



NEUQUEN, 1 de Diciembre de 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"VILLALON ESCUDERO HECTOR R. C/ HERNANDEZ BERNARDO Y OTRO S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"**, (Expte. N° 453486/2011), venidos en apelación del JUZGADO CIVIL Nro. 2 a esta **Sala II** integrada por los Dres. Federico **GIGENA BASOMBRIO** y Patricia **CLERICI**, con la presencia de la Secretaria actuante Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **la Dr. Patricia CLERICI** dijo:

I.- La actora y la aseguradora citada en garantía interpusieron recursos de apelación contra la sentencia de fs. 304/309, que hace lugar a la demanda, con costas a los vencidos.

A) La parte actora se agravia, en primer lugar, por el rechazo de la reparación de los daños materiales, comprensivo de los rubros gastos de farmacia, radiografías, asistencia médica, gastos de traslado y vestimenta.

Dice que la jueza de grado ha aplicado un criterio restrictivo cuestionable ya que se aparta de la jurisprudencia de la Cámara de Apelaciones, tribunal que en forma unánime ha reiterado que los gastos de asistencia médica en general no requieren ser probados en forma específica y concreta, sino que pueden ser presumidos en función de las circunstancias del caso y de la entidad de las lesiones padecidas por la víctima.

Sigue diciendo que la aquo prescinde dogmáticamente de circunstancias que han sido probadas en autos, como el carácter de las lesiones producidas, sobre todo en su rodilla, de las que se desprende que para el actor



aquellas fueron severas y que debió realizar erogaciones para su asistencia.

A renglón seguido se queja del monto otorgado en concepto de indemnización por daño físico, al que considera bajo.

Señala que la sentencia de grado fija para reparar el daño físico la suma de \$ 23.185,00, monto que es sensiblemente inferior al que resulta de aplicar la fórmula "Méndez", la que integra con la edad del actor al momento del hecho dañoso (38 años), el porcentaje de incapacidad determinado en la pericia médica (9,75%), y suponiendo la utilización del salario mínimo, vital y móvil vigente a enero de 2011 (\$ 1.500,00), y de la que se obtiene un capital de \$ 35.560,00.

Como tercer agravio plantea que es baja la suma otorgada para reparar el daño moral, entendiendo que la cantidad de \$ 5.000,00 es irrisoria, y que no se ha ponderado debidamente, para cuantificar este ítem, las particulares circunstancias del caso.

Agrega que tampoco se tuvieron en cuenta las conclusiones del dictamen pericial psicológico, en el que pueden observarse las importantes consecuencias que tuvo el accidente en la vida del actor. Destaca de este informe lo dicho respecto de la depresión y caída de la autoestima.

Finalmente se agravia por el rechazo de la indemnización por privación del uso del automotor.

Sostiene que la jueza de primera instancia parte de una premisa errónea, cuál es conceptuar el rubro únicamente como un lucro cesante, cuando el mismo resulta mayormente un daño emergente de la mera indisposición del vehículo.



Afirma que se encuentra acreditado que la motocicleta del actor sufrió importantes daños como consecuencia de la colisión.

Cita jurisprudencia.

Hace reserva del caso federal.

B) La aseguradora citada en garantía se agravia por el rechazo del planteo de exclusión de cobertura por la causal de alcoholemia positiva del conductor asegurado.

Dice que la alcoholemia no es encontrada discutida, ya que todas las partes tienen conocimiento que el demandado Hernández se encontraba alcoholizado (1.4 g/l) al momento de la ocurrencia del siniestro, de acuerdo con las actuaciones llevadas a cabo por el Tribunal de Faltas y la Policía del Neuquén.

Agrega que es equivocada la conclusión de la aquo sobre la temporalidad de la notificación de la exclusión de la cobertura, ya que este extremo no fue cuestionado por ninguna de las partes.

Reitera que su parte no sólo ha acreditado la alcoholemia positiva, sino que también ha acreditado la veracidad y envío de las dos cartas documentos al asegurado.

Entiende que si las partes del proceso no desconocen ni cuestionan la exclusión de cobertura, no puede válidamente la magistratura, sin caer en arbitrariedad, rechazar esta defensa y condenar a la aseguradora.

Argumenta respecto del principio dispositivo, señalando que opera en autos el principio de congruencia, bilateralidad y dispositivo.

