

Poder Judicial de la Nación
Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial
SALA D

En Buenos Aires, a los 2 de septiembre de 2014, se reúnen los Señores Jueces de la Sala D de la Excelentísima Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, con el autorizante, para dictar sentencia en la causa “GARCIA JORGE ALBERTO Y OTRO c/ PARQUE DE LA COSTA S.A. s/ ORDINARIO”, registro n° 124.168/2002, procedente del JUZGADO N° 16 del fuero (SECRETARIA N° 32), donde está identificada como expediente N° 47.643, en los cuales como consecuencia del sorteo practicado de acuerdo con lo previsto por el art. 268 del Código Procesal, resultó que debían votar en el siguiente orden, Doctores: Heredia, Dieuzeide, Vassallo.

Estudiados los autos la Cámara planteó la siguiente cuestión a resolver:

¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada?

A la cuestión propuesta, el Señor Juez de Cámara, Doctor Heredia dijo:

1°) Invocando haber sido víctimas del robo de un automotor de su propiedad, el señor Jorge Alberto García y la señora María Silvina Burruchaga promovieron la presente demanda contra Parque de la Costa S.A. imputándole incumplimiento a sus deberes como garajista ya que, afirmaron, la sustracción del rodado tuvo lugar cuando se encontraba bajo su custodia en una playa de estacionamiento propia.

Reclamaron el valor del vehículo y otros rubros por un total de \$ 36.800, o lo que en más o en menos resulte de la prueba, intereses y costas.

Asimismo, solicitaron la citación en garantía de HSBC La Buenos Aires Seguros, como aseguradora de la demandada.

2°) La sentencia de primera instancia -dictada a fs. 951/958- acogió parcialmente el reclamo condenando a Parque de la Costa S.A. al pago de \$ 21.000, con más intereses calculados a la tasa que percibe el Banco de la

Nación Argentina en sus operaciones de descuento a treinta días, y las costas del pleito.

Para así decidir, el señor juez *a quo* tuvo, ante todo, por acreditado el hecho delictivo invocado en la demanda, esto es, que el automóvil perteneciente a los actores fue efectivamente robado de una playa de estacionamiento explotada por Parque de la Costa S.A. Al efecto, ponderó la denuncia policial oportunamente efectuada como motivo del evento, material fotográfico, las constancias de la correspondiente causa penal y declaraciones testimoniales. Destacó, asimismo, que en contraposición a tales elementos de prueba, la demandada no había logrado acreditar su afirmación de que, en realidad, el automotor no había sido detenido en su playa de estacionamiento.

Seguidamente, concluyó que la demandada había asumido la custodia y guarda del vehículo en función de un contrato de garaje convenido con los actores y que, por ello, frente a su robo, debía considerarse civilmente responsable por la pérdida sufrida por aquellos. Al respecto, interpretó que la prueba del referido contrato surgía de facturas por uso de cochera y recibos cuya autenticidad no fue negada al contestarse la demanda, así como de la declaración de testigos. Y, a luz de ello, juzgó comprometida la responsabilidad de la demandada por incumplimiento de la obligación de restitución, que calificó "de resultado", derivada de los arts. 2182 del Código Civil y 124 del Código de Comercio, afirmando, además, que dicha responsabilidad quedaba, por una parte, confirmada por los peritajes de ingeniería y contable en cuanto resultaba de ellos la falta de personal de custodia, y por otra parte, no excluida por la existencia de carteles puestos en la playa de estacionamiento por la misma garajista diciendo declinar responsabilidad por daños a los vehículos.

Finalmente analizó los rubros indemnizatorios solicitados, rechazando el reclamado por daño moral y condenando, en consecuencia, a Parque de la Costa S.A. a pagar (a) la suma de \$ 16.000 en concepto de reembolso del valor de la unidad robada, y (b) la suma de \$ 5.000 por privación de uso. Ello con más intereses a la tasa bancaria ya mencionada.

Con relación a la compañía de seguros citada en garantía, el magistrado de la anterior instancia consideró que la franquicia o cláusula

limitativa que invocó al contestar la citación no surgía de la póliza respectiva, por lo que la sentencia le era ejecutable en la medida del seguro.

3°) HSBC La Buenos Aires Seguros expresó sus agravios valiéndose del escrito de fs. 997/1001, cuyo traslado contestaron los actores en fs. 1047/1051 y la demandada en fs. 1060/1061.

Parque de la Costa S.A. hizo lo propio mediante recurso que fundó a fs. 1016/1024 y que fue resistido por los demandantes en fs. 1053/1056.

De su lado, Jorge Alberto García y María Silvina Burruchaga presentaron el memorial de fs. 1027/1034, el que fue contestado por la compañía de seguros citada en garantía en fs. 1058/1059 y por la accionada en fs. 1062/1066.

Existen, asimismo, recursos por los honorarios regulados, que serán estudiados al finalizar el acuerdo (fs. 963, 965, 968, 974, 976, 982 y 984).

4°) Ante todo, corresponde examinar la petición contenida a fs. 1022, punto 2.5.5, consistente en que se libren oficios a las compañías de seguros enumeradas a fs. 437 vta., para que informen si abonaron alguna indemnización a los actores con motivo del robo de que tratan estas actuaciones y, en caso negativo, el motivo por el cual ello no sucedió.

La petición es notoriamente inadmisibile.

A fs. 439 el juez *a quo* desestimó el libramiento de los indicados oficios por entender que ello representaba una improcedente sustitución de prueba, refiriéndose el magistrado, en tal sentido, a la de informes ofrecida respecto de la Superintendencia de Seguros de la Nación, que se cumplió con el resultado adverso que puede leerse a fs. 421.

Frente al pedido de reposición planteado por la demandada, el juez mantuvo su decisión denegatoria (fs. 469).

En ese marco, lo solicitado ante esta alzada por dicha parte es un replanteo de prueba en los términos del art. 260, inc. 2°, del Código Procesal, para cuya admisión, como es sabido, resulta necesario que el interesado formule una crítica concreta y razonada de la resolución adversa de primera instancia (conf. Palacio, L. y Alvarado Velloso, A., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, explicado y anotado*

jurisprudencial y bibliográficamente, Santa Fe, 1992, t. 6, p. 367; Fenochietto, E. y Arazi, R., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado y concordado*, Buenos Aires, 1993, t. 1, p. 932; CNCom. Sala D, 21/8/92, "Barrios c/ Garage Glomaro"; en igual sentido, Sala A, 28/2/91, "Rodríguez Luís c/ La Meridional Cía. Argentina de Seguros s/ sumario"; íd. íd., 5/8/94, "Apalategui D'Angelo SC c/ Apalategui y Cía. SC"; Sala E, 5/10/95, "Banco Mayo c/ Gginno S.R.L.", entre muchos otros).

Pues bien, en la especie basta leer el indicado capítulo 2.5.5 del escrito de agravios para advertir la absoluta ausencia de un claro y expreso cuestionamiento que persuada sobre la pertinencia y necesidad de admitir el pedido en examen. Esto es así, pues no sólo la recurrente no controvertió eficazmente el auto denegatorio de fs. 439, sino tampoco los fundamentos de la providencia que rechazó la reposición intentada contra tal auto.

Independientemente de lo anterior, no soslayo que la prueba de informes ofrecida respecto de la Superintendencia de Seguros de la Nación (fs. 301), tuvo el mismo objeto que la ahora reclamada para ser cumplida en cabeza de distintas aseguradoras.

