

## Datos del Expediente

**Carátula:** MASSONE PABLO DANIELC/ LA CAJA S.A. S/DAÑOS Y PERJ. INCUMP. CONTRACTUAL (EXC. ESTADO)

**Fecha inicio:** 28/02/2019      **N° de Receptoría:** MP - 27629 - 2011      **N° de Expediente:** 167262

**Estado:** Fuera del Organismo

## REFERENCIAS

**Sentencia - Folio:** 1078

**Sentencia - Nro. de Registro:** 168

**18/09/2019 - SENTENCIA DEFINITIVA**

## Texto del Proveído

----- Para copiar y pegar el texto seleccione desde aquí (sin incluir esta línea) -----

## REGISTRADA BAJO EL N° 168 (S) F° 1069/1078

**Expte.N°167.262 Juzgado Civil y Comercial N°8.-**

En la ciudad de Mar del Plata, a los 18 días del mes de septiembre 2019, reunida la Excm. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Tercera, en acuerdo ordinario a los efectos de dictar sentencia en los autos: **“MASSONE, PABLO DANIEL c/ LA CAJA S.A. s/ DAÑOS Y PERJUICIOS INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL” - EXPTE.N°167.262** habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los artículos 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código de Procedimiento en lo Civil y Comercial, resultó que la votación debía ser en el siguiente orden: Dres. Rubén D. Gérez y Nélide Isabel Zampini.

El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes

## C U E S T I O N E S

**1°) ¿Es justa la sentencia dictada a fs. 659/67 y contra la cual la parte demandada interpuso recurso de apelación mediante el escrito electrónico de fecha 19/06/2018?**

**2°) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?**

## **A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA EL SR. JUEZ DR. RUBEN D. GEREZ DIJO:**

### **I. Antecedentes:**

A fs. 68 se presenta la Dra. Agustina Pujolar, invocando la franquicia del art. 48 del CPCC en representación del actor Sr. **Pablo Daniel Massone**, promoviendo demanda de daños y perjuicios por incumplimiento contractual contra **La Caja de Seguros S.A.**, persiguiendo el pago de la indemnización que reclama de \$ 25.395.

Relata que desde su ingreso como dependiente a Camuzzi Gas Pampeana S.A. el 2/06/1997, se adhirió a un seguro colectivo de vida facultativo de La Caja de Seguros S.A.

mediante la póliza N°5000-9876033-01; la que incorporó en mayo de 2001 un “*adicional por enfermedades graves*”, previendo a tal fin un adelanto del 30% de lo que correspondería en caso de fallecimiento.

Afirma que el referido beneficio nunca fue informado a su mandante por la aseguradora.

Relata que en octubre de 2002 se le detecta a su cliente un carcinoma embrionario de testículo, debiendo ser operado de urgencia y luego tratamiento de quimioterapia hasta marzo de 2003.

Señala que pese a que la enfermedad se encontraba dentro de las estipuladas en la póliza, el Sr. Massone nunca efectuó reclamo alguno por la absoluta falta de conocimiento del beneficio que le correspondía, hasta que en el año 2009 un compañero de trabajo, de forma casual, le anotició del beneficio incorporado, por lo que gestionó el reclamo pero le fue rechazado mediante carta documento bajo el argumento de haber transcurrido el plazo de prescripción, amparándose en una cláusula que restringe los derechos de su mandante.

Cita jurisprudencia, se expone sobre el incumplimiento contractual, los daños padecidos, ofrece prueba, solicita beneficio de litigar sin gastos, hace reserva del caso federal y peticona el oportuno acogimiento de la demanda con intereses, costos y costas.

A fs. 86 se ordena sustanciar la acción bajo las normas del proceso sumario.

A fs. 143 se presenta el Dr. Martin Pablo Pouysségur, en su carácter de apoderado de la demandada **Caja de Seguros S.A.**, contestando la acción instaurada contra su cliente.

Opone excepción de prescripción como de previo y especial pronunciamiento. Sostiene que resulta aplicable la ley especial de seguros que no puede ser modificada por una ley general como la 24.240 de defensa de los consumidores y usuarios.

Subsidiariamente contesta la demanda, negando todos y cada uno de los hechos allí alegados como así también la autenticidad de todos los documentos.

Transcribe las cláusulas contractuales que entiende aplicables al caso y cuantifica el capital asegurado.

Hace reserva del caso federal, ofrece prueba, solicita la limitación prevista en el art. 505 del Cód.Civ. y solicita el oportuno rechazo de la demanda.

A fs. 138 se ordena la apertura a prueba de las actuaciones por el plazo de treinta (30) días, proveyéndose la oportunamente ofrecida por las partes a fs. 206/7 y certificando el actuario sobre su resultado y producción a fs. 653.

A fs. 658 se dicta el llamado de autos para sentencia.

## **II. La sentencia recurrida:**

A fs. 659/67 dicta sentencia definitiva el Sr. Juez de Primera Instancia, haciendo lugar a la pretensión resarcitoria deducida por el actor, condenando a la demandada a abonarle la suma que resulte de la intervención pericial que se manda cumplir en la etapa de ejecución de sentencia, más la suma de \$ 40.000 en concepto de daño moral, con más intereses. Impuso las costas a la demandada vencida y difirió la regulación de honorarios para su oportunidad.

Comenzó su análisis desarrollando la materia motivo de controversia y la ley aplicable; concluyendo que era el viejo Código Civil el que debía regir la contratación que uniera a las partes.

