

Seguro Automotor Destruccion Total Valor De Plaza Limite De La Suma Asegurada Vehiculo Sustituto

JURISPRUDENCIA

Seguro automotor. Destrucción total. Valor de plaza. Límite de la

suma asegurada. Vehículo sustituto Se mantiene el fallo que admitió el reclamo de pago del seguro por ?destrucción total? del vehículo por una suma menor a la del valor en plaza, pues la indemnización debida por el asegurador podrá ser igual o menor que la suma asegurada, pero nunca superior.

En Buenos Aires, a 27 de junio de 2017, se reúnen los Señores Jueces de la Sala D de la Excelentísima Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, con el autorizante, para dictar sentencia en la causa ?YAGGI PABLO ROBERTO C/ FEDERACION PATRONAL SEGUROS S.A. s/ORDINARIO?, registro n° 13475/2014, procedente del JUZGADO N° 15 del fuero (SECRETARIA N° 29), en los cuales como consecuencia del sorteo practicado de acuerdo con lo previsto por el art. 268 del Código Procesal, resultó que debían votar en el siguiente orden, Doctores: Heredia, Vassallo, Garibotto.

Estudiados los autos la Cámara planteó la siguiente cuestión a resolver: ¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada? A la cuestión propuesta, el Señor Juez de Cámara, doctor Heredia dijo: 1°) La sentencia de primera instancia rechazó las excepciones de falta de legitimación pasiva y activa que opuso al progreso de la demanda Federación Patronal de Seguros S.A. y, haciendo parcialmente lugar al reclamo del actor por cobro del seguro que cubría al automotor identificado como dominio ..., condenó a la citada aseguradora al pago de \$ 30.800 en concepto de cobertura por destrucción total; \$ 5.500 para cubrir un equipo de GNC también asegurado; \$ 4.000 por incumplimiento de entrega de un automóvil sustituto; \$ 27.000 por privación de uso; intereses y costas. Corresponde observar que el fallo rechazó el reclamo del actor por daño moral y condicionó el cobro de la condena a que previamente tramitase y entregase a la demandada el certificado de baja del automotor por destrucción al que se refiere la ley 25.761 y el art. 5 del decreto 744/04, para posibilitar la correspondiente transferencia de los restos. 2°) Contra esa decisión apelaron ambas partes (fs. 232 y 234). La demandada expresó sus agravios en el escrito de fs. 247/251, cuyo traslado contestó el actor a fs. 266/274. De su lado, el demandante presentó el memorial de fs. 252/259, que fue resistido a fs. 262/264 por Federación Patronal de Seguros S.A. Asimismo, se interpusieron recursos por los honorarios regulados, los que serán decididos por la Sala al finalizar el acuerdo (fs. 230 y 236). No examinaré los agravios siguiendo la secuencia en que han sido propuestos, sino ordenándolos en función de una mejor exposición argumental. 3°) Al contestar demanda, la aseguradora opuso una excepción de falta de legitimación activa en el actor para reclamar por daño moral, el valor de mercado del rodado y sumando la pasiva respecto a la indemnización por falta de entrega de un vehículo sustituto; y a renglón seguido, Federación Patronal de Seguros S.A. opuso también una excepción de falta de legitimación activa y pasiva que conjuntamente fundó en el hecho de no haber entregado el actor la documentación identificada en el anexo D de la cláusula 16ª integrante de la póliza, razón por la cual, según explicó, se negó al pago del seguro en los términos del art. 1201 del Código Civil (fs. 61/63, capítulos IV y V). Todas estas defensas fueron rechazadas por la sentencia recurrida y ello provoca, en sustancia, el primer agravio de la demandada. A mi modo de ver, la queja es inadmisibles. Veamos. (a) La carencia de legitimación sustancial se configura cuando una de las partes no es titular de la relación jurídica sustancial en que se sustenta la pretensión, con prescindencia de que ésta tenga o no fundamento (conf. Fallos 324:1838; 326:3206; 327:2722; 327: 2625, entre muchos otros). En otras palabras, a través de la excepción de falta de legitimación para obrar sólo cabe analizar si quien actúa es, en principio y para el caso, la persona a quien la ley habilita para ello y, por tal razón, estar legitimado en la causa significa tener derecho a que se resuelva sobre las peticiones formuladas en la demanda, ya sea en sentido favorable o desfavorable, es decir, sobre la existencia o no del derecho material pretendido pues se trata de una condición necesaria para poder dictar sentencia de fondo (conf. Highton, E. y Areán, B., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, concordado con los códigos provinciales - análisis doctrinal y jurisprudencial, Buenos Aires, 2006, t. 6, p. 782). De tal suerte, la legitimación para obrar no se relaciona con la constatación del derecho de fondo a favor de la parte, sino con la aptitud para hacer un reclamo jurisdiccional frente a otro sujeto aunque pudiera ser o no infundado. En casos como el de autos, la cuestión se vincula específicamente con la titularidad del interés asegurado capaz de recibir el pago (conf. Halperín, I., Seguros - Exposición de la ley 17.418, Buenos Aires, 1972, p. 417, n° 70). Y, en tal sentido, como bien lo observó el juez a quo sin recibir crítica específica por la demandada, la legitimación del actor para reclamar se encuentra en el caso claramente presente pues él es quien puede reclamar el pago de las obligaciones a cargo de la demandada ya que es el titular del bien asegurado, aparte de que contrató el seguro por cuenta propia -de modo que es tomador y beneficiario- y fue quien se obligó al pago de la prima (fs. 220 vta./221). Ninguna duda ofrece, entonces, la legitimación del demandante para obrar, con sustento en la póliza respectiva, contra Federación Patronal de Seguros S.A. (b) Por cierto, la aseguradora demandada incurre en una inaceptable confusión conceptual