Empero, como lo resolvió el juez *a quo* esta última resulta improcedente por ser sustitutiva de aquella otra, sin haberse ofrecido en la oportunidad procesal adecuada para ello.

Al respecto, conviene recordar que no existe inconveniente en ofrecer pruebas "*ad eventum*", esto es, diligencias probatorias destinadas a nacer frente al fracaso de otras previas. Pero para que ello sea procesalmente admisible, unas y otras deben ofrecerse en los escritos introductorios de la instancia y no, como ocurre en el caso, recién cuando se constata el fracaso de la prueba ofrecida. Ello se justifica por el llamado principio de eventualidad procesal, que obliga a que las acciones o defensas, las postulaciones y pruebas "*ad eventum*" sean deducidas jerárquicamente, puesto que la admisión de la anterior, hace innecesaria la siguiente (conf. Podetti, J., *Teoría y técnica del proceso civil*, Buenos Aires, 1963, p. 137, n° 37).

Por lo demás, contrariamente a lo alegado por la interesada, no dijo el magistrado de la instancia anterior que ella "*...no quiso (o no pudo)*

demostrar la existencia de un seguro contra robos...” (fs. 1022), sino que *“...nada impedía a la parte peticionar el libramiento de los oficios solicitados a fs. 437 en la oportunidad procesal correspondiente...”* (fs. 467/468), afirmación esta última claramente referida a la inexistencia de un ofrecimiento de prueba *“ad eventum”* correctamente articulado.

En suma, no hay justificativo alguno para admitir el replanteo de prueba peticionado, y hacerlo implicaría un agravio al derecho de defensa de la contraria, pues habría de soportar la producción de prueba no ofrecida en tiempo y forma.

5º) Sentado lo anterior, y pasando ahora a la consideración de los agravios vertidos respecto de la sentencia dictada en fs. 951/958, por razones de orden expositivo he de considerar en forma conjunta la primera de las quejas ensayada por la citada en garantía y los dos primeros agravios de la demandada, por referirse todos ellos a la cuestión de fondo.

Se trata en autos de determinar si Parque de la Costa S.A. es responsable o no en los términos relatados en la demanda, esto es, por los daños que dijeron haber sufrido los señores Jorge Alberto García y María Silvina Burruchaga a causa del robo del automotor que afirmaron haber detenido en la playa de estacionamiento de la demandada sita en Avenida del Libertador, entre las calles Espora y Roma, de la localidad de Olivos, Provincia de Buenos Aires.

La demandada y la citada en garantía cuestionan la materialidad del hecho desconociéndolo. Además, Parque de la Costa S.A. niega la relación contractual que los actores dijeron haber trabado con ella.

Empezaré por lo último.

6º) Sostuvieron los reclamantes haberse hallados vinculados con Parque de la Costa S.A. por medio de un contrato de garaje, extremo negado por esta última.

El contrato de garaje es un contrato atípico que, de ordinario, participa primordialmente de los caracteres del depósito, ya que su objeto principal es la custodia del vehículo (conf. CNCom. Sala A, 31/10/77, ED t.78, p. 145; Etcheverry, R., *Derecho Comercial y Económico – Contratos – Parte Especial*, Buenos Aires, 2000, t. 3, p. 166, nº 725, “a”; Stiglitz, R.,

Contratos – Teoría General, Buenos Aires, 1990, ps. 157/158, n° 4; Belluscio, A. y Zannoni, E., *Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado*, Buenos Aires, 2004, t. 9, p. 832, texto y jurisp. cit. en nota n° 15; Borda, G., *Tratado de Derecho Civil – Contratos*, Buenos Aires, 2005, t. I, ps. 458/459, n° 600; Fernández, R. y Gómez Leo, O., *Tratado Teórico- Práctico de Derecho Comercial*, Buenos Aires, 2005, t. III-B, p. 255; Zavala Rodríguez, C., *Código de Comercio y leyes complementarias*, Buenos Aires, 1967, t. III, p. 116, n° 131).

No es un contrato para cuya demostración se exija una forma determinada (conf. CNCom. Sala D, 1/6/89, “Ciacciarelli, Jorge c/ C. A. Vázquez y J. J. Vázquez Soc. Colectiva”, LL 1990-A, p. 112; Martorell, E., *Tratado de Derecho Comercial*, Buenos Aires, 2010, t. IV, p. 632; Fernández, R. y Gómez Leo, O., ob. cit., t. III-B, p. 262) y, por tanto, su existencia puede ser acreditada por cualquier medio de prueba, incluso por declaración de testigos si existe principio de prueba por escrito o principio de ejecución (arts. 1191 y 1193 del Código Civil; Etcheverry, R., ob. cit., t. 3, p. 172, n° 726, “d”).

En el *sub lite* los actores acompañaron para justificar la existencia del referido contrato diversas facturas de las que surge el pago mensual por el alquiler de una cochera de la demandada desde febrero de 1999 a diciembre del año 2000 (fs. 144/147). Advirtieron en dicha oportunidad que esos documentos fueron emitidos en forma indistinta y/o conjunta a nombre de EF S.R.L. y del actor Jorge Alberto García, explicando que ello obedeció al hecho de que la señora María Silvina Burruchaga trabajaba como vendedora en la citada sociedad, la cual tenía un local en el establecimiento de la demandada, motivo por el que obtenía una tarifa diferencial por el estacionamiento del automotor.

Parque de la Costa S.A., al contestar la demanda, negó en general y en particular los hechos invocados por su contraria, así como la autenticidad de las referidas facturas. En lo que aquí interesa destacar, expresamente sostuvo que “...de manera alguna ha suscripto un contrato de garage con los aquí actores, ni mucho menos puede verse éste configurado por el supuesto depósito del automotor en el establecimiento de mi representada, puesto que ello no ha ocurrido jamás...”; y, párrafos más adelante, que “...

los actores no dejaban habitualmente el automotor en el establecimiento de mi representada, mejor dicho no lo dejaban..." (fs. 296).

Contrariamente a lo argumentado por la demandada, entiendo que en autos han sido arrimados elementos suficientes para acreditar que ella se encontraba vinculada con los actores a través de un contrato de garaje en virtud del cual aquellos estacionaban habitualmente su vehículo en la playa de su establecimiento.

Para así concluir tengo en cuenta, ante todo, las mencionadas facturas.

Al respecto, la negativa sobre tales documentos efectuada en el responde de la demanda, no es de suyo suficiente para negarles habilidad probatoria en casos como el de autos.

Ello es así, porque si con relación al especial contrato atípico de que se trata es suficiente prueba de su existencia -tal como lo ha aceptado reiteradamente la jurisprudencia y la doctrina- la exhibición del *ticket* que se entrega al cliente cuando, siendo el estacionamiento diario, ingresa el automotor a la respectiva playa (conf. CNCom. Sala C, 12/9/2000, "Wohlers, Patricia Ana c/ Consorcio de Propietarios de Austria 2051/2059 y otro s/ ordinario"; íd. Sala E, 31/5/84, "Sangiuliano, José y oro c/ C.A. Vázquez y J.J. Vázquez S.C. s/ ordinario"; Colombres, *El ticket y su influencia en el contrato de garaje*, LL 1995-A, p. 696; Fernández, R. y Gómez Leo, O., ob. cit., t. III-B, p. 263), constituyendo tal instrumento un principio de prueba por escrito (conf. Etcheverry, A., ob. cit., t. 3, p. 172), con igual y hasta incluso con mayor razón, debe aceptarse que la emisión y entrega de facturas en concepto de pago del precio convenido como contraprestación mensual del garajista, ha de acreditar suficientemente la existencia del contrato, tanto más si, como ocurre en la especie, tales facturas presentan membrete la demandada y esta última limitó su defensa, en este aspecto, sólo a la negativa prevista por el art. 356, inc. 1º, del Código Procesal, absteniéndose de acreditar que dichas facturas no le pertenecían, sea porque el membrete no le correspondía, porque la numeración de cada una no se correlacionaba con la utilizada en la época de emisión, o cualquier otro elemento de juicio del que resultase que tales instrumentos no eran de su autoría o que estaban en manos de los actores

por causa distinta a la invocada en la demanda (esta Sala, doctrina de la causa “Monroe Americana S.A. c/ CABAF S.A.”, sentencia del 4/6/2009).

