



REGISTRO Nro. 333-S FOLIO Nro. 1181/5

249-H 322/6

Expediente nº 153.410 – Juzgado nº4

// En la ciudad de Mar del Plata a los 19 días del mes de Diciembre del año dos mil trece, reunida la Excelentísima Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Segunda, en acuerdo ordinario a los efectos de dictar sentencia en los autos: **“GRECO, Cayetano Héctor c. PEREZ, José Daniel y Otros. s. DAÑOS Y PERJUICIOS”**. Habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los artículos 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial, resultó del mismo que la votación debía ser en el siguiente orden: Dres. Roberto J. Loustaunau y Ricardo D. Monterisi.

El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES

- 1) ¿Es justa la sentencia apelada?
- 2) ¿Que pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión el Sr. Juez Dr. Roberto J. Loustaunau dijo:

I: En la sentencia que obra a fs.572/76, el Sr. Juez de primera instancia, rechazó la demanda entablada por Cayetano Héctor Greco contra José Daniel Pérez y la compañía de seguros “La Mercantil Andina S.A.”, por indemnización de daños y perjuicios.

Sintéticamente, el actor alegó haber contratado con la demandada – a través de su productor José Daniel Pérez - un seguro



que incluía la protección para el caso de que un accidente ocasionara la destrucción total de su automotor BMW 318 IS, cuyo dominio es SNW 077.

Tal cobertura fue desconocida por la aseguradora en oportunidad del siniestro, y el Sentenciante de primera instancia, consideró que no hubo suficiente prueba en el expediente de que la propuesta incluyera la protección de ese eventual siniestro, el que ocurrió cuatro días después de haber recibido la póliza que expresamente excluía del seguro al riesgo señalado.

Por estas razones rechazó la pretensión, con costas al actor, y reguló honorarios a los profesionales que intervinieron a lo largo del proceso.

Apeló el actor a fs. 579 y el recurso le fue concedido libremente a fs.580.

El perito Ingeniero Mecánico apeló sus honorarios por bajos a fs. 591, recurso este que fue concedido en relación a fs.592, por lo que no habiendo presentado el memorial de agravios, el mismo fue declarado desierto a fs.604.

II: A fs.626/38 expresó agravios el apelante, los que fueron respondidos a fs.644 y 648.

A fs. 653 se dispuso dar vista al Sr. Agente Fiscal, quien se pronunció –aunque genéricamente y sin emitir opinión sobre la procedencia de la acción o la aplicación de las normas de la ley 24.240 al caso- a fs. 654/56.

Los agravios del apelante han sido dirigidos a criticar el análisis de la prueba hecha por el sentenciador respecto al alcance del seguro contratado.



En tal sentido, enumera y valora las pruebas rendidas en autos, haciendo hincapié en las declaraciones de los testigos Santos y Agliano, quienes expresamente declaran haberle pedido al productor José Daniel Pérez un seguro que incluyera el riesgo de destrucción total del automotor por accidente.

Destaca que el seguro es un contrato de buena fe y de consumo, y que el productor erró en el llenado de la propuesta al excluir la cobertura reclamada. Advierte que Pérez también omitió hacer firmar la propuesta al actor, y que el análisis conjunto de la prueba debe llevar a revocar la sentencia y hacer lugar a la demanda.

En su respuesta, el apoderado del productor demandado manifiesta que: **a)** el monto pagado por el actor como prima era un 50% inferior a la que pagaba Agliano, razón por la cual era evidente que la cobertura no tenía el mismo alcance; **b)** que la aplicación del art.12 de la ley de seguros torna incuestionable el contenido de póliza que excluye el riesgo pretendido; **c)** que la valoración de la prueba ha sido hecha conforme las reglas de la sana crítica y **d)** que de acuerdo al informe del perito mecánico, el vehículo siniestrado no sufrió destrucción total, razón por la cual la cuestión debatida ha caído en abstracto.

III: Antes de entrar al tratamiento de los agravios, es necesario recordar que el contrato de seguro es consensual y que los derechos y las obligaciones recíprocos de asegurador y asegurado, empiezan desde que se ha celebrado la convención, aún antes de emitirse la póliza (art.4 ley 17.418).

