



EL DERECHO

Diario de Doctrina y Jurisprudencia

Director:
Julio Conte-Grand
Consejo de Redacción:
Gabriel Fernando Limodio
Guillermo Peyrano
Luis Alfredo Anaya

DERECHO DE SEGUROS

SERIE ESPECIAL

El teletrabajo y cuestiones que se plantean a partir de su implementación con especial relación al sistema de riesgos del trabajo

por ANDREA A. NESSI y MARINA FAEDO PEREZ

AUTORIDADES

DIRECTOR:
CARLOS A. ESTEBENET
SECRETARIO DE REDACCIÓN:
MARIANO P. CAIA

Sumario: 1. TELETRABAJO: CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS. – 2. EL TELETRABAJO Y EL ACTUAL SISTEMA DE RIESGOS DEL TRABAJO. – 3. ¿Y LA PREVENCIÓN DE LOS RIESGOS DEL TRABAJO? – 4. LA AUTOCOMPROBACIÓN DEL LUGAR DE TRABAJO. – 5. LAS MEDIDAS PREVENTIVAS. – 6. CONCLUSIÓN.

1 Teletrabajo: concepto y características

Mucho se habla y más se escucha sobre el teletrabajo, fundamentalmente en lo que respecta a las formas de implementarlo en la empresa moderna. El presente artículo no pretende describir esta modalidad de prestación de tareas ni indagar más allá de lo que ya se ha escrito sobre sus orígenes y objetivos. Tiende más bien a repensar y plantear algunas cuestiones sobre el teletrabajo en relación con las contingencias laborales previstas en la Ley de Riesgos del Trabajo, teniendo sobre todo en cuenta que la regulación normativa del mismo se encuentra pendiente.

A fin de adentrarnos en la cuestión propuesta, diremos que ante la ausencia de definición legal, la doctrina se refiere al teletrabajo como una modalidad de la prestación laboral, que abarca diversas formas de organización del trabajo de manera flexible, sin la presencia física del trabajador en la empresa durante todo o una parte de su jornada laboral.

Las notas características del teletrabajo están dadas por: a) el uso de métodos de procesamiento electrónico de información, y de algún medio de telecomunicación para el contacto entre el teletrabajador y el empleador (internet, teléfono, fax, etc.) y b) su realización desde lugares remotos o alejados de la empresa u organización con la que se mantiene el vínculo laboral.

Según JULIO GRISOLÍA el teletrabajo es “aquel fenómeno consistente en la realización de cierto tipo de trabajos sin la presencia física del empleador, por parte del personal a su cargo, que se mantienen en contacto con él me-

dante la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación...”⁽¹⁾.

En forma concordante, se han individualizado las siguientes notas para definir al “teletrabajo”:

a) el lugar donde se ejecutan las tareas se encuentra ubicado fuera del ámbito de la empresa;

b) se utiliza tecnología informática y/o de telecomunicación, tanto en el enlace entre el trabajador y la empresa como en el tratamiento de los datos;

c) el trabajador aporta valor mediante el uso intensivo de las tecnologías de la informática⁽²⁾, diferenciándose por estas notas a esta modalidad de prestación de tareas del trabajo a domicilio⁽³⁾.

A tales recaudos habrá de adicionarse, obviamente, la nota de subordinación, esto es, deberá existir una relación de dependencia por tiempo indeterminado, un contrato a plazo fijo, etc., por lo cual quedan excluidas todas aquellas formas de contratación que no impliquen relación de dependencia (v.gr.: locación de servicios profesionales).

Es claro que el teletrabajo, como forma de desarrollo de tareas laborales, requiere una reorganización cultural para la eficiente aplicación de esta innovación.

Según el Ministerio de Trabajo de la Nación, para comprender el concepto es fundamental detallar que es una manera de organizar y realizar el trabajo a distancia con el uso de las tecnologías de la información y comunicación (TICS) en el domicilio del trabajador o en un lugar o establecimiento ajeno al empleador.

El Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo⁽⁴⁾ menciona, también como nota esencial, la voluntariedad. En efec-

(1) GRISOLÍA, JULIO A., *Derecho del trabajo y de la seguridad social*, LexisNexis, t. I, pág. 260.

(2) BIRGIN, OSCAR - FREIDENBERG, LELIO A., *Concepto y problemática del teletrabajo*, en DT, 2004-A-334.

(3) Ver ley 12.713 y decreto 118755/42.

(4) Suscripto el 16-7-02, en Bruselas, por representantes europeos de sindicatos y empresarios y ratificado por todos los países de la Unión Europea.

to, la voluntariedad de la prestación del teletrabajo es uno de los elementos clave en la regulación jurídica que ofrece el acuerdo marco. El teletrabajo es voluntario tanto para el trabajador como para el empresario; tal voluntariedad, según lo establecido en el art. 3° del mencionado cuerpo normativo, se traduce en dos posibilidades: en primer lugar, que el teletrabajo forme parte de la descripción inicial del puesto de trabajo, es decir que el trabajador, cuando suscribe su contrato, ya conoce la forma en la que se va a desarrollar. La segunda es que el teletrabajo se incorpore –una vez iniciada la relación laboral convencional– como forma de organización o de realización del trabajo. En este sentido, ante la oferta que el empresario haga al trabajador, este tiene dos opciones: aceptarla o rechazarla. En caso contrario –si el trabajador expresa su deseo de teletrabajar–, el empresario igualmente puede aceptarla o rechazarla.

Se han señalado como aspectos positivos del teletrabajo algunos tales como: creación de más y mejor trabajo decente; inclusión de grupos vulnerados igualando oportunidades; optimización de la calidad de vida y conciliación del ámbito familiar con el laboral; facilitación del autocontrol y gestión del tiempo de trabajo; ahorro en costos de traslado, vestimenta y otros; generación de inversión y mejora en la productividad; inclusión del teletrabajo en la negociación colectiva; factibilidad de incorporación en el sector público.

Pareciera entonces auspiciosa la instalación de esta modalidad; podría ayudar de modo claro y concreto a alcanzar objetivos tales como la generación de mejores condiciones laborales; la más plausible conciliación del ámbito familiar y laboral –que redundaría en una mayor satisfacción de los empleados–; la difusión regional e internacionalmente de las buenas prácticas en teletrabajo; la optimización de tiempos y espacios, etcétera⁽⁵⁾.

Cabe destacar, en lo que a nuestro país respecta, que en el mes de noviembre de 2010, el Ministerio de Trabajo de

(5) Conf. <http://www.trabajo.gov.ar/teletrabajo>.

CONTENIDO

DOCTRINA

El teletrabajo y cuestiones que se plantean a partir de su implementación con especial relación al sistema de riesgos del trabajo, por Andrea A. Nessi y Marina Faedo Perez 1

JURISPRUDENCIA

COMERCIAL

Seguro: De automotor: asegurado; obligaciones; falta de entrega de los comprobantes de pago en concepto de patentes (CNCom., sala A, octubre 13-2011) 3

Seguro: De caución: primas; falta de pago; reclamo; cláusula de prórroga de jurisdicción; aplicación; ley 24.240; inaplicabilidad (CNCom., sala C, noviembre 17-2011) 7

Prescripción: Interrupción: demanda; interposición; rechazo *in limine*; improcedencia (CNCom., sala D, noviembre 17-2011) 7

Seguro: Sobre mercaderías transportadas: existencia, cantidad y valor de la mercadería transportada; prueba; carga; omisión; transporte de una carga por un importe superior al pactado; riesgo no asumido (CNCom., sala E, octubre 18-2011) 8

Seguro: De automotor: aseguradora; obligación; límite (CNCom., sala E, noviembre 30-2011) 9

TRABAJO

Trabajo: Accidente de trabajo: accidente *in itinere*; ART; condena al pago de una indemnización integral; improcedencia; principio de congruencia; violación (CNTrab., sala V, febrero 17-2012) 11

PROVINCIA DE CÓRDOBA

Daños y Perjuicios: Transporte benévolo: responsabilidad extracontractual; daños al transportado; culpa; prueba; precedentes de la Corte Suprema; apreciación judicial (TSJ Córdoba, sala Civ. y Com., febrero 29-2012) 12

la Nación suscribió un acuerdo con la UIA a los fines de la confección de un Manual de Buenas Prácticas en Teletrabajo, que aborda temas tales como certificación de competencias, gestión de recursos humanos, seguridad e higiene, etcétera.

En este orden de ideas, son varias las empresas nacionales que conforman la Red de Teletrabajo dirigida por el Ministerio de Trabajo de la Nación, que cuentan con experiencia en la implementación de esta modalidad alcanzando resultados satisfactorios.

2 El teletrabajo y el actual sistema de riesgos del trabajo

En lo que respecta al sistema de riesgos del trabajo, el teletrabajo conlleva ciertas particularidades que –si bien no alteran esencialmente los términos de la cobertura que prevé la ley 24.557– inciden en al menos dos cuestiones esenciales, a saber:

1) la calificación de los accidentes, accidentes *in itinere* y enfermedades profesionales como tales y

2) la actuación de los empleadores y de las aseguradoras de riesgos del trabajo en materia de prevención de riesgos laborales.

En cuanto al primer aspecto, siendo que el teletrabajo se cumple fuera del establecimiento del empleador mediante el uso de tecnologías de la información o comunicación, el espectro de contingencias cubiertas se torna sin dudas mucho más difuso.

En efecto, la definición legal contenida en el art. 6° de la ley 24.557 del “accidente de trabajo” definido como aquel hecho súbito y violento ocurrido por el hecho o en ocasión del trabajo, dificultará seguramente la tarea de distinguir –en el caso concreto– las contingencias laborales de aquellas que tengan causa u origen en cuestiones domésticas o extralaborales, sobre todo teniendo en cuenta la ausencia física del empleador en el lugar de desarrollo de las tareas.

Al respecto, incumbirá al trabajador la carga de demostrar las circunstancias de ocurrencia de la contingencia a fin de acreditar los extremos que permitan calificar la contingencia como laboral.

En este orden de ideas, no obstante, si el lugar de teletrabajo fuera el domicilio del teletrabajador, nos encontramos con que, curiosamente, el art. 4° de la ley 12.713 sobre trabajo a domicilio prevé en su inc. b) que los empleadores son responsables por los accidentes del trabajo y de las condiciones en que éste se realice, excepto cuando el trabajo se ejecuta o cuando el accidente ocurra en el domicilio privado del obrero.

Recurrir a la analogía respecto de la norma mencionada en el párrafo precedente (al no existir una regulación sobre el teletrabajo más específica) parece inevitable. Ello generaría no pocas dudas sobre la posibilidad de considerar accidente de trabajo a aquel que eventualmente sufra el teletrabajador en su domicilio y una eventual limitación de lo que ha de entenderse por contingencia ocurrida “por el hecho o en ocasión del trabajo”.

Por otra parte, el teletrabajo incide directamente sobre la definición del accidente *in itinere*.

Recordamos que aquel es el que ocurre “en el trayecto entre el domicilio del trabajador y el lugar de trabajo, siempre y cuando el damnificado no hubiere interrumpido o alterado dicho trayecto por causas ajenas al trabajo”⁽⁶⁾. En el supuesto de teletrabajo, el “lugar de trabajo” deja de ser el establecimiento del empleador.

Si el teletrabajador cumple su débito laboral en su domicilio, el concepto de *in itinere* desaparece como tal, pues ya no hay traslado propiamente dicho (salvo, obviamente, si el teletrabajador debiera asistir en algún momento al establecimiento por alguna gestión concreta, por ejemplo, reunión de trabajo, rendición de tareas efectuadas, etc.).

Si, en cambio, la prestación del teletrabajador tiene lugar en un sitio distinto de su domicilio o de su lugar de estudio, de atención a familiar directo enfermo u otro trabajo, ¿podría entenderse que el concepto de *in itinere* en los

hechos se ampliaría? A los efectos de su configuración, tal vez sería auspicioso que la ley que reglamente esta modalidad de trabajo prevea al menos la notificación del empleador y a la ART del lugar desde donde se teletrabaja, del mismo modo que se prevé para los casos de asistencia a otro trabajo, cuidado de familiar directo enfermo y razones de estudio. De no ser así, se tornaría hartamente dificultosa la calificación de un eventual accidente en la vía pública como *in itinere*, por mencionar un ejemplo.

Finalmente, también se plantearán nuevos escenarios respecto de la calificación de enfermedades (que eventualmente afecten a teletrabajadores) de carácter profesional. La ley 24.557, en su art. 6° (cfr. texto decreto 1278/00) define que solamente se consideran tales “aquellas que se encuentran incluidas en el listado que elaborará y revisará el Poder Ejecutivo, conforme al procedimiento del art. 40, apart. 3°, de esta ley. El listado identificará agente de riesgo, cuadros clínicos, exposición y actividades en capacidad de determinar la enfermedad profesional...”, y las que sin estar incluidas en el listado mencionado (plasmado en el decreto 658/96), en cada caso concreto, la Comisión Médica Central determine como provocadas por causa directa e inmediata de la ejecución del trabajo, excluyendo la influencia de los factores atribuibles al trabajador o ajenos al trabajo.

En el caso de las enfermedades, como ocurre con los accidentes, entendemos que también será sumamente dificultoso establecer la etiología de las contingencias en cuanto a su origen laboral o extralaboral, pues la exposición al agente de riesgo y aun la existencia del mismo deberían verificarse en lugares ajenos al establecimiento del empleador, que pueden ir desde el domicilio particular del trabajador hasta cualquier otro establecimiento o lugar ajeno al empresario desde el cual se teletrabaja.

Por otro lado, la dificultad en cuanto a la existencia de un agente de riesgo que eventualmente fuera susceptible de generar alguna de las llamadas enfermedades profesionales radica también en que, en la situación de teletrabajo, dondequiera que el trabajador lo ejecute –domicilio particular o cualquier establecimiento ajeno al empleador–, el mencionado agente de riesgo no ha sido provocado por la actividad del empresario y/o por elementos que se encuentren bajo su guarda (como lo puede ser, por ejemplo, una máquina respecto del agente de riesgo “ruido”). Muy por el contrario, el riesgo radica en circunstancias ajenas al empleador y a la facultad de dirección que le otorga la Ley de Contrato de Trabajo definida doctrinariamente como “la facultad de organizar económica y técnicamente la empresa, explotación o establecimiento”. En este sentido tampoco tendría la posibilidad de la determinación inmediata de ese supuesto agente de riesgo a fin de tomar las medidas necesarias para así prevenir los riesgos a los que podrían estar expuestos los trabajadores, sino que, muy por el contrario, hasta sería posible que el empleador quedara al arbitrio de la voluntad del trabajador de notificarle la existencia de un riesgo laboral para su salud.

3 ¿Y la prevención de los riesgos del trabajo?

En nuestro sistema jurídico, la Ley de Contrato de Trabajo prevé que en materia de higiene y seguridad también el empleador “está obligado a observar las normas legales sobre higiene y seguridad en el trabajo, y a hacer observar las pausas y limitaciones a la duración del trabajo establecidas en el ordenamiento legal...”⁽⁷⁾.

Acorde con ello, uno de los puntos que generará más debates y controversias será el relativo al derecho que tendrán en esta materia el empresario, los representantes de los trabajadores y/o las ART y/o las autoridades competentes al lugar de teletrabajo para verificar la correcta aplicación de las normas en higiene y seguridad.

La legislación a dictarse sobre la materia deberá, a nuestro criterio, claramente definir si con respecto al teletrabajo, existirá o no obligación del empleador en materia preventiva en higiene y seguridad, teniendo en cuenta que el lugar de desarrollo de las tareas se encuentra fuera de su órbita de dirección y vigilancia. Más aún si se piensa en un teletrabajo “libre” en el sentido de que no se limitaría únicamente al domicilio del trabajador.

En el Acuerdo Marco Europeo para el Teletrabajo, el empleador es el responsable de la protección de la salud

de los teletrabajadores, debiendo informarles sobre la política de la empresa y muy particularmente de las exigencias relativas a las pantallas de datos (art. 8°).

Desde el Ministerio de Trabajo de la Nación se ha propuesto un Manual de Buenas Prácticas de Salud y Seguridad en el Trabajo, que incluye acciones preventivas a través de dos herramientas:

– la autocomprobación del lugar de trabajo elegido para desarrollar el mismo y

– las medidas preventivas para verificar que sean las adecuadas, previéndose incluso la posibilidad de la asistencia de un preventor designado por el empleador para coordinar la visita al lugar donde se desarrollará el teletrabajo.

Pareciera entonces que desde el mencionado organismo se ha tomado ya partido por una respuesta afirmativa a nuestro anterior interrogante, en el sentido de que el empleador, aun cuando las tareas se desarrollen fuera de su ámbito de control y vigilancia, tendría cierta carga preventiva en materia de higiene y seguridad.

Ahora bien, entendemos que si se sigue esta línea de ideas sería conveniente delimitar el ámbito del “teletrabajo” al domicilio del trabajador a fin de que el empleador pueda ejercer un control adecuado sobre las condiciones de higiene y seguridad que reinen en el mismo, pero siempre teniendo en cuenta que dicho ámbito pertenece a la esfera íntima del trabajador.

4 La autocomprobación del lugar de trabajo

Con respecto al primer punto, el mencionado organismo propone una serie de ítems que abarcan cinco aspectos preventivos, que deben ser aceptados con una tilde por el trabajador a los fines de acreditar su comprobación y cumplimiento (por ejemplo: *trabajo con pantallas de visualización de datos*: ubicar la mesa y la pantalla de modo que eviten deslumbramientos, no utilizar mesas o sillas como escaleras de mano para acceder a elementos de altura, probar las posiciones de la pantalla, regular el respaldo de la silla, etc.; *medidas de seguridad en los trabajos de carácter administrativo*: guardar objetos cortantes después de su uso, prestar atención al estado del suelo, no circular en zonas de pisos mojados o donde hubieran cables sueltos, etc.; *prevención de incendios*: contar con un matafuegos portátil de 1 kg ABC, impedir presencia simultánea de materiales combustibles y focos de ignición, no acercarse a focos de calor a materiales combustibles, etc); *actuación ante un incendio*: actuar con rapidez comunicando la emergencia a bomberos o al 911, si hubiera humo taparse la nariz y la boca con ropa húmeda, no correr, caminar agachado o reptando, intentar extinguir el fuego y si no fuera posible, abandonar el lugar, etc.; *primeros auxilios*: proteger al accidentado para que no corra peligro, avisar al sistema de emergencias, socorrer al accidentado reconociendo sus signos vitales –conciencia, respiración y pulso–, etc.).

Como puede advertirse, esta “autocomprobación”, dada la modalidad de las tareas y partiendo del supuesto de que se desarrollarán en una mesa o escritorio con sistema de telecomunicación, las recomendaciones son genéricas en cuanto a la evacuación en caso de incendio y primeros auxilios y en lo que hace a la prestación laboral concreta, se centran en cuestiones de orden en el lugar de trabajo, ergonometría, espacio de trabajo, condiciones generales del ambiente, eventualmente, iluminación. Sobre esta cuestión también cabe reflexionar acerca de quién se encargaría de proveer los elementos de trabajo, ya sean sillas, escritorios, computadoras, lámparas. Ya que si dicha carga, en principio pesaría sobre los empleadores.

5 Las medidas preventivas

Con respecto a posibilidad de la asistencia de un preventor designado por el empleador para coordinar la visita al lugar donde se desarrollará el teletrabajo, la cuestión a nuestro entender incide en otras cuestiones que en los hechos pueden llegar a tornar esta medida en imposible si no se cuenta con una legislación clara y precisa sobre esta cuestión.

Es que la legislación en materia de higiene y seguridad nace cuando la posibilidad de teletrabajar era impensable.

La ley 19.587 sobre Higiene y Seguridad data del año 1972 y en sus directrices en materia preventiva subyace la idea de establecimiento, aun cuando incluye una defini-

(6) Art. 6°, ley 24.557, que, a su vez, solamente prevé la cobertura por alteración del *in itinere* en tres supuestos, a saber: por razones de estudio; por concurrencia a otro empleo o atención de familiar directo enfermo y no conviviente, debiendo presentar el pertinente certificado a requerimiento del empleador dentro de los tres (3) días hábiles de requerido. En todos estos casos, el trabajador debe notificar por escrito a su ART la modificación del trayecto, como mínimo 72 horas antes.

(7) Art. 75, ley 20.744.

ción conceptualmente amplia del mismo al que define como “todo lugar destinado a la realización o donde se realicen tareas de cualquier índole o naturaleza con la presencia permanente, circunstancial, transitoria o eventual de personas físicas y a las dependencias anexas de todo tipo en que las mismas deban permanecer o a los que asistan por el hecho o en ocasión del trabajo o con el consentimiento expreso o tácito del empleador...” (art. 2º).

Doctrinaria y jurisprudencialmente también se ha interpretado ampliamente este concepto y se ha entendido que el establecimiento es la parte física de la organización empresarial, el lugar donde se desarrolla la relación laboral, donde las partes cumplen sus obligaciones y ejercen sus derechos y facultades vinculadas con el contrato de trabajo, por lo cual se ha entendido que la unidad de ejecución de la organización empresarial, si bien puede identificarse con un determinado lugar, el alcance jurídico del término no se ciñe al mero predio o la simple estructura edilicia, sino que se trata de un concepto vivo⁽⁸⁾.

Ante este panorama legislativo, reiteramos: sería fundamental que la normativa futura sobre teletrabajo expresara de modo claro si existe carga preventiva en materia de higiene y seguridad a cargo del empleador o no, teniendo especialmente en cuenta el lugar donde se desarrolle el teletrabajo, lugar que muchas veces escapa a la carga preventiva del empleador, sencillamente porque no es de su propiedad ni está bajo su guarda. Y aun entendiendo que el establecimiento no se limita al lugar físico en que se emplaza la empresa del empleador, lo cierto es que no puede llevarse al máximo la obligación preventiva, pues como bien se ha entendido, “teniendo en cuenta que, en el caso, la responsabilidad ha sido fundada en la normativa prevista en el art. 1113 del cód. civil, no resulta procedente a mi juicio hacer extensiva la condena a la codemandada Surseg S.A. puesto que, en el supuesto en análisis actuó como intermediaria, destinando a la actora a prestar servicios en el ‘Casino Flotante’, debiendo descartarse también la responsabilidad de la codemandada Mapfre Argentina ART S.A. pues el contrato de afiliación que emitió en los términos de la LRT fue otorgado a favor de dicha empresa y no de quienes han sido responsabilizadas en autos, respecto de las cuales no tenía la obligación de cumplir los deberes de seguridad impuestos por la LRT, a la luz de las constancias obrantes en la causa con base en las que ha sido resuelto el reclamo de autos...”⁽⁹⁾.

Si, por el contrario, se entendiera que el empleador sea donde fuere que se desarrolle el teletrabajo mantiene una obligación de prevención de contingencias laborales, la legislación a dictarse debería reglamentar claramente los límites de las obligaciones preventivas tanto en cabeza del empleador como de las ART, pues tales obligaciones podrían implicar una carga para terceros totalmente ajenos a los contratos laborales que vinculan empresas con teletrabajadores.

En el caso de que el teletrabajador desarrolle su actividad en su domicilio, debería ser requisito *sine que non* su consentimiento y, eventualmente, facultar al teletrabajador a solicitar una visita de la inspección de personal técnico.

Habrà que compatibilizar el derecho a la intimidad del trabajador en su propio domicilio, con el deber de control efectivo de la aplicación de las normas en la materia.

Asimismo, en la práctica, en el día a día se dejaría en manos del teletrabajador las labores de control efectivo cuya competencia corresponde al empresario, quien a su vez verá *obstaculizada* la realización de los correspondientes controles en el domicilio de aquél.

Por otra parte, de ser necesario, también el empleador debería acreditar la aceptación por parte del teletrabajador de la eventual modificación de las condiciones de su domicilio necesarias para el cumplimiento de la normativa de higiene y seguridad laboral.

Desde nuestra perspectiva y a fin de evitar que la futura legislación pague de un exceso de ambición convirtiendo el deber de prevención en una obligación de resultado y como tal de cumplimiento ilusorio, consideramos que sería ausplicable que en la norma que reglamente la cuestión

se circunscriba el derecho a la inspección y su correlativo deber en cabeza del empleador, a los sectores del domicilio en los que efectivamente se teletrabajará y a todo evento, que si la prestación a cargo del teletrabajador se desarrollara fuera de tales sectores, éste asuma total responsabilidad por las consecuencias que podrían suscitarse.

Ahora bien, hemos visto que éste debería prestar su conformidad para que se encuentre permitido el ingreso del personal de prevención a su domicilio y para que eventualmente se lleven a cabo acciones tendientes a concretar adaptaciones para que se encuentren cumplidas las condiciones de higiene y seguridad laboral.

Sin embargo, ¿qué sucedería si las medidas a adoptar exceden el ámbito privado del domicilio particular del trabajador e implican modificaciones que afectarían al consorcio de un edificio (por ejemplo, instalación eléctrica)?

Y yendo más lejos aún, ¿podría válidamente un preventor del empleador evaluar un puesto de trabajo en otro lugar que no sea el domicilio del trabajador y que por tanto requeriría la aceptación y conformidad de un tercero?

Pareciera que dados tales supuestos, el preventor debería limitarse a informar que el lugar de trabajo no resulta adecuado y, por tanto, debería seleccionarse otro.

En nuestra opinión, dadas las características propias de esta modalidad, la labor de prevención empresarial, en los hechos, se encontrará limitada (en comparación con las obligaciones preventivas existentes respecto de las tareas que se desarrollan en el establecimiento empresarial) por múltiples consideraciones, algunas de ellas señaladas precedentemente.

No obstante ello, nos permitimos reiterar: sería conveniente que la futura reglamentación de esta modalidad de prestación de tareas incluya las precisiones al respecto para que se logre cumplir eficazmente con las medidas preventivas, y evitar lagunas que luego tendrán directa incidencia en la determinación de las responsabilidades.

Así, por ejemplo, el art. 13 del Estatuto de los Trabajadores español prevé que en el contrato laboral debe consignarse el lugar en que se realizará la prestación laboral, de modo que se puedan exigir las necesarias medidas de higiene y seguridad que se determinen⁽¹⁰⁾.

6 Conclusión

El teletrabajo es una forma de desarrollar tareas que requieren una reorganización cultural para su eficiente implementación.