En otras palabras, así como el garajista debe probar que en el estacionamiento diario el ticket no pertenece a sus máquinas timbradoras (conf. CNCom. Sala B, 11/12/92, “Cía. Argentina de Seguros Visión S.A. c/ Celia S.A. s/ ordinario”), así también, cuando se trata de un estacionamiento mensual, debe probar que no le pertenecen las facturas que hubiera acompañado el usuario para acreditar la relación de guarda, o que ellas fueron emitidas por causa distinta de la invocada por quien reclama. Y tal exigencia de prueba negativa a cargo del garajista está de acuerdo, valga señalarlo, con el hecho de que tratándose de un contrato mensual de garaje, no es habitual que el cliente reciba cada vez que ingresa el vehículo un ticket u otro instrumento similar que permita justificar el contrato o tal ingreso (conf. CNCom. Sala E, 16/3/89, “Cía. Arg. de Seguros Visión S.A. c/ Auto Staff Garage”); de donde se sigue, por lógica implicancia, que es dicha parte la que debe cargar con las consecuencias probatorias que derivan de una modalidad de cobro por ella elegida. De ahí, entonces, que no baste que el garajista se limite a una negativa o desconocimiento, ya que el aporte de la prueba no solo no le causa perjuicio, sino que de existir, lo libera definitivamente de la posibilidad de condena. Además, el principio de buena fe procesal conduce a exigir la producción de la prueba a aquella de las partes que se encuentre en mejores condiciones de aportarla, y en el contrato mensual de guarda del vehículo en una playa de estacionamiento, es obvio que la posibilidad de demostrar que el rodado quedó o no bajo la custodia del empresario, la tiene este último, mediante la organización que estime adecuada adoptar (conf. CNCom. Sala C, 9/2/89, “Ricaldone, Rodolfo c/ Álvarez, Mario”; íd. Sala B, 14/11/96, “Finizzio, Irma c/ Propietario Garage Varela s/ sumario”).

A todo evento, partiendo de la base del principio de prueba por escrito que representan esas facturas y de la posibilidad de ellas mismas de servir de prueba del contrato por su contenido “convencional” (conf. CNCom. Sala D, 12/12/2006, “Otis Argentina S.A. c/ Fundación Instituto de Neurobiología – FIDNEU” y sus citas), se cuenta en autos con prueba testimonial que avala la existencia de la contratación.

En efecto, los tres testigos propuestos por los actores fueron contestes en cuanto a que los accionantes estacionaban habitualmente su vehículo en la playa que a tal efecto tiene la demandada. Así, Miguel Ángel Gómez, quien se desempeñaba como cajero en la playa de estacionamiento de Parque de la Costa S.A., aseguró que se les prestaba mensualmente a los accionantes un servicio de cochera vigilada (fs. 558, pregunta 10ª). En forma coincidente, declaró la testigo Alicia Noemí Girotti de Chabel, quien sostuvo que los actores tenían un abono mensual que les permitía estacionar en cualquier estacionamiento que sea de propiedad de la demandada (fs. 557, pregunta 10ª). Asimismo, Melisa Elizabet Martinovic declaró que María Silvina Burruchaga estacionaba el rodado en la playa de la demanda, en cuyo establecimiento se encontraba el local en el que ambas trabajaban (fs. 561, pregunta 10ª).

Corresponde observar, en este punto, que ni la demandada ni la citada en garantía levantaron tacha alguna referente a la idoneidad de los citados testimonios en los términos del art. 456 del Código Procesal.

A partir de tales declaraciones y de las mencionadas facturas, no cabe dudar que las partes se vincularon por un contrato de garaje.

A lo que cabe añadir, para cerrar la cuestión, que si la garajista pretende que no existe contrato alguno, debería haber probado y explicado la razón por la cual el vehículo en cuestión se encontraba en su establecimiento cuando ocurrió el hurto (conf. CNCom. Sala E, 24/8/06, "Omega Coop. De Seguros Ltda. c/ Garage Los Hermanos de Daniel H. Vitcop y Claudio Vitcop s/ ord."; íd. Sala E, 19/12/89, "Boston Cía. Argentina de Seguros S.A. c/ Garage Bogotá 943 (soc. de hecho) s/ ordinario"); extremo este último, el de la sustracción del automotor estando estacionado en la playa de la demandada, de cuya ocurrencia tampoco cabe dudar, tal como lo explicaré seguidamente.

7º) Corresponde analizar ahora las críticas vertidas contra el fallo de la instancia anterior en cuanto tuvo por acreditado el hurto vehicular.

A tal efecto, contrariamente a lo que pretenden en sus agravios tanto Parque de la Costa S.A. como HSBC La Buenos Aires Seguros, en supuestos como el de autos, resulta ciertamente difícil obtener prueba fehaciente sobre el extremo referido, por lo que jurisprudencia y doctrina

tiene admitido que la sustracción pueda ser probada por todo tipo de pruebas, e incluso por indicios o presunciones (conf. CNCom. Sala C, 18/11/88, “Fioravanti Mario Emilio Augusto c/ Garage Once de Peses y Wasserman s/ ordinario”; íd. Sala C, 9/2/89, “Ricaldone Rodolfo y otro c/ Álvarez Mario s/ ordinario”; íd. Sala E, 19/3/89, “Cía. Argentina de Seguros Visión S.A. c/ Auto Staff Garage y otro s/ ordinario”; Borda, G., ob. cit., t. II, ps. 633/634, n° 2076-4; entre otros).

Sobre el particular, cabe reproducir, la fundada ponencia del juez doctor Jaime L. Anaya, entonces vocal de la Sala C de esta Cámara, en los autos caratulados “Siccardi Sociedad Anónima c/ Alsina Parking S.R.L s/ ordinario”, sentencia del 24/9/84.

Según lo expresó ese distinguido ex magistrado y jurista *“...ha de tenerse en cuenta que cuando, como en el caso, el contrato vincula a las partes de una manera estable, esto es no configura una relación esporádica de estacionamiento, el ingreso y egreso de un vehículo puede ser frecuente, acorde con la naturaleza de la actividad de su usuario o propietario. Siendo ello así, resulta obvio que la prueba de cada ingreso del automotor en el ámbito sometido a la dirección del garagista es normalmente insusceptible de una demostración directa, pues no será frecuente que en cada ocasión en que ingrese el vehículo deba el conductor munirse de un medio idóneo a tal efecto. La razonabilidad de esta conclusión ha sido declarada por diversos pronunciamientos, destacándose que una prueba categórica acerca de que el automóvil estaba estacionado en el interior del garage al tiempo en que se produjo el hurto, es extremo a todas luces difícil de rendir (CNCom., Sala D, 31/8/78, “Krumecadyk Marcelo c/ Nuevo Congreso S.R.L. s/ ordinario”; íd., Sala B, 3/8/79, “Pereda Héctor F. c/ José B. Iglesias S.A. s/ ordinario”)...En razón de lo dicho, frente a situaciones como la que nos ocupa, cobran relevancia los elementos de convicción que el demandante pueda aportar a través de datos indiciarios como pueden ser vgr. los comportamientos habituales en orden a la utilización del vehículo, su actitud frente a la desaparición, las explicaciones que en esas circunstancias suministre el garajista, la inmediata exposición de los hechos ante la policía y todos aquellos que puedan estimarse corroborantes con arreglo a lo que suele acontecer ordinariamente. Y ello debe ser así atendiendo a que, estrictamente, el*

garajista no puede desentenderse de la carga de la prueba en lo concerniente a los movimientos de los vehículos confiados a su custodia, en tanto es su obligación conocer y poder informar a los interesados, en todo momento, sobre el movimiento de ingresos y egresos, adoptando los medios conducentes a tal efecto, pues no otra cosa es lo que la regla legal impone para los empresarios de los depósitos (arts. 123, incs. 1° y 2°, 127 y conc. del Código de Comercio)...”.

