

En la ciudad de General Roca, a los 1 días de junio de 2020. Habiéndose reunido en Acuerdo los Sres. Jueces de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro, con asiento en esta ciudad, para dictar sentencia en los autos caratulados: "RODRIGUEZ EMMANUEL C/ VELASQUEZ BALDERRAMA JUAN Y OTROS S/ ORDINARIO " (Expte. N° A-2RO-771-C3-15), venidos del Juzgado Civil N° Tres, previa discusión de la temática del fallo a dictar, procedieron a votar en el orden de sorteo practicado, transcribiéndose a continuación lo que expresaron:

EL SR. JUEZ DR. GUSTAVO ADRIAN MARTINEZ, DIJO:

1.- Llega el expediente a los efectos de resolver el recurso de apelación interpuesto por el actor contra la sentencia definitiva de primera instancia de fecha 4/09/2019 cuya acta luce a fs. 496/501.

A fs. 511/515 se agregó el escrito de expresión de agravios cuyo traslado no ha sido evacuado por ninguna de las accionadas.

2.- Tratándose el caso de una demanda de daños y perjuicios emergentes de un accidente automovilístico ocurrido minutos antes de las 18 horas del día 7 de enero de 2013, mediante la sentencia recurrida, tras rechazarse la defensa de prescripción, se rechazó la demanda en su totalidad, imponiéndosele las costas al recurrente.

Si bien la juzgadora desliza a fortiori que habría existido culpa del actor que suma al que considera el factor principal para el rechazo de la demanda, en principio centra éste en que no se acreditó 'la intervención activa de la cosa'.

Así nos dice tras una exposición del análisis de la prueba efectuado -copio textual-: "Cabe concluir entonces que la versión brindada en autos por la parte actora no ha podido corroborarse y en cuanto a la intervención activa de la cosa -automotor- en el siniestro: los dos testigos presenciales de esta causa han interpretado de distinta manera la mecánica (una en el sentido de que ambos quisieron evitarse realizando igual maniobra, otro que el demandado pretendía hacer marcha atrás o girar en U -pero en sede penal declaró que se encontraba de espaldas). El conjunto de lo reseñado entonces y conforme lo dispuesto por el art. 386 del C.P.C.C. ha de llevarme a rechazar esta acción ante la falta de acreditación del primer presupuesto que hace a la responsabilidad objetiva -intervención activa de la cosa: automotor-. A lo anterior he de sumar que la ausencia de carnet habilitante del conductor de la motocicleta, lo 'rapidito' que han apreciado los testigos en la velocidad de circulación de la moto, generan a criterio de quien opina una presunción en su contra y llevan al entendimiento de que ha sido el

hecho de la propia víctima/damnificado el generador del siniestro -presunción de choque por alcance: al circular ´rapidito´ según los dichos de los testigos, ante la gravedad de las lesiones (fractura expuesta), presuntivamente sin advertir la presencia de maquinarias en el lugar trabajando por pérdida de agua y sin poseer licencia o registro para conducir la motocicleta, ni seguro obligatorio (lo que demuestra desaprensión a las reglas obligatorias para circular-, logrando los accionados y citada demostrar su falta de destreza o de experiencia suficiente para sortear las dificultades propias del tránsito y al comando de la moto -contravención que por ende luce como trascendente con aptitud causal con rol ´activo{ , y no como mera presunción de falta de idoneidad- (Cf. lineamientos expuestos por la Alzada en autos ´Espinoza C/ Montero´, SD del 11/11/2016: demostración de impericia, negligencia o imprudencia de la conductora de la motocicleta como ingrediente causal)´´. (Todos los subrayados me pertenecen y el presente resalta lo que vengo sosteniendo).

3.1.- En su expresión de agravios el recurrente embate contra la sentencia descalificándola como acto jurisdiccional trayendo a colación doctrina del cintero tribunal de la Nación.

Tras confrontar los argumentos expuestos por la Sra. Jueza con la prueba producida en la causa, nos dice que ´en el expediente se ha probado suficientemente que la camioneta estaba atravesada sobre la calle Tucumán a la altura del 5600 pretendiendo ingresar a una propiedad cuya dirección es 5621 sobre el carril Sur lo que implica que fue un obstáculo insalvable para el conductor de la motocicleta por más que haya querido esquivarla por lo súbito de la maniobra de la camioneta. La responsabilidad del accidente no puede asignarse ni parcialmente al motociclista, toda vez que no hay elemento probatorio alguno que corrobore que obró con culpa, por más que no llevara casco, ni tuviera carnet de conductor, porque fue la conducta del demandado la que ocasionó el siniestro, ya que intentó una maniobra sumamente riesgosa como es un giro hacia la izquierda invadiendo la contramano, sin extremar todos los recaudos previos, tal como cerciorarse de tener expedita la vía correspondiente. Es por estas razones expuestas, la jurisprudencia y doctrina vigente al respecto que solicito se revoque la sentencia haciendo lugar al presente recurso de apelación y por ende a la demanda interpuesta´´.

3.2.- Siendo que los jueces no estamos obligados a seguir a las partes en todas sus argumentaciones, sino tan sólo pronunciarnos acerca de aquellas que estimemos conducentes para sustentar nuestras conclusiones (CS, doctrina de fallos 272:225;

274:113; 276:132; 280:320) y por razones de brevedad, he de omitir transcribir o referenciar con precisión lo expuesto en la expresión de agravios, remitiéndome a la lectura del escrito respectivo, sin perjuicio de las menciones que realice más adelante.

Ello por otro parte, haciéndome eco del reclamo cada vez más generalizado respecto de las sentencias que por su extensión dificultan hasta la labor de los profesionales, desalentando además la lectura de quienes consultan diaria o periódicamente las publicaciones de las listas de despacho para conocer los criterios del tribunal. Las partes conocen lo que tales piezas dicen y los restantes operadores del servicio que les toque intervenir en la causa tienen acceso a las mismas, con lo que hasta podría considerarse totalmente innecesaria la referencia.

4.1.- Ingresando en el tratamiento del recurso, por lo pronto no comparto que la solución del caso se realice con base en el Código Civil y Comercial, por cuando si bien en la materia que atañe al presente no hubo gran innovación respecto de la regulación prevista en el viejo Código Civil y en particular el art. 1113 reformado por la ley 17.711, lo cierto es que, dado que el hecho ocurrió mucho antes de la puesta en vigor del código unificado, resulta de aplicación la legislación anterior.

4.3.- Advierto incongruencia en el fallo cuando se sostiene que no se acredita la intervención activa de la cosa.

La convergencia de este primer presupuesto de responsabilidad está fuera de discusión. Ha sido reconocido por las partes y, además, en el análisis de las pruebas cuyo resultado se expone en los considerandos de la sentencia apelada, queda claro que colisionaron ambos vehículos. La motocicleta conducida por el actor y la camioneta Peugeot en la que se conducía el demandado.

Nos encontramos entonces frente a un accidente en el que han intervenido activamente dos cosas riesgosas y, en consecuencia, resulta de aplicación la segunda parte del segundo párrafo del art. 1.113 del entonces vigente Código Civil.

4.4.1.- En tal derrotero, recuerdo que en reiteradas oportunidades hemos traído a colación el precedente del Superior Tribunal de la provincia, 'Traffix Patagonia SH c/ INVAP' (Expte. N° 22763/08-STJ-), en el que el cimero tribunal dio precisiones respecto de la interpretación de dicha norma, fijando un criterio doctrinario del que no se ha apartado y que esta Cámara ha venido también compartiendo. Expuso en tal ocasión el cimero tribunal de la provincia: "...Sin embargo, el 8 de abril de 1986, un fallo de la Suprema Corte de Buenos Aires en los autos: 'Sacaba de Larosa c. Vilches' (Rev. La Ley. t°. 1986-D, pág. 479) significó un trascendente y sustancial giro en

nuestra doctrina judicial, al aceptar la tesis de que en las colisiones entre dos o más cosas que presentan riesgos o vicios, éstos no se neutralizan por lo que cada dueño o guardián debe afrontar la reparación de los daños causados a la otra parte. Es entonces, cuando comentando dicho pronunciamiento, Félix Trigo Represas, formuló votos porque el mismo se erigiese ´en el punto de partida de la aceptación jurisprudencial de la tesis del riesgo recíproco en los casos de colisión de vehículos entre sí´ (conf. Trigo Represas, Félix A., ´Aceptación jurisprudencial de la tesis del riesgo recíproco en la colisión de automotores´, en Rev. La Ley, tº. 1986-D, págs. 479 y sigtes., núm. VI, infine)... Tratándose en realidad más que de presunciones de responsabilidad, como reza el texto legal (art. 1113, párr. 2º, 2ª parte, Cód. Civil), de verdaderas presunciones de causalidad; dado que las mismas sólo pueden eludirse mediante la demostración de la inexistencia del vínculo causal, es decir de que el daño provino de una causa ajena lo que, en definitiva, importa sostener que en tales hipótesis no existe responsabilidad porque no hay causalidad (conf. Orgaz, La culpa -actos ilícitos-, p. 161. núm. 58 y p. 163, núm. 60: Goldenberg, Isidoro H., ´La relación de causalidad en la responsabilidad civil´ pág. 227. # 60, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1984; Stiglitz, Gabriel A., ´La responsabilidad civil. Nuevas formas y perspectivas´, pág. 9, núm. 4, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1984)... en tal orden de ideas, siguiendo la teoría del riesgo recíproco, o las presunciones concurrentes de causalidad (como la denomina Atilio Alterini), a la cual adherimos, se puede concluir que los daños causados por un vehículo en circulación, cualquiera sea la forma y modo en que ellos se produzcan caen siempre dentro del ámbito de aplicación del art. 1113, párr. 2º, 2ª parte del Cód. Civil (Adla XXVIII-B, 1799) (daños causados ´por el riesgo o vicio de la cosa´). De tal modo, el dueño y el guardián del automotor sólo pueden liberarse de la responsabilidad presunta que pesa sobre ellos probando la ruptura del nexo causal entre el riesgo o vicio de la cosa y el daño causado. La ley admite, en tales supuestos, eximentes limitados (culpa de la víctima, de un tercero por quien no se debe responder y el caso fortuito externo a la cosa)´. Por esta vía se protege más adecuadamente a la víctima, ya que los presuntos responsables (dueño y guardián) no se liberan por la simple prueba de su no culpa. Para ello deberán demostrar la ruptura del nexo causal, lo cual demanda una actividad probatoria mucho más compleja...´´.

