

## Accidente De Transito Compania De Seguros

JURISPRUDENCIA

Accidente de tránsito. Compañía de seguros

Se rechaza el

recurso de apelación interpuesto por la compañía de seguros contra la sentencia que hizo lugar a la demanda de daños y perjuicios emergentes de un accidente de tránsito. En la ciudad de General Roca, a los 18 días de octubre de 2018. 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: "CARRA LAURA INES Y OTRO C/ KRONEBERGER ARIEL FABIAN S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (Sumario)" (Expte. N° 15201/09), venidos del Juzgado Civil N° Treinta y Uno, 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 DR. GUSTAVO ADRIAN MARTINEZ, DIJO: 1.- Habiéndose interpuesto y concedido libremente en la instancia de origen, sendos recursos de apelación interpuestos por los actores y por la citada en garantía, llamados a sostener el recurso, solo el apoderado de esta última expresa agravios, por lo que corresponderá declarar la deserción del recurso deducido por los actores. Hemos de tratar asimismo en su caso, el recurso interpuesto por el Dr. Luis Minieri quien reclama tanto la elevación de los honorarios que le fueran regulados, como la imposición de su pago a la aseguradora. 2.1.- Habiéndose hecho lugar a la demanda de daños y perjuicios emergentes de un accidente de tránsito y extendiéndose el pago de la indemnización fijada por aquellos a Seguros Bernardino Rivadavia Coop. Ltda, mediante el escrito de expresión de agravios incorporado a fs. 191/194 y que fuera contestado por los actores a fs. 201/203, el apoderado de aquella cuestiona que no se haya hecho lugar a su planteo relativo a la suspensión de la cobertura por falta de pago de la prima (aclaro que en la presentación del demandado Ariel Fabián Kroneberger de fs. 198/199, éste se limita a evacuar el traslado del pedido de apertura a prueba de la causa que hiciera el recurrente). En tal presentación sostiene el recurrente: "3.1. PRIMER AGRAVIO. La decisión de grado se produce con un grave apartamiento 'consciente' de las constancias agregadas al presente expediente (cfr. fs. 50 y siguientes), las que constituyen 'circunstancias comprobadas de la causa', materializando un fallo 'descalificable' por aplicación de la doctrina de la arbitrariedad de sentencia, al carecer de las condiciones intrínsecas para constituir un acto jurisdiccional 'válido' (cfr. todo ello con violación de los estándares legales incorporados a los arts. 200 de la Constitución de la Provincia de Río Negro, 163 inc. 5to y 34 inc. 4 del CPCyC, y asimismo art. 3 del Código Civil y Comercial que habla de una 'decisión razonablemente fundada'). Que al respecto a fs. 50 y siguientes se encuentran incorporadas constancias de comunicación fehaciente y su correspondiente constancia de recepción (fs. 50 y 51), y asimismo constancias del sistema de administración y registración contable de mi poderdante, SEGUROS BERNARDINO RIVADAVIA COOP. LTDA. (fs. 52, 53 y 54), que acreditan y refieren a un pago extemporáneo por parte del asegurado, 'posterior' al accidente de autos. Al respecto, fundamentalmente del folio incorporado a fs. 53, surge claramente el ingreso del pago correspondiente a la fecha 22/05/07 y 22/06/07 en fecha 10/07/07. Que esta documentación, incorporada a la contestación de la citación en garantía, no fue desconocida o rechazada en su autenticidad por la parte actora y/o el asegurado. Que la decisión de la sentenciante, su razonamiento en el sub lite, a que hacemos referencia en el punto '2.2' supra, simplemente consiste en 'prescindir' o 'soslayar', y con ello forcluir (copio textual, pero aclaro que interpreto que el recurrente ha querido decir concluir pues el término que he subrayado creado por Lacan, carece aquí de sentido), negar o desconocer, estas constancias documentales aportadas por esta parte, las cuales resultan de consideración necesaria para la adecuada resolución de la cuestión sub examine, implicando ello un déficit de actividad jurisdiccional que implica un vicio de arbitrariedad de sentencia, correspondiendo su revocación". Sigue luego sosteniendo el apelante: "SEGUNDO AGRAVIO. Continuando con la crítica expresada en nuestro anterior agravio, en que observábamos que la Jueza se pronuncia sobre la cuestión de la falta de pago de las primas (cfr. art. 31 de la Ley 17.418) simplemente 'prescindiendo' de las constancias agregadas por esta parte a fs. 50 y siguientes de los presentes, en el presente apartado indicamos que lo hace 'sujetándose' a un elemento incorporado a fs. 15 de la causa penal, una 'constancia de pago' no incorporada en las presentes actuaciones, valorando en definitiva prueba que no se encuentra agregada al expediente con afectación del debido proceso y afectación del derecho de defensa en juicio (ref. Superior Tribunal de Justicia 'FIGUEROA EUSEBIO Y OTROS c. GREGORIO NUMO Y NOEL WERTHEIN', Sentencia 195 del 28/12/2015, voto de la Dra. Liliana L. Piccinini)". Y continúa: "TERCER AGRAVIO. La 'constancia de pago' agregada a fs. 15 de la causa penal carece de fecha, con ello el razonamiento de la Juez a quo, que deduce de dicho elemento (en contra de las constancias de fs. 50 y siguientes), un pago oportuno o, cuando menos, 'previo' al siniestro de autos resulta carente de sustento o razonabilidad y viola las reglas de la 'sana crítica'. En efecto observemos claramente que el elemento incorporado a fs. 15 de la causa penal, una copia certificada de un recibo de pago, en principio, carece de fecha, en subsidio, eventualmente obtiene su 'fecha cierta' de la fecha de la certificación, la