En el presente caso Parque de la Costa S.A., al contestar la demanda, sostuvo que “...disponía de un circuito cerrado de video...(y)...varios empleados destinados a la seguridad del establecimiento...” (ver fs. 297). En dicha oportunidad también negó la demandada que los actores hubieran poseído la tarjeta de identificación n° 3234 para el ingreso a la playa (en el escrito de inicio ellos afirmaron que les fue sustraída junto con el vehículo; fs. 214), aclarando que, precisamente, la tenencia de esa tarjeta resultaba necesaria para su presentación al personal de seguridad a fin de estacionar y retirar el vehículo (fs. 296 vta.).

A partir de esto último se advierte la alegación por la demandada de que su playa de estacionamiento contaba con una determinada organización de seguridad (cámaras de video y tarjeta de ingreso identificadora del usuario).

No obstante, no se desprende del relato efectuado por la garajista, ni de ninguna otra prueba, si la tarjeta de identificación a la que se hizo referencia era utilizada de manera tal que con ella se registraba electrónicamente el ingreso y egreso del automotor o, si, por el contrario, con su sola exhibición física el personal de seguridad habilitaba la entrada o salida del vehículo sin que esos movimientos quedaran registrados en libro o sistema alguno. Es obvio, que si fuera lo primero, fácil hubiera sido para la demandada acompañar el registro electrónico de los automóviles ingresados el día del suceso a fin de acreditar que el rodado de los actores no fue estacionado. Y si, por el contrario, el ingreso se producía con la sola exhibición de la tarjeta sin quedar registro alguno, ello no es más que un defecto de control de la organización establecida por la garajista a cuyas consecuencias eventualmente debe estar (arg. art. 902 del Código Civil).

De su lado, el peritaje técnico rendido en autos informó, a partir de la visualización de las imágenes grabadas por las cámaras de videos el día del hecho, que no era posible reconocer marcas, modelos o chapas patentes de los vehículos por la calidad de aquellas, pero que podía advertirse que había barreras abiertas y ausencia de personal (fs. 806 y 827). Todo esto, obviamente, es claramente indicativo de una deficiente prestación del servicio de seguridad y custodia que incumbía a la demandada como garajista.

Frente a ello, no pueden sino cobrar relevancia y adquirir fuerza de convicción las pruebas indirectas que el magistrado de grado tuvo en cuenta para afirmar la existencia del hurto en la playa de estacionamiento de la demandada, esto es, la inmediata denuncia policial, las constancias de la causa penal y las declaraciones de los testigos que refirieron a los comportamientos habituales que los actores tenían respecto de la utilización del vehículo en cuestión.

Por lo demás, si, como surge del citado peritaje, la demandada no tomó las medidas necesarias para efectuar el control que estaba a su cargo, su negligencia no puede funcionar en contra de los actores (CNCom. Sala B, 7/10/77, “Baqueriza, Delia y otro c/ Garage Ariston, de Roberto Goldwaser y otro”; LL 1978-B, p. 204).

No ignoro, ciertamente, que lo informado por el experto con el alcance expuesto más arriba excedió, de algún modo, lo peticionado en su oportunidad por la parte actora (fs, 219 vta.), y que ello motivó la impugnación de la demandada (fs. 821). Sin embargo, no encuentro óbice para ponderar igualmente lo informado pues el proceso civil no puede ser conducido en términos estrictamente formales, pues de lo que se trata es del esclarecimiento de la verdad jurídica objetiva, no siendo compatible con el adecuado servicio de justicia la renuncia consciente a dicha verdad (CSJN, Fallos 287:153; 254:311; 262:459; 283:88; 284:375; 290:93; 294:392; etc.).

En concordancia con todo lo expuesto y teniendo en cuenta los ya detallados elementos de convicción aportados por los demandantes tenidos en cuenta por el juez *a quo* para fallar del modo en que lo hizo, juzgo que el automóvil fue, en efecto, hurtado mientras se encontraba guardado en el garaje de la demandada, resultando, por ende, responsable por los daños y

perjuicios sufridos por el vehículo bajo su guarda (conf. Borda, G., t. II, p. 632, n° 2076-4), por ser la custodia de aquél la obligación fundamental del contrato atípico de que se trata (conf. Mosset Iturraspe, J., *Responsabilidad por Daños – Parte Especial*, Buenos Aires, 1972, t. II, p. 390; Etcheverry, R., ob. cit., t. 3, p. 175), obligación de resultado en virtud de la cual debe el garajista devolver la cosa al usuario en el mismo estado en que la recibió (conf. Lorenzetti, R., *Tratado de los contratos*, Santa Fe, 2000, t. III, p. 691; Bueres, A. y Highton, E., *Código Civil y leyes complementarias - análisis doctrinal y jurisprudencial*, Buenos Aires, 2003, t. 4-E, p. 39; CNCom. Sala B, "Szare, Carmen c/ Majura S.A.", LL 1998-D, p. 43), debiendo probar, para excluir su responsabilidad, el caso fortuito, la fuerza mayor o la culpa de la víctima (arg. art. 2203 del Código Civil; Wayar, E., *Contratos*, Buenos Aires, 1993, p. 447; Borda, G., ob. cit., loc. cit.; Fernández, R. y Gómez Leo, O., ob. cit., t. III-B, p. 227 y ses.), lo que, como sostuvo el juez de grado con cita de un fallo de esta Sala, no sucedió.

8°) En su cuarto agravio la demandada se queja por cuanto entiende que en la sentencia recurrida no se han ponderado adecuadamente diversos elementos probatorios con base en los cuales, afirma, puede presumirse que los actores tenían contratado un contrato de seguro contra eventuales robos, habiendo cobrado la respectiva indemnización, lo que torna injustificado el reclamo de autos.

A mi modo de ver, la queja es inadmisibile.

Por lo pronto, no ignoro que, como bien lo señala la interesada, el hermano de Jorge Alberto García, al formular la correspondiente denuncia policial, declaró que los actores tenían contratado respecto del automotor robado un contrato de seguro, circunstancia sobre la que, sin embargo, no se expidió el nombrado García cuando, tiempo más tarde, se acercó él a la dependencia policial correspondiente para aclarar y corregir la referida denuncia (fs. 123/124).

Tampoco desconozco que la señora Alicia Noemí Girotti de Chabel declaró en esta causa que el automotor de propiedad de los accionantes se encontraba asegurado (fs. 557, repregunta 1ª).

