

**AUTOS:** “G., S. E. c/ MONTECRISTO S.R.L. Y OTRO – ABREVIADO – Daños y Perjuicios.” Año 2018 (Expte. N° 2366736, Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Contencioso Administrativo de la ciudad de San Francisco. Secretaría a cargo del Dr. Emilio J.M. Cornaglia. Vocales Dr. Mario Claudio Perrachione y Analía Griboff de Imahorn.)

**VOCES:** Daños y Perjuicios, Reparación Integral, Indemnización por Daño Moral, Cuantía de la Indemnización, Exclusión de Cobertura, Excepción de Falta de Acción

**SÍNTESIS FÁCTICA:** S.E.G. concurre a la justicia, previa intimación por carta documento, a través de su apoderado y promueve formal demanda de daños y perjuicios en contra de Montecristo S.R.L y Federación Patronal Seguros S.A. (aseguradora contratada por Montecristo S.R.L.) reclamando indemnización integral por los daños y perjuicios sufridos a raíz de ser atacado por un/os cliente/s del lugar, con una botella de vidrio en su cabeza lo que provocó que se desvanezca y pierda la conciencia, recibiendo múltiples golpes y patadas en su rostro y cuerpo, debiendo ser hospitalizado (tres días) y sometido a diversos estudios y tomografías. Reclama daño emergente y daño moral.

Comparece el representante de Federación Patronal Seguros S.A y opone excepción de falta de acción por inexistencia de vínculo entre su mandante y el actor que lo habilite a interponer acción directa en su contra, debiendo ser su intervención accesoria a la del obligado principal. Plantea también inexistencia de seguros por riesgo no cubierto en virtud de una cláusula de la póliza (exclusión de cobertura cuando el daño era provocado por tercero no dependiente del lugar).

En Primera Instancia se resuelve rechazar la excepción de falta de acción, hacer lugar a la exclusión de cobertura opuesta, hacer lugar parcialmente a la demanda y regular honorarios a los letrados intervinientes.

Montecristo S.R.L. apela argumentando que se equivoca la juez a quo al concluir que no existe una cláusula abusiva (art. 37 Ley de Defensa del Consumidor) en referencia al acogimiento de la excepción de no seguro opuesta por la citada en garantía. Cuestiona la naturaleza engañosa de la cláusula ya que el riesgo principal que se quería asegurar era las riñas entre terceros concurrentes al lugar de acceso público y manifiesta la distorsión provocada por estas cláusulas adicionales. El actor, por intermedio de su apoderado, contesta el traslado de esta expresión de agravios manifestando que se

adhiera a los fundamentos expuestos, solicitando se haga extensiva la condena y las costas a la compañía de seguros.

La actora, por su parte, argumenta que la acogida parcial de la demanda se funda sólo en los montos reclamados por falta de documental que certifique los gastos, debiéndose este hecho a la urgencia, ignorancia y desesperación sufrida y no así en los rubros reclamados. También le parece extremadamente insuficiente el monto determinado para cubrir el daño moral.

### **SUMARIOS:**

*“Con el objeto de establecer cuándo existe deber de reparar, es necesario precisar e individualizar el riesgo en el momento de la celebración del contrato. El riesgo debe ser individualizado, precisado, precisión que puede resultar en forma positiva, por las limitaciones del riesgo asumido, o en forma negativa, por las exclusiones enumeradas en las condiciones generales o en las particulares de la póliza. Estas exclusiones o limitaciones deben ser formales e individualizadas. El asegurador deberá probar que el daño proviene de un riesgo excluido, si la determinación es negativa o directa, a su vez el asegurado deberá probar que proviene de un riesgo incluido si la limitación es positiva o indirecta.”*

*“cláusulas de exclusión de cobertura o de no seguro o de no garantía. La delimitación del riesgo consiste en excluir o restringir los deberes del asegurador por la no asunción de alguno o algunos riesgos. Implica un no seguro; ausencia de tutela o garantía. Estas cláusulas al igual que las denominadas cláusulas de caducidad, producen como resultado que el asegurado no perciba la prestación comprometida por el asegurador.”*

*“La inclusión de cláusulas de exclusión implica que en la contratación, el asegurador manifestó su decisión de no cubrir o no garantizar determinadas consecuencias derivadas del acaecimiento del evento. Al haberse excluido expresamente un riesgo, a su respecto no existe seguro, lo cual importa un supuesto de no seguro que nace con el contrato mismo. Acaecido este evento, no previsto en el contrato, el asegurador no está obligado a garantizarlo y, por lo tanto, el asegurado no dispone del derecho a exigir el resarcimiento de prestación alguna.”*

*“Como ha sostenido la suscripta en otras oportunidades “...el daño debe ser acreditado no sólo a los efectos de la procedencia misma de la reparación, sino también para fijar su extensión y límites. Ello es así porque debe indemnizarse el daño causado, todo ese daño y sólo él. La indemnización no debe pecar por defecto (lo que empañaría la exigencia de plenitud que debe revestir), ni por exceso (porque en la medida de éste, se configuraría un enriquecimiento injustificado en beneficio del actor. La certeza o realidad del daño atañe no sólo a su existencia, sino también a su composición [...] No es suficiente acreditar una lesión a determinados intereses de la víctima; por el contrario es menester, además, que se aporten elementos de juicio sobre sus específicas repercusiones. Constituye una directiva esencial la de que el responsable debe resarcir todo y sólo el daño causado, de modo que interesa cuál y cómo es el daño, y no únicamente si es [...]”*

*“no puede ser constreñido el órgano jurisdiccional a realizar averiguaciones que incumbían a su pretensor. Valoraciones prudentiales no pueden ser sólo conjeturales, con la dosis de arbitrariedad que ello aparejaría, aleatoriamente gravitante a favor o en contra de cualquiera de las partes.”*