Cita jurisprudencia.



Subsidiariamente critica que se haya entendido que existe relación causal entre las lesiones que presenta el actor y el accidente.

Considera que no existe prueba objetiva que permita certificar y concluir que la omalgia derecha y gonalgia inespecífica tengan relación causal con el accidente de autos. Destaca que la parte actora no acreditó que las supuestas secuelas tuvieran su origen en el accidente.0

Pone de manifiesto que el accidente de tránsito ocurrió el día 15 de mayo de 2010 y la revisión médica efectuada por el perito de autos al actor tuvo lugar cuatro años después; a la vez que no se ha agregado al expediente documentación que acredite tratamiento médico, estudios, indicaciones médicas, rehabilitación, posteriores al siniestro y anteriores al dictamen pericial.

También de forma subsidiaria cuestiona los importes concedidos en concepto de indemnización.

Dice que el daño moral y los gastos de tratamiento psicológico debieron ser rechazados ya que no se encuentran acreditadas ni las lesiones físicas, y mucho menos el stress postraumático señalado por el perito psicólogo.

Plantea la cuestión federal.

c) La aseguradora citada en garantía contesta el traslado de la expresión de agravios de la parte actora a fs. 342/344 vta.

Dice que de la escasa prueba rendida surge que el actor recibió atención médica pública, por lo que queda claro que no debió erogar gastos médicos, radiológicos ni farmacéuticos y, en todo caso, debió acreditar por algún medio probatorio la realización de estos gastos. Cita jurisprudencia.



Con relación a las fórmulas, sostiene que tanto "Vuotto" como "Méndez" son sólo parámetros con valor orientativo, que utilizan los jueces para determinar el quantum indemnizatorio, pero no el único elemento que se utiliza. Cita jurisprudencia.

Defiende la justeza de la reparación del daño moral.

d) La parte actora contesta el traslado de la expresión de agravios de la aseguradora a fs. 345/347 vta.

Denuncia la falta de cumplimiento de los recaudos del art. 265 del CPCyC.

Subsidiariamente rebate los agravios, y dice que resulta claro que la aseguradora rechazó la cobertura de manera extemporánea, por lo que dicho rechazo carece de validez jurídica.

Cita la Ley de Defensa del Consumidor, y sostiene que el derecho a la información tiene suma importancia, desarrollando su contenido.

Concluye en que si existiera algún inconveniente con relación a una exclusión, éste debe ser informado inmediatamente al asegurado, pues de ello depende la cobertura contratada, y no al contestar la demanda.

Afirma que el daño y sus secuelas se encuentran debidamente acreditados con la pericia médica.

e) Los demandados Hernández y Lecler Soto no contestan los traslados de las expresiones de agravios.

II.- Ingresando al tratamiento de los recursos de apelación de autos, se advierte que el memorial de la citada en garantía reúne los recaudos del art. 265 del CPCyC, en tanto se precisa cuales son los aspectos del fallo de grado que se cuestionan y por qué.



Por ende, no corresponde declarar la deserción del recurso.

III.- A fs. 310 la aseguradora apela los honorarios regulados al letrado de la parte actora y a los peritos intervinientes, pero omite señalar cuál es el motivo del recurso arancelario, por lo que el mismo debe ser declarado desierto.

IV.- De acuerdo con los planteos de los recurrentes, he de comenzar el análisis por la queja de la aseguradora referida al rechazo de la defensa de exclusión de cobertura.

La aseguradora cuestiona la decisión de la aquo por cuanto entiende que viola el principio de congruencia el haber introducido de oficio la extemporaneidad de la comunicación del rechazo de la cobertura, cuando ni el actor ni los demandados plantearon dicho tema en el debate judicial.

La jurisprudencia es conteste respecto a que el art. 56 de la ley 17.418, concretamente la sanción que la norma establece, puede ser introducida de oficio por el juez. Así lo ha entendido la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial (Sala H, 18/3/1997, "F., M.E. c/ Suárez", LL 1997-E, pág. 438; Sala D, 30/9/2009, "Colofort S.A. c/ Juncal Cía. de Seguros", LL 2009-D, pág. 656). También la doctrina se ha pronunciado en igual sentido (cfr. Meilij, Gustavo, "Características de la carga de pronunciarse sobre los derechos del asegurado", JA, octubre/2006, número especial con motivo del XII Congreso Mundial de Seguros; Stiglitz, Rubén, "Consideraciones sobre cuestiones ligadas al contrato de seguro", LL, fascículo del 14/12/2011).