Sin embargo, en ninguna de esas dos exposiciones los nombrados sostuvieron concretamente que el contrato de seguros al que refirieron

cubriera el caso de robo, sin que ello pueda ser presumido. Es más: la señora Girotti de Chabel expresamente aclaró que no conocía las cláusulas del contrato (fs. 557, repregunta 1ª).

A lo expuesto, cabe agregar que, como fue señalado en el pronunciamiento apelado, intimados que fueron los actores para corroborar dicha circunstancia (fs. 468, punto 2), declararon bajo juramento que el rodado no tenía cobertura asegurativa (fs. 538).

En igual sentido, se expidió la testigo Melisa Elizabet Martinovic, quien expresamente sostuvo que el vehículo no se encontraba asegurado, lo que conocía por dichos de la señora Burruchaga (fs. 561/562, repregunta 1ª).

Por otra parte, del informe suministrado por el Registro de la Propiedad Automotor surge la toma de razón de la denuncia por hurto del vehículo, pero no seguida de ninguna cesión de derechos a favor de alguna compañía de seguros, lo cual se impone cuando toda aseguradora paga una indemnización por sustracción de automotor (fs. 927; Soler Aleu, A., *Seguro de automotores*, Buenos Aires, 1978, ps.180/181, n° 94, b, 2).

En suma, por las razones expuestas, cabe rechazar el presente agravio.

9º) Corresponde ingresar, ahora, en el tratamiento de los quejas referentes a la reparación de los daños.

El juez *a quo* indemnizó como daño material el valor del vehículo “... *calculado al momento del hecho...*” y rechazó la posibilidad de una reparación a un valor actual por entender que ello no fue reclamado en la demanda (fs. 955 vta./956). En los puntos 3 y 4 de su memorial los actores critican este aspecto de la sentencia recurrida, sosteniendo que el sentenciante omitió considerar que al demandar requirieron se contemple la actualización monetaria de la suma reclamada y que, además, sujetaron su pretensión a “...*lo que en más o en menos pudiera resultar de la prueba a producirse...*”, todo lo cual implicó petitionar que la indemnización fuera fijada a valores actuales, esto es, los vigentes al tiempo de la sentencia.

La queja es procedente.

La solución consistente en fijar una indemnización calculada al tiempo del hecho, no es consistente con el hecho de que, como es sabido, la reparación derivada de un incumplimiento contractual constituye una obligación de valor (conf. Morello, A., *Indemnización del daño contractual*, Buenos Aires, 1974, ps. 274/275; Llambías, J., *Tratado de Derecho Civil – Obligaciones*, Buenos Aires, 1970, t. II, p. 180, n° 887, texto y nota n° 8) que, como tal, está al margen de la Ley de Convertibilidad y puede continuar siendo susceptibles de experimentar los ajustes pertinentes, que permitan una adecuada estimación y cuantificación, en moneda, al momento del pago, del valor adeudado. En otras palabras, el nominalismo no puede ser impuesto, aun después de la ley 23.928, a las obligaciones de valor, por cuanto el acreedor tiene derecho a estar en situación de proveerse de los bienes que representan dicho valor y que, para ello, debe computarse el valor actual y no el meramente histórico (conf. Pizarro, R. y Vallespinos, C., *Instituciones de Derecho Privado – Obligaciones*, Buenos Aires, 2006, t. 1, ps. 383/384, n° 166, b; Bueres, A. y Highton, E., *Código Civil y normas complementarias – análisis doctrinal y jurisprudencial*, Buenos Aires, 2006, t. 2-A, p. 461).

Por lo demás, es bien claro que la pretensión de los actores de contar con un valor incrementado por actualización monetaria y/o el resultante de la prueba producida, implicó ya en el escrito de inicio una expresión clara y evidente de no admitir un resarcimiento a valores históricos. Dicho sea ello, desde ya, con abstracción de lo erróneo que significó reclamar actualización monetaria sobre una obligación reclamada que no es dineraria.

Creo, pues, que los actores tienen derecho a recuperar el valor de reposición “actual” de un automotor de la marca, modelo y año del que se acreditó fue hurtado. Y puesto que en el momento del hecho dicho vehículo ya contaba con aproximadamente 7 años de uso, el modo de poner hoy a los demandantes en la misma situación en la que se encontraban cuando sufrieron el siniestro, consiste en aceptar que ese valor “actual” está representado por el que tuvo un automóvil marca Mitsubishi, modelo Montero Semi Hi, modelo 1993, en el año 2007, o sea, hace 7 años. Según se resulta de la consulta hecha por el suscripto en varias empresas que hacen ofertas de automóviles usados por internet, tal valor “actual” es

mayor al indicado en fs. 1028. Por ello, habrá de admitir el de \$ 220.000 pretendido (art. 165, párrafo tercero, del Código Procesal).

Toda vez que esta última suma es, como se dijo, expresiva de un valor “actual” se impone modificar la tasa de los intereses dispuestos por el juez *a quo* con el fin de no caer en desmesuras económicas; por ello, sobre la suma precedentemente indicada correrán, desde la fecha del hecho hasta la de la sentencia de primera instancia, intereses a la tasa del 6% anual, y a partir de entonces hasta el efectivo pago a la tasa bancaria activa adoptada en la instancia anterior.

En cuanto a los reclamados accesorios, propondré en cambio mantener el rechazo decidido en la instancia anterior. Ello es así, pues los interesados no han aportado siquiera un elemento indiciario de la existencia de los accesorios que dijeron les fueron robados junto con el automotor estacionado en la playa de la demandada, habiéndose limitado a producir medios tendientes a acreditar el valor de aquellos, lo que no resultaba suficiente sin la previa acreditación de su existencia.

10°) El rubro privación de uso del automotor motivó la queja tanto de Parque de la Costa S.A. cuestionando su procedencia y cuantía, como de la parte actora respecto de lo último propiciando su elevación.

Contrariamente a lo sostenido por la demandada y de acuerdo con el criterio que expresé en la causa “Toneguzzo Honorio Carlos c/ Columbia SA de Seguros s/ ordinario”, sentencia del 21/9/2006, la sola privación del automotor afectado a un uso particular produce por sí misma una pérdida susceptible de apreciación pecuniaria, que debe ser resarcida como tal (conf. Corte Suprema, Fallos 319:1975; 320:1567; 323:4065), y sin necesidad de prueba específica (en el mismo sentido: esta Sala, con la adhesión del juez Vassallo, causas “Aveille, Hernán Esteban c/ Ford Credit Compañía Financiera S.A. s/ ordinario”, sentencia del 14/8/08; “Da Cruz, Jorge Luís c/ Liderar Cía. de Seguros S.A.”, sentencia del 23/3/10; “Pereyra, Sergio Daniel c/ Fiat Auto Argentina S.A. s/ sumarísimo”, sentencia del 16/4/09; “Markocich, Andrés Ariel c/ Boston Compañía Argentina de Seguros S.A.”, sentencia del 6/8/10, entre muchas otras).

En relación a la cuantía de la reparación, cabe observar que, como lo sostuvo la demandada, los actores no produjeron ninguna prueba de los gastos ocasionados por la falta del automotor.

Ahora bien, frente a la ausencia de prueba específica sobre la cuantía del daño de que se trata, no se impone el rechazo de la demanda sino su justipreciación de oficio (art. 165, tercer párrafo, del Código Procesal), bien que aplicando para ello un criterio naturalmente estricto, máxime ponderando que la privación del uso del automotor conlleva, al mismo tiempo, la eliminación de gastos de combustible, lubricantes, estacionamiento, desgaste de neumáticos, de piezas mecánicas, etc., todo lo que determina una *compensatio lucri cum damno* que no puede dejar de ser apreciada, también de oficio, para no gravar indebidamente la situación del responsable, quien debe pagar sólo por el “perjuicio efectivamente sufrido” por el damnificado (art. 1069 del Código Civil; mi voto en la causa “El Cheikh, Héctor Omar c/ Caja de Seguros S.A.”, sentencia del 17/12/07).

