

Excma. Cámara Civil y Comercial Común – Sala II

Objeto: **interponer recurso de casación – hacer reserva del caso federal**

Juicio: “Bustos, Diego Armando c/ Viciado, Miguel Ángel – Gutiérrez, Irene Emilia y Seguros Bernardino Rivadavia Cooperativa Ltda. s/ Daños y perjuicios” (Expte. N° 413/09)

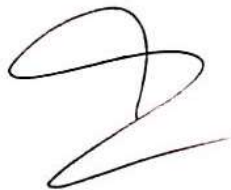
Silvia Adriana Faiad, por la citada en garantía, a V.E. con respeto digo:

Vengo a interponer recurso de casación por ante la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Provincia, contra vuestra sentencia de fecha 03.09.21, que resolvió el recurso de apelación planteado por el actor contra el fallo de primera instancia dictado el 20.07.20. Pido que se conceda y acoja el recurso aquí propuesto en mérito a las siguientes consideraciones.

I- PROCEDENCIA FORMAL

Entendemos que el recurso deviene formalmente procedente,

por cuanto:

A handwritten signature in black ink, consisting of a stylized 'S' or 'Z' shape with a loop at the top and a long horizontal stroke at the bottom.

1) Es interpuesto contra sentencia definitiva, por lo que se encuadra en los términos del artículo 748, inc. 1) *in fine* del Código Procesal Civil y Comercial.

2) Mi parte ha depositado en el Banco Macro S.A., a la orden de la Excma. Corte Suprema de Justicia, la suma de \$ 30.000 (treinta mil pesos) en cumplimiento de la exigencia del artículo 752 del mismo Código. Adjunto comprobante.

3) Entiende mi representada que el fallo de V.E. ha transgredido normas de derecho aplicables al caso (art. 1.197, 1.198 y 1.199 del Código Civil – Ley 340 –; arts. 4, 31, 53 (inc. c), 109, y 118 de la Ley 17.418; y arts. 142, 153 (inc. 1º) y 293 (inc. 4º) y 301 del C.P.C.C., en la forma y con los alcances a que me referiré detalladamente en el próximo apartado.

II- PROCEDENCIA SUSTANCIAL

La sentencia en crisis resuelve un recurso de apelación interpuesto por el accionante contra el fallo dictado por el Juez de grado que dispuso acoger las defensas de declinación de cobertura y falta de legitimación pasiva opuestas por mi conferente, y condenando a los demandados al pago de una indemnización.

La parte accionante se agravió de la decisión del a quo de acoger las defensas de mi mandante, para lo cual se apoya – según sus dichos – en que mi conferente no se expidió sobre el certificado de cobertura y los recibos de supuestos pagos en los términos previstos por el artículo 293, inc. 2 procesal, y que dicha documentación resultaría suficiente para acreditar la vigencia de las pólizas cuestionadas.

Agregó el apelante al fundar su recurso que estaríamos frente a una relación de consumo y que mi representada no mantuvo una actitud de colaboración. Además, sostiene que la pericia contable no debía ser valorada en la forma en la que lo hizo el Juez de grado, pues se basó en documentación "retaceada" por la aseguradora.

A nuestro entender, al resolver el recurso de apelación interpuesto por el señor Bustos, V.E. vulneró no sólo las normas de fondo aplicables al caso, sino también normas procesales, todo lo cual tiñe, parcialmente, al fallo en crisis de arbitrariedad y nulidad, como se explicará a continuación.

II.1- Erróneo encuadramiento de la cuestión en las disposiciones de la Ley de Defensa del Consumidor

V.E. yerra al encuadrar la cuestión debatida en autos bajo el manto de lo dispuesto por la Ley de Defensa del Consumidor, lo que conlleva al agravamiento de la situación procesal de mi mandante y a aplicar, sin razón, en favor de la parte actora el beneficio de la duda.

Entre mi conferente y el accionante no existe ninguna relación de consumo. Tan es así que la inclusión del señor Bustos como consumidor se hizo sin mucha precisión, pues según sostiene el fallo recurrido, lo es "*mediante una protección que podemos calificar de extensiva*".

Mi mandante interviene en este proceso en virtud de un vínculo contractual que lo unía a los demandados, pero que se extinguiera antes de ocurrir el siniestro. En virtud de ese contrato, asumió la obligación de mantener indemne el



patrimonio del asegurado en los términos previstos por la póliza. Por lo tanto, es claro que no existe por ello ninguna relación de consumo respecto del actor.

El caso de autos constituye una pretensión de daños y perjuicios derivada de un accidente de tránsito; el actor, recién al momento de interponer el recurso de apelación deslizó la posibilidad de que estemos ante la figura del tercero expuesto a la relación de consumo y pidió la aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor.