*“Con relación al cuestionamiento del monto otorgado en concepto de indemnización por daño moral por considerarlo exiguo, cabe señalar que en relación a la valuación de la indemnización por daño moral, siguiendo las enseñanzas de Zavala de González (“Resarcimiento de daños”, Tomo 4, “Presupuestos y funciones del derecho de daños”, pág. 502) que sostiene que no media nexo demostrable entre la entidad del daño y la importancia de la condena, porque no puede haberlo entre un mal espiritual y un bien dinerario (debe afrontarse un salto sin puente que una los extremos), cabe advertir que son perceptibles las diferencias entre los diversos daños morales, y surge una natural convicción de que frente a uno grave corresponde una reparación mayor que respecto de otro más leve; pero no hay antecedente lógico o axiológico que permita valorar si una indemnización es elevada o reducida, ajustada o desproporcionada.”*

**SENTENCIA NÚMERO: Ciento siete**

San Francisco, veintisiete de septiembre de dos mil dieciocho. La Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Contencioso Administrativo de esta ciudad, sede de la Quinta Circunscripción Judicial de la provincia de Córdoba, integrada por los señores Vocales Dres. Mario Claudio Perrachione y Analía Griboff de Imahorn (art. 382 CPC – Ley 9129), con la presidencia de la segunda de los nombrados, procede en audiencia pública en la forma que da cuenta el acta labrada a tal efecto a dictar sentencia en estos autos caratulados: **"GRIGLIATTI, SACHA EMANUEL C/ MONTECRISTO S.R.L. Y OTRO – ABREVIADO– Daños y perjuicios"** (Expte. N° 2366736, iniciado el 02/07/2015, Secretaría a cargo del Dr. Emilio J. M. Cornaglia); venidos del Juzgado de Primera Instancia y Competencia múltiple de la ciudad de Las Varillas, por concesión de los recursos de apelación que interpusieran: a fs. 484 el apoderado de la demandada "Montecristo SRL", y a fs. 487 el apoderado de la actora, ambos en contra de la Sentencia Número Ciento ochenta y tres, de fecha quince de mayo de dos mil diecisiete obrante a fs. 475/482 de autos, en la que la Señora Juez a cargo de dicho Juzgado, resolvió: *"I.- Rechazar la excepción de falta de acción articulada por la codemandada, Federación Patronal Seguros S.A. II.- Hacer lugar parcialmente a la demanda promovida por el Sr. Sacha Emanuel Grigliatti, en contra de Montecristo SRL y en consecuencia condenar a ésta última, a abonar al actor en el plazo de diez días de notificada, la suma de Pesos Dieciocho Mil Quinientos (\$ 18.500,00), con más los intereses establecidos en el considerando respectivo.- III.- Hacer lugar a la exclusión de cobertura opuesta por la aseguradora y en consecuencia no extender la condena a "Federación Patronal Seguros S.A.". IV.- Imponer las costas en un 30% al actor y en un 70% a la demandada Montecristo SRL. Las costas generadas por la intervención de Federación Patronal Seguros S.A., se imponen en su totalidad a la demandada Montecristo SRL.- Regular los honorarios profesionales del Dr. Florencio Navoni en la suma de pesos ocho mil ochocientos cuatro con 25/100 (\$8.804,25), más la suma de pesos un mil seiscientos sesenta c/85/100 (\$1.760,85) por las tareas previas a iniciar el proceso – art. 104 inc. 5 de la Ley 9459.- Regular los honorarios del Dr. Julián María Martínez en la suma de pesos ocho mil ochocientos cuatro con 25/100 (\$8.804,25).- Regular los honorarios del Dr. Luis Morelli, en la suma de pesos cinco mil doscientos ochenta y dos con 55/100 (\$5.282,55). V.- Emplazar a Montecristo SRL, para que en el plazo de quince días abone la Tasa de Justicia y la Caja de Abogados del letrado de la parte actora, Dr. Florencio*

*Navoni, bajo apercibimiento de ley. Protocolícese, hágase saber y dése copia.-Fdo. Carolina Musso - Juez”.*

Los Señores Vocales reciben los actuados, conforme lo determina el artículo 379 del CPC, según acta labrada a fs. 579 y, concluido, pasan los autos al acuerdo, fijándose las siguientes cuestiones a resolver:

**PRIMERA CUESTION:** ¿Debe confirmarse la sentencia impugnada?

**SEGUNDA CUESTION:** ¿Qué pronunciamiento corresponde en definitiva?

Los Señores Vocales emiten sus votos en el siguiente orden: Dra. Analía G. de Imahorn y Dr. Mario Claudio Perrachione, los que son leídos por Secretaría.

**A LA PRIMERA CUESTION PROPUESTA LA SEÑORA VOCAL DRA. ANALIA**

**GRIBOFF DE IMAHORN, DIJO:** I) **El caso:** Que a fs. 27/34 comparece el Dr. Florencio Navoni en representación del actor Sacha Emanuel Grigliatti DNI: 34.008.263 y promueve formal demanda de daños y perjuicios en contra de Montecristo S.R.L. y Federación Patronal Seguros S.A. Persigue se los condene a pagar la suma de pesos doscientos sesenta mil (\$260.000) o lo que en mas o en menos resulte de la prueba a producirse oportunamente, con más sus intereses, gastos y costas judiciales y que se incluya en la regulación de honorarios los tres jus por las tareas previas previstas en el art. 104 inc. 5 de ley 9459.- Sostiene que la accionada Montecristo SRL posee un local comercial dividido en dos sectores, uno destinado a restaurant y cafetería denominado comercialmente Montecristo y el otro que funciona como pub, localailable y de espectáculos, denominado comercialmente Club M. Que su mandante con fecha 15 de marzo de 2015 a las 04:30 hs. aproximadamente ingresa al referido local (Club M), donde minutos más tarde es atacado por otro/s de los cliente/s del lugar con una botella de vidrio en su cabeza, lo que provocó que se desvaneciera y cayera inconsciente al piso, para luego sufrir un sinnúmero de patadas y puñetazos en todo su cuerpo, incluida la cabeza y rostro, todo ello sin que dependiente y/o personal de seguridad y/o titular del local atinara siquiera a impedirlo. Que a consecuencia de dicha agresión fue trasladado en un patrullero policial al Hospital Municipal Dr. Diego Montoya, donde luego de revisado fue derivado a la Clínica Iturraspe de San Francisco. Que estuvo tres días internado y sometido a tomografías computadas, radiografías, análisis y otros estudios. Describe las lesiones sufridas como: fractura de lámina papirácea del etmoides y piso de la órbita con herniación de la grasa infraorbitaria a este nivel, desviación del septum nasal a izquierda, fractura coronaria, politraumatismos varios, migraña, etc. Que con fecha 24 de abril de 2015 remite Carta Documento n° 621375950 a la demandada Montecristo SRL