que es efectuada el 10 de julio de 2007 (resultando este dato 'congruente' y 'consistente' con las constancias aportadas por esta parte). Con ello, claramente la premisa de la decisión de grado, cual es la realización de un pago previo al accidente de autos, constituye una mera 'suposición' un hecho 'plausible', careciendo totalmente de certeza a su respecto. De lo expuesto, surge que la decisión de grado respecto a la cuestión introducida, a saber: la suspensión de la cobertura por falta de pago al momento del accidente de autos, viola las reglas de la 'sana crítica', cfr. art. 386 del CPCyC, en tanto se sustenta en una mera 'suposición', la cual no resulta suficientemente 'autorizada' (en tanto no se trata de un razonamiento inductivo o deductivo), a partir de la constancia de pago agregada a fs. 15 de la causa penal, de la circunstancia de un pago previo al siniestro de autos. Máxime cuando ello se contradice con las evidencias de fs. 50 y siguientes. Que resulta evidente que la 'convicción' del grado en relación al pago previo al siniestro por el asegurado, en tanto este hecho aparece sustentando el rechazo de la exclusión de la cobertura en los términos de lo dispuesto en el art. 31 de la Ley de Seguros nro. 17.418, y con ello la condena a mi mandante, SEGUROS BERNARDINO RIVADAVIA COOP. LTDA., carece de sustento fáctico, objetivo o material, y luego constituye una expresión de la 'voluntad', del 'voluntarismo', de la Sra. Juez a quo, resultando un fallo dogmático y arbitrario, violatorio del debido proceso y del derecho de defensa en juicio, susceptible de revocación y/o anulación y reemplazo". Y concluye finalmente: "CUARTO AGRAVIO. Que la finalidad de toda esta actividad pretendidamente jurisdiccional es directamente la de suplir la suspensión de la cobertura en el presente caso, 'involucrando' a la cía. aseguradora en violación de la norma del artículo 31 de la Ley de Seguros, que establece la regla básica de que el asegurador no es responsable del siniestro producido antes del pago. Al respecto, como vimos, la Sra. Juez a quo 'elude' la aplicación de esta regla, de la que se sigue necesariamente la exoneración de mi poderdante, recurriendo a la constancia de pago de fs. 15 de la causa penal, la que -como vimos- en primer lugar, (i) no se encuentra incorporada a las presentes actuaciones; (ii) carece de fecha; (iii) en subsidio su fecha es la de la certificación -10/07/07-, la que a contrario resulta 'consistente' y 'congruente' con la posición asumida por la cía. de seguros y las constancias de fs. 50 y siguientes. Que de lo expuesto se sigue la grave arbitrariedad y la inconsistencia del acto jurisdiccional en crisis, el que, por aplicación de la doctrina de la arbitrariedad de sentencia debe ser revocado". 3.2.- A su turno los actores, tras reclamar que se declare desierto el recurso al entender que el escrito de expresión de agravios no cumple con la carga de fundamentación en los términos del art. 265 del CPCyC, subsidiariamente se hace cargo de los agravios uno por uno, a cuya lectura, a fin de ser breve me remito. 4.1.- Ingresando en el tratamiento de la expresión de agravios, si bien no considero que pueda la presentación que en su mayor extensión he transcripto, justificar la declaración de deserción del recurso, no advierto razones para variar lo decidido en origen respecto de la pretendida exclusión de cobertura. 