TOMO XX **-SENTENCIA-** T.S.J..-

REGISTRO Nº 682

FOLIO Nº 3968|3972

PROT. ELECT. TSS1 010 S.211

Río Gallegos, 16 de abril de 2021.-

Y VISTOS:

Los presentes autos caratulados: **"FERRARI ANA MARÍA c/ CAJA DE SEGUROS S.A. s/ ORDINARIO"**, Expte. N° **F-21.223/07 (F-2328/19-TSJ)**, venidos al Acuerdo para dictar sentencia; y

CONSIDERANDO:

I.- Que llegan las presentes autos a conocimiento de este Excmo. Tribunal Superior de Justicia en virtud del recurso de casación articulado por la parte actora, por intermedio de su letrado apoderado, Dr. Bernardino Zaffrani, a fs. 564/565 vta., contra la sentencia dictada por la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Primera Circunscripción Judicial, obrante a fs. 554/561. Esta última revocó la sentencia de Primera Instancia, rechazó la demanda e impuso las costas a la actora perdidosa (cfr. foja 560 vta.).-

II.- Que en su recurso de casación la parte actora plantea que la sentencia de la Excma. Cámara de Apelaciones es arbitraria y ha aplicado erróneamente la ley (cfr. foja 564) y siguiendo un criterio erróneo, se aparta de la jurisprudencia del propio Tribunal Superior ante un caso análogo. Hace referencia al precedente "Del Moral" (cfr. fs. 564/565 vta.).-

Califica de arbitraria la sentencia porque entiende que resta valor a la pericia obtenida en sede administrativa y tiene por no configurado el siniestro. Además, le imputa realizar una errónea valoración que altera el resultado del pleito (cfr. foja 564 vta.).-

Sostiene que encontrándose acreditada la minusvalía de la docente Ferrari, tal como surgiría del expediente administrativo, se produce la obligación de pago de la indemnización (cfr. foja cit.).-

Expresa que: "...el rechazo de la indemnización reclamada por parte de la demandada se basa en que '...la Póliza del Consejo Provincial de Educación no cubre el riesgo que fundamenta el reclamo, desde el 01/04/1992...'. Esto le contesta la Caja a la Sra. Ferrari!!! Acaso la Caja respondió...- no Sra. Ud. no tiene el mínimo de incapacidad exigido por la ley. Arrancando entonces mal, V.E. se termina peor. Por qué? Pues porque sigue luego cuestionando la Incapacidad otorgada por la Caja, supliendo entonces la inactividad de la contraria, que nada dijo al respecto al inicio con el intercambio epistolar. Repito y teniendo en cuenta este aspecto fundamental la teoría de los actos propios resulta aplicable desde que la

demandada trae ahora cuestiones no planteadas en el momento oportuno. Adviértase que primero dijo que no había denuncia del siniestro (lo que no era cierto), luego dice que ya no está vigente la cobertura desde el año 92." (cfr. foja 565).-

Agrega que: "Podríamos asegurar sin temor a equivocarnos que se trata de una cuestión de puro derecho. Desde luego que sí pues al inicio del reclamo, repito, la Caja demandada contestó. 'Ud. no denunció y además ya no cubrimos la incapacidad desde 1992'. Que tiene entonces que ver todo el análisis de si era o no total y permanente, de si no alcanzaba el piso del 66% y otros pelos en la leche. Me permito disentir enérgicamente con lo que sostiene V.E. de la no aplicación del precedente 'Del Moral Magna Sofía c/...' porque el mismo también registró la misma conducta evasiva e incumplidora de la contraria, desde el inicio. Es suplir la inactividad de la demandada el sostener (pág. 10 1er párrafo del fallo) '...la accionada no podía referir en su conteste el grado de incapacidad que no surgía de modo expreso...'" (cfr. foja 565 vta.).-