reclamando resarcimiento integral por daños y perjuicios sufridos. Que esta responde negando la misiva en todos sus términos. Sin perjuicio de ello manifiesta que los clientes que concurren a sus eventos se encuentran amparados por un seguro contratado con Federación Patronal Seguros S.A. mediante contrato de póliza n° 793104. El actor envía Carta Documento n° 649646900 a la aseguradora. Manifiesta no haber tenido respuesta alguna. Reclama daño emergente por la suma de pesos diez mil (\$10.000) y daño moral por la suma de pesos doscientos cincuenta mil pesos (\$250.000). Ofrece prueba: documental-instrumental. A fs. 35 se imprime el trámite de juicio abreviado atento lo establecido por el art. 53 de la Ley 24240. Se ordena entonces readecuar la demanda a dicho trámite. A fs. 39/41 el actor amplía la prueba ofrecida constando de: documental-instrumental, testimonial, informativa, absolución de posiciones y presuncional. A fs. 42 se corre traslado a los demandados para que comparezcan a estar a derecho, contesten demanda, opongan excepciones y en su caso reconvenzan debiendo ofrecer prueba. A fs. 57/68 comparece al Dr. Julián María Martínez en representación de Federación Patronal Seguros S.A. conforme poder que acompaña a fs. 54/56. Opone excepción de falta de acción sosteniendo que no existe vínculo jurídico entre su mandante y el actor que lo habilite a interponer acción directa en su contra, debiendo ser su intervención accesoria a la del obligado principal. Plantea inexistencia de seguros por riesgo no cubierto, en virtud de la cláusula N° 126 de la póliza. Contesta demanda en subsidio. Plantea límite de cobertura siendo la suma asegurada de \$5.000.000 con una franquicia del 10% del siniestro con un mínimo y un máximo del 5% sobre la suma asegurada. Niega los hechos invocados en la demanda. Rechaza los rubros reclamados, sostiene que el mismo actor reconoció su carácter de empleado por lo que posiblemente cuente con cobertura de salud. Que el actor no ha acompañado los documentos de que haya de valerse como requiere el art. 182 del CPCC, lo cual hace a su derecho de defensa quien se ve impedida de conocer si tales gastos existieron y de esgrimir todas las defensas necesarias. Ofrece prueba documental, informativa, pericial contable y presuncional e indiciaria.- A fs. 125 se da por no contestada la demanda a Montecristo SRL atento ser su presentación extemporánea.- A fs. 130 el Dr. Morelli en representación de la SRL demandada acompaña escrito de prueba en relación al planteo de la codemandada en los términos del art. 253; ofrece pruebas de exhibición de documental y testimonial.- A fs. 137 se abre a prueba la causa, diligenciada y agregada la instada en término a fs. 454 se dicta decreto de autos.- A fs. 461 se corre vista de todo lo actuado al Ministerio Público Fiscal, la que es evacuada a fs. 465/466.-

**II) El fallo de primera instancia:** La Juez *a quo* rechaza la excepción de falta de acción articulada por la codemandada Federación Patronal Seguros S.A.; hace lugar parcialmente a la demanda interpuesta; hace lugar a la exclusión de cobertura opuesta por la citada y regula honorarios a los letrados intervinientes.-

**III) Los agravios de la demandada y su contestación por la actora:** 1) Los expresa, por intermedio de su apoderado, a fs. 500/502, donde dice que motiva su recurso el no acogimiento de la excepción de no seguro opuesta por la citada en garantía Federación Patronal Seguros S. A. con la consecuente imposición de las consecuencias derivadas del hecho dañoso y con ello las costas a cargo de su representada. Sostiene en relación dicha cuestión, que se equivoca la juez de grado al concluir que no existe cláusula abusiva predispuesta a la luz del art. 37 de la Ley de Defensa del Consumidor confrontada con los términos del art. 1121 el C. C. y C. de la Nación. Cuestiona la naturaleza engañosa de lo que fuera una propuesta original de cobertura que luego van acotando mediante Cláusulas Adicionales al contrato original de póliza, en el caso que nos ocupa: la “*cláusula Adicional Nro. 26*”, que dice no fue aprobada expresamente por el consumidor, por cuanto el riesgo principal que se ha querido asegurar, era justamente las riñas entre los terceros concurrentes al lugar de acceso al público como de aquellos terceros que en dicho lugar arrojan objetos (botellas, vasos) con el propósito de producir daños en las personas. Cita Jurisprudencia en su favor. Alega que se ha fallado sin la debida consideración a la situación abusiva planteada, atento la distorsión con respecto al riesgo asegurado mediante cláusulas adicionales.

A fs. 507/508v., el actor, por intermedio de su apoderado, contesta el traslado de esa expresión de agravios manifestado que se adhiere a los fundamentos expuestos, solicitando se haga extensiva la condena y las costas judiciales a la compañía de seguros.

A fs. 510/513v., el apoderado de Federación Patronal Seguros S.A. solicita el rechazo de los agravios de la demandada Montecristo SRL con imposición de costas.

A fs. 565/569 v. el representante del Ministerio Público Fiscal contesta traslado, opinando que la relación entre actor y demandado queda subsumida en la Ley de Defensa al Consumidor.