A los fines de comprender cabalmente el concepto fundamental detallar que es una manera de organizar y realizar el trabajo a distancia con el uso de las tecnologías de la información y comunicación, ya sea en el domicilio del trabajador o en cualquier otro lugar ajeno al empleador.

Creemos que se trata de una modalidad que exige su reglamentación inmediata dada la creciente implementación que se verifica en la realidad del mercado laboral argentino.

De no adecuarse el actual sistema de riesgos del trabajo (tanto en su faz preventiva como reparadora) a esta modalidad específica de prestación de tareas, entendemos que resultaría prudente que los teletrabajadores estén taxativamente identificados en los registros del empleador y de las ART y que, además, en una cláusula anexa a los contratos

(10) Estatuto de los Trabajadores. España.

Art. 13. Contrato de trabajo a domicilio.

1. Tendrá la consideración de contrato de trabajo a domicilio aquel en que la prestación de la actividad laboral se realice en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por éste y sin vigilancia del empresario.

2. El contrato se formalizará por escrito con el visado de la oficina de empleo, donde quedará depositado un ejemplar, en el que conste el lugar en el que se realice la prestación laboral, a fin de que puedan exigirse las necesarias medidas de higiene y seguridad que se determinen.

3. El salario, cualquiera que sea la forma de su fijación, será, como mínimo, igual al de un trabajador de categoría profesional equivalente en el sector económico de que se trate.

4. Todo empresario que ocupe trabajadores a domicilio deberá poner a disposición de éstos un documento de control de la actividad laboral que realicen, en el que debe consignarse el nombre del trabajador, la clase y cantidad de trabajo, cantidad de materias primas entregadas, tarifas acordadas para la fijación del salario, entrega y recepción de objetos elaborados y cuantos otros aspectos de la relación laboral interesen a las partes.

5. Los trabajadores a domicilio podrán ejercer los derechos de representación colectiva conforme a lo previsto en la presente ley, salvo que se trate de un grupo familiar.

de afiliación, se describa la operatoria a realizar y el lugar de prestación de tareas.

Esto ayudaría a circunscribir el ámbito físico de trabajo para la determinación del carácter laboral de la contingencia y para brindar el servicio de prevención de riesgos laborales.

Esta propuesta de identificación del trabajador y del lugar de trabajo simplificaría el análisis de la calificación de las contingencias como de origen laboral y permitiría circunscribir la actuación en materia de prevención de riesgos.

VOCES: CONSTITUCIÓN NACIONAL - SEGURO - TRABAJO - ACCIDENTES DE TRABAJO - ORGANISMOS ADMINISTRATIVOS - SEGURIDAD SOCIAL

JURISPRUDENCIA

Seguro:

De automotor: asegurado; obligaciones; falta de entrega de los comprobantes de pago en concepto de patentes.

1 – Si bien en el caso el propio asegurado reconoció no haber podido afrontar regularmente el pago de patentes, tal circunstancia no dejó habilitada la vía para que la aseguradora accionada omitiese aceptar la cobertura del siniestro, pues es opinable que los comprobantes del pago de patentes del vehículo asegurado sean necesarios para comprobar cuál es el grado de “verificación” o “extensión” del siniestro en los términos del segundo párrafo del art. 46 de la LS. Tanto más que, aun en la hipótesis de que se aceptase que tal recaudo tuviese la relevancia que pretende atribuirle la demandada, lo cierto es que la pérdida del derecho del asegurado a ser indemnizado a causa de la inobservancia de lo establecido en el art. 46 de la LS aparece condicionada a que el incumplimiento del asegurado sea “malicioso”, extremo éste que no surge acreditado en autos al no haber sido invocado –ni mucho menos, probado– por la compañía de seguros.

2 – Aun en el supuesto de que la aseguradora demandada contemplase que la extensión de su prestación podría resultar afectada por la preexistencia de obligaciones fiscales impagas en cabeza del asegurado –en el caso, una deuda en concepto de patentes–, lo concreto es que ella, una vez reconocido el derecho del asegurado, debió haber consignado judicialmente el monto amparado por la cobertura, dejando condicionada su efectiva entrega a la constatación del cumplimiento de todas aquellas cargas puestas en cabeza del asegurado; por lo cual, si no lo hizo, deberá afrontar las consecuencias desvaliosas de su accionar. Máxime considerando que la calidad profesional del asegurador agudiza la aplicación del principio de la buena fe en el cumplimiento de sus obligaciones, que exige una conducta empeñosa para que el asegurado reciba su indemnización en el tiempo debido, sin recurrir a argumentos que se presentan a todas luces como dilatorios, y que no pueden tener el amparo en la vía jurisdiccional. R.C.

144 – CNCom., sala A, octubre 13-2011. – Camicha, Carlos Darío c. Provincia Seguros S.A. s/ordinario.

En Buenos Aires, a los 13 días del mes de octubre de dos mil once, se reúnen los Señores Jueces de Cámara en la Sala de Acuerdos, con la asistencia del Señor Prosecretario de Cámara, para entender en los autos caratulados: “Camicha, Carlos Darío c/ Provincia Seguros S.A. s/ ordinario” (Expte. N° 84.715, Registro de Cámara N° 50.718/2007), originarios del Juzgado del Fuero Nro. 7, Secretaría Nro. 13, en los cuales como consecuencia del sorteo practicado de acuerdo con lo establecido por el art. 268 del C.P.C.C.N., resultó que debían votar en el siguiente orden: Dra. Isabel Míguez, Dra. María Elsa Uzal y Dr. Alfredo Arturo Kölliker Frers.

Estudiados los autos la Cámara planteó la siguiente cuestión a resolver:

¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada?

A la cuestión propuesta, la señora Juez de Cámara, doctora Isabel Míguez, dijo:

I. ANTECEDENTES DEL CASO

1) En fs. 48/52 Carlos Darío Camicha demandó a Provincia Seguros S.A., persiguiendo el pago de la suma de pesos trescientos cincuenta y cuatro mil seiscientos (\$ 354.600) –con más sus intereses, cargos por actualización monetaria

(8) Cfr. “Acaezzare, Carlos Alberto c. Cleverman SRL y otros s/accidente-Acción Civil”, fallo del 27-12-11, dictado por el Juzgado Nacional del Trabajo N° 72 (inédito), con cita a MAZA, MIGUEL ÁNGEL, en OJEDA, RAÚL HORACIO, *Ley de Contrato de Trabajo comentada y concordada 2011*, 2ª ed. actualizada, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, t. 1, pág. 93.

(9) CNTrab., sala VI, en autos “Lamas, Marcela Irene c. Surseg S.A. y otros s/accidente –acción civil–”, sentencia del 27-4-11, inédita.

y costas— en concepto de los daños y perjuicios (discriminados por el actor en los rubros “valor del automotor”: \$ 115.000; “privación de uso”: \$ 31.600; y “lucro cesante”: \$ 208.000) presuntamente generados por el incumplimiento contractual en el que habría incurrido la compañía de seguros al negarse a desembolsar el precio de la cobertura oportunamente pactada sobre el camión marca Volkswagen, modelo 15/160, dominio ..., propiedad del primero, pese a haberse acreditado el siniestro de “robo” de esa unidad automotor (que —vale aclararlo— luego devino en “destrucción total”, al reaparecer —tiempo después— totalmente desmantelada).

En su pronunciamiento de fs. 648/657, el Sr. Juez de grado resolvió rechazar la demanda, al estimar que si bien había quedado reconocido en autos lo relativo al acaecimiento del siniestro y su denuncia tempestiva por ante la aseguradora, Camicha no logró demostrar haber cumplido una carga esencial que pesaba sobre su persona, consistente en la presentación de cierta documentación (relativa a la inexistencia de obligaciones pendientes de pago sobre el rodado y a las bajas registrales de la unidad) exigida por la demandada para la ulterior aceptación y liquidación del siniestro.

Visto ello, y negada la procedencia de la acción, el *a quo* impuso las costas al accionante vencido, conforme al principio objetivo de la derrota (art. 68, CPCCN).

Los hechos del *sub examine* han sido sintetizados en el fallo indicado en lo que el Sr. Magistrado de primera instancia estimó razonable consignar y a esa referencia cabe remitirse, *brevitatis causae*.

2) La sentencia referida fue apelada por Camicha (fs. 662), quien fundó su recurso en fs. 685/691, recibiendo, de su lado, contestación de la accionada en fs. 693.

El actor se quejó porque el *a quo* habría efectuado una arbitraria interpretación de las probanzas producidas en la especie, al no valorar que jamás existió malicia de su persona al incumplir lo previsto en el Anexo A3 de la cláusula 16 de la póliza, en lo que respecta —en concreto— a la cancelación de los períodos adeudados en concepto de patente del rodado siniestrado. Es más: su parte habría solicitado —conforme a lo establecido por el art. 51, LS— un “pago a cuenta” a la compañía de seguros a los fines de abonar dicha obligación y poder así presentar el certificado pertinente, pedido al que, sin embargo, esta última se negó a acceder.

En ese orden de ideas, aseveró el recurrente que el accionar enrostrado a la contraria, sumado a las múltiples dilaciones provocadas en el trámite relativo a la aceptación del siniestro, constituían la cabal demostración de que no había sido su parte, sino la demandada, quien hubo actuado en todo momento de mala fe.

Finalmente manifestó que al no haberse pronunciado la aseguradora por el acogimiento o rechazo del siniestro dentro del plazo de un mes de denunciado su acaecimiento, debía tenerse como tácitamente aceptado, conforme a lo prescripto por el art. 56 de la LS.

Sobre esa base solicitó el acogimiento íntegro de la demanda y la consiguiente revocación del pronunciamiento recurrido, con costas a la aseguradora accionada.

II. LA SOLUCIÓN

1) El tema a decidir

En el marco de situación descripto, el tema a decidir por ante esta instancia consiste en dilucidar si fue correcta la decisión del Sr. Juez de grado al no considerar responsable a la demandada por el pago de la cobertura del seguro y demás daños reclamados por el actor, luego de evaluar que éste habría incumplido con la presentación de cierta documentación requerida en la póliza como requisito previo para la aceptación y liquidación del siniestro.

Bajo ese encuadre, y toda vez que los litigantes son coincidentes en punto al acaecimiento del siniestro asegurado así como al hecho de su oportuna denuncia por ante la compañía de seguros, entiendo dirimente —en el contexto planteado— definir si resulta razonable la negativa al pago de la cobertura por la que optó esta última, justificando su accionar en el hecho de que Camicha no había concretado la cancelación de una deuda pendiente en concepto de patentes.

Una vez definido dicho extremo, y sólo en la hipótesis de concluirse en una respuesta afirmativa al interrogante volcado en el párrafo precedente, cabrá pasar a examinar lo relativo a la procedencia de los rubros “valor del automotor”, “privación de uso” y “lucro cesante” reclamados por el quejoso, para —finalmente— culminar refiriendo a la forma de imposición de costas del proceso.

Adelanto —finalmente— que no atenderé todos los planteos recursivos del recurrente sino únicamente aquéllos que revistan la característica de esenciales y decisivos para fallar en la causa (CSJN, 13/11/1986, *in re: “Altamirano, Ramón c. Comisión Nacional de Energía Atómica”*; ídem, 12/02/1987, *in re: “Soñes, Raúl c. Adm. Nacional de Aduanas”*; bis ídem, 06/10/1987, *in re: “Pons, María y otro”*; ter ídem, 15/09/1989, *in re: “Stancato, Carmelo”*; v. Fallos: 221:37; 222:186; 226:474; 228:279; 233:47; 234:250; 243:563; 247:202; 310:1162; 258:304; 262:222; 265:301; 272:225, etc.).

Igualmente recuerdo que no es deber de los jueces analizar en sus fallos todas las pruebas producidas, sino aquellas que se estimen conducentes para resolver el conflicto (Fallos: 280:3201; 144:611), razón por la cual me inclinaré por las jurídicamente relevantes o singularmente trascendentes (cfr. esta CNCom., esta Sala A, mi voto, 09/11/2010, *in re: “Emagny S.A. c. Got S.R.L. y otro”*).

Efectuadas las precedentes especificaciones cabe, pues, pasar a examinar la suerte del presente litigio.

2) En torno a la información complementaria conducente a su verificación y extensión del siniestro

Para la adecuada comprensión de la problemática central controvertida en estas actuaciones, conviene señalar que la cláusula 16° de las condiciones generales de la póliza establece que “en caso de pérdida total del vehículo por daño o robo o hurto, y si procediere la indemnización, ésta queda condicionada a que el asegurado entregue al asegurador los documentos que se enuncian en el impreso agregado a la póliza como anexo a esta cláusula. Completada la entrega de la documentación y no ofreciendo ésta inconvenientes ni existiendo motivo de rechazo de siniestro, el asegurador debe proceder a su pago dentro de los quince días de presentada en regla dicha documentación” (véase fs. 33 v.).

A su vez, el Anexo A3 de la cláusula transcrita estipula que en los supuestos de los siniestros allí contemplados el asegurado debe proporcionar las siguientes constancias o documentación: “a) Denuncia policial (original y copia), b) constancia de denuncia por robo o hurto o constancia de baja por destrucción total, según corresponda, extendida por el Registro Nacional de la Propiedad del Automotor, mediante formulario n° 04, debiéndose dejar constancia de las observaciones, entidad aseguradora y nro. de póliza, c) certificado de estado de dominio extendido por el Registro Nacional de la Propiedad del Automotor, acreditando que sobre la unidad no pesan embargos, gravámenes u otros impedimentos que permitan la libre disponibilidad del bien (formulario 02), d) constancia de la titularidad del automotor robado o hurtado, emitida por el Registro Nacional de la Propiedad del Automotor (...), e) constancia de la solicitud de la baja de patente, ingresada en la Dirección de Rentas de la Municipalidad, f) comprobantes de pagos de patentes, g) libre deuda del Tribunal de faltas, h) en caso de existir acreedor prendario, certificado de deuda, i) cesión de derechos a favor de la entidad aseguradora, j) impuesto de emergencia a los automotores, y k) juego de llaves del vehículo” (véase informe de perito técnico en seguros, fs. 305/306).

Si bien ambas cláusulas pretenden responder a lo que, en la jerga del seguro, se califica usualmente como “información complementaria conducente a la verificación y extensión del siniestro”, lo cierto es que, tal como se verá *infra*, este concepto —previsto normativamente en el art. 46, párrafo 2°, LS— adopta un límite mucho más preciso (y conciso) que aquél que las compañías de seguros suelen invocar al añadir una serie de recaudos que exceden tal noción. Vale agregar que a la información en cuestión se adiciona —por otro lado— la obtenida comúnmente a través de investigaciones efectuadas por los “estudios liquidadores de seguro” contratados por las compañías, quienes —durante el lapso por el cual se prorroga la investigación— justifican la suspensión del plazo legal con el que cuentan para expedirse, sea ya por la aceptación o por el rechazo del siniestro denunciado por el damnificado (repárese que en autos intervino el “Estudio Silva”, designado por la demandada en la tarea de verificación y eventual liquidación del siniestro; véanse cartas documentos anejadas en copia por el perito técnico en seguros, en fs. 292 y 294).

En el supuesto bajo análisis no se halla en tela de juicio que el accionante cumplió con todos los recaudos relativos a la “verificación del siniestro”, comprendidos entre los incisos a) y d) del Anexo A3 de la cláusula 16 de la póliza. No ocurrió lo propio, sin embargo, respecto de los incisos siguientes —e) a k)—, y particularmente en punto a aquel

que establece la “obligación” de entregar los comprobantes de pagos de patentes —inc. f)—, circunstancia, ésta, de la que se valió la aseguradora demandada para omitir pronunciarse por la aceptación de la cobertura del siniestro.

Si bien la tesis propuesta por *Provincia Seguros S.A.* —en punto a que la ausencia de los comprobantes de pago en concepto de patente autorizaba a negar el desembolso de la cobertura reclamada— fue receptada favorablemente por el Sr. Juez de grado, debo adelantar que otro es mi parecer.

En efecto: más allá que el propio asegurado reconoció no haber podido afrontar regularmente el pago de patentes, lo concreto es que dicha circunstancia no dejaba habilitada la vía para que la parte demandada omitiese aceptar la cobertura del siniestro, al ser de suyo opinable que los comprobantes del pago de patentes del vehículo asegurado puedan ser subsumidos bajo el concepto de “la información necesaria para verificar el siniestro o la extensión de la presentación a cargo del... asegurador...”, establecidos por el segundo párrafo del art. 46, LS (cfr. en este sentido esta CNCom., Sala D, 19/10/2000, *in re: “Robaina, Carlos M. c. Argentina Cía. de Seguros Visión S.A.”*, LL 2000-F, 695 y DJ, 2001-1, 294).

Me explico: simplemente no cabe dentro de la hermenéutica del artículo mencionado, afirmar que un comprobante de pago de patentes sea necesario para comprobar cuál es el grado de “verificación” o “extensión” del siniestro. Sí serían indispensables a este último fin, v.gr., la denuncia policial del siniestro o la constancia de la titularidad del automotor siniestrado, mas no —insisto— el comprobante que dé cuenta que nada se adeuda por el concepto controvertido.

En esa inteligencia, repárese que aun en la hipótesis que se aceptase que tal recaudo tuviese la relevancia que pretende atribuirle la demandada, lo cierto es que la pérdida del derecho del asegurado a ser indemnizado a causa de la inobservancia de lo establecido en el art. 46, LS, aparece condicionada —por imperio legal— a que el incumplimiento del asegurado sea “malicioso”, extremo —éste— que no surge acreditado en autos al no haber sido invocado —ni mucho menos, probado— por la compañía de seguros (art. 48, ley citada; cfr. esta CNCom., Sala D, 08/11/1999, *in re: “Gallo, Dardo E. c. La República Compañía de Seguros Generales S.A.”*).

En tal sentido, es claro que el hecho de que la exigibilidad en sí propia del débito indemnizatorio estuviera condicionada (tal como postula la accionada) a que el asegurado entregase la documentación relacionada con las patentes del rodado, no resulta suficiente para suponer *a priori* que el incumplimiento en dicha entrega en particular habilitase a la aseguradora a no aceptar la cobertura del siniestro, cuando —como vino a resultar de esta causa— no ha sido demostrado que Camicha hubiese incurrido —reitero una vez más— en una conducta “maliciosa” (esta CNCom., esta Sala A, 29/08/2001, *in re: “Barisoni, Héctor c. La Suizo Argentino Cía. de Seguros”*, RCyS, 2002, 640).

A mayor abundamiento, no soslayo que aun en el supuesto de que la demandada contemplase que la extensión de la prestación podría resultar eventualmente afectada por la preexistencia de obligaciones fiscales impagas en cabeza del asegurado (caso de la deuda en concepto de patentes), lo concreto es que la aseguradora —en su rol de empresa comercial especializada en la materia (art. 902, Cód. Civil)— se hallaba habilitada, una vez reconocido el derecho del asegurado, a adelantar a Camicha el dinero necesario para cancelar tales deudas, deduciéndolo del importe debido en concepto de cobertura (cfr. arg. art. 51, párrafo primero, LS).

De lo hasta aquí elaborado se desprende que las peticiones de información complementarias deben ser razonables (arts. 28 y 31, Constitución Nacional; CSJN, Fallos: 199:483) e idóneas para cumplimentar el fin para el cual fueron concebidas en la praxis del seguro, no pudiendo omitirse en ese análisis de razonabilidad la incidencia del principio de la buena fe, que gobierna toda relación contractual y, en particular, la materia que nos ocupa.

Insisto: la “buena fe” negocial es una exigencia de estos tiempos que domina todo el ordenamiento jurídico no sólo en lo referente a la constitución de la relación sino también en su ejecución e interpretación de cualquier aspecto de la convención (art. 1198, Cód. Civil), pero en materia de seguros el llamado principio *uberrimae bonae fidei* adquiere mayor relevancia, exigiéndose una conducta clara, diligente y sincera de las partes, tanto en el proceso formativo de los contratos como durante toda su vigencia y has-

ta su posterior extinción para que funcione adecuadamente (cfr. esta CNCom., esta Sala A, 20/12/1991, *in re*: “*Coviglia de Kutsera, María E. y otro c. Galicia y Río de la Plata Cía. de Seguros SA*”; ídem, 24/9/1997, *in re*: “*Estanterías Japonesas SRL c. La Hispano Argentina Compañía de Seguros SA*”, *bis* ídem, 29/08/2001, *in re*: “*Barisoni, Héctor...*”, cit. *supra*, entre otros; cfr. Halperín-Morandi, “*Seguros*”, vol. I, Ed. Depalma, 1991, p. 50 y sigtes.; Barbatto, Nicolás H., “*El principio de la buena fe en el contrato de seguro*”, en Cuadernos del Instituto de Derecho del Seguro del Colegio de Abogados de San Isidro, n° 1, feb. 1996, ps. 29 a 33).

Bajo esa luz es dable aseverar –tal como lo han hecho nuestros Tribunales– que “la calidad profesional del asegurador lo obliga a un obrar diligente y con fundamento de causa, en caso de siniestro, lo que agudiza la aplicación del principio de la buena fe en el cumplimiento de sus obligaciones, que exige una conducta empeñosa para que el asegurado reciba su indemnización en el tiempo debido, sin recurrir a argumentos que se presentan a todas luces como dilatorios, y que no pueden tener el amparo en la vía jurisdiccional, tal como se pretende” (conf. esta CNCom., Sala B, 11/3/1986, *in re*: “*Textil Iberoamericana SCA c. Apolo Cía. Arg. de Seguros SA*”, ED, 119-606, núm. 7°). Adviértase que, en todo caso, lo que la aseguradora debió haber hecho en un marco estrictamente jurídico fue consignar judicialmente –en tiempo y forma– el monto amparado por la cobertura, dejando condicionada su efectiva entrega a la constatación del cumplimiento de todas aquellas cargas puestas en cabeza del asegurado en el Anexo A3 de la cláusula 6°. Sin embargo, no lo hizo, debiendo –en razón de lo hasta aquí dicho– afrontar las consecuencias disvaliosas de su accionar.

Sobre la base de estas consideraciones, juzgo que –malgrado lo dispuesto por el Sr. Juez de grado– no existió en la especie un impedimento sustancial que justificase, en definitiva, la demora en la que incurrió la aseguradora para pronunciarse acerca del reconocimiento del derecho del asegurado, deviniendo –por ende– legítimo el tenor del reclamo formulado por este último en sede judicial.

Demostrada, entonces, la antijuridicidad atribuida al accionar de la compañía de seguros, corresponde ahora pasar a examinar la suerte de los rubros comprensivos de los daños y perjuicios reclamados por Camicha.

Veamos.

3) En torno a la indemnización requerida

Sabido es que el fundamento de la responsabilidad civil no lo constituye solamente la realización del acto ilícito (en el *sub lite*, la omisión en reconocer el siniestro, en la que incurrió la aseguradora), sino justamente la causación del daño a quien lo soporta (esta CNCom., esta Sala A, 12/07/2007, *in re*: “*Juncal Empresa de Viajes y Turismo S.A. c. Internacional Air Transport Association [IATA] y otro*”; ídem, 10/04/2008, *in re*: “*Gazzaniga, Jorge Antonio y otro c. Bank Boston N.A. y otro*”; *bis* ídem, 22/05/2008, *in re*: “*Istmo S.R.L. c. Viajes Ati S.A. Emp. de Viajes y Turismo*”; *ter* ídem, 06/06/2008, *in re*: “*Citibank N.A. c. D’Angelo Gentilini, Laura Adriana*”; *quater* ídem, 23/12/2008, *in re*: “*Sistemas Royartel S.A. c. Telefónica de Argentina S.A.*”; *cinque* ídem, 23/12/2008, *in re*: “*Nicoll S.A. c. Scian, David y otro*”, entre otros; cfr. Bustamante Alsina, “*Teoría General de la Responsabilidad Civil*”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1980, p. 86; Llambías, Jorge J., “*Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*”, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 1973, t. I, n° 98, etc.).

Ello así, para que el daño sea resarcible, debe existir plena certidumbre sobre su existencia (CSJN, 13/10/1994, *in re*: “*Godoy, Miguel A. c. Banco Central*”). Su prueba es primordial, puesto que si no se halla demostrado carece de sustento la pretensión resarcitoria que tuviera por presupuesto –justamente– ese extremo (SCBA, 06/10/1992, *in re*: “*Damelino de Constantini, Celia c. Asociación de Jubilados y Pensionados de Villa Ramallo*”; LL, 23/12/1992; Sala B, 22/2/2005, *in re*: “*Clucellas, Patricio c. Valle Las Leñas*”). Es que resulta de la esencia del fenómeno resarcitorio que exista un daño que se valore como resarcible y no únicamente un acto que se califique como ilícito (cfr. Tucci, Giuseppe, “*La risarcibilità del danno da atto lecito nel diritto civile*”, en *Revista de Diritto Civile*, 1967-I, p. 263, cit. por Calvo Costa, Carlos, “*Las nuevas fronteras del daño resarcible*”, LL, 2005-D, 1413; esta CNCom., esta Sala A, 14/12/2007, *in re*: “*Tommasi Automotores S.A. c. Ciadea S.A. y otro*”; ídem, 15/02/2008, *in re*: “*Rot Automotores SACIF c. Sevel Argentina S.A. y otro*”; *ter* ídem, 15/02/2008, *in re*: “*Levy, Elías Alfredo c. Caja de*

Seguros S.A.”; *quater* ídem, 02/06/2009, *in re*: “*Magno, Mario Horacio c. Banco Río de la Plata*”, entre muchos otros).

En ese encuadre pasará, pues, a analizar separadamente la suerte de las quejas esbozadas por los litigantes en torno a cada uno de los tres (3) rubros comprometidos.

3.i) Valor del automotor (rectius: daño emergente).

Por este concepto (también denominado “valor de reposición del vehículo”) el actor requirió el importe de \$ 115.000, suma que, para el hipotético supuesto en que el rubro resultase procedente, fue cuestionada por la aseguradora al estimarla excesiva.

En lo que a esta cuestión atañe, sabido es que la obligación principal del asegurador se halla constituida por el resarcimiento del daño o el cumplimiento de la prestación convenida al verificarse el evento previsto contractualmente, siendo la obligación correspectiva del asegurado –de su lado– la del pago de la prima (art. 1, LS; esta CNCom., esta Sala A, 08/10/2009, *in re*: “*Pollacchi, Pedro Oscar c. Caja de Seguros S.A.*”; ídem, 07/02/1986, *in re*: “*García, Miguel c. Arco Iris Coop. de Seguros*”; LL, 1986-D-88).