Por otra parte, tal como también hemos expuesto en otras oportunidades, tanto al resolverse en el marco de la responsabilidad objetiva como en el de la subjetiva, no deben perderse de vista los artículos 901 a 906, particularmente este último, que al

abordar la relación causal, deja en claro que al respecto el Código adopta la teoría de la causalidad adecuada, aun cuando evidentemente en aquellos casos en que su aplicación no conduzca a la solución justa exigible a todo orden jurídico, habrá de recurrirse a aquellos principios que resulten más adecuados para la correcta solución del caso. Y que bajo tal perspectiva, la causa del daño se verifica ´en función de la posibilidad y probabilidad de un resultado, atendiendo a lo que corrientemente acaece según lo indica la experiencia diaria en orden al curso ordinario de los acontecimientos´ (Goldenberg, Isidoro, ´La relación de causalidad´, pág. 23)´. Así como que debe pensarse entonces en ´lo que usualmente ocurre y al grado de previsión que cualquier hombre razonable podría haber tenido por razón de su profesión o de cualquier otra circunstancia... El juez debe establecer un pronóstico retrospectivo de probabilidad... preguntándose si la acción que se juzga era por sí sola apta para provocar normalmente esa consecuencia´ (Mariano Yzquierdo Tolsada, ´Responsabilidad civil contractual y extracontractual´, pág. 237, citado en el Expte. N° CA-20838, entre otros).

Correspondía al demandado acreditar la culpa de la víctima con aptitud tal para quebrar total o parcialmente el nexo causal y en mi opinión no lo ha hecho.

4.4.2.- La versión del demandado es absolutamente inverosímil. Dice que circulaba por calle Tucumán en dirección Este/Oeste y que para esquivar a la motocicleta que venía en sentido contrario, tuvo que doblar hacia la margen sur.

En este sentido debo decir que está perfectamente acreditado que el accidente se produce a la altura del acceso al garaje de inmueble de la madre de éste -demandada como titular de la camioneta- ubicado en calle Tucumán 5.621, lo que acuerda verosimilitud al relato desarrollado en la demanda; esto es que la camioneta interfirió la circulación del actor, sea ingresando o retrocediendo de dicho garaje, cruzando transversalmente la calle Tucumán, lo que se corresponde además con el relato de los empleados de ARSA que testificaron en sede penal y en esta causa.

De cualquier modo, si los hechos hubieran sido como los expuso el demandado, evidenciaría una total impericia porque para supuestamente esquivarlo, en lugar de mantenerse en su carril -lo que seguramente hubiera evitado el choque- se introduce en el carril contrario que correspondía a la circulación de la motocicleta.

Consecuentemente bien puede decirse que no solo le es atribuible responsabilidad objetiva, sino también la subjetiva del art. 1.109 en tanto el demandado con su conducta imprudente y violatoria de las normas de tránsito, al invadir el carril contrario cuando se aproximaba el actor, provocó el accidente.

4.4.3.- Coincido con el recurrente en cuanto a que mayor credibilidad tienen los testimonios de los empleados de ARSA que estaban en el lugar en el momento del accidente y no los aportados por la demandada, cuando además de ser introducidos éstos en la instancia del juicio civil y asistir a declarar sin que se les notifique de modo regular, aquellos expusieron que no había más personas en el lugar.

4.4.4.- Pero más allá de ello, el demandado no puede variar los presupuestos fácticos que expuso al contestar la demanda y, como hemos visto, queda descartada de plano su versión defensiva en cuanto a la mecánica del accidente, con lo que debiendo probar la culpa del conductor de la motocicleta, por ese lado no puede enervar la responsabilidad que éste le achaca.

Queda para analizar el alegado exceso de velocidad, así como la falta de carné de conductor y de casco.

4.4.5.- En cuanto a la falta de casco que ha sido acreditada, recuerdo que venimos sosteniendo reiteradamente en consonancia con la doctrina y jurisprudencia prácticamente unánime, que la omisión del uso del casco, antiparras o de los cinturones de seguridad, como regla no influyen en el acaecimiento del hecho ilícito, aunque si suelen constituirse en factores que incrementan la gravedad o extensión del daño (Ver al respecto lo que dijera en el precedente 'Brizuela' sentencia de 17/03/2014 correspondiente al Expte. CA-21301 y la doctrina y jurisprudencia referida allí en el punto 5). Y aclaramos 'como regla general', en cuanto de modo excepcional podría la ausencia de casco con visor o antiparras, afectar la visibilidad del conductor y consecuentemente incidir causalmente en la producción del hecho, tal como lo expusimos en el expediente CA-20045 (sentencia de fecha 22/05/2013) donde la pericial acreditó que por las condiciones del tiempo (viento y frío) la ausencia de casco con visor o antiparras interfirió en la visión del conductor de una motocicleta.

Pero no es este el caso ni ha sido siquiera alegado ello por el demandado con lo que la falta del casco eventualmente se evaluara al momento de abordar los daños.

Agrego por otra parte que del pliego de posiciones elaborado para que absuelva el actor y que se agregara a fs. 336, se consignó: 2) que posee licencia de conducir, 3) que posee casco reglamentario, y 4) que utilizaba siempre que conducía la motocicleta el casco reglamentario. Y al respecto me permito recordar que el segundo párrafo del art. 441 del CPCyC claramente determina que 'Cada posición importará, para el ponente, el reconocimiento del hecho a que se refiere'; ergo la parte demandada ha reconocido que el actor tenía licencia y llevaba casco.

4.4.6.- En cuanto a la ausencia de habilitación para conducir, además de lo dicho precedentemente, hemos sostenido ya muchas veces que constituye una falta administrativa y en todo caso, en este tipo de procesos, habrá de ponderarse como una presunción de carencia de las condiciones o experticia para la conducción, que en el caso no advertido converja.

4.4.7.- Finalmente en lo que respecta al achacado exceso de velocidad, no se ha producido prueba pericial al respecto y las testimoniales en mi opinión resultan insuficientes.

Acuerdo credibilidad y con los alcances que expondré, solo a los testimonios de los empleados de ARSA.

Los testigos Waldo Mildo Parra y Magdalena del Carmen Parra, más allá de ser vecinos de los demandados y que concurrieron a la audiencia sin haber sido notificados - argumentos expuestos en la expresión de agravios para descalificar sus dichos-, lo más importante es que como ellos mismos exponen no vieron el accidente cuando se produjo.

Solo uno de los testigos -José Gregorio Torres- vio como se conducían -en oportunidad de la colisión- el actor y el demandado Velásquez Balderrama. El otro empleado de Aguas Rionegrina S.A. que estaba trabajando en el lugar -Juan José Albarrán-, tal como expone en su declaración de fs. 67 del expediente penal ofrecido como prueba, no estaba viendo pues se encontraba de espaldas y recién se dio vuelta cuando escuchó el impacto. Sus apreciaciones sobre velocidad entonces son deductivas a partir de la magnitud de las lesiones.

Sí acuerdo valor a los dichos de Albarrán en cuanto a que quien conducía la camioneta - el demandado- le decía insistentemente al actor 'no te vi? no te ví', así como las expresiones de la señora -seguramente la codemandada- que le recriminaba de malas maneras al conductor de la camioneta; 'otra vez lo mismo? otra vez lo mismo' y expresaba a los que estaban presentes, 'éste hace siempre lo mismo, le agarra los vehículos al padre y los choca'.

Pero volviendo al testigo Torres y su declaración en sede penal (fs.68 del respectivo expediente), además de recordar aquella manifestación del demandado hacia el actor de 'perdóname no te vi?', con relación a la velocidad no refiere que fuere rápida o lenta, dice que el chico -por el actor- no acelera en ningún momento. Expresa que venía a velocidad constante y que, para él, es evidente que la maniobra sorpresiva fue de la camioneta.

Más allá de lo expuesto, recuerdo que es el Juez quien, a partir fundamentalmente de las normas de tránsito relativas a la velocidad, debe juzgar si hubo extralimitación y en su caso si el supuesto exceso tuvo entidad para fracturar total o parcialmente el nexo de causalidad del que hablábamos antes.

Ligerito o rapidito e incluso fuerte, son expresiones que no tienen mayor valor si no es posible saber a qué velocidad refieren. Lo que para uno puede ser ligero o rápido para otro no, e incluso puede ser rápido o ligero, pero dentro de las velocidades normativamente permitidas.

