil. No se mensura la vida sino los intereses frustrados con la muerte.*

16 – Los ascendientes de la víctima, no obstante su condición de herederos forzosos, no pueden prevalerse de la presunción de que da cuenta el art. 1084 del cód. civil, que consagra una presunción iuris tantum *del daño causado al cónyuge supérstite e hijos del muerto al referirse a lo que fuere necesario para la subsistencia, sino que se encuentran activamente legitimados en los términos de los arts. 1085 y 1079 de dicho cuerpo legal, es decir, sólo en la medida en que demuestren haber sufrido por la muerte de su descendiente un daño patrimonial cierto.*

17 – Si el hijo mayor o menor prestaba alguna contribución económica a sus padres, lo que se indemniza a través del rubro "valor vida" es la pérdida que sufren los progenitores por una colaboración económica precedente y efectiva, frustrada a raíz de la muerte del hijo. También corresponde indemnizar la cooperación que pueden esperar los padres con posterioridad, como la pérdida de una chance que en el futuro, de vivir ese hijo, se hubiera concretado en una posibilidad de ayuda a sus padres.

18 – Resulta procedente el reclamo por daño moral efectuado por la actora a raíz del fallecimiento de su nieta, pues el término de "herederos forzosos" del art. 1078 del cód. civil, refiere a todos aquellos que son legitimarios potencialmente con independencia de que de hecho queden o no desplazados por la existencia de herederos de mejor grado. M.M.F.L.

12 – CNCiv., sala K, diciembre 30-2008. – González Carman, Carmen Sara y otro c. Cabello, Sebastián y otros.

2ª INSTANCIA.

Buenos Aires, diciembre 30 de 2008.

El Dr. *Ameal* dijo:

I. Vienen estos autos a este Tribunal con motivo de los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia de Primera Instancia dictada a fs. 984/93, expresando agravios la actora en la memoria de fs. 1159/1161; la citada en garantía en el escrito de fs. 1163/1171 y los demandados en el de fs. 1173/1174. El respectivo traslado fue contestado a fs. 1182/83; fs. 1184/1186 y fs. 1187/1188.

II. ANTECEDENTES

La presente causa tiene su origen en el accidente de tránsito ocurrido el 30 de agosto de 1999, a las 2.10 hs. aproximadamente en la Avenida Presidente Cantilo, a metros del Puente Amadeo Labruna, en circunstancias en que el vehículo Renault 6, dominio VYY 089 al mando de Celia Edith González Carman y en el que también viajaba su pequeña hija de tres años de edad, V. R., fue embestido en su parte trasera por un rodado Honda Civic, dominio RFH 964, conducido a excesiva velocidad por Sebastián Cabello.

A raíz del impacto se produjo el incendio del vehículo colisionado y el trágico y lamentable fallecimiento de Celia González Carman y su pequeña hija.

III. SENTENCIA

La Sra. juez *a quo*, con fundamento en lo dispuesto por el art. 1113, párr. 2 del Código Civil, de acuerdo a lo resuelto en sede penal y no habiendo probado la demandada eximiente alguno de responsabilidad, condenó a Sebastián Cabello (conductor del vehículo colisionante), a Rafael Félix Cabello en su condición de dueño del rodado y a Mónica Beatriz Flavio Llorente por haber incumplido la vigilancia efectiva sobre el menor en función de lo dispuesto por el art. 1114 del Código Civil, a abonar la suma de pesos trescientos mil ($ 300.000) a favor de Sara González Carman y la de pesos docientos treinta y cuatro mil ($ 234.000) en beneficio de Sergio Daniel Rosales, con más intereses y costas, haciéndose extensiva la condena a "El Comercio Cía de Seguros a Prima Fija SA" en los términos del art. 118 de la ley 17.418.

IV. AGRAVIOS

Contra dicha decisión se alzan las partes.

Los actores cuestionan los montos concedidos en concepto de "valor vida"; "daño moral"; "daño psíquico" y "gastos de sepelio".

La citada en garantía se agravia respecto de la desestimatoria de la defensa de culpa grave esgrimida por su parte, como asimismo, en relación a la condena contra el progenitor del menor, Rafael Félix Cabello, basada solamente en su carácter de dueño del rodado, sin considerar la *a quo* su culpa personal configurativa de la culpa grave del asegurado en los términos de los arts. 70 y 114 de la ley 17.418, agraviándose por último de la aplicación al caso de la ley de Defensa del Consumidor.

Los demandados por su parte, se quejan en relación al *quantum* otorgado en concepto de "valor vida" y "daño psíquico" concedido a favor de la madre de la occisa, como asimismo respecto de la procedencia del rubro "daño moral" reclamado por aquélla a raíz del fallecimiento de su nieta.

V. Planteada así la cuestión, corresponde, conforme a un orden metodológico adecuado, analizar en primer lugar los agravios vertidos por la citada en garantía en relación a la desestimatoria de la defensa de culpa grave del asegurado, opuesta por su parte y desestimada por la Sra. Juez de la instancia previa.

Argumenta la quejosa que no cabe equiparar la "culpa grave" con el "dolo" o el "dolo eventual" y que tal como surge de la causa penal instruida a raíz del accidente, existen numerosos elementos que permiten afirmar sin dubitación alguna, que Sebastián Cabello incurrió en culpa grave al circular a excesiva velocidad, corriendo picadas con su vehículo especialmente modificado para tal fin, haciendo efectiva tal conducta la cláusula de exclusión de cobertura planteada por su parte.

Sostiene la actora que las quejas deducidas en tal sentido por la citada en garantía no constituyen una crítica concreta y razonada de la sentencia de primera instancia.

Al respecto debe recordarse que en la sustanciación del recurso de apelación el cumplimiento de sus requisitos debe ponderarse con tolerancia, mediante una interpretación amplia que los tenga por cumplidos aun frente a la precariedad de la crítica del fallo apelado, directiva que tiende a la armonía en el cumplimiento de los requisitos legales y la aludida garantía de la defensa en juicio y a delimitar restrictivamente el ámbito de las sanciones que importan pérdida o caducidad de los derechos del apelante (conf. CNCiv., sala E, del 24/9/74, LL, 1975-A, 573; íd. Sala G, del 10/4/85, LL, 1985-C, 267; conf. CNEsp. Civ. y Com. Sala I, del 30/4/84, ED 111-513).

En ese marco, y dado que la quejosa al expresar su disconformidad con el pronunciamiento en vista ha dado cumplimiento, en lo pertinente, con lo dispuesto por el art. 265 del Código Procesal, es que habrá de desestimarse la pretensión perseguida por la actora, procediéndose al tratamiento de las cuestiones sometidas a estudio, pudiendo adelantar opinión en el sentido que las quejas aludidas no habrán de prosperar.

En primer término debo poner de resalto que cuando el seguro es obligatorio, como en el caso de los automotores (art. 68 de la ley 24.449), la aseguradora a mi criterio no se encuentra legitimada a oponer al dañado o damnificado las cláusulas contractuales de exclusión, porque la ley ha tutelado un interés superior, que es precisamente –en materia de accidentes de tránsito– la reparabilidad del daño a terceros, sin perjuicio de las acciones de repetición que posea frente al cocontratante. Tal criterio ha sido sostenido por Carlos Alberto Ghersi en "Contrato de Seguro", pág. 239.

Expone Stiglitz en su obra "Derecho de Seguros", 5ta. Edición actualizada, T° 1, p. 317) "que la implicancia social del seguro, el interés de los terceros en situar su pretensión en confrontación con un patrimonio solvente, la dinámica actual del tráfico comercial, etc. hacen, desde un punto de vista de política jurídica, socialmente aconsejable la extensión de la garantía a las consecuencias dañosas de siniestros provocados por culpa grave del asegurado".

Sin embargo, esta línea de pensamiento es contraria a la doctrina legal obligatoria establecida en el Plenario de esta Excma. Cámara en autos "Mustafa c/ Núñez", publicado en ED, 100-605, que establece que tal defensa es oponible al damnificado, por lo que dejando a salvo mi criterio en sentido contrario, habré de pronunciarme acerca de la cuestión articulada por la citada en garantía.

A raíz del accidente de autos se instruyó la causa penal n° 695, que corre agregada por cuerda a los presentes y que en este acto tengo a la vista, que tramitó por ante el Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción n° 4, Secretaría n° 113 y en la que a fs. 2631/2708 el Tribunal Oral en lo Criminal n° 30 dictó sentencia, condenando a Sebastián Cabello, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de doble homicidio simple cometido con dolo eventual, a la pena de 12 años de prisión de efectivo cumplimiento e inhabilitación absoluta por igual tiempo de la condena, e inhabilitación especial para conducir automotores por el tiempo máximo previsto en la ley de fondo (arts. 5, 12, 20 bis, inc. 3º, 29 inc. 3°, 45 y 79 del Código Penal y arts. 530, 531 y 533 del Código Procesal Penal de la Nación). El Tribunal tuvo por probado, en base a las extensas pruebas producidas en dicho obrados, que "el 30 de agosto de 1999, siendo cerca de las 2 hs. de la madrugada, con excelente visibilidad, Sebastián Cabello, (al que acompañaba su amigo D.C.P.C.) decidió, sin motivos de apuro y con aceptación del riesgo por ambos, correr una anormativa "picada" con el auto "Honda Civic, dominio RFH-064, propiedad de su padre, junto al menos otro vehículo (BMW) por Av. Cantilo a velocidad antirreglamentaria, inusual, impropia y extralimitada para la zona, hora y circunstancias (137,65 Km/h); y en ese contexto –efectuando una abrupta maniobra hacia la derecha– embistió por atrás al Renault 6, dominio VYY-089 en el que circulaban –a menor velocidad y con sus luces reglamentarias prendidas– Celia Edith González Carman (38 años de edad) y su hija V. R. (de 3 años), provocando la muerte por carbonización de ambas a raíz del rápido incendio que produjo el impacto, resultados finales éstos que Cabello –dada su educación, conocimientos, volición y lucidez– se representó como posibles consecuencias de su decidida participación voluntaria en correr, y optó por esa conducta de correr al resultarle indiferente el prójimo y los resultados que –previamente– despreció y asumió, preocupándose luego del luctuoso hecho sólo por el estado dañoso de su rodado Honda y no por las víctimas".

La Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal, resolvió sin embargo, en sentencia que se encuentra firme, modificar parcialmente la sentencia del Tribunal Oral N° 30, calificando definitivamente el hecho cometido en perjuicio de Celia Edith González Carman y V. R., como constitutivo del delito de homicidio culposo con multiplicidad de víctimas, como autor penalmente responsable, a la pena de tres años de prisión, inhabilitación especial para conducir vehículos automotores por el término de diez años (arts. 29 inc. 3°, 40, 41, 45 y 84 del C. Penal y 456 inc. 1°, 470, 530 y concordantes del Código Procesal Penal de la Nación).

A criterio de la Casación, el imputado actuó "con un alto grado de imprudencia, con extrema inobservancia de las normas que debía cumplir al mando de un rodado", pero descarta que haya habido de su parte intención de dañarse a sí mismo o terceros. No se advierte señalan "en qué elemento acreditativo han afincado los jueces su convencimiento acerca de que Cabello al conducir su automóvil de la manera en que lo hiciera hubiera previamente conocido y aceptado que iba a embestir a otro rodado, provocando la muerte de seres humanos y lograr salir indemne del episodio".

Destacan asimismo, que "la mera circunstancia de circular a una alta velocidad violando concientemente el deber de cuidado, confiado en su habilidad o destreza como conductor no resulta *per se* determinante de la existencia del dolo eventual, pues debe demostrarse que el autor fue consciente del riesgo, lo asumió y no tuvo una verdadera renuncia en la evitación del resultado, extremos que por cierto, no han sido acreditados", agregando luego, que "es innegable la dolorosa consecuencia de la acción investigada, la gravedad del resultado y la repercusión social del suceso, mas no es adecuado el razonamiento que partiendo de estos extremos, concluya en que han sido justamente producto de la voluntad de quien guiaba el automóvil con desprecio por el bien jurídico" y que "no está del todo claro que el imputado haya visto el auto de la víctima y además está probado que intentó frenar antes de la embestida".

Luego de efectuar un análisis respecto de la figura del dolo eventual, descarta que el accionar desplegado por Sebastián Cabello encuentre adecuación típica en el art. 79 del Código Penal.

Esa decisión firme dictada en sede penal tiene el alcance y fuerza de cosa juzgada en sede civil a la luz de lo dispuesto en el art. 1102 del Cód. de Fondo, que reza (Después de la condenación del acusado en el juicio criminal no se podrá contestar en el juicio civil la existencia del hecho principal que constituye el delito, ni impugnar la culpa del condenado).

La indiscutibilidad en sede civil del fallo condenatorio dictado en la justicia penal alcanza no sólo la existencia del ilícito y condena de su autor, sino también las características y contornos fácticos que conciernen a las circunstancias que rodean el ilícito. Es decir, que si en los estrados penales se tiene resuelto en sentencia definitiva y firme que el hecho principal, motivo de la instrucción, se ha producido de una determinada manera y se definen y precisan las circunstancias fácticas que rodean y entornan el hecho principal que constituye el delito, esa sentencia tiene alcance de cosa juzgada en sede civil en el sentido que el magistrado no podrá afirmar que el hecho ocurrió de manera distinta a lo que se resolvió en el fuero penal (conf. exptes. 121.432; 136.058; 121.487; 153.103; entre otros).