**IV) Los agravios de la parte actora:** 1) Los expresa, por intermedio de su apoderado, a fs. 516/524 v.- Indica que el cuestionamiento que se le realiza a la sentencia lo es en relación a los importes económicos y no a las pretensiones reclamadas: daño emergente y daño moral. En relación al quantum del daño emergente:

se reclama la suma de pesos diez mil, y destaca que si bien es cierto que el actor no acompañó documentación suficiente de dichos gastos, ello obedeció en primer lugar a la ignorancia, urgencia y desesperación, no tomando el recaudo de exigir por cada erogación económica el respectivo comprobante de pago; por otro lado, debido al estado incapacitante del actor, la mayoría de los pagos fueron realizados materialmente por la conviviente del actor. Cita Jurisprudencia. Concluye que si bien no se acompañaron suficientes recibos por pago de gastos médicos, constan en autos numerosas consultas, estudios y certificados médicos, los cuales generaron una erogación por parte del actor que no fue valorada adecuadamente por el sentenciante. Quantum del daño moral: la sentencia cuestionada considera excesiva la suma que se reclama, no contando con el dictamen de un profesional que pudiera avalar la magnitud del daño referido. Cuestiona la exigencia de un dictamen de un profesional a los fines de acreditar la magnitud del daño moral. Indica que el daño moral se infiere a partir de una determinada situación objetiva y luego de narrar el desarrollo de los hechos y los padecimientos del actor, lo que fue probado a través de las declaraciones testimoniales obrantes en autos, resulta irrisorio e insignificante el monto indemnizatorio establecido en la sentencia. Añade que si bien no existen tablas legales para cuantificar el daño moral, estima prudente el monto reclamado en la demanda, solicitando en forma subsidiaria que nunca la situación vivida por el actor podría ser indemnizada por un monto inferior a por lo menos una unidad económica a que se refiere el art. 36 de la ley 9459. Asimismo, el *a quo* llega a la cifra de \$15.000 sin dar ninguna explicación al respecto. Condena parcial en costas: se agravia por cuanto se impone las costas en un 30% al actor. Refiere que la diferencia entre lo requerido en la demanda y lo acogido en la sentencia solo radica en el quantum de dichos rubros, lo que fue determinado subjetivamente por el *a quo* y sin fundamento jurídico. Tampoco entiende por qué se cita el art 132 del C de P C referido a vencimientos mutuos para la imposición de costas, si el accionado Montecristo SRL no ha logrado desestimar ninguno de los rubros reclamados en la demanda. Recalca además, que conforme la vista contestada por el Ministerio Público Fiscal, el mismo determina que la relación habida en autos es una relación de consumo siendo aplicable el estatuto del consumidor, el cual en su art. 3 dice: "En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor". Finaliza diciendo que se deberá modificar la Sentencia, efectuando una nueva regulación de honorarios profesionales de los letrados intervinientes en función de la nueva resolución judicial.



A fs. 532/534, el apoderado de la codemandada Montecristo SRL, contesta el traslado de esa expresión de agravios solicitando el rechazo del recurso de apelación deducido, y en relación al daño moral, considera excesivo el monto mandado a pagar por lo cual dicho rubro debe ser suprimido de la sentencia.

A fs. 559/561 v., Federación Patronal Seguros S.A., por intermedio de su apoderado, contesta el traslado, solicitando el rechazo del recurso de apelación deducido, con costas.

A fs. 565/569 v. el representante del Ministerio Público Fiscal contesta traslado, opinando que la relación entre actor y demandado queda subsumida en la Ley de Defensa al Consumidor.

**V) La solución:** 1) Que ingresando al tratamiento de los agravios del demandado cabe señalar que la “expresión de agravios” para superar el test de admisibilidad requiere de una articulación seria, fundada, concreta y objetiva de los errores de la sentencia, punto por punto y una demostración de los motivos para considerar que ella es errónea, injusta o contraria a derecho (Alsina, Hugo, “Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial”, 2° edic., IV, p. 589; Palacio, Lino F., “Derecho Procesal Civil”, T. V., p. 599, Ibáñez Frocham, “Tratado de los recursos en el proceso civil”, 1957, p. 43).

En la especie el impugnante no cumplió con esta exigencia pues en la “expresión de agravios” omitió hacerse cargo de formular una crítica fundada y precisa de los fundamentos por los cuales la a quo consideró que *“...en relación a la excepción de no seguro opuesta, ha quedado acreditado en autos, que la demandada, Montecristo SRL, celebró un contrato de seguro con Federación Patronal Seguros S.A., el que fue instrumentado mediante Póliza n° 793104. Dicha póliza es acompañada por la aseguradora a fs. 174/208. A fs. 423/447 se halla incorporada la pericial contable realizada a la firma Federación Patronal Seguros S.A., de la que surge la vigencia de la póliza citada a la fecha del evento dañoso (fs. 434 vta.) como también la existencia de la Cláusula Adicional Nro. 126 que invoca la aseguradora. Cabe decir al respecto que la exclusión de cobertura implica una manifestación comercial mediante la cual el asegurador expresa su decisión de no tomar a su cargo las consecuencias derivadas de un determinado riesgo, y en función de ello, el precio pagado en concepto de prima, ha sido estipulado en virtud de la cobertura prevista. La suma asegurada obedece a la relación de equivalencia existente entre premio y riesgo, por lo que ampliar el riesgo asegurado produciría un desequilibrio entre las variables mencionadas. En el caso de*

*autos el riesgo cubierto incluyó: 005 Responsabilidad civil-básica; 210 Responsabilidad civil por incendio, rayo, Expl. Desc. Elec. Esc. gas y 270 RC por suministro de alimentos, en tanto que la Cláusula Adicional Nro. 126 expresamente establece: “(...) cuando el siniestro sea causado por o como consecuencia de riñas, peleas, trifurcas, avalanchas y todo hecho de similares características, la presente póliza cubre la responsabilidad civil del Asegurado por lesiones y/o muerte de terceras personas y/o daños o pérdidas en sus bienes, siempre que tales hechos hayan sido ocasionados por o con intervención de personas dependientes del Asegurado (el subrayado me pertenece)”. Que de lectura del texto de la póliza, surge que la cláusula en cuestión es clara y precisa y no ofrece dudas en cuanto a la interpretación de sus alcances. Así, surge claro que el hecho motivo de la presente acción, no engasta en la cláusula transcrita.- Analizada dicha cláusula a la luz del artículo 37 de la ley 24.240, no se advierte que la misma pudiera resultar abusiva, en los términos del art. 1121 del CCC. En este sentido se ha sostenido: “La protección que el art. 37 de la Ley de Defensa del Consumidor le acuerda al asegurado, lo protege en contra de cláusulas abusivas contenidas en la póliza, con renuncia de derechos que la ley acuerda o con la imposición de condiciones gravosas para viabilizar su derecho, pero en modo alguno autoriza al asegurado a pretender una cobertura que exceda la contratada” (Cám. Civ. y Com. de 5° Nom. (Córdoba) Sentencia 93, f.: 12/06/2006. Actualidad Jurídica. Cód.: 10903). Que en virtud de lo expuesto, corresponde hacer lugar a la excepción de no seguro planteada por la aseguradora...”*

