En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de octubre del año dos mil nueve, reunida en Acuerdo la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular Dra. Nélida Susana Melero y asistencia de las Sras. Juezas de Cámara Dra. Graciela Mercedes García Blanco y Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"M. SA c/ LA S. C. L. de S. G. s/ ORDINARIO", expte. nro. 224/09,** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial nro. 2 (expte. nro. 19/05), y atento el resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 255), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts, Dra. Graciela Mercedes García Blanco y Dra. Nélida Susana Melero.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 229/231? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión la Sra. Juez de Cámara Marta Susana Reynoso de Roberts dijo:

Que llegan las presentes actuaciones a la alzada en apelación (fs. 233) de la sentencia de fs. 229/231 que hace lugar a la demanda y condena a "La S. C. L. de S. G." a abonar en el término de diez días a "M. S.A." la suma de tres mil seiscientos pesos en concepto de indemnización por robo conforme lo establecido en el contrato de seguro (póliza para seguro de robo-valores en tránsito N° *******), con más

el interés desde el 6 de enero de 2004 hasta la total cancelación, a la tasa activa promedio mensual del Banco de la Nación Argentina.

A fs. 244/245 se agrega la expresión de agravios.

Relata que, a la fecha del hurto, la póliza ********* excluía el tipo de siniestro por el que se acciona, de acuerdo a la condición particular N° 4, cláusula N° 4, nominada exclusiones de la cobertura, inciso f) de la póliza mencionada.

Señala que de acuerdo a lo que dispone la ley 5478 y su modificatoria 5817, la función de investigar y juzgar se encuentran separadas (art. 18 CPPCh), resultando la función de tipificar e investigar el delito derivada al fiscal, a quien le incumbe instar la acción penal (art. 37 CPPCh).

Alega que al denunciar, quien luego declara como testigo y se instituyera como víctima, describió el delito como hurto, de allí que se rechazara el siniestro. Si bien muta luego el contenido de la denuncia, nunca probó que se tratara de un robo, correspondiendo al accionante colectar las pruebas necesarias para que la exclusión no se diera.

Hace referencia al testigo único y al alcance de la carátula del expediente, la que resume la naturaleza presunta del crimen, y a la inexistencia del expediente penal.

Y efectúa reiteraciones de la contestación sobre quién efectuó la denuncia, dónde se produjo el hecho, lo que se entiende por robo, agregando que no probó la actora ser propietaria del dinero que dice le fue sustraído ni cumplir, en relación con el mismo, con lo que dispone la ley 25345

para la operación bancaria.

Segundo agravio: se refiere a los honorarios fijados, los que le resultan excesivos.

Indica que los mismos no deben ser expoliatorios, con cita de la Corte Federal y que integrando los honorarios las costas, se sostiene que la imposición de las mismas no debe implicar una penalidad.

Sostiene con fundamento en la normativa nacional y provincial que el monto de la tramitación, resulta absolutamente incidental a los fines regulatorios y agrega que la regulación en crisis se aparta de las normas arancelarias fijadas por los arts. 10 y 11 de la ley arancelaria.

Alude a los arts. 1071 CC y 3 de la ley 24432, modificatoria del artículo 1627 CC.

Observo de la lectura de los agravios que alcanzan mínimamente para ser tratados ante la postura amplia de esta Cámara en el cumplimiento de los recaudos del art. 265 del CC, más allá de introducir argumentos y cuestiones no aludidas en la contestación.

Adelanto que la decisión del sentenciante deviene ajustada.

Conocido es que la denuncia es un acto inicial de la instrucción que contiene la noticia del delito a la autoridad, provoca el acto promotor de la acción, más concretamente, la denuncia es un acto de colaboración del particular para iniciar la persecución de los delitos (“Derecho Procesal Penal”, Clariá Olmedo, pág. 435, Tomo II).

Contiene una transmisión del conocimiento y consiste en la comunicación a la autoridad, que en el caso de autos se efectuó ante la

autoridad policial.

Recibida la denuncia, la autoridad en el ejercicio de las funciones judiciales procede a la formación del sumario de prevención y la comunicación del hecho conocido al instructor.

La policía tiene el imperativo de comunicar el hecho delictuoso, cuyo conocimiento adquiere, a la autoridad competente.