En tanto ha sido la aseguradora quién trae al proceso la defensa de exclusión de cobertura, el juzgador se encuentra habilitado para analizar la procedencia de la



defensa opuesta en forma integral, incluido el cumplimiento de la carga de pronunciarse en tiempo y forma prevista por el art. 56 de la ley 17.418.

No debe pasarse por alto que la manda del art. 56 referido es de carácter imperativo e instituye un plazo de caducidad inderogable por convención de las partes (cfr. López Saavedra, Domingo M., "Ley de Seguros 17.418 comentada", Ed. La Ley, 2012, T. I, pág. 333/336). Por ende, el cumplimiento de la carga legal forma parte de la defensa opuesta por la compañía de seguros; en tanto que la congruencia procesal se integra no sólo con las pretensiones de la parte actora, sino también con las defensas opuestas por la parte demandada.

Luego, y si bien la aseguradora ha acompañado a autos dos cartas documentos, cuya autenticidad y recepción se encuentran probadas, la recurrente nada dice sobre la conclusión de la aquo respecto de la improcedencia de la información requerida por la aseguradora, concretamente el haber sometido la suspensión del plazo para expedirse al resultado de la causa penal que se iba a incoar con motivo del accidente de tránsito (fs. 51).

Y en esta aspecto también asiste razón a la aquo, ya que la ley de seguros habilita que la aseguradora requiera prueba instrumental, agregando seguidamente que no es válido supeditar la prestación del asegurador a sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada (art. 46).

Gustavo Raúl Meilij sostiene que existe un impedimento para el asegurador de supeditar la decisión (pronunciamiento) a un reconocimiento judicial de la existencia de los hechos o de la responsabilidad del asegurado, frente a terceros o respecto del asegurador mismo (culpa grave, por ejemplo). *"Por ello es que el sistema legal no acepta que este beneficio se adquiera unilateralmente y sin*



invocar ninguna circunstancia grave o excepcional, como cuando se supedita el pronunciamiento debido al resultado de la causa penal labrada con motivo del hecho denunciado" (cfr. aut. cit., "La carga de pronunciarse sobre los derechos del asegurado", LL 2011-D, pág. 1.058).

Finalmente, y sin perjuicio de la ineficacia de la suspensión del plazo resuelta unilateralmente por la aseguradora, se advierte que tampoco se ha acreditado la existencia de la causa penal invocada.

En consecuencia, el fallo de grado resulta correcto en cuanto rechaza la defensa de exclusión de cobertura opuesta por la aseguradora citada en garantía.

V.- He de abordar ahora los agravios planteados por ambos apelantes respecto de los rubros que integran la indemnización otorgada al actor.

La actora se agravia por el rechazo de la reparación por asistencia médica, gastos farmacéuticos, estudios complementarios, traslados y vestimenta.

Conforme surge de la prueba aportada a la causa, el actor fue atendido en forma inmediatamente posterior al accidente en el Hospital Heller, integrante del sistema de salud pública. De acuerdo con lo informado por dicho nosocomio a fs. 191, el accionante no presentó heridas externas, se le realizaron radiografías de cráneo, de columna y de tórax, todas con resultado normal, habiéndosele dado el alta médica dos horas después de su ingreso con el diagnóstico de escoriaciones de rodilla izquierda e indicación de reposo.

En el dictamen pericial médico de fs. 197/198 vta. consta que el actor refirió que no tomó más medicamentos que los que se le dieron en el hospital, y que el tratamiento para la lesión sufrida es reposo y antiinflamatorios.



De la prueba producida no surge que el actor haya requerido de asistencia médica y radiografías más allá de la recibida y realizadas en el hospital público, el que resulta gratuito. Al no haber recibido asistencia médica posterior a la del sistema público de salud, mal puede pretenderse que tuvo que trasladarse para ello.