Esta transcripción de la sentencia de primer grado, demuestra que el “holding” o “ratio decidendi” de ella, se basa en que -como tiene dicho autorizada doctrina-, el llamado a juicio a la aseguradora del demandado tiene por causa el contrato existente entre esas partes, y no se reduce a una mera llamada a la causa, sino que implica una demanda de cumplimiento contractual entre los concertantes. La aseguradora tiene, en tales hipótesis, un interés distinto hacia su asegurado que el expuesto en la demanda por el actor contra el demandado: es el interés contractual tenido con éste y todo lo relacionado con las obligaciones vinculantes del álea existente entre estas partes, que es requerido por su asegurado dentro de esa vinculación a la cual resulta extraña y ajena la actora (arts. 1195 y 1199 del Código Civil). Uno de los elementos esenciales y específicos del contrato de seguro es el riesgo, que consiste en la posibilidad o probabilidad de que suceda un hecho dañoso previsto en él y que motiva el nacimiento de la obligación del asegurador de resarcir o cumplir la prestación convenida. El siniestro es el acaecimiento de ese hecho determinante de la

responsabilidad de aquél (Conf. Stiglitz, Rubén S., “Derecho de Seguros”, t. I, La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 202). El riesgo es la posibilidad de que ocurra un evento patrimonialmente desfavorable. La posibilidad es un estado de incertidumbre intermedio entre la imposibilidad y la certeza, susceptible de graduación. El grado de posibilidad de realización de un riesgo se llama “probabilidad” y es la relación existente entre el número total de riesgos asegurados y la cantidad de siniestros verificados de acuerdo a la estadística (Conf. Castro Sammartino, Mario – Garrone, José A., Ley de Seguros, 1998, LexisNexis – Abeledo-Perrot, Lexis N° 1604/000407).

Con el objeto de establecer cuándo existe deber de reparar, es necesario precisar e individualizar el riesgo en el momento de la celebración del contrato. El riesgo debe ser individualizado, precisado, precisión que puede resultar en forma positiva, por las limitaciones del riesgo asumido, o en forma negativa, por las exclusiones enumeradas en las condiciones generales o en las particulares de la póliza. Estas exclusiones o limitaciones deben ser formales e individualizadas. El asegurador deberá probar que el daño proviene de un riesgo excluido, si la determinación es negativa o directa, a su vez el asegurado deberá probar que proviene de un riesgo incluido si la limitación es positiva o indirecta (Conf. Halperín, Isaac y Morandi, Juan Carlos F., “Seguros. Exposición Crítica de las Leyes 17.418 y 20.091”, Ed. Depalma, 2da. Edición, T. I, p.429).

El contrato de seguro debe mencionar el riesgo asegurado; normalmente, una cláusula prevé el riesgo genérico a cubrir, por ejemplo, incendio, y luego señala diversas hipótesis que van acotando el ámbito dentro del cual regirá la cobertura otorgada (Conf. Sup. Corte Just. Mendoza, sala 1ª, 01/07/2008, Lexis N° 1/70047198-4).

Aparecen entonces las llamadas cláusulas de exclusión de cobertura o de no seguro o de no garantía. La delimitación del riesgo consiste en excluir o restringir los deberes del asegurador por la no asunción de alguno o algunos riesgos. Implica un no seguro; ausencia de tutela o garantía. Estas cláusulas al igual que las denominadas cláusulas de caducidad, producen como resultado que el asegurado no perciba la prestación comprometida por el asegurador. Sin embargo, hay entre ellas diferencias significativas, por ejemplo, las segundas suponen una situación originariamente cubierta por el contrato; las de exclusión de la cobertura, en cambio, colocan los supuestos que describen fuera del amparo del contrato (Conf. Suprema Corte de Justicia de Mendoza, sala I, 09/06/2003, LLGran Cuyo 2003 (diciembre), 854; sala I, 01/07/2008, Lexis N° 1/70047198-3, en ambos voto de la Dra. Kemelmajer de Carlucci).

La inclusión de cláusulas de exclusión implica que en la contratación, el asegurador manifestó su decisión de no cubrir o no garantizar determinadas consecuencias derivadas del acaecimiento del evento. Al haberse excluido expresamente un riesgo, a su respecto no existe seguro, lo cual importa un supuesto de no seguro que nace con el contrato mismo. Acaecido este evento, no previsto en el contrato, el asegurador no está obligado a garantizarlo y, por lo tanto, el asegurado no dispone del derecho a exigir el resarcimiento de prestación alguna. Habrá siniestro excluido o evento no cubierto todas las veces que el siniestro se verifique en circunstancias que el contrato las prevea como no idóneas para hacer funcionar la cobertura asegurativa” (Conf. CNCom., sala B, 14/11/1979, LL 1980-C-160).

Las denominadas cláusulas de exclusión de cobertura o de no seguro establecen una delimitación del riesgo asegurado. Consisten en excluir o restringir los deberes del asegurador por la no asunción de algún o algunos riesgos; implican un no seguro, ausencia de tutela o garantía, la existencia de daños no asumidos (Conf. Soler Aleu, Amadeo, “El nuevo contrato de seguros”, 1970, Ed. Astrea, p. 66). En síntesis, la exclusión de cobertura implica una manifestación negocial por la que, explícita o tácitamente, el asegurador expresa su decisión de no tomar a su cargo, no cubrir, no garantizar, las consecuencias derivadas de la realización del riesgo (Conf. Sup. Corte Just. Mendoza, sala 1ª, 17/12/2003, Lexis Nº 70013741). Se trata de supuestos en los que se presenta una situación jurídica análoga a la de quien no ha contratado ninguna cobertura y, por lo tanto, el asegurador nada debe al tercero víctima (Conf. Perucchi, Héctor Arnoldo (h.), “La culpa grave en el contrato de seguro”, LL, 1998-E, 997, ver conceptos extraídos de ver Cám. Nac. de Apel. en lo Civil, Sala H, 6/02/ 2017, autos “Pra Baldi Sergio y otros c/ Bianchi Lucas Juan y otros s/ daños y perjuicios”, Cita: MJ-JU-M-103170-AR/ MJJ103170/MJJ103170).