Tal comunicación comprende la descripción del hecho, el encuadramiento legal provisionalmente estimado, pero será en definitiva la autoridad judicial quien hará mérito de la situación del afectado y procederá al encuadramiento penal

De allí que la calificación que otorgara la policía deviene irrelevante, máxime cuando es el juzgado quien, no obstante la carátula del expediente, informa que se investiga el delito de robo (fs. 19 y 199).

Admitido que el delito investigado era robo, y de acuerdo a lo que surge de la póliza, precisamente en las condiciones específicas para el seguro de robo de valores en tránsito, "Riesgo asegurado", cláusula 1. a), asiste razón al sentenciante.

Sabido es que todos los contratos son de buena fe y se los debe interpretar conforme los principios de ésta (art. 1198 CC), la única peculiaridad a decir de Halperín, Isaac en "Seguros", pág. 385, del contrato de seguros, está dada en la naturaleza aleatoria del contrato, en el cual el asegurador queda librado, en lo que respecta al estado de riesgo, a los informes del tomador, resultando dicho contrato de interpretación restrictiva.

En materia de seguro contra robo se ha resuelto que no cabe atenerse al concepto doctrinal de robo que las partes no han tenido en cuenta sino en cuanto fluye de los términos del contrato, porque de lo contrario se trataría de una trampa, tendida a la buena fe del asegurado.

Asimismo, las particulares circunstancias en que el hecho ocurre, en momentos en que no suele haber testigos u otras pruebas directas, hace que exigirlas importaría una demostración imposible, por tal motivo, exigir en este tipo de seguros una prueba acabada y terminante implica no sólo ir contra la naturaleza de las cosas, sino tornar poco menos que imposible, en la práctica, la indemnización al asegurado, haciendo ilusorio el fin de la institución asegurativa (autor y obra citada, pág. 964).

En autos se trata del traslado de dinero que, tal como señalara, se encuentran cubiertos: "Robo de valores en tránsito".

Con relación a los honorarios, no encuentro en la regulación que efectuó el sentenciante que se haya alejado de los parámetros que establece la ley arancelaria.

En los casos en que entendí que los honorarios, aún cuando no se apartaban de las normas arancelarias, se tornaban excesivos, con fundamento en los fallos de la Corte fueron modificados, pero tales condiciones no se dan en autos.

Las costas de esta instancia las impongo al apelante vencido.

A fin de regular los honorarios, que los difiero para el momento del acuerdo, tendré presente la

labor profesional, el resultado obtenido, la posibilidad que las pretensiones prosperen y demás pautas de los arts. 3, 5 y 14 de la ley de aranceles.

A la segunda cuestión la Sra. Juez de Cámara Marta Susana Reynoso de Roberts dijo que:

1) Rechaza los agravios y confirma la sentencia de fs. 229/231.

2) Impone las costas al vencido y difiere la regulación de los honorarios para el momento del acuerdo.

A la primera cuestión la Dra. García Blanco dijo:

Viene a mi conocimiento el presente pleito por apelación deducida por la parte demandada contra la sentencia definitiva nro. 09/2009 (fs. 229/31vta., fs. 233).

La sentencia venida en crisis hizo lugar a la demanda incoada por M. S.A. y condenó a LA S. C. L. DE S. G. a abonar a la sociedad anónima actora la suma de $3.600 en concepto de indemnización por robo conforme lo establecido en el contrato de seguros que identifica, e impuso las costas a la aseguradora vencida, regulando los honorarios de los profesionales actuantes.

A fs. 244/45 luce el memorial de agravios de la accionada.

Inicialmente relata lo dicho al contestar demanda. Pone de relieve que la causa penal no fue encontrada, y solo consta un certificado expedido por el magistrado penal que alude a la existencia de una investigación. No obsta solo la imposibilidad de probar con testigos que se fue víctima de un robo, cuando en la primera oportunidad se adujo

que se trataba de un hurto. La prueba del robo debió ser del asegurado no de la aseguradora, ello es una prueba diabólica.

En definitiva corría por cuenta del actor demostrar que se trataba de un robo y no de un hurto. Dice que la víctima era empleada de la actora por lo cual no iría contra los intereses de su empleadora. Dice que de la documental solo surge la promoción de la denuncia de hurto, en el formulario presentado a la aseguradora figura como denunciante el Sr. R., no la víctima M., de un hecho delictivo ocurrido en la calle I. que no mantiene lo manifestado en la demanda.