La noción de hecho principal, según enseña Llambías en "Límite de la cosa juzgada penal en materia de responsabilidad civil", ED, 84-771, comprende en sí, la calificación que sobre ese "hecho principal" haga el sentenciante penal (v.gr. delito de homicidio, de lesiones culposas, de calumnias, etcétera) así como las circunstancias inherentes al mismo (de tiempo, lugar, etc.). Las "Primeras Jornadas Australes de Derecho" llevadas a cabo en la ciudad de Comodoro Rivadavia en el año 1980, concluyó que debe entenderse por "hecho principal" aquel que se refiere exclusivamente a la existencia o inexistencia de los elementos que tipifican el delito que se imputa al procesado".

A la luz de lo expuesto, va de suyo, que la calificación del hecho cometido por Sebastián Cabello que efectúa la sentencia firme dictada en sede penal como constitutivo del delito de homicidio culposo con multiplicidad de víctimas, descartando la existencia de dolo eventual, resulta irrevisable para el juzgador civil.

Ahora bien, es cierto que la culpa grave no se equipara al dolo previsto por el artículo 1072 del Código Civil, ni al dolo eventual configurado en la teoría general del derecho penal, que pertenece al territorio del delito intencional desde que constituye la representación de la posibilidad de un resultado, cuyo advenimiento ratifica la voluntad (Jiménez de Asúa, J., Principios de derecho penal. La Ley y El Delito, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1990, N° 237, pág. 367) pero tampoco se asimila a "toda" negligencia, pues de ser ello así importaría una desnaturalización del contrato de seguro que sólo cubriría supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, lo que es contrario a la función que el instituto cumple contemporáneamente, e implicaría atribuir al artículo 1197 del Cód. Civil, el alcance de un medio de favorecer a uno de los contratantes en perjuicio del otro o de terceros (Conf. Rubén S. Stiglitz, "Derecho de Seguros", 5ta. Edición actualizada, T° 1, pág. 318 y sgtes.).

La noción de culpa grave ocupa entonces, con autonomía conceptual, la franja central cuyos linderos lo constituyen, de un lado, la culpa leve, tal como es definida por el art. 512 del Cód. Civil, y, del otro, el dolo, previsto por el art. 1072 del CC (conf. ob. cit.).

Ha sostenido la CSJN en autos "Olmos, P. c/ Strapoli, J." 19/12/1992, JA, 1992-III-27, que la distinción entre la culpa leve definida por el art. 512, Código Civil, y la culpa grave está determinada por la relevancia de los deberes objetivos de cuidado que se infrinjan o desconozcan, impuestos al sujeto en su actuación concreta, señalando asimismo que la culpa grave, como causa legal de exoneración de responsabilidad de la aseguradora, excede la regular graduación de negligencia –que es la que se encuentra amparada en los contratos de seguro– y, por su magnitud, resulta cercana a la intencionalidad en la producción del evento dañoso o, por lo menos, traduce una actitud de grave despreocupación ante el eventual resultado perjudicial, aunque éste no haya sido deliberadamente buscado por el sujeto.

De ahí que el concepto de "culpa grave" en el asegurado, tendiente a liberar a la aseguradora de su obligación debe ser apreciado con un criterio restrictivo y con relación a las circunstancias y particularidades de cada situación, teniendo siempre presente el fin específico del seguro contra la responsabilidad civil por daños causados a terceros y la función de solidaridad del seguro. Debe asimilarse a la "gruesa falta de prudencia", a la infracción desusadamente grande, a la negligencia grosera, o sea, aquella en la que apenas sea creíble que su autor no hubiera deseado, al obrar, causar el daño que se ha producido, la falta absoluta de vigilancia que suelen poner hasta las personas prudentes, la omisión de diligencia elemental de personas menos provisoras (Conf. CNCiv. Sala F, del 12/08/01, Scagliusi, Claudia Domingo c/ Suárez, Horacio José y otro s/ daños y perjuicios, con voto preopinante de la Dra. Highton de Nolasco).

Conforme a lo expuesto, la excesiva velocidad a que circulaba en la ocasión Sebastián Cabello (mínima de 137,65 Km/h), configurativa de un "alto grado de imprudencia" (conforme sentencia dictada por el Tribunal de Casación penal), condenado por el delito de homicidio culposo, quedando demostrado que intentó frenar antes de la embestida, aun cuando le hubiese introducido al rodado modificaciones tendientes a aumentar su velocidad, no excede la comprendida en el concepto de culpa previsto en el art. 512 del CC, criterio éste que es asimismo compartido por la propia actora en el escrito de contestación de agravios.

Por lo demás, cabe agregar que en el caso, quien conducía el automotor no era el asegurado.

En tal sentido se ha dicho que la culpa grave como hipótesis de delimitación causal subjetiva queda acotada a la persona del asegurado, ya que sólo a ella se refieren los textos legales que, por su letra o naturaleza, se hallan calificados como norma imperativa (art. 70 Ley de Seguros) o semi–imperativa (art. 114 LS), lo que implica que sólo son factibles de ser "modificados", si ello apunta a mejorar la posición contractual del asegurado –art. 158– LS (Conf. Stiglitz, ob. cit. Pág. 323 y sgtes.)

De allí que, la cláusula contractual que permite la exención de responsabilidad del asegurador en caso de dolo o culpa grave del conductor –en tanto favorece exclusivamente al asegurador al ampliar el campo de su irresponsabilidad–, carece de validez, en tanto desnaturaliza el vínculo obligacional (art. 37, inc. a) de la ley de Defensa del Consumidor) al suprimir una obligación del asegurador de fuente normativa (CNCiv. Sala C, "Migliore, Nancy E. c/ Rodriguez Capello, José Luis s/ daños Y Perjuicios", 6/03/01 L.306921; CNCiv. Sala H, "Canteros, Magna y otros c/ Martínez, Marcelo y otro s/ daños y perjuicios", 13/06/97; Expte. 204790).

El asegurador debe cubrir o garantizar entonces, los siniestros que se hayan verificado aun por culpa grave del conductor, la de su hijo o la de aquellas personas por las que el asegurado responde civilmente, pues ellos se encuentran entre los riesgos de los que el asegurado busca cubrirse al contratar el seguro (SCBA, 19/10/03, "Vega, c/ Cool", RCyS, 2003-821; CNCiv. Sala B, 14/12/62, ED, 1963-6-527; CNCom, Sala A, 7/5/73, "Vitola de Oliva c/ Previsión del Hogar Coop. de Seg.", ED 51-455, entre muchos otros).

No obsta a lo expuesto, la pretensión de la quejosa de que se establezca la responsabilidad del progenitor –dueño del vehículo y tomador del seguro– en función de lo dispuesto por el art. 1114 del Código Civil, para según sostiene, acreditada su culpa "grave" poder exonerar a la compañía aseguradora, toda vez que, si bien es cierto que Rafael Félix Cabello ha incumplido a mi criterio, como seguidamente expondré, con los deberes que le impone la patria potestad, tal falta de vigilancia sobre la conducta del menor, importa culpa comprendida como tal en las previsiones del art. 512 del Código Civil.

En efecto, como una hipótesis especial de responsabilidad extracontractual por el hecho de otro, se consagra en el párr. 1° del art. 1114 del Cód. Civil la obligación de los padres de reparar los daños que causen sus hijos menores.

Preceptúa así el artículo citado que el padre y la madre son solidariamente responsables de los daños causados por sus hijos menores que habiten con ellos, sin perjuicio de la responsabilidad de los hijos si fueran mayores de diez años.

Precisamente, la exigencia de que el menor habite con los padres deriva de que la responsabilidad de aquéllos está fundada en una culpa *in vigilando* presumida, por lo cual es menester, en principio, que ellos estén en condiciones de hecho de ejercer esa vigilancia.

El fundamento de esta responsabilidad es una presunción de culpa en la vigilancia, de carácter *juris tantum*, por lo cual compete a los padres la prueba adversa a la presunción legal, es decir, probar que les ha sido imposible impedirlo (art. 1116 Cód. civil).

Precisando el concepto de vigilancia activa de los padres sobre sus hijos, se lo ha entendido como el conjunto de medidas y cuidados que reclaman los menores de acuerdo a su edad y la educación recibida.

Sebastián Cabello tenía al momento del accidente 19 años de edad, vivía con sus padres, fue declarado responsable del delito de homicidio culposo con multiplicidad de víctimas, y como bien sostiene la Sra. juez *a quo* se encuentra acreditado que aquél había introducido en el vehículo modificaciones tendientes a alcanzar velocidades superiores a la estándar (conf. Informes de fs. 212/12, fs. 467/8; fs. 1995/97 y elementos secuestrados en el domicilio de los demandados –ver actas de 126/27– de la causa penal), constatándose que se trata de un vehículo con elementos especiales que le confieren mayor potencia al motor y por ende mayor velocidad máxima y eventualmente un mayor poder de aceleración, utilizando gomas más potentes y para competición, reconociéndolo Sebastián Cabello, al prestar declaración indagatoria (fs. 539/41) que "todos los elementos adquiridos le llegaban a su domicilio y no realizaba otros trámites", destacando que "las modificaciones al rodado fueron realizadas para darse un gusto personal, era lo que más quería, pero resultó que venía mal armado y por ello venía fallando".

Lo expuesto demuestra que el Sr. Rafael Félix Cabello tenía pleno conocimiento de los cambios que su hijo introducía al rodado, omitiendo en tal caso la procuración de los cuidados necesarios y el deber de vigilancia sobre su hijo menor, pero en modo alguno puede considerarse que tal falta de deber y cuidado importe "culpa grave" del asegurado en los términos ya analizados.

Por lo demás, y contrariamente a lo sostenido por la quejosa, cabe destacar que la Ley de Defensa al Consumidor resulta perfectamente aplicable a los contratos de seguro (art. 1; C.N.Com., sala C, 13/04/07, E.d. 223-387), si se tiene en cuenta que se trata de un típico contrato con cláusulas predispuestas en el que aparecen cláusulas negociables generales y particulares.

Dicha normativa, siguiendo en ello la idea de los modernos proyectos de reformas al Código Civil, regula las cláusulas abusivas en los arts. 37, 38 y 39. Se prohíben así las exonerativas de responsabilidad e inversión de la carga probatoria y se da a los jueces pautas, para evaluar la equidad de todas aquellas que desnaturalicen las obligaciones, a las que importen restricción al derecho del consumidor, o ampliación a los derechos del empresario.

El efecto es la nulidad en el marco de los contratos en general no sólo los de adhesión, fijando respecto de éstos algunas regla de interpretación: la prevalencia de las condiciones particulares sobre las generales en caso de contradicción y el principio de interpretación en favor del consumidor, cuando la indagación sobre el sentido o alcance de una cláusula sea de necesaria interpretación por tratarse de una cláusula ambigua u oscura (Gabriel Stiglitz, Reglas para la defensa de los consumidores y usuarios, pág. 24/25).

Dispone asimismo que la autoridad de aplicación vigilará que no contengan cláusulas abusivas y podrá solicitar la modificación de los contratos sujetos a la aprobación de otra autoridad, como en el caso precisamente de las pólizas de seguro (arts. 25 y 67, ley 20.091).

Mal puede sostenerse entonces que no resulta válida la aplicación de las pautas interpretativas de la ley de defensa del consumidor al contrato de seguro, que por cierto son aplicables a todo el derecho de daños.

Tales razones me conducen a confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto desestima la defensa de culpa grave opuesta por la compañía aseguradora, modificándola en cuanto corresponde establecer asimismo la responsabilidad de Félix Rafael Cabello en virtud de lo dispuesto por el art. 1114 del CC.

VI. AGRAVIOS REFERIDOS A LOS RUBROS QUE INTEGRAN LA CUENTA INDEMNIZATORIA CONCEDIDA A FAVOR DE SARA ELENA GONZÁLEZ CARMAN.

A) Valor vida

La Sra. juez de grado otorgó por este concepto la suma de $ 20.000, la que según la actora resulta exigua al fin de resarcir el verdadero perjuicio sufrido por la víctima, considerándola por el contrario excesiva la demandada.

Sobre el particular señalaré, que adhiero a la doctrina y jurisprudencia que considera que la vida humana no tiene un valor económico *per se*, sino en relación al perjuicio económico que la muerte produce en el patrimonio de los herederos y/o terceros directa o indirectamente afectados. Según esta posición lo que se indemniza no es el hecho de la muerte en sí misma, sino el perjuicio económico concreto que dicha muerte causa en el patrimonio de los causa-habientes porque ese detrimento es el que configura el daño resarcible a la luz de lo dispuesto en los arts. 1068, 1069, 1077, 1083 y ccs. del Código Civil. No se mensura la vida sino los intereses frustrados con la muerte.

