



NEUQUEN, 7 de Agosto del año 2018

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"RETAMAL NELLY NORA C/ SANCOR COOP. DE SEGUROS LTDA. S/COBRO DE SEGURO POR INCAPACIDAD"** (JNQLA4 EXP 503308/2014) venidos en apelación a esta **Sala I** integrada por los Dres. **Cecilia PAMPHILE** y **MARCELO MEDORI**, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. **Estefanía MARTIARENA**, y de acuerdo al orden de votación sorteado la Dra. **Cecilia PAMPHILE** dijo:

1. La actora apela la sentencia que rechaza su demanda.

Sostiene que el magistrado ha tenido un actuar contrario a sus actos propios, en tanto no hizo lugar a la informativa al ISSN por considerarla innecesario.

A ello, dice, debe sumarse la conducta procesal de la demandada, quien no negó que el siniestro ocurriera, esto es, que su parte se encuentra jubilada desde el 1 de diciembre de 2013 por invalidez.

Sin embargo, dice, el magistrado toma en cuenta las cláusulas de las pólizas aportadas, en conjunción con lo actuado por el perito médico.

En punto a la pericia, sostiene que la misma se llevó a cabo el 6 de abril de 2015, transcurrido más de un año de concedido el beneficio, lo que no implica que la incapacidad física fuera y sea total, para las actividades que la actora cumplía al momento del siniestro.

Dice que tampoco hay prueba de que actualmente se halle trabajando.

Sostiene que al 01/12/2013 accedió a la jubilación por incapacidad total, por medio de resoluciones administrativas que constituyen actos administrativos regulares, legítimos y que deben cumplirse, porque además gozan de estabilidad.



Se queja que de que no se haya tomado el factor compensador previsto por el Dto. 478 de la ley previsional 24.241, en virtud del cual, de haberse aplicado dicho factor, se superaría ampliamente el 66% de incapacidad total.

Luego, se refiere a las cláusulas contempladas en la póliza y a su inoponibilidad.

Dice que la actora no tomó conocimiento de su contenido, por lo cual no le pueden ser oponibles.

Agrega que la exclusión pretendida afecta el trato digno como consumidora, explayándose sobre el punto. Cita jurisprudencia del TSJ.

Sustanciados los agravios, no son contestados.

2. Pese a los esfuerzos argumentativos efectuados en el recurso, entiendo que no ha de prosperar.

En efecto: tal como surge de las constancias de estas actuaciones, la actora sostuvo que contaba con el porcentaje de incapacidad requerido contractualmente para acceder a la cobertura.

Así lo sostuvo en la demanda y, a tal fin, se sustentó en lo dictaminado en sede del Instituto de Seguridad Social del Neuquén, en oportunidad de concedérsele el beneficio jubilatorio determinándose una incapacidad del 67,03%.

De la lectura del escrito postulatorio, no surge que se haya puesto en cuestión cláusula alguna, en concreto, sino que solicita, genéricamente, que cualquier cláusula que pudiera llegar a oponer la demandada para deslindar la cobertura le sea inoponible.

Pero lo cierto es que, en lo que hace a la esencia propia del seguro, esto es contar con una incapacidad superior al 66%, no hay controversia y no podría haberlo, en tanto es consustancial a la existencia de la figura misma.



De hecho, tanto en la demanda, como en el escrito recursivo, lo criticado es el desconocimiento de la incapacidad declarada en otra sede.

2.1. Ahora, en esta sede, se produce la prueba pericial médica y el resultado de la misma arroja una incapacidad inferior al 66% (ver hojas 102/104).

Al impugnar la pericia, la actora expone que no se han tenido en cuenta los factores complementarios y compensadores.

Esta impugnación, es respondida por el perito, quien se limita a ratificar el informe pericial (hojas 114).

En base a ello, el magistrado resuelve el rechazo de la acción al no encontrarse acreditado que la actora tenga el porcentaje de incapacidad requerido, más allá de corregirlo, elevándolo al 59,04%.