Respecto de los gastos de farmacia, y si bien es cierto que esta Cámara de Apelaciones los estima a partir de la gravedad de las lesiones, en autos el mismo actor ha reconocido que no tomó otros medicamentos por fuera de los que se le dieron en el hospital -en forma gratuita-, surgiendo de la prueba informativa que sólo tuvo escoriaciones y no heridas que requirieran curación específica. Consecuentemente, no puede hacerse lugar a una reparación por gastos de farmacia cuando la misma parte está reconociendo que no los realizó.

Finalmente y en lo que hace a la reparación por la destrucción de la vestimenta, ninguna prueba se ha aportado sobre la cantidad y calidad de ropa que habría sido deteriorada en el accidente, por lo que tampoco se puede hacer lugar a esta reparación.

VI.- La actora se queja del bajo monto asignado a la indemnización del daño físico, en tanto que la aseguradora cuestiona la existencia de nexo causal entre las secuelas que informa el perito y el accidente.

Entiendo que asiste razón a la aseguradora.

Del informe pericial médico surge que las secuelas que tendría el actor como consecuencia del accidente son omalgia derecha y gonalgia inespecífica. Omalgia refiere a dolor en el hombro y gonalgia, a dolor en la rodilla.

Con respecto a la omalgia, los informes médicos de su asistencia inmediatamente posterior al accidente no aluden a lesiones en los hombros o miembros superiores. A ello



agrego que el perito solamente manifiesta: *"El examen de sus hombros es normal, sin limitación funcional. Hay dolor en los movimientos extremos"*.

En cuanto a la gonalgia, el único signo clínico que informa el experto es que *"manifiesta dolor en la flexión aunque completa la misma"*.

En base a los términos del informe pericial no existe limitación funcional ni en los hombros ni en las rodillas, siendo la única incapacidad que presenta el actor el dolor ante la realización de algunos movimientos. Ahora bien, siendo el dolor un síntoma subjetivo, y no existiendo en el informe técnico ninguna comprobación objetiva de los dichos del actor, es que no puede aceptarse la conclusión a la que arriba el perito de autos. Ello, no obstante que las expresiones del experto tampoco son concluyentes: *"Las lesiones pudieron ser ocasionadas como se relata"*; *"Las secuelas pueden ser consecuencia del accidente"*; *"Las lesiones relatadas se condicen con el accidente"*.

En definitiva estimo que en autos no se encuentra acreditado que el actor presente incapacidad física como consecuencia del accidente que protagonizó.

VII.- Lo dicho en el apartado anterior torna abstracto el tratamiento de los agravios de la parte actora referidos al monto de la indemnización por daño físico y la utilización de las fórmulas de matemática financiera.

VIII.- El accionante también se agravia por la indemnización por daño moral.

Teniendo en cuenta la inexistencia de incapacidad física, entiendo que el monto otorgado por la aquo para reparar el daño moral (\$ 5.000,00) resulta adecuado a los padecimientos espirituales que razonablemente pudo haber sufrido el actor, considerando la entidad del accidente, las



lesiones que sufriera y el tiempo de recuperación, el que conforme se precisa en el informe pericial fue de aproximadamente cinco días.

IX.- La aseguradora critica que se la haya condenado al pago del tratamiento psicológico indicado en la pericia en la materia.

Cuesta relacionar el estado psíquico que informa el dictamen de fs. 138/141 con la gravedad y entidad del accidente y lesiones sufridas. Si bien es cierto que los conocimientos técnicos son del experto, considerando que el accidente fue menor y que la consecuencia del mismo resultó ser escoriaciones en la rodilla, no puedo entender que estos hechos hayan ocasionado depresión y problemas fóbicos. El informe pericial, en este aspecto, es infundado, toda vez que no explica adecuadamente la relación causal entre el estado anímico del actor y el hecho dañoso.

Por otra parte se advierten contradicciones en el informe referido, toda vez que en el apartado "evaluación semiológica" señala que el actor se ha desempeñado en diferentes labores, las que requieren cualidades que solo una persona con buen nivel intelectual puede desempeñar, y luego en el punto 2) afirma que el actor es una persona con muy escasa formación, encargada de labores más ligadas a las condiciones propias del género, que a sus posibilidades intelectuales.

Entiendo que la pericia realizada en autos resulta inhábil a los efectos de acreditar la existencia de daño psíquico por no encontrarse científicamente fundada, y generar dudas respecto de que sus conclusiones refieran al actor de autos.