La Excma. Cámara de Apelaciones declaró inadmisible el recurso de casación (cfr. fs. 567/568 vta.). Esta circunstancia motivó a la actora a la presentación del recurso de queja que luce agregado a fs. 609/610 vta.. Se hizo lugar a este remedio y se pusieron los autos a disposición de las partes, conforme lo estatuido en el artículo 8 del Libro I, Título IV, Cap. IV, Sec. 6º, Parágrafo 2º -Recurso de Casación- del CPC y C, conforme Ley Nº 3453/15 -Decreto Nº 2228/15- (cfr. fs. 643/645 vta.). Utilizó esta facultad la demandada, quien por las razones que esgrime, y a las que nos remitimos *brevitatis causae*, solicita que se rechace la casación; también hace reserva del caso federal (cfr. fs. 650/652).-

A fs. 654/657 obra dictamen del Sr. Agente Fiscal Subrogante ante este Alto Cuerpo, quien por los fundamentos que expone y a los que nos remitimos en razón de brevedad, concluye que debe hacerse lugar al recurso de casación.-

A foja 658, se llaman autos para dictar sentencia y a foja 659 pasan a estudio.-

III.- Que conforme ha quedado planteada la cuestión extraordinaria provincial articulada por la actora, ésta se desarrolla en el ámbito del carril impugnativo previsto en el artículo 3 del Libro I, Título IV, Cap. IV, Sec. 6º, Parágrafo 2º -Recurso de Casación- del CPC y C, conforme Ley Nº 3453/15 -Decreto Nº 2228/15-. Por cuanto las impugnaciones se fundamentan en violación de la ley y arbitrariedad.-

En cuanto a la arbitrariedad invocada por la recurrente, por restarle valor a la prueba pericial obtenida en sede administrativa, es pertinente destacar que para descalificar una sentencia por arbitraria no es suficiente alegar tal

vicio, sino que hay que acreditarlo. En tal inteligencia la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires señaló que: "Sabido es que no resulta suficiente para enervar la decisión atacada exponer una opinión distinta a ella, sino que es menester demostrar acabadamente que el razonamiento empleado por el juzgador fue afectado por un error grave y manifiesto que ha derivado en conclusiones contradictorias e incoherentes en el orden lógico formal e insostenibles en la discriminación axiológica." (cfr. SCBA "Compagnoni José c/ Vázquez Isidro s/ División de condominio", causa Ac. 57.426-S del 05-03-96). Concordante con lo expuesto, este Alto Cuerpo ha sostenido que: "...para que se configure el extremo del absurdo o de la arbitrariedad no es suficiente la mera exhibición de un criterio discordante con el de los juzgadores, toda vez que debe demostrarse el vicio que se alega de manera tal que permita concluir que 'el discurrir del fallo se encuentra viciado de tal modo que lleva a conclusiones contrarias al entendimiento'..." (cfr. Interlocutorio, Tomos IX, Reg. 1320, Folio 1786/1788 y XX, Reg. 2648, Folio 3999/4003).-

Asimismo, es tesis de este Tribunal que: "...la doctrina de la arbitrariedad no ha sido instituida para corregir sentencias equivocadas, o que el recurrente estime tales según su criterio, sino que atiende sólo a supuestos de gravedad extrema, en los que se verifica un apartamiento palmario de la solución prevista por la ley o una absoluta carencia de fundamentación..." (cfr. Interlocutorio, Tomos III, Reg. 282, Folio 457/458; VI, Reg. 881, Folio 1022/1025, entre otros). En estos casos la cuestión no puede sino fenecer en los Tribunales ordinarios, no siendo este Tribunal Superior de Justicia una nueva y tercera instancia para revalorizar y juzgar respecto de dichas cuestiones, salvo el caso de absurdo, o que se alegue y demuestre que se han violado las normas legales o las reglas de derecho que gobiernan esa interpretación (cfr. TSJ Santa Cruz, Sentencia, Tomo XV, Reg. 523, Folio 2940/2946).-