En tal sentido, se consideró en las I Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal (Junín 1984) que, en caso de muerte, son indemnizables las consecuencias patrimoniales o afectivas que el deceso ha originado a terceros esto es el daño patrimonial y el daño extrapatrimonial y no la vida perdida.

Las VI Jornadas Rioplatenses de Derecho (Punta del Este, Uruguay 1991), a su vez, reiteraron que la pérdida de la vida humana no origina *"per se"* daño resarcible alguno en cabeza del occiso trasmisible *mortis causa*.

Cabe recordar asimismo que el art. 1084 del Cód. Civil, prevé como indemnización en caso de homicidio lo que fuere necesario para la subsistencia de la viuda e hijos del muerto. El art. 1085 a su vez, establece que dicha indemnización sólo podrá ser exigida por el cónyuge sobreviniente y por los herederos necesarios del muerto, sino fueren culpados del delito como autores o cómplices, o si no lo impidieron pudiendo hacerlo.

Por su parte, el art. 1079 del CC admite la resarcibilidad del perjuicio sufrido indirectamente por toda persona.

Los ascendientes de la víctima no obstante su condición de herederos forzosos no pueden prevalerse de la presunción de que da cuenta el art. 1084 del Código Civil que consagra, como fuera dicho, una presunción *iuris tantum* del daño causado al cónyuge supérstite e hijos del muerto al referirse a lo que fuere necesario para la subsistencia, sino que se encuentran activamente legitimados en los términos de los arts. 1085 y 1079 de dicho cuerpo legal, es decir sólo en la medida en que demuestren haber sufrido por la muerte de su descendiente un daño patrimonial cierto.

En dicha inteligencia, si el hijo mayor o menor prestaba alguna contribución económica a sus padres, la hipótesis es equiparable a otras en que, cualquiera sea la vinculación entre los sujetos, la víctima colaboraba de algún modo a la satisfacción de las necesidades o conveniencias materiales de quien acciona (art. 1079 del Cód. Civil). Se trata de la pérdida que sufren los progenitores por una colaboración económica precedente y efectiva, frustrada a raíz de la muerte del hijo (Matilde Zavala de González, Resarcimiento de daños, 2b, Daños a las Personas, Pérdida de la vida humana, p. 235 y p. 239).

También corresponde indemnizar la cooperación que pueden esperar los padres con posterioridad. Se trata del daño futuro cierto que corresponde a la esperanza, con contenido económico que constituye para una familia, la vida de un hijo que muere como consecuencia de un hecho ilícito. Tal resarcimiento cabe como la pérdida de una chance que en el futuro, de vivir ese hijo se hubiera concretado en una posibilidad de ayuda a sus padres. El deceso ocasiona entonces un daño indemnizable, pues aparece como una probabilidad cierta de ayuda futura, sea económica, sea de apoyo y colaboración que se frustra por el accidente (esta Sala exptes. 120.147, 164.026; CNCiv. sala B, 11/10/85, ED, 116-281; ídem, Sala C, 30/4/82, ED, 102-221 y JA 1983-III-167; Cám. 4. Civ. y Com. Rosario, 14/11/88, Juris, n. 3, 1989, n. 55, entre muchos otros).

La muerte de Celia González Carman ha significado para su progenitora un daño actual y la pérdida de una expectativa futura que debe resarcirse (CNCiv. Sala A, 17/5/79, LL, 1979-D, 271).

En lo que se refiere a la determinación del quantum los magistrados no están obligados a ceñirse a fórmulas matemáticas, teniendo al respecto el prudente arbitrio judicial un amplio margen y a tales fines el criterio del juzgador debe ajustarse no sólo a las posibilidades de acrecentar sus ganancias durante el tiempo probable de vida sino también debe tener en cuenta las circunstancias personales, sexo, edad, grado de cultura, posición socio-económica, estado familiar, como asimismo la edad del fallecido, etc., debiendo tenerse presente que aunque en la especie el detrimento patrimonial de los padres es un daño cierto, la proyección futura de dicha colaboración debe ser apreciada con prudencia.

En orden a ello, cabe resaltar que la víctima contaba al momento de producirse el lamentable deceso con 38 años de edad, de profesión veterinaria (fs. 421/23 y fs. 443), y si bien no convivía con su madre, surge del beneficio de litigar sin gastos que aquélla colaboraba económicamente con su progenitora, quien contaba con 74 años y era enfermera jubilada.

Teniendo en cuenta lo expuesto, el resto probable de vida útil, y la chance futura, es que considero equitativo incrementar el monto asignado a favor de la actora ($ 20.000) a la cantidad de $ 50.000 (art. 165 CPCC).

B) Daño Moral

Ambas partes se quejan respecto del monto otorgado por este concepto a favor de la madre y abuela de las víctimas ($ 250.000) cuestionando asimismo la demanda la procedencia del rubro respecto del daño moral concedido por el fallecimiento de su nieta.

El daño moral importa, una minoración en la subjetividad de la persona, derivada de la lesión a un interés no patrimonial, o, con mayor precisión, una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial (Ramón Daniel Pizarro, Daño Moral, pág. 47).

La Doctrina Nacional predica el carácter resarcitorio –no represivo– de la indemnización del daño moral (II Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil, San Juan, 1984); auspicia su amplia aplicación, con independencia del factor de atribución correspondiente (V Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Rosario 1971; VII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, 1979; Jornadas Australes de Derecho, Comodoro Rivadavia, 1980; II Jornadas Sanjuaninas cits.); propugna eliminar la discrecionalidad del Juez para condenar a su resarcimiento en las obligaciones contractuales (Jornadas Sanjuaninas) y reconoce legitimación para reclamarla, inclusive, a las personas jurídicas.

La indemnización cumple entonces una función resarcitoria, pero ello no es óbice para que en el caso del daño moral, esa función sea satisfactiva para la víctima. Ella, por lo obtenido como reparación del perjuicio experimentado, paliará éste con placeres o ventajas que subsanarán en sus sentimientos o en su espíritu la situación disvaliosa padecida.

Debe decirse además que si bien es cierto que el daño moral por aplicación de las reglas que rigen la carga de la prueba debe ser acreditado por quien pretende su reparación, es prácticamente imposible utilizar para ello una prueba directa por la índole espiritual y subjetiva del menoscabo.

En cambio, es apropiado el sistema de la prueba presuncional indiciaria como idóneo a fin de evidenciar el daño moral.

La prueba de indicios o presunciones hominis se efectúa a partir de la acreditación por vía directa de un hecho del cual se induce indirectamente otro desconocido, en virtud de una valoración hecha por el Juzgador basada en la sana crítica (art. 163 del ritual).

Por lo tanto es necesario probar indefectiblemente la existencia del hecho que origina el daño debiendo darse entre aquel y este último una relación de causalidad que conforme el curso normal y ordinario permite en virtud de presunciones hominis evidenciar el perjuicio.

Asimismo es conveniente producir la prueba respecto de las circunstancias que rodean al damnificado y al evento generador del perjuicio, lo que permite deducir su envergadura.

Se ha dicho así que la reparación integral del daño moral no puede resolverse sino en términos de aproximación, tanto desde la perspectiva del daño mismo, como desde la óptica de la indemnización, puesto que el monto que se fije no puede representar ni traducir el perjuicio ni sustituirlo por un equivalente (Zavala de González, Matilde "Cuánto por daño moral", LL, 1998-E, 1061).

Resulta oportuno recordar las palabras de Zavala de González volcadas en su libro Resarcimiento de daños, 2b, Daños a las Personas, Pérdida de la vida humana, pág. 275, "desde un punto de vista sustancial, resulta inimaginable procurar la explicación de un padecimiento semejante, quizá el más duro que pueda enfrentarse, porque no hay palabras que sugieran siquiera la medida de ese dolor". "Depositarios de incontables afanes y desvelos, los hijos constituyen una proyección espiritual de los padres, el centro de los más hondos afectos". "Y dentro de los regulares lazos de solidaridad familiar conforman pilares de apoyo, sostén y colaboración en múltiples órdenes de la vida".

Respecto del planteo efectuado por la demandada en relación a la improcedencia del reclamo por daño moral efectuado por la actora a raíz del fallecimiento de su nieta, con fundamento en que sólo están legitimados entre ascendientes y descendientes los de grado más próximo, excluyendo los hijos a los nietos y los padres a los abuelos, debo decir, que no comparto tal criterio.

En efecto, el término de "herederos forzosos" del art. 1078 del Código Civil, refiere a todos aquellos que son legitimarios potencialmente con independencia que de hecho queden o no desplazados por la existencia de herederos de mejor grado (cfrs. Llambías, Jorge Joaquín, "Tratado de Derecho Civil" –Obligaciones– T. IV-A, p. 107. 2365 Reparación de agravio moral. Ed. A. Perrot 1976; Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado" Augusto Belluscio (dir.), Eduardo Zannoni (coord.), t. 5, art. 1078, p. 116/117; "Legitimación Activa para reclamar daño moral en caso de muerte de la víctima", E.D., 140-91, p. 892 y ss.; Trigo Represas-Compagnucci de Caso, Responsabilidad Civil por accidentes de automotores, 2 b., p. 573, ed. Hamurabi, 1987 Bs. As.; Pizarro, Ramón Daniel "Daño Moral –Prevención– Reparación– Punición–" p. 226 y ss. Ed. Hamurabi, febrero de 1996; Zannoni, Eduardo A. en "Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado", t. 5., art. 1078, p. 117. Ed. Astrea 1984 Bs. As.; Jorge H. Alterini, Alberto J. Bueres y Gustavo A. Bossert, en fallo "Ruiz, Nicanor y otro v. Russo, Pascual P.", 28/2/94, C.Nac. Civ., en pleno, Acuerdo Plenario, por mayoría, pub. J.A., 1994-II-679).

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, señaló *in re* "Badin, R. y otros v. Provincia de Buenos Aires", 7/8/1997 que: "si bien es cierto que el art. 1078 CCiv. admite el reclamo de daño moral sufrido como consecuencia del fallecimiento de una persona sólo respecto de los 'herederos forzosos', corresponde asignar a tal mención una interpretación amplia, de modo que alcance a todos aquellos que son legitimarios con vocación eventual, aunque –de hecho– pudieran quedar desplazados de la sucesión por la concurrencia de otros herederos de mejor grado, comprensión que, por otra parte, se compadece con el carácter iure proprio de esta pretensión resarcitoria y, además, satisface la necesidad de evitar soluciones disvaliosas (conf. F. 279.XXII, "Gómez Orue de Gaete, Frida A. y otra v. Provincia de Buenos Aires y otros s/daños y perjuicios" y B. 201.XXIII, "Bustamante, Elda y otra v. Provincia de Buenos Aires s/daños y perjuicios", pronunciamientos del 9/12/1993 y del 10/12/1996, respectivamente)".

El resarcimiento admitido por el Código debe ser, de acuerdo con elementales principios de justicia y equidad, el más completo posible, ya que el derecho no es una serie de compartimentos estancos, sino un todo integrado al servicio del hombre y del orden social consiguiente.

El juez, al aplicar la norma, más que a los términos estrictos empleados en ella, debe atenerse a desentrañar su espíritu, procurando tener en cuenta la finalidad que tuvo el legislador al sancionarla en su afán de brindar eficaz protección a los derechos subjetivos; ello es así, porque de lo contrario en forma inadmisible emplearía un método exegético puro que reduce el derecho al texto legal y lo "condena a la impotencia por divorciarlo de la vida" (conf. Llambías Jorge Joaquín, Tratado de Derecho Civil, Parte General, n. 108, pág. 104).

La función primordial del magistrado es tutelar la justicia; para ello debe aplicar el derecho positivo al caso singular con equidad, amparando bienes humanos fundamentales cuyo menoscabo implicaría desatender los principios generales del derecho (art. 16 Cód. Civil, última parte) que constituyen un firme basamento de todo orden jurídico.

Bajo este marco conceptual, es que la actora, reviste la calidad de heredera forzosa potencial, por tanto se encuentra habilitada en el presente proceso, a los efectos de poder instar la acción civil resarcitoria por daño moral por el fallecimiento de su nieta.

Con este alcance, el detrimento espiritual, la tristeza, la desolación y el profundo dolor que debió y debe sufrir la Sra. Sara González Carman a raíz de la muerte de su hija y su pequeña nieta en el trágico accidente de autos, valorando asimismo sus condiciones personales, las objetivas del siniestro y las demás particularidades que muestra la causa, es que considero equitativo en uso de las facultades previstas por el art. 165 del CPCC acrecentar el quantum de este resarcimiento a la cantidad de $ 300.000.

C) Daño psíquico

La suma de $ 30.000 otorgada por daño psíquico a favor de la Sra. González Carman es cuestionada por ambas partes.

Cabe recordar al respecto que el daño psíquico supone una perturbación patológica de la personalidad de la víctima, que altera su equilibrio básico o agrava algún desequilibrio precedente. Comprende tanto las enfermedades mentales como los desequilibrios pasajeros, pero ya sea como situación estable, o accidental y transitoria, implica en todo caso una faceta morbosa, que perturba la normalidad del sujeto y trasciende en su vida individual y de relación (conf. Matilde Zavala de González, Resarcimiento de daños, T. 2a., pág. 187 y ss.). No debe por lo demás ser restringido al que proviene de una lesión anatómica, toda vez que hay importantes perturbaciones de la personalidad que tienen su etiología en la pura repercusión anímica del agente traumático, aunque el desequilibrio acarree eventuales manifestaciones somáticas.