cuando vincula la cuestión de la legitimación activa del actor con su derecho para obtener las indemnizaciones que pretende. Ello es así, pues debe distinguirse entre la mera titularidad de una relación jurídica en que se basa la pretensión y la fundabilidad de esta última. Solamente la primera se vincula a la legitimación para obrar y cumple una función procesal, a saber, que el proceso se desarrolle entre los sujetos que, respecto de la pretensión deducida, puedan ser destinatarios de sus efectos (conf. CNCom. Sala C, 2/7/1979, LL 1979-D, p. 33). Así pues, que uno o más de los reclamos del actor pudieran no ser procedentes, no es cuestión de falta de legitimación suya sino, eventualmente, de ausencia de fundabilidad de la pretensión respectiva. (c) Tampoco son admisibles las defensas de ausencia de legitimación activa y pasiva que Federación Patronal de Seguros S.A. opuso con sustento en una alegada falta de cumplimiento por el actor del aporte documental necesario para convertirse en cesionaria de los restos del automotor siniestrado. Más allá de observar la incongruente ambivalencia que significa simultáneamente oponer una excepción de falta de legitimación activa y pasiva bajo un mismo argumento, recuerdo que la suscripción del instrumento de cesión respectivo, como asimismo la entrega de la restante prueba instrumental que correspondiese según la ley o el contrato, tiene importancia a los efectos de que el asegurador pueda adquirir el dominio sobre el vehículo asegurado, sus restos o la esperanza de hallarlo en alguna oportunidad si hubiera desaparecido (conf. Soler Aleu, A., Seguro de automotores, Buenos Aires, 1978, p. 167, n° 85). Ahora bien, la entrega del material documental indicado no hace a la legitimación para demandar, como tampoco siquiera a la definición del derecho del asegurado contra la aseguradora (lo cual está atado, en rigor, a la presencia de un siniestro amparado por la póliza), sino que simplemente condiciona el pago de la indemnización debida. Es decir, el aporte instrumental de que se trata es necesario solamente para poder percibir la indemnización (conf. Meilij, G. y Barbato, N., Tratado de Derecho de Seguros, Rosario, 1975, p. 424, n° 481). Por tanto, y no habiendo discutido la demandada la producción del siniestro y su amparo por la póliza invocada por el actor, la falta de suscripción del instrumento de cesión y/o entrega documental referida no pudo sino condicionar el pago de la cobertura (conf. CNCom. Sala D, 2/6/2010, ?Moreno, Alberto c/ Seguros Bernardino Rivadavia Coop. Ltda. s/ ordinario?, causa n° 29.367/2007), pero sin que ello hubiese representado, a la vez, del lado de la aseguradora, ejercicio de la facultad prevista por el 1201 del Código Civil, ya que la misma se refiere a las obligaciones principales y no a las accesorias del contrato como es la mencionada (conf. Spota, A., Instituciones de Derecho Civil, Buenos Aires, 1977, vol. III, p. 458, n° 609), y sin que ello pudiese dar pie argumental para cuestionar la legitimación activa del actor cuya constatación, como ha quedado expuesto, se define por otro tipo de razonamiento. (d) En las condiciones expuestas, debe rechazarse el primer agravio de la demandada, con el efecto de quedar confirmado el rechazo de las excepciones referidas. 4°) Cuestiona el actor, dando ello lugar a su primer agravio, que la sentencia recurrida hubiera admitido el reclamo de pago del seguro por ?destrucción total? del vehículo por una suma menor a la del valor en plaza del vehículo. La queja es inadmisibles. La pretensión del señor Yaggi enderezada a obtener el valor en plaza del rodado, es reiteración de la que formalizó extrajudicialmente. Cabe observar, en tal sentido, que en la etapa pre-procesal el actor fijó ese valor en plaza en \$ 36.300 (conf. carta documento de fs. 24, reservada) y al demandar lo elevó a \$ 46.999 (fs. 38). Ahora bien, en la póliza de que tratan estas actuaciones se fijó la cantidad de \$ 30.800 como suma asegurada para el riesgo de ?destrucción total? (fs. 50). Esta última marca, sin dudas, el límite de la responsabilidad de la aseguradora que se deriva del contrato de seguro. Al respecto, el art. 61, parte segunda, de la ley 17.418 es claro en cuanto dispone que el asegurador "...responde sólo hasta el monto de la suma asegurada...". Es decir, la indemnización debida por el asegurador podrá ser igual o menor que la suma asegurada pero nunca superior (conf. Halperín, I., ob. cit., p. 370, n° 41; Soler Aleu, A., El nuevo contrato de seguro, p. 176, Buenos Aires, 1969; Stiglitz, R., Derecho de seguros, Buenos Aires, 2008, t. III, ps. 107/108, n° 1063; Rouillón, A. y Alonso, D., Código de Comercio comentado y anotado, Buenos Aires, 2005, t. II, p. 99). Si la póliza consigna claramente determinado el monto a título de suma asegurada, ha dicho esta cámara reiteradamente que él actúa como un tope o límite indemnizatorio máximo hasta el cual se extiende la responsabilidad de la aseguradora (conf. CNCom. Sala C, 28/5/86, ?Lagarreta S.R.L. c/ Cenit Cía. de Seguros S.A.?, íd. Sala C, 19/4/05, ?Grosso, Juan c/ HSBC La Buenos Aires Cía. de Seguros s/ ordinario?, etc.) De ahí que sea improcedente otorgar al asegurado una indemnización mayor que la contratada en el seguro, toda vez que la prestación a cargo de la compañía aseguradora debe circunscribirse a la "suma asegurada", límite fijado libremente por las partes con apoyo en lo determinado por el art. 1197 del Código Civil o art. 958 del Código Civil y Comercial de la Nación (conf. CNCom. Sala D, 22/2/08, "Palacio, Luis c/ Provincia Seguros S.A. s/ ord."; íd. Sala A, 20/7/95, ?Páez, Marta c/ El Comercio Cía. de Seguros a Prima Fija S.A. s/ cobro de pesos?, etc.). No forma óbice a lo anterior el hecho de que en la póliza de que tratan estas actuaciones se hubiera acordado que en caso de daño total "...el asegurador indemnizará el valor de venta al público al contado en plaza al momento del siniestro de un vehículo de igual marca, modelo y características..." (cláusula CGDA 4.2, fs. 52 vta.). Esto es así, porque tal cláusula limita la responsabilidad de la aseguradora al indicado valor de venta cuanto es inferior a la suma asegurada, pero no permite exceder de esta última si aquél fuera mayor (conf. Sala D, 17/4/09, ?Calandra, Gastón Carlos c/ HSBC La Buenos Aires S.A. s/ ordinario?). Y si todavía cupiera alguna duda en cuanto al límite económico de la cobertura comprometida (duda que el suscripto no tiene), debe ser observado que el