4.4.8.- Insisto en que correspondía al demandado probar la culpa del actor y en el caso no ha logrado probarla, por lo que he de proponer revocar la sentencia y adjudicar la total responsabilidad en el accidente al conductor de la camioneta Peugeot y a la dueña de ésta aquí demandados.

4.5.1.- Establecida la responsabilidad, cabe en primer término abordemos las defensas de falta de legitimación pasiva y exclusión de cobertura introducidas por la aseguradora, puesto que de admitir alguna de ellas no podremos considerar las defensas subsidiarias planteadas con relación a los daños.

4.5.2.- Expone el apoderado de la aseguradora al contestar la demanda, 'Si bien mi mandante reconoce que ha existido un contrato de seguro instrumentado por póliza sobre responsabilidad civil limitada, respecto del vehículo Pick up marca Peugeot modelo Partner 1.9 D dominio CPH-641 propiedad del demandado, no es menos cierto que la cobertura asegurativa pactada en el mismo no existía al momento del hecho por el que aquí se demanda, por no haberse abonado las primas correspondientes a cargo del asegurado, por él ni ningún otro en su nombre en tiempo y forma. A raíz de ello, se anuló/suspendió la póliza n° 3823480 por falta de pago'.

La asegurada por su parte invocó -sin que fuera negado ello-, que realizó los pagos en término al productor que representaba, sosteniendo que, si éste las abonaba o no en tiempo y forma a su representada, es una cuestión que le excede.

Por su parte el actor además de hacer hincapié en que las causales de liberación de la aseguradora son de interpretación restrictiva, sostiene que no le consta ni la falta de pago de la prima, ni la suspensión de la cobertura, sosteniendo que la aseguradora no cumplió con la carga del art. 36 inc. a de la ley de seguros 17.418.

Se extiende además con citas doctrinarias y jurisprudenciales en los argumentos por lo que se restringe la oponibilidad de las cláusulas del contrato y causales de limitación del seguro frente a los terceros damnificados por aplicación del sistema tuitivo del

consumidor y el carácter obligatorio del seguro de responsabilidad civil de automotores. Línea doctrinaria ésta que ha venido sosteniendo por mayoría esta Cámara para lo que puede citarse y me remito, a nuestra sentencia de fecha 29/09/2014 en el caso 'Pardo c/ García' (Expte. N° 33600/09).

4.5.3.- Por lo pronto he de decir que si bien mantengo el criterio personal expuesto en el citado precedente 'Pardo c/ García', cabe recordar que con la reforma de la Ley Orgánica producida por la ley 5.190, la jurisprudencia o doctrina legal resultante de las sentencias del Superior Tribunal de Justicia no son simplemente de consideración obligatoria, sino directamente obligatorias para las cámaras y tribunales inferiores de la provincia imponiéndose así un sistema claro de 'stare decisis vertical'.

Dicho ello cabe recordar que nuestra sentencia en tal caso fue expresamente revocada por el Superior Tribunal de Justicia quien ha venido sosteniendo la oponibilidad de las cláusulas de los contratos de seguros de responsabilidad civil que tuviere el dañador a terceras personas víctimas de accidentes de automotor.

En este sentido, además del citado precedente 'Pardo' (sentencia STJ de fecha 12/04/2016 correspondiente al Expte. 27603/15-STJ) a cuya lectura me remito, puede consultarse en la misma línea el precedente 'Molina Espinoza' (Expte. N° 27841/15-STJ), así como el precedente 'Flores' (sentencia de fecha 19/04/2017 correspondiente al Expte. N° 28666/16-STJ-) y aunque de fecha más lejana, la sentencia del STJ en su anterior integración en el caso 'Moreno c/ Bogari' (sentencia de fecha 16/05/2007 correspondiente al Expte. 21443/06-STJ) en el que se abordó precisamente el tema de la falta de pago en término del premio, exonerando de responsabilidad a la aseguradora.

4.5.4.- Ahora bien, es menester que la aseguradora pruebe de modo contundente el hecho por el que pretende eludir su responsabilidad. La carga de la prueba al respecto frente al tercero ajeno al contrato recae sobre la misma, quien además antes debe expresarse de modo absolutamente claro al respecto sin ocultar o retacear información, atendiendo a la buena fe debida.

En este sentido hemos dicho que 'la ausencia de prueba y aún más, la ausencia de un relato preciso sobre el punto no hace sino perjudicar al propio recurrente. Y es que como afirmara Leo Rosemberg, no debemos olvidar que antes de la carga de la prueba, está la carga de la afirmación y esto le corresponde a ambas partes (Leo Rosemberg, 'La Carga de la Prueba', ed. Montevideo, 2002, pág. 198)? Como venimos sosteniendo, quien alega el hecho anormal debe probarlo, pues el normal se presume (Gorphe, 'De la apreciación de las pruebas') y asimismo, conforme la regla de las Cargas probatorias

dinámicas, quien está en mejor condición de probar o le resulta más fácil hacerlo, es quien asume la carga (Jorge W. Peyrano, 'Compendio de reglas procesales', Zeus, 1999, pág. 234)? no habiendo la demandada acercado prueba en contra, siendo que en general las cuestiones que plantea no solo constituyen la anormalidad, sino que además, resultan extremos fácticos cuya prueba está en mejores condiciones de ser por ella probados. Quedaba en consecuencia a su cargo la prueba conforme el principio de la carga dinámica a la que hemos hecho referencia, perjudicándole por consiguiente toda omisión al respecto'.

4.5.5.- Y trayendo lo dicho al caso, principio por hacer hincapié en que ni siquiera hubo un relato preciso sobre el tema.

No solo eludió decir cómo se abonaba. Es decir, si era con intermediación del productor de seguros que la representaba en la zona como sostuvo la asegurada; o si le iban a cobrar a la casa al asegurado o se depositaba en una cuenta determinada, etc., etc.

Lo único que dijeron al respecto fue 'que la cobertura asegurativa pactada en el mismo no existía al momento del hecho por el que aquí se demanda, por no haberse abonado las primas correspondientes a cargo del asegurado, por él ni ningún otro en su nombre en tiempo y forma. A raíz de ello, se anuló/suspendió la póliza n° 3823480 por falta de pago'.

No se aclara exactamente cómo procedieron y cuándo. No hubo comunicación alguna de suspensión a la asegurada y tampoco han logrado desvirtuar lo dicho por esta última en cuanto a que abonó en término al productor.

4.5.6.- Respecto del informe pericial contable de fs. 434/436, no puedo dejar de señalar los excesos en los que se incurre, al expresarse el contador designado sobre cuestiones de eminente naturaleza jurídica y cuya determinación corresponde a los jueces, tales como que 'la ausencia de carnet excluye la cobertura' o que 'a la fecha del accidente no poseía la cobertura correspondiente'. Hay que recordar al respecto que el perito debe limitarse a verificar los libros y documentación contable, correspondiendo a los jueces ponderar la validez intrínseca de las cláusulas contractuales o actos jurídicos que surjan de dicha compulsa. Exhibe escasa objetividad en el informe.

Además de estar claro que el informe se realiza en base a la documentación que le brinda la aseguradora y sin que escrutara toda la contabilidad de ésta, accediendo per se a la misma, extraña por ejemplo que diga que la póliza fue anulada por falta de pago, sin indicar en momento alguno en qué fecha se produjo tal supuesta anulación y si hay constancia que haya sido comunicado ello a la asegurada. Era ésta una información

vital, pero sin embargo omito por completo responder sobre el punto. El único dato al respecto es que el libro que cotejó recién fue rubricado por la Inspección General de Justicia con mucha posterioridad al accidente (8/07/2013).

No es verosímil además que lo que se debieran sean nada menos que las dos primeras cuotas de la prima. Es de suponer que hubiere abonado por lo menos la primera al tomar el seguro. No es costumbre la entrega de la póliza sin que por lo menos se hubiere abonado algo, con lo que si como dicen llegó a otorgarse la póliza no parece razonable que no hubieran cobrado las dos primeras cuotas.

Es contradictorio reconocer que estaba vigente un contrato y que se nulifico/suspendió por falta de pago de las cuotas, pues si éstas fueron las dos primeras, desde su lógica nunca pudo estar vigente la cobertura.

Lo atinente al pago muestra también la parcialidad o, cuanto menos, deficiencia de la labor pericial contable, pues nos dice la fecha en que registró la aseguradora el pago, pero no qué fue lo que se registró. Es decir, si acreditó un cheque u otro tipo de valor, o se efectuó una transferencia y en cualquier caso de que persona provino; si fue directamente del asegurado, del productor de seguros o provino de un tercero. Era información vital que debiera estar necesariamente en la contabilidad de la empresa y se nos oculta, restando entonces credibilidad a la versión de falta de pago oportuno.

Tengo entonces por cierta la versión de la asegurada en cuanto a que estaba al día habiendo pagado al productor de seguros, cuya contabilidad ni siquiera fue objeto de compulsión.

4.5.7.- En dos causas en que se discutió la vigencia de un seguro hemos vertido conceptos que resultan de aplicación al presente. Refiero al caso 'Chambí' (sentencia de fecha 10/08/2016 correspondiente al Expte. CA-21568) y 'Santos' (sentencia de fecha 15/06/2016 correspondiente al Expte. CA-21521).

He de permitirme transcribir las partes pertinentes de la primera de dichas sentencias, disculpándome por la extensión de la cita, pero considero necesaria hacerlo.