Desde esa óptica, tanto el resarcimiento como el cumplimiento de la prestación convenida se traducen en una única expresión: pago, que como tal, integra el objeto del contrato y en el caso del seguro porta un límite constituido, en principio, por la suma asegurada, salvo que la ley o el contrato dispusieren lo contrario (art. 61, LS, cfr. Stiglitz, Rubén, “*Derecho de Seguros*”, T. III, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 78).

Tal debe ser, pues el parámetro a tener en cuenta al momento de cuantificar el límite máximo a reconocer por el rubro bajo estudio: la suma asegurada en el contrato que unió a los ahora litigantes (cfr. esta CNCom., esta Sala A, 15/02/2008, *in re*: “*Levy, Elías c. Caja de Seguros S.A.*”). Es ésta una derivación inmediata de las directivas contenidas en el art. 505, Cód. Civil, donde claramente se indica que uno de los efectos de las obligaciones respecto del acreedor es el de “darle derecho para emplear los medios legales, a fin de que el deudor le procure aquello a lo que se ha obligado” (esta CNCom., esta Sala A, 08/10/2009, *in re*: “*Pollacchi...*”, cit. *supra*).

En ese contexto, cabe señalar que, sea ya en el supuesto de robo total –siniestro que motivó la denuncia–, o sea ya en el de destrucción total –siniestro corroborado luego de que apareciera desmantelado el camión asegurado, no superando el valor de los restos el 20% del valor del vehículo (véase peritación de ingeniero mecánico, fs. 418/421)– la póliza establece, para ambos casos, que “*el asegurador indemnizará el valor de venta al público al contado en plaza al momento del siniestro de un vehículo de igual marca y características*” haciéndose cargo además de los impuestos, tasas, contribuciones y gastos inherentes a la registración del dominio a favor del asegurado, todo ello “hasta la suma asegurada que consta en las condiciones particulares” (véase cláusula 9, pto. III y cláusula 13, párrafo primero; fs. 74 vta. y 75).

De lo precedente cabe inferir que el accionante tuvo derecho a reclamar, no el valor de reposición del vehículo pretendido al momento en que introdujo su demanda, sino el daño emergente derivado del incumplimiento del contrato (tal es uno de los objetos de su reclamo, véase fs. 48), que en el *sub lite* cuenta con un tope de pesos cincuenta y cinco mil quinientos (\$ 55.500), conforme a lo estipulado en las condiciones particulares de la póliza (véase fs. 67), con más sus intereses (punto, este último, sobre el que volveré *infra*).

Tal habrá de ser, pues, el monto de condena del capital en concepto de “valor del automotor”.

Predicar lo contrario –esto es, acceder al pedido de \$ 115.000 efectuado por Camicha, vulnerando la correlación que debe existir entre riesgo, cobertura y prima en el contrato de seguro– implicaría un enriquecimiento sin causa y una inequivalente contraprestación contractual a favor del actor, lo que de modo alguno es admisible (cfr. esta CNCom., esta Sala A, 29/08/2001, *in re*: “*Barisoni, Héctor E., c. La Suizo Argentina Cía. de Seg. S.A.*”; ídem, 08/10/2009, *in re*: “*Pollacchi...*”, cit. *supra*).

Sin embargo, a la suma de condena así determinada habrán de adicionársele los intereses previstos por el art. 622 Cód. Civil, al constituir éstos una consecuencia inmediata y necesaria del incumplimiento de la obligación, y cuyo objeto resulta ser –como es sabido– el de compensar la imposibilidad en la que se vio inmerso Camicha de aplicar el capital adeudado por la aseguradora en una inversión

generadora de renta. Dichos intereses serán calculados a la tasa activa percibida por el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones de descuento a treinta (30) días, no capitalizable (conf. art. 623, Cód. Civil) desde el 20/11/2006 (fecha que puso como límite el demandante para la devolución del dinero, véase copia de carta documento recibida por la aseguradora, fs. 6) y hasta el efectivo pago (cfr. CNCom., en pleno, 27/10/1994, *in re*: “*S.A. La Razón s/quiebra s/incidente de pago de los profesionales*”, y doctrina plenaria del fuero *in re*: “*Calle Guevara, Raúl [Fiscal de Cámara] s/ revisión de plenario*”, del 25/08/2003, JA 2003-IV-567).

3.ii) Lucro cesante (rectius: pérdida de chance)

Conforme tiene dicho esta Sala, el lucro cesante es el resarcimiento de la ganancia neta de la que resultó privado el damnificado como consecuencia del incumplimiento de la obligación por parte del cocontratante responsable (cfr. esta CNCom., esta Sala A, 30/12/2009, mi voto, *in re*: “*Elemar Cargas S.A. c. Telefónica Móviles Argentina S.A.*”; ídem, 13/05/2009, mi voto, *in re*: “*Vázquez, Amadeo c. Fiat Auto Argentina S.A. y otro*”; ídem, del voto de la Dra. Uzal 16/10/2007, *in re*: “*Bergilli, Néstor Darío c/ La Uruguay Compañía Argentina de Seguros Sociedad Anónima*”; ídem, 08/11/2007, *in re*: “*Prensiplast S.A. c. Petri S.A.*”).

Ahora bien: para el reconocimiento de este rubro es menester –reitero, una vez más– que su existencia sea debidamente acreditada (art. 377, CPCCN), no bastando la enunciación de simples conjeturas.

Bajo ese encuadre, se halla probado en la causa el hecho de que el actor empleaba el vehículo asegurado para realizar transportes de mercadería. Baste para ello apreciar las siguientes probanzas:

a) Contestación a oficio de la empresa Ecovec SRL, donde se manifiesta que el camión siniestrado contaba al 22/05/2005 con la revisión técnica obligatoria que lo habilitaba para el transporte de mercaderías a todo el territorio nacional, habiéndose emitido el certificado C N° 706777 con vigencia entre el 02/06/2004 al 02/06/2005 (fs. 150).

b) Respuesta a oficio presentada por *QM-WAY Logística y Distribución* (fs. 186), en la que se señala que el actor prestó servicios de transporte con el camión mencionado en el año 2004, a razón de cuarenta (40) viajes, con un valor aproximado de pesos quinientos (\$ 500) cada uno.

c) Contestación a oficio efectuada por *Transportes Zallio Hnos.*, en la que se refiere que desde 1999 hasta el año 2004 Camicha prestó servicios con el camión siniestrado, en un promedio de quince (15) viajes anuales, a pesos quinientos (\$ 500) cada uno.

d) Respuesta a oficio brindada por *Eternit Argentina S.A.* (fs. 171), en la que también se menciona la prestación de servicios concretadas por el demandante, aunque en un período muy anterior (1997-2000) a la época en la que acaeció el siniestro, razón por la cual los valores volcados en las planillas anejadas al oficio carecen de incidencia para el cálculo del daño bajo estudio.

Llegado a este punto, no quedan dudas acerca de que el actor prestaba servicios de transporte de mercadería con el rodado siniestrado, mas ello no resulta suficiente para tener por acreditada la privación concreta del lucro cesante reclamado, al no existir otros elementos de prueba que abonen la seriedad del monto que surge de la demanda por tal concepto.

Así las cosas, parece ser claro que no resulta factible acordar derecho a una indemnización de esta entidad sobre la base de suposiciones (esta CNCom., esta Sala A, 12/09/2006, *in re*: “*Urre Lauquen S.A. c. Lloyd’s Bank [BLSA] Ltd. y otro*”; ídem, Sala B, 25/5/1988, *in re*: “*Pérez Lino c. Amparo Seguros S.A.*”, entre otros).

Sin embargo hay algo que este Tribunal no puede desconocer y es el hecho de que el accionante perdió la posibilidad de seguir explotando la unidad en forma regular –como lo hacía–, quedando atrás, con ello, sus legítimas posibilidades de obtener el rédito sobreviniente a dicha explotación.

Establecido lo precedente, cabe señalar que cada vez que un bien integrante de una actividad productiva queda excluido de participar en los procesos de producción e intermediación a que estaba destinado, por razones ajenas a su idoneidad, cabe presumir como hecho notorio que la privación de su uso causa un daño “*in re ipsa*” (conf. Anaya, Jaime Luis, “*La prueba del daño causado por la privación del uso de un automotor – La óptica del derecho comercial*”, ED, 04/03/1993). Es que cuando el vehículo se encuentra incorporado en una forma dinámica a una or-

ganización productiva –v.gr., en una línea de transporte de pasajeros, en un transporte terrestre, en un taxímetro, fletes, etc.–, en tales supuestos la indisponibilidad de dicho bien generará un perjuicio significativo a su titular, susceptible de reparación. A diferencia de ello, cuando se encuentra en una posición estática, destinado al uso y goce de su dueño, la privación de su uso puede ocasionar un daño que no puede presumirse, sino que el mismo debe acreditarse fehacientemente en cada caso particular, determinando en forma precisa el uso al que se lo destinaba y las necesidades a las que daba satisfacción (conf. esta CNCom., esta Sala A, 21/09/1994, mi voto, *in re*: “*Machuca Centurión Fildonio c/ Omega Compañía de Seguros s/ Ordinario*”; ídem, Sala C, 25/04/1988, fallo N° 87.686, LL del 22/08/1989).

Bajo ese sesgo, el daño comentado encuadra en la noción que se ha dado en llamar “pérdida de chance”, por lo que he de proponer a la recalificación del perjuicio, conforme a la regla *iura novit curia* (Fallos: 308:778; 308:541; esta CNCom., esta Sala A, 12/09/2006, *in re*: “*Urre Lauquen S.A.*”, cit. *supra*).

En efecto, si bien la pérdida de chance –del francés: “ocasión” o “posibilidad”– como tal, no se encuentra estrictamente solicitada en autos, es la idea que cabe aplicar al *sub lite* frente a la aludida pérdida de la posibilidad de seguir prestando servicios de transportes con empresas del medio, único perjuicio con visos objetivos que, junto a la demora habida en el pago de la cobertura del siniestro, veo plausibles.

En tal sentido, no paso por alto que la aplicación de las normas le es otorgada al sentenciante como derivación del principio contenido en el aforismo *iura novit curia*: el conflicto debe ser resuelto según correspondiere por ley (art. 163, inc. 6°, CPCCN). Ello siempre, claro está, que no caiga en lo arbitrario, único límite puesto a su libertad en la elección del derecho aplicable, situación que quedaría configurada cuando la modificación del derecho traiga aparejado el cambio de la pretensión, lo que no ocurre en el *sub examine* (cfr. esta CNCom., esta Sala A, 12/09/2006, *in re*: “*Urre Lauquen S.A.*”, cit. *supra*; cfr. Acuña Anzorena, Arturo, “*El principio iura novit curia y su aplicabilidad en materia de prescripción*”, L.L., 70-870).

En ese orden de ideas, la amplitud de poderes de los magistrados, permite seleccionar de entre varias soluciones posibles, la que se estima más adecuada a la realidad juzgada; todo juez tiene el deber de conocer el derecho que ha de aplicar para la solución del conflicto, en base a los hechos expuestos como litigiosos; con prescindencia de la denominación o encuadramiento jurídico dado por los litigantes a sus pretensiones (arg. art. 15, Cód. Civ., art. 34, inc. 5°, CPCCN.; CSJN, fallos: 300:1034; 301:1211, LL, 1981-D, 599-36.018-S; esta CNCom., esta Sala A, 12/09/2006, *in re*: “*Urre Lauquen S.A.*”, cit. *supra*; Sala B, 01/11/1995, *in re*: “*Sebastián Héctor N. c. La Central del Plata Cia. de Seg.*”).

Volviendo sobre la procedencia del rubro pérdida de chance –y a los fines de discernir su alcance en el caso– es menester aclarar que difiere cualitativa y cuantitativamente del lucro cesante. Podría decirse que el centro distintivo radica en la menor o mayor posibilidad de obtención de las ganancias, respectivamente.

Así las cosas, para aplicar la pauta comentada se debe realizar un juicio de probabilidades que determine qué es procedente: para admitir la pérdida de chance se analiza la frustración de la posibilidad de obtener ventajas; mientras que en el caso del lucro cesante se estudia el fracaso de ellas (cfr. Trigo Represas, Félix - López Mesa, Marcelo, *Tratado de la Responsabilidad Civil*, t. I, La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 459 y ss.).

En tal sentido, recuérdese que la pérdida de chance determinada como tal, es un daño cierto, por tanto resarcible, por el cual se pretende la reparación por la probabilidad de éxito frustrada y a diferencia del lucro cesante, no es más que una consecuencia mediata del hecho ilícito (v. Bustamante Alsina, Jorge, La pérdida de una chance es una consecuencia mediata, previsible y por lo tanto solamente resarcible en caso de incumplimiento malicioso, LL, 1993-D, p. 207). De allí que la diferencia entre uno y otro rubro estriba en un mayor o menor grado de certeza sobre la producción efectiva de las ganancias; la chance siempre permanece en grado de probabilidad, objetivamente juzgada (cfr. CNCom., Sala C, 07/08/1996, *in re*: “*Aliaga Echegoyen, Agustín c. Rent a Car Travel Service S.R.L.*”, JA, 1997-I-157). De su lado, el lucro cesante es cuantitativamente siempre superior a la pérdida de la chance dada la mayor

posibilidad de realización del éxito (cfr. esta CNCom., esta Sala A, 12/09/2006, *in re*: “*Urre Lauquen S.A.*”).

Bajo tales pautas, considero que si bien el accionante no demostró una ganancia efectivamente realizable –por lo que no procede el rubro lucro cesante–, se puede inferir, en cambio, que sí perdió la posibilidad o chance de participar en los procesos de producción e intermediación a que estaba destinado a través de la prestación de servicios de transporte comercial de mercaderías durante el lapso en que estuvo privado del camión siniestrado.

Consiguientemente procede la reparación por pérdida de la chance; empero –como referí– la indemnización por este concepto no se asimila al beneficio dejado de percibir, sino al importe que determine prudencialmente el juez, de acuerdo a las probanzas aportadas a la causa y a las reglas de la sana crítica (cfr. Belluscio-Zannoni, *Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado*, t. II, Ed. Astrea, 1987, pág. 716).

En este orden de cosas, con base en las circunstancias de hecho puestas en juego y la endeblez de la prueba, he de proponer que se establezca la indemnización por pérdida de chance en una suma que estimo adecuado fijar, por todo concepto, en veinticinco mil pesos (\$ 25.000), importe –éste– al que cabrá adicionar los intereses de condena especificados en el considerando precedente.

3.iii) Privación de uso

Adelanto que este rubro no correrá idéntica suerte que los anteriores, debiendo –por ende– ser desestimado.

Dos (2) son las razones que me llevan a concluir de ese modo:

a) Si lo que el accionante hubiese procurado fuese la indemnización correspondiente a la “pérdida de oportunidades para efectuar transportes de mercaderías mediante el uso del vehículo”, estaríamos en presencia de una doble imposición que obedecería a un idéntico concepto, cual es el del ya tratado rubro de “pérdida de la chance”. Tal variable de modo alguno es admisible, pues de lo contrario se gestaría –y premiaría– indebidamente un enriquecimiento sin causa a favor del quejoso.

b) La segunda razón tiene que ver con que resulta poco creíble sostener, si así lo hubiese querido dejar entrever el apelante, que el camión era además utilizado por su parte con fines no comerciales a los fines de trasladarse habitualmente por la vía pública: repárese en que difícilmente un camión de las características del siniestrado podría circular libremente por toda la ciudad a cualquier hora, máxime considerando las restricciones existentes en materia de tránsito para unidades de gran porte.

A lo precedente se suma –en el mejor de los supuestos para *Camicha*– que la falta de vehículo no constituye *per se* un daño resarcible si no se suministran elementos de juicio que hagan verosímil la existencia de un concreto perjuicio derivado de esa carencia. Esto es así porque, si bien la indisponibilidad del vehículo en la faz no comercial implica necesariamente para su dueño o usuario una serie de molestias, gastos adicionales y pérdidas de tiempo que sin lugar a dudas constituyen un menoscabo susceptible de ser indemnizado, no menos cierto es que, como contrapartida, el uso de un rodado ocasiona una serie de erogaciones, tanto directas como indirectas, tales como estacionamiento, combustible, lubricantes, repuestos y demás gastos de mantenimiento que se evitan en principio cuando no se dispone de la posibilidad de utilizar la unidad (esta CNCom., esta Sala A, 08/10/2009, *in re*: “*Pollacchi...*”, cit. *supra*; ídem, 13/02/1980, *in re*: “*San Esteban S.C.A. c. Nogueira S.R.L.*”; íd., 30/11/1979, “*Telles, Teodoro Tomás c. Nasta, Antonio*”).

Síguese de ello que, en el mejor de los casos para el apelante –y más allá que no hubiese sido ello posible por lo ya especificado–, para que este rubro prosperase, hubiese sido exigible que el interesado suministre prueba concreta de que esos gastos y molestias causados por la falta de vehículo superan o exceden el ahorro que produce esa ausencia de uso, allegando al Tribunal los elementos de juicio necesarios a tal fin, de modo de evitar que se produzca un enriquecimiento sin causa en perjuicio del deudor (esta CNCom., esta Sala A, 04/04/2007, *in re*: “*Bonfiglio de Folgueziras Mariana y otro c. La Buenos Aires Compañía Argentina de Seguros S.A. y otro*”; ídem, 10/06/1980, *in re*: “*Lerner, José c. La Magdalena S.R.L.*”; bis ídem, 30/05/1997, *in re*: “*Grimblat, Diego Fabián c. Autoplan Círculo de Inversores S.A.*”; entre otros). Tal extremo, sin embargo, tampoco fue acreditado en la especie.

En síntesis, no se ha producido prueba alguna para tener por justificada la existencia del daño invocado en con-

cepto de “privación de uso del rodado”, debiendo, por ende –tal como se adelantara– procederse al rechazo del resarcimiento impetrado por este rubro.

4) Improcedencia de la actualización monetaria impetrada

Sentado ello, cabe recordar que la actora solicitó que al importe de marras le sea aplicada –además de los pertinentes intereses– una actualización monetaria.

A este respecto, el artículo 10 de la Ley 23.928 –modificado por el artículo 4 de la Ley 25.561–, dispone lo siguiente: “*mantiénense derogadas, con efecto a partir del 1° de abril de 1991, todas las normas legales o reglamentarias que establecen o autorizan la indexación por precios, actualización monetaria, variación de costos o cualquier otra forma de repotenciación de las deudas, impuestos, precios o tarifas de los bienes, obras o servicios. Esta derogación se aplicará aun a los efectos de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, no pudiendo aplicarse ni esgrimirse ninguna cláusula legal, reglamentaria, contractual o convencional –inclusive convenios colectivos de trabajo– de fecha anterior, como causa de ajuste en las sumas de pesos que corresponda pagar*”.

Señálase liminarmente que el reconocimiento de un “plus” por desvalorización monetaria ha sido autorizado jurisprudencialmente con anterioridad al dictado de la ley 23.928 (conf. esta Cámara en pleno, 13/09/1977, *in re*: “*Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial s/ desvalorización monetaria en caso de mora*”), en casos en que, durante la mora del deudor de una obligación dineraria, el acreedor se viera perjudicado por una depreciación monetaria que manifiestamente no resultase compensada a través de los intereses previstos en el art. 622 del Cód. Civil. Sólo en esos determinados supuestos se resolvió otorgar al acreedor que lo solicitase en la oportunidad adecuada, además del interés puro o neto, una suma adicional que repare el mencionado daño (cfr. esta Cámara, en pleno, 28/10/1981, *in re*: “*Pérez Lozano Roberto C. c/ Cia. Argentina de TV.*”; esta CNCom., esta Sala A, 30/06/2010, del voto de la Dra. Uzal, *in re*: “*Urquiola, Eugenia Marta c. HSBC La Buenos Aires Seguros S.A.*”).

Examinada esta situación en el marco de la misma doctrina plenaria *supra* citada, a título meramente ejemplificativo, apúntase que si se comparan los índices de variación de precios al consumidor, aparecen –hoy por hoy– suficientemente compensatorias del valor de depreciación de la moneda, con lo cual no se verifica el supuesto previsto por la doctrina plenaria citada *in fine* para admitir correcciones del tipo de la que se insinúa en el *sub iudice*.

Así las cosas, no se advierte la configuración de un perjuicio al demandante susceptible de producir un menoscabo en su derecho de propiedad que justificase la declaración pretendida.

Ergo, la actualización monetaria demandada será rechazada.

5) Cuestiones finales

Habiendo determinado entonces cuál es el alcance de la condena en autos, corresponde –por razones de economía y eficiencia procesal– referir a tres (3) cuestiones finales, cuya observancia en el cumplimiento habrá de ser especialmente encomendada al Sr. Juez *a quo*.

a) Refiérome, por un lado, a la notificación destinada a poner en conocimiento al acreedor prendario del rodado siniestrado (Banco de la Provincia de Buenos Aires, véase informe de fs. 14) la existencia de la presente condena, a los fines de que dicho acreedor ejerza –en forma previa a que el actor perciba el dinero de la condena– los derechos que pudiesen corresponderle.

A ese respecto, el art. 84, LS, dispone el modo de ejercer el privilegio por parte de dicho sujeto y determina el procedimiento de liquidación del daño, que queda librado a la diligencia de éste. No obstante, vale aclarar que la existencia del crédito prendario no le impide al asegurado accionar contra la demandada por cumplimiento de contrato de seguro, ya que la póliza es un título de legitimación de los derechos emergentes de esta convención: de ello se colige que lo que se transfiere al acreedor prendario es el derecho a la indemnización en caso de siniestro, en la medida del interés emergente de su crédito (esta CNCom., esta Sala A, 29/06/2006, *in re*: “*Grosso, Mario Enrique c. Seguros Bernardino Rivadavia Coop. Ltda.*”).

Por lo tanto, y toda vez que cabe a este Tribunal resguardar de algún modo los eventuales derechos que al titular del crédito (el acreedor prendario) pudiesen corresponder, he de proponer que el monto de condena con más sus

intereses sean depositados en estas actuaciones, dándose noticia al acreedor prendario sobre la existencia de un crédito a favor del asegurado, con mención del importe aquí reconocido, e intimándolo a que manifieste oposición en el plazo de siete (7) días (cfr. arg. art. 84, LS), bajo apercibimiento de que en el supuesto que no lo hiciese, el pago sea efectuado íntegramente al accionante.

b) En segundo lugar, corresponde también ordenar la cesión de derechos sobre el camión siniestrado a favor de la aseguradora. Ello así pues la recuperación de los objetos o restos de propiedad del asegurado se halla sometida al régimen común, y con sujeción a las posibles contingencias señaladas por la doctrina (Meilij, Gustavo - Barbato, Nicolás, *“Tratado de Derecho de Seguros”*, Buenos Aires, 1975, ps. 421/423, y diversos precedentes allí citados).

En ese marco se estima conveniente la intervención y/o participación concurrente del acreedor prendario en tal acto, a fin de lograr la concreción de la cesión de derechos requerida con la intervención de todos los interesados afectados. Recuérdese que a dicho acreedor le asiste —conforme referí oportunamente— el privilegio sobre la suma asegurada en igual grado o prelación que el que gozaba sobre la cosa, al mediar en el *sub lite* un derecho real que grava el bien (Halperín, Isaac, *“Seguros”*, ps. 418/419).

c) Asimismo, y con el objeto de posibilitar la transferencia registral del rodado objeto de la litis, deberá concretarse en la etapa de ejecución de sentencia el pago de los gravámenes tributarios pendientes que pesasen sobre dicha unidad entre los que se encuentra, obviamente, el tributo sobre patentes, y su pertinente baja, ingresada en la Dirección de Rentas del Gobierno de la Ciudad.

d) Resta señalar que recién una vez cumplidas las pautas previstas en los cuatro (4) ítems precedentes deberá serle entregado al actor el sobrante del dinero correspondiente a la condena, el que deberá permanecer resguardado bajo la forma de depósito judicial en una cuenta abierta en el Banco de la Ciudad de Buenos Aires a tales efectos.

6) Conclusión

Si lo que expongo es compartido por mis distinguidos colegas, deberá hacerse parcialmente lugar al recurso deducido, y por ende, ser revocada la sentencia apelada, declarando procedente la condena al pago de la suma de pesos cincuenta y cinco mil quinientos (\$ 55.500) en concepto de “valor del rodado” y de pesos veinticinco mil (\$ 25.000) por el rubro “pérdida de la chance”, con más los intereses especificados en el considerando II.3.i) *in fine*. Al importe así obtenido habrán de sustraerse los montos correspondientes a los conceptos enunciados en el considerando II.5, siéndole entregado al actor el sobrante emergente de la condena.

7) Las costas del proceso

Sin perjuicio de que lo atinente a las costas de la anterior instancia no fue materia de agravio, lo cierto es que como lo hasta aquí expuesto determina la revocación de la sentencia de grado, tal circunstancia conlleva la pérdida de virtualidad de la imposición efectuada por la *a quo* en la materia, debiendo este Tribunal —en orden a lo previsto por el art. 279, CPCCN— expedirse nuevamente sobre este particular.

Sabido es que en nuestro sistema procesal, los gastos del juicio deben ser satisfechos —como regla— por la parte que ha resultado vencida en aquél. Ello así, en la medida que las costas son en nuestro régimen procesal corolario del vencimiento (arts. 68, 69 y 558, CPCCN) y se imponen no como una sanción sino como resarcimiento de los gastos provocados por el litigio, gastos —éstos— que deben ser reembolsados por el vencido.

Es cierto que esa es la regla general y que la ley también faculta al Juez a eximir de las costas al vencido, en todo o en parte, siempre que encuentre mérito para ello (art. 68 y ss., CPCC). Pero ello, esto es la imposición de las costas en el orden causado o su eximición —en su caso—, sólo procede en los casos en que por la naturaleza de la acción deducida, la forma como se trabó la litis, su resultado o en atención a la conducta de las partes su regulación requiere un apartamiento de la regla general (cfr. Colombo, Carlos - Kiper, Claudio, *“Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”*, Tº I, p. 491).