En función de lo precedentemente expuesto, entiendo pertinente elevar la indemnización de que se trata en la suma de \$ 10.000.

11°) El quinto agravio de los actores se refiere al rechazo del resarcimiento del daño moral, cuya existencia, según el relato de la demanda, deriva no sólo de los padecimientos que dijeron les provocó el incumplimiento contractual en el que incurrió la demandada a su deber de custodia, provocándoles frustración, irritabilidad y falta de credibilidad frente a quienes ofrecen seguridad, aparte de las molestias ocasionadas como consecuencia de la privación de uso a la que se vieron sometidos, ya que ello afectó las posibilidades de esparcimiento, sobre todo el de la señora María Silvina Burruchaga que al poco tiempo de transcurrido el hecho generador del daño quedó embarazada.

Adelanto que la queja resulta improcedente.

Ello es así, ante todo, porque no resulta pertinente la reclamación que los actores hacen de modo conjunto y fusionado con relación a este rubro indemnizatorio, por tratarse el daño moral de un perjuicio de carácter personalísimo, esto es, inherente a cada persona (conf. Mosset Iturraspe, J., *Responsabilidad por daños*, Buenos Aires, 1985, t. IV [El daño moral], p. 169, n° 57).

Sin perjuicio de ello, sólo a mayor abundamiento, destaco lo siguiente:

(a) Tal como lo resolvió el juez *a quo*, debieron los interesados producir prueba concreta acerca de que el incumplimiento en el que incurrió la demandada trastornó la tranquilidad espiritual de cada uno de ellos.

En efecto, es criterio de esta Sala que en materia contractual el perjuicio extrapatrimonial no se presume, siendo carga del pretensor su prueba concreta (23/8/07, *in re*: “Ocampo, Antonio c/ Fiat Auto Argentina S.A. y otro s/ ordinario”; 13/4/07, “Mazzeo, Héctor Horacio c/ Círculo de Inversores S.A. de ahorro para fines determinados s/ ordinario; 13/4/07, Lazarte, Antonio Sergio c/ Autocompra Plus y otro s/ ordinario; 19/11/08, Marchesano Gustavo Luis c/ Banco Hipotecario S.A. s/ ordinario; Sala A, 11/9/01, “Tomás, Celestino Antonio c/ Compañía Sur Seguros de Vida S.A. s/ ordinario”). Es que la noción de daño moral se halla vinculada al concepto de desmedro extrapatrimonial o lesión en los sentimientos personales, en las afecciones legítimas o en la tranquilidad anímica, que no son equiparables o asimilables a las meras molestias, dificultades o perturbaciones que pueda llegar a provocar un simple incumplimiento contractual, en tanto esas vicisitudes o contrariedades son propias del riesgo de cualquier contingencia negocial (conf. CNCom. Sala A, 30/8/95, “Criado c/ Federación Patronal Cooperativa de Seguros”; íd. Sala A, 22/9/00, “Sprint TV S.A. c/ Club Obras Sanitarias de la Nación s/ cobro de pesos”). De ahí que la reparación del agravio moral derivado de la responsabilidad contractual queda librada al arbitrio judicial, debiendo procederse con estrictez (art. 522 del Código Civil; CNCom. Sala E, 6/9/88, “Piquero, Hugo c/ Banco del Interior y Buenos Aires”).

De las constancias de autos surge que los demandantes, contrariamente a lo que han sostenido en su memorial, no han rendido una sola prueba tendiente a demostrar la existencia del perjuicio extrapatrimonial reclamado como consecuencia del incumplido deber de custodia que pesaba sobre Parque de la Costa S.A., esto es, de las frustraciones, zozobras espirituales o e inseguridades a las que refirieron se vieron sujetos.

(b) A idéntica conclusión cabe arribar con relación a las alegadas perturbaciones que dijeron padecer por la falta de disposición del vehículo.

Como lo he señalado en mi voto en la causa “Degaetano, Walter c/ Fiat Auto Argentina S.A.”, sentencia del 14/2/07, la sola privación del uso de un automotor no constituye causa eficiente de una lesión espiritual que sea jurídicamente relevante por sí sola para producir un verdadero agravio moral, desde que este último no debe confundirse con las meras molestias o contrariedades que pudieran derivarse de la falta de un bien material (conf. CNCom. Sala A, 10/11/87, “Atec S.A. c/ Guar Car S.R.L. s/ daños y perjuicios”; CNCiv. Sala I, 23/2/94, “Vázquez, Carlos Alberto c/ Garage Galicia s/ daños y perjuicios”).

Cierto es que este último criterio podría tener excepción en diversos supuestos contemplados por la jurisprudencia, tales como cuando se ha probado de manera clara que la privación del uso del automotor produjo al dueño una objetiva reducción de sus posibilidades de esparcimiento y la insatisfacción espiritual ante el impedimento de goce de la cosa propia (conf. CNCom. Sala E, 31/10/88, “Balbil de Conti, Yolanda c/ Asorte S.A.”); cuando hay un incumplimiento contractual excesivamente prolongado (conf. CNCom. Sala E, 14/2/90, “Díaz, Susana c/ Plan de Planes S.A. s/ ord.”); cuando la privación se refiere a un automotor especialmente preparado para la movilidad de un discapacitado (conf. esta Sala D, 30/12/08, “Cino, Ricardo c/ La Mercantil Andina Cía. de Seguros S.A. s/ ordinario”; CNCom. Sala B, 28/12/06, “Cerutti, Andrea c/ Compañía de Seguros La Mercantil Andina S.A. s/ ordinario”; CNFed. Civ. Com. Sala 2, 26/10/95, “Planchadell, Enrique Ignacio c/Caja Nacional de Ahorro y Seguro s/cobro”); cuando la privación de uso derive de un injusto secuestro extrajudicial del rodado realizado en presencia de su titular y de transeúntes (conf. CNCom. Sala C, 8/3/02, “Martínez, Roberto G. c/ Citibank NA s/ sumario”); etc.

Ahora bien, a mi juicio, todos esos particulares casos de excepción, autorizan el resarcimiento del daño moral derivado de la privación del automotor sólo frente a la prueba de su concreta existencia (esta Sala, 14/8/08, Aveille Hernana, Esteban c/ Ford Credit Compañía Financiera S.A.

s/ ordinario”, voto del suscripto). Y, como lo he adelantado, esa prueba no se rindió en autos.

En otras palabras, resulta necesario que quien reclama por daño moral en las hipótesis mencionadas allegue prueba -incluso de presunciones- de que el incumplimiento ha trastornado la tranquilidad espiritual de la víctima, afectado su honor, su intimidad, su fama, su salud, etc.. Y ello es así, porque al formular el demandante su reclamo esta constreñido a demostrar los presupuestos de hecho fundantes de su pretensión (art. 377 del Código Procesal).

En el *sub lite*, para probar la existencia del daño como consecuencia de la falta de disposición del vehículo robado, sólo declararon las testigos Alicia Noemí Girotti de Chebel y Melisa Elizabet Martinovic quienes ninguna referencia concreta hicieron sobre las supuestas perturbaciones. Por el contrario, se limitaron a describir la situación en la que se encontraron los actores sin referirse en momento alguno a las afecciones en ellos provocadas.