Es más, de la lectura del resolutorio en crisis se constata que la Cámara ha realizado una correcta valoración de la prueba, en atención a como ha quedado trabada la litis. Así pues, la sentencia de Cámara rechazó el reclamo de la actora en atención a que no demostró que el grado de incapacidad que padecía era el requerido por la póliza para que fuese acreedora al premio que estaba solicitando (cfr. fs. 557/560). Sobre el particular es ilustrativo transcribir parte de la sentencia de la Alzada: "Ahora bien, la accionante solo utilizó como elemento fundante de su reclamo y probatorio del siniestro e ilustrativo de su incapacidad el otorgamiento del beneficio jubilatorio por parte de la Caja de Previsión Social. Es en este sentido que se puede afirmar, partiendo de la premisa de que estamos hablando de dos instituciones diferentes (beneficio jubilatorio y cobertura de un riesgo por parte del seguro),

regidas por normativas diferentes, que la sola alusión al otorgamiento de la jubilación resulta ineficaz para que indefectiblemente deba acceder a la cobertura del riesgo si no se reunen (sic) los requisitos necesarios para acceder al beneficio. La pericia efectuada en sede administrativa a los fines previsionales debe ser tomada como un indicio para la valoración. Pero en el caso de autos no resulta suficiente, pues lo que aquí interesa es la pericia de fs. 49 que determina un 61,34% de incapacidad. Ante esta situación no le quedaba otro camino a la actora que probar el grado de incapacidad requerida mediante prueba conducente en estos actuados, cosa que no aconteció (ver cuadernos de pruebas de la actora especialmente fs. 228/229), supuesto que tampoco puede verificarse de la pericial médica ofrecida por la demandada (v. fs. 464/465 y 494). Por lo expuesto, concluyo que no se verifican los presupuestos que permiten tener por configurado el siniestro en la forma y extensión estipulada en el contrato de seguro que vinculara a los ahora litigantes, y que obligue a la aseguradora a responder como pretende la actora, conforme arts. 1 de la ley N° 17.418 y 15 de la póliza citada." (cfr. fs. 559 vta./560).-

Efectivamente, el artículo 15 de la Póliza n° 76071 por la cual reclama la actora, preveía una indemnización para el caso de incapacidad total y permanente del asegurado, si ésta se hubiera producido después de su incorporación y durante la vigencia del seguro; y siempre que la incapacidad se hubiera prolongado por un lapso de 6 meses como mínimo. Específicamente la referida clausula contractual establece, en lo que aquí interesa, que: "Beneficio de Incapacidad Total y Permanente: Artículo 15: a) Riesgo cubierto: La Caja concederá el beneficio que acuerda esta cláusula al asegurado cuyo estado de incapacidad total y permanente, como consecuencia de enfermedad o accidente, no le permita desempeñar por cuenta propia o en relación de dependencia cualquier actividad remunerativa, siempre que tal estado haya continuado ininterrumpidamente por SEIS (6) meses como mínimo, se hubiera producido después de su incorporación individual, durante la vigencia de su seguro, mientras se encuentre en relación de dependencia con el Principal, antes de cumplir los SESENTA Y SEIS (66) años de edad y sea determinante de la pérdida del derecho a la percepción de haberes, así como que hubiere satisfecho las demás condiciones y requisitos que se estipulan. Se excluyen expresamente los casos que afecten al asegurado en forma parcial o temporal [...] La determinación del estado de incapacidad a cargo y sólo a juicio de la Caja, resultará imprescindible para establecer la procedencia del beneficio en todos los casos, inclusive para aquellas incapacidades que se califiquen de total y permanente por vía administrativa judicial y/o por accidente de trabajo o enfermedad profesional y/o hayan dado lugar a indemnizaciones fundadas en la legislación laboral o en convenios de partes y/o hayan originado el otorgamiento de la jubilación por invalidez..." (cfr. foja 55).-