Había intervenido en el primero de los casos un productor y la aseguradora negó su participación como la celebración en definitiva del contrato de seguro, planteando entonces falta de legitimación pasiva. Aquí, como hemos visto, la aseguradora reconoce la existencia del contrato de seguro, pero alega que no le fue pagado en término el premio y entonces sostuvo expresamente que se 'nulificó/suspendió' el contrato de seguro. Pero no obstante tales diferencias, los argumentos que he de transcribir, abonan la solución que propugno en el presente.

Sostuvimos en aquella sentencia: “? frente a la duda que crea la aseguradora respecto a quien intervino en la contratación, era a ella a quien sin duda alguna correspondía acreditarlo, así como también acreditar en qué momento ingresó la propuesta. Recientemente esta cámara se ha expedido en un caso similar al que nos ocupa, en el que vertimos conceptos respecto de las particularidades del contrato de seguro y sobre la carga de la prueba en este tipo de conflictos, que entiendo conveniente reiterar. Refiero a la sentencia de fecha 15/6/2016 correspondiente al Expte. CA-21521, en el que, en el voto rector, entre otros conceptos expuse: “?Comparto en lo sustancial los cuestionamientos que realiza el recurrente. Se acuerda relevancia a prueba que no la tiene (caso de la pericial contable), como también se omite la consideración de otras. Mas en esencia creo que se yerra al no meritarse adecuadamente la conducta de las partes y en particular la de la aseguradora, tanto en lo que respecta al negocio en sí, como a la exhibida en el proceso; merecedoras en mi opinión de cuestionamientos por falta al deber de actuar con lealtad y buena fe. Observo por otra parte una solución respecto a las reglas sobre carga de la prueba, que no se corresponde con los principios que desde la doctrina y jurisprudencia se viene sosteniendo, incluyendo la de esta cámara y el cívico tribunal de la Provincia. Ante todo, he de recordar algunos conceptos que expresáramos recientemente en el Expte. CA.21560 (Sentencia del 18/03/2016), que me permitiré transcribir en sus partes pertinentes: “?más allá de lo expuesto, reitero que el factor que en mi opinión nos lleva fundamentalmente a tener por cierta la versión de la actora y reafirmada en los elementos de prueba señalados y que la sentenciante ha considerado insuficientes, es la conducta seguida en el proceso por la demandada. Máxime cuando se trata de una gran empresa, que por tal y por la índole de los hechos, era quien estaba en mejores condiciones de allegar al proceso los elementos de convicción para conocer la verdad. Parto por recordar que como señalara el maestro Calamandrei, el proceso tiene una finalidad, una finalidad altísima, que no es otra que la realización de la justicia (Calamandrei Piero, ‘Proceso y Justicia’, Revista del Derecho Procesal, año X, N° 1, Primer trimestre 1952, pág. 13). Y en esa inteligencia es que el cívico tribunal de la Nación ha dicho: “?cabe finalmente señalar que las normas procesales no se reducen a una mera técnica de organización formal de los procesos sino que, en su ámbito específico, tienen por finalidad y objetivo ordenar adecuadamente el ejercicio de los derechos en aras de lograr la concreción del valor justicia en cada uno y salvaguardar la garantía de defensa en juicio; todo lo cual no puede lograrse si se rehúye atender la verdad objetiva de los hechos que de alguna

manera aparecen en la causa como de decisiva relevancia para la justa decisión del litigio'. (conf. CSJN, fallo del 24-04-03, autos: 'Superintendencia de Seguros de la Nación c. ITT Hartford Seguros de Retiros S.A. y Otros', Publicado en La Ley Online). A tal cometido están obligadas tanto la jurisdicción como de algún modo también las partes, quienes deben actuar con lealtad y buena fe, no pudiéndose dejar de ponderar su contribución con el esclarecimiento de la verdad, así como la actitud contraria. En tal orden de ideas hemos dicho en sentencia del 15/11/2013 correspondiente al Expte. 734-11 y lo reafirmo en el presente que 'El deber de decir verdad existe, por cuanto configura un deber de conducta humana, que no puede aparecernos distinta o amenguada porque se realiza en el proceso... La buena fe, como principio moral, lejos de cuestionarse en su sanción expresa, parece por demás obvia y siempre presente en las relaciones humanas. La tendencia hacia lo verdadero está dentro de nuestro espíritu, no es un simple dato psicológico y gnoseológico: también constituye un principio ético, esto es, una exigencia moral... En el proceso las partes tienen el deber moral de contribuir al esclarecimiento de la verdad y a colaborar con el juez para asegurar los resultados inherentes a su función, razón por la cual debe soslayar cualquier actitud que pueda resultar reticente, aun cuando se cobije en principios y presupuestos formales' (Osvaldo Alfredo Gozaíni, 'La conducta en el Proceso'). La constitución autoriza a abstenerse de declarar, pero no a mentir; y repugnaría elementales principios tratar por igual al litigante que miente ostensiblemente de aquél que no procede de igual modo. No se trata de apelar al instituto del perjurio castigando al actor con la pérdida del juicio, pero sí cuanto menos, considero que debe extraerse de tal conducta procesal sancionable, una presunción favorable al relato de su opositor que aun cuando no se considere absolutamente acreditado con la prueba producida, por lo menos no ha podido ser desmentido. (punto 9.3 sentencia de 20/05/2014 correspondiente al Expte. CA-21129). En la misma línea y con suma claridad expresa Heñin: '¿en una época donde la sociedad está cada vez más alejada de los valores éticos y morales, la vigencia del principio de moralidad en el proceso judicial se debe acentuar aún más, ejerciendo una función docente y moralizadora. Es que si estamos convencidos de que el proceso es algo muy serio, en donde el fin es encontrar la verdad para determinar a cuál de las pretensiones de los justiciables le asiste la razón y como consecuencia de ello debe triunfar quien la tiene de su lado y no el más vivo, el más chicanero o el que está dispuesto a hacer cualquier cosa para ganar el pleito, debiendo este, por el contrario, pagar el precio de su obrar indebido ¿qué mejor forma de cumplir ese ideario que

determinar que aplicar todas las consecuencias desfavorables al sujeto que se comportó incorrectamente?. Un principio lógico nos indica que si una persona tiene algo para esconder, es porque la verdad lo perjudica. Y, además, ¿qué mejor forma de hacer honor al postulado de una sociedad en la que en todos sus órdenes existan verdaderos premios y castigos a las conductas de sus habitantes? (Fernando Adrián Heñin, 'El proceso de moralidad en el Proceso Civil actual', publicado por El Ateneo de Estudios del derecho Procesal Civil de Rosario, ateneo.org). Hemos dicho asimismo al resolver en el Expte. 198-11 (sentencia de fecha 2/06/2014) y resultando de aplicación al presente lo reiteramos que 'Ha señalado Claudio Kiper y se comparte plenamente, que 'La carga probatoria dinámica, si bien recae en principio en ambas partes, ha sido distribuida por la doctrina de la siguiente forma: ambas partes, quien se halle en mejor situación de aportar los elementos tendientes a obtener la solución del caso, quien se halle en mejor situación de aportar los elementos tendientes a obtener la verdad objetiva, quien está en mejores y/o mayores condiciones profesionales, técnicas y/o fácticas de hacerlo, quien afirme lo contrario a la naturaleza de las cosas, quien se encuentre en mejores condiciones de obtener los elementos de prueba, quien esté en la situación más favorable para probar los hechos de que se trata, quien esté en mejores condiciones de producir la prueba, quien quiera innovar en la situación de su adversario, quien esté en mejores condiciones de aportar los elementos requeridos, quien esté en mejores condiciones de probar, quien esté en mejores condiciones de clarificar las cuestiones planteadas, la parte que posee un conocimiento directo de los hechos, quien afirme hechos anormales, etc.' (del voto del Dr. Kiper, en el fallo de la Sala H CNCiv. De fecha 2/02/2006 en autos 'Schoenfeld, Karin Susana c/ Mitsu Car SA y otros s/daños y perjuicios'). Por lo que, siguiendo estos lineamientos, debía el recurrente probar cuando inició la construcción que sería el único acto posesorio con entidad de tal, mas sin embargo no solo no allega prueba al respecto, sino que ni siquiera da su versión al respecto. Y como señalara el gran procesalista colombiano, 'no se trata de fijar quien debe llevar la prueba, sino de quien asume el riesgo de que falte' (Devis Echandia, Hernando, 'Compendio de la prueba judicial', Rubinzal- Culzoni, pág. 211), de manera que en todo caso la ausencia de prueba y aún más, la ausencia de un relato preciso sobre el punto no hace sino perjudicar al propio recurrente. Y es que como afirmara Leo Rosemberg, no debemos olvidar que antes de la carga de la prueba, está la carga de la afirmación y esto le corresponde a ambas partes (Leo Rosemberg, 'La Carga de la Prueba', ed. Montevideo, 2002, pág. 198) ? Como venimos sosteniendo, quien alega el