En ese marco, la situación en la que tuvo lugar el hecho –base del presente reclamo-, no se hallaba amparada por la póliza respectiva. Ello, debido a que una de sus cláusulas –debidamente citada por la a quo según se transcribe más arriba-, dispone que cuando el siniestro fuera causado por o como consecuencia de riñas, peleas, trifurcas, avalanchas y todo hecho de similares características, la póliza cubre la responsabilidad civil del Asegurado por lesiones y/o muerte de terceras personas y/o daños o pérdidas en sus bienes, siempre que tales hechos hayan sido ocasionados por o con intervención de personas dependientes del Asegurado. Surge de las constancias de autos que quien habría sido prima facie el agresor sería Rodrigo David Depetriz (según testimonio de fs.

238/239 de autos y actuaciones labradas ante el Ministerio Público según informe de fs. 299), quien no es dependiente del asegurado demandado.

Como consecuencia de dicha circunstancia y lo mencionado en la última parte de la cláusula de la póliza aludida, cobra efectividad el supuesto de exclusión de garantía, ya que no cabe más que concluir la ausencia de seguro a su respecto, solución que resulta oponible tanto al asegurado como a los terceros damnificados en tanto deriva del contrato mismo y es anterior al hecho lesivo.

Como está dicho "...la empresa aseguradora citada en garantía debe responder por los daños reclamados en los términos y con el alcance del art. 118 de la ley 17.418, pues las obligaciones que se atribuyan al asegurador no deben serle impuestas más allá de los términos pactados en la póliza, en tanto la misma ley establece que el contrato es la fuente de sus obligaciones y en aquel instrumento se determinan los alcances y los límites de la garantía debida" (Confr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala I, autos "A., D. J. c. V., C. A. y otros s/ daños y perjuicios", 14/05/2015, Cita Online: AR/JUR/19438/2015).

También, se ha resuelto al respecto que "...al disponer el art. 118 de la ley 17.418 que la sentencia que se dicte hará cosa juzgada respecto del asegurado y será ejecutable en la medida del seguro, quiere significar que el tercero está subordinado, le son oponibles, lo afectan o se encuentra enmarcado por determinadas estipulaciones contractuales, aun cuando haya sido ajeno a la celebración del pacto. El contrato de seguro rige la relación jurídica sólo entre los otorgantes y, frente a ellos, los damnificados revisten la condición de terceros, ya que no participaron de su realización y, si desearan invocarlo, deben circunscribirse a sus términos (ver C.N.Civ., sala K, sent. del 10/10/2002, LA LEY 2002-F, 598; C.N.Civ., sala E, "Valenzuela y ots. c. Barraza", 27/09/2007, La Ley Online).

En consecuencia, los agravios la demandada Montecristo S.R.L. no son de recibo, debiendo rechazarse el recurso de apelación interpuesto por el mismo a través de su apoderado.

2) Con respecto a los agravios del actor referidos a la cuantía por la que procede el daño emergente, se estima, corresponde rechazar los agravios formulados al respecto, doy razones.

Como ha sostenido la suscripta en otras oportunidades "...el daño debe ser acreditado no sólo a los efectos de la procedencia misma de la reparación, sino también para fijar su extensión y límites. Ello es así porque debe indemnizarse el daño causado,

todo ese daño y sólo él. La indemnización no debe pecar por defecto (lo que empañaría la exigencia de plenitud que debe revestir), ni por exceso (porque en la medida de éste, se configuraría un enriquecimiento injustificado en beneficio del actor. La certeza o realidad del daño atañe no sólo a su existencia, sino también a su composición [...] No es suficiente acreditar una lesión a determinados intereses de la víctima; por el contrario es menester, además, que se aporten elementos de juicio sobre sus específicas repercusiones. Constituye una directiva esencial la de que el responsable debe resarcir todo y sólo el daño causado, de modo que interesa cuál y cómo es el daño, y no únicamente si es [...] El actual sistema procesal no permite diferir la estimación cuantitativa de los daños al estadio ejecutorio, y sólo habilita una fijación prudencial del monto si su determinación no ha sido posible pese a la diligencia puesta por aquel a quien incumbe la carga (art. 335 C.P.C.). Cuando media negligencia en el accionante y el presupuesto no puede aportar algún indicio significativo...; no puede ser constreñido el órgano jurisdiccional a realizar averiguaciones que incumbían a su pretensor. Valoraciones prudenciales no pueden ser sólo conjeturales, con la dosis de arbitrariedad que ello aparejaría, aleatoriamente gravitante a favor o en contra de cualquiera de las partes.” (C8CC de Cba., Sent. N° 101, del 09/09/03, autos “Martinez, Luis Rubén c/ Bottegoni, Pablo Hernán- Ordinario”, en Actualidad Jurídica de Córdoba, N° 40, p. 2399, ver voto de la suscripta en autos “Vocos, José Eduardo c/ Favetto, Marcos Daniel y otros- Ordinario”, Sentencia N° 22, del 08/03/2018).

En el *sub lite*, no fue posible comprobar oportunamente por falta de determinación de los costos concretos, la procedencia del daño material reclamado.- Por ello el primer agravio del actor no es de recibo.-

Con relación al cuestionamiento del monto otorgado en concepto de indemnización por daño moral por considerarlo exiguo, cabe señalar que en relación a la valuación de la indemnización por daño moral, siguiendo las enseñanzas de Zavala de González (“Resarcimiento de daños”, Tomo 4, “Presupuestos y funciones del derecho de daños”, pág. 502) que sostiene que no media nexo demostrable entre la entidad del daño y la importancia de la condena, porque no puede haberlo entre un mal espiritual y un bien dinerario (debe afrontarse un salto sin puente que una los extremos), cabe advertir que son perceptibles las diferencias entre los diversos daños morales, y surge una natural convicción de que frente a uno grave corresponde una reparación mayor que respecto de otro más leve; pero no hay antecedente lógico o axiológico que permita valorar si una indemnización es elevada o reducida, ajustada o desproporcionada.

