

NEUQUEN, 29 de marzo del año 2023.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**CASTRO TERESIO C/ GATTI MAURICIO LUCAS Y OTROS S/ D Y P DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DE PARTICULARES**", (JNQCII EXP N° 545206/2021), venidos a esta **Sala II** integrada por los vocales Patricia **CLERICI** y José **NOACCO**, con la presencia de la secretaria actuante, Micaela **ROSALES** y,

CONSIDERANDO:

I.- La parte demandada y la citada en garantía interpusieron recurso de revocatoria con apelación en subsidio contra la resolución dictada el 19 de mayo de 2022 (fs. 93/95 vta.) por la que se dispuso: "*Pericial contable en subsidio: En cuanto al desconocimiento de la póliza de seguro realizado por la actora y toda vez que la vinculación contractual es presupuesto del deber de indemnidad asumido por la citada en garantía a los fines de evitar gastos innecesarios y considerando que el límite de cobertura constituye una cuestión de derecho a resolver en la sentencia, estimo que la producción de la presente deviene inconducente.*"

a) En su memorial de agravios, las recurrentes se refirieron a la importancia, conducencia, relevancia de la prueba y el objeto de prueba.

Señalaron que la póliza presentada ha sido impugnada y desconocida por la parte actora, por lo que la extensión del contrato de seguro -y, consecuentemente el cotejo en el cual fue instrumentado y tuvo seguimiento (póliza y documentación pertinente)- y la modalidad de los términos en que fuera o no contratado, resultan hechos controvertidos por las partes y, es que los mismos son conducentes, en tanto están provistos de relevancia para influenciar en la decisión del conflicto.

Afirmaron que sin la existencia de la mencionada pericia contable, no se advierte cómo se puede llegar a formar la convicción judicial con la mera documental acompañada por las partes cuando, además, ésta resulta desconocida. Citaron jurisprudencia.

Recordaron que el fin probatorio radica en revelar y motivar la certeza (en tanto nivel subjetivo como objetivo de conocimiento) del juzgador, y que tienen la certeza de que la defensa propuesta se obtendrá con mayor vigor si media la asistencia de un experto en las ciencias contables que informe sobre el alcance del contrato (y obligación) debatidos en autos.

Agregaron que nos encontramos ante un documento desconocido que deviene en un hecho controvertido y que, por ende, requiere prueba, en tanto está controvertida su autenticidad y veracidad.

Indicaron que además hay documentos cuya compulsión son de crucial importancia para dilucidar efectivamente la cuestión debatida en autos, es decir, la extensión tanto de la póliza como del alcance de cobertura.

Aludieron al principio de "favor probationis", con cita a normativa y doctrina.

Subrayaron la necesidad de contar con un experto en ciencias contables a fin de comprobar los hechos alegados mediante un peritaje científico que determine el hecho a comprobar y el hecho de efectuar la comprobación. Citaron doctrina.

Peticionaron.

b) El 13 de junio de 2022 (fs. 113/114) se rechazó el recurso interpuesto en los términos del art. 379 del CPCyC.

c) Esta Sala concedió el recurso de queja planteado contra dicho auto denegatorio el 27 de julio de 2022 (fs. 197/198 vta.).

d) La parte actora contestó el traslado del memorial de agravios en su presentación web n° 395205 (fs. 204/207 vta.).

En primer lugar, sostuvo que la contraria no ha cumplido con lo dispuesto en el art. 265 del CPCyC, solicitando que se declare desierto el recurso.

En segundo lugar, dijo que la parte apelante pudo haber elegido un medio probatorio más idóneo para esclarecer la autenticidad de la póliza de seguros, como informativa o testimonial.

Citó doctrina y normativa.

Luego, manifestó que su parte desconoció la póliza en tanto no fue parte de tal contrato, sin embargo, las apelantes si conocen sus cláusulas y no pueden pretender la realización de una pericia contable para que establezca lo que ya saben; no pudiendo basar su reclamo en la actitud de su parte.

Expresó su desinterés en la producción de la prueba contable.

Peticionó.

II.- Preliminarmente y a fin de dar respuesta al pedido de deserción formulado por la parte actora, observamos, con una amplitud de criterio facilitadora de la vía revisora, que el planteo recursivo contiene un mínimo de queja suficiente, lo cual hace admisible su tratamiento.

III.- Ingresando al estudio de la cuestión, observamos que las recurrentes invocaron la existencia de una determinada franquicia -asumiendo la carga de probarla y ofreciendo la prueba pericial contable a tal fin-, y que el actor no la admitió, en tanto ha sido totalmente ajeno a la concertación del contrato de seguro.

Fue así que la a quo desestimó la prueba pericial contable ofrecida por considerarla inconducente, decisión que -adelantamos- no se comparte.

Veamos: los litigantes deben probar los presupuestos que invocan como fundamento de su pretensión, defensa o excepción, y tal imposición no depende de la condición de actor o demandado, sino de la situación en que cada litigante se coloque dentro del proceso (art. 377, CPCyC).

En efecto, la carga de la prueba ha sido diseñada como una regla de juicio dirigida al juez, que le indica cómo resolver frente a hechos insuficientemente probados, a fin de evitar el "non liquet", indicándole a cuál de las partes le interesa la demostración y por lo tanto, asume, el riesgo de la falta de evidencia (Cfr.. Lorenzetti, Ricardo, "Carga de la prueba en los procesos de daños", LA LEY, 1991-A, 998).