Consecuentemente, no habiéndose acreditado la existencia de daño psicológico, mal puede hacerse lugar al tratamiento indicado.

X.- Asiste razón al demandante respecto de la indemnización por privación de uso de la motocicleta.

Esta Sala II tiene dicho que la sola indisponibilidad del vehículo genera un daño resarcible, sin importar a que fines es utilizado habitualmente el automotor, ya que se supone que quién adquiere, en esta caso, una motocicleta, lo hace para usarla ya sea para el trabajo, con fines recreativos, etc. (cfr. autos "Hochstetter Cabrera c/ Ibáñez", expte. n° 399.093/2009, P.S. 2013-IV, n° 142, entre otros).

En autos, teniendo en cuenta el estado en que quedó la motocicleta del actor (ver fotos de fs. 295/296 vta.) va de suyo que el vehículo no puede ser utilizado sin que se lo repare.

Sin embargo, en autos no encuentro prueba alguna respecto a si el vehículo ha sido o no reparado y, en su caso, cuál es el tiempo que demanda la reparación. Consecuentemente, conforme lo prescribe el art. 165, último párrafo del CPCyC, fijo prudencialmente el monto de la indemnización por privación de uso del automotor en la suma de \$ 200,00, considerando que el tiempo de la reparación es de cinco días.

XI.- Por lo hasta aquí dicho, propongo al Acuerdo declarar desierta la apelación arancelaria y hacer lugar parcialmente a los recursos de apelación de ambos recurrentes. En consecuencia se modifica parcialmente el resolutorio apelado, disminuyendo el capital de condena, el que se fija en la suma de \$ 9.060,00, confirmándolo en lo demás que ha sido materia de agravios.



Las costas por la actuación en la presente instancia, teniendo en cuenta le éxito obtenido, se imponen en el orden causado (art. 71, CPCyC), regulando los honorarios profesionales de los Dres. Joaquín Andrés Imaz y Alfredo Gustavo Tomé en el 30% de la suma que resulte por igual concepto y por su actuación en la primera instancia (art. 15, Ley 1.594).

El Dr. Federico GIGENA BASOMBRÍO dijo:

Adhiero al voto que antecede con excepción del considerando IV toda vez que entiendo que la queja vertida por la aseguradora resulta pertinente.

En primer lugar y conforme los términos de la sentencia y los agravios vertidos y sin perjuicio de señalar que ello quedara acreditado en base a la prueba producida, no es un hecho controvertido ante la Alzada que el conductor del rodado circulaba con un grado de alcoholemia del 1.4 con lo cual su situación se encuentra comprendida dentro del supuesto del artículo 22 inciso 17 del contrato de seguro, esto es, estamos en presencia de un supuesto de exclusión de la cobertura o de no seguro.

Sobre el tema y si bien se refiere a un supuesto fáctico distinto pero cuyos principios resultan aplicables al presente, sostuve en la causa **"B. CONTRERAS JUVENAL CONTRA LAGOS HAYDEE VIVIANA Y OTROS S/ D. Y P. POR USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"**, (Expte. N° 386457/9), del 9 de abril del 2.013:

"La exclusión de cobertura o no seguro, importa la limitación de un riesgo o su exclusión. Ello significa que, al no entrar en las previsiones contenidas en el contrato, el asegurador no se halla obligado a garantizar. Lisa y llanamente el asegurado carece de derecho a exigir el pago de las consecuencias dañosas de un siniestro porque el evento no se



halla cubierto contractualmente, no ha sido tomado a su cargo por el asegurador y, por ende, no percibió prima por él".

"En este supuesto se origina una falta de cobertura, un "no seguro" porque el riesgo se halla formalmente fuera de la garantía dada en la póliza respectiva".

"La exclusión de cobertura, en tanto defensa anterior al siniestro, es oponible al asegurado, y en el seguro contra la responsabilidad civil, también al damnificado cuando este ejerce el derecho de citar en garantía al asegurador (Stiglitz, Rubén, "Derecho de seguros" tomo II, páginas 132 y siguientes)".

En tal sentido y conforme lo expuesto y por tratarse de una cláusula de exclusión expresa que figura en el contrato es que, en el caso, resulta clara la exclusión de la condena a la aseguradora.