Sin embargo, la indemnización que persigue no la va a obtener, si así correspondiera, como consecuencia de la adquisición o utilización de bienes o servicios, ni "como consecuencia o en ocasión de ella", ni por hallarse expuesto a una relación de consumo. El contrato de seguro tiene al riesgo como motivo (causa) impulsor para el asegurado de ser relevado por el asegurador de las consecuencias dañosas de su obrar antijurídico. (Cfr. Ramón Daniel Pizarro y Rubén Stiglitz, "Reformas a la ley de defensa del consumidor" LA LEY2009-B, 949).

En consecuencia, resulta equivocada – y debe ser corregida – la conclusión a la que arriba el fallo en crisis, respecto de que el actor en autos reclame *"el pago de la correspondiente cobertura"*, y que por ello tenga *"cabida entre los sujetos protegidos por el Estatuto del Consumidor"*. La "cobertura" en el contrato de responsabilidad civil está constituida por la garantía de indemnidad que ofrece el asegurador a su asegurado, mas no el pago de una indemnización a los terceros.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, citada por los Tribunales locales, sostiene que: *"Ingresando en el tratamiento del recurso interpuesto por*

la codemandada, para resolver el agravio sobre la exclusión de la cobertura, resulta plenamente aplicable el conocido caso "Biffoni", citado por el Sr. Juez de grado. Allí la Corte Suprema de Justicia de la Nación sentó un importante precedente judicial en materia de exclusión de cobertura. Se trataba de una causa en la que falleció una persona y otra resultó herida a raíz de un accidente de tránsito. Ambas viajaban en la cajuela del rodado. Se promovió demanda reclamando el resarcimiento los daños y perjuicios ocasionados a las víctimas, en contra del titular registral del vehículo, su conductor y la compañía aseguradora. La particularidad del caso es que la póliza limitaba el riesgo asumido por la aseguradora respecto a los daños sufridos por terceras personas, a que fueran transportadas en el habitáculo destinado a tal fin y siempre que su número no excediera una determinada cantidad. La Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Civil que intervino en grado de apelación consideró que, tratándose de un seguro obligatorio no era oponible tal exclusión, dado que, por la función social de este seguro, su propósito es la protección del patrimonio de los damnificados y no del asegurado. Asimismo, juzgó aplicable la ley 24.240 haciendo hincapié en que las víctimas de los accidentes de tránsito resultan consumidores con relación al asegurador del responsable, como sujetos expuestos a esa relación de consumo. La Corte Federal casó la sentencia y admitió la exclusión de cobertura planteada por la aseguradora, fundada en que el fallecido y el lesionado eran transportados en un lugar no habilitado. Para fallar de ese modo sostuvo que el principio de reparación integral de las víctimas tutelado constitucionalmente no implica que las mismas accedan a la indemnización en todos los casos, sino que tal derecho debe ajustarse a los términos del contrato de seguro que invoca y que le es oponible en los términos que prescriben el juego armónico de los arts. 1195, 1199 del Código Civil y el art. 118 de la Ley de Seguros. Además, en el considerando 10 expresamente dijo que "...la función social que debe cumplir el seguro no implica, empero, que deban repararse todos los daños producidos al tercero víctima sin consideración a las pautas del contrato que se



invoca, máxime cuando no podía pasar inadvertido para los damnificados que estaban viajando en un lugar no habilitado para el transporte de personas y que de tal modo podían contribuir, como efectivamente ocurrió, al resultado dañoso cuya reparación reclaman". La Corte, en este fallo, no hizo más que ratificar el principio general de la oponibilidad de las cláusulas contractuales sentado en las conocidas causas Obarrio y Gauna, que sólo encuentra excepción en aquellos casos en los que se constate la irrazonabilidad de lo previsto contractualmente, lo que no acontece en la especie. Por último, el máximo Tribunal afirmó que "...no obsta a lo dicho la modificación introducida por la ley 26.361 a la Ley de Defensa del Consumidor, pues esta Corte ha considerado que una ley general posterior no deroga ni modifica, implícita o tácitamente, la ley especial anterior, tal como ocurre en el caso de la singularidad del régimen de los contratos de seguro (M.1319.XLIV "Martínez de Costa, María Esther c. Vallejos, Hugo Manuel y otros s/ daños y perjuicios", fallada el 9 de diciembre de 2009)". (CAMARA CIVIL Y COMERCIAL COMUN - Sala 1 - ASTORGA RUBEN DARIO Vs. RIVAROLA ANA CAROLINA Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS - Nro. Sent: 603 Fecha Sentencia: 30/11/2016).