A su vez, en los supuestos en que el resultado del proceso fuere parcial y mutuamente favorable a ambas partes en litigio, la ley consagra la solución de que en esos casos las costas deben distribuirse entre los litigantes en proporción al éxito obtenido por cada uno de ellos (art. 71, CPCC).

Pues bien, ponderando tales parámetros, y atendiendo al resultado del pleito así como al del recurso bajo estudio,

entiendo que las costas, tanto de primera, como de segunda instancia, deben ser impuestas en un 70% a la demandada y en el 30% restante al actor (art. 68, párr. 2º, CPCCN).

III. VEREDICTO

Por lo hasta aquí expresado, propongo a este Acuerdo:

a) Hacer parcialmente lugar al recurso deducido.

b) Consiguientemente, revocar la sentencia apelada, condenando a la demandada a pagar al pretensor la suma de pesos cincuenta y cinco mil quinientos (\$ 55.500) en concepto de “valor del rodado” y de pesos veinticinco mil (\$ 25.000) por el rubro “pérdida de la chance”, con más los intereses especificados en el considerando II.3.i) *in fine*.

c) Encomendar al *a quo* especial observancia, en la instancia de ejecución de sentencia, de lo dispuesto en el considerando II.5.

d) Conforme a lo explicitado en el considerando II.7, imponer las costas generadas en ambas instancias en un 70% a la demandada y en el 30% restante a cargo del actor (art. 68, párr. 2º, CPCCN).

Así expido mi voto.

Por análogas razones la señora Juez de Cámara Dra. María Elsa Uzal y el señor Juez de Cámara Dr. Alfredo Arturo Kölliker Frers adhieren al voto precedente.

Buenos Aires, octubre 13 de 2011

Y Vistos:

Por los fundamentos del Acuerdo precedente, se resuelve:

a) Hacer parcialmente lugar al recurso deducido.

b) Consiguientemente, revocar la sentencia apelada, condenando a la demandada a pagar al pretensor la suma de pesos cincuenta y cinco mil quinientos (\$ 55.500) en concepto de “valor del rodado” y de pesos veinticinco mil (\$ 25.000) por el rubro “pérdida de la chance”, con más los intereses especificados en el considerando II.3.i) *in fine*.

c) Encomendar al *a quo* especial observancia, en la instancia de ejecución de sentencia, de lo dispuesto en el considerando II.5.

d) Conforme a lo explicitado en el considerando II.7, imponer las costas generadas en ambas instancias en un 70% a la demandada y en el 30% restante a cargo del actor (art. 68, párr. 2º, CPCCN).

e) En cuanto a los recursos de apelación de materia arancelaria (v. fs. 659, 662/3, 665 y 676/7), atento lo resuelto precedentemente y dado que conforme lo normado por el art. 279 del Código Procesal incumbe a este Tribunal la fijación de los respectivos estipendios, déjase sin efecto la regulación de fs. 656/7, y hácese saber que los emolumentos serán regulados una vez que exista base patrimonial cierta para así proceder. — Isabel Míguez. — María E. Uzal. — Alfredo A. Kölliker Frers (Prosec.: Jorge A. Cardama).

Seguro:

De caución: primas; falta de pago; reclamo; cláusula de prórroga de jurisdicción; aplicación; ley 24.240; inaplicabilidad.

Puesto que en el caso se reclama la falta de pago de las primas del seguro de caución existente entre las partes, no es aplicable la ley 24.240; por lo cual, ante la existencia de una cláusula de prórroga de jurisdicción, resulta competente el juez sorteado en esta sede para intervenir en la causa. Máxima cuando tampoco cabe reputar abusiva dicha cláusula libremente pactada por ambas partes en el marco de un contrato de esa naturaleza, toda vez que el demandado no acreditó encontrarse en una situación más débil que la de su cocontrante, habida su condición de comerciante y el objeto de las obligaciones afianzadas mediante la contratación del seguro. R.C.

145 – CNCom., sala C, noviembre 17-2011. – La Construcción S.A. Cía. Argentina de Seguros c. Di Martino, Rubén Darío s/ordinario.

Buenos Aires, 17 de noviembre de 2011

Y Vistos:

Viene apelada por la parte demandada el pronunciamiento dictado en fs. 89/90, en el cual la magistrada de grado rechazó la excepción de incompetencia opuesta, con costas.

Los agravios fueron expuestos a fs. 101/104.

Comparte el Tribunal los fundamentos y conclusiones del dictamen precedente por lo que corresponde rechazar el recurso de apelación.

En efecto, no existe en el caso una relación de consumo entre las partes que pueda ser enmarcada en el ámbito de aplicación de la ley 24.240 como lo pretende el recurrente.

El vínculo contractual no es otro que el de un seguro de caución. En él, es el deudor el tomador del seguro en beneficio de su acreedor (asegurado), y el asegurador debe responder por el incumplimiento del tomador a sus obligaciones derivadas del contrato suscripto con el asegurado (acreedor). En la especie, se reclama la falta de pago de las primas del seguro.

Consecuentemente, no es aplicable al caso la normativa invocada por el apelante y habida cuenta la existencia de una cláusula de prórroga de jurisdicción, resulta competente el juez sorteado en esta sede para intervenir en la causa.

Ello así en cuanto tampoco cabe reputar abusiva dicha cláusula libremente pactada por ambas partes en el marco de un contrato de esta naturaleza, toda vez que el demandado no acreditó encontrarse en una situación más débil que la de su cocontrante, habida su condición de comerciante y el objeto de las obligaciones afianzadas mediante la contratación del seguro.

De tal modo, el agravio relativo a la imposición de costas también será rechazado.

Por lo expuesto, el Tribunal resuelve: Rechazar el recurso de apelación deducido por la parte demandada, sin costas por no mediar contradictor.

Notifíquese a la Sra. Fiscal General a cuyo fin remítanse las actuaciones.

Devuélvase a la primera instancia encomendando al magistrado de grado disponer las diligencias ulteriores.

El Dr. Alfredo A. Kölliker Frers actúa conforme lo dispuesto en la Resolución de Presidencia de esta Cámara n° 26/10 del 27.4.10. — Juan R. Garibotto. — Eduardo R. Machin. — Alfredo A. Kölliker Frers (Sec.: Manuel R. Trueba [h.]).

Prescripción:

Interrupción: demanda; interposición; rechazo *in limine*; improcedencia.

El rechazo in limine de la demanda fundado en que la misma fue interpuesta al solo efecto de interrumpir el curso de la prescripción y que no era tal porque los demandantes omitieron especificar y explicar claramente los hechos en que la fundaban resultó prematuro, pues tal circunstancia no es causal para el rechazo de la demanda, máxime si se tiene en cuenta que la acción fue interpuesta para interrumpir la prescripción, y que del escrito de inicio surgirían prima facie explicitados los hechos principales, la pretensión y el objeto del futuro juicio. En consecuencia, no cupo el rechazo liminar de la demanda sino, en todo caso, disponer su traslado o señalar, con precisión y detalle, las omisiones que obstarían a su sustanciación si las hubiere. R.C.

146 – CNCom., sala D, noviembre 17-2011. – Polo Luciano y otro c. La Meridional Cía. Argentina de Seguros S.A. s/ordinario.

Buenos Aires, 17 de noviembre de 2011

1. Apeló la parte actora el proveído de fs. 29, apartado 2, por cuanto hizo efectivo el apercibimiento de fs. 16, apartado 1.5, y rechazó *in limine* su demanda de fs. 4/5 (fs. 33).

Los fundamentos del recurso lucen expuestos en fs. 36/39.

2. Como primera medida interesa señalar que la Sala no se adentrará en el conocimiento de la materia referida con la intimación al pago de la tasa de justicia (v. desarrollo de fs. 38 vta.), pues el juez de grado denegó la apelación sobre el punto (fs. 11, apartados 2.1 y 2.2) y el demandante, en los hechos, consintió esa decisión, pues dio cumplimiento con la formación del cuaderno incidental que le encomendó el magistrado *a quo* en el apartado 3 de fs. 11 (v. nota de fs. 12), lo que demuestra que no existe agravio *actual* que justifique el análisis del tema por esta vía recursiva.

3. Aclarado lo anterior, y ya en el terreno sustancial del planteo, recuérdase que el cciv. 3986, primer párrafo, establece que la prescripción se interrumpe por demanda contra el poseedor o el deudor, aunque sea interpuesta ante juez incompetente o fuere defectuosa y aunque el demandante no tuviere capacidad legal para presentarse en juicio.

En tal contexto, se ha sostenido que el vocablo “demanda” es comprensivo de todas aquellas manifestaciones judiciales que importen una exteriorización de la voluntad del titular del derecho de mantenerlo vivo, siempre que

por su contenido sea apta, entendiéndose sin criterio restrictivo; en tanto no cabe presumir la abdicación de un derecho (CNCom., Sala B, 30.9.98, “Sporleder, Pedro Pablo c/ Corple S.A. s/ ejec. s/ reconstrucción”).

Pero si su contenido no se ajusta a las reglas impuestas en el ordenamiento adjetivo, el juez puede rechazarla de oficio, expresando el defecto que contengan (cpr. 337, primer párrafo).

Esta facultad, entiende la doctrina, debe ejercerse con suma prudencia, contrayéndola a los supuestos de manifiesta improponibilidad, por violación de las reglas del cpr. 330, a punto tal que su gravedad impida constituir un requerimiento revestido del grado mínimo de seriedad que debe tener toda actuación ante la justicia (Osvaldo A. Gozáni, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentario y anotado, Buenos Aires, 2002, T. II, págs. 243/244).

Es así que la práctica tribunalcía permite observar la moderación del rechazo de plano de la demanda, pues la mayoría de las veces los vicios son esencialmente subsanables (v.gr. incumplimiento con el pago de la tasa de justicia; falta de acreditación de la personería; falta de denuncia del domicilio procesal; etc.) de modo que, por aplicación de los principios generales del derecho, se trata de “mantener vivo el acto” antes que pronunciar su invalidez e ineficacia. Además, señalar los defectos u omisiones y ordenar su subsanación es, por otra parte, un deber expresamente ordenado al juez (cpr. 34: 5°, ap. b; v. Carlos E. Fenochietto, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentario, anotado y concordado con los códigos provinciales, Buenos Aires, 1999, t. 2, pág. 339).

En el caso de autos el rechazo se fundó en que “...la ‘demanda’ interpuesta lo fue al solo efecto de interrumpir el curso de la prescripción, en tanto los demandantes omiten especificar y explicar claramente los hechos en que la fundan, proponiendo diferir antojadizamente el traslado pertinente...”, y se consideró que una demanda sin pretensión de sustanciación, no es tal cosa, citando jurisprudencia de esta Sala en pretérita conformación (v. fs. 6).

Esa decisión resultó prematura, pues tal circunstancia no es causal para el rechazo de la demanda, máxime si se tiene en cuenta que la acción fue interpuesta al solo efecto de interrumpir la prescripción, y que del escrito de inicio surgirían *prima facie* explicitados los hechos principales, la pretensión y el objeto del futuro juicio (v. fs. 4/5).

En sí, no cupo el rechazo liminar sino, en todo caso, disponer su traslado o señalar, con precisión y detalle, las omisiones que obstarían a su sustanciación, si las hubiere.

En consecuencia, el recurso será estimado, pero con el efecto de tener por interpuesta la demanda, sin perjuicio de la facultad del señor juez de requerir al demandante las aclaraciones que estime pertinentes en relación a la pretensión contenida en la demanda (en ese mismo sentido, esta Sala, 9.4.08, “Abble Argentina S.A. c/ Bruno, Claudio Hernán y otros s/ ejecutivo”).

4. En virtud de ello, se *resuelve*:

Admitir el recurso de apelación y revocar lo decidido en fs. 29, apartado 2 (a).

Devuélvase sin más trámite, confiándose al magistrado de primera instancia proveer las diligencias ulteriores (cpr. 36: 1°) y las notificaciones pertinentes. – Pablo D. Heredia. – Gerardo G. Vassallo. – Juan J. Dieuzeide (Sec.: Fernando M. Pennacca).

Seguro:

Sobre mercaderías transportadas: existencia, cantidad y valor de la mercadería transportada; prueba; carga; omisión; transporte de una carga por un importe superior al pactado; riesgo no asumido.

1 – Puesto que es el asegurado quien debe probar el daño, es decir que debe acreditar la existencia del bien asegurado y su valor al tiempo del siniestro, cabe concluir que la insuficiencia de los medios convictivos aportados por el actor para acreditar existencia, cantidad y valor de la mercadería transportada es un obstáculo imposible de soslayar y determina la suerte adversa de su pretensión resarcitoria.

2 – Dado que en la póliza que instrumenta el seguro sobre mercadería transportada motivo de autos las partes acordaron que, en caso de realizarse viajes cuya suma asegurada supere la responsabilidad máxima establecida, los mismos de-

berán ser comunicados a la aseguradora con 24 horas de anticipación a su salida, para fijar las condiciones de cobertura, cabe concluir que si el actor no acreditó haber cumplido con esta obligación es inaceptable imponer a la aseguradora accionada la responsabilidad por un riesgo que no asumió, toda vez que para ese traslado (con una carga transportada por un importe superior al pactado) no se acordaron los términos en particular. La conducta del accionante privó a la aseguradora de la posibilidad de manifestar su voluntad o no de cubrir el riesgo y bajo qué condiciones, negociadas previamente con su cocontratante. De manera que no se estipuló sanción para el incumplimiento pues, en realidad, no hubo contrato. R.C.

147 – CNCom., sala E, octubre 18-2011. – Raies, Jorge M. c. La Holando Sudamericana Cía. de Seguros S.A. s/ordinario.

En Buenos Aires, a los 18 días del mes de octubre del año dos mil once reunidos los Señores Jueces de Cámara en la Sala de Acuerdos, fueron traídos para conocer los autos seguidos por: “Raies, Jorge M. c/ La Holando Sudamericana Cía. de Seguros S.A. s/ ordinario”, en los que según el sorteo practicado votan sucesivamente los doctores Ángel O. Sala y Miguel F. Bargalló. Se deja constancia que intervinieron solamente los señores jueces antes nombrados por encontrarse vacante la restante vocalía (art. 109, R.J.N.)

¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada de fs. 605/10?

El Señor Juez de Cámara, doctor Sala dice:

I. En la sentencia de primera instancia obrante a fs. 605/10 –a cuyos resultandos cabe remitirse en orden a la reseña de la cuestión litigiosa–, el Magistrado de grado rechazó la demanda por cumplimiento de contrato de seguro deducida por Jorge Mario Raies contra La Holando Sudamericana Cía. de Seguros S.A.

Para resolver en el sentido indicado, el Juez *a quo*, luego de desestimar las defensas opuestas por la aseguradora, consideró que frente a la negativa de la demandada el actor no comprobó la existencia, cantidad y valor de la hacienda transportada.

Juzgó que a pesar de ser su carga (CPCC, 377), Raies no produjo la evidencia tendiente a demostrar el número de animales transportados en la jaula el día del siniestro ni su importe. Señaló que no obstante contar con recursos probatorios a fin de demostrar su posición –acreditar la autenticidad del documento copiado a fs. 40 (formulario de SENASA), oficio al Frigorífico Fricer SRL –presunto adquirente del ganado– obtener constancias de los instrumentos de transporte– nada de ello fue ofrecido ni producido.

II. Contra el aludido pronunciamiento apeló el accionante, quien expresó agravios a fs. 643/48, memorial que fue respondido por su contraparte a fs. 665/71.

1°) Se agravia de la incorrecta valoración de la evidencia de autos que según aduce comprueba los extremos que respaldan su reclamo. Puntualmente, refiere a la fotocopia “certificada” de la “guía de transporte de animales nro. 7450324-1” del 22.08.03, obtenida aparentemente a través de la delegación SENASA de la localidad de Villa Cañas –lugar de emisión– (fs. 40). Sostiene que tratándose de un instrumento público, que no fue redargüido de falsedad, goza de la presunción de legalidad. Explica asimismo que el valor de la carga está alcanzado por el monto de la suma asegurada, pactada en la póliza (\$ 30.000), más intereses desde la fecha del perjuicio.

2°) En otro orden de ideas, objeta el fallo por apartarse del *thema decidendum*, alterando así el principio de congruencia al dirimir cuestiones que no fueron planteados por las partes.

III. 1°) Explicó Raies que el ilícito aconteció el 23.8.03, cuando le robaron un camión de su propiedad –asegurado en otra compañía– con la respectiva jaula para transporte de animales que llevaba 120 porcinos –cubierta por la demandada–. Como prueba de sus dichos adjuntó: i) denuncia policial, ii) fotocopia presuntamente certificada del “Documento para tránsito de animales nro. 7450324-1” (fs. 40). Fluye del *sub lite* el testimonio del chofer que conducía el vehículo (fs. 526/67) y el comprobante de pago del seguro por el robo del camión cubierto por otra aseguradora (fs. 337 y 393).

La demandada declinó su responsabilidad invocando ciertos incumplimientos del asegurado: i) denuncia realizada fuera del plazo legal, concluyendo –de la evidencia reunida por el liquidador– que el siniestro se habría producido el 16.8.03 y no el 23.8.03, ii) viaje transportando

mercadería superior a \$ 30.000, realizado sin informar con la acordada antelación de 24 hs. Las defensas fueron desestimadas por el *a quo*.

Añadió la reclamada que Raies denunciaba siniestros falsos, tal como ya había sucedido con anterioridad según relató.

Desconoció expresamente que acaeciera el robo denunciado y que en el viaje se transportaran 120 porcinos (fs. 248). Negó asimismo la autenticidad de toda la documentación que no emanara de su parte (fs. 247 vta.).

Entonces, las cuestiones a dirimir son: i) si la sentencia en crisis respetó el principio de congruencia y ii) si efectivamente se comprobó la existencia, carga y valor de la mercadería siniestrada.

2°) La mera negativa formulada por la defensa al responder la acción es suficiente para que su contraparte tenga la obligación de probar aquello que constituye un presupuesto de justificación indispensable para la admisibilidad de la acción ejercida (ver esta Sala, “Pecom Energía S.A. c/ Uzandizaga, Ricardo Guillermo”, del 12.12.05; “Artanco S.A. c/ Mancuso, C.”, del 11.04.11).

Como sostiene Palacio, la finalidad de la actividad probatoria consiste en crear la convicción del órgano judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos afirmados en las alegaciones procesales (cfr. aut. cit., “Derecho Procesal Civil”, T° IV, ed. Abeledo-Perrot, 1977, ps. 361/363).

Advierto que, “La Holando” arguyó ciertos incumplimientos del asegurado, pero además, desde la primera carta documento dejó aclarado, que no reconoció el evento denunciado, al margen de las restantes razones que enunció para negar cualquier participación en el siniestro. Así en la misma expuso: “...a) hemos esclarecido que el hecho, de haber sucedido, ...” (fs. 45 en copia, excepto subrayado). Con lo cual evidencia que desconocía el suceso, pero aun de haberse verificado, los motivos que informaba impedían atenderlo. De ello se infiere que ni el siniestro ni la carga transportada fueron aceptados en esa oportunidad. Tales circunstancias también fueron expresamente desconocidas al contestar demanda: “...En cuanto a los hechos expuestos en el Capítulo II, apartado 1 de la demanda, niego que en el viaje que se menciona se hayan transportado 120 porcinos, que haya tenido lugar en la fecha que la demanda indica y que se haya producido el robo que se demanda...” (fs. 248).

Entonces, en virtud de las reglas del *onus probandi*, la actividad probatoria tendiente a comprobar la existencia y cantidad de la mercadería transportada era carga del actor, desde que esos extremos resultan los antecedentes fácticos que sustentan su pretensión (art. 377, CPCC). Tal como se expondrá a continuación, la insuficiencia en los medios convictivos producidos es un obstáculo imposible de soslayar y que –adelanto– determina la suerte adversa del recurso.

A su vez, refieren Halperín-Morandi a que es necesario que el asegurado “pruebe el daño”, es decir que acredite “la existencia del bien y su valor al tiempo del siniestro” (arts. 46, 65, 87, 107, 127, etc.) (en “Seguros”, Depalma, T° II, 1986, p. 582).

Como corolario, la decisión apelada, al introducirse en el análisis del ilícito, la preexistencia y número de mercadería transportada, respetó el principio de congruencia –de raíz constitucional– cuya principal consecuencia es la de constreñir a los magistrados a circunscribir su decisión acorde con lo preceptuado por los arts. 34: 4°, 161: 2°, 163: 6° y 164 del código ritual. De modo que no hubo un apartamiento de la relación jurídico procesal trabada, cuyo ejercicio está en manos de los litigantes sino un pronunciamiento sobre los hechos materia del debate (cfr. esta sala, “Sueño Estelar S.A. s/ concurso preventivo s/ inc. de revisión por Medvescek, M.”, del 18.09.08).

3°) La restante queja de Raies se centra en que la copia presuntamente certificada de lo que él refiere como “guía de transporte” (glosada fs. 40) es evidencia suficiente del contenido de la jaula siniestrada. Postula que es un instrumento público que debió ser redargüido de falsedad para privarlo de idoneidad, siendo inapropiado su solo desconocimiento.

Liminarmente apunto que no se trata una guía de transporte asimilable a una carta de porte (CCom. 167), sería “Documento para el tránsito de animales” –n° 7450324–, que emite SENASA por triplicado, siendo el destino de los ejemplares el siguiente: original para propietario y/o responsable del movimiento, debiendo acompañarse a la tropa y/o envío; duplicado para la Dirección de Servicios Administrativos y Financieros dependiente de la Dirección

Nacional de Coordinación Técnica, Legal y Administrativa del Servicio Nacional de Sanidad y Calidad Agroalimentaria; el triplicado para la Oficina Local de origen (art. 4, Res. 848/98 SENASA). Constituye un requisito para que las cargas de animales transiten por cualquier parte del país (art. 3º, cit. Resolución). Concluyo pues que la fotocopia del formulario no comprueba por sí sola la efectiva carga de los porcinos en el camión robado.

En la expresión de agravios, mencionó el recurrente que el original había sido sustraído en el año 2003 en ocasión del robo relatado (fs. 645), por lo que únicamente adjuntó una fotocopia cuya autenticidad pareciera certificada el 15.9.04 por la Juez comunal de Villa Cañas, provincia de Santa Fe (fs. 40).

Sabido es que son instrumentos públicos aquellos "...otorgados con las formalidades que la ley establece, en presencia de un oficial público a quien la ley confiere facultad de autorizarlos..." (Llambías, J. J., "Tratado de derecho civil", parte general, Tº II, Bs. As., Ed. Perrot, 1982, p. 430). Aprecio que la aludida copia supuestamente certificada no constituye instrumento público que haga plena fe en los términos del CCiv., 979, 993. No se trata de un documento extendido por funcionario público en la forma determinada por la normativa ni mucho menos un acta judicial (CCiv., art. 979, incs. 2º y 4º).

No obstante la aparente certificación del instrumento –tal calificación "aparente", obedece a que la firma no está legalizada por ninguna autoridad de manera que no procede concederle validez– éste mantiene su carácter de documento privado y no trae aparejada en sí mismo eficacia formal, siendo entonces insuficiente para validar su contenido.

Por lo tanto, encuentro innecesaria la redargución de falsedad a fin de su desconocimiento siendo suficiente la negativa expresada en la contestación de demanda para trasladar al actor la carga de acreditar su autenticidad y consiguiente eficacia jurídica. Sin embargo –tal como sostuvo el *a quo*– el pretensor no intentó siquiera aportar evidencia para demostrar que la pieza y su certificación revestía visos de autenticidad.

La otra prueba aportada –denuncia policial (fs. 346/47) y testimonio del chofer del camión (fs. 374, 541 y 566) son ineficaces para verificar la hacienda transportada. Ambas emanan del único declarante y dependiente del actor. Si bien estas circunstancias no invalidan *per se* el testimonio, deben ser apreciadas estrictamente ya que su fuerza convictiva quedó debilitada. Sus dichos devienen sospechosos de parcialidad y no puede afirmarse que se trate de un tercero carente de interés, aun cuando no sea parte del juicio (art. 456, CPCC; esta sala "Omega Coop. de Seguros Ltda. c/ Carrefour Argentina S.A.", del 03.09.09).

Corresponde desestimar el consecuente agravio pues la prueba invocada por Raies no demuestra la base de la pretensión, de modo que el actor ha incumplido con la carga probatoria estatuida en el artículo 377 del Código Procesal.

Si las conclusiones precedentes fueran compartidas por el Acuerdo correspondería desestimar las quejas.

Mas encuentro otro óbice al progreso de la acción que fuera propuesta tempestivamente por la aseguradora pero rechazada en el veredicto sometido a revisión.

En efecto, las partes acordaron en la póliza que "...en caso de realizarse viajes cuya suma asegurada supera la responsabilidad máxima establecida, los mismos deberán ser comunicados a esta Cía. con 24 horas de anticipación a su salida, fijándose en cada caso las condiciones de cobertura..." (fs. 62, el subrayado me pertenece).

Planteada la defensa en ese sentido, Raies no acreditó haber comunicado con la debida antelación la realización del viaje, cuya carga él mismo denunció alcanzaba la suma de \$ 33.000.

Ello impidió la fijación de común acuerdo de las "condiciones de la cobertura", es decir el establecimiento de los derechos y obligaciones de las partes para ese viaje. De este modo, juzgo que es inaceptable imponer a la aseguradora la responsabilidad por un riesgo que no asumió toda vez que para ese traslado (con una carga transportada por un importe superior al pactado) no se acordaron los términos en particular. La conducta del actor privó a la aseguradora de la posibilidad de manifestar su voluntad o no de cubrir el riesgo y bajo qué condiciones, negociadas previamente con su cocontratante. De manera que no se estipuló sanción para el incumplimiento pues en realidad no había contrato.

V. [sic] Por lo expuesto propongo al Acuerdo desestimar los agravios del accionante. Con costas al actor en su calidad de vencido (cfr. art. 68 del Código Procesal).

El señor Juez de Cámara, doctor *Bargalló* dice:

Comparto los fundamentos vertidos por el señor Juez preopinante por lo que adhiero a la solución por él propiciada. Voto, en consecuencia, en igual sentido.