Como consensual que es, el contrato “queda concluido para producir sus efectos propios desde que las partes hubiesen recíprocamente manifestado su consentimiento” (art.1140 Cód.Civil).



La existencia del contrato de seguro se prueba por escrito, pero, habiendo principio de prueba por escrito, todos los demás medios de prueba serán admitidos (art.11 ley 17.418), solución que coincide con la norma general del art.1191 del Cód.Civil.

Explica Fabiana Compani (JA 1997-IV-891) que “La noción de principio de prueba por escrito es la que emana del art. 209, ap. 3 del Cód. de Comercio aplicable al contrato de seguro por vía del art. 163 de la ley 17.418 y, subsidiariamente, la descripta por el art. 1192, ap. 2 del Código Civil , en virtud de la remisión formulada por los arts. 1 (del título preliminar) 7 y 8, inc. 6 del Código de Comercio”.

“El Código Civil lo define como "...cualquier documento público o privado que emane del adversario, de su causante o de parte interesada en el asunto, o que tendría interés si viviera y que haga verosímil el hecho litigioso”.

Por último, es requisito que el documento público o privado que se invoque como principio de prueba por escrito haga verosímil el hecho litigioso, constituyéndose en un medio indiciario o presuncional de la existencia y alcance del contrato.

En cuanto a la carga de la prueba del contrato de seguro, rige en principio la regla sentada por el Código Procesal (art. 375), debiendo cada parte aportar las probanzas del presupuesto de la norma que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción.

En consecuencia, si el asegurado es quien demanda la cobertura deberá acreditar la existencia del contrato de seguro y si, en cambio, es el asegurador quien opone como defensa “un hecho obstativo, como ser la inexistencia del contrato al tiempo del siniestro, o cualquier supuesto de exclusión de cobertura, tal prueba recaerá sobre este



último” (Stiglitz “Derecho de seguros” edit. Abeledo Perrot, Bs.As. 1997, tº 1, páginas 575, 592 y concdtes.).

IV: Sentado el marco legal en que debe analizarse la prueba rendida en autos, corresponde, en primer lugar, determinar que el principio de prueba por escrito que sirve para habilitar la consideración del resto de la prueba producida (art. 11 ley 17.418; Stiglitz, ob.cit. p, 593 b, con jurisprudencia citada en nota 105) se encuentra ausente en este proceso.

Dicho de otro modo, para que los testimonios sobre los que ha alegado el apelante puedan ser objeto de análisis, tiene que existir un documento emanado del adversario que haga verosímil el hecho litigioso, conforme la exigencia de los arts. 11 LS, y 1192 del Código Civil.

La propuesta que no ha sido firmada por el actor, constituye un documento emanado del adversario, pero no hace verosímil el hecho litigioso, sino que – por el contrario – muestra que la póliza emitida cuatro días después de la propuesta, se corresponde fielmente con la delimitación objetiva del riesgo allí asentada, que excluía la destrucción total por accidente.

El resto de las pruebas, la confesional de los demandados, o la pericial contable realizada sobre los libros de la aseguradora, no ha sido siquiera invocadas en esta instancia para fundar los agravios del recurrente porque - en realidad - nada aportan.

V: Por el contrario, la aseguradora ha acompañado la propuesta (fs.213) y copia de póliza en la que luce excluido el riesgo controvertido (fs.222 vta.).

El perito contador ha informado que el costo para incluir el riesgo de destrucción total por accidente, importa un precio de la



prima superior en un 16,7247 % al que pagaba el actor (fs.509), constituyendo ello un indicio del alcance brindado a la cobertura.

Es cierto – como señala el apelante - que la prueba debe valorarse en su conjunto (“El Juez frente a la prueba” De los Santos, Mabel JA 1996-I-652), y que para evaluar la prueba de testigos debe tenerse presente que es función inherente al órgano jurisdiccional apreciar la sinceridad de los testigos sin atenerse rigurosamente a la exigencia de una absoluta precisión (Falcón, Enrique “Tratado de la prueba” Tº II. Editorial Astrea Bs.As. 2003, páginas 380 y siguientes; esta Sala II causa nº132.614), pero – como ya se dijera – el contrato debe ser probado por escrito, admitiéndose otros medios de prueba siempre que haya principio de prueba por escrito.