En similar sentido se dijo que "La cuestión a resolver - oponibilidad de la limitación en los montos de los seguros de responsabilidad civil - remite a determinar si el monto y/o suma asegurada en el contrato de seguro es oponible o no a terceros; es decir si el art. 118 - 3 de la ley de seguros, en cuanto establece que la sentencia será ejecutable contra el asegurador "en la medida del seguro", es oponible a terceros, en este caso, quienes accionan, víctimas de un accidente de tránsito. Este tema fue resuelto en numerosos precedentes de la CSJN en forma favorable a la postura del apelante, en el sentido de que la franquicia -como límite cuantitativo de la cobertura- en el seguro de responsabilidad civil, resulta oponible al tercero damnificado. Entre los

precedentes aludidos se destacan: "Recurso de hecho deducido por Trainmet Seguros SA (la citada en garantía) en la causa Cuello, Patricia Dorotea c/ Lucena, Pedro Antonio", fallo del 7/8/2007 330:3483; "Recurso de hecho deducido por Trainmet Seguros SA en la causa Nieto, Nicolasa del Valle c/ La Cabaña SA y otros", fallo del 8/8/2006 334:988, "Recurso de hecho deducido por La Economía Comercial SA de Seguros Generales en la causa Villarreal, Daniel Alberto c/ Fernández, Andrés Alejandro y otros", fallo del 29/8/2006, 331:379, entre muchos otros. Sobre esta cuestión, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado que "La condena en la acción de daños no podrá ejecutarse contra la aseguradora sino en los límites de la contratación, dado que la franquicia prevista en el contrato de seguro es oponible al tercero damnificado y los argumentos del a quo referentes a la aplicación al caso de la Ley de Defensa del Consumidor, según la modificación de la ley 26.361, son insuficientes para modificar ese criterio (CSJN, "Calderón, Andrea Fabiana y otros c/ Marchesi, Luis Esteban y otros", del 21/2/2013, La Ley 6/6/2013,11)". (CAMARA CIVIL Y COMERCIAL COMUN - CONCEPCION - Sala Única - TREJO ELENA ROSA Y OTROS Vs. AMUD HECTOR LEONARDO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS - Nro. Sent: 124 Fecha Sentencia: 22/08/2016)

II.2- Lesión al derecho a la defensa en juicio

Yerra también el fallo recurrido al considerar, bajo la perspectiva de la Ley de Defensa del Consumidor, que "la constancia de cobertura y los recibos de pago son aptos y eficaces para probar que la póliza de seguro se contratada se encontraba vigente al día del siniestro".

Para llegar a esa conclusión, el fallo incurre en diferentes

equivocaciones, a saber:

a) **Inexistencia de deber de expedirnos sobre documentación – Falta de traslado de la misma.** En primer lugar, el fallo en crisis incurre en una violación de lo dispuesto por los artículos 142, 153 (inc. 1º) y 293 (inc. 2º y 4º) y 301 del C.P.C.C.

Ello en razón de que sostiene, respecto de la documentación acompañada como prueba por los demandados, que mi poderdante *“en ningún estado del proceso impugnó los citados instrumentos, tampoco fueron categóricamente desconocidos, es decir no hizo alusión a los mismos como si ellos no existiesen...”*.

Sin embargo, lo cierto es que **mi mandante no tuvo ninguna obligación de expedirse sobre la documentación referida, en razón de que nunca se le corrió el traslado de la misma.**

En efecto, el artículo 293 procesal dispone que corresponde dar traslado al actor (aunque ello debe ocurrir respecto de cualquiera de las partes en virtud del principio de igualdad ante la ley), de los instrumentos que se le atribuyan y que sean acompañados con la contestación de demanda. Y **ese traslado debe ser hecho de manera personal o por cédula (artículo 153, inc. 1º del C.P.C.C.) y con entrega de las copias respectivas (artículo 142 del citado digesto).**

Nada de ello ocurrió en autos, pues por providencia dictada el 19.02.10 se dispuso únicamente correr traslado a la parte actora de la citación en garantía.

Es evidente entonces, que mi mandante no pudo ni tuvo que expedirse sobre la documentación acompañada por la parte demandada, pues no se cumplió en autos con el traslado expresamente dispuesto por las normas de rito.

En consecuencia, insisto, al no haberse corrido traslado de la documentación referida, no existió nunca la obligación de expedirse al respecto y, como lógica consecuencia de esa suerte de “silencio forzado”, no corresponde aplicar el apercibimiento contenido en el inc. 2) del artículo 293 del C.P.C.C., como lo hace el fallo en crisis, mucho menos si existe una prueba pericial contable para cuya producción las partes litigantes contaron con amplias facultades para intervenir en la misma.