Y *Vistos*:

Por los fundamentos del acuerdo precedente, se resuelve: desestimar los agravios del accionante. Con costas al actor en su calidad de vencido (cfr. art. 68 del Código Procesal). Notifíquese a las partes por cédula a confeccionarse por Secretaría. – *Ángel O. Sala. – Miguel F. Bargalló* (Sec.: Francisco Troiani).

Seguro:

De automotor: aseguradora; obligación; límite.

1 – Si las partes convinieron un tope o límite hasta el cual se extiende la obligación por parte del asegurador, el asegurado no puede reclamar un mayor valor de la cosa al momento del siniestro, pues la suma asegurada indica el límite máximo que debe pagar el asegurador.

2 – Puesto que el actor no impugnó las cláusulas contractuales que dispusieron el máximo a la indemnización, fijando una suma para el caso de robo de la unidad asegurada como también para la cobertura del resarcimiento por lucro cesante, cabe reconocer la procedencia de dicho límite en tanto fue lo que libremente acordaron los contratantes, a lo cual deben someterse como a la ley misma (art. 1197, *cód. civil*). Sin que la mora incurrida por la aseguradora accionada obste a tal solución, en tanto se trata de una deuda de valor, la consecuencia inmediata y necesaria de la indisponibilidad de dicha suma es resarcida por los intereses que devenguen (conf. arts. 520, 622, 901 y 903 del mismo cuerpo legal). R.C.

148 – CNCom., sala E, noviembre 30-2011. – *Fedele, Carlos José c. Seguros Bernardino Rivadavia Coop. Ltda. y otro s/ordinario.*

En Buenos Aires, a los 30 días del mes de noviembre del año dos mil once reunidos los Señores Jueces de Cámara en la Sala de Acuerdos, fueron traídos para conocer los autos seguidos por: "Fedele, Carlos José c/ Seguros Bernardino Rivadavia Coop. Ltda. y otro s/ ordinario", en los que según el sorteo practicado votan sucesivamente los doctores Ángel O. Sala y Miguel F. Bargalló. Se deja constancia que intervienen solamente los señores jueces antes nombrados por encontrarse vacante la restante vocalía (art. 109, R.J.N.).

¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada de fs. 506/22?

El Señor Juez de Cámara, doctor *Sala* dice:

I. La sentencia de primera instancia –a cuyos resultados cuadra remitirse en orden a la reseña de la cuestión litigiosa–, hizo lugar parcialmente a la demanda y condenó a Seguros Bernardino Rivadavia Coop. Ltda. a pagar a Carlos José Fedele la suma de \$ 11.468, por incumplimiento de contrato de seguro, acogiendo el reclamo por daño emergente y lucro cesante y desestimando los restantes rubros pretendidos, más intereses y costas. Asimismo, rechazó la acción incoada respecto de Organización Palermo S.A.

Para así decidir, la señora Juez de grado comenzó por analizar la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por "Organización Palermo". Admitió su procedencia con fundamento en que el contrato en cuestión se celebró sólo entre "S. B. Rivadavia" y el actor, mientras que la codemandada se limitó a percibir los pagos de las primas. Agregó que esta última no está inscripta como entidad aseguradora ni como sociedad de productores de seguros (v. prueba informativa fs. 361/5).

En cuanto al fondo de la cuestión, la anterior Sentencia meritó la falta de controversia en punto a: i) la celebración del contrato, ii) el acontecimiento del siniestro y iii) la aceptación de la aseguradora de su deber de abonar la indemnización. Entonces indicó que los temas a dirimir fueron los rubros resarcitorios pretendidos por la accionante y discutidos por la demandada.

Con respecto al "daño material emergente" explicó que la suma de \$ 10.868 pactada en la póliza (pericia contable, fs. 457/59) marca el límite de la responsabilidad de "S. B. Rivadavia" que se deriva del contrato de seguro. Según establece LS: 61, el asegurador "...responde sólo hasta el monto de la suma asegurada...", por lo que consideró impropio otorgar una indemnización mayor; la presta-

ción a cargo de la demandada debe circunscribirse a la "suma asegurada", tope pactado por las partes.

Agregó que no es óbice de lo expuesto la cláusula por la cual se acordó la indemnización al "valor de venta al público al contado en plaza al momento del siniestro de un vehículo de igual marca, modelo y características (...) todo ello hasta la suma asegurada que consta en las Condiciones particulares" (fs. 191). Expresó que tal disposición limita la responsabilidad de la aseguradora al indicado valor de venta cuando este último es inferior a la suma asegurada, pero no permite excederlo si aquél fuera mayor.

Señaló a su vez, que la obligación de la demandada 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 legales que correspondan por la demora en el pago.

Recordó que el lucro cesante estriba en la pérdida de ingresos en razón del hecho acaecido y su prueba debe ser justificada efectivamente y no de manera conjetural. Juzgó que, en tanto se pactó la cláusula adicional 47, por la que se dispuso un tope a la cobertura de este rubro (\$ 20 diarios, a partir del día siguiente a la ocurrencia del siniestro y por un período máximo de treinta días), lo cual no fue impugnado por el actor, procede la indemnización pretendida por tal concepto, por la suma de \$ 600.

Rechazó la solicitud resarcitoria por el daño moral alegado, ya que analizadas las circunstancias del caso y las constancias de la causa, estimó que no se comprobó el perjuicio, que en el ámbito contractual debe ser apreciado rigurosamente.

Igual suerte corrió el reclamo por daño psicológico, el que a criterio de la Magistrado *a quo* no fue demostrado conforme las conclusiones que se desprenden del dictamen de la perito designada (fs. 411/12).

Desestimó también la demanda por "daños futuros" que comprende el valor de: a) la licencia de taxi y b) la instalación de un nuevo reloj taxímetro y equipo de radio-taxi. Ello por cuanto no se demostró la imposibilidad de transferir la referida licencia y los accesorios referidos en el punto b) no se encuentran contemplados en la póliza.

También desechó por ausencia de prueba la demanda por "gastos".

Finalmente, dispuso el devengamiento de intereses desde la fecha en que la accionada debía atender el siniestro y hasta su efectivo pago, aplicándose a tal fin el equivalente a dos veces y media la tasa que utiliza el BNA para sus operaciones de descuento a 30 días (CCom., 565) ya que a pesar de no existir impedimento alguno para el cumplimiento la aseguradora ni siquiera depositó la suma adeudada al contestar demanda sino que adoptó una actitud pasiva que no se condice con la buena fe que rige en este tipo de contrato.

II. 1º) El veredicto fue apelado por la actora a fs. 525 y por la demandada a fs. 533. Fedele mantuvo su recurso en la alzada mediante la expresión de agravios que luce a fs. 547/61, replicada por la aseguradora a fs. 572/4 y por "Organización Palermo" a fs. 577. Por su lado, la accionada lo fundó con la presentación de fs. 568/70 que fue contestada por el accionante a fs. 581/7.

2º) Las quejas del pretensor pueden centrarse en:

(i) la imposición de las costas a su cargo en virtud del rechazo de la acción contra "Organización Palermo".

(ii) la limitación de la condena por "daño material", en tanto no es compensada por los intereses y está impedido de comprar en la actualidad un vehículo similar al que poseía.

(iii) la exigüidad del monto reconocido en concepto de "lucro cesante" pese a estar acreditado su acaecimiento.

(iv) la desestimación de la pretensión de la indemnización por "daño moral",

(v) el rechazo del reclamo por "daño psicológico",

(vi) la falta de reconocimiento del derecho a percibir un resarcimiento por "daños futuros", y

(vii) la denegación de la demanda en concepto de "gastos".

3º) De su lado, la aseguradora cuestiona la aplicación de intereses sancionatorios.

III. Dado que la accionada ha consentido la condena en lo principal, comenzaré por dilucidar los agravios introducidos por las partes sobre los rubros admitidos.

1º) Daño material: El accionante cuestiona el tope indemnizatorio establecido en la sentencia conforme el contrato de seguro. Argumenta que la mora incurrida por "S. B. Rivadavia" habilita su responsabilidad por los mayores

daños producidos por el incumplimiento. Solicita, entonces la diferencia entre la suma asegurada y el costo de reposición de un rodado de características similares al siniestrado.

Este Tribunal se expidió en similar situación, *in re* “Zanier, Luis Andrés c/ Caja de Seguros S.A.”, del 25.10.10, estableciendo que si las partes convinieron un tope o límite hasta el cual se extiende la obligación por parte del asegurador, el asegurado no puede reclamar un mayor valor de la cosa al momento del siniestro, pues la “suma asegurada indica el límite máximo que debe pagar el asegurador” (cfr. art. 61, segundo párrafo, de la ley 17.418, ver CNCom., Sala C, “Pomerane, Diego Simón c/ Federación Patronal de Seguros S.A. s/ ordinario”, del 18.11.05; id. “Pavón, Amalia Haydee c/ HSBC La Buenos Aires seguros s/ ordinario”, del 06.10.06; ver Stiglitz, Rubén; Derecho de Seguros, Tomo II, Ed. La Ley, págs. 92/93).

Aquellas cláusulas que dispusieron el máximo a la indemnización, fijando una suma asegurada para el caso de robo de la unidad como también para la cobertura del resarcimiento por lucro cesante, no fueron impugnadas por el accionante por lo que cabe reconocer la procedencia del límite en tanto fue lo que libremente acordaron los contratantes, a lo cual deben someterse como a la ley misma (CCiv., 1197).

La mora incurrida por la aseguradora no obsta la solución propuesta en tanto se trata de una deuda de valor por lo que la consecuencia inmediata y necesaria de la indisponibilidad de dicha suma es resarcida por los intereses que devenguen (cfr. arts. 520, 622, 901 y 903).

Entonces, corresponde desestimar el planteo del actor.

2º) **Lucro cesante:** Si bien medió un ofrecimiento de pago de la aseguradora rechazado por Fedele, conforme se infiere de la carta documento del 17.12.07 que dirigió a la codemandada “Organización Palermo” (fs. 41/2) y la emisión del cheque con el fin de proceder a esa cancelación (v. pericia contable, fs. 485 vta.), ello no exime a “S. B. Rivadavia” de responder por los daños moratorios sufridos como consecuencia de la falta de cumplimiento con el pago de la indemnización completo y en tiempo, en caso de que se comprobare su acaecimiento.

Frente a la actitud remisa de Fedele de recibir la suma acordada, a fin de liberarse, debió la demandada depositarlo o consignarlo (arts. 756 y 757, Cód. Civil) y de ese modo evitar los efectos propios de la mora.

Sabido es que la mora automática incurrida por la aseguradora por la falta de cancelación de la indemnización derivada del contrato de seguro, cesa mediante el pago de la indemnización o su consignación, por cuanto su efecto cancelatorio disuelve la relación obligacional (Stiglitz, “Derecho de seguros”, Tº III, p. 174), caso contrario corren los accesorios por ser la consecuencia inmediata y necesaria de la falta de pago (cfr. arts. 520, 622, 901 y 903 del Código Civil) y los daños moratorios originados en el retardo. Se trata de una prestación distinta de la obligación originaria de abonar la suma asegurada y tiene su origen en la morosidad de la aseguradora (Stiglitz, ob. cit., p. 173).

Aun cuando en el contrato se estipulase un tope indemnizatorio –transformando la obligación en una deuda de valor– el deudor moroso es responsable por el mayor daño que cause, como en las demás obligaciones. Es que no hay óbice para reconocer la existencia de otro perjuicio cuando se produce no por el robo del vehículo en sí mismo sino por la mora que le habría posibilitado al actor adquirir otro vehículo en reemplazo del sustraído (arg., esta Sala, “Pattacini, Héctor c/ Federación Patronal”, del 9.4.10).

Advierto, que la aseguradora admitió que no incluyó en el primer cheque la suma estipulada por lucro cesante (v. fs. 216), situación que la motivó a confeccionar uno nuevo adicionando tal concepto, mas prescindiendo de los intereses consiguientes, con lo cual persistió en su estado moratorio pues las sumas ofrecidas no eran completas (v. fs. 220). Tal déficit, subsistió al apersonarse en el *sub lite* ya que no consignó cantidad alguna que permitiera liberarla. Recuérdase que la superioridad técnica con la que cuenta la demandada sobre sus clientes, la obligan a actuar con un máximo de prudencia y pleno conocimiento de las cosas (art. 512 del Código Civil) y a ajustarse a un estándar de responsabilidad agravado (art. 902 del Código Civil).

El “lucro cesante”, implica una falta de ganancia o de acrecentamiento patrimonial que el acreedor habría podido razonablemente obtener de no haberse producido el incumplimiento. No se presume, por lo que corre a cargo de quien lo reclama la prueba de su existencia (conf. Belluscio-Zannoni, “Código Civil comentado, anotado y concordado”, t. II, pág. 720, ed. Astrea, 1987).

Es decir que incumbía a la afectada evidenciar mediante prueba adecuada la entidad y extensión del daño. Ello así dado que “...el lucro cesante consiste en ganancias dejadas de percibir sobre una base real y cierta y no sobre una pérdida probable (cfr. fallos reseñados por Llambías en la obra ‘Código Civil Anotado’, t. II-A, comentario al art. 519, ‘Jurisprudencia’, nros. 10 a 13, pág. 162, ed. 1989)...” (esta Sala, 22.6.99, “Rizzi, Luis Alejandro c/ Cía. de Teléfonos del Interior S.A. s/ sumario”).

La circunstancia de que la utilidad neta dejada de percibir durante dicho período no surja con certeza es irrelevante a los fines de determinar la procedencia del lucro cesante, pues lo que importa es la prueba cierta del daño, que aquí se ha producido, sin que pueda exigirse la absoluta seguridad de su cuantía, basta tomar en cuenta el aporte de datos que permitan presumirlas de modo fidedigno, concurriendo asimismo en auxilio del juzgador lo dispuesto por el art. 165 del Cód. Procesal.

En el caso particular de autos, valoro que asiste razón al recurrente y corresponde hacer lugar al agravio planteado, en tanto el demandante acreditó una merma en las ganancias que percibía por el desarrollo de su actividad causada por la falta de cumplimiento de la aseguradora. Tratándose de un bien destinado a ser utilizado como taxímetro, es obvio que la demora en la indemnización privó a su dueño de obtener los beneficios que de ordinario aquél está destinado a producir, durante el lapso que duró la mora.

Tal como se desprende del testimonio de Padern (fs. 427), el accionante estaba impedido de alcanzar las mismas ganancias ya que debía compartir la recaudación del taxi que conducía porque no era propio, lo cual configura evidencia positiva y precisa de la existencia, entidad y vinculación causal de los daños que alega en este punto el recurrente (lucro cesante) por el incumplimiento de “S.B. Rivadavia”.

Corresponde cuantificar el referido perjuicio, para lo cual tendré en cuenta que: i) la recaudación bruta por hora rondaba a abril de 2009, entre los \$ 17.60 y 27.30 (según informaron la Unión de Propietarios de Taxis, a fs. 299 y el Sindicato de Conductores de Taxis, fs. 381, no objetados por las partes), ii) la utilidad o ganancia puede establecerse, estimando los gastos de mantenimiento y explotación, en un 30% de la recaudación bruta (fs. 299), iii) el accionante siguió trabajando pero con un taxi ajeno, como peón, obteniendo en consecuencia un porcentaje de ganancia menor.

Consideraré además: i) que el actor condujo personalmente el taxímetro durante un turno de 8 horas diarias –al no haberse demostrado que fuera mayor–, ii) que al cómputo de 26 días hábiles al mes (cfr. fs. 381), debe excluirse aquellos que se estiman necesarios para realizar tareas de mantenimiento y reparación de la unidad (fs. 299) y iii) la existencia de las sumas ya percibidas durante este tiempo como chofer de taxi (fs. 381, 427) que deben ser descontadas de la cuenta.

Entonces, conforme las facultades reconocidas por el CPCC, 165, fijo en la suma de \$ 71,84 diarios la indemnización por este rubro. Tal cifra surge del promedio de ganancia bruta por hora de \$ 22,45, multiplicado por 8 horas diarias (fs. 299 y fs. 381), descontando el 30% de gastos (fs. 299) y del resultado obtenido se detrajo el 30% sobre el bruto que se estima prudencialmente percibió como chofer (fs. 381 y 427). La misma se multiplicará a su vez a razón de 25 días por mes, hasta el efectivo pago.

Asimismo corresponde la aplicación de intereses moratorios a partir de la mora fijada por el *a quo*, a la tasa activa que percibe el BNA para sus operaciones de descuento a 30 días (CNCom., en pleno, “La Razón”, del 27.10.94).

2º) **Daño psicológico:** El informe del perito psicólogo es contundente al señalar que “...no puede hablarse en este caso de la existencia de daño psíquico como tampoco de incapacidad ya que no se observa daño perdurable en una o varias de sus funciones (...) Tampoco puede determinarse que el nexo causal de este cuadro leve, esté relacionado con los hechos por los que se desarrolla esta litis. Por lo que tampoco se aconseja la realización de un tratamiento psicoterapéutico al señor Fedele...” (fs. 410/3 y explicaciones ratificatorias de fs. 446 y fs. 454). Desde esta perspectiva, si bien es cierto que la pericia no es vinculante para los jueces (CPCC, 477), es dable advertir que no se encontró debidamente comprobado el perjuicio en tanto no se han aportado fundamentos serios y eficaces para apartarse de las conclusiones contenidas en el referido dictamen de la experta designada en autos.

Propongo entonces, si esta ponencia es compartida por mi colega, desestimar la queja.

3º) **Daño moral:** Objeta Fedele el rechazo de este rubro.

Cuando el mismo tiene origen contractual debe ser apreciado con criterio estricto. Quien reclama una indemnización por tal concepto carga con la prueba de su existencia; es decir, la acreditación de las circunstancias fácticas susceptibles de llevar al ánimo del juzgador la certidumbre de que el incumplimiento de su cocontratante provocó un efectivo menoscabo de su patrimonio moral.

En estas condiciones y toda vez que el accionante no ha ofrecido prueba idónea tendiente a acreditar los padecimientos invocados en la demanda, no procede disponer la reparación contemplada por el art. 522 del Código Civil (esta Sala, 6.8.91, “Bogado Jara, Guillermo A. c/ Ruta Coop. Argentina de Seguros”; ídem, 26.8.05, “Laperuta Fabio Claudio c/ La Segunda Coop. Ltda. de Seguros Generales”, entre otros).

4º) **Daños futuros:** Comprende la crítica del actor la queja por la desestimación de la reparación del valor actual de la licencia de taxi para la nueva unidad que pudiera adquirir, en razón de la baja de la anterior.

A criterio del recurrente la Juez *a quo* interpretó erróneamente la prueba de autos al sostener que no se acreditó la imposibilidad de transferir la referida licencia, estando demostrado que el 30.4.08 se concedió un plazo de 30 días hábiles administrativos, para regularizar la situación bajo apercibimiento de proceder a la baja de la habilitación (fs. 38, 39, 40 y 358), el que finalizó sin que pudiera haber conseguido la nueva unidad.

Adelanto que cabe rechazar el agravio vertido conforme los fundamentos que se expondrán a continuación.

En primer lugar, la evidencia aportada no revela que efectivamente se hubiera procedido a la baja postulada. Únicamente se desprende de la documentación acompañada por el accionante, que frente al vencimiento del plazo de 180 días que prevé la normativa aplicable (art. 31 de la ordenanza 41.815) tuvo un nuevo plazo de 30 días concedido por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires para regularizar su situación en SACTA S.A., bajo apercibimiento de darse de baja a la licencia en cuestión según lo dispone el art. 44 de la citada disposición.

Se desconoce por falta de prueba al respecto si se efectivizó el apercibimiento al vencimiento del plazo, o si por el contrario Fedele adquirió otra unidad a la cual afectó la licencia o incluso si se transfirió la habilitación a un tercero. Tal circunstancia sella la suerte adversa del recurso pues no quedó demostrado el acaecimiento del daño que aquí se reclama.

Los titulares de las licencias tienen la posibilidad de transferirlas “sin vehículo”, o como también se denominada “con cambio material”, encomendándose a un escribano la instrumentación de la correspondiente escritura pública. El nuevo automóvil a incorporar debe ser, del mismo modelo o más nuevo que el que lo reemplaza (art. 37, cit. ordenanza), y en este caso particular debo remarcar que el pretensor necesariamente debía proceder al reemplazo de la unidad más allá de la ocurrencia del siniestro, pues su vehículo era del año 1997 y para la renovación anual de licencia, la antigüedad de los rodados no puede exceder de diez años a la fecha de iniciación del trámite (cfr. arts. 6 y 8.a), ord. 41.815).

Por consiguiente no encuentro elementos que me persuadan de la ocurrencia del daño y por otra parte, de existir, no hay nexo causal entre la conducta imputada a la aseguradora por la falta de pago de la indemnización y la eventual baja de la licencia, pues el actor contaba con la posibilidad de cederla a terceros o incluso alquilarla para continuar con la explotación de la misma y no se ha comprobado que la imposibilidad de hacerlo en su caso, fuere por culpa de la compañía aseguradora.

De manera que propicio la desestimación de la queja del accionante.

5º) **Gastos:** Existiendo una suma asegurada fija, y remitiéndome a lo señalado en el punto III. 1º) Advierto que en ese concepto se subsumen todos los daños derivados del siniestro como obviamente son aquellas erogaciones necesarias para dar de baja la unidad siniestrada. Por lo tanto no existen fundamentos para admitir el agravio del accionante.

6º) **Intereses:** Por su parte, la accionada critica la imposición de intereses sancionatorios respecto del monto de condena.

Arguye el apelante que: i) el 17.1.08 la accionante finalmente cumplió con la cesión de derechos –conforme lo estipulado por la cláusula 16– por lo que el 3.2.08 vencía el plazo para el pago y ii) según dijo el perito contador, el 3.1.08 se emitió el correspondiente cheque, que no fue re-

tirado por lo que se procedió a su reválida debido al vencimiento; circunstancia que se informó y puso a disposición nuevamente la suma mediante CD del 28.1.08.

Agrega que no hubo una conducta maliciosa de su parte pues pudo creerse con derecho a litigar, lo cual queda revelado con el rechazo de aquellos rubros que pretendía el demandante.

Por último, argumenta que la anterior Sentenciante actuó *extra petita* al imponerle una condena no solicitada en la demanda.

Conforme se desprende de la documentación aportada por el actor y que no está controvertida, efectivamente el 17.1.08 Fedele cumplió con el punto I) de la documentación que debía presentar a la aseguradora para la liquidación de siniestro (fs. 34). Nótese que a fs. 36/37 se adjuntó el Formulario 15 “Cesión de derechos” y a partir de este momento puede concluirse que el demandante cumplimentó la información complementaria requerida para la liquidación de siniestro (art. 46, LS y cl. 16). Así, según lo acordado, comenzó a correr el plazo de 15 días para proceder al desembolso.

Fue comprobado que la accionada emitió el cheque el 3.1.08 y que Fedele consideró insuficiente la cifra ofrecida, reclamando diversos rubros que finalmente fueron rechazados, sin embargo la suma en cuestión no fue consignada a fin de liberarse el deudor. Recuerdo que el primer cheque fue insuficiente por no contemplar los importes por lucro cesante y el segundo no ponderó los intereses compensatorios. No habiéndose demostrado el cese del estado de mora, corresponde entonces la aplicación de intereses moratorios.

Siendo el compromiso de la demandada la entrega de un monto determinado de dinero, el resarcimiento se extenderá a los intereses que se devenguen a partir de la mora del deudor, que constituyen la consecuencia inmediata y necesaria de la indisponibilidad de dicha suma (cfr. arts. 520, 622, 901 y 903 del Código Civil; v. CNCom., Sala C, “Hernández c/ La Economía Comercial S.A. de Seguros Generales”, del 6.09.02; ídem., “De Luca c/ Argos Cía. de Seguros Generales S.A.”, del 18.11.05).

No obstante, no se aportaron medios convictivos tendientes a acreditar que el mentado incumplimiento de la aseguradora fue malicioso y por lo tanto pasible de sanción (CCom., 565). Denoto que la tesis sustancial del asegurado respecto del límite indemnizatorio no progresó.

Consecuentemente, propongo hacer lugar a la queja de la accionada, revocando parcialmente la decisión en cuanto condena a pagar intereses sancionatorios y proponiendo la aplicación de los intereses moratorios, conforme la tasa activa que cobra el BNA para sus operaciones de descuento a 30 días sin capitalizar (cfr. plenarios CNCom., “La Razón” del 27.10.94 y “Calle Guevara”, del 25.8.03).

Las costas ocasionadas por este recurso serán a cargo del actor –quien contestó agravios a fs. 581/7– por resultar vencido (CPCC, 68).

8º) [sic] Finalmente, se analizará la imposición de las costas respecto de la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta “Organización Palermo” cuestionada por Fedele.

Advierto que no existen elementos que permitan apartarse del principio general de la derrota (CPCC, 68) en tanto el accionante conocía quién era la aseguradora a cargo de la cobertura de su riesgo y no existieron conductas imputables a “Organización Palermo” por las cuales Fedele pudo creerse con derecho a litigar.

En efecto, surge de los propios recibos emitidos por la codemandada, en virtud de la cancelación mensual de las primas que adjuntó el actor (fs. 2/6), que los montos percibidos eran para imputar a la póliza contratada con “S. B. Rivadavia”, los cuales fueron debidamente aplicados en tanto no existió cuestionamiento al respecto.

La razón expuesta me persuade para propiciar la desestimación del agravio del pretensor.

IV. Como corolario de lo expuesto, propongo al Acuerdo: i) hacer lugar parcialmente a los agravios del accionante; con costas al demandado por resultar sustancialmente vencido (CPCC, 68 *in fine*); ii) admitir la queja de la codemandada “S. B. Rivadavia”, imponiendo las costas del recurso a cargo del actor en virtud del principio de general de la derrota (CPCC, 68). Consecuentemente, modificar la sentencia de grado: a) agregando a la condena impuesta a la demandada la indemnización por “lucro cesante”, según el cálculo que se realizará de acuerdo a las pautas fijadas en el punto III. 2º) más los intereses y b) fijar la tasa de interés sobre el monto de condena a la tasa activa que cobra el BNA para sus operaciones de descuento a 30 días, sin capitalizar.

El Señor Juez de Cámara, doctor *Bargalló* dice:

Comparto los fundamentos vertidos por el Señor Juez preopinante por lo que adhiero a la solución por él propiciada. Voto, en consecuencia, en igual sentido.