Como dice Mosset Iturraspe en Responsabilidad por daños, T. 4, ps. 35-36, lo psíquico de la persona humana, su modo de estar o su alteración por obra de terceros, no es indiferente al derecho; puesto que de no tenerse en cuenta se parcializaría la contemplación y el resguardo de quien es el centro del ordenamiento jurídico: el derecho es para el hombre y no el hombre para el derecho.

Sostiene el perito médico psiquiatra designado de oficio, en el informe pericial de fs. 604/606, ratificado a fs. 620, que la Sra. Sara González Carman presenta un cuadro de depresión reactiva de tipo moderado que guarda relación con la muerte traumática de su hija y nieta.

Señala en ese orden el experto, que estos cuadros giran etiopatogénicamente alrededor de las figuras familiares muertas y todo lo que esto involucra psicológica y existencialmente, ya que la muerte de un hijo deja una marca imborrable, al dolor, a la congoja y a la sensación de aniquilamiento afectivo, hay que agregarle la vivencia de mutilación, de vacío. La muerte de un hijo es considerada en todas las culturas un hecho antinatural, una inversión del ciclo biológico normal y por eso racional y emocionalmente inadmisible.

En la actora, la muerte de su descendiente, una de las dos hijas que constituyen toda su familia y su sostén afectivo en la vejez, y de su nieta, ha producido un efecto catastrófico en su estructura psíquica, máxime por su dificultad de adaptación propia de la edad, limitando sus posibilidades personales en sus diferentes áreas de expresión.

Estima la incapacidad en el 40% de la total obrera de carácter parcial y permanente.

A fs. 620 el perito ratifica lo expuesto en su dictamen, resaltando que en el caso, nos hallamos ante un trauma de una envergadura tal, y no habitual en la experiencia humana, que está por encima de cualquier contexto histórico-social.

En función de lo expuesto, es que el monto acordado a los fines indemnizatorios en examen, no cubre ni compensa a mi criterio el grave daño psíquico que padece la actora a raíz del fallecimiento de su hija y su pequeña nieta, razón por la cuál propongo al Acuerdo elevarlo a la cantidad de de $ 80.000 (conf. art. 165 del CPCC).

AGRAVIOS RELACIONADOS CON LAS PARTIDAS INDEMNIZATORIAS CONCEDIDAS A FAVOR DE S. D. R.

A) Valor vida

La Sra. juez de grado concedió al actor por el fallecimiento de su hija menor de edad la suma de $ 15.000.

Teniendo en cuenta lo ya manifestado en los párrafos precedentes en relación a que este resarcimiento cabe como la pérdida de una chance que en el futuro, de vivir ese hijo se hubiera concretado en una posibilidad de ayuda a sus padres, sea económica, sea de apoyo y colaboración que se frustra por el accidente, como asimismo que el actor contaba al momento de fallecimiento de su hija con 27 años de edad, empleado de la firma, como la edad de la menor, es que considero equitativo y razonable incrementar el quantum del presente resarcimiento a la suma de $ 60.000 (art. 165 CPCC).

B) Daño moral

Me he referido en esta pieza a las características, alcance y contenido que presenta este resarcimiento. Asimismo al inconmensurable dolor que significa la muerte de un hijo y en el caso particular, a las drásticas circunstancias que rodearon el fallecimiento de las víctimas, que hacen prácticamente imposible poder mínimamente representarse el padecimiento, la angustia, el dolor, la desazón sufrida por S. R. y mucho menos, pretender establecer en dinero la medida de ese dolor.

Intentando sin embargo resarcir con equidad el daño moral sufrido por el actor es que propongo al Acuerdo, incrementar el monto acordado ($ 180.000) a la suma de $ 220.000 (conf. art. 165 del CPCC).

C) Daño psíquico

Por este ítem, la *a quo* fijó la cantidad de $ 35.000, provocando tal resarcimiento los agravios del actor.

Conforme surge del informe pericial aludido, el padre de la niña fallecida, padece un síndrome de reacción adaptativa ansiosa con rasgos depresivos, que guarda relación con la muerte traumática de su hija y mujer. Manifiesta el experto, que S. R. repentinamente queda sin familia al desaparecer su mujer y su única hija en forma traumática, que no sólo representa un objeto amoroso sino constituyen la estructura misma familiar, no pudiendo adaptarse ni sobreponerse a semejante choque emocional que le destruye las perspectivas y esperanzas de futuro, no habiéndose detectado patología mental previa.

Estima la incapacidad en un 30% de la total obrera.

En función de ello, las condiciones personales del damnificado es que considero razonable aumentar el quantum asignado, a la cantidad de $ 70.000 (conf. art. 165 CPCC).

D) Gastos de sepelio

Los gastos de sepelio no sólo integran el daño a resarcir por la muerte de una persona, sino que, además, ellos se deben aunque no se haya aportado prueba al respecto, por tratarse de gastos que necesariamente debieron efectuarse (CNCiv., sala B, 31/7/74, JA, 23-1974-427, *ídem*, Sala D, 14/4/69, LL, 135-353; CNFed. Civ. y Com. 3710/69, LL, 139-798; CNCiv., Sala F, 25/6/82, ED, 105-389).

En tal entendimiento, considero que la suma acordada ($ 4.000) no aparece exigua, por lo que propongo al Acuerdo su confirmatoria.

Por las consideraciones enunciadas y si mi voto es compartido propongo al Acuerdo: I) modificar la sentencia recurrida, estableciéndose asimismo la responsabilidad de Félix Rafael Cabello en virtud de lo dispuesto por el art. 1114 del CC; 2) incrementándose los montos acordados en concepto de "valor vida"; "daño moral" y "daño psíquico" a favor de Sara González Carman a las sumas de $ 50.000; $ 300.000 y $ 80.000 respectivamente; II) modificarla asimismo elevando las suma concedidas a favor de S. R. por "valor vida"; "daño moral"; "daño psíquico" a las cantidades de $ 60.000; $ 220.000; $ 70.000 respectivamente; III) confirmarla en todo lo demás que decide, manda y fuera objeto concreto de agravios; III) imponer las costas de Alzada a los vencidos en virtud del principio objetivo de la derrota previsto en el Art. 68 del CPCC.

Las Dras. *Hernández* y *Díaz* por las consideraciones y razones aducidas por el Dr. Ameal votan en igual sentido a la cuestión propuesta.

Y *visto* lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo trascripto precedentemente, por unanimidad de votos, el Tribunal decide: I) modificar la sentencia recurrida, estableciéndose asimismo la responsabilidad de Félix Rafael Cabello en virtud de lo dispuesto por el art. 1114 del CC; 2) incrementándose los montos acordados en concepto de "valor vida"; "daño moral" y "daño psíquico" a favor de Sara González Carman a las sumas de $ 50.000; $ 300.000 y $ 80.000 respectivamente; II) modificarla asimismo elevando las sumas concedidas a favor de S. R. por "valor vida"; "daño moral"; "daño psíquico" a las cantidades de $ 60.000; $ 220.000; $ 70.000 respectivamente; III) confirmarla en todo lo demás que decide, manda y fuera objeto concreto de agravios; III) imponer las costas de Alzada a los vencidos en virtud del principio objetivo de la derrota previsto en el Art. 68 del CPCC.

Difiérase la regulación de honorarios para una vez aprobada en autos la liquidación definitiva (art. 279 Cód. Proc.). – *Oscar J. Ameal. – Lidia B. Hernández. – Silvia A. Díaz.*

Accidentes de Automotores:

Motociclistas: omisión de usar casco; daño; incidencia; responsabilidad; eximición; improcedencia. Intereses: Intereses moratorios: tasa activa; aplicabilidad; pautas.

1 – La falta de utilización de casco por parte del motociclista constituye una infracción a normas de tránsito que por sí sola no convierte al infractor en causante de su propio daño, por lo cual, en cada caso habrá que ponderar cuál es la real incidencia que dicha omisión ha tenido en el evento dañoso y si ha actuado como factor que potencie el perjuicio sufrido por la víctima.

2 – La omisión de utilizar el casco protector, si bien constituye una infracción a una norma de tránsito por parte del motociclista, por sí misma no es determinante de responsabilidad, sino que podrá –eventualmente– incidir sobre la magnitud de las lesiones sufridas, pero sin repercusión en la provocación del hecho. Por lo cual, en el caso, la demanda deberá prosperar con base en la responsabilidad única y exclusiva de los accionados sin que exista limitación por fractura parcial de la relación causal con sustento en el hecho de la víctima; ello, claro está, sin perjuicio de que los rubros indemnizatorios por daños directamente relacionados en su causación o agravamiento con la antedicha omisión antirreglamentaria deben ser reajustados proporcionalmente.

3 – Si bien la falta de uso de casco protector tiene relación causal con las lesiones sufridas en la cabeza, ello no es razón –en el caso– para excluir totalmente del deber de repararlas por parte del demandado.

4 – Con respecto a la tasa aplicable a los intereses moratorios cabe aplicar un criterio intermedio que, sin apartarse de la solución casatoria hasta ahora vigente, distingue entre dos períodos, uno desde la fecha del hecho dañoso hasta que la sentencia quede firme y el otro desde esa firmeza de la condena hasta el efectivo pago de la misma, debiendo receptarse la aplicación de la tasa activa para la segunda etapa, pues desde que está en condiciones de ser ejecutoriada la sentencia no es posible premiar al deudor con una tasa inferior al precio de dinero en el mercado cuando hay certeza en su obligación y se sabe qué es lo que debe. R.C.

13 – CApel.CC Junín, octubre 13-2009. – Oliva, Juan Domingo y otro c. Atencio, Mario Esteban s/daños y perjuicios.

Junín, a los 13 días del mes de Octubre del año dos mil nueve, reunidos en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Junín Doctores Patricio Gustavo Rosas, Juan José Guardiola y Ricardo Manuel Castro Durán, en causa Nº 43507 caratulada: "Oliva Juan Domingo y otro c/ Atencio Mario Esteban s/ Daños y Perjuicios", a fin de dictar sentencia, en el siguiente orden de votación, Doctores: Guardiola, Rosas y Castro Durán.

La Cámara planteó las siguientes cuestiones:

1ª ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

2ª ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestion, el Sr. Juez Dr. *Guardiola* dijo:

I. En la sentencia única dictada en los autos caratulados "Oliva Juan Domingo y otro c/ Atencio Mario Esteban s/ Daños y perjuicios" –expte. nº 5717/2006– y "Contreras Claudio David y otro c/ Atencio Mario Esteban y otro s/ Daños y Perjuicios" –expte. nº 5904/2006– que obra a fs. 200/220 del primero, se hace lugar a ambas demandas promovidas a raíz del accidente de tránsito del que resultara el fallecimiento de María Ester Contreras, condenando a Mario Esteban Atencio y a su aseguradora citada en garantía San Cristóbal S.M.S.G., a abonar las siguientes indemnizaciones: al concubino de la occisa Juan Domingo Oliva la suma de $ 120.000 en concepto de daño material-valor vida y a los hijos de aquélla Analía Edith Novillo; Claudio David Contreras y Silvina Soledad Novillo las sumas de $ 80.000 para cada hijo en concepto de daño moral y a favor de la primera $ 3.000 por gastos de sepelio. Todas las sumas con más intereses a la tasa pasiva (la que paga el Banco de la Provincia de Bs. As. para las operaciones a plazo fijo a treinta días) desde la fecha del hecho (27/1/2005) y hasta el efectivo pago. Impuso las costas en ambos procesos a los demandados vencidos y difirió la regulación de honorarios profesionales. Cabe también seña-

lar que hizo lugar a la defensa de falta de legitimación activa del Sr. Oliva para el reclamo de daño moral esgrimido por el deceso de su concubina (art. 1078, CCivil).

Apelaron el pronunciamiento los letrados apoderados de todas las partes (fs. 232, 234 y 236). Los agravios de los reclamantes versan sobre la cuantificación de los daños (valor vida fijado en beneficio del Sr. Oliva y moral determinado para todos los hijos) que reputan insuficiente y en el caso del Dr. Echevarria (representante de Oliva y Analía E. Novillo) también sobre la tasa de interés pretendiendo sea la activa (ver fs. 248/254 y 255). Por su parte, la Dra. Repetti, por los demandados, a fs. 256/258 objeta bajo el ítem responsabilidad que no se haya valorado la culpa de la víctima al menos causalmente concurrente al no conducir la motocicleta utilizando el casco reglamentario, siendo que la causa de la muerte fue precisamente una fractura de cráneo. Cuestiona igualmente por entender excesivos los montos fijados por los rubros valor vida y daño moral respecto de todos los accionantes, agregando en relación al último concepto que se estaría infringiendo el principio de congruencia en lo que se refiere al expte. 5904/06 ya que Contreras y Silvina Novillo pidieron individualmente $ 70.000. Por último, aduce se ha incurrido en omisión en el tratamiento de la litispendencia opuesta e imposición de costas en relación al reclamo en ambos procesos de la Sra. Analía E. Novillo y por las costas correspondientes a la falta de legitimación activa del Sr. Oliva para reclamar daño moral.