hecho anormal debe probarlo, pues el normal se presume (Gorphe, 'De la apreciación de las pruebas') y asimismo, conforme la regla de las Cargas probatorias dinámicas, quien está en mejor condición de probar o le resulta más fácil hacerlo, es quien asume la carga (Jorge W. Peyrano, 'Compendio de reglas procesales', Zeus, 1999, pág. 234)? no habiendo la demandada acercado prueba en contra, siendo que en general las cuestiones que plantea no solo constituyen la anormalidad, sino que además, resultan extremos fácticos cuya prueba está en mejores condiciones de ser por ella probados. Quedaba en consecuencia a su cargo la prueba conforme el principio de la carga dinámica a la que hemos hecho referencia, perjudicándole por consiguiente toda omisión al respecto. Tanto la aseguradora como la sentenciante hacen hincapié en el informe de la perita contadora (fs. 521/523 y su ampliación de fs. 528/529), mas el mismo carece de la relevancia que le adjudican ambas y, en todo caso, sí opera en contra del relato que pretende sostener Provincia Seguros S.A. El mismo tiene un efecto muy relativo. Su utilización en contra de la aseguradora encuentra apoyo en tanto parte de información provista por ésta, mas no tiene valor en contra del asegurado y fundamentalmente, por esta misma razón? El denominado dictamen pericial, se convierte así más que nada en un vehículo para suministrar la información que la aseguradora quiere, y tal función emisaria, que sin hesitación alguna configura una desnaturalización de la pericial contable, queda patente en la respuesta al punto 8?. no advierto porqué razón no acompañó documentación que fuere efectivamente útil y le hubiere sido fácil allegar. En tal sentido es obvio que lo que la compañía aseguradora debió allegar al expediente en lugar de las impresiones de fs. 313 y 314 referidas a otro cliente y que no aportan mucho, eran las correspondientes al propio actor de esa temporada 2008/2009 o de alguna de las anteriores, en las que está plenamente acreditado que celebraron contrato de granizo. Pero, además, en cualquier caso, acompañar también las propuestas, de modo que se pueda cotejar su fecha de confección e ingreso, para su correlación con la fecha de inicio de la cobertura que se consignada en las pólizas a ellas vinculadas. De paso se podría cotejar el sello de recepción que se insiste en desconocer, aunque no se ofrece prueba al respecto. No haber seguido tal conducta y omitido acercar tales elementos que en su caso estarían en su poder, genera la presunción que lo que ésta exhibiría no le favorece y sí por el contrario reforzaría la credibilidad de la versión expuesta por el actor. Insisto en que la aseguradora era la que debió probar que la propuesta no ingresó? No puede achacársele al productor la no realización de periciales para acreditar que no es falsa la documentación que acompañó. No solo él es la parte

débil de la relación, agravada su situación precisamente por el siniestro, sino que además se trata de prueba de producción en extraña jurisdicción ?precisamente la jurisdicción correspondiente al domicilio de la demandada- y sobre documentación de la aseguradora, con lo que incuestionablemente ésta es la que estaba en mejores condiciones de producirla, debiéndosele cargar por ende las consecuencias de su no incorporación conforme el principio de solidaridad y la carga dinámica a la que hemos venido haciendo referencia. Remarco por otra parte que, en relación a la pericial contable, la aseguradora sí instó su producción y por consiguiente nada le impedía agregar puntos de pericia tendientes a acreditar que no era cierto que el actor haya contratado seguros con anterioridad tal como lo manifestara y, por otra parte, lo expusiere Romero. Es ésta, información que debería surgir de los libros y documentación legal y comercial de la sociedad, por lo que ha tenerse por cierta la existencia de las pólizas en tanto no ha probado su inexistencia, siendo ello algo que estaba perfectamente a su alcance. Se trata de aplicar el principio de la carga dinámica de la prueba y el apercibimiento del art. 388 del CPCyC que, por otra parte, se le había hecho efectivo. La versión de la aseguradora no logra sustentarse y sí por el contrario la de la actora? En mérito a las razones que he venido exponiendo, tengo que la versión del actor es la real y que la demandada ha sido mendaz, pretendiendo posicionarse a partir de un relato insuficiente y falaz, con la expectativa que los más limitados recursos del actor jueguen a su favor, apelando además a criterios sobre carga de la prueba que ya han sido superados en doctrina y jurisprudencia? No he de omitir considerar el argumento que ensaya la aseguradora en cuanto a que pudo el actor solicitar el certificado provisorio de seguro. Y no creo que la presunción que pretende extraer de allí pueda tener entidad como para enervar el restante cuadro probatorio adverso. Por otra parte, no puede soslayarse que en modo alguno acreditó la aseguradora y en su caso le hubiere resultado absolutamente fácil, que el otorgamiento de certificados provisorios de cobertura haya sido una modalidad que efectivamente implementaran. Lo que hacía las veces de certificado provisorio de la cobertura, era precisamente esa documentación de la que se le daba una copia. Insisto, no tengo dudas en cuanto a la veracidad del relato de la parte actora, a partir de los elementos colectados y las presunciones desarrolladas, jugando al respecto también un papel muy importante la conducta de la demanda. Mas concuerdo también en que en caso de duda, debió aplicarse la regla que impone estar a favor del actor de conformidad a las previsiones de la ley 24.240? No es adecuado y menos aún en una materia como la de seguros, donde los principios de

lealtad y buena fe, así como los usos y costumbres y la conducta que las partes han venido observando, tienen tanta gravitación, pretender resolver el conflicto desde una interpretación literal y aislada de un par de preceptos, prescindiendo de la realidad que hemos venido señalando. Es que como expone Vigo, 'El juez deriva creativamente su solución no desde la ley, sino desde el Derecho u ordenamiento jurídico', lo que importa abreviar en una base normativa muchísimo más amplia (Rodolfo Luis Vigo, 'Paradigmas de la interpretación jurídica judicial, en AA.VV., Interpretación, integración y razonamiento jurídico', Ed. Jurídica de Chile, pág. 134). Y, por otra parte, vale también al respecto traer a Mosset Iturraspe y Piedecabras, cuando nos dicen: 'Celso, en su famoso aforismo, nos recuerda que: 'Saber las leyes no es conocer sus palabras, sino su fuerza y su poder'. El tema tiene que ver con aquello que los americanos denominan 'el agarre' de la norma, su penetración en la sociedad; la norma oscura o contradictoria no es atendida; como tampoco la que se divorcia de los hechos y es ajena a las realidades y a los conflictos' (Jorge Mosset Iturraspe y Miguel A. Piedecabras, 'Contratos, Aspectos Generales, Rubinzal- Culzoni, pág. 342). En el caso no podemos soslayar la directiva de lealtad y buena fe, recordando con Betti, que esta última 'es una actitud de cooperación dirigida a cumplir la expectativa de la otra parte y que aquélla tiene como características más destacadas la confianza y la colaboración, ambos derivados necesarios de la buena fe' (Betti, Emilio, en 'Teoría general de las obligaciones', T.I.R.D.P., Madrid, 1969, pág. 71). Convalidar la solución dada al caso en la instancia de grado, no tengo duda alguna, que importa premiar la deslealtad y la mala fe, habilitando un claro ejercicio abusivo del derecho por parte de la aseguradora. Recuerdo en este sentido que como expone Alterini, 'El nuevo artículo 1071 del Código Civil ¿al que Borda calificó como regla capital de la reforma- es un standard genérico del sistema y, por lo tanto, se aplica al contrato. El abuso puede ser cometido al celebrarlo, al imponer cláusulas abusivas, al ejecutarlo, al extinguirlo unilateralmente, etcétera. En materia contractual es de rigor el comportamiento acorde con la regla de buena fe (art. 1198, Cód. Civil., según ley 17.711); el ejercicio regular del derecho exige comportamientos de buena fe, y adecuados a la moral y las buenas costumbres, y el contratante que ejerce irregularmente sus derechos contractuales lo hace abusivamente' (Atilio Aníbal Alterini, 'Contratos, Teoría General', Ed. Abeledo Perrot, pág. 81)? Expone Piedecabras en relación a productores como el caso de Romero 'En esta figura, donde existen los mayores problemas en materia de responsabilidad, se ha recurrido a la buena fe creencia, a la apariencia, al error común y al mandato tácito para

proteger no sólo al consumidor sino a la confianza pública en el mercado de seguros. Como pauta de principio debe sostenerse que el asegurador no está obligado por actos otorgados por el productor agente no institorio, salvo facultamiento expreso. Sin embargo, el asegurado podrá demostrar que actuó de buena fe y en la creencia de que el productor poseía facultades suficientes y ello se encuentra corroborado por la conducta anterior o posterior de la empresa de seguros?. (Miguel A. Piedecasas, 'Régimen legal del seguro, ley 17.418', Ed. Rubinzal. Culzoni, pág. 211). Y agrega más adelante el mismo autor: 'El asegurado es ajeno a las relaciones entre productor y el asegurador (RJASER, N° 25/26, p. 393, RJASER, N° 17/20, p.313, E.D. 156-524), ya que el mismo no está obligado a ir más allá de las exigencias de la buena fe y diligencia razonable (L. L. 1980-C-269), recordando que el trato entre el asegurador y asegurado es habitualmente indirecto, a través del agente, pese a que la relación nacida del contrato es lógicamente directa (Zeus 980-21-300. La buena fe creencia y el mandato tácito son las fuentes jurídicas que sustentan la relación entre el asegurado, el productor y el asegurador (RJASER, N° 17/29, p. 291). La empresa aseguradora es responsable por el proceder del agente ya que ella los elige y lucra con su actividad (E.D 109-516, L. L. 1987-B-583, D. J. 988-2-550), y el obrar del productor se asimila al de la aseguradora (E. D. 108-610), ya que el modo de operar de dichos agentes crea una apariencia de mandato (E. D. 125-509, J. A. 979-III-29, L. L. 1987-C-538), y la negligencia del agente de seguros no puede perjudicar al tomador (E. D. 114-613), máxime cuando las empresas promueven expansión de las funciones de los agentes de seguros no institorios (Zeus 980-21-300) y debe responder no sólo por los comprendidos implícitamente (L. L. 1980-C-269)' (op. cit., Págs. 214/215). Por su parte Stiglitz, nos suministra estos conceptos que también resultan de aplicación al caso: 'Los valores protegidos con la noción de mandato aparente son la seguridad jurídica, la buena fe de quien creyó razonablemente, por motivos serios, contratar con quien disponía de mandato, y la protección al consumidor. El principio, de amplia recepción doctrinaria y jurisprudencial, podríamos sistematizarlo así: a) Se requiere una persona que promueva o permita que otra actúe de tal manera que razonablemente induzca a pensar que lo hizo en su representación. b) El primero será tenido como mandante frente a los terceros que sin culpa y de buena fe, contrataron con el mandatario aparente. c) Es imprescindible que las circunstancias que rodean la gestión de quien obra sin poderes suficientes, haga razonable suponer que ejercita un mandato. d) En el sentido indicado precedentemente, dichas circunstancias estarán dadas para cuando el productor instrumente la deuda del