Y Vistos:

Por los fundamentos del acuerdo precedente, se resuelve: i) hacer lugar parcialmente a los agravios del accionante; con costas al demandado por resultar sustancialmente vencido (CPCC, 68 *in fine*); ii) admitir la queja de la co-demandada “S. B. Rivadavia”, imponiendo las costas del recurso a cargo del actor en virtud del principio de general de la derrota (CPCC, 68). Consecuentemente, modificar la sentencia de grado: a) agregando a la condena impuesta a la demandada la indemnización por “lucro cesante”, según el cálculo que se realizará de acuerdo a las pautas fijadas en el punto III. 2º) más los intereses y b) fijar la tasa de interés sobre el monto de condena a la tasa activa que cobra el BNA para sus operaciones de descuento a 30 días, sin capitalizar.

Notifíquese a las partes por cédula a confeccionarse por Secretaría. – *Ángel O. Sala.* – *Miguel F. Bargalló* (Sec.: Francisco J. Troiani).

Trabajo:

Accidente de trabajo: accidente *in itinere*; ART; condena al pago de una indemnización integral; improcedencia; principio de congruencia; violación.

1 – Puesto que del escrito de inicio surge claramente la voluntad del actor de demandar a raíz del accidente *in itinere* que sufrió la indemnización prevista en la ley 24.557, cabe concluir que la decisión del a quo de encuadrar tal pretensión como un supuesto de reparación integral de los daños y perjuicios y condenar a la ART accionada con fundamento en las normas del Código Civil vulnera el principio de congruencia, ya que si bien, conforme al principio *iura curia novit*, los jueces pueden suplir el derecho mal invocado por las partes, ello es así mientras no alteren las bases fácticas del litigio. Más allá de lo cual, las ART sólo responden con sustento en el derecho común cuando no han cumplido las obligaciones a su cargo, situación que no se ha configurado en el caso, habida cuenta de que el accidente se produjo en la vía pública antes del inicio de la jornada laboral.

2 – La sentencia de grado que condenó a la ART accionada a pagar la indemnización integral por un accidente *in itinere*, habiendo la damnificada demandado en los términos de la ley especial, ha violentado el principio de congruencia, pues no se trató del encauzamiento *iura curia novit* de una norma mal llamada por la parte –que demandó correctamente–, sino de una alteración de la causa *petendi*. En efecto, la norma de la acción especial da origen a una obligación de la seguridad social y no a una obligación propiamente resarcitoria, lo cual, en el caso, se hace aún más patente porque entre el daño y el empleador o la ART no media ningún factor de atribución de responsabilidad civil, que de haber existido hubiera requerido la introducción de otros hechos para constituir la cuestión litigiosa (del voto del doctor ARIAS GIBERT). R.C.

149 – CNTrab., sala V, febrero 17-2012. – *Avellaneda, Roque Ariel c. Mapfre Argentina ART S.A. s/accidente - ley especial.*

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, capital federal de la República Argentina, a los 17 días del mes de febrero de 2012, se reúnen los señores jueces de la Sala V, para dictar sentencia en esta causa, quienes se expiden en el orden de votación que fue sorteado oportunamente;

y el doctor *Enrique Néstor Arias Gibert* dijo:

Contra la sentencia de grado que condenó a la ART a pagar la indemnización integral por un accidente *in itinere* habiendo demandado la actora en los términos de la ley especial se alza la demandada por considerar que se ha violentado el principio de congruencia.

En el gallardo intento de defender la sentencia atacada la actora afirma que se trataría de un supuesto de *jura novit curia*. Sin embargo, no se trata del encauzamiento de una norma mal llamada por la parte –que demanda correctamente– sino pura y simplemente de una alteración de la causa *petendi*. En efecto, la norma de la acción especial da origen a una obligación de la seguridad social y no a una obligación propiamente resarcitoria, lo que se hace más patente precisamente en este supuesto en el que entre el daño y el empleador o la ART no media ningún factor de

atribución de responsabilidad civil que, de haber existido hubiera requerido la introducción de otros hechos para constituir la cuestión litigiosa. En este orden de ideas, la sentencia de grado debe ser revocada por violación de la norma del artículo 163, inciso 6, del CPCCN.

Sin lugar a dudas el accidente *in itinere* es un accidente resarcible en términos de las obligaciones de la seguridad social como lo son las enfermedades inculpables por parte del empleador. Pero del mismo modo que la reparación (que no obedece a la causación de daño alguno por parte del obligado) establece una causa especial y de excepción para responder también establece consecuencias que no se identifican con una reparación integral que sí es constitucionalmente necesaria en los supuestos en los que entra en juego el principio *neminem laedere* (artículo 19 de la Constitución Nacional).

En este orden de ideas, la sentencia de grado debe ser modificada ajustándose a lo determinado por el perito contador por el valor de \$ 31.500. Es de señalar que la inconstitucionalidad del tope no fue planteada ni se puede advertir colisión directa con norma constitucional alguna pues, como ya se ha señalado, el accidente *in itinere* es ajeno al marco de actuación del *alterum non laedere* (artículo 277, CPCCN).

Al existir coincidencia entre el dictamen del perito médico y el de las comisiones médicas es ocioso expedirse sobre su eventual inconstitucionalidad.

Atento lo dispuesto por el artículo 279, CPCCN, corresponde dejar sin efecto la regulación de honorarios e imposición de costas que, atento el resultado de la causa debe ser impuesta en primera instancia a la demandada, ya que ella no tiene por qué responder por la condena *extra petita* (errónea por añadidura) dispuesta por el juez de grado y el allanamiento de la demandada resultó tardío. Las costas de la alzada deben ser impuestas a la actora vencida (artículo 68, CPCCN).

Atento lo expresado corresponde regular de modo original los honorarios de los profesionales intervinientes en primera instancia en los siguientes porcentajes respecto del monto de condena con sus accesorios: Para el patrocinio letrado de la parte actora en un catorce por ciento (14%), los que deben ser incrementados en un 30% por su actuación en doble carácter, como letrado y procurador (artículo 9º, segundo párrafo, de la ley de aranceles); en diez por ciento (10%) para la representación y patrocinio letrado de la parte demandada que también deben ser incrementados en un 30% por su actuación en doble carácter. La norma del artículo 38 de la ley 18.345 debe considerarse derogada como consecuencia de la vigencia de la ley de aranceles que prescinde de ese límite para establecer los honorarios por la actuación en materia laboral (lo que excluye la invocación de ley especial) hasta en un máximo del 28% por la actuación en doble carácter en primera instancia. Regular los honorarios del perito contador y del perito médico en un cinco por ciento (5%) para cada uno de ellos. Ello, teniendo en cuenta la profundidad y extensión de los trabajos, el éxito obtenido y su relevancia para la resolución de la litis (artículo 6 de la ley 21.839). Corresponde regular los honorarios de alzada en un 25% de lo regulado por la instancia anterior a la representación y patrocinio letrado de las partes atento lo dispuesto por el artículo 14 de la ley 21.839.

El doctor *Oscar Zas* manifestó:

I) Contra la sentencia de fs. 198/202 apela la demandada a tenor del memorial de fs. 214/218 vta., contestado por la parte actora a fs. 221/224 vta. La letrada apoderada del actor a fs. 203/vta. y el perito contador a fs. 207 apelan por bajos los honorarios pertinentes.

II) De la lectura del escrito de inicio (ver fs. 7/28) surge claramente que el actor aduce haber sufrido un accidente “*in itinere*” el 3/06/2009 en el trayecto desde su domicilio hacia su lugar de trabajo en la empresa Servin Seguridad S.A. que le habría causado una incapacidad del 30%, y, en consecuencia, reclama a Mapfre Argentina A.R.T. S.A., aseguradora de riesgos del trabajo contratada por aquella, el pago de la prestación dineraria por incapacidad parcial permanente definitiva prevista en la ley 24.557.

Ni siquiera generan dudas en cuanto a la pretensión incoada, las extensas consideraciones vertidas a fs. 13/18 para sostener la inconstitucionalidad del art. 39, inc. 1º, de la ley citada, pues existen dos tramos del escrito inaugural que revelan inequívocamente la voluntad del actor.

En el primero, el actor manifiesta:

“...Como puede deducirse de los hechos narrados, si no se va a reclamar por el art. 1113 del C. C. –donde también

se debería demandar al empleador— el accidente al menos desde el ángulo contractual, debe ser reparado obligatoriamente por la ART, a los efectos de lograr la recuperación del trabajador y/o el cobro de la indemnización pertinente...” (ver fs. 10).

A renglón seguido, señala claramente que reclama la indemnización prevista en la ley 24.557 y efectúa el cálculo según la fórmula establecida por esa normativa, aplicada según su parecer.

En el segundo, el Sr. Avellaneda afirma:

“...Síntesis...”

“...Beneficios para el trabajador a partir de la declaración de inconstitucionalidad de las normas atacadas”

“A partir de la declaración de inconstitucionalidad de las normas peticionadas al actor se le garantiza:”

“acceder a la vía judicial sin limitación alguna”.

“optar por continuar su trámite ante el fuero y procedimiento laboral de la ley 18345 sin necesidad de tener que someterse al procedimiento administrativo instituido por la L.R.T.”.

“al no tener que someterse a los dictámenes administrativos de la ART-Comisión Médica, la incapacidad definitiva (sea total o parcial y permanente) será fijada por un perito judicial de la matrícula, en esta instancia judicial y no será necesario esperar a que el porcentual sea dictado por los órganos administrativos, ni mucho menos esperar a que estos le den el alta definitiva al trabajador accidentado”.

“conforme el porcentaje de incapacidad que posea, ya sea esta total y/o parcial y permanente, la indemnización deberá abonarse en un pago único y en efectivo...” (ver fs. 23/vta.).

En este contexto, la decisión del juez de grado de encuadrar la pretensión del actor como un supuesto de reparación integral de los daños y perjuicios y de condenar a la demandada al pago de la suma de \$ 40.000 con fundamento en las normas pertinentes del Código Civil vulnera el principio de congruencia comprendido en la garantía constitucional de defensa en juicio (conf. arts. 18, C.N., y 34, inc. 4º, y 163, inc. 6º, párr. 10, C.P.C.C.N.).

Como señala nuestro más Alto Tribunal, si bien es cierto que conforme con el principio *iura novit curia*, los jueces no se encuentran vinculados por la calificación jurídica que las partes dan a sus pretensiones y pueden suplir el derecho mal invocado por aquéllas, ello es así en tanto no alteren las bases fácticas del litigio (Fallos: 256:147; 261:191; 300:1015; 313:915) o la *causa petendi* (conf. C.S.J.N., 23/12/2004, H.213. XXXIX, “Herrero Morales, Daniela Florencia y otros c/Arcos Dorados”), situación esta última que se configura en el “*sub lite*”.

Por las razones expuestas, estimo admisible el denominando “Primer Agravio” de la demandada (ver fs. 215/216 vta.).

III) Por otra parte, y aun cuando no se considerara vulnerado el principio de congruencia, la condena al pago de la reparación integral de daños y perjuicios carece de fundamento fáctico y jurídico.

Ello así, pues las aseguradoras de riesgos del trabajo sólo responden con sustento en el derecho civil en el supuesto de omisión de las obligaciones de control a su cargo y, en el caso, no se vislumbra cómo la demandada podría haber evitado el acaecimiento del siniestro que no puede atribuirse al riesgo o vicio de una cosa de propiedad del empleador, ni al deficiente cumplimiento de las normas sobre higiene y seguridad en el trabajo (conf. C.N.A.T., Sala V, sent. n° 71.967, 27/11/2009, “Gualtieri, Silvia Olga c/ Socorro Médico Privado S.A. y otros”), ni tampoco —naturalmente— puede atribuirse al riesgo o vicio de una cosa de propiedad de aquélla.

En síntesis, toda vez que el hecho dañoso se produjo en la vía pública antes del inicio de la jornada laboral y cuando el actor se dirigía de su domicilio al lugar de trabajo, no corresponde atribuirle responsabilidad en los términos del derecho común a la aseguradora de riesgos del trabajo.

Por las razones expuestas, también estimo atendible el denominando “Segundo Agravio” de la demandada (ver fs. 216 vta./217).

Propicio, en consecuencia, dejar sin efecto la condena al pago de la suma de \$ 40.000 en concepto de reparación integral.

IV) Llega firme a la Alzada, pues al respecto las partes no expresaron agravios en los términos del art. 116 de la L.O., la siguiente conclusión del juez de primera instancia:

“...la demandada solicitó a fs. 190/191 compensación en razón de haberle abonado al actor la suma de \$ 31.500 en fecha que surge del recibo que en copia acompaña a fs.

189 que da cuenta que el actor retiró un cheque a su nombre por el monto mencionado. Que el actor guardó silencio al traslado de esta solicitud por lo que corresponde tener por reconocido el pago de dicha suma y en consecuencia corresponde hacer lugar a la compensación opuesta...” (ver fs. 201 vta.).

Según el peritaje médico, no impugnado por las partes, el actor presenta actualmente limitación funcional que implica una incapacidad parcial y permanente del 17,5% (ver fs. 141/144).

Según el peritaje contable, no impugnado en legal tiempo y forma por las partes, tomando en cuenta la minusvalía precitada, el valor mensual del ingreso base del actor, y la edad de este último a la fecha de la primera manifestación invalidante, la prestación dineraria prevista en el art. 14.2.a) de la ley 24.557 asciende a \$ 31.500, importe que se ajusta a lo establecido en esa norma.

Toda vez que el pago mencionado fue efectuado el 9/04/2010 (ver fs. 189 y 190), y que según la sentencia de fs. 198/202, el cómputo de los intereses del capital de condena arrancaría desde la fecha de su dictado, es decir, el 29/04/2011, cuestión que no mereció objeción alguna de las partes, cabe concluir que aquel pago canceló íntegramente el crédito pretendido por el actor, lo que propicio declarar.

V) De conformidad con lo dispuesto en el art. 279, C.P.C.C.N., corresponde dejar sin efecto lo resuelto en primera instancia en materia de costas y honorarios, y expedirse originariamente al respecto, lo que torna irrelevante el tratamiento de los recursos pertinentes.

Teniendo en cuenta que la demandada negó en el responde el accidente “*in itinere*”, pese a que había derivado al actor a un centro médico para su atención con motivo del siniestro denunciado (ver informe de fs. 83/111), y que el pago de la prestación dineraria prevista en el art. 14.2.a) de la ley 24.557, de indudable naturaleza alimentaria, se produjo con posterioridad al inicio de la demanda que dio origen a este pleito, considero justo y equitativo imponer las costas de primera instancia a la demandada (conf. arts. 68, C.P.C.C.N. y 155, L.O.).

Según jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal, la regulación de honorarios profesionales no depende exclusivamente del monto del juicio y de las escalas dispuestas en las normas arancelarias sino de un conjunto de pautas precisas previstas en los regímenes respectivos que deben ser evaluados por los jueces y entre los que se encuentran la naturaleza y complejidad del asunto, la índole, extensión, calidad y eficacia de los trabajos realizados, la manera de arribar a una solución justa y mesurada acorde con las circunstancias particulares de cada caso.

Establecer los honorarios profesionales mediante la aplicación automática de los porcentuales fijados en la ley arancelaria, aun del mínimo establecido, puede dar por resultado sumas exorbitantes y desproporcionadas en relación con las constancias de la causa, no compatibles con los fines perseguidos por el legislador al sancionar la ley arancelaria ni con los intereses involucrados en el caso, ni con los parámetros del mercado de trabajo en general (conf. C.S.J.N., A. 70. XLI. R.O., 18/11/2008, “Astra Compañía Argentina de Petróleo c/Yacimientos Petrolíferos Fiscales”).

Las normas arancelarias deben ser interpretadas armónicamente, para evitar hacer prevalecer una sobre otra, con el propósito de resguardar el sentido que el legislador ha entendido asignarles y, al mismo tiempo, el resultado valioso o disvalioso que se obtiene a partir de su aplicación a los casos concretos.

Como principio general cabe sostener que los arts. 38 de la L.O. y 13 de la ley 24.432, configuran un bloque normativo con determinación de pautas para fijar los honorarios que debe ser analizado y ponderado en conjunto al momento de efectuar las pertinentes regulaciones.

El art. 13 de la ley 24.432 consagra en forma explícita la interpretación propuesta, ya que dispone que los jueces deberán regular honorarios a los profesionales, peritos, síndicos, liquidadores y demás auxiliares de la Justicia, por la labor desarrollada en procesos judiciales o arbitrales, sin atender a los montos o porcentuales mínimos establecidos en los regímenes arancelarios nacionales o locales que rijan la actividad, cuando la naturaleza, alcance, tiempo, calidad o resultado de la tarea realizada o el valor de los bienes que se consideren, indicaren razonablemente que la aplicación estricta, lisa y llana de esos aranceles ocasionaría una evidente e injustificada desproporción entre la importancia del trabajo efectivamente cumplido y la retribución que en virtud de aquellas normas arancelarias habría de corresponder.

En la cuestión de regulación de honorarios es de aplicación también el principio elaborado por el Supremo Tribunal Federal según el cual la misión judicial no se agota con la remisión a la letra de los textos legales, sino que requiere del intérprete la búsqueda de la significación jurídica o de los preceptos aplicables que consagre la versión técnicamente elaborada y adecuada a su espíritu, debiendo desecharse las soluciones notoriamente injustas que no se avienen con el fin propio de la investigación judicial de determinar los principios acertados para el reconocimiento de los derechos de los litigantes (Fallos: 253:267, entre otros) (C.S.J.N., D.163. XXXVII. R.O., 14/02/2006, “D.N.R.P. c/Vidal de Docampo, Clara Aurora”, en especial considerando 10], 11], 12] y 13] del voto del Sr. Ministro Dr. Juan Carlos Maqueda).

Por otra parte, en el mismo sentido el art. 38 de la L.O. dispone en lo pertinente:

“...Excepcionalmente, y por resolución fundada, estarán facultados (los jueces) para fijar, en relación con todo ello (honorarios de los letrados apoderados, peritos, expertos y demás auxiliares de la justicia), sumas inferiores a las que resultaren de la aplicación de los respectivos aranceles profesionales...”.

Teniendo en cuenta los criterios expuestos y la naturaleza, mérito, alcance y calidad de las tareas profesionales cumplidas, propicio regular a la representación y patrocinio letrado de la parte actora, a los de la demandada, al perito médico y al perito contador, las sumas de \$ 3.200, \$ 2.200, \$ 1.500 y \$ 1.500, respectivamente, todas calculadas a valores actuales.

VI) Teniendo en cuenta el resultado del recurso, considero justo y equitativo imponer las costas de alzada a la parte actora (conf. arts. 68, C.P.C.C.N. y 155, L.O.) y regular los honorarios de la representación y patrocinio letrado de la parte actora y de la demandada en las sumas de \$ 550 y \$ 800, respectivamente, ambas calculadas a valores actuales (conf. art. 14, ley 21.839).

La doctora *María C. García Margalejo* manifestó:

Adhiero al voto del Dr. Zas por análogos fundamentos a los que allí lucen.

En virtud de lo que surge del acuerdo que antecede, el Tribunal *resuelve*: 1º) Dejar sin efecto la condena impuesta en primera instancia y declarar cancelado íntegramente el crédito pretendido por el actor. 2º) Dejar sin efecto lo dispuesto en primera instancia en materia de costas y honorarios. 3º) Imponer las costas de primera instancia a cargo de la demandada. 4º) Regular los honorarios de la representación y patrocinio letrado de la parte actora, los de la demandada, los del perito médico y los del perito contador, en las sumas de \$..., \$..., \$... y \$..., respectivamente, todas calculadas a valores actuales. 5º) Costas de alzada a cargo del actor. 6º) Regular los honorarios de la representación y patrocinio letrado de la parte actora y los de la demandada, en las sumas de \$... y \$..., respectivamente, ambas calculadas a valores actuales. Reg., not. y dev. Con lo que terminó el acto, firmando los señores jueces por ante mí, que doy fe. MMV. — *Enrique N. Arias Gibert*. — *Oscar Zas*. — *María C. García Margalejo*.

Daños y Perjuicios:

Transporte benévolo: responsabilidad extracontractual; daños al transportado; culpa; prueba; precedentes de la Corte Suprema; apreciación judicial.

1 — *Procede el rechazo del recurso de casación deducido contra la sentencia de la anterior instancia que resolvió que en el transporte benévolo resulta aplicable el art. 1109 del cód. civil, correspondiendo al damnificado demostrar la culpa del conductor para poder obtener la indemnización, pues la acción solidaria y el altruismo no pueden, de no mediar culpa, aparecer como fuente generadora de responsabilidad, ya que una decisión contraria atentaría en contra de todo principio ético y moral, y brindaría un resultado reñido con el valor justicia* (del voto del doctor GARCÍA ALLOCO).

2 — *La responsabilidad emergente del transporte benévolo por los daños que se pudieran ocasionar al transportado es de naturaleza extracontractual y debe limitarse a ser juzgada en los términos del art. 1109 del cód. civil, por lo que el damnificado debe probar la actuación culposa del transportador en la producción del accidente* (del voto del doctor GARCÍA ALLOCO).

3 – En el transporte benévolo, si el pasajero invitado sufre un daño ocasionado durante el viaje, no puede pretender –ante la inexistencia del contrato de transporte– un resarcimiento fundado en la obligación objetiva de seguridad que emana tácitamente de aquel, conforme el art. 184 del cód. de comercio (del voto del doctor GARCÍA ALLOCO).

4 – El art. 1113 del cód. civil protege a terceros extraños contra los riesgos ocasionados por las cosas, pues resulta lógico poner a cargo de quien las aprovecha económicamente la reparación de esos daños. Distinto es el caso de quien ha prestado un servicio gratuito –como el transporte benévolo– a quien después resultó dañado como consecuencia de un infortunio, supuesto en el que la víctima solo tendrá derecho a la reparación de los daños si prueba que medió culpa de la reparación de los daños si prueba que medió culpa de que prestó el servicio (del voto del doctor GARCÍA ALLOCO).

5 – No obstante la importancia que revisten los fallos de la Corte Suprema en relación con la responsabilidad derivada del transporte benévolo, lo cierto es que la doctrina que emana de los mismos no es obligatoria para los tribunales inferiores, pues ello no está previsto legalmente. Ello así, los jueces tienen la facultad de apreciar con criterio propio las resoluciones del Máximo Tribunal y pueden apartarse de ellas cuando medien motivos valederos para hacerlo, siempre que tal apartamiento sea debidamente fundado en razones novedosas y variadas (del voto del doctor ANDRUET [h.]).

6 – Resulta procedente el recurso de casación deducido con fundamento en la causal prevista en el art. 383, inc. 4º, del cód. procesal civil de la provincia de Córdoba, contra la sentencia que declaró aplicable el art. 1109 del cód. civil a una demanda de daños y perjuicios derivada de transporte benévolo, en tanto tal interpretación se contradice con la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia provincial en un supuesto similar, en el que determinó aplicable la presunción de responsabilidad del art. 1113, párr. 2º, segundo supuesto del mencionado cuerpo legal (disidencia del doctor SESIN).

7 – En el transporte benévolo, la sola circunstancia de que la víctima haya sufrido un daño en ocasión de aprovechar el transporte que se le ofrecía, es decir que conscientemente se haya expuesto a los peligros que el automotor en circulación supone, no constituye una causa de eximición que excluya la responsabilidad objetiva del art. 1113, párr. 2º, supuesto segundo, del cód. civil (disidencia del doctor SESIN). M.A.R.

150 – TSJ Córdoba, sala civil y comercial, febrero 29-2012. – Rodríguez, Nora Etel c. sucesión y/o sucesores de Oliva, Juan Carlos - ordinario - daños y perjuicios - recurso de casación (expte. R 22/09).

En la ciudad de Córdoba, a los 29 días del mes de febrero de dos mil doce, siendo las 11 h., se reúnen en audiencia pública, los Sres. Vocales de la Sala Civil y Comercial del Tribunal Superior de Justicia, Dres. Armando Segundo Andruet (h.), Carlos Francisco García Allocco y Domingo Juan Sesin, bajo la presidencia del primero, a fin de dictar sentencia en los autos caratulados: “Rodríguez, Nora Etel c/ sucesión y/o sucesores de Oliva, Juan Carlos - ordinario - daños y perjuicios - recurso de casación (expte. R 22/09)”, procediendo en primer lugar a fijar las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA CUESTIÓN: ¿Es procedente el recurso de casación por el motivo del inc. 4º del art. 383 del C.P.C.?

SEGUNDA CUESTIÓN: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

Conforme al sorteo que en este acto se realiza, los Sres. Vocales votan en el siguiente orden: Dres. Domingo Juan Sesin, Carlos Francisco García Allocco y Armando Segundo Andruet (h.).

A la primera cuestión planteada el señor vocal doctor Domingo Juan Sesin, dijo:

I. La parte actora –mediante apoderado– interpone recurso de casación por los motivos de los incs. 1º, 2º y 4º del art. 383 del C.P.C. en autos “Rodríguez, Nora Etel c/ sucesión y/o sucesores de Oliva, Juan Carlos - ordinario - daños y perjuicios” contra la Sentencia N° 125 del 14 de noviembre de 2008 dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Quinta Nominación de esta ciudad.

Corrido traslado a la contraria por el término de ley (art. 386 del C.P.C.) lo evacua la citada en garantía –mediante apoderados– a fs. 1022/1026 y a fs. 1231 lo hacen los demandados; siendo concedido el recurso por el Tribunal de juicio sólo por la causal del inc. 4º, art. cit. (Auto Interlocutorio N° 293 del 18 de junio de 2009).

Firme y consentido el decreto de autos quedó la causa en condiciones de ser resuelta.

II. El planteo impugnativo en la parte que fuera habilitado por la Cámara a quo admite el siguiente compendio: al amparo de la hipótesis recursiva prevista en el inc. 4º del art. 383 del C.P.C. denuncia la recurrente la existencia de interpretaciones contradictorias entre el pronunciamiento recurrido y el dictado por el T.S.J. en autos “Aguilera Silvia Del Valle c/ Jorgelina Zulma Belén y/o titular dominial del vehículo - demanda ordinaria - daños y perjuicios - recurso de casación” (Sentencia n° 78 del 15 de agosto de 2000).