En este contexto, el magistrado no desconoce la indiscutida función social del seguro, pero considera que de la póliza de seguro en que se funda la presente acción, se desprende que el riesgo cubierto es el estado de invalidez total, permanente e irreversible, provocado por enfermedad o accidente, entendiéndose por tal, la que afecte al asegurado en un porcentaje superior o igual al 66%.

2.2. Que la incapacidad requerida para que proceda la cobertura debe ser superior al 66%, no se encuentra controvertido.

De allí que, al no existir en autos, elementos de prueba que acrediten la existencia de tal porcentaje, la solución a la que arriba el magistrado se presenta en consonancia con las constancias de la causa.

Es que como lo ha señalado mi colega Pasquarelli:

"...de la prueba pericial producida en autos no surge un porcentaje igual o superior al 66% que habilite para calificar como total la incapacidad que padece la quejosa (teniendo en cuenta que la incapacidad psicológica se



determinó en un 30% del 67,9%, fs.256vta.). De tal manera no resulta acreditado el porcentaje de incapacidad alegado por ella.

Además, como se destaca en la resolución impugnada y el recurrente no rebate, estrictamente el acto administrativo es la decisión de otorgar el beneficio, no el dictamen médico, y no obstante que goza de presunción de legitimidad, admite prueba en contrario, conforme el art. 55 inc. a), de la ley 1284.

Al respecto, el TSJ ha sostenido que "[...] si bien es verdad que los actos de la Administración poseen presunción de legitimidad -lo que implica que se presume que éste ha sido dictado conforme al principio de legalidad- como toda presunción, admite prueba en contrario" (R.I. N° 5.897 de la Secretaria de Demandas Originarias del T.S.J.).

Además, cabe considerar que en autos no se discute la validez de los actos administrativos para la concesión del beneficio previsional sino el valor probatorio de las actuaciones administrativas en este proceso donde se discute el cumplimiento de los requisitos para el cobro de los seguros por incapacidad colectivos obligatorio y adicional.

En relación con su valor probatorio, en autos "MARTINEZ ANA MARIA ALEJANDRA CONTRA U.P.C.N. S/COBRO DE APORTES" EXP N° 357714/7, se citó jurisprudencia que sostiene: "El valor probatorio de los documentos administrativos está ceñido a la sana crítica del juez (cfr. Gordillo, Agustín A.: "Tratado de Derecho Administrativo", T.3, 4° ed., Bs.As. 1999, p. VII.16), habida cuenta que tales actos sólo gozan de una presunción, "no la perfección y certeza indiscutida de su legitimidad" (Fiorini: "Teoría jurídica del acto administrativo", Bs. As. 1969, p. 89. Ver también sobre el alcance del valor probatorio que corresponde atribuir a las actuaciones administrativas: Fiorini: Acto administrativo e instrumento público. El método constitucional, LL. 146-1017;



Alberto G. Spota: "Carácter de instrumentos públicos de las actuaciones administrativas (nota a fallo)", JA 1955-I-119. Cassagne: "Sobre la condición de instrumentos públicos de las actuaciones administrativas y su valor probatorio", ED. 63-899; Inés D'Argenio, "Valor probatorio del expediente administrativo (nota a fallo)", JA. 1994-III-99). (Del voto del Dr. Coviello, consid. 8º)." Autos: Expreso Tigre Iguazú S.R.L. c/ Resol. 473/98 -C.N.R.T.- (Expte. 12.445/98). Buján, Licht (por su voto), Coviello. 04/07/2002 C.NAC.CONT. ADM.FED. Sala I. Exp.nº 4.233/99)".

Y, conforme se señaló anteriormente, en autos se produjo prueba pericial que determinó la incapacidad de la actora en el 52,47%.