Habiendo ejercitado todas las partes el derecho a réplica, resistiendo las impugnaciones (ver fs. 272, 273/275 y 276/7), firme que quedó el llamado de autos para sentencia de fs. 278, las actuaciones se encuentran en condiciones de ser resueltas (art. 263 del CPCC).

II. En esa tarea, comenzando por el planteo de la apoderada de los demandados, liminarmente es de señalar que está acreditado con el certificado de defunción de fs. 11 expte. 5717 (traumatismo con fractura de cráneo), acta de inicio de actuaciones penales –fs. 2– en copia acollaradas (“restos de masa encefálica”), informe médico legal de fs. 7 vta. (“traumatismo con fractura de cráneo en región fronto parietal bilateral con pérdida de masa encefálica”...) que la causa del deceso –que hizo innecesaria la autopsia– está claramente vinculada con el impacto en la cabeza de la Sra. Contreras. Con las placas fotográficas nº 1 y 2 fs. 24 y demás constancias de la causa penal también entiendo comprobada la ausencia de casco por parte de la motociclista.

Con relación a la omisión de utilizar el casco protector en los accidentes protagonizados por motociclistas, se ha dicho con buen criterio que “la motocicleta es una cosa generadora de riesgos, tanto para el que la conduce como para el medio en el cual se desplaza, conclusión que se potencia cuando se tiene en consideración la velocidad que algunas alcanzan en nuestros días. Una cuestión de importancia se plantea en los accidentes protagonizados por ellas, en caso de falta de utilización del casco protector que exige la normativa vigente por sus tripulantes. ¿Cuál es la incidencia causal que tiene tal omisión? ¿Constituye inexorablemente un supuesto de culpa de la víctima? La jurisprudencia exhibe criterios prudentes y moderados al respecto, asignando relevancia a dicha omisión en tanto y en cuanto tenga incidencia causal en la producción del daño y en la medida de la misma. ... La falta de utilización de casco constituye una infracción a normas de tránsito que por sí sola no convierte al infractor en causante de su propio daño. Habrá que ponderar, caso por caso, cuál es la real incidencia que dicha omisión ha tenido en el evento dañoso y, en su caso, si ha actuado como factor que potencie el perjuicio sufrido por la víctima” (Pizarro, R., “Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa”, Tomo II, La Ley, Bs. As., 2006-270).

Es decir esa falta no incide en la causación del hecho pero eventualmente sí respecto de algunas consecuencias dañosas. Así lo ha establecido nuestro Superior: “ La falta de utilización del casco protector, si bien constituye una infracción a una norma de tránsito, por sí misma no es determinante de responsabilidad, omisión que podrá –eventualmente– incidir sobre la magnitud de las lesiones sufridas, pero sin repercusión en la provocación del hecho” AC 70399 S 29-12-1999, “Chiapolini”; AC 80535 S 4-12-2002 “Ghigliazza”, votos del Sr Juez Hitters; “Más allá de que la falta de casco es una infracción a una norma de tránsito que por sí misma no es determinante de responsabilidad (conf. causas Ac. 48.754 del 3-VIII-93; Ac. 47.547 del 31-VIII-93; etc.), esa omisión podrá –eventualmente– incidir sobre la magnitud de las lesiones sufridas, mas no se puede sostener que haya repercutido en la causación del hecho” AC 61.908 S 5/7/97 “Chiarelli”, voto del Sr. Juez Pettigiani. En virtud de ello, esa ausencia ha sido computada según las circunstancias para establecer la medida indemnizatoria: “La circunstancia de que con la falta de uso del casco protector se haya violado una norma de tránsito, no obsta a la reconstrucción integral de lo sucedido y aunque no constituya una fuente objetiva de responsabilidad, de ello no puede inferirse la imposibilidad de considerar el hecho mismo de la violación en consonancia con las demás circunstancias del caso” SCBA, Ac 57637 S 15-9-1998 “Granillo”, voto del Sr. Juez Negri; “Circular en ciclomotor sin usar casco protector, aunque implica violación de una norma de tránsito, no obsta a la reconstrucción integral de lo sucedido, aprehendiendo la totalidad de las circunstancias del caso” SCBA, Ac 85920 S 24-3-2004 “Castronuevo”, voto del Sr. Juez De Lazzari; “Si bien la falta de uso de casco protector tiene relación causal con las lesiones sufridas en la cabeza, ello no es razón –en el caso– para excluir totalmente del deber de repararlas por parte del demandado” SCBA, AC 82177 S 18-6-2003 “Quintanilla”, voto del Sr. Juez Pettigiani.

De esa forma ha sido valorada tal infracción a lo dispuesto por los arts. 16, inc. 18, ap. 17 y 64, inc. 2, ley 11.430 por este tribunal, recordando en ese sentido, entre otros mis votos en exptes. Nº 36892 berardino LS 43 nº 329 19/9/2002, Nº 39922 Parra LS 45 nº 498 4/11/2004: “Tiene reiteradamente dicho la Casación provincial y esta Cámara que “más allá de que la falta de casco es una infracción a una norma de tránsito que por sí misma no es determinante de responsabilidad, esa omisión podrá– eventualmente– incidir sobre la magnitud de las lesiones sufridas, mas no se puede sostener que haya repercutido en la causación del hecho” (SCBA Ac. 48754 del 3-VIII-93, Ac. 47547 del 31-VIII-93, Ac 61908 del 15-VII-97, Ac. 70399 del 29-XII-99; esta Cámara sent. del 3-II-2000 expte. 34084 LS 41 nº5:)”, por lo que la demanda debe prosperar en base a la responsabilidad única y exclusiva de los accionados sin que exista limitación por fractura parcial de la relación causal con sustento en el hecho de la víctima. Ello claro está sin perjuicio de que los rubros indemnizatorios por daños directamente relacionados en su causación o agravamiento con la antedicha omisión antirreglamentaria deben ser reajustados en la proporción –40%– que aquí propicio. Evalúo dicho porcentual prudencialmente como adecuado, ya que aun de llevarse el casco colocado es dable suponer que el daño aunque en menor grado igual se hubiera irrogado...”, Nº 39721 Strangi LS 46 nº 71 17/3/2005, Nº 38466 Ubalton LS 46 nº 440 15/12/2005, Nº 41165 Conte LS 47 nº 227 4/7/2006: “Sabido es que esta omisión constituye una infracción a las normas de tránsito (art. 64, inc. 2º, Ley 11.430) que por sí misma no es determinante de responsabilidad, sino que eventualmente podrá incidir sobre la magnitud de las lesiones sufridas, mas no se puede sostener que repercuta en la causación del hecho (Conf. S.C.B.A., Ac. 48754 del 3-VIII-93, Ac. 47547 del 31-VIII-93, Ac 61908 del 15-VII-97, Ac. 70399 del 29-XII-99; precedente de esta Cámara del 19-9-2003 recaído en Expte. Nº36892 LS 43 Nº329). En este supuesto, por la localización de las lesiones sufridas (traumatismo encéfalo-craneano que produjo un hematoma intracraneal, ver dictamen del Dr. Ricardo R. Oubiña de fs. 119) es evidente que la falta de casco –comprobada en las actuaciones penales– ha resultado decisiva en el deceso de Mauro Alberto Luján (ver precedente de este Tribunal con anterior composición recaído en Expte. 34084 “Ongaro c/ Chale” L.S. 41 Nº5 del 3-2-00), y estimo prudencialmente su incidencia en el orden del 50%, proporción en que deben disminuirse los resarcimientos a fijarse por los daños derivados del fallecimiento” y Nº 41159 aguirre LS 47 nº 392 14/11/2006.

Similar criterio se advierte en muchos de los resúmenes de los fallos citados por Beatriz A. Areán “Juicio por accidentes de tránsito” To. 2 ed. Hammurabi p. 766 y ss. (ver nº 18, 20, 22, 24, 25, 26, 27, 44 y 45): su valoración como eventual agravamiento de ciertos daños o llegado el caso pérdida de chance de sobrevida, por la condición puesta por la propia víctima (art. 1111, CCivil).

Esto último es lo que en el *sub lite* sucede, debiendo determinarse qué incidencia favorable hubiese tenido la colocación de ese adminículo para torcer la consecuencia luctuosa del hecho, generando una probabilidad o expectativa de sobrevida; medida en la cual, esa culpable frustración como hecho ajeno a la relación causal con el factor de atribución de responsabilidad del demandado, libera resarcitoriamente a éste (art. 906, CCivil).

A ese efecto, entiendo debe computarse además de la localización de la lesión fatal, la consideración efectuada en la pericia de ingeniería mecánica (ver respuesta 5, fs. 99, expte. 5904) en cuanto a la violencia del impacto, proyectando a la víctima a una distancia aproximada de 35 metros. En esas condiciones las probabilidades de evitación, se visualizan eran aunque existentes, limitadas (“...es improbable que la víctima hubiere sido protegida por el casco. Solamente hubiere reducido los daños en su cráneo, pero no habría evitado las consecuencias de la colisión”). Propicio por ello se debiten de la totalidad de las indemnizaciones fijadas un 15% (quince por ciento), porcentual éste en que valoro tuvo repercusión la omisión de la víctima.

III. Respecto a la imposición de costas por la excepción de falta de legitimación activa del Sr. Oliva para el reclamo de daño moral, si bien es cierto que cuando se rechaza el concepto mismo por el que se reclama, y no meramente su monto, resulta aplicable el art. 71 del Código Procesal Civil y Comercial y que, existiendo un vencimiento parcial, cada uno debe hacerse cargo de las costas respectivas, siendo ésta la doctrina legal de nuestro Superior Tribunal que quedó fijada a partir de la causa “Carquen S.A.” (Ac. 78451, 29/10/2003, confirmada en la causa 93.236, “Cáceres, Juan Adolfo contra Ferraro, Miguel Angel. Daños y perjuicios” del 26/9/2007), entiendo que en el supuesto de daño moral del concubino, la cuestión reviste en el estado actual de la jurisprudencia y la doctrina (ver Saux Edgardo, “El daño moral y la concubina ¿Ocaso del artículo 1078 del Código Civil?”, RRCyS La Ley mayo 2008; p. 47 y ss.) la condición de dudosa de derecho (arts. 68 y 69 del CPCC), ameritando ello la distribución por su orden, que es la implícitamente adoptada ante la ausencia de pronunciamiento.

Tampoco entiendo deba prosperar el planteo defensista en relación a la imposición de costas por una excepción previa cuyo no tratamiento consintió ante el desistimiento del reclamo en uno de los procesos, habiendo quedado precluida la cuestión de ese accesorio (art. 161, CPCC) al disponerse el pase de los autos para sentencia en la instancia anterior (ver fs. 199).

IV. Pasando ya a la fijación montal de los perjuicios receptados, cuantificaciones sobre las que existen recursos en sentido opuesto, adelanto que en mi opinión las determinaciones efectuadas en la instancia anterior son correctas y se ajustan a la directriz de reparación económica integral según la naturaleza de cada daño. Ello claro está, visualizados integralmente, sin la deducción del 15% anteriormente propuesto.

El cuestionamiento vinculado a la supuesta demasía indemnizatoria en que incurrió el magistrado de primera instancia al determinar montos indemnizatorios superiores a la suma reclamada globalmente para todos los actores en el expte. 5904/2006 por el daño moral que sufrieran, no puede prosperar, porque éstos no sujetaron rígidamente su pretensión a la misma, sino que la dejaron librada al prudente arbitrio judicial y a los resultados emergentes de la actividad probatoria a desplegar.

Ello surge nítidamente del escrito de inicio, donde se consigna expresamente que la demanda se entabla “...por la suma de pesos Doscientos cuarenta mil ($ 240.000) o lo que en más o en menos surja de la prueba a producirse...” (ver fs. 33; arts. 34, inc. 4º y 163, inc. 6º, C.P.C.). Por otra parte si bien en el rubro 6 por el único daño reclamado (el extrapatrimonial) se indica $ 70.000 por cada uno de los hijos, la división de aquella suma global entre los tres presentantes arroja la cifra de $ 80.000 cuestionada (ver la aclaración que sobre el particular efectúa el sentenciante a fs. 218).

Despejado ello, vale remarcar que la muerte de un ser querido de tan estrecha vinculación como una madre hiere en lo más íntimo el sentimiento y las afecciones de quien afirma ser damnificado por encontrarse en esa situación. La ligazón afectiva, normalmente entrañable, entre padres e hijos, no se rompe o anula a pesar de llegar éstos a su madurez y autonomía vital (Zavala de Gonzalez Matilde, Resarcimiento de daños To. 2b p. 219, JUBA B1700478 CC0001 SI 70497 RSD-344- S 12-11-1996). Esa dimensión del agravio, ajena a cualquier relación con la existen-

cia de daños patrimoniales, ha sido, en la siempre difícil tarea de mensurarla dinerariamente, prudentemente valorada al establecer una suma individual que se compadece con el criterio de esta Cámara en supuestos similares.