contrato que vinculó a los litigantes, tras establecer lo anterior, hizo la siguiente aclaración "...todo ello hasta la suma asegurada que consta en el frente de la póliza..." (cit. cláusula CGDA 4.2, y cláusula "Suma Asegurada" en fs. 50), es decir, ratificó expressis verbis lo antes dicho en orden a que la obligación de la aseguradora de resarcir la destrucción total del rodado no habría de superar el límite de la suma asegurada. Además, no debe ser perdido de vista que -contrariamente a lo que parece entender el recurrente, en cuanto establece una relación económica contractual entre la indemnización debida y el valor de reposición del rodado la obligación del asegurador no es una deuda de valor sino de dinero, limitándose su débito a la entrega de la cantidad de unidades monetarias comprometidas en el contrato como capital asegurado, sin perjuicio, en su caso, de los intereses que correspondan (conf. CNCom. Sala A, 23/3/90, "Pellegrini, Eduardo Alberto c/ Compañía de Seguros Unión Comerciantes S.A. s/ incumplimiento de contrato de seguro e indemnización por daños y perjuicios", LL 1990-D, p. 397). Observo, en fin, que la sentencia dictada en el caso "Spadavecchia" que el actor cita a fs. 254 vta., también expresamente declaró que el pago de la cobertura se extiende "...dentro del marco de la suma asegurada que opera como límite máximo de la obligación del asegurador...", por lo que tal precedente no ofrece sustento válido a una solución contraria. En suma, como lo adelanté, el primer agravio del actor no puede prosperar. 5°) Agravia a la demandada que la sentencia de primera instancia hubiera admitido el pago de la cobertura dada por la póliza al equipo de GNC instalado en el vehículo asegurado. Pide que el rubro sea rechazado (agravio segundo). La lectura de la póliza muestra que independientemente del riesgo "destrucción total" hasta la suma de \$ 30.800, fue objeto de aseguramiento como un "accesorio" un equipo de gas por \$ 5.500 (fs. 50). En otras palabras, el aseguramiento del equipo de GNC no formó parte del riesgo antes indicado, sino que se contrató autónomamente. Debe ser observado, además, que el actor en su demanda no hizo ningún reclamo específico relacionado con el pago del seguro contratado en punto al mencionado "accesorio" (véase liquidación de fs. 38). Así las cosas, la incorporación a la condena de la indicada cantidad de \$ 5.500 constituyó un exceso del juez a quo que debe ser revocado pues afectó el principio de congruencia procesal (art. 163, inc. 6°, del Código Procesal). Tal comprensión de las cosas releva al suscripto de discurrir acerca de si el equipo de GNC se encontraba o no en el vehículo asegurado al tiempo de su retiro por la empresa La Franco Americana S.A. 6°) Lo expuesto y concluido en el considerando 4° evidencia que el actor postuló tanto extrajudicialmente como judicialmente un reclamo monetariamente excesivo que, consiguientemente, la aseguradora resistió con razón, toda vez que no estaba obligada a pagar más de lo convenido en la póliza. Sin embargo, frente a ese reclamo excesivo, extrajudicialmente la aseguradora no realizó una oferta de pago por la destrucción total del automotor de \$ 30.800 (suma asegurada), sino que inexplicablemente ofreció al actor la cantidad menor de \$ 30.000 (conf. carta documento de fs. 26, reservada). Y digo "inexplicablemente" porque sobre el particular Federación Patronal de Seguros S.A. ninguna aclaración volcó al contestar demanda, ni en escrito posterior. Pues bien, la oferta de pago defectuosa hecha por la aseguradora, se asimila a una inejecución total que, consiguientemente, la coloca en mora deudor (conf. Stiglitz, R., ob. cit., t. III, ps. 232/233, n° 1157 y 1158), la que se produjo automáticamente (ley 17.418, arts. 15, 49, 50 in fine y 56). Desde tal perspectiva debe ser rechazado el quinto agravio de la demandada tendiente a demostrar que de su parte no hubo mora y, que en consecuencia, no debe intereses. Por cierto, la falta de colaboración que la aseguradora imputa al actor en el desarrollo de dicho agravio debió conducir, en su caso, a la consignación judicial de lo que aquélla efectivamente adeudaba, único modo de purgar o evitar la mora propia (conf. Stiglitz, R., ob. cit., t. III, p. 174, n° 1067, ap. "a", y ps 187/188, n° 1084; Llambías, J., Tratado de Derecho Civil - Obligaciones, Buenos Aires, 1973, t. I, p. 170, n° 135; Wayar, E., Tratado de la mora, Buenos Aires, 2007, p. 752). Al no haber obrado de ese modo, resulta inadmisibles la afirmación de la aseguradora de no haber incurrido en mora sin que, por ende, la conducta precedente del actor mencionada al comienzo de este considerando hubiera sido óbice para ello. 7°) La inejecución total de la aseguradora antes referida es la que justifica el resarcimiento de los daños reclamados por el actor en la medida de su procedencia y prueba. A este diferente aspecto de la litis se vinculan los restantes agravios de las partes. Veamos. (a) La demandada entiende excesiva la indemnización de \$ 4.000 acordada en la instancia anterior a favor del actor para resarcirlo por no habersele entregado un automóvil sustituto durante 10 días según lo pactado en la póliza. Asimismo, sostiene que se trata de un reclamo que se superpone con el rubro "privación de uso" también reclamado por el señor Yaggi (agravio tercero, fs. 249 vta.). A mi modo de ver, es certero y dirimente lo último señalado por la aseguradora. En efecto, el resarcimiento derivado del no cumplimiento del "beneficio adicional" consistente en la entrega al asegurado de un automóvil sustituto por 10 días (fs. 50), queda absorbido por el reclamo que este último hizo en concepto de "privación de uso" del vehículo asegurado. Es que el suministro por la aseguradora de un vehículo sustituto durante el lapso que tiene para pagar la indemnización por "destrucción total" tiene por objeto, precisamente, evitarle al asegurado, al menos en parte, el perjuicio que deriva de la privación del rodado asegurado. Pero si, en definitiva, como se verá seguidamente, este último perjuicio es resarcido autónomamente en sede judicial en toda su dimensión temporal, forzoso es concluir que la paralela concesión de un resarcimiento por el no cumplimiento de dicho "beneficio adicional" implica una impropia superposición indemnizatoria, toda vez que el mismo daño estaría siendo simultáneamente reparado por dos vías. Así pues, más allá de todo juicio sobre la