Recordemos que la actora basa el fundamento de su pretensión en que se le concedió el beneficio de la jubilación en sede administrativa "por incapacidad total y permanente" con fecha 8 de noviembre de 2006 (cfr. foja 21 vta.). Idéntico fundamento se dio para reclamar, vía carta documento, el beneficio de marras (cfr. foja 14).-

El artículo 62 segundo párrafo de la Ley N° 1782 (de Jubilaciones Provincial) definía (al tiempo de la concesión de la jubilación a la Sra. Ferrari -8 de agosto de 2006-) y define a la incapacidad como total cuando disminuya la capacidad laboral en un 66% o más. Pero la Sra. Ferrari nunca padeció el porcentaje indicado (66%) como para considerarla con incapacidad total. Según el expediente administrativo: "Ferrari, Ana Maria s/ Jubilación por Invalidez", N° F-256866, agregado por cuerda al presente, se calculan varios porcentajes de incapacidad: a foja 43 el 57,47% y a foja 49 el 61,34% (ambos según dictámenes del Área de Reconocimientos Médicos de la Subsecretaría de Salud Pública); y a foja 59 el 60,76 % (según el informe del Jefe del Área Cómputos de la Caja de Previsión Social). A raíz del dictamen de la Junta Médica de foja 49 del mencionado expte. administrativo se le otorga la jubilación por invalidez, según Acuerdo 1779 de la Caja de Previsión Social de Santa Cruz, del 8 de agosto de 2006 (cfr. foja 60 del expediente administrativo referenciado). Actuaciones estas que gozan de presunción de legitimidad tal como se afirmó en el considerando III del precedente "Del Moral" registrada en el Libro de Sentencias, Tomo XV, Reg. 530, Folio 2975/2978.-

Debe tenerse presente, entonces, que la Caja otorgó la jubilación por invalidez (prevista en el art. 66, segundo párrafo de la Ley Nº 1782 antes de la reforma del 2011, según Ley Nº 3189); pero no por incapacidad total y permanente. Ya que en este caso debió haber tenido una incapacidad de al menos 66%. Recuérdese que con la vieja ley se podía obtener aquel beneficio (jubilación por invalidez) con el 50% de incapacidad (cfr. art. 62 Ley Nº 1782, antes de la modificación de la Ley Nº 3189 (B.O. 4458/11). A fines ilustrativos se transcribe, en su parte pertinente, el artículo 62 de la Ley Nº 1782 (vigente al momento del otorgamiento del beneficio - 8 de noviembre de 2006): "Tendrán derecho a Jubilación por Invalidez, cualesquiera fuera su edad y antigüedad, los afiliados y los menores de dieciocho años de edad, que se incapaciten física o intelectualmente para el desempeño de cualquier actividad compatible con sus aptitudes profesionales, siempre que la incapacidad se hubiera producido durante la relación de trabajo, salvo el supuesto previsto en el inciso a) del Artículo 110º. A tal fin la invalidez que produzca en la capacidad laborativa una disminución del sesenta y seis por ciento (66%) o más, se considerará total. Asimismo, tendrán derecho a Jubilación por Invalidez los afiliados que habiendo cumplido cuarenta y cinco (45) años de edad se incapaciten física o

intelectualmente en un cincuenta por ciento (50%) o más en las condiciones del párrafo anterior.".-

Es decir que la jubilación por invalidez otorgada a la actora no significa que tuviese una incapacidad de al menos un 66%.-

En síntesis, al no acreditar la actora el padecimiento de una incapacidad total y permanente, en atención a los términos de su demanda -es decir una incapacidad permanente del 66% o superior que exige la ley jubilatoria- no se encuentra en condiciones de acceder al beneficio que contempla el artículo 15 de la Póliza de Seguro (esto es lo que también entendió la Alzada). Por lo tanto el fallo de la Cámara es correcto.-