Nótese que la primera de las nombradas simplemente sostuvo que *“...El trastorno fue que lo usaban para el negocio y justo cuando se lo robaron se iban de viaje, ahí fue cuando se les presté el coche mío, y lo que influye el robo del vehículo en una familia con una criatura...”* (fs. 557, pregunta 14^a). Por su parte, la señora Martinovic, cuando le fue preguntado si los hechos que relató habían generado algún tipo de perjuicio en los actores, respondió que *“...Si, porque obviamente quedarse sin vehículo. Silvina tenía un bebé y al tiempito quedó embarazada, tuvieron que pagar un remise para movilizarse, sino tenían que usar tren o colectivo para continuar con la vida cotidiana...”* (fs. 561/562, pregunta 14^a).

Desde luego, para suplir la referida omisión probatoria no es hábil la mera invocación que hacen los interesados –y que corroboraron las referidas testigos- de que el automotor robado era utilizado para transportar una criatura de corta edad y a la señora Burruchaga que al poco tiempo de ocurrido el hecho generador de responsabilidad se quedó embarazada, ya que no son datos estos que, por sí solos, permitan tener por acreditado el daño moral cuyo resarcimiento se pretende. Viajar en tren o en colectivo, no es causa de daño moral.

(c) Por último, y como razonamiento coadyuvante a los anteriores, cabe recordar que la indemnización de que se trata constituye un remedio de excepción y no un modo genérico de engrosar el resarcimiento económico (conf. CNCom. Sala D, 22/12/08, "Aime, Aníbal Raúl y otro c/ HSBC Bank Argentina S.A. y otro s/ ordinario"; íd. Sala D, 16/6/10, "Díaz Álvarez, Virginia de Las Mercedes c/ Nación Seguros S.A. s/ ordinario"; CNFed. Civ. Com., Sala II, causas 1247 del 14.5.82; 2166 del 18.5.84; 5889/93 del 11.2.97; 1264/94 del 15.7.98, 1088/93 "Astilleros Sudestada SRL c/ Cirio, Ricardo Orestes y otro s/ daños y perjuicios", del 22/12/98; íd., causa 16.096/96, "Ruíz, Susana Lucrecia y otro c/ Banco de la Nación Argentina s/ incumplimiento de contrato", del 19/9/00).

Por todo lo expuesto, el agravio no debe ser estimado, confirmándose la sentencia en cuanto no admitió la reparación del perjuicio extramatrimonial de que se trata.

12º) El juez *a quo* rechazó la pretensión de la citada en garantía HSBC La Buenos Aires Seguros de que se la liberara de responsabilidad frente a los actores en función de la franquicia contratada en la póliza n° RCV1-00-046367, sosteniendo que ella "...no surge pactada de modo explícito...". Como consecuencia de ello, declaró que la sentencia sería ejecutable contra la aseguradora en los términos del art. 118, párrafo tercero, de la ley 17.418, sin perjuicio de tenerse en cuenta los establecido en la cláusula 97 de las Condiciones Generales (fs. 955).

Contra esa decisión apeló la aseguradora afirmando que la póliza sí contemplaba una franquicia, cuya aplicación no puede ser ignorada (fs. 998 y ss.). También lo hicieron los actores sosteniendo, de su parte, que la franquicia referida es excesiva y que, en su caso, lo dispuesto por la citada cláusula 97 de las Condiciones Generales no puede recibir aplicación pues el "deducible" en ella pactado no fue invocada por la citada en garantía (fs. 1031 vta. y ss.).

Diversamente de lo concluido por el magistrado y tal como lo sostiene la aseguradora, la lectura de la indicada póliza de responsabilidad civil muestra pactada en las Condiciones Particulares una suma "deducible" de u\$s 20.000 "...POR OCURRENCIA POR CUALQUIER RECLAMO..." (fs. 251).

Ahora bien, el equívoco del juez *a quo* no mejora la posición de la aseguradora.

Es que esa franquicia “simple o condicional” lo es por un monto cuyo efecto práctico conduce en la especie a liberar *in totum* a la aseguradora de un modo inaceptable.

Para así concluir tengo especialmente en cuenta que la póliza en cuestión tenía vigencia desde el 30/4/2000 hasta el 30/4/2001, lapso en el que, la franquicia de u\$s 20.000 superaba ampliamente el valor que para esa época podía tener un automotor de las características del que pertenecía a los actores, esto es, un vehículo importado, marca Mitsubishi, modelo Montero Semi Hi, todo terreno, en buen estado y con siete años de antigüedad, el cual trepaba aproximadamente a unos \$ 16.000, según lo informado a fs. 390 (cabe recordar que para esa época regía en nuestro país la paridad cambiaria \$ 1 = U\$S 1; art. 1º, ley 23.928).

En otras palabras, al fijarse un monto tan elevado como fracción de riesgo no cubierto (u\$s 20.000), el siniestro sufrido por los actores quedaba necesariamente sin cobertura, desnaturalizándose la función del contrato y su finalidad económico jurídica, ya que se desvanece la garantía y hace que aquellos se encuentren virtualmente desprovistos de la cobertura de toda indemnización patrimonial, lo que torna aplicable la solución prevista por el art. 37 de la ley 24.240. Es que si bien la ley considera que la oponibilidad de la franquicia es la regla (art. 109 de la ley 17.418), ello no impide discriminar entre la diversidad de situaciones que pudieran plantearse y reconocer que cuando se ha estipulado ese tipo de franquicia se afecta el acceso a la reparación de los daños sufridos, principio de raíz constitucional por cuya tutela corresponde velar a los magistrados (conf. doctrina de la CSJN, 20/10/09, “Ortega, Diego Nicolás c/ Transporte Metropolitanos General Roca S.A.”, Fallos 332:2418).

Ahora bien, aunque quepa tener por no escrita la apuntada franquicia “simple o condicional” inserta en las Condiciones Particulares ello no impide que, en su lugar, pueda jugar la franquicia “absoluta o incondicional” resultante de la Cláusula 97 de las Condiciones Generales (sobre la distinción entre ambos tipos de franquicia, véase: Stiglitz, R.S., *Derecho de Seguros*, Buenos Aires, 2004, t. III, p. 98), para lo cual no es

menester una especial invocación de la aseguradora, habida cuenta la ya señalada oponibilidad frente al damnificado que, como regla, tienen las franquicias en el seguro de responsabilidad civil. En efecto, a contrario de lo postulado por la parte actora en su memorial, cuando no es desmesurada o irrazonable como ocurre en este último caso, en el seguro de responsabilidad civil la franquicia es oponible al tercero damnificado no pudiendo ser la sentencia ejecutada contra la compañía sino en los límites de la contratación (CSJN, 4/3/2008, "Villarreal, Daniel Alberto c. Fernández, Andrés Alejandro", Fallos 331:379), solución ésta que amén de coincidir con la sostenida en pronunciamientos de esta alzada mercantil (conf. CNCom. Sala E, 4/12/07, "Rivero Castiñeiras, María Dolores c/ Transportes Nueve de Julio SA s/ sumario"; íd. 18/12/08, "Sepúlveda, David c/ Empresa de Transportes Teniente General Roca S.A. s/ Ordinario"), se justifica en la necesidad de estimular el interés del asegurado en la no realización del riesgo cubierto a través de la imposición de una mayor diligencia en evitar la verificación de siniestros pues, de lo contrario, deberá afrontar una parte del daño, ya sea una primera fracción del mismo o una suma determinada por anticipado (conf. SCMendoza, Sala I, 20/10/2006, "Centeno, María Y. c/ Russo, Norberto"). Es que la franquicia contribuye a moralizar el contrato de seguro, especialmente en el seguro contra la responsabilidad civil, donde se ha reprochado al asegurado su indiferencia por los daños causados a terceros (conf. Halperín, I., *Seguros*, Buenos Aires, 1970, p. 557, n° 18). Se trata de garantizar una participación del asegurado en las pérdidas o la exclusión de los pequeños siniestros que inciden sobre manera en el costo de algunas ramas de seguro, se imponen con carácter obligatorio con la finalidad de garantizar una permanente conducta "antisiniestral" por parte del asegurado y un mejor funcionamiento del riesgo (conf. Morandi, J., *Estudios de Derecho de Seguros*, p. 19; CNCom. Sala A, 3/12/10, "Zeballos, Santiago c/ Clínica Privada Tristán Suárez s/ ordinario").