Además de la tipificación de la figura delictiva, en autos nada se probó que el dinero en esa suma fuera de la actora ni la operación bancaria que dijo realizaría, encontrándose en violación de lo dispuesto en la ley 25345 y la Resolución de la AFIP 1547 que veda la disponibilidad de sumas superiores a $1.000.

No probó el hecho ni el dinero en su propiedad y transporte. Ausencia de expediente penal que pruebe el delito, un testigo contradictorio entre lo que dijo inicialmente y a posteriori resulta insuficiente para fundar la condena.

Critica la regulación de los honorarios de los profesionales actuantes.

Análisis:

En principio encuentro que al contestar demanda la compañía aseguradora hace puntual hincapié en la delimitación del concepto hurto y robo, ello con relación a la posibilidad de exclusión de la póliza, en beneficio de su parte. Pero también cuestiona y niega

que M. fuera dependiente de la denunciante, el lugar del hecho, la portación del dinero por parte de éste, ver fs. 80 a 81.

No olvido que la finalidad de la actividad probatoria es crear la convicción del órgano jurisdiccional sobre la existencia o inexistencia de los hechos alegados por las partes en su correspondiente oportunidad procesal, que son motivo de discusión y que no están exentos de prueba.

La carga de la prueba señala a quién corresponde evitar que le falte la prueba de cierto hecho para no sufrir sus efectos perjudiciales. La carga no significa obligación de probar, sino que implica estar a las consecuencias que la prueba se produzca o no, ya que en virtud del principio de comunidad procesal, el material probatorio incorporado surte todos sus efectos, quienquiera que los haya suministrados (Devis Echandía "Teoría de la prueba judicial", t.I, pág. 426, Bs.As.-70; Sentis Melendo, Santiago "Teoría y práctica del proceso", t.III, pág. 200, Bs.As.).

En consecuencia, la actividad probatoria no supone ningún derecho del adversario sino un imperativo del propio interés de cada parte. Es una circunstancia de riesgo que consiste en que quien no acredita los hechos que invoca como fundamento de su derecho, pierde el pleito (Couture, Eduardo, "Fundamentos del derecho procesal Civil", pág. 42).

Por estos argumentos doctrinarios, la afirmación del A quo que pesaba sobre el demandado demostrar, se presenta como imposible, es decir que fuera un robo o un hurto (fs. 230vta.).

En cambio sí estaba facultado para

demostrar que había la aseguradora demandada adoptado una conducta más diligente que el simple rechazo del reclamo.

Es preciso tener en cuenta que en un seguro de robo lo que el tomador pretende es cubrir -mediante el pago de una prima- su propia vulnerabilidad o descuido, circunstancias que suelen aprovechar los ladrones para intentar la sustracción. Si nos colocáramos en la hipótesis de exigir medidas de seguridad insuperables o controles que absolutamente impidan cualquier intento de robo, no se comprendería cuál es la finalidad de contratar un seguro de esta índole y, desde el punto de vista técnico, caería el interés asegurable. Por eso, Halperín recuerda jurisprudencia según la cual "la negligencia o descuido del asegurado es circunstancia prevista que se traslada a las entidades aseguradoras, quienes al extender la póliza están aceptando la posible ocurrencia de tales supuestos", extremo que sería carga de la aseguradora probar (ver "Operatividad de la regla de buena fe en el contrato de seguro", cap. XXXI en la obra "Tratado de la buena fe en el derecho", tomo I, p. 499, La Ley, Bs. As., 2004).

Dicho esto, el asegurado debe probar la existencia del hecho (luego analizaré, si corresponde, se trató de robo u hurto) perjudicial, el siniestro, situación criticada al contestar demanda por la aseguradora y como dijera párrafos precedentes, el juez no atendió específicamente y considero es una alegación esencial que debió resolverse, que se reitera en este memorial.

Con relación al testimonio del dependiente que, más allá de lo expresado en el

memorial de agravios y que fuera dicho al contestar demanda, el deponente era empleado de la actora, pero no fue tachado ni impugnado en la instancia procesal oportuna y las manifestaciones sobre la credibilidad de sus respuestas resultan improcedentes ante tal abstención procesal. Es incumbencia de la parte impugnar o tachar al testigo, el código ritual no impone tal función a los jueces, ni determinada valoración posibilitando al magistrado una apreciación amplia sin otra limitación que la lógica y la experiencia. Carece de normas que establezcan enumeraciones, o divisiones taxativamente impuestas, ya sea tacha u observación sobre la idoneidad del testigo, toda vez que ha de referirse siempre a la persona de la cual se sospecha incapacidad, inmoralidad o interés y es la parte quien ha de plantearlo al Tribunal (Fenocietto, Eduardo, "Código Procesal…", t.1, págs. 639/40, ed. Astrea-2000).