4.2.- Por lo pronto y siendo que se ha invocado la violación de la doctrina emergente de un precedente del cimero tribunal de la provincia, entiendo conveniente expedirme en primer lugar al respecto teniendo en cuenta lo dispuesto por el art. 42 Ley Orgánica del Poder Judicial (texto según ley 5190). En este sentido, sin hesitación alguna, no converge en este caso el supuesto que motivara la descalificación de la sentencia como acto jurisdiccional en el citado precedente 'Figuroa', toda vez que como enfatizaran los actores al contestar la expresión de agravios, la causa penal fue ofrecida oportunamente como prueba en su integridad e incorporada para su ponderación. Precisamente del voto en disidencia de la Dra. Piccinini al que hace referencia el recurrente, deja esto en claro. Transcribo: "...pero de las constancias obrantes en la causa, no constaban que dichas pruebas instrumentales hayan sido incorporadas como elementos probatorios al presente proceso. Se advierte asimismo que, pese a que los actores han ofrecido 'ad effectum videndi' las causas referidas (fs. 637), en la etapa procesal de apertura a prueba (fs. 689) tal elemento probatorio no fue proveído. Circunstancia que no fue advertida por la parte que la había solicitado. A su vez, en la certificación probatoria que luce agregada a fs. 869 y consecuentemente en el auto de clausura del término probatorio, no consta que los expedientes aludidos hayan sido incorporados a autos. Todo ello constituye un obstáculo para que el juzgador pueda efectuar cualquier tipo de valoración respecto de ellos. Como bien advierte el Juez preopinante, no consta que dichas pruebas instrumentales hayan sido incorporadas como elementos probatorios al presente proceso a modo de tornar autosuficiente la prueba colectada en autos y, eventualmente, posibilitar su oportuna impugnación, resultando de ello una afectación del debido proceso y derecho de defensa" (los subrayados me pertenecen). Es decir que en aquél precedente se cuestionó que se hayan ponderado piezas de expedientes judiciales que, si bien fueron ofrecidos como prueba, luego no fueron incorporados a la causa, quedando absolutamente en claro que si se hubieran incorporado -como en el caso que nos toca ahora resolver- es válido hacer mérito de sus constancias en tanto no hubieren sido impugnadas. 4.3.- Dicho ello, el recibo de fs. 15 de la causa penal, debe necesariamente ser ponderado y su fuerza acreditante del pago de la prima resulta en mi opinión incuestionable. Remarco que además de no haber sido impugnado ni siquiera en esta instancia, importa el reconocimiento de su otorgante -el productor asesor de seguros de la localidad de Río Colorado, Sr. Norberto Carlos Castillo- como persona autorizada para el cobro que, en el caso, fuera hecho en efectivo. No resulta entonces documentación de terceros respecto de los que quepa considerar el concepto de fecha cierta, más allá que el otorgamiento de un recibo omitiendo consignar la fecha de emisión, no puede sino perjudicar a quien lo emite. Máxime por aplicación del régimen tuitivo previsto para

