

**///MOSA, 04 de octubre de dos mil once.**

**VISTOS:**

Estos autos caratulados: **"GONZALEZ ROJAS, SANTIAGO Y OTROS C/BENITEZ, EDGARDO RANULFO Y OTRAS/ORDINARIO", Expte. Nº 16 – Fº 12 – Año 2.011** del registro de la Secretaría de Recursos del Excmo. Superior Tribunal de Justicia, venidos al Acuerdo para resolver conforme lo dispuesto por Presidencia a fs. 307, y;

**CONSIDERANDO:**

Que vienen estos autos al Acuerdo para resolver el Recurso Extraordinario deducido a fs. 280/290 contra el Fallo Nº 14362/10 dictado por la Excmo. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, al haberse hecho lugar al recurso de queja planteado.

Que a fs. 293/295, la contraria contesta el traslado corrido oportunamente, cumplimentándose así el requisito de bilateralidad del proceso, conforme lo dispuesto por el art. 259 CPCC.

Que a fs. 305/306 se expide el Procurador General Subrogante, en el sentido de que debe rechazarse el recurso extraordinario planteado, por entender que el fallo atacado cuenta con fundamentación suficiente y constituye una derivación razonada del derecho vigente, lo que descarta el vicio de arbitrariedad que se le atribuye.

Que se agravia el recurrente porque entiende que la Alzada al citar los antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales y confrontarlos con las pruebas que estima de valor, comete una arbitrariedad manifiesta, que –dice- la lleva a las mismas conclusiones del fallo de primera instancia, pues en desmedro de todo lo dicho y actuado, emite pronunciamiento en base a presupuestos que da por sentado, analizando dos testimoniales obrantes en el expediente penal. Dice que se incurre en arbitrariedad, al omitir pruebas fundamentales a través de las cuales quedó debidamente acreditado la falta de configuración de la ‘culpa grave’, en los términos del art. 70 de la Ley 17418. Insiste sobre lo probado en autos y la valoración parcial que efectúa la Cámara, pues la citada en garantía no probó que se haya configurado culpa grave y por ende la exclusión de su responsabilidad; sigue diciendo que fue declarada negligente en la producción de las únicas pruebas a producir: pericial contable y accidentológica que serían esenciales para acreditar que fue el grado de alcohol en sangre del demandado el desencadenante del siniestro, y que ello jamás se probó; quedando como único elemento probatorio el expediente penal, por lo que concluye que es incomprensible entonces lo sentenciado tanto por la A quo como por el Tribunal Ad quem.

Afirma que además de la falta de prueba de la aseguradora, tampoco se meritó la falta de contestación de la demanda y rebeldía del demandado, que crea una presunción de los dichos de la parte actora, con valor decisivo si no existe otros elementos que la contradigan y mas aún si estos la corroboran. Sostiene que en autos, no existe prueba en contrario producida por la aseguradora que contradiga los dichos del recurrente.

Seguidamente refiere a la función social que cumple el seguro de responsabilidad civil, el que se vería desnaturalizado de admitirse la exoneración de responsabilidad por culpa grave del asegurado, por lo que entiende que la culpa grave debe apreciarse con criterio restrictivo y atendiendo a las circunstancias y particularidades de cada situación, cita jurisprudencia y doctrina al respecto.

Por último, se agravia por la confirmación del monto por daño moral otorgado por la A quo, interpretando que la Cámara con un tinte segregador da relevancia a la suma fijada en la instancia inferior, en desmedro de lo pedido por el recurrente e insistiendo en que la víctima era un desocupado, sin merituar la juventud de la víctima, su condición humilde y que los padres han quedado sin él a temprana edad. Explica que la arbitrariedad se reitera cuando la Alzada trata los intereses y concluye que cabe su aplicación desde el dictado de la sentencia, por no existir antes de ella deuda dineraria, siendo que la realidad es otra, pues entiende que los intereses corren desde que se produjo el evento dañoso, por ser desde esa fecha que el mismo afecta a las partes intervinientes, dice que la sentencia que se dicta confirma una situación preexistente y no la crea.

Concluye en que, todo lo dicho confirma la arbitrariedad denunciada, solicitando se modifique el fallo de la Alzada, respetando el reclamo conforme se planteara, manteniendo los importes reclamados al promover la acción.

Que la contraria, contesta el traslado a fs. 293/295.

Que a fs. 305/306, obra dictamen del Procurador General opinando que debe rechazarse el recurso interpuesto.

Que entrando a resolver el recurso extraordinario planteado y analizada que fuere la sentencia recurrida, se advierte que el recurrente logra demostrar el vicio de arbitrariedad alegado; vicio éste que al modo de ver de este votante, se manifiesta desde dos perspectivas, una procesal y otra de fondo.