Al respecto y al adherir a un voto del Dr. Silva Zambrano se expresó en la causa **"MUÑOZ EMILIO JAVIER CONTRA SORIA JOSE LUIS Y OTRO S/DAÑOS Y PERJUICIOS"**, (Expte. **EXP N° 295937/3**), citada por la aseguradora:

"Así, y aun compartiendo la afirmación acerca de la función social que cumple el sistema de seguros dicha aseveración no puede llegar a convertir al mismo en un seguro social, instituciones claramente diferenciadas".

"La función social del seguro radica en la posibilidad de diluir las consecuencias dañosas de un siniestro a través de la mutualidad de los asegurados".

"Así se ha señalado: "Se nos presenta como el dispositivo más adecuado para obtener el traslado de la carga dineraria que origina el débito de responsabilidad hacia un tercero, el asegurador, el cual por aplicación de su técnica



obtiene la dilución de las consecuencias dañosas de los siniestros a través de la mutualidad (latu sensu) de los asegurados, con cuyas aportaciones a costo cierto y parcial, matemáticamente calculadas, sobre los resultados que nos arroja la estadística, permite la obertura de los daños ocasionados por la verificación de los riesgos" (Morandi, Juan Carlos Felix, Seguro de responsabilidad civil por accidentes de automotores, en RJSER, N° 5 p.321) citado por Miguel Piedecabras en "Régimen legal del seguro pág. 351 Rubinzal Culzoni Editores)".

En ese orden de ideas continúa señalando Piedecabras y en lo que aquí me interesa destacar: "El seguro de responsabilidad civil, estructurado a partir del artículo 109 de la Ley de Seguros, tienen una función social, ya que sus efectos prácticos inciden sobre la comunidad en forma directa, pero no un origen "social" dentro de la clasificación de los seguros. En este ámbito se deben distinguir dos relaciones jurídicas autónomas: la de responsabilidad, asegurado-damnificado; la de seguro, asegurado-asegurador."

Y agrega: "La relación que se puede generar entre damnificado y asegurador parte del contrato de seguro, **por lo cual sus delimitaciones objetivas y subjetivas le son oponibles.**"-el subrayado me pertenece- (ob. citada pág. 372).

"La exclusión de cobertura por falta de carnet habilitante se relaciona directamente con los elementos del seguro detallados por la parte: riesgo cubierto, prima que se abona y prestación comprometida. En ese marco, la delimitación del riesgo se estructura decididamente con las cláusulas de exclusión las que, vale señalar se encuentran preanunciadas al asegurado y aprobadas por la Superintendencia de Seguros, aspecto éste también expuesto de modo preciso por el apelante".



Ha hecho hincapié la parte actora en la falta de comunicación por parte de la aseguradora del rechazo de la cobertura con fundamento en lo dispuesto por el artículo 56 de la ley de seguros.

Sin perjuicio de señalar que el asegurado ha negado la autenticidad y recepción de la carta documento cuya copia obra a fs. 58, pese a tratarse de un instrumento que en principio es auténtico y a que fuera dirigido a su domicilio real denunciado al contestar la demanda, entiendo que en todo caso estaba a cargo de dicha parte, la accionante, demostrar la falta de autenticidad de la pieza postal remitida por el correo argentino.

Pero, además, lo cierto es que por tratarse de un supuesto de no seguro, no resulta exigible la comunicación del artículo 56 de la ley de seguros.

Así he sostenido en la causa n° **334817/6**:

"I.- El alcance del artículo 56 de la ley de seguros.

Tal como se ha señalado el riesgo constituye un aspecto esencial del seguro dado que integra el objeto del contrato que se celebra para cubrir al asegurado a su respecto, para satisfacer necesidades de índole económica que se generan cuando tiene lugar el evento previsto, tal como lo define el artículo 1 de la ley de seguros.

De ahí que se haya considerado que resulta fundamental que el riesgo puesto a cargo del asegurador sea claramente delimitado, de manera tal de precisar las obligaciones de ambas partes.