Comparto también el criterio estimatorio del *A quo* respecto del daño patrimonial padecido por el concubino. Los argumentos desplegados por el mismo en su queja versan sobre la cuestión inflacionaria, mas no demuestran incorrección en el juicio del sentenciante en la apreciación de las distintas pautas o parámetros útiles para su fijación –arts. 1079, 1068, 1069 del CCivil– (ingresos de la fallecida, edades y expectativas de ayuda o sostén económico, nivel socio-económico). Tampoco supera el nivel del mero disenso o disconformidad con la suma el agravio de los condenados. Al margen de consideraciones generales y dogmáticas sobre el rubro valor vida, sólo se limita a puntualizar la capacidad del Sr. Oliva para generar ingresos, aspecto que si bien importante en cuanto a la subsistencia del mismo no hace mella en el perjuicio real y concreto de aporte patrimonial de su compañera, del que se ha visto privado.

V. Con relación a la tasa de interés aplicable, que actoralmente se pretende sea la activa en lugar de la pasiva dispuesta, hasta la fecha este tribunal, siguiendo la doctrina legal de nuestro Superior e incluso de la CSJN en precedentes de jurisdicción originaria (ver la reseña que efectué en Expte. Nº 42441 RISDEL LS 49 nº 151 sent. del 1/7/2008) no se hecho (*sic*) eco de la tendencia jurisprudencial y doctrinaria que ante las nuevas circunstancias económicas experimentadas en nuestro país a partir de la salida del sistema de convertibilidad, con el mantenimiento de la prohibición de indexación de la ley 23928, viene postulando de un modo cada vez más generalizado su reemplazo (ver a modo ejemplificativo lo decidido en acuerdo plenario por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil el 20/4/2009 *in re* "Samudio de Martinez L c/ Transportes Doscientos setenta SA s/ Daños y Perjuicios", que dejó sin efecto la doctrina fijada en los plenarios Vazquez c/ Bilbao del año 1993 y Alaniz c/ Transportes 123 del año 2004).

Este criterio parte del reconocimiento de que la tasa pasiva no cumple acabadamente la función resarcitoria que tienen los intereses moratorios, la que consiste en reparar el daño por el retardo injustificado e imputable en el cumplimiento de la obligación así como tampoco mantiene el valor del capital de condena. Es que si bien el parámetro o fundamento del cual podría haber sido la inversión ordinaria al alcance del acreedor si hubiese recibido la acreencia en término (es decir la colocación en depósito en una institución bancaria) resulta útil y justificada en períodos de estabilidad económica y monetaria, ya que la tasa pasiva sería positiva, cuando estas circunstancias son distintas, su rígido mantenimiento conlleva a consagrar un dinero judicial barato que alienta al deudor frente a opciones especulativas a prolongar en el tiempo el cumplimiento.

Habiendo reflexionado al respecto y luego de la adopción por otras Cámaras colegas de esta Provincia (CCiv-Com Sala II La Matanza "Jimenez Zapata I. c/ De Abreu Campanario J s/ Daños", expte 1460/2 de diciembre de 2008 ; CCiv y Com Dolores "Bravo P.A. c/ Ponce M.E. s/ Daños" causa 86.976 de 4/12/2008) de un criterio intermedio que, sin apartarse de la solución casatoria hasta ahora vigente, distingue entre dos períodos, uno desde la fecha del hecho dañoso hasta que la sentencia quede firme y el otro desde esa firmeza de la condena hasta el efectivo pago de la misma, es que he arribado al convencimiento, que en este proceso y en lo sucesivo obviamente de existir recurso, se recepte la aplicación de la tasa activa para la segunda etapa.

Es que si "desde la fecha del evento dañoso hasta la de la sentencia, la conducta del responsable del daño, en tanto no ha cumplido con la obligación de resarcir en forma inmediata, pudo tener el respaldo de su desconocimiento acerca del monto exacto del perjuicio o su pretensión de no resultar obligado al pago y en tal caso la aplicación de intereses sólo tiene a compensar la falta de disponibilidad del capital" (CCiv y Com San Isidro Sala I "Mattuz Alejandra c/ La Internacional de Transportes expte. 99.614) y si el actor se disconforma de la tasa pasiva puede invocar y probar que a causa de la conducta del deudor debió recurrir al crédito para suplir el incumplimiento (ver Trigo Represas-Lopez Mesa, Tratado de la responsabilidad civil", To. IV, p. 841). Pero desde que está en condiciones de ser ejecutoriada la sentencia no es posible premiar al deudor con una tasa inferior al precio de dinero en el mercado cuando hay certeza en su obligación y se sabe qué es lo que debe. Es decir la jurisdicción que entre sus atributos tiene el de *imperium*, para hacer cumplir su mandato al condenado, debe incrementar el efecto conminatorio que adquiere la cuantía de la tasa, evitando un beneficio indebido con el retardo en el pago. Por ello propicio que a partir de ese momento se aplique la tasa que percibe el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones de descuento de documentos comerciales a treinta días.

VI. En cuanto a las costas de Alzada, teniendo en cuenta el éxito obtenido en sus pretensiones, considero deben ser distribuidas por su orden (arts. 68 y 71 del CPCC).

Así lo voto.

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

A la segunda cuestion, el Señor Juez Dr. *Guardiola*, dijo:

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

I. Modificar la sentencia apelada, disponiendo que a los montos indemnizatorios establecidos se deduzca un 15% por contribución causal de la víctima y que desde que adquiera firmeza el pronunciamiento y hasta el efectivo pago, la tasa de interés a aplicar será la del Banco de la Provincia de Bs. As. para el descuento de documentos comerciales a treinta días, manteniéndose la tasa pasiva para el período anterior. Las costas de Alzada se distribuyen en el orden causado, difiriéndose la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad (arts. 31 y 51 de la ley 8904).

Así lo voto.

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

Junín (Bs. As.), 13 de octubre de 2009.

Autos y *Vistos*:

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

I. Modificar la sentencia apelada, disponiendo que a los montos indemnizatorios establecidos se deduzca un 15% por contribución causal de la víctima y que desde que adquiera firmeza el pronunciamiento y hasta el efectivo pago, la tasa de interés a aplicar será la del Banco de la Provincia de Bs. As. para el descuento de documentos comerciales a treinta días, manteniéndose la tasa pasiva para el período anterior. Las costas de Alzada se distribuyen en el orden causado, difiriéndose la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad (arts. 31 y 51 de la ley 8904).

Regístrese, notifíquese y oportunamente remítanse al Juzgado de origen. – *Juan J. Guardiola. – Patricio G. Rosas. – Ricardo M. Castro Durán* (Sec.: María V. Zuza).

Seguro:

Cobertura: vigencia; prima; pago posterior a la mora; efectos.

La aceptación sin reservas por parte de la aseguradora del pago de la prima posterior a la mora tiene el efecto de rehabilitar hacia el futuro la vigencia de la póliza con cobertura suspendida durante los días en que duró la mora, pues la doctrina coincide en que realizado el pago, los efectos de la suspensión cesan a las 12 horas del día inmediato siguiente al pago y la cobertura queda rehabilitada hacia el futuro. R.C.

14 – SC Mendoza, sala I, junio 29-2009. – Federación Patronal Seguros S.A. en J° 180.015/31355, "Agüero, Gerardo D. c. Citón, Mauricio R. p/daños y perjuicios s/inc. cas.

En Mendoza, a los veintinueve días del mes de Junio del año dos mil nueve reunida la Sala Primera de la Excma. Suprema Corte de Justicia, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N°: 94.175 caratulada "Federación Patronal Seguros S.A. EN J°. 180.015/31355, Agüero Gerardo D. c/ Citón Mauricio R. p/ daños y perjuicios s/ Inc. Cas".

Conforme lo decretado a fs. 45 deja constancia del orden de estudio efectuado en la causa para el tratamiento de las cuestiones por el Tribunal: Primera: Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci; Segundo: Dr. Fernando Romano; Tercero: Dr. Alejandro Perez Hualde.

ANTECEDENTES.

A fs. 7/20 vta. el abogado Ernesto A. Labiano, por Federación Patronal Seguros S.A., deduce recursos extraordinarios de inconstitucionalidad y casación contra la sentencia dictada por la Cuarta Cámara Civil de Apelaciones a fs. 239/242 de los autos n°: 180.015/31.355, caratulados "Agüero Gerardo D. c/Citón Mauricio R p/Daños y perjuicios".

A fs. 30 se rechaza el recurso de casación, se admite formalmente el de inconstitucionalidad, y se manda correr traslado a la contraria, quien a fs. 34/37 contesta y solicita su rechazo con costas.

A fs. 41/42 vta. obra el dictamen del Sr. Procurador General quien, por las razones que expone, aconseja rechazar el recurso deducido.

A fs. 44 vta. se llama al acuerdo para sentencia y a fs. 45 se deja constancia del orden de estudio en la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal.

De conformidad con lo establecido en el art. 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

Primera Cuestión. ¿Son procedentes los recursos interpuestos?

Segunda Cuestión: En su caso, ¿qué solución corresponde?

Tercera Cuestión: Costas.

A la primera cuestión la dra. *Aída Kemelmajer de Carlucci* dijo:

I. PLATAFORMA FÁCTICA

Los hechos relevantes para la resolución de estos recursos son, sintéticamente, los siguientes:

1. El 18-10-2005, por ante el Décimo Séptimo Juzgado en lo Civil, en autos n°: 180.015 el Sr. Gerardo David Agüero inició demanda por daños y perjuicios derivados de un accidente de tránsito ocurrido el 7/6/2005 contra los Sres. Mauricio Citón y María E. Funes, conductor y propietaria, respectivamente, de un automóvil marca Fiat Duna.

2. Los demandados citaron de garantía a Federación Patronal Seguros S.A; sostuvieron estar asegurados conforme póliza n°: 5382126 con vigencia desde el 18/12/2004 al 18/6/2005. También contestaron la demanda.

3. A fs. 32/38 compareció Federación Patronal Seguros S.A., rechazó la citación y solicitó se formara pieza separada; sostuvo que al momento del hecho el automóvil Fiat se encontraba sin seguro, no existía cobertura por cuanto había sido anulada por cláusula 50 por endoso con vigencia desde mayo de 2005 y que esta negativa ponía en cabeza del asegurado la prueba de que el seguro existía y estaba vigente. Dijo que el siniestro nunca había sido denunciado por el asegurado, que sabía de la falta de cobertura. Ofreció prueba. En subsidio, contestó la demanda.

4. Del rechazo de la citación, el tribunal corrió traslado a los demandados citantes por cinco días (art. 93, C.P.C). Ínter tanto, la citada acompañó copia de la póliza.

5. A fs. 53/56 los demandados insistieron en la citación. Relataron que el 18/06/2005 contrataron una nueva póliza sobre el mismo vehículo y que el pago de la última cuota se realizó el 20/05/2006. Reconocieron que habían estado en mora, en tanto la cuota del 18 de mayo la pagaron el 20/05, pero dijeron que ese pago, anterior al siniestro, había rehabilitado automáticamente el seguro. Acompañaron como prueba un comprobante de pago y la nueva póliza emitida el 27/06/2005 que deja constancia de la anterior. Se opusieron a la prueba de la contabilidad, a rendirse en Buenos Aires, en el domicilio de la aseguradora, por suponer gastos inútiles.

6. El tribunal aceptó todas las pruebas ofrecidas y se rindió la siguiente:

6.1. Confesional de los demandados citantes.

6.2. Pericial del contador Leandro Puig Lomez (fs. 99/113). Informa que en el sub-diario de emisión de pólizas y anulaciones del mes de junio de 2005 figura la anulación de la póliza que dejó de tener vigencia a partir del 18/05/2005; que de acuerdo a lo registrado en la compañía

la anulación se debió a falta de pago de la última cuota de la prima y que de acuerdo a lo informado, la póliza dejó de tener vigencia el 18/05/2005 por lo que al día 7/06/2005 carecía de cobertura.

7. A fs. 206/207 la jueza de primera instancia denegó el incidente de rechazo de citación en garantía incoado por Federación Patronal Seguros S.A.

8. Apeló la aseguradora. A fs. 239/242 vta. la Cámara confirmó el decisorio con estos argumentos:

(a) El tema a decidir se centra en determinar si la póliza originariamente contratada por el asegurado, con vigencia desde el 18/12/2004 al 18/06/2005, estaba vigente y rehabilitada en su cobertura suspendida durante el tiempo en que se produjo la mora.

(b) A fs. 52 el asegurado acompañó un ticket de Rapipago realizado con fecha 20/05/2005 por un importe de $ 36.74 que coincide con el monto de la cuota n° 5 conforme el cupón emitido por la aseguradora, donde consta el número de póliza, número de cuota 5/5 y vencimiento del pago el día 18/05/2005.

(c) Frente a estas constancias que coinciden con el plan de pago de la póliza obrante a fs. 102, la aseguradora no niega haber recibido el pago en la fecha mencionada, pero alega que el asegurado debía dos cuotas (las de abril y mayo) y que por eso el pago se imputó a la cuota de abril, subsistiendo el incumplimiento del asegurado.