También el Más Alto Tribunal provincial se ha pronunciado en el mismo sentido: “...Evaluar el daño moral significa medir el sufrimiento humano. Esto no sólo es imposible de hacer en términos cuantitativamente exactos, sino que es una operación no susceptible de ser fijada en términos de validez general o explicada racionalmente. Cada juez pone en juego su personal sensibilidad para cuantificar la reparación, la cantidad de dinero necesaria para servir de compensación al daño. Es la que sugiere caso por caso su particular apreciación y comprensión del dolor ajeno” (TSJ, Sala C y C, Sentencia N° 30 del 10/04/2001, publicada en LA LEY C 2002, 56, citando doctrina de la misma sala: A.I. N° 586, del 20/11/1989; Sentencia N° 68 del 12/12/1986; Sentencia N° 37 del 04/06/1997).

También tiene dicho el Alto Cuerpo provincial que “...en el particular supuesto de las decisiones jurisdiccionales que se vinculan con la cuantificación del daño moral, una buena metodología aconseja cotejar el caso con otros de tenor más o menos parecido, donde los tribunales de la misma instancia hayan abordado idéntica tarea jurisdiccional, lo que permitirá obtener una mirada holística del fenómeno judicial y replantear la tesis de que la demanda de justicia no es independiente de su precio... Una ignorancia en tal sentido, afecta severamente la dimensión del bien común institucional que de la república los mismos jueces deben atender... los jueces tienen el deber de expedirse al respecto y al hacerlo, están obligados a fundar lógicamente y legalmente su decisión (arts. 155 de la Const. Prov. y 326 del CPC). Tal fundamentación excluye la posibilidad de dejar librado el monto que se condena a pagar sólo al meditado arbitrio judicial, o a la mera enunciación de pautas realizada de manera genérica y sin precisar de qué modo su aplicación conduce, en el caso, al resultado a que se arriba. El quantum del daño moral como no puede ser de otra manera es iluminado desde la ‘subjetividad del juez’, pero nunca es posible que ella mute a ser la ‘arbitrariedad del juzgador’. Y esto último ocurre cuando el proceso de valoración y cuantificación del daño aparece disociado de la realidad fáctica y normativa aplicable al caso concreto...” (TSJ, Sala C. y C., 12/04/2012, Sentencia N° 65, autos: “Arias Alejandro Norberto c. Palou Miguel Ernesto y otro”, consultado en “Tribunal Superior de Justicia de Córdoba”, Máximos Precedentes, Editorial LA LEY, 2013, págs. 131/137).

En ese contexto verificados precedentes dictados en una fecha próxima a la del hecho de autos, con características aproximadas o similares a las del caso, se otorgó para una persona resultó lesionada en un local bailable, que como resultado quedó con una cicatriz en la cara, una indemnización por la suma de Pesos doce mil (\$

12.000.-) (ver Cámara de Apelaciones de Concordia, Sala civil y Comercial II, autos “R., C.A. c. C., C.G.y otro s/ordinario”, 15/03/2016, Cita Online: AR/JUR/23953/2016). Para una persona que también fue lesionada en un local bailable, con desprendimiento de dientes, heridas en el rostro y fractura de nariz fue otorgada en concepto de daño moral una indemnización de Pesos Dieciocho mil (\$ 18.000.-) (ver Cám. Nac. de Apel. en lo Civil, Sala H, 6/02/ 2017, autos “Pra Baldi Sergio y otros c/ Bianchi Lucas Juan y otros s/ daños y perjuicios”, Cita: MJ-JU-M-103170-AR/ MJJ103170/MJJ103170). Otro caso similar, en el que una persona fue lesionada en un local bailable, sufriendo como resultado de ello politraumatismos, traumatismo de columna vertebral y herida cortante en cabeza y labios, se otorgó una indemnización por daño moral de Pesos ocho mil (\$ 8.000.-) (ver Cám. de Apel. en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, 01/06/2017, autos “Tahan Ricardo y otros c/ Herrera Alejandra Usulina y otros s/ daños y perjuicios”, Cita: MJ-JU-M-104612-AR / MJJ104612/ MJJ104612).-

Es decir que, todo lo expuesto permite concluir que la suma reclamada por el actor por este concepto de Pesos Doscientos cincuenta mil (\$ 250.000.-), no luce razonable para resarcir el perjuicio de que se trata, teniendo en cuenta las lesiones padecidas por el reclamante y lo declarado por los testigos citados por la juez de grado, en virtud de lo cual, se estima prudente y ajustada a derecho la indemnización otorgada por la a quo para el demandante en este rubro de pesos quince mil (\$ 15.000.-). Por todo ello propongo, teniendo en cuenta el precedente citado, se confirme en este rubro resarcitorio el monto concedido rechazándose el agravio referido a este punto.

Por último, con relación al agravio referido a la imposición de costas, cabe señalar que doctrina y jurisprudencia se encuentran divididas principalmente en tres posiciones: a) Una primera que entiende que las costas deben ser siempre asumidas por el demandado responsable, aun cuando la demanda prospere parcialmente; en esta corriente de pensamiento se enrolan entre otros Orgaz (ver “El daño resarcible”, p. 156 y 157 y Farina (Enciclopedia Jurídica Omeba, voz “costas”, T VI, p. 106). Para esta tesis, las costas deben ser asumidas -por un principio de justicia- por quien con su conducta hizo necesario el juicio; b) Una segunda posición entiende que no es posible atribuir las costas por un sistema automático o matemático sino que en definitiva la determinación ha de ser prudencial y circunstanciada del magistrado y c) Finalmente, una tercer corriente de opinión sostiene que las costas deben ser distribuidas proporcionalmente atendiendo a los vencimientos recíprocos de los litigantes. De este modo, la condena al demandado no resulta suficiente para reputarlo vencido e imponerle las costas, sino que