los consumidores con base en el art. 42 de la Constitución Nacional y la ley 24.240 y sus modificatorias, con la duda en favor de la parte débil de la relación negocial. También remarco que no fueron percibidos los intereses por mora previstos en la póliza, ni se hizo reserva alguna de la que pueda presumirse que el pago fue extemporáneo. Agregó por otra parte -sin perjuicio de las consideraciones que más adelante realizaré respecto del planteo de la aseguradora y los documentos que sostiene que no fueron ponderados-, que de la póliza acompañada y agregada a fs. 35, surge que la misma fue emitida en Buenos Aires el día 10/07/2007, con lo que mal podría haberse entregado al asegurado antes de esa fecha. Consecuentemente, siendo que el pago de la prima solo es exigible contra entrega de la póliza o de un certificado de cobertura que aquí ni siquiera se ha alegado que hubiere sido emitido, mal podría considerarse en mora, aunque sí vigente el seguro que la propia póliza de fs. 35 indica que lo estaba desde el 22/06/2007.

4.4.- Coincido con los actores en cuanto a que no es que la juzgadora haya omitido valorar los documentos adjuntados con la contestación de demanda por la aseguradora, sino que no ha encontrado mérito en ellos, para enervar lo que surge del recibo incorporado a la causa penal. Pero detengámonos en la defensa opuesta por la aseguradora y los elementos que incorporó al proceso en oportunidad de hacerse parte. Dijo que la póliza estaba suspendida por haberse omitido el pago del vencimiento del día 22 de mayo de 2007, no alegando en momento alguno se adeude otra prima. Consecuentemente, más allá que la póliza que ellos mismos acompañan e invocan se emitió en fecha 10/07/2007 con vigencia recién a partir del 22 de junio de ese año, en momento alguno se alegó la falta de pago o pago extemporáneo de la prima correspondiente a dicha póliza. Mal puede entonces introducir en esta instancia del proceso un hecho que oportunamente no alegó, sin violentar el principio de congruencia y la garantía de defensa en juicio. Al respecto nuestro Superior Tribunal de Justicia tiene fijada doctrina que resulta obligatoria conforme lo dispuesto por el art. 42 de la Ley Orgánica (texto según ley 5190). Entre otros, en sentencia de fecha 29/07/2014 correspondiente al Expte. 27014/14, en que a partir del voto del Dr. Apcarián sostuvo: “La llamada ‘litis contestatio’ que en la moderna doctrina ha sido reemplazada por la ‘relación procesal’, es el fundamento y principio del juicio; esto es, la columna del proceso, base y piedra angular del juicio. Dicha relación procesal, con prescindencia de situaciones especiales, se integra con los actos fundamentales de la ‘demanda’ y su ‘contestación’. En tanto el primero de ellos determina la persona llamada a la causa en calidad de demandado, la naturaleza de la pretensión puesta en movimiento y los hechos en que ésta se funda (art. 330, Código Procesal), el segundo delimita el ‘thema decidendum’ y concreta los hechos sobre los que deberá versar la prueba (art. 356, Código citado), quedando de tal modo precisada la esfera en la que ha de moverse la sentencia (arts. 34, inc. 4º y 163, inc. 6º del mismo cuerpo legal). Integrada la relación procesal, el Juez conserva sin embargo plenas facultades para determinar el derecho aplicable; porque su pronunciamiento debe decidir la viabilidad de las pretensiones deducidas en el juicio ‘calificadas según correspondiere por ley’ (art. 163 inc. 6º, cit.). Esto es que, en tanto no se alteren los presupuestos de hecho de la causa, al Juez incumbe determinar el derecho aplicable, inclusive con prescindencia de los planteos efectuados por las partes, como lo resume el proloquio latino ‘iuria curia novit’ (conf. Corte Suprema, Fallos: 273:358; 274:192, 459; 276:299; 278:313, entre muchos otros)”. Más tarde, a partir del voto del Dr. Barotto (sentencia del 9/08/2017 correspondiente al Expte. CS1-139-STJ2016), sostuvo el cintero tribunal de la provincia: “Bien se ha precisado que la facultad-deber de los Jueces de determinar el régimen pertinente -con prescindencia de los argumentos jurídicos expresados por las partes- ‘ha sido reconocida en tanto no se modifiquen los elementos del objeto de la demanda o de la oposición’ (Fallos 307:1487, La Ley, 1986-A, 363); principio que se complementa con la doctrina de base constitucional que establece que la sentencia, en materia civil, no puede exceder el alcance de lo reclamado en la demanda (Fallos 256:363; 258:15; 259:40; 261:193; 262:195 y muchos otros)’ (STJRNS1 - Se. 43/14, in re: ‘E. y R., R. D. c/F., C. A.’). En reciente fallo el Máximo Tribunal Federal ha señalado: ‘esta Corte ha resuelto en reiteradas oportunidades que la jurisdicción de las cámaras está limitada por los términos en que quedó trabada la relación procesal y el alcance de los recursos concedidos, que determinan el ámbito de su facultad decisoria, y que la prescindencia de tal limitación infringe el principio de congruencia que se sustenta en los artículos 17 y 18 de la Constitución Nacional (Fallos 301:925; 304:355, entre muchos otros). Que el carácter constitucional de dicho principio, como expresión de los derechos de defensa en juicio y de propiedad, obedece a que el sistema de garantías constitucionales del proceso está orientado a proteger los derechos y no a perjudicarlos: de ahí que lo esencial sea ‘que la justicia repose sobre la certeza y la seguridad, lo que se logra con la justicia según ley, que subordina al juez en lo concreto, respetando las limitaciones formales sin hacer prevalecer tampoco la forma sobre el fondo, pero sin olvidar que también en las formas se realizan las esencias (Fallos 315:106 y 329:5903)’ (in re: ‘Becerra, Juan José c/Calvi Juan María y otros s/cumplimiento de contrato’ CSJ 367/2014 (50-B)/CS1, 07-07-2015)”. Por otra parte, la carta documento carece de significación en tanto es posterior al accidente; y las impresiones de fs. 52/54 -que ni siquiera pueden reputarse instrumentos privados-, son simples elaboraciones de la parte sin ningún valor, más allá de su impertinencia en orden a lo que he venido exponiendo respecto de los presupuestos fácticos de la relación procesal.