Sin embargo, el pago efectuado por el asegurado instrumentado a fs. 52 imputa a la cuota n°: 5 y con el plazo de pago, por lo que correspondía a la aseguradora la tarea de desvirtuar todos estos hechos, extremo que no cumple. No surge que la aseguradora haya efectuado reserva o cuestionamiento alguno al momento de recibir el pago imputado a la cuota n°: 5/5 consignada en el cupón, ni tampoco prueba que ese pago se haya imputado a cubrir la cuota n°: 4 de Abril.

La pericial contable informa que la anulación de la póliza se debió a la falta de pago de la última cuota de la prima (o sea, la del mes de mayo) quedando con lo dicho tácitamente descartado que se haya producido la falta de pago de la cuota anterior n°: 4 por lo que el tema vuelve a centrarse en el pago de la cuota n°: 5, la oportunidad en que el mismo se realiza y la conducta posterior mostrada por la aseguradora que aparece recibiendo sin reservas dicho pago posterior a la mora.

Se puede pues concluir que el mencionado pago de la cuota n°: 5 correspondió efectivamente al vencimiento de la cuota del 18/05/2005 y que, efectuado por el asegurado el 20/05/2005, aceptado por la aseguradora, tuvo el efecto de rehabilitar hacia el futuro la vigencia de la póliza con cobertura suspendida durante los tres días en que duró la mora en el pago. La doctrina coincide en que realizado el pago, los efectos de la suspensión cesan a las 12 horas del día inmediato siguiente al pago y la cobertura queda rehabilitada hacia el futuro, por lo que a la fecha del accidente, ocurrido el 7/06/2005, se debe considerar vigente la póliza.

(d) La aseguradora centra su resistencia en la anulación a la que el perito también se refiere; sin embargo, en modo alguno ella puede afectar los derechos del asegurado ya que dicho instrumento se extiende por la aseguradora con fecha 7/07/2005 cuando la aseguradora ya había aceptado el pago realizado por el asegurado por lo que la rehabilitación ya se había producido, como se ha explicado. En consecuencia, no se puede otorgar a ese instrumento un efecto retroactivo con el fin de afectar un período de vigencia ya transcurrido y válido de la póliza rehabilitada dentro del cual ocurre el accidente.

(e) Sin perjuicio de lo expuesto, consta un saldo de $ 0,00 al 5/06/2005 lo que indica que con posterioridad al pago del mes de mayo de 2005 no había ningún saldo deudor pendiente.

(f) Por eso, si bien surge del fallo apelado una confusión al considerar al instrumento de fs. 40 como la emisión de una nueva póliza, ello no descalifica la conclusión final a la que arriba la juzgadora si se verifica aquí la falta de influencia que dicha anulación tiene en los derechos del asegurado.

II. Los agravios de la recurrente

Con esfuerzo, paso a sintetizar y ordenar (en lo posible) los agravios de fs. 7/28. La citada en garantía sostiene que la sentencia es arbitraria por violar su derecho de defensa, contener razonamientos ilógicos y contradictorios, apartarse de la ley y de la jurisprudencia aplicable, ser incongruente y apartarse de las constancias de la causa. Argumenta del siguiente modo:

1. Violación del derecho de defensa.

La declinación de la citación fue tramitada por vía de incidente. Ese procedimiento implica que no existe traslado al incidentante de lo afirmado por el incidentado; por lo tanto, el incidentante carece de oportunidad procesal para impugnar los instrumentos acompañados por el incidentado. En el caso, el citante (incidentado) acompañó un par de instrumentos entre cruzados para aparentar un pago y cobertura que no es real; esa conducta, rayana en lo delictual, consistió en sustituir un cupón de la cuota quinta, que no está fechado ni firmado ni sellado, con un ticket de pago, expedido por Rapipago que no indica a qué cuota corresponde, aunque coincida el monto. Ese pago fue imputado por la aseguradora a la cuota de abril, dado que el deudor debía abril y mayo; la cuota de mayo quedó impaga y es esa la que se pretende que se pagó con el ticket introducido.

La sentencia traslada a la aseguradora la carga de probar la anulación de la póliza por falta de pago del asegurado y de este modo invierte el procedimiento previsto en el art. 93 del C.P.C; es el citante quien debe demostrar que la póliza estaba pagada, tal como lo reconoce la jurisprudencia.

La aseguradora sostuvo la anulación de la póliza por falta de pago y la falta de denuncia del siniestro; por su parte, el asegurado planteó que medió una suspensión temporaria, pero no negó no haber denunciado el siniestro; efectivamente, no lo denunció porque sabía que si lo hacía se le rechazaría el siniestro por falta de pago.

2. Apartamiento de las constancias de la causa:

La pericia contable da cuenta de la anulación de la póliza por falta de pago; el instrumento pertinente indica el período o vigencia de esa anulación: del 18/05/2005 al 18/06/2005, o sea, 31 días que comprenden el del día del siniestro y acredita que, al producirse el siniestro, el asegurado no estaba al día en el pago de las cuotas.

El citante no probó que no se dieran las condiciones para la anulación de la póliza, en otras palabras, no negó puntualmente que la póliza fue anulada por lo que la única manera de probar que estaba al día en los pagos cuando acaeció el incidente era traer todos los cupones pagados para demostrar que no debía. El último pago que acompaña, cuando ya se había anulado la póliza, se imputa a la penúltima cuota que estaba impaga; por lo tanto, nunca cumplió con las seis cuotas o con el anticipo y cinco cuotas convenidas; el siniestro ocurre en el período que correspondería a la última cuota, que nunca fue pagada, sino que vencida se utilizó el cupón por parte del citante, pero no fue para la quinta cuota sino para la anterior.

En definitiva, en virtud de la cláusula del anexo 50 de las condiciones generales, la citación debió ser rechazada.

3. Argumentos ilógicos y contradictorios

El hecho de que con posterioridad al vencimiento de la póliza anterior que había sido anulada se haya contratado una nueva póliza no significa la continuidad de la cobertura financiera y asegurativa porque se trata de una póliza distinta, nueva; es un nuevo contrato con otra vigencia sobre la cual debe cumplir con las cargas que le impone; no hay vigencia retroactiva de la cobertura hacia una póliza anterior anulada por falta de pago. La falta de pago dentro de los plazos desequilibra la ecuación económica del contrato de seguro.

EDICTOS

REMATES

PABLO R. HIRIART

El Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Civil Nº 3 a cargo de la Dra. Alejandra D. Abravaya, Secretaría única a mi cargo sito en la calle Talcahuano 550, 6º piso, Cap. Federal, comunica por 2 días en autos "EQUITY TRUST COMPANY (ARGENTINA) S.A. c. GRAZZIANO, JUAN CARLOS s/ejecución hipotecaria, expte. nº 43.476/02" que el martillero Pablo R. Hiriart, rematará el día 26 de febrero de 2010 a las 11:30 hs. (en punto). en la corporación de Rematadores, calle Tte. Gral. J. D. Perón 1233, Cap. Fed., con relación al inmueble sito en Ciudad Evita, Partido de La Matanza, Provincia de Buenos Aires con frente a calle sin nombre hoy El Marmelero número ochocientos ochenta y nueve entre las de El Bacú y El Chirilo, edificado sobre lote designado como lote ocho de la manzana cuarenta y cuatro C.VII S.M. manz. 44 P-8 Matrícula 77720- Matanza (70), con la base de pesos veinticuatro mil ($ 24.000). Al contado y mejor postor. Seña 25%. Comisión 3%, 0,25 de la Acordada 24/00, todo dinero en efectivo en el acto del remate. Se exigirá de quien o quienes resulten compradores la constitución de domicilio dentro del radio de la Capital Federal, bajo apercibimiento de notificarle las sucesivas providencias en la forma prevista por el art. 133 del CPCCN. El bien se trata de una construcción de una planta con techo de madera y chapa. Tiene un pequeño jardín al frente; Living-comedor, 3 dormitorios, cocina, baño con ducha. Afuera patio y jardín, cochera cubierta para un auto con una parte de techo de tejas y en planta alta una construcción de un ambiente sin terminar. El inmueble está ocupado por quien dijo ser Deborah Fernanda Grazziano, DNI 30.702.813, diciendo ser la hija del demandado y vivir, en el inmueble conjuntamente con su papá y mamá, en carácter de propietarios. el estado general es regular con poco mantenimiento. Deudas: FS. 129 Aguas Argentinas al 24/11/03 $ 74,18; fs. 126/127 Rentas al 05/11/03 $ 900; fs. 107/110 Municipalidad La Matanza al 20/10/03 $ 619,54. Visitar 24 y 25 de febrero de 2010 de 14:30 a 17:30 horas. El presente edicto deberá publicarse por 2 días en el diario Boletín Oficial y el diario El Derecho. Buenos Aires, 11 de febrero de 2010. Marcelo Mario Pelayo, sec.

I. 22-2-10. V. 23-2-10 27877

SUCESIONES

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 96, Secretaría Única de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cita y emplaza por el término de treinta días a los herederos y acreedores de MARÍA ESTHER OLIVA. El presente deberá publicarse por tres días en el diario El Derecho de Capital Federal. Buenos Aires, 1º de febrero de 2010. Daniel J. Paz Eynard, sec.

I. 19-2-10. V. 23-2-10 27874

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 60, cita y emplaza a herederos y acreedores de MIGAL ANA MARIA por el término de treinta días. Publíquese por tres días en el diario El Derecho. Buenos Aires, febrero 08 de 2010. Javier Santamaría, sec.

I. 18-2-10. V. 22-2-10 27866

El Juzgado Nacional en lo Civil Nº 14 de Capital Federal, cita y emplaza por el término de treinta días a herederos y acreedores de TEODORA ALDA DECÓ a fin de que comparezcan a hacer valer sus derechos. Publíquese por tres días en el diario El Derecho. Buenos Aires, 10 de febrero de 2010. Cecilia V. Caire, sec.

I. 18-2-10. V. 22-2-10 27868

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 39, Secretaría Única, cita y emplaza por el término de treinta (30) días a herederos y acreedores de ELSA DUCA. Publíquese por tres (3) días. Buenos Aires, 1º de febrero de 2010. María Victoria Pereira, sec.

I. 18-2-10. V. 22-2-10 27867

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 103 a cargo del Dr. Martín A. Christello, Secretaría a mi cargo, sito en la Av. de los Inmigrantes 1950 piso 1º. Cita y emplaza por el término de treinta días a herederos y acreedores de Doña LIA ROSA HERMELINDA PEREZ a los efectos de hacer valer sus derechos. Publíquese por tres días en el diario El Derecho. Buenos Aires, Febrero 12 de 2010. Fe. Eduardo A. Villante, sec.

I. 19-2-10. V. 23-2-10 27871

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 72, Secretaría única, cita y emplaza por el término de treinta días a herederos y acreedores de Doña MARÍA FELISA PARDO DE MONTAÑA y Don JOSÉ MONTAÑA a los efectos de que hagan valer sus derechos. Publíquese por tres días Boletín Oficial y El Derecho. Buenos Aires, 5 de febrero de 2010. Daniel H. Russo, sec.

I. 19-2-10. V. 23-2-10 27875

El Juz. Nac. de 1ª Inst. en lo Civil Nº 27, sec. única, sito en Avda. De Los Inmigrantes 1950 piso 6º, de la C.A.B.A., cita y emplaza a herederos y acreedores de DE LA CALLE ISABEL, por 30 días a los efectos que comparezcan a hacer valer sus derechos. Publíquese por tres días en el diario El Derecho. Buenos Aires, febrero 11 de 2010. Soledad Calatayud, sec.

I. 18-2-10. V. 22-2-10 27870

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 49, Secretaría Única, cita y emplaza por treinta días a herederos y acreedores de Don MAZZUCCO RICARDO JOSE. Publíquese por tres días. El presente edicto se publicará por tres días en El Derecho. Buenos Aires, febrero 10 de 2010. Viviana Silvia Torello, sec.

I. 22-2-10. V. 24-2-10 27876

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 103 a cargo del Dr. Martín A. Christello, Secretaría a mi cargo, sito en la Av. de los Inmigrantes 1950 piso 1º. Cita y emplaza por el término de treinta días a herederos y acreedores de Don JULIO MODESTO GARCIA HUGONY y Doña DELIA DE LOS ANGELES RAFFINETTI a los efectos de hacer valer sus derechos. Publíquese por tres días en el diario El Derecho. Buenos Aires, Febrero 11 de 2010. Fe. Eduardo A. Villante, sec.

I. 18-2-10. V. 22-2-10 27864

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 108, a cargo de la Dra. Susana A. Novile, Secretaría única, cita por el plazo de treinta días a herederos y acreedores de NASIF NOEMI BEATRIZ a los efectos de estar a derecho. Publíquese por tres días en El Derecho. Buenos Aires, 10 de febrero de 2010. Juan Martín Ponce, sec.

I. 22-2-10. V. 24-2-10 27878

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 58, Secretaría Única, cita y emplaza por treinta días a herederos y acreedores de REINALDO OSCAR IAPALUCCI. Publíquese por tres días. Buenos Aires, 11 de febrero de 2010. Ma. Alejandra Morales, sec.