Es innegable que, al no haberse otorgado siquiera vista de los instrumentos que se nos atribuyen, se ha vulnerado nuestro derecho de defensa y la igualdad de las partes en el proceso, situación que resulta agravada por el hecho de que el fallo en crisis resuelve hacer efectivo el apercibimiento previsto por el artículo 293, inc. 2 procesal, pese a que no se cumplió con la condición necesaria para que ello ocurra.

b) Los supuestos recibos atribuidos a mi mandante – Inexistencia de fecha – Falta de ratificación por parte del presunto emisor. Entre la documentación acompañada por la parte accionante advertimos dos formatos diferentes de supuestos “recibos”, cuya autenticidad y contenido negamos. Existen, por un lado, algunos cuyo texto se encuentra completamente mecanografiado. Y por el otro, encontramos supuestos recibos emitidos a través de formularios preimpresos, numerados, y cuyos datos fueron completados manualmente.



En relación al período en que se produjo el siniestro, tratándose de dos pólizas diferentes, encontramos inexplicablemente un tipo de recibo diferente para cada póliza.

Sin embargo, del análisis de estos documentos se advierte, y no pudo ser pasado por alto por V.E., que los supuestos recibos “mecanografiados” carecen de fecha de emisión. Por lo tanto, no existe ni siquiera un indicio que permita afirmar, respecto de estos documentos, el día en que supuestamente se habría emitido cada uno de ellos.

Al no existir consignada ninguna fecha de pago, no se puede afirmar, como lo hace el fallo en crisis, que la póliza vinculada al documento mecanografiado, supuestamente correspondiente a la prima que vencía en el mes de agosto de 2007, se encontraba vigente al momento del accidente.

A su vez, respecto del recibo “parcialmente manuscrito” y fechado en el mes de agosto de 2007, advertimos que carece de fecha cierta, no obstante lo cual, V.E. le ha conferido una eficacia probatoria similar a la de un instrumento público, en contra de una pericia contable que no ha sido ni siquiera cuestionada por los demás litigantes.

Tampoco existe certeza de que los supuestos recibos acompañados hayan sido emitidos por el señor Alva, pues no concurrió a la audiencia de reconocimiento fijada a tal efecto, probablemente por no haber sido notificado de la misma (Cfr. fs. 264 de autos).

En consecuencia, no existe ninguna razón para considerar – sin vulnerar la igualdad de las partes y el derecho a la defensa en juicio y al debido proceso – que la documentación acompañada por la parte demandada sea auténtica, que haya sido emitida por el señor Alva y que las fechas que allí se consignan sean aquellas en la que cada instrumento haya sido otorgado.

La jurisprudencia es tajante al respecto al decir que *“...Incorporar una prueba al proceso supone que ella se vuelve susceptible de valoración por parte del Juzgador; pero ninguna otra consecuencia puede deducirse de este hecho, en las concretas circunstancias de esta causa. Téngase en cuenta que, al considerar el juez un documento como medio de prueba, no puede tener dudas sobre su autenticidad. En el caso de escritos, ello significa la certeza respecto de quien lo suscribe...De lo expuesto se deduce que la parte que incorpora un documento privado que atribuye a la contraria, tiene la carga de acreditar su autenticidad y, a la vez, si el reconocimiento no es espontáneo, debe provocárselo (a través de la citación o el traslado correspondiente. El documento adquiere así, autenticidad en base a una determinada diligencia previa. En definitiva, no habiendo habido traslado de la documentación a los efectos del reconocimiento, el silencio u omisión de la actora (no haber impugnado ni negado la firma) no puede ser tenido como prueba de la autenticidad o reconocimiento tácito de la documental pues no están dado sus supuestos. Es que,... la carga del traslado de la documental con fines específicos recaía en cabeza del demandado. Por ello, esta omisión –que no puede ser suplida por el decreto que pone en conocimiento de las partes la documental adjuntada, pues las garantías constitucionales del debido proceso y defensa en juicio precisan de un trámite semejante al que regula, en la etapa procesal pertinente, el art. 299 del CPCCT- no permite al recurrente hacer valer los efectos de una citación o traslado inexistentes, la aplicación de presunciones derivadas del silencio u omisión de la contraria, la efectiva*

existencia de la autenticidad de la documental, o los agravios derivados de no haber pasado prueba tal autenticidad por otros medios (ex art. 340 y 346 procesal) pues, en la especie, no han sido generados sus causales BRITO-AREA MAIDANA-GIOANE' - Sentencia N°: 602 Fecha: 15/08/2003. Los requisitos en las condiciones de los Arts. 279, 280, 293, van a determinar la posición procesal de las partes en el pleito, fundamentalmente a lo que hace a la carga probatoria de los documentos agregados en estas etapas". (CAMARA CIVIL EN FAMILIA Y SUCESIONES - Sala 2 - GONZALEZ ANTONIA MERCEDES Vs. PEREZ NICOLAS CIRILO S/ DIVORCIO VINCULAR - Nro. Sent: 134 Fecha Sentencia: 03/05/2013).