Así pues, conforme a dicha estipulación de las Condiciones Generales, la demandada asegurada Parque de la Costa S.A. deberá participar en el siniestro con un 10 % de la indemnización que resulte de la sentencia judicial a favor de los actores, incluyendo honorarios, costas e

intereses a su cargo, con un mínimo del 1% y un máximo del 5%, ambos de la suma asegurada al momento del siniestro.

Con este alcance, quedan resueltos los agravios de las partes en este punto.

13°) Toda vez que de acuerdo a este voto queda confirmada la procedencia de la demanda, habiendo la demandada Parque de la Costa S.A. resultado sustancialmente vencida, su sexto agravio referente al curso de las costas no puede prosperar, correspondiendo mantener la imposición a su cargo dispuesta en la instancia anterior.

14°) En cuanto a las costas de alzada, habida cuenta el resultado obtenido por cada contendiente en sus agravios, propongo al acuerdo que la demandada y la citada en garantía carguen con las costas de sus propios recursos; y que en el recurso de la parte actora, las expensas se impongan a la demandada por haber sido sustancialmente vencida (art. 68 del Código Procesal).

15°) Por todo lo expuesto, si mi voto es compartido deberá confirmarse la sentencia de la anterior instancia en lo principal que decidió, modificándose exclusivamente en cuanto a los montos correspondientes a los rubros valor del vehículo y privación de uso que se elevan a las sumas de \$ 220.000 y \$ 10.000 respectivamente, e igualmente en orden a la tasa de interés del primer rubro mencionado de acuerdo a lo explicitado en el considerando 9°. Las costas de alzada correrán del modo indicado en el considerando 14°.

Así voto.

El señor juez Dieuzeide dice:

Que adhiero a los fundamentos y conclusión del voto del señor vocal preopinante excepto en lo que concierne al rubro “privación de uso del automotor” (considerando nro. 10 del voto precedente) por considerar que tal daño no es presumible (conf. Con lo expuesto en la causa “Toneguzzo Horacio Carlos c/ Columbia S.A. de Seguros s/ ordinario”; CNCom., esta sala 21.09.2006). Postulo por lo tanto que el agravio sobre esta cuestión sea desestimado.

El señor juez Vassallo dice:

Adhiero al voto del Doctor Heredia, descartando así el reparo que propone el señor vocal que me antecedió en el uso de la palabra.

Concluida la deliberación los señores Jueces de Cámara acuerdan:

a) Confirmar la sentencia de la anterior instancia en lo principal que decidió, modificándosela exclusivamente en cuanto a los montos correspondientes a los rubros valor del vehículo y privación de uso que se elevan a las sumas de \$ 220.000 y \$10.000 respectivamente, e igualmente en orden a la tasa de interés del primer rubro mencionado de acuerdo a lo explicitado en el considerando 9°.

b) Imponer las costas de alzada del modo indicado en el considerando 14°.

c) En atención a que el pronunciamiento de fs. 951/958 reguló honorarios por las tareas profesionales cumplidas en la anterior instancia, corresponde considerar los recursos interpuestos contra aquellos estipendios.

En mérito a la naturaleza, importancia, extensión de las labores realizadas y las etapas procesales efectivamente cumplidas, elévanse los honorarios regulados en forma conjunta a las letradas patrocinantes de la parte actora, Matilde Graciela Martínez Cuerda y Nieves Norma Lorenzo Miqueleiz, en \$ 42.500 (*pesos cuarenta y dos mil quinientos*); al letrado patrocinante de la parte actora, José María Sabat Martínez, en \$ 35.000 (*pesos treinta y cinco mil*); y a la letrada patrocinante de la misma parte, Claudia Briones, por su actuación de fs. 292, en \$ 200 (*pesos doscientos*). Asimismo, elévase el honorario regulado a la letrada apoderada de la citada en garantía, María Elisa Salgado, en \$ 14.000 (*pesos catorce mil*); y, por estar apelado sólo por alto, confírmase el honorario regulado a la letrada apoderada de la última nombrada, María Verónica Malecek, en \$ 200 (*pesos doscientos*). Por último, por estar apelado sólo por alto, confírmase el honorario regulado al letrado apoderado de la demandada, Marcelo Jorge Tellería, en \$ 8.500 (*pesos ocho mil quinientos*) (arts. 6, 7, 9, 19, 37 y 38 de la ley 21.839 modificada por la ley 24.432 y art. 505 del Código Civil).

Por otra parte, con respecto a las estipendios regulados a los peritos designados en autos y al consultor técnico de parte, cabe recordar que la fijación de sus honorarios debe practicarse aplicando el principio de proporcionalidad, es decir, meritando –por un lado- que cada estipendio guarde proporción adecuada y razonable con la cuantía de los intereses en juego y con la labor desarrollada, y –por el otro- que exista una equitativa relación armónica entre todas las remuneraciones profesionales. En tal marco, elévanse los honorarios regulados al experto contable, Orlando Juan Prebianca, en \$ 9.000 (*pesos nueve mil*); al consultor técnico de la parte demandada, Joaquín Rafael Lofiego, en \$ 4.500 (*pesos cuatro mil quinientos*); y al perito ingeniero, Enrique Emilio Douce, en \$ 12.700 (*pesos doce mil setecientos*) (art. 478 del Código Procesal).

En cuanto a los honorarios al mediador, corresponde señalar que teniendo en cuenta el marco temporal en el que realizó su labor (19/2/2001) corresponde estimar dicha retribución en función de las pautas arancelarias vigentes a esa fecha (esta Sala, 6/6/12, “Bosque Hernán Marcelo c/ Federación Patronal Seguros S.A. s/ ordinario” y 13/5/09, “Berjolis, Emilio Carlos y otro c/ Banco Macro Bansud S.A. s/ ordinario”). En consecuencia, dados los parámetros dispuestos en el art. 21 del decreto 91/98, redúcese el honorario regulado al mediador, Luis D. Borbore, en \$ 600 (*pesos seiscientos*).

Notifíquese y una vez vencido el plazo del art. 257 del Código Procesal, devuélvase la causa al Juzgado de origen.

Cumplase con la comunicación ordenada por la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación (Ley 26.856 y Acordadas 15/13 y 24/13).

Pablo D. Heredia

Gerardo G. Vassallo

Juan José Dieuzeide

Julio Federico Passarón
Secretario de Cámara

Fecha de firma: 03/09/2014

Firmado por: JUAN JOSE DIEUZEIDE, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: JULIO FEDERICO PASSARON, SECRETARIO DE CAMARA

Firmado por: GERARDO G. VASSALLO, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: PABLO DAMIAN HEREDIA, JUEZ DE CAMARA