asegurado mediante pagarés suministrados por el asegurador, otorgue recibos propios, reciba pagos extemporáneos, recepcione una denuncia de siniestro en formulario de la compañía, todo lo cual haya contado con la conformidad del asegurador quien no formuló objeción alguna. e) El mandante queda obligado, frente al tercero de buena fe cuando por su propia culpa se ha creado una apariencia de mandato. f) La culpa del mandante deriva del hecho de haber permitido que el mandatario se extralimitase reiteradamente en sus poderes, creando la impresión de que serían más extensos de lo que en verdad eran. (Rubén Stiglitz, *‘Derecho de Seguros’*, tº I, pág. 308/309) ‘La ratificación resultará también tácitamente del silencio del asegurador, una vez conocida la actuación del agente o productor, cuando no cuestione lo actuado’ (Stiglitz, op. cit., pág. 316) ? Asumo que me he extendido más de lo usual en una cita, pero entiendo que la vinculación de las situaciones tratadas lo justificaba.

En el caso la aseguradora negó que hubiere intervenido aquél que los actores sostienen actuó como productor en la celebración del contrato de seguros y además que éste se hubiere contratado con anterioridad al siniestro y no solo omite decir cómo fue la contratación y quien intervino, sino también acompañar la documentación respectiva (esencialmente la oferta) o exhibir registros fehacientes al respecto, con lo que sin hesitación alguna, por aplicación de los criterios expuestos en aquél precedente que he parcialmente transcripto, ha de tenerse por cierta la versión de los actores. Agrego, como un dato que además refuerza ello, las observaciones que se realizan en el informe pericial contable de fs. 1026/1028, respecto de las irregularidades que presentan los libros de la aseguradora. Consecuentemente, con fundamento en los argumentos desarrollados sobre el punto en la sentencia de primera instancia y los que aquí he expuesto, propongo el rechazo de este agravio y consecuente confirmación del rechazo de la defensa de no seguro”.

4.5.8.- Hecha la cita, es claro que lo que allí era la falta de celebración del contrato, en el caso es la supuesta falta de pago de nada menos que las dos primeras cuotas del premio pactado. Todo lo transcripto resulta de aplicación. Hay que preguntarse por qué omite la aseguradora tan siquiera expedirse si actuó o no un productor suyo o cómo se contrató el seguro, además de especificar como era que se abonaba y cómo se abonaron aquellas cuotas que reconoce haber percibido luego de ocurrido el siniestro. Tales omisiones sobre aspectos centrales del conflicto y que no puede sostenerse que desconociera, hacen que no pueda sostener frente a un tercero que no ha tenido participación alguna en el contrato, la existencia de mora en el pago de premio y mucho

menos, que hubiere procedido a suspender y finiquitar el contrato. Su actuación si no es de mala fe, es de una torpeza inadmisibles y debe cargar con las consecuencias de tal comportamiento procesal.

Resalto que en los casos expuestos se trataba del conflicto entre aseguradora y asegurado, con lo que, sin duda alguna, las reglas sobre carga probatoria y demás conceptos vertidos, se fortalecen en favor del aquí actor, por ser una persona absolutamente ajena al contrato de seguro y su ejecución.

4.6.9.- En cuanto a la alegada falta de carné de conducción, correspondía a la aseguradora que planteaba la exclusión de cobertura acreditar ello y, habiendo asumido la producción de la informativa a la municipalidad local, finalmente fue declarada negligente en la producción de la misma, con lo que no ha acreditado el extremo fáctico a partir del cual pretendía exonerarse de responsabilidad. Vienen al caso también los argumentos expuestos en el punto anterior.

4.6.10.- Finalmente respecto de la supuesta omisión de denuncia del siniestro, más allá que no se acreditó tal circunstancia, se trata de una cuestión ajena al tercero damnificado y que eventualmente solo traerá consecuencias para la asegurada.

Propongo en consecuencia el rechazo de la excepción de falta de legitimación pasiva y defensas opuestas por la aseguradora, resultando la misma responsable solidariamente de las indemnizaciones que seguidamente he de proponer.

4.7.1.- Como un primer rubro que denomina incapacidad parcial y permanente, en la demanda se reclama una indemnización mediante la aplicación de la fórmula 'Méndez' o 'Vuotto2' de la Cámara Laboral de la capital y que en nuestra provincia fuera adoptada por nuestro Superior Tribunal de Justicia en el conocido caso 'Pérez Barrientos' (sentencia N° 108 del 30/11/2009), luego modificado parcialmente en cuanto al interés aplicable en 'Pérez c/ Mansilla y EDERSA' (sentencia N° 23 del 11/06/2013).

Aunque sujeta a lo que surja de la pericia médica, sostiene que se consolidó una incapacidad parcial y permanente del 70% que le cambió la vida en 180 grados, pues pensaba estudiar en la universidad profesorado de educación física lo que ya no podrá hacer, como tampoco sabe qué es lo que podrá hacer con su vida ya que con la incapacidad que posee no hay trabajo en relación de dependencia posible.

Expresa que antes del accidente podía estudiar y trabajar para ayudar a su padre, pero ello ahora es imposible.

Toma como base de cálculo el denominado Salario Mínimo Vital y Móvil y reclama en

definitiva la suma de \$ 4.104.103,18.

4.7.2.1.- Sabido es que mantengo una posición crítica a la aplicación del SMVM en casos como el que nos ocupa de personas que tenían aún por delante la posibilidad de estudiar y adquirir las herramientas para aspirar a mayores ingresos, así como también la modificación introducida en el caso 'Pérez c/ Mansilla' a la doctrina legal fijada en 'Pérez Barrientos' (ver entre otros mi voto en la sentencia de fecha 4/08/2015 correspondiente al Expte. n° 1-I-08).

Mas en el caso, en la propia demanda se utiliza el SMVM como pauta para el cálculo y la utilización de la fórmula con valores al momento del hecho -al menos para casos anteriores a la puesta en vigor del Código Civil y Comercial-, resulta obligatoria para las Cámaras y tribunales inferiores de la Provincia, en virtud de lo dispuesto por el art. 52 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (texto según ley 5,190).

Consecuentemente, haciendo uso de la herramienta informática de cálculo existente en la página web jusrionegro.gov.ar he de proponer como indemnización por este concepto la suma de Pesos Un millón cuatrocientos mil novecientos noventa y cinco (\$ 1.400.995.-)

Tomo en cuenta la edad de la víctima (18 años) y el valor del SMVM a la época del infortunio de \$ 2.875.-

4.7.2.2. En cuanto a la incapacidad pondero el 64,26 %, determinado por la pericia médica a cargo del Dr. Hugo Rujana cuyo informe fuere incorporado a fs.391/393, y asimismo el 20% informado por la perita psicóloga, fijando en definitiva una incapacidad permanente en el plano psicofísico del 74%, que disminuirá al 70% por no haber llevado el actor el casco puesto.

4.7.2.3.- Tengo en cuenta lo expuesto por el apoderado de la aseguradora fs. 371/372 que, concordando con la labor pericial psicológica, en sus conclusiones expresa: 'El trabajo de la experta es irreprochable, habiendo podido establecer un nexo fáctico con el evento dañoso. Se trata de un accidente grave, con mecanismo traumático idóneo para ocasionar la sintomatología descrita, con importantes secuelas físicas limitantes, las cuales terminan teniendo impacto psicológico en relación a la pérdida de goce, motivación y de proyectos de vida, tales como estudios y el deporte. A su vez, es necesario considerar el estrés quirúrgico al que el actor se vio expuesto, habiendo pasado por tres cirugías. Por lo dicho, no conviene a esta parte impugnar las conclusiones de la perita. En otro sentido, no corresponde que la experta otorgue una doble compensación por un mismo concepto. Debería optar por otorgar porcentaje de

incapacidad o sugerir tratamiento psicoterapéutico en caso de que se tratara de una incapacidad transitoria, pero jamás otorgar los dos a la vez´.

Es decir que cuestiona la aseguradora se vaya a computar el costo de los tratamientos psicológicos y, por otra parte, se tome como definitivo el porcentual de incapacidad por ella determinado fijando la consecuente indemnización.