suficiencia de los \$ 4000 acordados, la sentencia de primera instancia debe ser dejada sin efecto en este aspecto para evitar un enriquecimiento indebido del actor. (b) No cuestiona la demandada la procedencia del rubro "privación de uso", pero sí la cuantía económica que le asignó la sentencia recurrida, por lo que entiende pertinente su reducción prudencial (cuarto agravio, fs. 249 vta.).

Frente a la ausencia de prueba específica sobre el quantum del daño de que se trata, el criterio para la fijación del resarcimiento debe ser naturalmente estricto, máxime ponderando que la privación del uso del automotor conlleva, al mismo tiempo, la eliminación de gastos de combustible, lubricantes, estacionamiento, desgaste de neumáticos, de piezas mecánicas, etc., todo lo que determina una compensatio *lucri cum damno* que no puede dejar de ser apreciada, aún de oficio, para no gravar indebidamente la situación del responsable, quien debe pagar sólo por el "perjuicio efectivamente sufrido" por el damnificado (art. 1069 del Código Civil; mi voto en la causa "El Cheikh, Héctor Omar c/ Caja de Seguros S.A.", sentencia del 17/12/2007). En función de lo precedentemente expuesto y teniendo en cuenta, además, el lapso de privación invocado en la demanda (fs. 96) y que el actor no explicó siquiera mínimamente cuál era el uso dado al vehículo asegurado (frecuencia, lugares de desplazamiento, duración de los traslados, etc.), entiendo pertinente reducir la indemnización de que se trata a la suma de \$ 15.000 (art. 165, tercer párrafo, Código Procesal). (c) Agravia al actor el rechazo de su pretensión de resarcimiento del daño moral con fundamento en la ausencia de probanzas siendo que, sostiene, la existencia de ese desmedro quedó acreditada con la prueba testimonial (segundo agravio, fs. 255/259). En materia contractual el daño moral no se presume y quien lo invoca debe alegar y probar los hechos y circunstancias que determinaron su existencia, toda vez que el mero incumplimiento no basta para admitir su procedencia (conf. CNCom. Sala D, 2/6/1994, "Jones, Carlos Raúl c/ La República Cía. de Seg. Grales. S.A.", voto del juez Alberti; CNCom, Sala D, 25/6/90, "Desup S.R.L. c/ Irusta Cornet José s/ ordinario"; CNCom, Sala A, 11/9/01, "Tomás, Celestino Antonio c/ Compañía Sur Seguros de Vida S.R.L. s/ ordinario"; CNCom. Sala B, 26/3/93, "Arabia, Amado c/ Transportes Sur S.A. s/ sumario"; CNCom. Sala, C, 18/2/03, "Nowak, Roberto c/ Omega Coop. de Seguros Ltda. s/ sumario"; y CNCom. Sala E, 7/9/90, "De Vera, Diego c/ Programa de Salud S.A. s/ ordinario"; etc.). En autos no se ha rendido prueba convincente que acredite la existencia del perjuicio extrapatrimonial reclamado. No lo es, ciertamente, la prueba testimonial pues, como bien lo advierte la aseguradora (fs. 263), quienes declararon a favor del actor solamente se limitaron a reproducir los dichos de este último referentes al malestar que el incumplimiento de la aseguradora le causó. Es decir, las declaraciones no fueron más que testimonios indirectos referenciales, testigos "de oídas", que carecen por ello de eficacia probatoria (conf. CNCom Sala D, 5/11/2008, "Tren de la Costa S.A. s/ concurso preventivo s/ incidente de verificación por Nievas Carmen", causa n° 21.213/08; Palacio, L. y Alvarado Velloso, A., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, explicado y anotado jurisprudencial y bibliográficamente, Santa Fe, 1994, t. 8, p. 446). Por lo demás, he señalado antes de ahora (véase mi voto en la causa "Degaetano, Walter c/ Fiat Auto Argentina SA", sentencia del 14/2/2007), que la sola privación del uso de un automotor no constituye causa eficiente de una lesión espiritual que sea jurídicamente relevante por sí sola para producir un verdadero agravio moral, desde que este último no debe confundirse con las meras molestias o contrariedades que pudieran derivarse de la falta de un bien material (conf. CNCom. Sala A, 10/11/87, "Atec SA c/ Guar Car SRL s/ daños y perjuicios"; CNCiv. Sala I, 23/2/94, "Vázquez, Carlos Alberto c/ Garage Galicia s/daños y perjuicios"). Ciertamente es que este último criterio podría tener excepción en diversos supuestos contemplados por la jurisprudencia, tales como cuando se ha probado de manera clara que la privación del uso del automotor produjo al dueño una objetiva reducción de sus posibilidades de esparcimiento y la insatisfacción espiritual ante el impedimento de goce de la cosa propia (conf. CNCom. Sala E, 31/10/88, "Balbil de Conti, Yolanda c/ Asorte S.A."); cuando hay un incumplimiento contractual excesivamente prolongado (conf. CNCom. Sala E, 14/2/90, "Díaz, Susana c/ Plan de Planes S.A. s/ ord."); cuando la privación se refiere a un automotor especialmente preparado para la movilidad de un discapacitado (conf. esta Sala D, 30/12/08, "Cino, Ricardo c/ La Mercantil Andina Cía. de Seguros S.A. s/ ordinario"; CNCom. Sala B, 28/12/06, "Cerutti, Andrea c/ Compañía de Seguros La Mercantil Andina S.A. s/ ordinario"; CNFed. Civ. Com. Sala 2, 26/10/95, "Planchadell, Enrique Ignacio c/Caja Nacional de Ahorro y Seguro s/cobro"); cuando la privación de uso derive de un injusto secuestro extrajudicial del rodado realizado en presencia de su titular y de transeúntes (conf. CNCom. Sala C, 8/3/02, "Martinez, Roberto G. c/ Citibank NA s/ sumario"), posibilidad esta última -valga señalarlo- que ha sido reconocida por diversos precedentes de esta cámara de apelaciones en variadas situaciones, señalándose la aptitud que una situación de esa naturaleza tiene para repercutir en el ánimo y paz espiritual del titular del vehículo secuestrado (conf. CNCom. Sala A, 11/7/95, "Moszenberg, Gegorio c/ Alra S.A. y Autolatina Arg. S.A. s/ sum."; CNCom. Sala A, 25/8/2000, "Sánchez, Marcelo c/ Córdoba 5430 S.A."; CNCom. Sala B, 29/12/2005, "Freyre, Alfredo c/ Bankboston NA s/ sumario"; CNCom. Sala C, 8/3/2002, "Martinez, Roberto Germán c/ Citibank NA s/ sumario"; CNCom. Sala C, 18/10/2002, "Chimenti, Juan C. c/ Bankboston NA s/ ordinario"; CNCom. Sala C, 26/10/2007, "Prelat, Claudio c/ Ford Credit Financiera S.A. s/ ordinario"); etc. Ahora bien, a mi juicio, todos esos particulares casos de excepción, autorizan el resarcimiento del daño moral derivado de la privación del automotor sólo frente a la prueba de su concreta existencia (esta Sala, 14/8/08, Aveille Hernana, Esteban c/ Ford Credit Compañía Financiera S.A s/