III. Antes de abordar el tratamiento sustancial del motivo de que se trata, corresponde a este Alto Cuerpo verificar si, a su respecto, se hallan cumplidos los recaudos formales que condicionan la apertura de la instancia extraordinaria.

En ejercicio de tal prerrogativa, estimo pertinente aclarar que la casación por sentencias contradictorias se erige en instrumento eficaz para la determinación de reglas uniformes, en presencia de interpretaciones antagónicas de la ley, por lo que su viabilidad se supedita al cumplimiento de las exigencias instituidas como inherentes, entre ellas, que las soluciones jurídicas disímiles hayan sido brindadas en oportunidad de resolver hipótesis fácticas similares.

En el sub examine, tales recaudos lucen debidamente satisfechos. En efecto, la cuestión sometida a juzgamiento en los precedentes que se tildan de antagónicos versó de igual manera, sobre la responsabilidad derivada de los daños sufridos con motivo del llamado transporte benévolo, habiendo arribado ambos decisorios a disímiles soluciones jurídicas.

En efecto, mientras la sentencia invocada como contradictoria –que fuera dictada por esta Sala con motivo de un inc. 3º, art. cit.–, estimó que el damnificado en un transporte benévolo puede prevalecerse de la presunción de responsabilidad instituida por el art. 1113, 2º párrafo, 2º supuesto del Código Civil, contra el dueño o guardián del automóvil, los que –se dijo– únicamente podían eximirse de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima –u otra causa exterior al vehículo– que rompa el nexo de causalidad, en cambio en el fallo impugnado, por mayoría, se expuso que en tal hipótesis resultaba aplicable el art. 1109 del C.C., por lo que el damnificado se veía en la necesidad de demostrar la culpa del conductor para poder conseguir la indemnización.

En consideración a ello y resultando que existe un mismo supuesto fáctico sometido a distinto tratamiento jurídico, la habilitación de la competencia de esta Sala por la causal de casación sustancial contemplada en el inc. 4º del art. 383 del C.P.C. resulta inobjetable.

IV. Adelanto opinión en cuanto a la procedencia del recurso por el motivo intentado, en tanto la tesis propuesta en la sentencia atacada no se ajusta a la doctrina postulada en el fallo invocado como antitético.

Para justificar la conclusión anticipada debo señalar que como Vocal integrante de la Sala suscribí el criterio sentado en el pronunciamiento traído en confrontación, donde se desarrolló la interpretación legal que estimo correcta para dirimir el punto materia de análisis.

Allí se dilucidó la problemática vinculada a la naturaleza de la responsabilidad derivada del transporte benévolo sosteniéndose al respecto que “...en el estado actual de evolución del derecho constituye un principio jurídico prácticamente indiscutido –aceptado incluso por este Tribunal– que el automóvil es en sí mismo una **cosa riesgosa**, por lo que los daños que con él se causan comprometen la responsabilidad de su dueño o guardián con independencia de toda idea de culpa, en los términos del art. 1113, 2º párr. 2º supuesto, del Código Civil (cfr. esta Sala, sentencia n° 28/93, en autos “Espindola Elvio y otro c/ Loriz Rosaenda - Ordinario - Recurso de Revisión”; Brebbia, *Problemática jurídica de los automotores*, Buenos Aires, 1982, t. 1, págs. 125/127; Pizarro, *Responsabilidad Civil por el riesgo o vicio de las cosas*, Buenos Aires, 1983, págs. 525/526). De donde cabe inferir una conclusión provisional –cuyo acierto habrá luego de verificarse– y es que los daños sufridos por una persona en el curso de un transporte benévolo encuadrarían en esa hipótesis legal de responsabilidad”.

“Puesto en la necesidad de corroborar la conclusión provisoria que se acaba de sentar, destaco en primer lugar que no puede sostenerse para desestimar la aplicación de la norma referida que al participar en el uso de la cosa la víctima comparta de alguna manera la guarda jurídica del vehículo en que es transportada, y deducir de aquí que en consecuencia no podría dirigirse más que contra sí misma. A este argumento ya replicaban los hermanos

Mazeaud que el transportado no posee poder de mando alguno sobre la cosa, no tiene órdenes que dar, y por consiguiente no puede reputárselo guardián de ella (cfr. Mazeaud y Tunc, *Tratado teórico y práctico de la Responsabilidad civil delictual y contractual*, Buenos Aires, 1962, tomo 2º, volumen 1, n° 1286; entre nosotros Brebbia, *ob. cit.*, pág. 351), de modo que esta argumentación es artificiosa y no sirve para descartar en el transporte de cortesía la aplicación del principio del riesgo creado instituido en el art. 1113, 2º párr. 2º supuesto, del Código Civil”.

“Por otro lado, me anticipo a señalar que si el perjuicio sufrido por el viajero durante el transporte ha sido causado –o concausado– por un caso fortuito, el hecho de un tercero por quien no se debe responder o por culpa de la propia víctima, el dueño o guardián quedará eximido –total o parcialmente según el caso– de responsabilidad civil, pero ello por interrupción del nexo de causalidad entre el riesgo inherente al automotor y el daño padecido por la víctima, el cual habría sido producido por una causa ajena al vehículo, y sin que tenga ninguna relevancia las peculiaridades propias del transporte benévolo. Juega aquí un principio general del derecho de daño que gravita en todos los ámbitos de la responsabilidad civil, tanto contractual como extracontractual (C.C., arts. 1111 y 1113), y que no hay razón para excluir en el caso del transporte benévolo”.

“Ahora bien, corresponde determinar a propósito de este problema si la sola circunstancia de que la víctima haya sufrido el daño en ocasión de aprovecharse del transporte que se le ofrecía, vale decir de que conscientemente se haya expuesto a los peligros que el automotor en circulación supone, constituye o no una causa de eximición que excluya la responsabilidad objetiva del art. 1113, 2º párr. 2º supuesto. A mi juicio esta cuestión debe responderse negativamente. Sólo si en función de las particularidades del caso la aceptación del transporte ponga de manifiesto una culpa del damnificado cuya eficacia causal sobre el perjuicio desplace total o parcialmente la intervención dañosa del rodado en el cual se transportaba, quedará entonces excluida la responsabilidad del dueño o guardián. Fuera de este supuesto que descarta al automóvil como factor causante del daño, es de entender que el solo conocimiento de la peligrosidad propia de los automotores en general y el hecho de someterse no obstante a la eventual contingencia de sufrir un perjuicio en el viaje no elimina por cierto el carácter riesgoso que por su propia naturaleza reviste el vehículo ni suprime, por añadidura, la atribución de responsabilidad que sobre esa base objetiva efectúa la ley respecto del dueño o guardián, quien en consecuencia queda obligado a resarcir los daños y perjuicios que la cosa riesgosa cuyo señorío ejerce ha causado en terceros inocentes. Así lo ha declarado incluso la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la que en dos oportunidades ha anulado por arbitrariedad sentencias donde contrariamente se entendió que el mero aprovechamiento, sin ninguna otra circunstancia adicional, de un transporte benévolo autorizaba a liberar de responsabilidad civil. El máximo tribunal del país señaló en tales ocasiones que el riesgo que asume el transportado benévolamente no alcanza al de perder la integridad física o la vida a menos que, debido a las particulares circunstancias del caso concreto, esa consecuencia hubiera podido habitual y razonablemente sobrevenir, lo cual permitiría entonces una asimilación a la culpa (Fallos: 315:1570 y 319:737). Quiere decir entonces que tampoco desde este punto de vista el transporte benévolo ofrece al intérprete particularidades que justifiquen apartarse de la norma general que capta los infortunios ocasionados por cosas riesgosas”.

“Ello no implica ignorar que quien aborda un automóvil afronta un riesgo propio del transporte automotor, pero otro tanto ocurre con quien circula en su propio vehículo y resulta víctima del daño causado por otro, sin que por ello el sistema atenúe la responsabilidad de éste, en comparación con el que corresponde ante el daño causado a un peatón”.

“En lo concerniente a la gravitación que pueda tener sobre la responsabilidad del propietario o guardián del automóvil el hecho de que el daño se haya producido durante un transporte prestado por pura cortesía y solidaridad en favor de quien resultó luego damnificado, corresponde efectuar las siguientes consideraciones. Aunque en el sub lite la demandada era la conductora del vehículo y fue quien en efecto transportó benévolamente a la accionante, ello no empece a la responsabilidad civil que la ley le impone. Como quiera que ella era también propietaria del automotor su obligación resarcitoria deriva del **riesgo insito** en este tipo de cosas, y desde que este factor de atri-

bución de responsabilidad es de índole estrictamente **objetiva** y extraño a toda idea subjetiva, fundado pura y exclusivamente en la peligrosidad que el automóvil entraña para los terceros, es claro que la circunstancia de que ella hubiese prestado un favor desinteresado a quien después fuera damnificado no enerva en absoluto el carácter riesgoso y potencialmente dañoso que el vehículo no obstante mantiene. En una palabra, pese a la gentil invitación efectuada, el riesgo propio del automóvil subsiste incólume y, con él, la responsabilidad plena que con arreglo a la ley le incumbe al dueño o guardián. Para advertir la pertinencia de esta apreciación, piénsese en el supuesto –distinto del caso particular– de que quien conduzca y acepte transportar a la otra persona no sea a su vez el dueño o guardián del vehículo, y se comprenderá claramente que ninguna razón impide reconocer a la víctima el derecho de reclamar indemnización de esta última, con quien ningún lazo de gratitud por el hecho del transporte la liga. Se subraya que el factor de atribución es el riesgo creado, el cual existe con abstracción de cualquier vínculo personal que pudiera existir entre las personas que compartieron el uso del automóvil. En coincidencia con esta tesis, Kermelmaier de Carlucci señala que las razones morales o de equidad que imponen tratar con moderación a un individuo que no ha hecho más que cumplir un acto de pura generosidad no existen respecto del propietario del vehículo, con quien no hay ningún lazo de gratitud directo ni indirecto (su artículo ‘Nuevamente sobre los daños causados en el llamado transporte benévolo’, publicado en Revista de Derecho de Daños n° 7, pág. 80).

“La responsabilidad por el riesgo creado se funda en el aprovechamiento habitual que el dueño o guardián hace de la cosa riesgosa, no en el particular uso que de él se hacía en ocasión del accidente. Así como la responsabilidad que la ley impone al propietario es ajena a su culpa en la producción del siniestro, del mismo modo son inoportunas las valoraciones positivas que puedan formularse sobre su proceder en la emergencia. Sólo liberan de responsabilidad el uso de la cosa contra la voluntad expresa o presunta del dueño, o la quiebra que en la relación causal entre el riesgo y el daño causan la culpa de la víctima o de un tercero por quien no se deba responder (art. 1113, C.C.)”.

Así se concluyó señalando: “...que la situación del damnificado en un transporte benévolo se rige por los principios generales propios de la responsabilidad por el riesgo de las cosas” (cfr. Sentencia N° 78 del 15 de agosto de 2000, in re “Aguilera Silvia del Valle c/ Jorgelina Zulma Belén y/o titular dominial del vehículo - demanda ordinaria - daños y perjuicios - recurso de casación”).

V. En definitiva y resultando que la solución adoptada por la mayoría del Tribunal *a quo* en el pronunciamiento recurrido no se ajusta a la propugnada, me pronuncio por el acogimiento del recurso.

Voto por la afirmativa a la primera cuestión planteada.

A la primera cuestión planteada el señor vocal doctor Carlos Francisco García Allocco, dijo:

I. Me remito al compendio de las censuras sustentatorias del recurso de casación realizado por el Sr. Vocal de primer voto, a los fines de evitar inútiles reiteraciones.

A mi juicio y en sentido coincidente con el sostenido por el Sr. Vocal que me precede en el voto, considero que se encuentran satisfechas las condiciones formales que justifican ingresar al tratamiento del motivo de casación propuesto.

II. Sobre la temática en debate, debo señalar que como Vocal integrante de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la ciudad de Marcos Juárez emití mi opinión en autos “Belloli, José Esteban Ramón y otro c/ Luis Pedro Moresi y otro - Dem. Ordinaria - Apelación” (Sentencia N° 18 del 26 de septiembre de 2006) expresando: “...que el denominado ‘transporte benévolo o de complacencia’ es aquél en el que el conductor de un vehículo por un acto de cortesía y con intención de beneficiar a otro lo traslada de un punto a otro, sin que la persona favorecida se obligue a prestación alguna (Conf. Llabías, Brebbia, Cazeaux, Trigo Represas, Compagnucci de Caso, Zannoni en su voto de la C. NAC. CIV. Sala A. JA, 1987-II-300)”.

“El tema de análisis fue motivo de arduo debate en la doctrina nacional y extranjera para determinar su naturaleza jurídica a los fines de establecer la responsabilidad en el supuesto de la existencia de daños que pudiera sufrir el transportado durante la secuela del viaje.

a) En primer lugar tenemos la teoría de la inexistencia de relaciones jurídicas, que sostiene que este tipo de trans-

porte no engendra ningún tipo de relación jurídica ya que escapa al ámbito del derecho para entrar dentro del campo más amplio de la sociología y solamente se puede hablar de resarcimiento, cuando se incurre en delito.

A ello le contesta Colombo con cita de ‘Pezella’ en su obra sobre la ‘Responsabilidad del propietario de vehículos’ oponiéndose a semejante opinión, ya que no existe ninguna acción humana que sea ajena al campo jurídico. En lo que concierne al transporte, por gratuito que él sea, surgen cuestiones que tienen atinencia con las normas generales de conducta, con la disciplina del tránsito, con la responsabilidad del conductor o del dueño del carruaje, etc., de suerte que decir que ellas son ajenas al orden establecido por el derecho es desconocer el contenido de éste (aut. cit. Culpa Aquiliana Cuasidelitos, Nro. 203, pág. 684, 2ª Edición).

b) Para otros, el transporte benévolo configura un verdadero contrato, en tanto se trata de un acuerdo de voluntades por el cual una persona se compromete a conducir a otra a cierto lugar y la circunstancia de la gratuidad en nada influye por cuanto numerosos contratos tienen ese carácter. En la doctrina extranjera, adhieren a esta tesis Peretti - Griva en Italia y Savatier en Francia y aunque se lo incluye a Lalou entre éstos (ver Borda, ‘Tratado de Derecho Civil Argentino’ Obligaciones, T° II, 3ª ed. Editorial Perrot, Buenos Aires, 1971, pág. 383, Nro. 1574, cita 2460), este último discriminaría entre transporte gratuito y transporte benévolo, para darle carácter contractual solamente al primero (confr. Bianchi, Enrique Tomás, ‘Enquadre Jurídico del transporte benévolo’, J.A. 29-1975-824). En el orden nacional adhieren a esta posición Mosset Iturraspe, López de Zavalía, de Vertiz, López Olaciregui, Bianchi”.

“La crítica a la misma se centra en que todo contrato implica la intención de ligarse, el animus negoti contrahendi, la voluntad de hacer un negocio (Borda con cita de Jossierand). ‘En apoyo de estos conceptos podemos recordar que el art. 944, CC, define al acto jurídico (y el contrato es un acto jurídico típico) como el acto voluntario, lícito, realizado con el fin inmediato de producir efectos jurídicos y en el transporte benévolo no hay ni siquiera vestigios de ese propósito de producir efectos jurídicos, de contraer derechos y obligaciones. Todo lo que hay es un acto altruista, un servicio que responde a un sentimiento de amistad o de solidaridad humana. Nadie piensa en contratar, sino en prestar ayuda’ (aut. cit. Tratado... Obligaciones, II, n° 1575, págs. 383/4, 3ª ed., 1971).

c) Por último la opinión que prevalecía en nuestra doctrina y jurisprudencia y con diferentes matices, es de que la responsabilidad por los daños emergentes del transporte benévolo, reconoce origen extracontractual.

Adhieren a esta corriente entre otros, Borda, Llabías, Brebbia, Acuña Anzorena, Colombo, Cammarota, Galli; como doctrina nacional y en general Jurisprudencia citando a modo de ejemplo la Suprema Corte de Buenos Aires (citado por Ramírez, ‘Indemnización de daños y perjuicios’, T° I, pág. 182), C.1ª. Apel. Bahía Blanca, LL-117-540; C.N.Civ., Sala B, 27-08-68; C.N.Civil, Sala K, 5.7.91 en Rev. J.A. del 7.4.93, pág. 60; C.Apel. Bell Ville, sentencia n° 15 del 9.6.89 en ‘Piazza c. Moroni’. Lo mismo que Mazeaud-Tunc, Jossierand, Ripert, Tessineo, Arrosa, etc., en la doctrina extranjera.

Por razones de equidad, algunos Tribunales han atenuado el monto indemnizatorio en casos de culpa del conductor del vehículo”.

Así en aquella oportunidad adherí a la tesis de que mediante transporte benévolo, la responsabilidad emergente por los daños que se pudieran ocasionar al transportado es de naturaleza extracontractual y debe limitarse a ser juzgada en los términos del art. 1109 del código civil, que supone necesariamente la existencia del daño, el análisis de la relación causal, la valoración subjetiva de la conducta (culpa o negligencia) y la aplicación de la sanción resarcitoria y no en función a los riesgos o vicios de la cosa (art. 1.113, *ibíd.*) por la circunstancia de ser el propietario o guardián.

Es que la acción solidaria y el altruismo en sí mismos, no pueden de ningún modo –no mediando culpa– aparecer como fuente generadora de responsabilidad en favor de quien están dirigidos, porque ello atenta no sólo en contra de todo principio ético y moral, en los que debe basarse la legislación, sino que también se encuentra reñido con el valor justicia, del que da cuenta la Constitución Nacional y los principios generales del derecho en cuanto debe tutelarse la buena fe y reprimirse la mala fe, y fundamentalmente, que hay que favorecer más a quien trata de evitar un daño a aquel que trata de obtener una ventaja y una in-

terpretación contraria a esos principios y valores, sería atentar en contra del sistema y no es eso lo que el legislador ha tenido en miras al establecer la responsabilidad fundada en el riesgo o vicio de la cosa. “Los fundamentos de la responsabilidad por el riesgo creado son plurales: La justicia y la equidad, desde un ángulo mediato; el interés activo desde uno inmediato. Este último puede explicitarse así: quien desenvuelva en su propio interés una actividad peligrosa, debe sufrir las consecuencias previsibles provenientes de ella” (Jorge Mosset Iturraspe, citado por “Garriido y Andorno, El artículo 1113 del Código Civil”, pág. 308). Descartados los primeros, tampoco se da el segundo supuesto, cuando en forma desinteresada, lo único que se pretende satisfacer en el transporte benévolo, es el interés propio de la víctima. No se trata del transeúnte al que lo golpea la cornisa que se desprende por encontrarse en mal estado, o el individuo que por el estallido de un neumático o la rotura de la barra de la dirección es atropellado por un vehículo que circula.

Es por ello que parece justo –tal como lo sostiene Borda– de que “quien presta un servicio gratuito, quien lleva a cabo un acto generoso, debe ser juzgado con mayor lenidad que el que se sirve o aprovecha económicamente de la cosa. Por esa razón considero que “el art. 1113 ha sido pensado para proteger a terceros extraños, contra los riesgos ocasionados por las cosas ya que es lógico poner a cargo de quien la aprovecha económicamente, la reparación de esos daños, siendo muy distinto el caso del que ha prestado un servicio gratuito a quien después resultó dañado como consecuencia de un infortunio. En este supuesto la víctima solo tendrá derecho a la reparación de los daños si prueba que hubo culpa del que prestó el servicio” (art. cit. Tratado... Obligaciones, II, pág. 336, n° 1482). Continúa el distinguido tratadista preguntándose “¿Es justo considerar la responsabilidad del transportador benévolo con el mismo rigor con el que se aprecia la del automovilista que embiste y lesiona a un peatón?”. Y contesta: “La doctrina universal está de acuerdo en reconocer que merece un tratamiento peculiar. Es necesario que la doctrina y la Jurisprudencia contemplen con simpatía la situación de quien ha sido autor de un servicio altruista ya que es preciso no descorazonar a quien procede con generosidad y buena voluntad hacia el prójimo”. Y a la argumentación que: “como el art. 1113, C.C., no hace ninguna distinción es de aplicación el adagio ubi lex non distinguit...”, responde igualmente Borda que no puede compararse el razonamiento porque, el intérprete debe distinguir cada vez que sea lógico, razonable y justo hacerlo. Hoy existe acuerdo de que el intérprete puede apartarse de una regla general, cuando resulta evidente que una determinada consecuencia no fue prevista al establecerla (con cita de Ennecerus-Kipp-Wolff y Castán Tobeñas) y resulta evidente que el supuesto del servicio gratuito, no fue previsto por el legislador al dictar el art. 1113 (ob. y aut. cit., pág. 387). De la misma manera, Acuña Anzorena sostiene que “la presunción de responsabilidad no juega ya, porque la víctima, participando del uso de la cosa, se ha asociado en cierta manera al guardián, corriendo en común los riesgos que le son propios” (“Estudios sobre la Responsabilidad Civil”, pág. 353, en sentido concordante Peirano Facio, “Responsabilidad Extracontractual”, n° 319, Mazeaud, t. 2, n° 1274 y sig., citados por Borda en ob. cit., pág. 388, nota 2471). A lo expuesto cabe añadir que no existiendo contrato de transporte, si el pasajero invitado sufre un daño ocasionado durante el viaje, no puede pretender un resarcimiento fundado en la obligación objetiva de seguridad que existe tácitamente en aquel contrato (art. 184 del C. de Comercio). Quien ha sufrido el daño como consecuencia de una mala maniobra del conductor, no se hallaba fuera del vehículo, sino que era desplazado dentro de éste, no puede invocar el vicio o riesgo de la cosa, pues este factor solamente funciona en relación a las personas o cosas externas que resulten dañadas por el hecho autónomo de aquella (confr. Bustamante Alsina, Jorge, “En el transporte benévolo no se puede invocar como factor de responsabilidad el riesgo o vicio de la cosa”, LL, T° 1991-D-106). Remarco que en ciertos y determinados casos, existe un pacto tácito y válido de exención, como lo es en el viaje de complacencia o transporte benévolo ya que el transportado participa voluntariamente del uso de la cosa valiéndose de ella, configurándose así lo que en el Derecho alemán se denomina la “autoexposición al peligro” (confr. Werner Goldschmit, Problemas de la responsabilidad creada por el Riesgo, reg. en E.D. 72-334). En este sentido, la Cámara Nacional Especial Civil y Comercial,

Sala I, ha sostenido que “...el beneficiario del transporte benévolo no puede ser calificado como extraño al riesgo que con respecto a sí mismo contribuyó a originar; no pudiendo pretender la reparación de un daño que ha contribuido a causar” (Citado por Hernán Daray en “Accidentes de tránsito”, T. 1, pág. 169).

Desde otra óptica, Alfredo Orgaz contribuye con esta solución, sosteniendo –cuando se refiere al caso fortuito– que el efecto propio es desde luego, la liberación del responsable de su obligación de indemnizar (arts. 513 y 1128). Pero el papel que desempeña, el hecho imprevisible e inevitable puede ser diferente, según el fundamento que tenga en el caso la responsabilidad: así en el transporte benévolo (art. 1109), la explosión de un neumático, la rotura de la barra de dirección, etc., en un automóvil en buen estado, excluye la responsabilidad del dueño o guardián, no así en el transporte oneroso, en que mediaba una presunción de culpa (arts. 1113 y 1133) - (Aut. Cit. “La Culpa” [Actos ilícitos], págs. 264/5, Marcos Lerner Editora, ed. 1981). También en abono de la conclusión, el mencionado autor en la obra citada expresa, “La responsabilidad que puede derivar de este transporte es por tanto, extracontractual, y a diferencia de lo que ocurre en el transporte oneroso, la víctima debe probar la culpa del dueño o guardián del vehículo, so pena de no obtener indemnización. No hay aquí culpa presumida ni mera responsabilidad ex lege” (...) “con el principio del riesgo –incorporado por la reforma de nuestro art. 1113– podría fundarse la solución señalando que, en el transporte benévolo, es el transportado, y no el transportador, el que obtiene el beneficio correspondiente. La doctrina del riesgo beneficio vincula la responsabilidad al beneficio, de modo que faltando éste, no puede darse aquella...” y concluye: “En caso de accidente, por tanto, el pasajero benévolo no tiene otra acción que la común para todo el que recibe un daño ilícito y en razón de una culpa probada del responsable art. 1109” (ob. y aut. cit., págs. 248/251).

En definitiva, estimo que la responsabilidad del transporte benévolo es de naturaleza subjetiva con fundamento en el art. 1109 del C.C., por lo que el damnificado debe probar la actuación culposa del transportador en la producción del accidente.

III. Debo destacar que en dicho decisorio, no obstante no coincidir con la interpretación de derecho postulada por el Máximo Tribunal provincial en los autos “Aguilera...”, por razones de economía procesal y por la obligatoriedad moral que revisten sus pronunciamientos, acaté la doctrina legal emergente de dicho fallo.

Ahora bien, debiendo emitir opinión en el *sub examine* sobre esta precisa cuestión de derecho planteada con motivo de la hipótesis impugnativa del inc. 4º, art. cit., debo señalar que continuo persuadido de las razones que inspiraron la adopción de la doctrina antes desarrollada, la que ratifico mediante el presente acto sentencial, por estimar que la misma se presenta como la solución más justa y adecuada para definir el precepto legal que capta el supuesto de los perjuicios padecidos en el curso de un transporte benévolo.

IV. Tampoco desconozco la postura adoptada por la C.S.J.N. en autos “Recurso de hecho deducido por Gustavo Alberto Frats en la causa ‘Melnik de Quintana Mirna Elena y otro c/ Carafí, Juan Manuel y otros’” de fecha 23 de octubre de 2001 (RCYS 2002-763), en el que rechazó expresamente la tesis de la asunción de riesgos, señalando claramente que: “...el razonamiento que excluye el factor de atribución basado en el ‘riesgo de la cosa’ con respecto al transportado, resulta censurable en el estricto plano de la responsabilidad objetiva porque constituye una clasificación del riesgo no contemplada en el art. 1113 del Código Civil que desvirtúa y torna inoperante dicho texto legal (Fallos: 317:1139). De ahí que el fallo recurrido no constituye una derivación razonada del derecho vigente en cuanto concluye en el rechazo de la demanda incoada contra la propietaria del vehículo debido a la falta de invocación de su posible negligencia, lo cual justifica la descalificación del pronunciamiento en este punto sobre la base de la doctrina de la arbitrariedad”.