De la contestación de la impugnación (fs. 412) se extrae que para la experta no es posible saber la eficacia que tendrá el tratamiento. Dependería del mismo la superación o morigeración de la incapacidad psíquica que determinara.

En mi opinión, los tratamientos psicológicos obviamente no pueden ser negados y en consecuencia los hemos de reconocer más adelante. Ahora bien, es de prever que alguna mejora traerá la terapia recomendada, aunque difícilmente por la magnitud de las lesiones y demás factores que la experta expone, pueda mitigarse en definitiva la incapacidad psíquica. Por tal motivo, en ejercicio de las facultades que surgen de una interpretación amplia del art. 175 y normas concordantes del CPCyC, estimo justo que el cálculo de la indemnización se haga sobre una incapacidad del 74% y no un 64,26% u 84,26% -sin reconocimiento de tratamientos psicológicos- que autorizaría la aseguradora según lo expuesto.

4.7.2.4.- Determinado el grado de incapacidad que padece, si bien el hecho acreditado de no haber llevado el casco reglamentario puesto no ha tenido mayor influencia en la producción de las lesiones, sí puede decirse que pudo haber mitigado en cierto modo los cortes y cicatrices en la cara por lo que he de proponer que se adjudique un 4% de la incapacidad referida a la conducta del propio actor que violó el deber legal de portar casco 40 inc. j y 74 inc. s de la Ley Nacional de Tránsito 24.449.

Como consecuencia de ello es que he calculado solo un 70% de incapacidad a los fines de llegar al importe de condena expuesto precedentemente en el punto 4.7.2.1.

4.7.2.5.- Al importe señalado se le agregará como intereses, los resultantes de aplicar la tasa activa del Banco de la Nación Argentina prevista por el Superior Tribunal de Justicia como doctrina legal obligatoria en los precedentes Loza Longo, Jerez, Guichaqueo y Fleitas, desde el acaecimiento del accidente hasta su efectivo pago.

4.8.1.- Como un segundo rubro que denomina consecuencias no patrimoniales, daño moral, se reclama sin perjuicio del criterio del tribunal, la suma de \$ 500.000.- más intereses.

4.8.2.1.- Respecto de este rubro el cimero tribunal de la provincia sí tiene establecido que su determinación debe hacerse a valores de la sentencia -en este caso de la presente-

.Y a ello deberán agregarse intereses a la tasa activa del 8% anual desde la fecha del accidente hasta el presente y de aquí en adelante y hasta su efectivo pago, a la suma de la indemnización que reconocemos y tales intereses, se le calcularán intereses a la tasa activa del Banco de la Nación Argentina prevista en el precedente 'Fleitas', conforme el criterio que expusieramos al resolver en la causa 'Chavero c/ Federación Patronal' (sentencia de fecha 9/03/2020 correspondiente al Expte. A-2CH-70-C31-17) y los precedentes allí citados.

4.8.2.2.- En el caso es innegable que el actor ha sufrido dolores y perturbaciones espirituales a causa de las secuelas del accidente que no solo lo han marcado física y psíquicamente, sino que es de prever que seguirán intensamente por el resto de su vida. La magnitud de las lesiones incapacitantes y su ocurrencia a una edad tan temprana truncándole sus expectativas o proyecto de vida son de envergadura, resultando muy ilustrativo lo expuesto por la perita psicóloga en su informe de fs. 366/369 a cuya lectura me remito.

4.8.2.3.- Tengo especialmente en cuenta además que la reparación debe ser integral o plena procurándose dejar indemne a la víctima y siendo que no se ha reclamado ni se está reconociendo en otro rubro, lo atinente a la reparación del denominado 'daño a la vida de relación' que jurisprudencial y doctrinariamente se viene abriendo camino como un rubro autónomo, entiendo que ello debe ser motivo de especial ponderación a la hora de cuantificar el denominado 'daño moral'.

4.8.2.4.- Dicho esto, como venimos reiterando la indemnización por daño moral es una tarea extremadamente difícil, porque precisamente el dolor y las afecciones de orden espiritual, no resultan por esencia medibles económicamente. Hay siempre una gran dosis de discrecionalidad en la decisión jurisdiccional, que desde mucho tiempo se viene tratando de acotar, procurando acordar mayor objetividad y consecuente legitimidad a la decisión, atendiendo a lo decidido con anterioridad en casos que pudieran ser de algún modo asimilables. En nuestra jurisdicción desde el viejo precedente 'Painemilla c/ Trevisán' (Jurisprudencia Condensada, tº IX, pág.9-31), se ha sostenido que 'no es dable cuantificar el dolor ya que la discreción puede llegar a convertirse en arbitrio concluyéndose en cuanto a la tabulación concreta de este rubro, que su estimación es discrecional para el Juzgador y poca objetividad pueden tener las razones que se invoquen para fundamentar una cifra u otra. Es más, el prurito de no pecar de arbitrario que la efectiva invocación de fundamentos objetivos, lo que lleva a abundar en razones que preceden a la estimación de la cifra final. La única razón

objetiva que debe tener en cuenta el Juzgador para emitir en cada caso un pronunciamiento justo, es además del dictado de su conciencia, la necesidad de velar por un trato igualitario para situaciones parecidas... Por cierto que nunca habrá de agotarse en la realidad, pero la orientación emprendida en esta tarea, el catálogo de las posibilidades que nos pone de manifiesto la realidad? (‘El daño moral en las acciones derivadas de cuasidelitos’, Félix E. Sosa y Mercedes Laplacette, pág. 6).

En este orden de ideas, aun cuando en el presente se presentan circunstancias especiales que pueden justificar incremento de la indemnización, corresponde atender a las indemnizaciones reconocidas en casos similares, aunque parangonando no tanto la expresión numérica sino el poder adquisitivo, circunstancia que se impone frente al pronunciado proceso inflacionario.

4.8.2.5.- No hay un caso con el mismo grado de incapacidad ni que pueda ser asimilado completamente al presente, pero conforme lo expuesto, tengo en cuenta para ello, los siguientes precedentes:

En el caso ‘TORRES’ (sentencia del 4/08/2015 correspondiente al Expte. N° 1-I-08), reconocimos por una incapacidad del 61, 66% a un menor de 8 años, la suma de \$730.000.- al 08/08/2014, importe que actualizado aproximadamente al mes de mayo de 2020 asciende a la suma de \$ 4.280.000.-

En el caso ‘BRUSAIN’ (sentencia del 24/05/2013 correspondiente al Expte. N° CA-20759), reconocimos por una incapacidad física determinada en 55% con relación a lesiones graves, en un hombre adulto, la suma de \$ 300.000 al 10/08/2011, importe que actualizado aproximadamente al mes de mayo de 2020 asciende a la suma de \$3.735.000.-

En el caso ‘FLORES’ (sentencia del 09/03/2016 correspondiente al Expte. N° 33827), reconocimos por una incapacidad del 56,95% correspondiente a una fractura de fémur, tibia y peroné, 9 intervenciones quirúrgicas, a un adolescente de 17 años, la suma de \$600.000.- al 05/12/2014, importe que actualizado aproximadamente a la fecha de esta sentencia asciende a la suma de \$ 4.470.000.-

En el caso ‘VERGARA’ (sentencia del 14/04/2016 correspondiente al Expte A-2RO-2-C2013), reconocimos por una incapacidad determinada en 60,64% correspondiente a un traumatismo encéfalo craneano con pérdida de conocimiento, fracturas y escoriaciones, a una persona adolescente de 15 años la suma de \$ 810.000.- al 07/05/2015, que se vieron reducidos a la suma de \$405.000 por haberse determinado en un 50% la atribución responsabilidad a cada parte, al 07/05/2015, importe que

actualizado aproximadamente al mes de mayo de 2020 asciende a la suma de \$ 4.005.000.-

'CARRASCO' (sentencia del 07/02/2018 correspondiente al Expte. N° A-2RO-73-C3-13), reconocimos por una incapacidad determinada en el 66%, en un hombre de 47 años, la suma de \$ 750.000 al 11/08/2017, importe que actualizado aproximadamente al mes de mayo de 2020 asciende a la suma de \$ 2.073.000.-, aunque es importante señalar aquí que el actor había limitado a la Cámara al pretender tal importe en la instancia recursiva.

En el caso 'GELDRES' (sentencia del 10/02/2020 correspondiente al Expte. VRC-9550-J21-15) reconocimos por una incapacidad de 61%, en un hombre de 53 años, la suma de \$ 1.900.000 al 04/09/2019, que actualizado aproximadamente al presente asciende a la suma de \$ 2.546.000.-.

4.8.2.- Propongo reconocer por este rubro y agregando los intereses referidos en el punto 4.8.2.1, la suma de Pesos Cuatro millones ochocientos mil (\$4.800.000.-).

Aun cuando el grado de incapacidad que aquí han reconocido los profesionales es superior al citado precedente 'Flores' que fue en casación al cimero tribunal de la provincia, estimo que es con el que más guarda relación correspondiendo entonces acordarle una indemnización algo por arriba de aquél precedente.

4.9.- También propongo hacer lugar al reclamo por los costos del tratamiento psicoterapéutico que se limitará al costo de las sesiones, computando las treinta y cinco sesiones recomendadas por la experta en su dictamen como terapia mínima.