ordinario?, voto del suscripto). Pero, como lo he adelantado, esa prueba no se rindió en autos o, mejor dicho, no lo fue con adecuada fuerza de convicción. En otras palabras, resulta necesario que quien reclama por daño moral en las hipótesis mencionadas allegue prueba convincente de que el incumplimiento ha trastornado su tranquilidad espiritual, o afectado su honor, su intimidad, su fama, su salud, etc.; y ello es así, porque al formular el demandante su reclamo esta constreñido a demostrar los presupuestos de hecho fundantes de su pretensión (art. 377 del Código Procesal). Por otro lado, y como razonamiento coadyuvante al anterior, cabe recordar que la indemnización de que se trata constituye un remedio de excepción y no un modo genérico de engrosar el resarcimiento económico (conf. CNCom. Sala D, 22/12/08, "Aime, Aníbal Raúl y otro c/ HSBC Bank Argentina SA y otro s/ ordinario"; íd. Sala D, 16/6/10, "Díaz Álvarez, Virginia de Las Mercedes c/ Nación Seguros S.A. s/ ordinario?"; CNFed. Civ. Com., Sala II, causas 1247 del 14.5.82; 2166 del 18.5.84; 5889/93 del 11.2.97; 1264/94 del 15.7.98, 1088/93 "Astilleros Sudestada SRL c/ Cirio, Ricardo Orestes y otro s/ daños y perjuicios?", del 22/12/98; íd., causa 16.096/96, "Ruíz, Susana Lucrecia y otro c/ Banco de la Nación Argentina s/ incumplimiento de contrato?", del 19/9/00). Juzgo, pues, que corresponde rechazar el agravio del actor sobre este aspecto.

8°) La revocatoria parcial del fallo apelado que en diversos aspectos propone este voto, determina que se adecuen las costas al nuevo resultado de conformidad con lo dispuesto por el art. 279 del Código Procesal. Lo que se decide a continuación brindará, de paso, respuesta al sexto y último agravio de la demandada (fs. 250 vta.). Desde tal perspectiva, teniendo en cuenta el resultado económico obtenido por el actor frente a lo reclamado, aprecio adecuado que las costas de primera instancia se carguen a su cuenta en el 74%, quedando a cargo de la demandada el 26% restante (art. 71 del Código Procesal). En cuanto a las costas de alzada, entiendo adecuado que en la misma proporción anterior se distribuyan las correspondientes al recurso de la aseguradora (cit. art. 71); en cambio, las devengadas por la apelación del actor deben ser a él impuestas en su totalidad (art. 68, primera parte, de la ley de rito).

9°) Por lo expuesto, voto porque revoque parcialmente la sentencia recurrida con el alcance que resulta de los considerandos 5° y 7° "a" y "b", quedando confirmada en lo demás que fue materia de apelación. Las costas de alzada deben correr del modo indicado en el considerando precedente. Así lo propongo al acuerdo. El señor Juez de Cámara, doctor Vassallo adhiere al voto que antecede. El señor Juez de Cámara, doctor Garibotto dijo: El Dr. Garibotto dijo: Comparto, en su casi totalidad, el muy fundado voto emitido por el distinguido Vocal preopinante, Dr. Pablo Heredia, al que ha adherido el también distinguido señor juez Dr. Gerardo Vassallo. Mi parcial y respetuosa disidencia aparece centrada en el rechazo del daño moral que el actor adujo haber padecido por causa del comprobado incumplimiento en que incurrió Federación Patronal Seguros S.A.

i. Por definición, el agravio moral importa una lesión a las afecciones legítimas, entre otras, la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, el honor, la integridad física, los afectos familiares, y se vincula con el concepto de desmedro extrapatrimonial o lesión en los sentimientos personales. Tanto en el ámbito de la responsabilidad contractual como en el campo de los hechos ilícitos, el resarcimiento del daño moral es procedente (art. 1741 del Cód. Civil y Comercial, antes arts. 522 y 1078 del Cód. Civil; v. Lorenzetti, en "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2015, t°. VIII, pág. 498 y sig.). Precisamente, el resarcimiento por daño moral está dirigido a compensar los padecimientos, molestias y angustias sufridas por la víctima de la iniuria en el plano espiritual, a consecuencia de un incumplimiento imputado al deudor.