La lesión a los derechos de mi mandante se agrava aún más si consideramos que los propios aportantes de la prueba documental en que se funda el fallo, y respecto de los cuales se habría otorgado la garantía de indemnidad propia del seguro de responsabilidad civil, consintieron la sentencia que hizo lugar a la defensa de exclusión de cobertura opuesta por mi mandante. Ello constituye una prueba irrefutable de que las primas de los seguros contratados se encontraban impagas, tal como lo refiere claramente la prueba pericial contable descartada por el fallo en crisis.

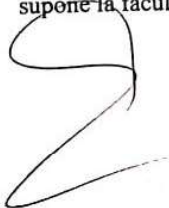
c) Indebida inversión de la carga de la prueba – Descarte injustificado de la prueba pericial contable - Facultades para percibir del productor de seguros. Violentando, una vez más, el principio de igualdad de las partes y vulnerando expresamente lo dispuesto por el artículo 301 procesal, respecto de que a cada parte le incumbe la carga de la prueba de los hechos cuya existencia afirme, el fallo en crisis yerra al sostener, respecto del productor de seguros, que *"la aseguradora no acreditó que aquél careciera de facultades para representarla"*.

Mi conferente sostuvo, al contestar la demanda, que las pólizas de seguros se encontraban impagas.

Esa afirmación fue probada con la pericia contable ofrecida, en cuya producción el auxiliar de justicia desinsaculado analizó la documentación administrativa y contable que consideró necesaria para evacuar los puntos de pericia propuestos.

Nótese al respecto que los demás litigantes contaron con la potestad de proponer puntos de pericia, controlar la producción de la prueba, hacerse asistir por expertos, impugnar el informe pericial, etc. A pesar de que los restantes litigantes guardaron absoluto silencio respecto de la producción de la prueba, el fallo en crisis resuelve arbitrariamente prescindir de sus conclusiones por considerar que mi mandante *"debería haber desplegado una mayor actividad probatoria frente a los recibos otorgados por su productor de seguros con menciones que indicaban que el pago era por cuenta y orden de la aseguradora, cuestión no negada por ella"*. Reitero: no existe certeza de que el señor Alva haya emitido los recibos acompañados, pues no compareció a reconocerlos en la audiencia fijada para ello; y a mi mandante no se le corrió traslado de dicha documentación, por lo que no tenía obligación de expedirse respecto de ella.

Además, debemos decir que lo que debía probarse en autos era que el señor Alva estuviera autorizado a percibir primas de seguros en nombre de mi conferente. Y quienes debían acreditar tal extremo eran los demandados (o el actor), pues la potestad que puede tener un productor para intermediar en los contratos de seguro no supone la facultad para cobrar y percibir.



La Ley 17.418 es muy clara al sostener que los productores de seguros están autorizados al cobro de las primas cuando estén en posesión de un recibo del asegurador, cosa que no ocurre en autos, pues claramente los supuestos recibos acompañados no pertenecen a la aseguradora que represento.

En similar sentido, el artículo 10, incisos 1.e) y 2.c) exige, para poder percibir el pago de una prima, que los productores de seguro cuenten con la autorización de la aseguradora respectiva. Por lo tanto, siendo que debe tratarse de una autorización expresa, quien debe procurar su exhibición es quien afirma su existencia, y no quien la niega.

Tampoco existe razón alguna para considerar, como lo hace el fallo en crisis, que existía en el caso de autos alguna apariencia de mandato representativo de parte del señor Alva, pues ni siquiera surge de autos que tuviera alguna oficina abierta al público, ni que esta contara con logos o cartelera con el nombre de la empresa que represento, de modo tal que pudieran inducir en sus clientes la creencia de que podría recibir pagos.

d) Inexistente obligación de contestar prueba de informes

– **Falta de sanción por incumplimiento.** También nos agravia la sentencia en tanto valora de manera negativa y perjudicial a mi mandante el hecho de que no hubiese contestado el oficio librado en el marco de una prueba informativa, y de que se hubiera omitido adjuntar las Condiciones Particulares referidas a los Certificados de Cobertura emitidos.

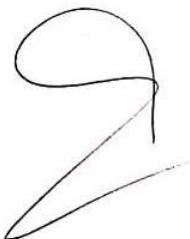
En primer lugar, la prueba informativa no puede ser dirigida a las partes, pues se trata de un medio de prueba dirigida a obtener información de

organismos ajenos al proceso (oficinas públicas, escribanías, bancos, asociaciones, sociedades, entidades o instituciones análogas), pero no a los litigantes, quienes al tomar intervención en el juicio brindan su versión de los hechos y ofrecen la prueba que consideran pertinente para una mejor defensa de sus derechos.