Que desde lo procesal, se observa que tanto en la primera como en la segunda instancia como bien afirma el recurrente, se ha fallado sobre meras presunciones, habida cuenta que en primer lugar, la aseguradora citada en garantía no ha producido prueba alguna respecto del hecho constitutivo de su pretendida eximición de responsabilidad, esto es la exclusión de la cobertura del seguro por culpa grave del asegurado por su estado de ebriedad. Tampoco se tuvo en cuenta por las sentenciantes, en relación a la responsabilidad de la aseguradora en función de lo dispuesto por la Ley de Seguro (art. 110 y cctes.), la rebeldía decretada al demandado por la falta de contestación de demanda (Resolución de fs. 75).

Que conforme surge de las constancias de autos (fs. 57 vta.), la citada en garantía al contestar la demanda, ofrece como pruebas, además de la documental, la pericial contable y la criminológica. En la pericial contable ofrece como puntos de pericia que, a) se determine si existe en la póliza N° 5190-0031045 una cláusula de exclusión de cobertura por haber mediado de parte del asegurado culpa grave; b) transcriba el texto de la misma en su informe. Que a fs. 115, mediante Auto Interlocutorio N° 223/05, a pedido de la parte actora (fs. 110) se declara negligente a la citada en garantía Caja de Seguros S.A. en la producción de las pruebas periciales contable y criminológica ofrecidas por esta, dándosele por decaído el derecho dejado de usar.

Que la negligencia declarada, provoca la orfandad de prueba que hacen a las afirmaciones de la citada en garantía como ser entre otras: -la póliza de seguro mencionada por la demandada de cuya constancia no obra en autos (fs. 56) en donde constaría la referida cláusula de exclusión de cobertura que menciona la aseguradora; como tampoco se demuestra la existencia de acuerdo alguno entre asegurado y aseguradora en tal sentido. Que tales hechos eran básicos y esenciales para hablar de la procedencia en su caso, de la alegada eximición de responsabilidad de la citada en garantía, estando a cargo de la aseguradora probar la existencia de la cláusula o pacto expreso sobre la exclusión de cobertura, como hecho constitutivo del lo que se pretende hacer valer, o sea, eximirse de responsabilidad por los hechos de su asegurado.

Que ni la Juez A quo ni el Tribunal Ad quem, tuvieron en cuenta o merituaron esta falta de prueba esencial; y se dice esto porque partiendo del art. 158 de la Ley de Seguro N° 17418, disposición que precisa el ámbito de esfera de la autonomía de la voluntad enumerando las normas que son insusceptibles de ser modificadas por acuerdo de partes; es el art.

114 de la misma Ley de Seguro que dispone que, el asegurado no tiene derecho a ser indemnizado cuando provoque dolosamente o por culpa grave el hecho del que nace su responsabilidad; éste artículo puede modificarse a favor del asegurado, conforme aquella disposición, permitiendo que la culpa grave puede ser asegurada mediante pacto expreso e incorporarse a las condiciones particulares como riesgo cubierto contra pago de primas adicionales. En este marco legal se entiende entonces que, estaba a cargo de la Aseguradora acreditar si en la Póliza de Seguro N° 5190-00131045-06 existe una cláusula de exclusión de cobertura por haber mediado de parte del asegurado culpa grave; tal es el punto de pericia por ésta requerido al ofrecer la prueba pericial (57 vta) que posteriormente es declarada la negligencia en su producción (fs. 115/116).

La orfandad probatoria en tal sentido, no merituada en la sentencia tanto por la A quo como por la Alzada, provoca lo que Sagües denomina 'arbitrariedad fáctica' también cubierta por la doctrina de la sentencia arbitraria (Sagües, Nestor 'Recurso Extraordinario', T.2, Astrea 2002, pag. 255 y sgtes.) que se da siguiendo la jurisprudencia de la Corte Suprema, cuando la resolución presenta dos vicios; resolver contra o con prescindencia de las pruebas fehacientes regularmente presentadas en el juicio; o fundarse en pruebas que no constan en el proceso (CSJN, Fallos 207:72; 217:198 y 986; 284:115). En autos, la Aseguradora no ha acreditado, si se pactó como condición particular como riesgo cubierto o no con el asegurado, la exclusión de cobertura del seguro y esto se torna relevante por cuanto, como lo argumentara el recurrente y lo sostiene la doctrina, todo lo relacionado con la culpa grave es de interpretación restrictiva como causal de exclusión; además la exclusión de cobertura sólo funciona y resulta oponible contra el asegurado (Código de Comercio, com. y anot., Adolfo Rouillon, T. II, La Ley, comentario art. 114 pag. 166).

Que a ésta arbitrariedad procesal, se suma la arbitrariedad de fondo que también se advierte en la sentencia. Siendo que, el objeto de la litis refiere a una acción por daños y perjuicios por un accidente de tránsito, y al ser citada en garantía la Caja de Seguros S.A., ésta opone como defensa para eximirse de la responsabilidad que se le endilga en su carácter de aseguradora, la exclusión de cobertura del seguro por culpa grave del asegurado.