Se ha sostenido (Nicolás Barbato, "Determinación del riesgo y exclusiones de la cobertura", publicado en el libro "Derecho de seguros" en homenaje al Dr. Morandi), que el



proceso de determinación del riesgo muestra dos fases: una positiva (la individualización) de enunciado del riesgo genérico que se cubre y otra negativa (la delimitación) por la que se colocan fuera del amparo diversas situaciones en las que ese riesgo se acentúa notablemente, ya sea en su probabilidad o bien en su intensidad o amplitud dañosa, por lo que el asegurador las considera insusceptibles de cobertura asegurativa o sólo amparables mediante una prima más elevada que la fijada en el contrato.

Sigue diciendo el autor antes citado, que las cláusulas de la póliza que tienen por efecto fijar límites y colocar situaciones fuera del riesgo genérico cubierto, adquieren una marcada importancia ya que, por una parte, el riesgo se encuentra en una estrecha relación técnico-económica con la prima que se cobra por el amparo asegurativo y desde el punto de vista del asegurado para que sepa cual es el ámbito del amparo contratado ya que respecto de todo lo que queda fuera del mismo, como consecuencia, no tendrá derecho a percibir la prestación principal prometida por el asegurador para el caso de que se produzca un siniestro.

Indica también que dichas cláusulas no pueden confundirse con las de caducidad, ya que estas últimas parten del supuesto en los que el riesgo se encuentra originariamente cubierto, pero el asegurado pierde su derecho a reclamar la prestación del asegurador por haber incurrido en la violación de alguna carga legal o convencional, remarcando que en las hipótesis de exclusión de la cobertura o no seguro, la causa será originaria y se partirá de la ausencia de todo derecho desde el comienzo mismo del contrato, en cambio, en las de caducidad se estará ante un derecho que existía y que se ha perdido por el incumplimiento o violación de una carga (ver páginas 40 y siguientes de la obra citada).



Y afirma, luego, que las cláusulas de exclusión revisten gran importancia por cuanto los supuestos descriptos en ellas quedan fuera del amparo asegurativo, por no formar parte del riesgo cubierto. Más allá de tales límites no hay contrato, nos encontramos en el ámbito del "no seguro", de una suerte de nada asegurativa (ver página 42).

Y de ellos e extraen una serie de consecuencias:

a) la carencia de todo derecho, en el asegurado, para reclamar, en tales supuestos, la prestación principal comprometida por el asegurador:

b) el carácter originario de dicha carencia:

c) el carácter irredimible de esas carencias jurídicas, que impide que se puedan sortear sus efectos, ocurrido el hecho siniestral.

Con relación al tema de lo previsto por el artículo 56 de la ley de seguros se ha sostenido que al tratarse de un supuesto de "no seguro" no rige a su respecto la norma citada. El fundamento de tal postura se encuentra en la propia norma del artículo 56, cuando requiere determinadas calidades a los sujetos de la relación: que se trate de "asegurador" y "asegurado", y precisamente en los casos de exclusiones a la cobertura y demás situaciones de "no seguro", faltan esas calidades.

Nadie es asegurador de aquellos supuestos que están excluidos de la cobertura establecida en el contrato, es decir, no forman parte de su contenido. Sostener lo contrario, conduce a que, por la vía del mero transcurso de un plazo, pueda llegarse a decidir que el reclamante sea titular de una cobertura asegurativa que nunca contrató, cuyas características y medida no se conocen, y por la que no se abonó prima, razón por la cual cualquier pago que el asegurador deba efectuar en esas condiciones estará fuera de



la originaria decisión de análisis, evaluación y toma de riesgo y de todo cálculo de prima, afectando en última instancia a la comunidad de asegurados, obligando a responder por un riesgo no asumido y que quizá nunca se hubiera asumido (ver página 47 obra citada y jurisprudencia allí mencionada).

Incluso quienes postulan una interpretación intermedia con respecto a las consecuencias de la omisión de pronunciarse por parte de la aseguradora, consideran que el simple correr del plazo del artículo 56 no significa que queden comprendidos en ese reconocimiento y en la zona de cobertura, rubros excluidos expresamente y ab initio del seguro pactado entre las partes, pues tal solución llevaría a un reconocimiento indebido de la asegurada (ver al respecto *Kemelmajer de Carlucci, "El silencio del asegurador frente a la denuncia del siniestro"*, en lo obra antes citada, pagina 195).