El medio de prueba idóneo para que la contraparte reconozca o brinde alguna información es la prueba confesional, no la informativa. Por lo tanto, **no existía ninguna obligación legal de que mi mandante evacuara el informe requerido, ni se encuentra prevista en las normas de rito sanción alguna para el caso de no hacerlo. Por lo tanto, su silencio no puede ser interpretado en su contra, pues no existe ninguna norma que así lo disponga.**

En segundo lugar, la condición de productor de seguros del señor Alva no resulta un hecho controvertido en autos. Mi mandante no lo niega, ni tuvo oportunidad de hacerlo, pues insisto, nunca se le corrió traslado de la contestación de demanda que hicieran los señores Gutiérrez y Viciado.

Tampoco existe obligación legal de adjuntar las condiciones particulares de un contrato de seguros, ni se intentó con ello retacear u ocultar información. A los fines del presente proceso, esta parte estimó que el acompañamiento del certificado de cobertura resultaba suficiente para acreditar la celebración de un contrato de seguros que a la fecha de producirse el hecho riesgoso había perdido vigencia por la falta de pago de la prima.



II.3) Desnaturalización del contrato de seguros. El fallo en crisis echa por tierra el principio de libertad contractual que impera en nuestro sistema jurídico, alterando la naturaleza del contrato de seguro de responsabilidad civil.

En efecto, según lo dispuesto por el artículo 1.197 del Código Civil (Ley 340), vigente al momento de ocurrir el accidente, los contratos son ley para las partes.

A su vez, la Ley de Seguros 17.418, establece respecto del Seguro de Responsabilidad civil que la obligación principal de la aseguradora es mantener la indemnidad patrimonial del asegurado (art. 109), en la medida y con los alcances del contrato de seguro (art. 118), respecto de aquello que deba abonar a terceros. Entre las obligaciones del tomador del seguro se encuentra el pago de la prima.

Así las cosas, el juez de grado dictó sentencia ajustándose a lo dispuesto por el Código Civil, a la Ley de Seguros y a las condiciones previstas en las pólizas contratadas por los demandados. Tan es así, **que los codemandados consintieron el fallo dictado, lo que demuestra sin lugar a dudas que el contrato de seguros se encontraba impago.**

A ello debemos sumar el hecho de que, a raíz de la inexistencia de un contrato de seguros vigente, la parte accionada no formuló la denuncia de siniestro, tal como fuera expuesto reiteradamente por mi mandante, aunque ignorado por V.E.

El incumplimiento de la carga de denunciar la ocurrencia del siniestro, acreditado con la prueba pericial contable y con la falta de presentación por parte de los demandados de un documento en contrario, constituye una prueba más de la alegada inexistencia de un contrato de seguros de responsabilidad civil al momento del accidente.

Pese a que las pruebas producidas en autos (en especial la pericial contable) y la actitud asumida por los demandados ante la sentencia de primera instancia constituyen claras muestras de que las primas correspondientes a los seguros contratados se encontraban impagas, V.E. revocó el fallo dictado a instancias del actor, y condenó a mi conferente al pago de una indemnización.

Ello implica, por un lado, una intromisión indebida en la relación contractual existente entre los demandados y mi mandante, pues resulta indiscutible que la obligación que mi mandante asumió para caso de que se produjera un siniestro era la de mantener indemne el patrimonio del asegurado, siempre y cuando el contrato se encontrara vigente. Al consentir los señores Gutiérrez y Viciado (eventuales beneficiarios de la indemnidad patrimonial comprometida en el seguro) la sentencia del Juez de grado respecto de la exclusión de cobertura opuesta por la aseguradora, tal decisión no podía ser modificada a pedido de un tercero, y así deberá declararlo la Excma. Corte Suprema de la Provincia al casar el fallo recurrido.

III- APELACIÓN ADHESIVA

No podemos perder de vista que mi mandante, al ver acogidas las defensas que opusiera al contestar la demanda, no tenía razón alguna para interponer un



recurso de apelación respecto de las cuestiones en las cuales el juez de grado resolvió condenar a los codemandados al pago de una indemnización, ni tampoco sobre los alcances económicos de la misma.

Es por ello que al resolver revocar la sentencia del Juez de grado, V.E. debía – aunque no lo hizo – reanalizar íntegramente las cuestiones traídas a juicio y no limitarse, como en definitiva ocurrió, a resolver la cuestión relativa a la exclusión de cobertura planteada por mi poderdante.

Dice la jurisprudencia de nuestros tribunales al respecto *"El respeto al derecho de defensa impone que si la alzada va a revocar algo de lo decidido en primera instancia, deba examinar los argumentos que lo sostienen y este deber existe incluso respecto de los planteos de la parte beneficiada con esa decisión que se revoca, y que por ello no ha apelado: esto es lo que se conoce -en denominación que no es del todo apropiada- como "apelación adhesiva" (SCBuenosAires. 70.779, sent. del 3/V/2000; Ac. 71.468, sent. del 16/VII/2003; Ac. 90.057, sent. del 6/IX/2006; entre otros)"*.