Ahora bien, ante todo, considero oportuno también señalar que nuestro sistema constitucional no tiene impuesto legalmente un mecanismo jurisprudencial vinculante de las decisiones de la Corte Federal.

Y si bien es cierto que este Alto Cuerpo ha adoptado la doctrina sentada por el máximo Tribunal de la Nación en distintas cuestiones, no es menos real que lo concerniente a la interpretación que cabe acordar a las normas de derecho civil, no involucra –en principio– materia federal y alude a cuestiones de hecho y derecho común, resultando por ende ajena a la competencia de la Corte, salvo arbitrariedad.

Por lo demás, aun cuando destacada doctrina –que comparto– enseña que los fallos de la Corte nacional revisten un cierto valor jurídico y moral vinculante, tales especialistas también han postulado que ese sometimiento jurisprudencial resulta desplazable frente a un apartamiento fundado que tenga en cuenta cuestiones fácticas jurídicas no ponderadas por el Tribunal federal, o que desarrolle argumentos no tenidos en miras al fijarse la doctrina sentencial.

Es más, la propia Corte ha aceptado que un fallo no es arbitrario si proporciona nuevas razones que difieran de los argumentos anteriormente descalificados.

Dicho de otro modo, los precedentes de la Corte se proyectan a los demás tribunales del país (nacionales o locales), excepto en los casos en los cuales aparezcan motivos que justifiquen apartarse de la directriz jurisprudencial del supremo tribunal.

En virtud de tales postulados y resultando que la aplicación de la normativa que estimo debe regir el caso ha sido edificada también en base a los principios de la solidaridad, el altruismo, principios de la ética, la moral y el valor justicia y que los mismos no han sido valorados por el máximo Tribunal federal a la hora de fijar su postura sobre la materia, ello importa un motivo de peso que justifica el apartamiento a la posición fijada por este último.

V. En consideración a ello y resultando que la postura sostenida por la mayoría del Tribunal a quo en el decisorio impugnado se ajusta a la propugnada en el presente voto, me pronuncio por el rechazo del recurso.

Voto por la negativa a la primera cuestión planteada.

A la primera cuestión planteada el señor vocal Doctor *Armando Segundo Andruet* (h.), dijo:

I. El voto del Dr. Sesin contiene una síntesis de los agravios casatorios que satisface con plenitud las exigencias formales requeridas por la ley de rito, por lo que a ella me remito, a fin de no incurrir en estériles reiteraciones.

II. En orden a la estricta cuestión de derecho sometida a juzgamiento, debo señalar liminarmente que no participo de la doctrina legal sentada en el fallo sindicado como contradictorio.

Como Vocal integrante de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Quinta Nominación de esta ciudad plasmé mi postura sobre el tópic materia de debate, la que ratifico mediante el presente acto sentencial, expresando que el transporte benévolo sólo genera responsabilidad cuando se demuestra la conducta culpable del conductor, con arreglo al art. 1109 del Código Civil con especial consideración a las circunstancias especiales de cada caso, según lo dispone el art. 512 del C.C. (cfr. Sentencias N° 24 del 24 de abril de 1995, N° 25 del 7 de abril de 1997 entre otras).

En aval de dicha postura expuse: “...esta clase de conducciones ha motivado corrientes doctrinales y jurisprudenciales diversas. Unos entienden que se trata de un contrato de transporte, otros de un contrato innominado; otros que la responsabilidad debe buscarse en el terreno delictual del derecho común”.

EDICTOS

CITACIONES

Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Civil N° 18, de la Capital Federal, cita a **AARON DANOWICZ** a estar a derecho dentro de cinco días a efectos de tomar intervención en los autos: **BARMASCH DE HERSZBAUM EMILIA NATALIA c. PROPIETARIO INMUEBLE SUNCHALES 628/630 s/prescripción adquisitiva**, bajo apercibimiento de designarse Defensor Oficial para que lo represente. Publíquese por dos días. En Buenos Aires, abril 4 de 2012. **Alejandra Salles**, sec.

I. 10-5-12. V. 11-5-12 31766

CIUDADANÍA

El Juz. Fed. Civ. y Com. N° 1, Sec. N° 1 de la Cap. Fed. hace saber que **JULIAN CHIRINOS FERNANDEZ** de nacionalidad boliviano, DNI 94.058.204 ha solicitado la concesión de la Ciudadanía Argentina. Se deja constancia que deberán publicarse por dos días en el diario El Derecho. Buenos Aires, 5 de septiembre de 2011. **Ana Laura Bruno**, sec.

I. 10-5-12. V. 11-5-12 31767

SUCESIONES

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 11, Secretaría Única, cita y emplaza por treinta (30) días a herederos y acreedores de **JUANA MIRIAM ORDÓÑEZ SARAVIA**. Publíquese por tres días en el diario El Derecho. Buenos Aires, abril 26 de 2012. **Javier A. Santiso**, sec.

I. 9-5-12. V. 11-5-12 31762

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 29 a cargo de la Dra. **Marialma Gabriela Berrino**, Secretaría Única, sito en Talcahuano 490 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cita y emplaza por treinta días a herederos y acreedores de **ROBERTO ANTONIO SICONOLFI** y **MARIA LUISA MARENCO**, a fin que comparezcan a hacer valer sus derechos. Publíquese por tres días en El Derecho. Buenos Aires, 3 de mayo de 2012. **Claudia Alicia Redondo**, sec. int.

RIA LUISA MARENCO, a fin que comparezcan a hacer valer sus derechos. Publíquese por tres días en El Derecho. Buenos Aires, 3 de mayo de 2012. **Claudia Alicia Redondo**, sec. int.

I. 10-5-12. V. 14-5-12 31768

El Juzgado de Primera Instancia en lo Civil N° 46, Secretaría Única de la Capital Federal, cita y emplaza por el término de 30 días a herederos y acreedores de **SEBASTIAO DANIEL**. Publíquese por 3 días en El Derecho. Buenos Aires, 25 de abril de 2012. **Damián Esteban Ventura**, sec.

I. 9-5-12. V. 11-5-12 31751

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 96, secretaria única, cita y emplaza por treinta días a herederos y acreedores de **HECTOR HORACIO CALIVAR** a fin de hacer valer sus derechos. Publíquese por tres días. Buenos Aires, 13 de abril de 2012. **Maria Constanza Caeiro**, sec. int.

I. 9-5-12. V. 11-5-12 31752

El Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Civil N° 105, cita y emplaza a herederos y acreedores de don **JOSÉ TROMBINO** por el plazo de treinta días, a fin de que hagan valer sus derechos. El presente edicto deberá publicarse por tres días en el diario El Derecho. Buenos Aires, abril 20 de 2012. **Santiago Strassera**, sec.

I. 9-5-12. V. 11-5-12 31753

El Juzgado Nacional en lo Civil N° 71 cita y emplaza por el plazo de treinta días a herederos y acreedores de **DELIA SARA LANDOLFI** a presentarse en autos a fin de hacer valer sus derechos. Publíquese por tres días. Buenos Aires, 17 de 2012. **Inés M. Leyba Pardo Argerich**, sec. int.

I. 9-5-12. V. 11-5-12 31763

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 55, Secretaría Única a mi cargo, cita y emplaza por treinta días a herederos y acreedores de “**ROMELIA SALDANA ANAYA**”. El presente deberá publicarse por tres días en El Derecho. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 25 de abril de 2011. **Olga María Schelotto**, sec.

I. 9-5-12. V. 11-5-12 31756

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 55, Secretaría Única a mi cargo, cita y emplaza por treinta días a herederos y acreedores de “**TEOFILO ALEJOS Y ALCANTARA**”. El presente deberá publicarse por tres días en El Derecho. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 25 de abril de 2011. **Olga María Schelotto**, sec.

I. 9-5-12. V. 11-5-12 31757

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 79, Secretaría Única, cita y emplaza por treinta días a herederos y acreedores de **RAQUEL IRMA GARRIDO**, a estar a derecho conforme con el Art. 699 del Código Procesal en lo Civil y Comercial. Publíquese por tres días en El Derecho. Buenos Aires, 27 de abril de 2012. **Roque E. Burgos**, sec. int.

I. 10-5-12. V. 14-5-12 3717

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 15, Secretaría Única, cita y emplaza por treinta días a herederos y acreedores de **MARIO RODOLFO PANZA**. El presente deberá publicarse por tres días en El Derecho. Buenos Aires, 29 de abril de 2010. **Adrián P. Ricordi**, sec. int.

I. 10-5-12. V. 14-5-12 31764

El Juzgado Nacional en lo Civil N° 71 cita y emplaza por el plazo de treinta días a herederos y acreedores de **JAIIME COHEN** a presentarse en autos a fin de hacer valer sus derechos. Publíquese por tres días. Buenos Aires, octubre 4 de 2011. **Inés M. Leyba Pardo Argerich**, sec. int.

I. 10-5-12. V. 14-5-12 31765

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 74, sito en Avda. de los Inmigrantes 1950, PB, cita y emplaza por treinta días a herederos y acreedores de **ELIZABETH ELENA FIGUEIRAS**. Publíquese por tres días. Este edicto se publicará en El Derecho. Buenos Aires, 27 de abril de 2012. OS. **Graciela Susana Rosetti**, sec.

I. 10-5-12. V. 14-5-12 31770

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 18, Secretaría Única, sito en Avda. de los Inmigrantes 1950, Piso 5º de esta ciudad, cita y emplaza por treinta días a herederos y acreedores de **DOLores ESPINEIRA**. Publíquese por tres días en el diario El Derecho. Buenos Aires, 11 de abril de 2012. **Alejandra Salles**, sec.

I. 9-5-12. V. 11-5-12 31758

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 54, cita y emplaza a herederos y acreedores de **ENRIQUE ALBERTO BUENO** por el término de treinta días. Publíquese por tres días en El Derecho. Buenos Aires, 2 de mayo de 2012. **Ma. de las Mercedes Domínguez**, sec. int.

I. 10-5-12. V. 14-5-12 31772

Juzgado Nacional en lo Civil N° 52, Secretaría Única, cita y emplaza por el término de treinta días a herederos y acreedores de **ABDUL UAHAB ELJASSA**. Publíquese por tres días en el diario El Derecho. Buenos Aires, abril 26 de 2012. **Silvia N. De Pinto**, sec.

I. 10-5-12. V. 14-5-12 31775

El Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Civil N° 16, cita y emplaza por treinta días a herederos y acreedores de **ANA MARIA CRISTINA MOLTEDO** a fin que comparezcan a hacer valer sus derechos. Publíquese por tres días. Buenos Aires, 3 de mayo de 2012. **Adrián E. Marturet**, sec.

I. 10-5-12. V. 14-5-12 31773

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 20, Secretaría Única, cita y emplaza por treinta días a herederos y acreedores de **Doña ROSA ADELA LEROSE** y **Don ROMULO BARCIA** en los autos caratulados “**LEROSE, ROSA ADELA y BARCIA, ROMULO s/sucesión ab-intestato**” Expte. N° 40378/2011. Publíquese por 3 días. Buenos Aires, 2 de mayo de 2012. **Juan Carlos Pasini**, sec.

I. 9-5-12. V. 11-5-12 31759

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 33 cita y emplaza por treinta días a herederos y acreedores de **DOLCE YOLANDA ERNESTA** a efectos de hacer valer derechos en autos “**DOLCE YOLANDA ERNESTA s/sucesión ab-intestato**”, Expediente n° 12690/12. El presente deberá publicarse por tres días en el diario El Derecho. Buenos Aires, 26 de abril de 2012. **Clementina M. del V. Montoya**, sec.

I. 10-5-12. V. 14-5-12 31771

El Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Civil N° 90, Secretaría Única, cita y emplaza por treinta días a herederos y acreedores de **SALVADOR FELIPE ALBERGHINA** y de **NELIDA ANTONIA SAPIENZA**, a efectos de que hagan valer sus derechos. El presente edicto deberá publicarse por tres días en el diario El Derecho. Buenos Aires, 20 de marzo de 2012. **Gustavo Alberto Alegre**, sec.

I. 11-5-12. V. 15-5-12 31783

El Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Civil N° 105, cita y emplaza a herederos y acreedores de **doña ROSARIO FELISA VAQUEIRO SANUCCI** por el plazo de treinta días, a fin de que hagan valer sus derechos. El presente edicto deberá publicarse por tres días en el diario El Derecho. Buenos Aires, abril 20 de 2012. **Santiago Strassera**, sec.

I. 11-5-12. V. 15-5-12 31779

El Juzgado Nacional en lo Civil N° 20, Secretaría Única cita y emplaza por 30 días a herederos y acreedores de **doña ROSA ADELA LEROSE** y **don ROMULO BARCIA**. Publíquese por 3 días (tres días) en el diario El Derecho. Buenos Aires, a los 25 días del mes de abril de 2012. **Juan Carlos Pasini**, sec.

I. 11-5-12. V. 15-5-12 31780

El Juzgado de Primera Instancia en lo Civil N° 91, Secretaría Única de la Capital Federal, cita y emplaza por el término de 30 días a herederos y acreedores de **ALDO STRINA - L.E. 4.338.731**. Publíquese por 3 días en El Derecho. Buenos Aires, 19 de abril de 2012. **María Eugenia Nelli**, sec.

I. 11-5-12. V. 15-5-12 31781

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil número 39 cita y emplaza por 30 días a herederos y acreedores de **ANTONIO CASSIERE** a fin de hacer valer sus derechos. Publíquese por tres días en El Derecho. Buenos Aires, abril 16 de 2012. **María Victoria Pereira**, sec.

I. 11-5-12. V. 15-5-12 31782

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 80, Secretaría Única, cita y emplaza por treinta días a herederos y acreedores de **ROBERTO JUAN MARCOS GUERRA** a efectos de que comparezcan a estar a derecho. Publíquese por tres días. Buenos Aires, abril 23 de 2012. **Santiago Pedro Iribarne**, sec.

I. 9-5-12. V. 11-5-12 31760

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 104, sito en la calle Talcahuano 490, 1º piso, de esta ciudad, cita y emplaza por 30 días a herederos y acreedores de **MIGUEL ANGEL NARDELLA**. Publíquese por tres días en el diario El Derecho. Buenos Aires, 16 de abril de 2012. **AR. Hernán Lorenzo Coda**, sec.

I. 10-5-12. V. 14-5-12 31769



EL DERECHO

Diario de Doctrina y Jurisprudencia

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

UNIVERSITAS S.R.L.
Tucumán 1436/38 (C1050AAD) Ciudad de Bs. As.

REDACCIÓN, ADMINISTRACIÓN Y VENTAS:
TEL. / FAX: (011) 4371-2004 (líneas rotativas)
E-MAIL: elderecho@el-derecho.com.ar • www.elderecho.com.ar

“Sin entrar a examinar las diversas soluciones que se propugnan dentro del terreno contractual, rechazo la tesis contractualista, ya que para que exista contrato tiene que haber concurrencia de voluntades, intención de obligarse y no una mera situación potestativa, que como tal queda fuera del dominio jurídico, pues el conductor o dueño complaciente no entiende contraer vínculo jurídico alguno, sino prestar un servicio gracioso, dispensar una atención, una deferencia, realizar un acto de cortesía. Se trata de una ‘relación humana’, no de una relación jurídica. En esta modalidad de transporte, si bien existe un acuerdo para realizar el viaje, el mismo no se halla dentro de los términos del art. 1137 del Código Civil, pues tanto, la persona que conduce el vehículo, sea propietario o conductor, como la persona que accede a ser transportada, no entienden reglar sus derechos por el precepto mencionado (Acuña Anzorena, en L.L., t. 15, p. 209; Enrique V. Galli, id., sec. doc., p. 12, Nº 7; Hernoch D. Aguiar, ‘Hechos y actos jurídicos. Actos ilícitos’, t. 2, p. 231, 6.7; Orgaz, ‘Responsabilidad por el hecho de las cosas inanimadas’, p. 51)”.

“Ahora bien, aunque en la doctrina cada vez más uniforme se acepta la teoría de la responsabilidad delictual, el problema aparece con todas sus dificultades cuando se trata de establecer qué normas de la responsabilidad se aplican. Por un lado nos encontramos con una corriente doctrinaria que acepta la responsabilidad de pleno derecho, es decir, que aplica al transportista la presunción de culpa tal como lo señalan los arts. 1109 y 1113 del Código Civil. Otros autores admiten tal presunción de culpa con la consiguiente inversión de la prueba, sólo en el caso de que la víctima no haya participado a título gratuito en el uso de la cosa que causó el daño. Y una tercera solución es la que tiende a atenuar, en la medida de lo posible, la responsabilidad del que realiza un transporte gratuito, respondiendo –el transportista– sólo en caso de culpa grave. Los sostenedores de esta última tesis hacen resaltar: 1) La gratuidad del servicio que impulsa a considerar con menor severidad la responsabilidad de quien realiza un servicio gratuito; 2) la inmoralidad de la mayor parte de las demandas contra el conductor benévolo; 3) la aceptación parcial de riesgos por parte del viajero benévolo cuando se dice que la víctima ha consentido en correr los eventos que rodean al viaje. Según Brito Peret ‘en lo que hace a nuestro derecho, tal interpretación debe abandonarse, pues el Código Civil fija en su art. 512 un concepto único de culpa cuando alude a la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación. El Juez, al analizar el caso, habrá de determinar si fueron o no cumplidas las diligencias que exigía tal obligación’ (LL, t. III, p. 687)”.

“Respecto de los que aceptan la responsabilidad de pleno derecho, Acuña Anzorena nos dice que ‘...la inaplicabilidad de los principios que reglan la responsabilidad por el hecho de las cosas inanimadas al caso del transporte desinteresado se impone, a juicio nuestro, en razón de que no consulta los motivos determinantes de su establecimiento. En efecto, como se sostiene en doctrina, la regla de la presunción de culpa en los supuestos de daño producido por el hecho de las cosas, ha sido establecido para proteger a las personas que son víctimas de ellas en razón de los peligros que comportan. De aquí que si las personas que sufren un daño se servían de las cosas al tiempo del accidente, la presunción de responsabilidad no juega ya porque la víctima, participando de su uso, se ha asociado, en cierta manera, al guardador, corriendo en común los peligros que le son propios’ (LL, 15, p. 214)”.

“Este autor se enrola en las filas de los que sostienen que sólo es admisible aplicar en el transporte gratuito la responsabilidad que deriva del derecho común y cuya regla general la consagra el art. 1109 de nuestro Código Civil. Consecuentemente, la víctima para obtener la reparación del perjuicio sufrido, debe probar que el accidente en el transporte tuvo lugar por culpa o negligencia del transportador. No siendo contratante, ni considerándose el daño producido por el hecho de las cosas, no hay causa para presumir su culpa, la que en todos los casos debe justificarse por quien se dice víctima del acto ilícito”.

“El examen de las diversas soluciones que proporcionan la doctrina y la jurisprudencia, nos revela que se procura no aplicar al transportista benévolo las disposiciones comunes y si aminorar su responsabilidad. En general, repugna a los autores que sobre el transportador gratuito se haga recaer una responsabilidad absoluta, ilimitada y bajo el impulso de un profundo sentimiento de justicia, se ha buscado los medios para dosificarla en obsequio de la persona que si daña, ese daño se realizó mientras cumplía un acto de pura benevolencia, de generosidad. Para ciertos autores, la causa decisiva para moderar la responsabilidad estaría en la aceptación de los riesgos de la víctima; a juicio de otros, en la gratuidad del servicio”.

“Para los primeros, la adhesión a los riesgos se refiere a los riesgos normales solamente, a los que son propios de la circulación en automotores, y no a los que pueden derivar de la conducta culposa de su conductor. No obstante, la objeción fundamental hecha a esta idea ha sido la de contrariar el orden público. La aceptación de riesgos, por los efectos que produce, equivaldría a una cláusula tácita de irresponsabilidad, y esta cláusula, fuera de los contratos, no tiene validez, porque siendo de orden público lo relativo a la responsabilidad delictual, a nadie está permitido exonerarse por anticipado de las consecuencias de sus faltas probables o presumidas. Pero fuera de esta consideración estrictamente legal, razones de orden práctico aconsejan igualmente el rechazo de esta tesis. Si la mera aceptación de riesgo bastara para excusar en todo o en parte la responsabilidad del autor de un acto ilícito, se llegaría hasta presumir la responsabilidad (Acuña Anzorena, trabajo, cit.). Se ha dicho que ‘la vida moderna está hecha toda entera de la aceptación de riesgos. El peatón que atraviesa la calzada, el viajero que sube a un tren, aceptan los riesgos de accidentes tanto como la persona que toma lugar en un automóvil puesto graciosamente a su disposición. Todo en la actividad humana implica una aceptación de riesgos. Tener en cuenta esta circunstancia para exonerar a los autores de daños importaría en el hecho suprimir la responsabilidad’ (Henri et Leon Mazeaud, ‘De la responsabilité civile, delictuelle et contractuelle’, 2ª ed., t. II, nº 1285)”.

“Desechada la idea de la aceptación de los riesgos como causa liberatoria o atenuante de la responsabilidad, algunos autores encuentran fundamento para una limitación de ella en la gratuidad del servicio rendido al transportado. Así como en el campo de las obligaciones convencionales, la lesión al derecho del acreedor no acarrea para el deudor consecuencias inmoderadas, por consistir su deuda en la prestación de un servicio gratuito (p. ej. mandatario no retribuido, art. 1904; depositario, art. 2202; gestor de negocio, art. 2291; heredero beneficiario, art. 3384), no existe ninguna razón para que en punto a actos ilícitos no se atempere la responsabilidad de su autor si el daño se produce mientras se cumple un acto de favor de la víctima y absolutamente desinteresado. Lo que en un caso es consecuencia de un sentimiento moral y de justicia, en otro no puede considerarse obra de lo arbitrario y antojadizo. El derecho, en su conjunto, debe inspirarse en concepciones éticas, y si a ellas responde el que quien hace un servicio gratuito debe estar menos obligado de sus consecuencias que el que lo proporciona a título oneroso, su significado debe ser amplio y comprender tanto a los contratantes como a los obligados extracontractualmente, y verse en ello un regla legal de alcance general, antes que a una voluntad presumida de las partes. Aplicando este concepto al transporte benévolo, es de justicia que la responsabilidad del transportador, en caso de accidente, se juzgue con menos severidad que la puesta ordinariamente para apreciar la conducta en general del autor de un acto ilícito, por cuanto, si así no se hiciera, el altruismo elementario llegará a ser un acto raro y meritorio de parte de aquellos que se arriesgan a cumplirlo. De más está decir que la gratuidad del servicio no supone liberación absoluta del transportador; su efecto es sólo moderar su responsabilidad, apreciando adecuadamente los hechos constitutivos de culpa o imprudencia de acuerdo a las circunstancias concurrentes en cada caso” (Acuña Anzorena, trabajo citado).

COLUMNA LEGISLATIVA

Legislación Nacional

Resolución 203 de abril 26 de 2012 (SENASA) - **Recursos Naturales.** Sanidad Vegetal. Programa de Sanidad de Material de Propagación, Micropropagación y/o Multiplicación Vegetal. Componentes. Ámbito de aplicación. Autoridad de aplicación. Vigencia. Aprobación (B.O. 3/5/12).

Próximamente en nuestros boletines EDLA.

III. No desconozco la posición asumida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en relación a la responsabilidad derivada del transporte benévolo.

No obstante ello y si bien no puede dudarse de la importancia que revisten los fallos de la Corte Suprema, lo cierto es que la doctrina que emana de los mismos no es obligatoria para los tribunales inferiores, pues ello no está previsto legalmente.

Los jueces tienen entonces la facultad de apreciar con criterio propio las resoluciones del Máximo Tribunal y pueden apartarse de ella cuando median motivos valederos para hacerlo, siempre que tal apartamiento sea debidamente fundado en razones novedosas y variadas (Fallos: 262:101; 302:748; 304:898; 312:2007).

Y en el caso, el apartamiento está expresamente fundado en razones no examinadas por el Máximo Tribunal, lo que a criterio del suscripto justifica y torna fundada la posición que se adopta.

IV. En función de tales reflexiones y considerando que la tesitura expuesta por los Sres. Vocales de la mayoría en la resolución recurrida, se ajusta a la interpretación de la ley que estimo correcta, me pronuncio por el rechazo del recurso de casación.

Voto por la negativa a la primera cuestión planteada.

A la segunda cuestión planteada el señor vocal doctor Domingo Juan Sesin, dijo:

Sin perjuicio de la respuesta dada a la primera cuestión y dejando a salvo mi criterio, obligado por la mayoría (art. 382, in fine del C.P.C.C.), estimo corresponde rechazar el recurso de casación.

Costas en esta Sede por su orden, atento la existencia de jurisprudencia contradictoria.

No regular honorarios a los letrados intervinientes en esta oportunidad (art. 26, ley 9459).

Así voto.

A la segunda cuestión planteada el señor vocal doctor Carlos Francisco García Allocco, dijo:

Conforme la respuesta dada a la primera cuestión, estimo corresponde rechazar el recurso de casación, sin costas atento la existencia de jurisprudencia contradictoria.

No regular honorarios (art. 26, ley 9459).

Así voto.

A la segunda cuestión planteada el señor vocal Doctor Armando Segundo Andruet (h.), dijo:

A mérito de la respuesta dada al primer interrogante, me pronuncio por el rechazo del recurso de casación.

Costas en esta Sede por su orden atento la existencia de jurisprudencia contradictoria.

No regular honorarios a los letrados intervinientes en esta oportunidad (art. 26, Ley 9459).

Así me expido.

Por el resultado de los votos emitidos, previo acuerdo, el Tribunal Superior de Justicia, por intermedio de su Sala en lo Civil y Comercial, por Mayoría,

Resuelve:

I. Rechazar el recurso de casación por el motivo del inc. 4º del art. 383 del C.P.C.

II. Costas en sede casatoria por su orden, atento la existencia de jurisprudencia contradictoria.

III. No regular honorarios en esta oportunidad a los letrados intervinientes (art. 26, Ley 9459).

Protocolícese e incorpórese copia. – Domingo J. Sesin. – Carlos F. García Allocco. – Armando S. Andruet (h.).