En consecuencia y de conformidad con lo hasta aquí expuesto, considero que la falta de respuesta o la respuesta tardía por la aseguradora en los supuestos de exclusión del riesgo, no tiene los efectos previstos por el artículo 56 de la ley de seguros.

O lo que es lo mismo, su silencio, no hace que la cláusula de exclusión de las incapacidades de origen psiquiátrico y/o psicológicas, pierdan validez o carezcan de relevancia para determinar el riesgo cubierto.

No comparto en consecuencia el agravio que en tal sentido vierte el quejoso en su fundada pieza recursiva y ello sin desconocer la existencia de posturas contrarias, o bien más flexibles que la sostenida o bien similares pero aplicables a otros supuestos".

Cabe formular dos acotaciones más con relación al tema.



La primera, que no estamos en presencia de culpa o dolo del asegurado sino que la cuestión se reduce a la estricta aplicación del contrato de seguro en cuanto establece, como exclusión de la cobertura, la falta de licencia para conducir por parte del conductor del vehículo con lo cual no se analiza la culpa o dolo del asegurado o de un tercero.

Ahora bien en el caso de autos la aseguradora no ha planteado que no era necesaria la comunicación prevista por el artículo 56 de la ley de seguros, razón por la cual y sin perjuicio de la postura que sostengo al respecto y que se trasluce en los párrafos que anteceden, entiendo que dicho aspecto no puede ser introducido en esta Instancia recursiva en función de lo dispuesto por el artículo 277 del Código de rito.

No comparto que el artículo en cuestión pueda ser aplicado de oficio por el sentenciante, sin perjuicio del respeto que me merece la opinión contraria expresada y señalada por mi colega, pero al respecto entiendo que ello es una cuestión que debe ser introducida en el proceso por quien sostenga su aplicación al caso toda vez que no advierto que afecte al orden público.

De todas maneras el tema fue deducido por la aseguradora al señalar que, ante la denuncia del siniestro, procedió a remitir la carta documento de fs. 51 y luego la de fs. 50 por la cual rechaza la cobertura.

Corrido el traslado de la defensa, tal como resulta de la providencia de fs. 58 ni la actora ni el asegurado realizan objeción alguna en relación al tema ya que el primero no se pronuncia y el accionante adopta igual postura.



Tampoco en el alegato presentado por la víctima se alude al tema.

En tal sentido y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 356 del Código de rito, no es un hecho controvertido para el asegurado ni la existencia del porcentaje de graduación alcohólica ni las comunicaciones que le remitiera la aseguradora y mucho menos que las mismas fueran extemporáneas.

En cuanto al actor, ajeno al vínculo contractual, y tal como antes indicara ha quedado demostrado que el accionado conducía con 1.4 de graduación alcohólica dándose así el supuesto previsto por la cláusula contractual antes mencionada. Tampoco alegó el actor el supuesto incumplimiento del plazo previsto por el artículo 56 de la ley de seguros.

En tales condiciones la introducción del tema de la extemporaneidad de la respuesta por parte de la aseguradora constituye una violación del principio de congruencia y defensa en juicio, toda vez que las partes en momento alguno introdujeron dicho tema no obstante que la existencia de las comunicaciones remitidas por la aseguradora fueron puestas de manifiesto al responder la citación en garantía.

Por ello entiendo que se da en el caso una violación al principio señalado en el párrafo que antecede y que justifica la revocación de la sentencia en el punto en cuestión.

Existiendo disidencia en los votos emitidos precedentemente, se integra Sala con **el Dr. Marcelo MEDORI, quien manifiesta:**

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto de la **Dra. Patricia CLERICI**, adhiero al mismo.

Por ello, **esta Sala II**



RESUELVE:

I.- Modificar parcialmente sentencia de fs. 304/309, disminuyendo el capital de condena, el que se fija en la suma de \$ 9.060,00, confirmándolo en lo demás que ha sido materia de agravios.

II.- Impones las costas de Alzada en el orden causado (art. 71, CPCyC).

III.- Regular los honorarios profesionales de los Dres. ... y ... en el 30% de la suma que resulte por igual concepto y por su actuación en la primera instancia (art. 15, Ley 1.594).

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Federico Gigena Basombrío - Dra. Patricia M. Clerici - Dr. Marcelo Medori
Dra. Micaela S. Rosales - SECRETARIA