De ese modo, a fin de resguardar el derecho de defensa de mi conferente, el revocar la sentencia que la absolvía implicaba, necesariamente, que V.E. analizara íntegramente el fallo a la luz de las constancias de autos y de las defensas esgrimidas a lo largo del proceso.

De haberlo hecho, hubiera podido advertir y corregir lo siguiente:

a) Fallo extra petita – rubro no reclamado. El fallo de primera instancia viola el principio de congruencia, por tratarse de una sentencia extra petita, en tanto dispone el pago de una exorbitante indemnización por lucro cesante que no ha sido reclamada por el accionante.

Como todos sabemos, para que prospere una indemnización por lucro cesante es indispensable acreditar no sólo que el beneficiario tenía una actividad rentada, sino el caudal de ganancias que tenía y el tiempo durante el cual se vio privada de las mismas. En el caso de autos, no existe ninguna prueba al respecto, lo que resulta razonable si tenemos en cuenta – insisto – que se trata de un rubro indemnizatorio no reclamado.

La indemnización concedida se superpone, además, con la otorgada por incapacidad sobreviniente, lo que implica una doble indemnización por un plazo de más de doce años que conlleva, claramente, un enriquecimiento sin causa a favor del accionante.

Correspondía, por lo dicho, que V.E. revocara la sentencia de primera instancia en lo que refiere a la indemnización por lucro cesante, por tratarse de un rubro indemnizatorio no reclamado.

b) Incapacidad sobreviniente – Pericias contrapuestas – Omisión de justificar elección – Falta de consideración de impugnación del informe. El Juez de grado, al resolver que el accionante padece una incapacidad sobreviniente, omite explicar las razones por las cuales opta por considerar que la misma alcanza el porcentaje



estimado por el Dr. Viola (70%) en lugar de inclinarse por la valorada, en el 50%, por el Cuerpo Médico Forense.

Nótese que el Magistrado no se expidió, tampoco, respecto de la impugnación que hiciera mi mandante del informe pericial del Dr. Viola y en relación a la cual el perito desinsaculado optó por eludir las críticas formuladas, limitándose a ratificar su informe, pero sin desvirtuar las críticas que se le hicieran.

La cuestión tiene una importancia relevante, pues se trata de uno de los parámetros empleados por el sistema de la renta capitalizada para estimar el monto indemnizatorio. La diferencia del 20% que existe entre los distintos informes periciales no es menor, y por lo tanto su incidencia en el monto indemnizatorio es igualmente importante, por lo que el Juez de grado debía justificar el porqué de haber elegido un informe pericial cuestionado por las partes, en lugar de aquel respecto del cual no existieron impugnaciones.

En virtud de la apelación adhesiva, correspondía que V.E. se expidiera respecto de los informes periciales existentes en autos, explicando las razones de su elección, y justipreciando la indemnización que eventualmente correspondiera.

c) Excesiva e injustificada indemnización por incapacidad sobreviviente. La indemnización acordada por el Juez de grado para reparar la incapacidad sobreviviente también resulta excesiva y se aparta del resultado que arrojaría la aplicación del denominado sistema de renta capitalizada que dice emplear.

En efecto, aún en el caso de que se considerara que la el porcentaje de incapacidad sobreviniente que padece el accionante a raíz del accidente es del 70%, cosa que ya negamos, la aplicación correcta del sistema la renta capitalizada arrojaría como resultado la suma de \$ 1.878.604,49, ciertamente inferior al obtenido por el Juez de grado.

Para ello las demás variables consideradas son el valor del salario mínimo vital y móvil vigente a la fecha de la sentencia de primera instancia, un plazo de sobrevivencia de 50 años, y una tasa de descuento por el cobro anticipado del 8%, la que se puede realizar mediante planilla de cálculo obtenida de la página web del Colegio de Abogados de Bahía Blanca, a través del siguiente enlace: <http://www.cabb.org.ar/formula-polinimica/>

IV- CONCLUSIONES – DOCTRINA LEGAL

En definitiva, al resolver los recursos de apelación traídos a su conocimiento, V.E. incurrió en una grave vulneración del derecho a la defensa en juicio, de la garantía igualdad de las partes en el proceso, al invertir injustificadamente la carga de la prueba en contra de mi mandante, al pretender subsumir la cuestión debatida en el marco de la Ley de Defensa del Consumidor, por el solo hecho de no habernos expedido respecto de una documentación que se nos atribuye, pero respecto de la cual nunca se nos corrió el traslado de ley.