Surge coincidentemente la declaración testimonial con la documentación agregada, certificación policial de fs. 141 y fs. 147, lo dicho en sede policial que al estacionar en calle S. frente al colegio, le fue arrebatado el dinero, que eran cuatro fajos de $100 que eran para ser depositados en el Banco P. C..

Por lo aquí analizado, se cuenta con la versión de la parte actora y su dependiente que el dinero le fuera arrebatado el día 6/1/2004, cuando se dirigía este último a hacer un depósito al banco en el centro de Comodoro Rivadavia y en horario bancario, mientras que la demandada no lo desconoció al contestar el reclamo, dice que el "hecho no fue robo".

La pregunta que me surge de la lógica:

¿es veraz el hecho?; en principio entiendo que la respuesta es afirmativa porque no fue negada por la accionada al reclamarse el pago de la póliza, a esto se sigue, si es esa cantidad de dinero, el dinero era para los fines dichos y más aún, como acreditó el actor que salió de su empresa M. SA con tal objetivo protegido por el seguro, eso último no le fue requerido al asegurado.

La cláusula 176 expresamente impone una contabilidad clara concordantemente con lo dispuesto en la Cláusula 6 "Cargas del asegurado", estaba obligado a llevar registraciones del objeto del seguro e impone específicos recaudos en especial en la primera de las cláusulas nombradas, que no resultan de las probanzas de autos. Obviamente ello se desprende de la naturaleza del dinero que es una cosa no fungible (ver artículos 616 y concordantes del Código Civil).

La aseguradora en ningún momento requirió tal conducta del asegurado, salvo la posición planteada tibiamente al contestar demanda porque se estructuró exclusivamente su negativa en el rechazo al pago del resarcimiento pactado al descalificar el pedido por entender que era una de las previsiones de la póliza por tratarse de un hurto, excluido por otra cláusula contractual.

En ningún momento puso en tela de juicio la propiedad del dinero ni mucho menos la gestión que intentaba realizar.

Juega, entonces, la conducta previa de las partes contratantes, y que bien vale puntualizar, donde esta compañía solo desestimó su reclamo por la tipificación penal al contestar por CD de fs. 15, no negada al contestar demanda. Interpretando el silencio

como expresión tácita de conformidad (arts. 915 y 919, CCiv.).

Por estos motivos no hago lugar al agravio en este punto, ya que no requirió prueba de los extremos que habría invocado el asegurado, tal y como la facultaba la póliza (el contrato) su pretensión no podrá prosperar, además de haber reconocido la existencia del hecho.

En suma, no encuentro atendible, conforme lo dicho, la causal de liberación invocada por la accionada, más aún cuando la buena fe en los negocios impone hablar claro y en ningún momento esa aseguradora manifestó su voluntad de rechazar por dudar de la existencia del hecho, sino por su tipificación jurídica, y menos se escudó para rechazar en dudar del hecho y de la propiedad de los valores según el intercambio epistolar del telegrama de fs. 15 no desconocido por la accionada y fs. 17, reiterativo, ya que al contestar demanda pretende cambiar el sentido de lo dicho en las misivas, cuando expresamente dice que el hecho está excluido.

Tuvo a su disposición la aseguradora los elementos para indagar más allá de lo denunciado y proponer arbitrar alguna solución, ya que quien contrata un seguro espera en algún modo una protección a una situación incierta, futura, y que ocurrió cuando lo atendieron ni le propusieron una reparación ni escuchar su situación.

Vuelvo sobre el tema del hecho ocurrido el 6 de enero 2004 a la persona del dependiente de la actora; la declaración testimonial coincidente con las escasa pruebas documentales de fs. 141 y 147 sobre la existencia del arrebato del dinero, la omisión del

asegurador de exigir mayor controles o bien utilizar los pactados, y el reconocimiento del hecho (fs. 15 y 17) hacen a la presunción y contienen indicios suficientes para llevar a la conclusión que el hecho ocurrió tal y como fuera descripto a fs. 147 y que coincide con el relato descriptivo en la demanda.