ii. El seguro es un contrato que tradicionalmente ha sido calificado como de "uberrimae bonae fidei" en cuya virtud las partes deben conducirse con buena fe en la celebración y en la ejecución de sus obligaciones, y si los principios de la buena fe hallan en éstos una aplicación más frecuente y rigurosa, se debe a la naturaleza del contrato y a la posición especial de las partes (cfr. Halperin- Morandi, en "Seguros", Buenos Aires, 1986, t°. I, pág. 50 y sig.; Stiglitz, en "Derecho de Seguros", Buenos Aires, 2008, t°. I, pág. 605). Y ese cumplimiento se espera especialmente en la etapa de ejecución del negocio jurídico, sobre todo cuando se produce el siniestro, oportunidad en que la entidad aseguradora debe demostrar mayor transparencia en su conducta e inobjetablez en su proceder; circunstancia -esta última- que, por tratarse de una sociedad con alto grado de especialización en la materia, se condice con el profesionalismo que corresponde exigirle en atención a las consecuencias que pueden derivarse de su actuar. En razón de ello, es que resulte especialmente exigible una conducta diligente y prudente al momento de evaluar si debe responder, o no, ante la ocurrencia del siniestro amparado por la cobertura (v. mis votos, como integrante de la Sala C, en las causas "Marvaso, Oscar Felipe c/ Caja de Seguros S.A.", 4.5.15; "Medina, Luisa Isabel c/ Orígenes Seguros de Vida S.A.", 17.5.16; "Jasminoy, María Inés c/ Compañía de Seguros La Mercantil Andina S.A.", 10.5.16; y "Ponce, Miguel Orlando c/ La Caja Seguros S.A.", 14.6.16).

iii. La conducta que frente a su asegurado desplegó Federación Patronal Seguros S.A., a mi juicio exorbitó las meras molestias derivadas del simple incumplimiento y fue apto para producir un agravio de índole espiritual que, entonces, debe ser atendido en su doble función: como sanción ejemplar a un proceder reprochable, y como una reparación de quien padeció las aflictivas consecuencias de ese modo de obrar. Y si bien coincido con el señor juez Heredia en cuanto a que los testimonios rendidos en la causa, sobre cuya base intentó demostrarse la existencia del demérito, no son convincentes, en mi criterio fue innecesaria su producción por hallarnos ante una prueba in re ipsa, es decir, que surge