Para mayor abono de lo antedicho es oportuno traer a colación el mencionado precedente de este Tribunal Superior de Justicia que estimó que la minusvalía requerida en supuestos como el del *sub lite*, equivale, al menos, al 66%. Expresamente entendió que: "La circunstancia de que la pericia se realizara transcurridos casi tres años después de acogerse la actora a la jubilación por invalidez, no permite inferir, como pretende la demandada, que al momento de jubilarse no estuviera realmente incapacitada para realizar actividades rentables, porque si el organismo previsional acordó tal jubilación, se presume que la accionante padecía de una minusvalía que excedía el 66% de la total obrera, como requería el seguro en cuestión..." (cfr. Sentencia, Tomo XV, Reg. 530, Folio 2975/2978).-

Además se debe destacar que este Tribunal Superior de Justicia ha ido configurando y precisando la conceptualización de "Doctrina Legal" en precedentes que permiten una clarificación del tema. Así se ha sentado que "... '...la supuesta violación a la doctrina legal respecto de los fallos citados...al haber sido estructurada con fundamento en una interpretación distinta efectivizada por el ahora recurrente..., torna improcedente tal agravio en tanto no se advierte la identidad de casos o por lo menos de una marcada similitud, no siendo suficiente -como lo ha dicho el Supremo Tribunal Español- '...la simple analogía pues como es obvio si las situaciones de hecho son diferentes el precedente no es de aplicación. El valor persuasivo de la jurisprudencia ha de fundarse en lo que el Tribunal hizo y en las razones decisivas por las que lo hizo, para demostrar que la misma razón que antes fue decisiva ha de serlo también en el litigio pendiente de solución...' (confr. Hitters, Juan Carlos, en 'Técnica de los Recursos Extraordinarios y de la Casación', ed. 1984, pág. 250; TSJ Sta. Cruz, Tomo III, Interlocutorio, Reg. 290, Folio 469/470)...'... '...ha de haber identidad entre la situación fáctica y jurídica del juicio antecedente que se invoca como sostenedor de la doctrina y la del que se pretende hacer valer...' (STJ Chubut, 28/5/90, 'Delgado Uribe, Florentino c/ Empresa Tapko S.A.M.S.I.C. s/ Despido', Causa A-58), y en su caso, '... la demostración de su vinculación con el

problema a resolver...' (CNCiv. Sala E, agosto 27-980, L.L. 1981-A-564). Una interpretación '*a contrario sensu*' de lo expuesto equivaldría a desnaturalizar el recurso de casación en sí mismo ya que no puede consistir en la diversa apreciación que resulte de hechos distintos, en la fijación de los cuales el Tribunal del Juicio decide de modo soberano (T.S.J. Santa Cruz, Tomo I, -Interlocutorio-, Reg. 36, Folio 69/73; TS Córdoba, Sala Trab. Junio 30-964, BJC VIII-344; íd. Set. 17-964, BJC VIII-674, cit. Digesto Jurídico, Tº XI (2), p. 403, sum. 49) (cfr. Sentencia, Tomo VIII, Rº 294, Fº 1591/1594), por lo que la mera invocación del recurrente de los precedentes aludidos, no resulta idónea a los fines del recurso extraordinario intentado.-

Por otro lado, la sentencia dictada en los autos "Del Moral" decidió, al igual que el fallo de Cámara, que el porcentaje necesario para estimar que una persona jubilada tiene incapacidad total, y por lo tanto acreedora del beneficio que se pretende, es de al menos un 66%, como ya se señaló.-