En el caso, al faltar el principio de prueba por escrito, las declaraciones de los testigos no pueden ser admitidas como único medio de prueba del alcance de la cobertura, en contra de la propuesta y la póliza.

VI: Finalmente, aún si se considerara que el razonamiento anterior (puntos III, IV, y V) es errado, entiendo que igualmente la sentencia debería confirmarse pues -como bien señala el apoderado del productor – no se ha verificado la destrucción total del vehículo, requisito indispensable para que pueda atribuirse a los demandados el incumplimiento contractual que permite al actor reclamar una suma para reparar los daños sufridos.

a) Al responder la demanda, el codemandado Pérez negó que se hubiera producido la destrucción total del automotor (fs.257 vta. negativa 9).

b) La pericia mecánica producida indica que no hubo destrucción total (fs.314 vta. a fs.316), pues el valor de los restos del automotor superan el 20% del valor en plaza del vehículo.



c) Si bien es cierto que la actora, pidió explicaciones al Sr. Perito fundadas en que la cláusula que habitualmente usa el mercado asegurador tiene por ocurrida la destrucción total, cuando el valor de las reparaciones supera el 80% del valor comercial del rodado (fs.330), lo cierto es que ambas cláusulas (la incluida en la póliza y la mencionada por el actor) se encuentran aprobadas por la autoridad de control (Superintendencia de seguros de la Nación) conforme el sitio www.ssn.gov.ar (hipervínculo "póliza digital" último día de visita 27.11.2013).

d) El accionante no impugnó la cláusula al demandar, y es manifiesto que la oportunidad de desplazarla y eventualmente integrar el contrato de otro modo, no es la del pedido de explicaciones acerca de la pericia.

Tampoco demostró en estas actuaciones que el arreglo del vehículo siniestrado costará más del 80% del valor comercial del rodado.

En consecuencia, y habiendo quedado firme que los restos del automotor superan el 20% del valor de venta del BMW del actor, no puede tenerse por sucedida la destrucción total, e igualmente – aunque solo fuera por este argumento – la demanda debe ser rechazada.

Por las razones y citas legales expuestas voto por la **AFIRMATIVA**.

El Sr. Juez Dr. Ricardo D. Monterisi votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestión el Sr. Juez Dr. Roberto J. Loustaunau dijo:

Corresponde confirmar la sentencia apelada.



Propongo que las costas por los trabajos realizados en esta instancia se impongan al apelante vencido (art.68 del CPC), y que se regulen los honorarios de los Dres. Abel Rubén Soria, Fabián Daniel Fittipaldi y Rodrigo Agustín Etchegaray en las sumas de pesos dos mil ciento doce (\$ 2.112), tres mil treinta y seis (\$ 3.036) y dos mil setecientos seis (\$ 2.706) (arts.1,10,15,16,27, 31 y condtes. Del decreto ley 8904).

ASÍ LO VOTO

El Sr. Juez Dr. Ricardo D. Monterisi votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

SENTENCIA

Con fundamento en el acuerdo precedente se dicta la siguiente sentencia: **I)** Se rechaza el recurso de apelación de la actora y se confirma la sentencia apelada. **II)** Las costas por los trabajos realizados en esta instancia se imponen al apelante vencido (art.68 del CPC). **III)** Se regulan los honorarios de los Dres. Abel Rubén Soria, Fabián Daniel Fittipaldi y Rodrigo Agustín Etchegaray por los trabajos realizados en esta instancia en las sumas de pesos dos mil ciento doce (\$ 2.112), tres mil treinta y seis (\$ 3.036) y dos mil setecientos seis (\$ 2.706) (arts.1, 10,15,16,27, 31 y condtes. del decreto ley 8904). **IV)** Se tienen por reanudados los plazos procesales que fueran suspendidos a fs. 653. Regístrese. Notifíquese personalmente o por cédula (art.135 del CPC). Devuélvase.

Roberto J. Loustaunau

Ricardo D. Monterisi

Alexis A. Ferrairone



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Secretario