4.5.- Corresponía sin duda alguna a la aseguradora probar y antes de esto alegar con absoluta precisión, el hecho por el que pretendía se le eximiera de las obligaciones emergentes del seguro y más precisamente de la cobertura del siniestro, resultando claro que no lo ha hecho. Por el

contrario, asumió una conducta reticente y contradictoria pretendiendo quitar validez al mentado recibo de fs. 15, pero sin desconocer la existencia de dicho pago y ni siquiera desautorizar al productor-asesor de seguros, con lo que no puede sino tenerse que el pago existió y que su recepción por éste estaba autorizada o era la modalidad. No brinda una versión precisa y congruente, sino que apela a subterfugios para sortear la incuestionable eficacia de aquél recibo, con una inadecuada cita de la doctrina expuesta por el Superior Tribunal de Justicia en el citado precedente 'Figueroa' y no diciendo nada respecto de como en los hechos efectivamente se contrataba el seguro, se cobraban las primas y demás pautas que hacían a la operatoria entre la aseguradora y los tomadores de seguros del Valle Medio o al menos del demandado Kroneberger en concreto. 4.6.- En esta línea argumental nos hemos expresado con mayor amplitud en otras oportunidades, por lo que me permitiré transcribir párrafos de lo que expusieramos en la sentencia de fecha 15/6/2016 correspondiente al Expte. CA-21521, pidiendo disculpas por su extensión, pero sin duda la pertinencia al caso que nos ocupa, justifica en mi opinión su transcripción. Dijimos: "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 Calmandrei, el proceso tiene una finalidad, una finalidad altísima, que no es otra que la realización de la justicia (Calmandrei 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 aún 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 esté 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 Rosenberg, 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 Rosenberg, '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 anomalía, 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 perito 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 [...] 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 [...] 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 [...] Ello es lo que surge de la práctica exhibida por las partes y lo que corresponde sostener a partir de una interpretación sistémica del ordenamiento jurídico. 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 ésta última 'es una actitud de cooperación