Que la Ley 24449 de Tránsito y Seguridad Vial dispone en su Art. 68 que, todo automotor, acoplado o semiacoplado debe estar cubierto por un seguro obligatorio, de acuerdo a las condiciones que fije la autoridad

en materia aseguradora, que cubra eventuales daños causados a terceros, transportados o no. Y al respecto en el tema de los seguros, hay que distinguir dos clases sustanciales distintas de seguros, tanto por la fuente como por la naturaleza de los intereses asegurables, por la oponibilidad a terceros y por el fundamento jurídico subyacente. Los seguros obligatorios se introducen a través de normas legales, en nuestro caso la Ley 24449, en el cual, ciertos riesgos tienen que estar cubiertos. Aquí, el asegurado ve limitada su voluntad, pues se trata de un seguro obligatorio, no es un sistema de protección del patrimonio del asegurado, sino que el mismo ostenta una finalidad asistencial de la víctima. Los seguros obligatorios y los que no lo son, son distintos, tienen fundamento e interés asegurable diferente.

Entonces, cuando la contratación del seguro es obligatoria, tales cláusulas no son oponibles al damnificado si contienen normas que establecen la obligatoriedad del seguro, pero sí son oponibles cuando no contrarían las normas que establecen la obligatoriedad del seguro, sería el caso por ejemplo cuando la culpa grave es de la víctima. En otras palabras, no son oponibles a los damnificados las cláusulas de responsabilidad civil que el asegurado resulta obligado a contratar por disposición legal, sí en cambio, las cláusulas contrarias a dichas normas. En el seguro automotor obligatorio el verdadero interés asegurable es el tercero damnificado y ya no el patrimonio del asegurado.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, no se justifican fallos que aplican reglas de seguro obligatorios a los no obligatorios. La regla parece fundamentada, pero también nos lleva a otra conclusión lógica, que parte de la sustancial diferencia apuntada, no se puede aplicar a los seguros obligatorios, los principios del seguro no obligatorio (Granajo, Sandra "Seguros Obligatorios vs. No Obligatorios" en "Coloquio sobre Justicia y Seguros, La Ley; Camporaghi, Alberto A., "La oponibilidad de los terceros, de las condiciones, cláusulas, franquicias y sumas máximas aseguradas de las pólizas de responsabilidad civil, of. Cit.).

Como se ha señalado (Mosset Iturraspe, Jorge y Rossatti, Horacio D., "Derecho de Tránsito, Ley 24449, p. 277/8) si no corresponde que los daños sean soportados por la aseguradora debe repetirse. No se pueden oponer excepciones que tengan que ver con los deberes del asegurado. Cumpliendo así el seguro una función social que excede el mero contrato y los derechos y obligaciones del contratante.

En el caso, nos encontramos con un seguro socializado que va mas allá del contrato entre partes. La obligatoriedad está significando

que se trata de algo diferente; tiene una matriz social, para proteger a quien circula por la vía pública frente a la existencia de dicha vía de un instrumento peligroso como es el automóvil. Carece de sentido la existencia de un seguro obligatorio, si el tercero que se ve favorecido por esa contratación no recibe la contraprestación por una situación creada por uno de los contratantes; situación a la que es del todo ajeno. Por lo tanto, si no corresponde que los daños sean soportados por la aseguradora, hay repeticiones, pero no puede oponerse excepciones que tenga que ver con los deberes del asegurado, por la función social que cumple el seguro.

Que la resolución de la Cámara –como de la Juez Inferior– desconoce una regla elemental, la diferencia entre el seguro voluntario y el obligatorio y en este último caso la función social en el caso particular, lo que torna arbitrario el fallo y por lo tanto pasible de nulidad. En consecuencia y conforme lo expuesto, procede hacer lugar al recurso extraordinario por arbitrariedad del Fallo Nº 14.362/10, debiendo remitirse las presentes actuaciones a la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, con la integración que corresponda, a fin de que se proceda al dictado de un nuevo pronunciamiento.

Por ello, y con las opiniones concordantes de los Señores Ministros, Dres. Eduardo Manuel Hang, Héctor Tievas y Ariel Gustavo Coll se forma la mayoría que prescribe el art. 25 de la ley 521 y sus modificatorias y artículo 126 del Reglamento Interno para la Administración de Justicia, suscribiendo el presente los Señores Ministros Subrogantes, Dres. Claudio Ramón Aguirre y Ramón Alberto Sala, sin emitir opinión personal, por lo que el

**EXCMO. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA**

**RESUELVE:**

1º) Hacer lugar al recurso Extraordinario por Arbitrariedad interpuesto, declarando la nulidad del fallo Nº 14.362 -Tomo 2.010 de la Ex-cma. Cámara de Apelaciones Civil y Comercial. Con costas a la perdidosa (art. 68 CPCC).

2º) Mandar dictar nuevo fallo por la Excma. Cámara de Apelaciones conforme la integración que corresponda.

3º) Regístrese, notifíquese y oportunamente bajen los autos a origen.

***DR. EDUARDO MANUEL HANG***

***DR. HECTOR TIEVAS***

Siguen...///

Cde. Expte. Nº 16/11, registro de la Secretaría de Recursos, S.T.J.

///...firmas.

***DR. ARIEL GUSTAVO COLL***

***DR. CLAUDIO RAMON AGUIRRE***

***DR. RAMÓN ALBERTO SALA***