deben confrontarse los rubros de la demanda con el resultado económico obtenido en la sentencia y de esa ecuación matemática resultará la proporción de costas que corresponde cargar a cada una de las partes. Esta es la tesis sostenida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Conf. CSJN 09/02/89, ED 134-853) y por el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia, Sala Civ. y Com. *in re* “Ponce Víctor c/ Ubaldino José Rodríguez – Recurso de revisión”, 14/09/89, Sent. 37, et *in re* “Alice, Mario D. C/ Mary Iñiguez de Peña - Ejec. Hipotecaria- Recurso Directo”, Sentencia del 27.2.02, en Zeus Córdoba n° 5 pág. 134 y sgts., aplicable *mutatis mutandi*). Nuestro código procesal contiene el principio objetivo del vencimiento y la pauta del vencimiento no opera in abstracto, sino en concreto (art. 132 del CPCC); sin embargo es de advertir que esa pauta objetiva encuentra además la posibilidad de morigeración en función de un parámetro de índole subjetivo que alude a la prudencia del juzgador. En suma, dos son los parámetros a tener en cuenta, por una parte la proporcionalidad matemática, por la otra la prudencia del juzgador. Aceptar la primera tesis, esto es, que en todo caso en que prospere una pretensión resarcitoria de daños y perjuicios, el demandado debe cargar con las costas importa contravenir el sistema impuesto por el art. 132 C.P.C. a la par que alzarse contra el criterio del Tribunal Superior de Justicia, último intérprete de las normas formales locales. Cabe recordar que el propio Tribunal Superior adecuó su jurisprudencia, cuando estaba en desarmonía con la de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, justamente, en función de los parámetros expuestos (*in re* “Rodríguez Pardo, José c/ Valera M. Blas y otra- Ordinario- Recurso Directo”, S. N° 80 del 24.6.02, síntesis en Zeus Córdoba N° 24, pág. 669 y sgts.).

En suma, las costas de primera instancia deben distribuirse conforme los vencimientos operados, prudencialmente morigeradas conforme las circunstancias particulares de la causa. Teniendo en cuenta que los rubros peticionados en la demanda que no prosperaron en su totalidad y la valoración que efectúa la a quo en el sentido que el actor tuvo razón plausible para litigar, se estima justo y prudente el criterio con el que la juez de grado ha distribuido las costas.-

Por último, con respecto a la impugnación formulada por el actor al acogimiento de la excepción de no seguro opuesta por la citada en garantía, remito a los argumentos expuestos en el punto 1) de la presente solución.

En definitiva, cabe rechazar el recurso de apelación del actor y del demandado, confirmando la Sentencia Número Ciento ochenta y tres, de fecha quince de mayo de dos mil diecisiete obrante a fs. 475/482 de autos.

3) Las costas de ambos recursos del demandado y del actor serán impuestas a los apelantes vencidos (art. 130 C.P.C.C.).

Los honorarios en el recurso de apelación interpuesto por el demandado - al que adhiere el actor-, serán regulados al letrado de la citada en garantía (art. 26 L.A.) en el mínimo previsto por el art. 40 in fine de la L.A., una suma equivalente a 8 jus, atento que aplicando los porcentajes de ley sobre el monto que es discutido no se arriba al mínimo legal.

Los honorarios del recurso de apelación interpuesto por el actor, serán regulados en esta oportunidad al letrado del demandado (art. 26 L.A.) en una suma equivalente a 8 jus, mínimo legal establecido por el art. 40 in fine L.A., por no existir base cierta sobre la cual practicarla.

Así voto, por la afirmativa.-

**A LA PRIMERA CUESTION PROPUESTA EL SEÑOR VOCAL DR. MARIO CLAUDIO PERRACHIONE, DIJO:** Que se adhiere al voto emitido por la Sra. Vocal Dra. Griboff de Imahorn (art. 382 CPC). Así vota esta cuestión.-

**A LA SEGUNDA CUESTIÓN LA DRA. ANALÍA GRIBOFF DE IMAHORN DIJO:** A mérito de las conclusiones contenidas en los votos precedentes, el Tribunal deberá dictar el siguiente pronunciamiento: I) Confirmar la Sentencia Número Ciento ochenta y tres, de fecha quince de mayo de dos mil diecisiete, obrante a fs. 475/482 de autos, rechazando los recursos de apelación planteados por Montecristo S.R.L. a través de su apoderado y por el actor.- II) Las costas de ambos recursos se impondrán a los apelantes vencidos (art. 130 del C.P.C.C.). III) Regular honorarios en el recurso de apelación del demandado Montecristo S.R.L. al letrado de la citada en garantía Federación Patronal Seguros S.A. en una suma equivalente a 8 jus, mínimo previsto por el art. 40 in fine de la L.A., atento que si se aplican los porcentajes de ley sobre lo que fue materia de discusión no se arriba al mínimo legal previsto por la norma. IV) Regular honorarios por el recurso de apelación del actor al letrado del demandado (art. 26 L.A.) en una suma equivalente a 8 jus, mínimo legal establecido por el art. 40 in fine L.A., por no existir base cierta sobre la cual practicarla.

Así voto esta cuestión y en definitiva.-

**A LA SEGUNDA CUESTION PROPUESTA EL SEÑOR VOCAL DR. MARIO CLAUDIO PERRACHIONE, DIJO:** Que se adhiere a la solución propuesta por la Sra. Vocal Dra. Analía Griboff de Imahorn (art. 382 CPC). Así voto esta segunda cuestión y en definitiva. A mérito del acuerdo que antecede,

**SE RESUELVE:**

**1°)** Confirmar la Sentencia Número Ciento ochenta y tres, de fecha quince de mayo de dos mil diecisiete, obrante a fs. 475/482 de autos, rechazando los recursos de apelación planteados por Montecristo S.R.L. a través de su apoderado y por el actor.-

**2°)** Las costas de ambos recursos se impondrán a los apelantes vencidos (art. 130 del C.P.C.C.).-

**3°)** Regular honorarios del recurso de apelación del demandado al Dr. Julián María Martínez, letrado de la citada en garantía Federación Patronal Seguros S.A., en la suma de Pesos Seis mil quinientos sesenta y dos con treinta centavos (\$6.562,30).

**4°)** Regular honorarios por el recurso de apelación del actor al letrado del demandado (art. 26 L.A.), Dr. Luis A. Morelli en la suma de Pesos Seis mil quinientos sesenta y dos con treinta centavos (\$6.562,30).-

Protocolícese y bajen.-