Cabe insistir que dicho precedente guarda una sustancial diferencia con este caso que es preciso destacar a fin de clarificar la improcedencia de su aplicación al presente (como pretende la accionante) y es que en el primero se dejaba claro que la incapacidad total y permanente (que requiere la cláusula 15 de la póliza del seguro objeto de autos para acceder al beneficio) se configura, conforme al artículo 62 de la Ley Provincial Nº 1782, cuando se produce una disminución de un 66 % o más en la capacidad laborativa de la persona, circunstancia que acontecía en "Del Moral", donde a la actora se le había reconocido un 70% de incapacidad, mientras que a la Sra. Ferrari se le otorga un 61,34% (cfr. foja 49 del expediente administrativo, Letra "F", Nº 256866 caratulado: "Ferrari, Ana María s/ Jubilación por Invalidez"); y si bien a esta última se le otorgó la jubilación por invalidez, ello se debió a un beneficio excepcional previsto en el segundo párrafo del citado artículo 62 de la Ley Nº 1782 (vigente en aquel momento, año 2006) que disponía "Asimismo, tendrán derecho a Jubilación por Invalidez, los afiliados que habiendo cumplido cuarenta y cinco (45) años de edad se incapaciten física o intelectualmente en un cincuenta por ciento (50%) o más en las condiciones del párrafo anterior" (dicho párrafo fue suprimido por la Ley Nº 3189 del año 2011).-

En síntesis, la invocación de la recurrente del precedente aludido no resulta idónea a los fines pretendidos, toda vez que no sólo no contradice, sino que confirma el criterio de la Cámara.-

Tampoco corresponde hacer lugar a la alegada violación de la teoría de los actos propios, pues la demandada siempre fue coherente en rechazar el reclamo efectuado por la actora. Lo negó mediante carta documento, ante el reclamo de la Sra. Ferrari (cfr. fs. 14 y 15) y también en la contestación de la demanda (cfr. fs. 159/168 vta.). En dichos instrumentos claramente afirmó que la póliza de seguros no

cubría el riesgo que fundamentaba su reclamo (cfr. fs. 15 y 161).-

IV.- Que en razón de lo expuesto, corresponde rechazar el recurso de casación articulado por la actora a fs. 564/565 vta. y en consecuencia, confirmar la sentencia dictada por la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Primera Circunscripción Judicial, obrante a fs. 554/561, con costas a la recurrente vencida (art. 68 del CPC y C); difiriendo la regulación de honorarios de los letrados intervinientes en la casación hasta tanto den cumplimiento con lo dispuesto por las leyes previsionales y tributarias vigentes (cfr. Resolución General AFIP Nº 689/ 1999) y sean regulados en las anteriores instancias.-

Por todo lo expuesto, y oído que fue el Sr. Agente Fiscal Subrogante, el Excmo. Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1º) Rechazar el recurso de casación interpuesto por la actora a fs. 564/565, contra la sentencia dictada por la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Primera Circunscripción Judicial obrante a fs. 554/561.-

2º) Imponer las costas a la recurrente vencida.-

3º) Diferir la regulación de honorarios de los letrados intervinientes en esta instancia hasta tanto den cumplimiento con lo dispuesto por las leyes previsionales y tributarias vigentes y sean regulados en las anteriores instancias.-

4º) Regístrese y notifíquese. Oportunamente devuélvanse los autos.-

La presente sentencia se dicta con la firma de cuatro miembros del Tribunal, por constituir mayoría concordante en la solución del caso, en virtud de encontrarse aceptada la excusación de la Sra. Vocal, Dra. Reneé Guadalupe Fernández (art. 27, 2º párrafo de la Ley Nº Uno, t.o. Ley Nº 1600 y modificatorias).-

PAULA ERNESTINA LUDUEÑA CAMPOS
Presidenta
Tribunal Superior de Justicia

DANIEL MAURICIO MARIANI
Vocal
Tribunal Superior de Justicia

Siguen...///

///…las firmas.-

ENRIQUE OSVALDO PERETTI
Vocal
Tribunal Superior de Justicia

ALICIA DE LOS ÁNGELES MERCAU
Vocal
Tribunal Superior de Justicia

MARCELA SILVIA RAMOS
Secretaria
Tribunal Superior de Justicia