inmediatamente de los hechos, que su vinculación no se encuentra sujeta a cánones estrictos, y que no es, por lo tanto, necesario aportar prueba directa sobre tal padecimiento (Bustamante Alsina, en "Equitativa reparación del daño no mensurable", publ. en LL. 1990-A- 654); solución ésta ahora receptada por el art. 1744 del Cód. Civil y Comercial de la Nación, que dispone que, en cuanto a su prueba "El daño debe ser acreditado por quien lo invoca, excepto que la ley lo impute o presuma, o que surja notorio de los propios hechos". De tal premisa se infiere una clara excepción a la regla general de la carga de la prueba cuando los daños surgen notoriamente, de los mismos hechos que lo ocasionaron. En tal sentido, los "hechos notorios" son aquellos hechos comunes, conocidos y tenidos por ciertos por la generalidad de las personas, que por investir tal calidad excluyen la posibilidad de que sean puestos en duda por el órgano judicial (Lorenzetti, en op. y loc. cit. pág. 514; esta Sala, "Álvarez de Cardarelli, Olga Irene c/ Universal Assistance S.A.", 3.11.16; íd., "De Paoli, María Cristina c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires", 3.11.16; íd., "Sperlungo, Daniel Rodolfo c/ Aparicio, Diego Adrián", 29.12.16). iv. Es mi opinión, pues, que el rubro procede; mas no por la suma con que se lo cuantificó (de \$ 100.000) que, a todas luces es exorbitante. Esta particular cuestión halla cauce en el dispositivo del art. 165 del Cód. Procesal, norma esta que ciertamente coloca a los jueces en posición dificultosa, pues la determinación de un monto con el que resarcir el demérito espiritual será necesariamente discrecional y hasta podrá ser arbitraria (véase que no es insólito que el legislador remita al arbitrio del juez, como lo hacía el art. 794, segundo párrafo, del Cód. Civil). Ocurre que al legislador le resulta inaceptable que una persona probadamente dañada quede sin indemnización por carencias probatorias respecto de su monto y, por tanto manda fijarlo judicialmente aunque, en tal hipótesis, el juez debe actuar con prudencia suma, de modo de no convertir la indemnización en un lucro. Es entonces muy posible y altamente probable que de ese actuar discrecional no resulte un monto que coincida exactamente con el del daño sufrido por la víctima del incumplimiento, pero de todos modos dicha norma lo que pretende es otorgar "alguna" indemnización al sujeto dañado, y no la exacta e integral indemnización que se correspondería a un daño de monto suficientemente acreditado (esta Sala, "Álvarez de Cardarelli, Olga Irene c/ Universal Assistance S.A.", 3.11.16; íd., "De Paoli, María Cristina, c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires", 3.11.16; íd., "Somnitz, Evelyn c/ Obra Social del Personal de Entidades Deportivas y Civiles", 24.11.16; íd., "Sperlungo, Daniel Rodolfo c/ Aparicio, Diego Adrián", 29.12.16; íd. "Elmadjián, Verónica Noemí c/ BBVA Banco Francés S.A.", 3.3.17; íd., "Malaret, Carlos Mariano c/ Blaisten S.A.", 4.4.17). Sobre tales bases, a mi juicio resulta suficiente fijar en \$ 5.000 el monto resarcitorio del daño moral. Tal es mi opinión. Concluida la deliberación los señores Jueces de Cámara acuerdan por mayoría: (a) Revocar parcialmente la sentencia recurrida con el alcance que resulta de los considerandos 5° y 7° "a" y "b", quedando confirmada en lo demás que fue materia de apelación. (b) Imponer las costas de alzada en el modo indicado en el considerando 8°. (c) En base a lo resuelto, corresponde en virtud del art. 279 del Código Procesa fijar los estipendios