Además, pese a que V.E. dispuso la revocación del fallo de primera instancia en relación a la defensa de exclusión de cobertura opuesta por mí



mandante, omitió cumplir con el deber de resguardo del derecho de defensa de mi conferente, omitiendo realizar un análisis crítico y completo del fallo de primera instancia, lo que hubiese llevado, en cualquier caso, a su modificación por yerros en que incurriera respecto de las cuestiones que no fueron motivo de agravios y que fueran expuestas ut supra.

La sentencia en crisis, en lo que a ello respecta, constituye un acto arbitrario y nulo, por lo que debe ser revocado por el Máximo Tribunal Provincial, en base a los argumentos expuestos ut supra.

Así pido lo declare la Excma. Corte al casar la sentencia, fijando como doctrina legal las siguientes:

* El principio de reparación integral de las víctimas tutelado constitucionalmente no implica que las mismas accedan a la indemnización en todos los casos, sino que tal derecho debe ajustarse a los términos del contrato de seguro que invoca y que le es oponible en los términos que prescriben el juego armónico de los arts. 1195, 1199 del Código Civil y el art. 118 de la Ley de Seguros.

* La Ley de Defensa del Consumidor no deroga ni modifica, implícita o tácitamente, la ley especial anterior, tal como ocurre en el caso de la singularidad del régimen de los contratos de seguro.

* El apercibimiento contenido en el artículo 293, inc. 2) no procede en contra de la parte a la cual no se le corrió traslado, en tiempo y forma, de la

documentación que se le atribuye, pues la falta de traslado conlleva la inexistencia de la obligación de expedirse sobre la autenticidad de dicha documentación.

* La parte que incorpora un documento privado que atribuye a la contraria, tiene la carga de acreditar su autenticidad y, a la vez, si el reconocimiento no es espontáneo, debe provocárselo (a través de la citación o el traslado correspondiente. El documento adquiere así, autenticidad en base a una determinada diligencia previa. En definitiva, no habiendo habido traslado de la documentación a los efectos del reconocimiento, el silencio u omisión de la actora (no haber impugnado ni negado la firma) no puede ser tenido como prueba de la autenticidad o reconocimiento tácito de la documental pues no están dado sus supuestos. Es que,... la carga del traslado de la documental con fines específicos recaía en cabeza del demandado.

* La sentencia consentida por el asegurado, acogiendo la exclusión de cobertura opuesta por su aseguradora respecto del riesgo de responsabilidad civil, no puede ser revocada a instancia de la contraparte, pues ello implica una vulneración de lo dispuesto por los artículos 1.197 del Código Civil y 118 de la Ley 17.418.

* La existencia de facultades para percibir en cabeza de un productor de seguros y/o la apariencia de existencia de un mandato representativo para ello debe ser probada por quien invoca su existencia, resultando contrario a derecho exigir la prueba de la no existencia de dichas facultades.

* No resulta arreglada a derecho, la sentencia que descarta las conclusiones de un informe pericial contable, realizado con el debido control de las partes litigantes, en base a la facultad de considerar auténtica documentación atribuida a la



contraparte, pero respecto de la cual no se ha corrido el traslado dispuesto por el artículo 293, inc. 4) procesal.

* No resulta arreglada a derecho la sentencia que revoca lo decidido en primera instancia, y omite examinar tanto los argumentos que lo sostienen como los planteos de la parte beneficiada con esa decisión que se revoca, y que por ello no ha apelado.

V- RESERVA DEL CASO FEDERAL

Para el improbable caso de que se rechace el recurso interpuesta contra la sentencia dictada en manifiesta violación a los derechos y garantías constitucionales referidos en el cuerpo de esta presentación, hago la reserva del Caso Federal oportunamente introducida, para poder, eventualmente, recurrir ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación por la vía prevista en el artículo 14 de la Ley 48. Pido que se tenga presente.

VI- PETITORIO

Por lo dicho, solicito:

- 1) A V.E., me conceda el recurso de casación interpuesto.

2) A la Excma. Corte Suprema de Justicia, case la sentencia recurrida (de fecha 03.09.21) y, dicte pronunciamiento sustitutivo, rechazando el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y confirmando el fallo de primera instancia.

3) En el improbable caso de que se considere que la defensa de exclusión de cobertura opuesta por mi mandante debe ser rechazada, pido que se reanalice el fallo del Juez de grado a la luz de los argumentos expuestos bajo el título “Apelación adhesiva”, y se modifique dicha sentencia en los términos allí planteados.

3º) Se tenga presente que, por considerar arbitrario el fallo en recurso, hago la reserva del Caso Federal.

Sírvase proveer de conformidad.

Será **JUSTICIA**



SILVIA ADRIANA FAIAD
ABOGADA
MAT. PTOF. 2531 - LO H - FO 17
Na. 170 - LO 01 - FO 05