Por ello, el art. 377 antes citado comienza diciendo que incumbe la carga de la prueba a la parte que afirme la presencia de un hecho controvertido. Y se considera como tal aquel hecho conducente, pertinente, útil, que incide con suficiente importancia en el curso de la litis, siendo su prueba necesaria porque determina la verificación y convicción que el juez puede alcanzar (Cfr. Gozaíni, Osvaldo, "El acceso a la justicia y el derecho de daños", en Revista de Derecho de Daños-II, Ed. Rubinzal Culzoni, pág. 192).

De este modo, corresponde a quien la alega acreditar la existencia de límites a la garantía comprometida, se trate del tope de la suma asegurada, de descubierto o franquicia obligatoria, de franquicia simple, etcétera (Cfr. Stiglitz, Rubén S., "Derecho de Seguros", tomo ii, n° 673, pág. 405).

Jurisprudencialmente se ha sostenido: *"Es indiscutible que el asegurador citado en garantía responde frente al damnificado en la extensión del seguro contratado, lo que*



obliga a tener en cuenta las variaciones y limitaciones que surjan de las sumas aseguradas y la franquicia, si se hubiera estipulado. Pero no es así y nada más. Tal extensión --y las limitaciones y franquicia, en su caso--, deben constar en el expediente: tienen que ser opuestas, en primer lugar; y probadas, en segundo lugar (Conf. Ferder, Eduardo L., "El propio conocimiento como límite a la discrecionalidad del magistrado", LA LEY, 1996-D, 816).

El art. 118 de la Ley de Seguros limita la indemnización a cargo del asegurador en la medida del seguro. Esa medida del seguro, por supuesto, recae como carga la prueba en cabeza del asegurador. Si no prueba que el seguro porta límites cuantitativos la condena le será extensiva in totum (Conf. Compiani, María Fabiana, "Citación en garantía", Publicado en: La Ley Online).

Se ha dicho que no debe considerarse la franquicia invocada por la aseguradora si no se ha ofrecido prueba alguna al respecto (Conf. Cám. Civ. Com. Fed., Sala I, 29/08/96, elDial.com - AF6DE).

Si bien es cierto que la aseguradora citada en garantía es responsable en la medida del seguro, es obvio que para poder fijar el límite de la condena es necesaria una actividad probatoria por parte de dicha entidad en cuanto al contenido de la póliza y sus particularidades; de lo contrario, no justificada la existencia de un límite en la cobertura, cabe extender la condena del asegurador al monto por el que ha sido condenado el asegurado (Conf. CNComercial, sala B, 08/09/1993, La Ley Online, AR/JUR/2178/1993).

Aun cuando se considere que la franquicia es oponible al tercero, requiere ser probada por quien la alega. Por ello, si la Compañía aseguradora no ha acompañado a la causa la póliza de seguros, ni tampoco acreditó con la fotocopia acompañada, que el rubro que aparece como "importe deducible" constituya una



franquicia que permita obtener su liberación, la falta de prueba respecto al hecho que la aseguradora invoca como extintivo de su responsabilidad, impide que la queja pueda prosperar (Conf. Cám. Civ. Com. Trib. Minas 1ª Mendoza, 2009/03/04, elDial.com - MC4094).

Cuando el asegurador es obligado a intervenir en el proceso necesariamente debe tomar conocimiento de la acción entablada, de las circunstancias o hechos y del monto o suma que se reclama como resarcimiento por el daño ocasionado por el hecho ilícito ; y si la suma aseguradora es inferior a la cantidad que reclama el damnificado, el asegurador deberá oponer ineludiblemente la defensa de insuficiencia del seguro, denunciando o declarando la suma máxima hasta la concurrencia de la cual responde, a fin de limitar su garantía, y no sólo deberá formular esa manifestación sino que deberá probarla. Si no lo hace, responde por la cantidad que declare o condene la sentencia, que lo afectará como a los litigantes principales (Conf. Cám. Federal Bahía Blanca, 16/12/1986, LA LEY, 1988-A, 514).” (Cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala G, Gómez, Héctor Oscar c. Óleo Hidráulica y otro s/daños y perjuicios • 15/06/2011, La Ley Online, Cita: TR LALEY AR/JUR/31735/2011).

En definitiva, la aseguradora no puede ser condenada en la medida del seguro si invocó la existencia de una determinada franquicia pero no la probó, en tanto el art.118 de la ley de seguros limita la indemnización a cargo del asegurador en la medida del seguro razón por la cual, si no prueba que el seguro porta límites cuantitativos, la condena le sería extensible “in totum”.

IV.- Como correlato de lo expuesto, corresponde admitir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y la citada en garantía, y revocar la resolución recurrida -en lo pertinente-, disponiéndose que en la instancia de grado se provea



la prueba pericial contable ofrecida por las recurrentes, a fin de posibilitar su producción.

Las costas de segunda instancia son a cargo de la parte actora (art. 69, CPCyC).

La regulación de honorarios se difiere para el momento de contarse con pautas a tal fin, a requerimiento de los interesados (art. 15, ley 1594).

Por ello, esta **Sala II**

RESUELVE:

I.- Revocar parcialmente la resolución dictada el 19 de mayo de 2022 (fs. 93/95 vta.), disponiéndose que en la instancia de grado de provea la prueba pericial contable ofrecida por las recurrentes, a fin de posibilitar su producción

II.- Imponer las costas de segunda instancia a la parte actora (art. 69, CPCyC).

III.- Diferir la regulación de los honorarios profesionales en el modo indicado en los Considerandos.

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

Dr. PATRICIA CLERICI Juez- Dr. JOSÉ NOACCO Jueza

Dr. MICAELA ROSALES Secretaria