Asimismo, más allá de las alegaciones de la recurrente, referidas al carácter tuitivo de la naturaleza alimentaria del seguro de vida colectivo obligatorio y adicional, lo cierto es que, conforme a la prueba pericial, la accionante no acreditó haber alcanzado el porcentaje mínimo requerido para cobrar los seguros que reclama..." (cfr. esta Sala I, del voto del Dr. Pascuarelli en autos "FARIA MAGDALENA CONTRA CAJA DE SEGUROS S/COBRO DE SEGURO POR INCAPACIDAD" EXP N° 320601/5).

3. Que no se haya acreditado en la causa la existencia de un porcentaje de incapacidad igual o superior al 66% es relevante de cara a la acción promovida, pues la incapacidad laborativa es el presupuesto fáctico que debe concurrir para que el beneficiario tenga derecho a las prestaciones previstas en un seguro de vida por incapacidad, tanto adicional, como obligatorio.

Es que lo que debe notarse, es que era carga de la actora, la de acreditar en esta causa, por medio de la prueba idónea a tal fin, esto es, la pericial médica, que contaba con el porcentaje de incapacidad requerido.



Conforme se ha señalado precedentemente, esto no puede ser suplido por la valoración efectuada en sede previsional, por las razones expuestas y, fundamentalmente, en tanto, la demandada no fue parte en dichas actuaciones y no pudo ejercer el control de lo actuado.

3.1. La insuficiencia alegada en cuanto a la peritación, en nada modifica la solución a adoptar, en orden a la mentada carga probatoria.

Es que, justamente, con base en el régimen de las cargas probatorias, los cuestionamientos que se efectúan a la pericia, determinarían un vicio en el peritaje, que hubiera requerido a su vez que, en el proceso de formación del material probatorio, se solicitaran las medidas que se entendían pertinentes (incluida la remisión de las actuaciones administrativas).

Nada de eso efectuó la recurrente en la instancia de origen, ni siquiera intenta, en esta instancia, un requerimiento probatorio por vía de replanteo.

Debe aquí señalarse que el control que las partes ejercen sobre la producción de la prueba, justamente, posibilita efectuar los planteos que hagan al pleno ejercicio del derecho a probar y por lo tanto, la carga no puede ser trasladada al magistrado, no contándose tampoco, con elementos que permitan suplir la valoración pericial, en punto a la aplicación del factor compensador.

En estas circunstancias, las críticas efectuadas, no pueden prosperar.

Concluyo, entonces, en que el recurso debe ser rechazado, confirmándose el pronunciamiento de grado. Las costas generadas por la recurrente en esta instancia estarán a su cargo (art. 68 del C.P.C.C.).

4. En punto a la apelación arancelaria, teniendo en cuenta las pautas que habitualmente utiliza esta Cámara de Apelaciones para la fijación de los honorarios profesionales,



como así también la labor cumplida, se observa que los honorarios regulados a los letrados de la parte demandada resultan elevados, proponiendo su reducción al 15% de la base regulatoria para el letrado patrocinante y al 6% para el apoderado de la misma parte.

En cuanto al porcentaje fijado a favor del perito médico interviniente, teniendo en cuenta los parámetros aplicables, en orden a la reiterada doctrina de esta Sala, deberá reducirse al 3%. **MI VOTO.**

El Dr. **Marcelo MEDORI** dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.-

Por ello, esta **Sala I**

RESUELVE:

1.- Confirmar la sentencia de fs. 202/207 en cuanto fue materia de recurso y agravios, a excepción de los honorarios regulados a favor de los letrados de la parte demandada y del perito médico interviniente, los que se reducen en la forma dispuesta en el considerando respectivo.

2.- Las costas generadas en la Alzada, estarán a cargo del recurrente (art. 68 del CPCC).-

3.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en la Alzada en el 30% de la suma que corresponda por la labor en la instancia de grado (art. 15, LA).

4.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

Dra. Cecilia PAMPHILE -JUEZA
MARTIARENA- SECRETARIA

Dr. Marcelo MEDORI-JUEZ

Stefanía