Y aclaro ello por cuanto la observancia del principio de congruencia imposibilita reconocer una compensación económica por el tiempo que insume la víctima en esperas de consultorio y traslado conforme lo señaláramos en el precedente 'Aramburu' (sentencia del 3/10/2012 correspondiente al Expte. CA-20784) y reiteráramos en otros. Reconocimiento este que adquiere mayor fundamento en la actualidad al afianzarse legislativamente el derecho a una reparación integral o plena.

La perita informó un costo entre \$ 500 y \$ 700 a valores de la presentación de su dictamen (septiembre de 2017), por lo que teniendo en cuenta que corresponde recomponer dicha suma a valores de esta sentencia, propongo tomar el costo de cada sesión en la suma de \$ 1.400.- que es poco menos que el valor actualizado del término medio de los valores suministrados por la experta (\$600).

En consecuencia, este rubro se acoge por la suma de Pesos Cuarenta y nueve mil (\$ 49.000.-) a los que se le agregarán los mismos intereses que los previstos para el rubro

daño inmaterial o moral.

4.10.1.- Resta abordar el reclamo de daño material consistente en la reposición de la motocicleta marca keller modelo KW 110-10, por la que reclama la suma de \$ 16.400.-

4.10.2.- Se ha verificado la destrucción total de la motocicleta cuyo derecho acreditó el actor mediante el boleto de compra venta reconocido de fs. 98 y el título registral que en copia fuera incorporado a fs. 96.

No encuentro razones para apartarme del valor reclamado con base en el presupuesto acompañado con la demanda, pero ante la desvalorización operada como consecuencia del proceso inflacionario y la falta de información actual sobre el valor que tendría una motocicleta de similares características, propongo conceder por este concepto dicho importe, agregando intereses a las tasas activas del Banco Nación previstas, en los precedentes Jerez, Guichaqueo y Fleitas, calculándose esta última hasta su efectivo pago.

5.- Resumiendo entonces, si me propuesta fuera compartida, se hará lugar al recurso de apelación, revocándose íntegramente la sentencia de primera instancia y haciéndose lugar a la demanda en su mayor extensión con costas en ambas instancias a los demandados y la citada en garantía en la medida del seguro.

En consecuencia, se condenará en forma solidaria al Sr. Juan Pablo Velázquez Balderrama, a la Sra. Alicia Balderrama Ejibaja y a Escudo Seguros Generales S.A en la medida del seguro, a abonar al Sr. Emmanuel Rodríguez en el término de diez días, los importes de capital e intereses determinados precedentemente.

Respecto de los honorarios, conforme doctrina legal, los correspondientes a la asistencia de los actores y peritos, no podrán superar el 25% del importe de condena, por lo que, si bien en principio se tendrán en cuenta los porcentajes previstos por las leyes G 2.212 y 5.069, necesariamente he de perforar el tope mínimo de ésta última para permitir una equitativa retribución de honorarios. Recuerdo en este sentido que como hemos dicho muchas veces invocando el art. 13 de la ley 24.432, es necesario ante la necesaria reducción de los honorarios, mantener proporcionalidad entre la mayor labor y responsabilidad que corresponde a los abogados que actúan a lo largo de las tres etapas del proceso y la de los peritos que se limitan a una actuación parcial en solo una de las etapas, no verificándose además en el caso, tareas extraordinarias o complejas por partes de éstos (ver entre otros precedentes, nuestra sentencia de fecha 9/11/2017 correspondiente al Expte. N° A-2RO-421-C1-14).

Los letrados de la actora Bárbara Sánchez Pulgar y Luis Ancalao Pulgar, han actuado en

el doble carácter (art.10 ley G 2.212), durante las tres etapas del proceso aunque el alegato se limitó a la determinación de la responsabilidad sin analizarse la prueba vinculada a la extensión de los daños y cuantificación de los distintos rubros indemnizatorios, por lo que teniendo en cuenta las pautas de mérito previstas en el art. 6 de dicha ley arancelaria y la escala de su art.8, siguiendo lo que viene siendo además nuestra práctica más generalizada propongo se determinen sus honorarios por la primera instancia en conjunto en el 16% sobre los importes de condena, fijando para los peritos un 4,50% para cada uno de ellos (refiero al perito médico Dr. Hugo Rujana y la perita psicóloga Lic. Gladis M. Hernández).

En cuanto a los letrados que asistieran a la aseguradora, se verifica que el Dr. Alejandro Daniel Marco actuó en el doble carácter en la primera etapa del proceso y parte de la segunda etapa, renunciando al poder para continuar siendo asistida dicha parte por el Dr. Gustavo Tomé, quien actuó también en el doble carácter. Han resultado perdedores, no habiendo cumplimentado la tercera etapa y resultando la labor del Dr. Tomé de escasa extensión -adjunción de la pericial contable efectuada en extraña jurisdicción-, por lo que conforme la escala del citado art.8 y el adicional previsto en el art. 10, propongo se regulen los honorarios de éstos en un 6 % para el primero de los nombrados y un 0,5% para el Dr. Tomé.

En cuanto a los honorarios de la Dra. María Belén Ayerra, propongo se determinen los correspondientes a su actuación en el carácter de patrocinante de los codemandados Juan Pablo Velázquez Balderrama y Alicia Balderrama Ejibaja, en dos etapas de la primera instancia en el 6,5% teniendo en cuenta el resultado y extensión de la labor cumplida, como las demás pautas de mérito previstas por el art. 6 de la ley G 2.212.

Dichos porcentuales se calcularán sobre el importe del capital e intereses de condena.

En cuanto a los honorarios por la etapa recursiva, propongo regular los honorarios del Dr. Luis Ancalao Pulgar y Bárbara Sánchez Pulgar, en el 32% a calcular sobre los honorarios correspondientes a su actuación en primera instancia, conforme lo previsto por los arts. 15 y 6 de la citada ley G. 2.212.

6.- Advirtiéndole que el entonces Juez de Instrucción acordó en préstamo el expediente penal que corre por cuerda en fecha 10/03/2017 por el término de quince días solicitara la Sra. Jueza y no habiendo sido devuelto ni reclamado, corresponde disponer que por Secretaría se proceda a la inmediata devolución de dicho expediente al Director de la Oficina Judicial local para su entrega a quien corresponda y la adopción de las medidas que se estime corresponder en ese ámbito, haciendo saber al Juzgado de Primera

Instancia que deberá arbitrar las medidas necesarias para evitar que una situación de este tipo pueda reiterarse. Debe tenerse en cuenta que no habiendo concluido el proceso penal que, de ordinario por su naturaleza, demanda mayor celeridad que la generalidad de los procesos civiles, no es posible retener los mismos, debiendo restituirse dentro de los plazos del préstamo acordado extrayendo en todo caso copias de las partes pertinentes que, en el presente, cabe recordar que fueron acompañadas con la demanda. TAL MI VOTO.

EL SR. JUEZ DR. VICTOR DARIO SOTO, DIJO: Que compartiendo los fundamentos expuestos por el Dr. GUSTAVO ADRIAN MARTINEZ, VOTO EN IGUAL SENTIDO.-

EL SR. JUEZ DR. DINO DANIEL MAUGERI, DIJO: Que atendiendo a la coincidencia de opinión de los dos primeros votantes, se abstiene de emitir su opinión (art.271 C.P.C.).-

Por ello, y en mérito al Acuerdo que antecede, la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería,

RESUELVE: I.- Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por los apoderados de la parte actora, revocándose íntegramente la sentencia de primera instancia y haciéndose lugar a la demanda en su mayor extensión con costas en ambas instancias a los demandados y la citada en garantía en la medida del seguro; II.-

En consecuencia, condenar en forma solidaria al Sr. Juan Pablo Velázquez Balderrama, a la Sra. Alicia Balderrama Ejibaja y a Escudo Seguros Generales S.A en la medida del seguro, a abonar al Sr. Emmanuel Rodríguez en el término de diez días, los importes de capital e intereses determinados en el voto rector; III.- Por la labor en primera instancia sobre la suma total del capital e intereses de condena se fijan los honorarios de los profesionales que han actuado de la siguiente forma: para la Dra. Bárbara Sánchez Pulgar y el Dr. Luis Ancalao Pulgar, en conjunto, un 16%; para los peritos Dr. Hugo Rujana y Lic. Gladys M. Hernández un 4,5% a cada uno; para el Dr. Alejandro Daniel Marco un 6 % y para el Dr. Gustavo Tomé un 0,5%; y para la Dra. María Belén Ayerra, un 6,5%, IV.- Por la labor en la instancia apelación regular los honorarios de la Dra. Bárbara Sánchez Pulgar y el Dr. Luis Ancalao Pulgar, en un 32% a calcular sobre los correspondientes a su actuación en primera instancia; V.- Por Secretaría disponer la inmediata devolución del expediente penal conforme lo expuesto en el punto 6 del voto rector; VI.- Encomendar al Juzgado de origen, tenga en cuenta en lo sucesivo lo expuesto en el punto 6 del voto rector.

Regístrese, notifíquese y vuelvan.-

GUSTAVO ADRIAN MARTINEZ

JUEZ DE CÁMARA

VICTOR DARIO SOTO

PRESIDENTE

DINO DANIEL MAUGERI

JUEZ DE CÁMARA

(En Abstención)

Certifico: Que el Acuerdo que antecede fue arribado a través de los medios informáticos disponibles, atento a la modalidad de trabajo vigente en función de las acordadas 09 a 14/2020 de nuestro S.T.J.. Conste.-

PAULA CHIESA

SECRETARIA

nvp