Conforme los argumentos expuestos, considero que el hecho ocurrió como dijera en párrafos anteriores.

A mayor abundamiento agrego que "…el indicio es considerado como la causa de la presunción y ésta el efecto de aquel. Gorphe, al hablar de los indicios, presunciones y circunstancias, señala: este medio de prueba está extremadamente difundido y mal definido.

"Consiste en recoger e interpretar todos los hechos o circunstancias que pueden llevar al descubrimiento de la verdad. Tampoco tiene, hasta el presente, una denominación precisa. Los civilistas hablan más bien de presunciones de hecho o del hombre, ya que no se trata aquí de las llamadas legales. Los criminalistas de indicios y los juristas ingleses o americanos, de circunstancias, término que es el más genérico: de allí proviene el nombre de prueba por presunciones o (se admite esta acepción) presuntiva o de prueba indiciaria (término reciente) o el de prueba circunstancial (término inglés). Comprende todo hecho o circunstancia que tiene relación con el hecho investigado y permite inferir su existencia o modalidad; puede decirse que abarca todo lo que no entra en las demás pruebas (y no solamente como dice Wigmore, lo que no entra en la prueba testimonial, aun interpretada lato sensu)" ("Apreciación judicial de las

pruebas, pág. 261)” (Falcón, E. “Tratado de la prueba”, T.2, pág. 452, ed. Astrea-2003).

Cerrando el tema, doy por cierto que el día 6 de enero de 2004, al Sr. M. le arrebataron el “sobre plástico” que portaba con el dinero, no negado por la compañía aseguradora, en oportunidad de realizar un depósito bancario en horario de funcionamiento de dichas entidades en el centro de la ciudad, sin que las dialécticas manifestaciones respecto de la calle en cuestión modifiquen la conclusión.

En cuanto a si se trató de robo o hurto, por la descripción efectuada por la persona que la sufriera como acto físico, es decir el dependiente, he de coincidir con el A quo sin que el mero disenso del apelante conmueva en este punto lo dicho, ya que la policía solo limita su accionar a comunicar no a tipificar en la figura pertinente y, como dijera, no requeridos mayores presupuestos por la aseguradora, no he de admitir la negativa al pago de lo solicitado.

El Superior Tribunal de Justicia de nuestra provincia ha admitido en sentencia del 01/06/98, mediante voto del Dr. Torrejón, que “La circunstancia que un magistrado haya tratado con mayor relevancia en su voto no significa discordancia, pues los jueces son libres de decidir los elementos que forman la convicción, siempre que se ajusten a los criterios de valoración de las pruebas establecido en el orden procesal, y a todo evento llegan por distintos caminos a idéntica conclusión, formando así la mayoría legal suficiente para justificar el fallo”. Con tal alcance, he compartido lo dispuesto por la Sra. Camarista prevotante, a lo que agrego que, además de los fundamentos dados, hago propios los brindados por

la misma.

Igual suerte adversa corre la apelación sobre la regulación de los honorarios de los profesionales actuantes. No se apartó de lo dispuesto en la legislación arancelaria el juez de grado, ni tampoco resulta aplicable en la especie el reajuste pretendido porque no existe una exorbitancia que amerite el encuadramiento en el criterio excepcional de la Corte Suprema del país, por ello se rechazan los agravios.

Las costas de la Alzada las impongo a recurrente vencida según principio objetivo de la derrota (art. 69 CPCCCh).

A la segunda cuestión la Dra. García Blanco dijo:

Por coincidir con la Dra. Reynoso de Roberts, doy por reproducida la fórmula postulatoria.

En este estado, y de conformidad con lo establecido en los arts. 274 y 275 del CPCCCh, se deja constancia que la decisión se adopta por mayoría, por lo que la Dra. Melero no emite su voto.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar la siguiente

SENTENCIA:

1) Rechazar los agravios y confirmar la sentencia de fs. 229/231.

2) Imponer las costas al vencido, a cuyo fin se regulan los honorarios profesionales del Dr. E. N. en la suma de PESOS DOSCIENTOS DIEZ ($210) y del Dr. V. M. C. A. en la suma de PESOS CIENTO VEINTE ($120).

3) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2009
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "CyC"