por las labores desarrolladas en el marco de este proceso. Cabe señalar, en lo que respecta a los honorarios devengados por la actuación de la mediadora en la etapa prejudicial obligatoria, que, aunque anteriormente se sostuvo que la retribución de esos profesionales debe calcularse con las normas vigentes a la fecha de realización de la mediación, un nuevo estudio de la cuestión, a la luz de la razones que infra se explicitan, han conducido a modificar ese temperamento (CNCom. Sala D, 14/12/2016, "Di Paoli, María Cristina c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ ordinario?"). En efecto, como se sostuvo en el precedente citado, no cabe perder de vista que, como principio, las leyes que organizan el procedimiento son de aplicación inmediata a las causas en trámite a condición de que no se afecten actos procesales cumplidos con arreglo a la normativa anterior (Fallos, 310:1924; 315:839; 316:1793; 316:1881; y 324:2248, entre muchos otros), carácter que revisten las normas relativas a honorarios que no han sido definitivamente fijados; y que esa interpretación, por otra parte, es la única que guarda congruencia con lo previsto en materia de derecho transitorio en el arancel de abogados y procuradores (arg. art. 63, ley 21.839). Por tanto, y destacando que, por motivos análogos, las restantes Salas de esta Cámara coinciden en que no cabe utilizar en estos casos el arancel vigente al momento de la mediación (CNCom, Sala A, 28/4/2016, "Bozzi, Gustavo Leonardo c/ Brutti, Héctor s/ sumarísimo"; Sala B, 17.3.16, "Marsans Internacional Argentina S.A. c/ Air Plus Argentina S.A. s/ ordinario?"; Sala C, 28/5/2015 "Barrera, Julio César c/ Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. s/ ordinario" y Sala F, 29/3/2012, "Ammaturo, Francisco Horacio y otro c/ Darex S.A. s/ ordinario?", entre otros), la remuneración de que se trata habrá de efectuarse con la escala retributiva operativa al momento concreto de la presente estimación (v. en similar sentido, Fallos, 327:760). Pues bien, en atención a la naturaleza, importancia y extensión de las labores desarrolladas y las etapas procesales efectivamente cumplidas fíjase el honorario de Martín Elías Cáceres, letrado apoderado del actor, en la suma de \$ 12.000 (pesos doce mil); los del letrado apoderado de la demandada, Juan Agustín Massa, en la suma de \$ 10.200 (pesos diez mil docientos); y el de la mediadora, Regina Gabriela Bonini, en la de \$ 5.120 (pesos cinco mil ciento veinte) (arts. 6, 7, 9, 19, 37 y 38; y decreto 2536/2015). Por las incidencias resueltas a fs. 182/183 y 194/195, se reducen los honorarios de Martín Elías Cáceres a las sumas de \$ 1.500 (pesos mil quinientos) y \$ 1.500 (pesos mil quinientos), respectivamente (art. 33 de la ley 21.839). Por último, por el escrito de fs. 247/251 regúlanse los honorarios de Juan Agustín Massa en la suma de \$ 3.100 (pesos tres mil cien). Por el escrito de fs. 266/274 regúlanse

los honorarios de Matías Elías Cáceres en la suma de \$ 3.700 (pesos tres mil setecientos). Por el escrito de fs. 262/264 regúlense en la suma de \$ 3.400 (pesos tres mil cuatrocientos) los honorarios de Juan Agustín Massa (art. 14 de la ley 21.839). Notifíquese y una vez vencido el plazo del art. 257 del Código Procesal, devuélvase la causa al Juzgado de origen. Cúmplase con la comunicación ordenada por la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación (Ley 26.856 y Acordadas 15/13 y 24/13).

Gerardo G. Vassallo Juan R. Garibotto Pablo D. Heredia Julio Federico Passarón Secretario de Cámara
022612E