dirigida a cumplir la expectativa de la otra parte y que aquella 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). Este modo atípico de contratación fue propuesto por la aseguradora que en todo momento tuvo el dominio de la negociación, actuando el actor en la confianza depositada en la misma y en quien consideraba la representaba (Romero). No tenía razones para desconfiar. Romero no es un agente institorio. No es empleado, ni formalmente es mandatario o representante de la aseguradora, pero en los hechos lo hacía y Provincia Seguros no actuó en contrario. No hizo nada para aclarar que no los representaba. Expone Piedecasas 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, t° 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)". 4.7.- En orden a las consideraciones expuestas, es entonces que reitero la propuesta de rechazo del recurso de apelación de la aseguradora, con costas siguiendo el principio objetivo de la derrota. 5.- Resta abordar el recurso del Dr. Minieri, quien pretende la elevación de sus honorarios, pero además que los mismos queden a cargo de la aseguradora. Sobre esto último no se entiende qué es lo que pretende en realidad en función del modo en que se resolvió la aclaratoria, no apareciendo por otra parte una crítica concreta y razonada en los términos del art. 265 del CPCyC. Téngase en cuenta que la no asunción del costo de la defensa del Sr. Kroneberger, la aseguradora lo fundó con argumentos que en momento alguno son abordados por el

recurrente (punto III-b, fs.56). En cuanto a la cuantía de los honorarios, teniendo en cuenta que hubo un litisconsorcio pasivo y que el recurrente actuó exclusivamente como patrocinante de uno de los litis consortes pasivos que a la postre resultaron perdidosos, pero triunfador en cuanto a la no exoneración de responsabilidad de la aseguradora, cumplimentando las tres etapas del proceso, entiendo razonable que en orden a las pautas de mérito previstas en el art. 6 de la ley G 2212, elevar los honorarios por la actuación en primera instancia a la suma de \$ 30.500.- 6.- En cuanto a los honorarios por la instancia recursiva, soy de opinión que solo corresponde regular por la sustanciación del recurso de la aseguradora, al letrado de ésta y al patrocinante de los actores dentro de la escala prevista por el art. 15 de la ley G 2212 y, en menor medida al patrocinante del demandado Kroneberger, en tanto en su presentación de fs. 198/199, se circunscribió a oponerse a la apertura a prueba pretendida por el recurrente. Propongo en consecuencia se regulen los honorarios de los Dres. Pablo Alejandro Forte y Ricardo R. Thompson, en el ... % y ... %, respectivamente, a calcular sobre los honorarios correspondientes a la primera instancia. Asimismo regular los honorarios del Dr. Luis Minieri en el ...% de los que se le fijaran por la primera instancia. TAL MI VOTO. EL DR. DINO DANIEL MAUGERI, DIJO: Que compartiendo los fundamentos expuestos por el Dr. GUSTAVO ADRIAN MARTINEZ, VOTO EN IGUAL SENTIDO.- EL DR. NELSON WALTER PEÑA, 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.- Rechazar el recurso de apelación interpuesto por Seguros Bernardino Rivadavia Cooperativa Ltda., con costas, regulando los honorarios de los Dres. Pablo Alejandro Forte, Ricardo R. Thompson y Luis Minieri, en el ... %, ... % y ...% respectivamente, a calcular sobre los honorarios correspondientes a la primera instancia; II.- Declarar desierto el recurso de los actores; III.- Declarar desierto el recurso del Dr. Luis Minieri, excepto en lo atinente al importe de los honorarios que le fueran regulados por la Primera Instancia, los que se elevan a la suma de Pesos Treinta mil quinientos (\$ 30.500.-). Expte.n° 15201/09. Regístrese, notifíquese y vuelvan. GUSTAVO ADRIAN MARTINEZ PRESIDENTE DINO DANIEL MAUGERI JUEZ DE CÁMARA NELSON WALTER PEÑA JUEZ DE CÁMARA (En Abstención) Ante mí: PAULA CHIESA SECRETARIA nvp  
037917E