I. 22-2-10. V. 24-2-10 27879

Juzgado en lo Civil Nº 58, cita y emplaza por treinta días a herederos y acreedores de EVA REMEDIOS MARTINEZ MORA. Publíquese por tres días. Buenos Aires, 17 de diciembre de 2009. María Alejandra Morales, sec.

I. 18-2-10. V. 22-2-10 27869

VARIOS

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 59, notifica el traslado, por el plazo de cinco días, en los términos dispuestos por el Art. 319 del Cód. Proc. Civ. y Com., de la Nación y bajo apercibimiento de lo normado por los Arts. 41 y 59 del mismo, a los herederos de HÉCTOR RAÚL FARINA de la demanda promovida en los autos Nº 75211/2008, caratulados: "BERMÚDEZ AÍDA DELIA c. FARINA HÉCTOR RAÚL s/desalojo por vencimiento de contrato". Publíquese por 2 (dos días) en el Boletín Oficial y El Derecho. Buenos Aires, 2 días del mes de febrero de 2010. Cynthia R. Holzmann, sec.

I. 19-2-10. V. 22-2-10 27873

Interior: *Bahía Blanca:* Notas Jurídicas: Tel. (0291) 4527524 / *La Plata:* José Panfili Tel./Fax (0221) 155600571 / *Mar del Plata:* Jorge Rabini Tel./Fax (0223) 154219908
San Nicolás de los Arroyos: Guillermo Darré Tel. (011) 1551365607 / *Córdoba:* Alveroni Libros Jurídicos (0351) 4217842 / *Mendoza, San Juan, San Luis:* José Graffigna Tel. (0261) 154670751
Santa Rosa, La Pampa: María M. Cortesini Tel. (02954) 15591461 / *S. S. Jujuy:* Librería Universitaria Tel./Fax (0388) 4237963 / *Santa Fe:* Ediciones Jurídicas Contables Tel. (0342) 4598890 - Cel. (0342) 155034031
San Miguel de Tucumán: Bibliotex Tel. (0381) 4217089 / *Noreste:* Jorge Thea Tel. (0343) 155105411 / *Patagonia:* Nelson Ramírez Tel. (011) 1550279241 / *Rosario:* Luis Ruscica Tel. (0341) 155059552

Buenos Aires, lunes 22 de febrero de 2010 | PRECIO DE ESTE EJEMPLAR: $ 7,00 | Nº 12.448 | AÑO XLVIII

EL DERECHO

Diario de Doctrina y Jurisprudencia

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

UNIVERSITAS S.R.L.
Tucumán 1436/38 (C1050AAD) Ciudad de Bs. As.
REDACCIÓN, ADMINISTRACIÓN Y VENTAS:
TEL. / FAX: (011) 4371-2004 (líneas rotativas)
E-MAIL: elderecho@el-derecho.com.ar • www.elderecho.com.ar

El argumento de la cámara de que la aseguradora debió hacer reserva cuando recibió el pago es absurdo pues el pago lo recibe un tercero, no es un pago directo a la aseguradora; por lo demás, dado que el asegurado no denunció el siniestro, era imposible hacer esa reserva en el tiempo debido.

Ninguna prueba permite acreditar la correspondencia entre los instrumentos ni inferir que el ticket acompañado acredita el pago de la última cuota; por eso, la imputación sólo podía hacerse a la primera de las cuotas debidas (la de abril) y no a la quinta (la de mayo).

El Tribunal confunde; nunca se emitió una nueva póliza, y si bien la cámara admite el yerro, relativiza la anulación de la póliza atribuyendo al cupón un valor probatorio del que carece.

4. Incongruencia:

No hay identidad entre lo controvertido y lo resuelto por el tribunal, que se expide más allá de lo requerido; si la citante no negó la anulación de la póliza ni adujo que había sido incorrectamente anulada, era ella quien debía acreditar los pagos, lo que no hizo; por el contrario, la cámara declara mal anulada la póliza y de tal modo ingresa en un aspecto que no estaba controvertido, en una cuestión que no se había traído al debate, vulnerando el derecho de defensa.

5. Apartamiento de la ley aplicable:

La sentencia se aparta del mecanismo procesal previsto en los arts. 93 y ss. del C.P.C, aceptando como prueba de pago tickets que no guardan correspondencia con los meses adeudados.

6. Apartamiento de la jurisprudencia:

La Cámara se aparta de la jurisprudencia de esta Sala recaída en el caso Leo Laura A. c/Cuadrado Rodríguez, conforme la cual la aseguradora no tiene obligación de mantener indemne al asegurado si éste no ha pagado la prima y la suspensión de la cobertura se produce de pleno derecho, sin necesidad de emplazamiento.

III. ALGUNAS REGLAS LIMINARES QUE DOMINAN EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE INCONSTITUCIONALIDAD EN LA PROVINCIA

Esta Sala tiene dicho que la arbitrariedad fáctica es canalizable a través del recurso de inconstitucionalidad, pero en función de la excepcionalidad del remedio extraordinario y lo dispuesto por el art. 145 del C.P.C de la Provincia, interpreta restrictivamente las causales. Lo contrario significaría, como tiene dicho la Corte Federal desde antiguo (2/12/1909, Rey Celestino c/Rocha), que esta Sala se encuentre en la necesidad de rever los fallos de todos los tribunales, en toda clase de juicios, asumiendo una jurisdicción más amplia que la conferida por la Constitución. Por eso, el rechazo del recurso por este tribunal no significa necesariamente que comparta la solución del fallo, sino tan sólo que está impedido de conocerlo, por resultar irrevisable si no se acredita el vicio de manifiesta arbitrariedad (LS 319-092).

En esta línea de pensamiento, ha dicho que, "a diferencia de lo que ocurre con el recurso de apelación ordinario, cuando se denuncia arbitrariedad a través del recurso extraordinario, se requiere se invoque y demuestre la existencia de vicios graves en el pronunciamiento judicial consistentes en razonamientos groseramente ilógicos o contradictorios, apartamiento palmario de las circunstancias del proceso, omisión de considerar hechos y pruebas decisivas o carencia absoluta de fundamentación" y, que: "la presencia de cierta ambigüedad en la exposición de las conclusiones o fallas técnicas en la redacción de la sentencia, no configura en principio falencias de entidad tal que impliquen invalidar o descalificar el fallo como acto jurisdiccional".

Por estas reglas básicas, el recurso extraordinario de inconstitucionalidad por arbitrariedad no puede prosperar si la sentencia, no obstante algún argumento erróneo, se sostiene en otros razonables que no han sido suficientemente impugnados por el recurrente. En otros términos, la procedencia formal del recurso extraordinario de inconstitucionalidad exige atacar todos y cada uno de los argumentos decisivos en los que se funda la sentencia recurrida, pues el hecho de que exista algún razonamiento jurídicamente equivocado no lleva inexorablemente a que la sentencia deba ser anulada, si ésta se funda en otros razonables que se mantienen en pie por no existir agravios o queja contra ellos (Ver LA 90-472; LA 120-363; LS 240-215; LS 276-86; LS 276-96; LS 271-239; LS 270-277).

En este mismo sentido, la Corte Federal declara inadmisible el recurso extraordinario que no refuta todos y cada uno de los fundamentos de la sentencia recurrida (Ver, entre otros, 9/3/2004, JA 2004-II-797; 29/9/2005, LL 2006-A-394, etc.).

IV. LA APLICACIÓN DE ESTAS REGLAS AL CASO A RESOLVER

Coincido con la solución propuesta por el Sr. Procurador. La recurrente no ha logrado evidenciar el grave vicio denunciado. Explicaré por qué:

1. No advierto la mentada violación del derecho de defensa producida por la carencia de traslado de la documentación acompañada por los asegurados, ni la indebida inversión de la carga probatoria, ni el apartamiento de las normas procesales.

1.1. La defensa de la aseguradora se centró en que la mora alcanzaba dos cuotas, no una, por lo cual ella imputó el pago a la más antigua (abril) quedando impaga la de mayo. La posición procesal asumida implica reconocer haber recibido el pago; o sea, la cuestión no pasa por la falsificación del instrumento sino por la imputación de un pago cuya existencia nadie discute.

1.2. La Cámara considera no probado el hecho invocado por la aseguradora (se debían dos cuotas) y, en tal sentido, desarrolla la siguiente línea argumental: el ticket obrante a fs. 52, emitido por la aseguradora, se refiere a la última cuota (5/5); su monto coincide con el que correspondía a esa cuota; el informe del perito contador no se refiere a que estuvieran impagas dos cuotas sino una sola.

El razonamiento no es absurdo ni ilógico; antes bien, probar el hecho invocado por la aseguradora no era difícil; le bastaba solicitar, entre los puntos de la pericia por ella misma ofrecida, se indicara en qué época se recibieron cada uno de los pagos y por qué montos.

La aseguradora se abroquela en su posición: dado que ella negó la cobertura, el asegurado debía acompañar constancia del pago de todas y cada una de las cuotas; el razonamiento es insuficiente para evidenciar la arbitrariedad denunciada desde que, como es sabido, el pago es un hecho que puede ser acreditado por diversos medios, y el Tribunal, sobre la base de la línea argumental referida, lo ha tenido por probado.

2. Tampoco verificó ni el apartamiento de las constancias de la causa ni la incongruencia denunciada.

2.1. La recurrente sostiene que como el asegurado no negó la anulación de la póliza en la contabilidad, la extinción del seguro era un hecho no controvertido por lo que el Tribunal ha resuelto fuera de lo discutido.

2.2. La sentencia sostiene que la mentada anulación en los libros de la contabilidad constatada por el perito no puede vulnerar los derechos del asegurado a la rehabilitación automática producida por el pago.

2.3. No existe incongruencia ni apartamiento de las constancias de la causa porque la sentencia no niega que la aseguradora extinguió el seguro en su contabilidad; por el contrario, lo reconoce y da razones suficientes por las cuales entiende que ese acto unilateral de ningún modo pudo extinguir derechos del asegurado que nacieron a las 12 horas de producido el pago.

3. Tampoco existen argumentos ilógicos o contradictorios que sean decisivos para la validez de la sentencia. Por el contrario, la Cámara corrige un error de apreciación de la sentencia de primera instancia y señala las razones por las cuales no es relevante para la resolución definitiva.

La motivación referida a la necesidad de reserva tampoco configura el hilo conductor de la decisión; el nudo gordiano es la inexistencia de prueba en torno a que las cuotas debidas eran dos y no una, y es ésta la argumentación que el recurrente no logra destruir.

COLUMNA LEGISLATIVA

Legislación Nacional

Boletín Oficial del 12-2-10

Decreto 223 de febrero 8 de 2010. **Salud Pública.** Enfermedades. Prioridad Sanitaria del Control y Prevención de las Enfermedades Cardiovasculares. Reglamentación de la Ley Nº 25.501. Aprobación.

Legislación de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Boletín Oficial del 11-2-10

Resolución 55 de febrero 4 de 2010 (AGIP). **Impuestos.** Registro de Reincidencia de Faltas Fiscales. Reincidente. Concepto. Cómputo de tributos e ilícitos administrativos. Infracciones formales y materiales. Inscripción. Caducidad de la sanción.

Próximamente en nuestros boletines EDLA.

4. Tampoco se verifica el apartamiento de la jurisprudencia de esta Sala en tanto el Tribunal de grado, sin arbitrariedad, ha considerado que el asegurado ha probado el pago.

V. CONCLUSIONES

Por todo lo expuesto, y si mi voto es compartido por mis colegas de sala, corresponde el rechazo del recurso deducido dado que la sentencia recurrida, más allá de su acierto o error se mantiene como acto jurisdiccional válido.

Así voto.

Sobre la misma cuestión los Dres. *Romano* y *Pérez Hualde*, adhieren al voto que antecede.

A la segunda cuestión la Dra. *Aída Kemelmajer de Carlucci*, dijo:

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que ha sido planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior.

Así voto.

Sobre la misma cuestión los Dres. *Romano* y *Pérez Hualde*, adhieren al voto que antecede.

A la tercera cuestión la Dra. *Aída Kemelmajer de Carlucci*, dijo:

Atento el resultado al que se arriba en el tratamiento de las cuestiones anteriores, corresponde imponer las costas a la parte recurrente vencida (arts. 35 y 36 del C.P.C.).

Así voto.

Sobre la misma cuestión los Dres. *Romano* y *Perez Hualde*, adhieren al voto que antecede.

Con lo que terminó el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

Sentencia

Mendoza, 29 de Junio de 2009.

Y *Vistos:*

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Primera de la Excma. Suprema Corte de Justicia, fallando en definitiva,

Resuelve:

I. Rechazar el recurso extraordinario de Inconstitucionalidad interpuesto a fs. 12/18 vta. de autos.

II. Imponer las costas a la parte recurrente vencida.

III. Diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.

IV. Dar a la suma de pesos doscientos cincuenta ($ 250), de la que da cuenta la boleta de depósito obrante a fs. 25, el destino previsto por el artículo 47, inc. IV del C.P.C. Notifíquese. Ofíciese. ng. *– Aída Kemelmajer de Carlucci. – Fernando Romano. – Alejandro Pérez Hualde.*