Siguió por la conceptualización del contrato de seguro colectivo de vida o por incapacidad, destacando que se lo celebra a favor de tercero y enmarcándolo como contrato de consumo. En este marco, se verifica – dijo – la necesidad de hacer conocer al consumidor sus derechos y deberes impuestos.

Explicó que era el deber de Caja de Seguros S.A. comunicar por medio fehaciente al asegurado (a través del contratante), cada vez que se produzca una modificación que afecte el alcance de la cobertura brindada; y que de la prueba pericial y testimonial producida no surgía el cumplimiento de tal obligación.

Consideró que la demandada soslayó el deber de confianza, faltando a su obligación de honrar el compromiso asumido en ocasión de tener efectiva notificación del acaecimiento del siniestro; debiéndose desestimar la defensa de prescripción, por cuanto más allá del efecto suspensivo que cabe adjudicar al reclamo extrajudicial, al tiempo de entablar la demanda (1-11-2011) no se había cumplido el plazo legalmente conferido por el art. 50 de la ley 24.240.

Así entonces, descartada la prescripción de la acción y probado el incumplimiento contractual, pasó al análisis del resarcimiento.

Afirmó que de la prueba rendida no podía verificar el acierto en la postulación de uno u otro litigante en torno al sueldo que percibía el accionante al mes de octubre de 2002. A ello sumó el criterio, que hizo propio, vertido por la Sala 2 de este Tribunal en la causa N°157.303, indicando que no resulta ajustado a derecho fijar el capital asegurable en base al sueldo histórico.

Para superar tales dificultades, ordenó que en la etapa de ejecución de sentencia, el perito efectúe una nueva liquidación teniendo en cuenta las pautas contractuales y tomando como base el sueldo que percibe el actor al momento de practicarse la liquidación.

A la suma resultante, agregó, se le adicionarán intereses al 6% anual hasta el momento de aprobar la respectiva liquidación; y una vez vencido el plazo para el pago de la suma resultante, devengará intereses a la tasa pasiva más alta que fija el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones de depósito a treinta días.

En torno al daño moral, señaló que la propia demandada con su proceder colocó al actor en la necesidad de transitar un largo peregrinar de casi 10 años para obtener el reconocimiento

de su derecho. Así, fijó el parcial en la suma actual de \$ 40.000, a la que se sumarán los intereses a liquidar desde la fecha del rechazo del siniestro y hasta el efectivo pago con las mismas tasas fijadas para el anterior parcial.

### **III. Recurso de apelación de la demandada:**

Mediante la presentación electrónica de fecha 19/06/2018 la accionada interpuso recurso de apelación que fuera concedido en la resolución de fs. 687/8, expresando agravios en su presentación de fecha 11/12/2018, siendo contestados por la actora con su escrito electrónico de fecha 04/07/2019.

En primer lugar, sostiene que inexplicablemente el a-quo soslaya la prueba pericial médica donde se evidencia que no se acreditó el riesgo cubierto, al dar cuenta que no existe la enfermedad grave denunciada. A su entender, resulta contradictorio que el sentenciante mande a pagar el 30% del capital actual, cuando quedó acreditado que en la actualidad ha desaparecido la enfermedad.

En segundo término, se agravia del capital de condena, explicando que debió tenerse en cuenta el vigente al 2002, que fue el denunciado al momento de contestar demanda y similar al reclamado por el actor. En la forma condenada por el sentenciante, dice, se arriba a una suma por fuera de los límites de la póliza

Agrega que condenar al capital que manda el juez implicaría violar el principio de congruencia y los términos en que quedó trabada la litis.

Como tercera crítica, insiste en señalar que ha pasado ampliamente el término de un año para iniciar la acción de conformidad con lo establecido por el art. 58 de la ley 17.418; plazo que debe computarse desde que la correspondiente obligación es exigible, es decir, el día 15 de octubre de 2002, momento en que se verifica con el diagnóstico, el siniestro denunciado. Así, al tiempo de realizar la solicitud del beneficio el día 02/10/2009, habían pasado seis (6) años de la fecha del siniestro.

Considera que no corresponde aplicar el art. 50 de la ley 24.240 en desmedro de lo normado en la Ley de Seguros, desde que resulta éste el encuadre legal bajo el cual debe ser analizado el reclamo y en su caso la excepción interpuesta, por tratarse de una ley especial que no puede quedar modificada por una normativa general como lo es la Ley de Defensa de los Consumidores.

Finalmente, se agravia de la condena por daño moral. Afirma que la demora en instar la cobertura es imputable al propio actor, quien no puede alegar desconocimiento del seguro, por descontársele la prima de su sueldo y encontrarse a su disposición la oficina de personal para informarle cualquier condición de la contratación.

### **IV. Tratamiento de los agravios:**

1) Corresponde comenzar con el pedido de deserción del recurso que plantea la actora al tiempo de contestar los agravios de la recurrente; aunque invirtiendo el orden de los argumentos que esgrime para tal fin.

a) Alega la accionante que el recurso debió declararse desierto desde que el depósito efectuado no cumple con las condiciones requeridas por el art. 29 del Código de Implementación de los Derechos de los Consumidores y Usuarios (ley 13.133).

Conforme la normativa referida: *“Cuando la sentencia acogiere la pretensión, la apelación será concedida previo depósito del capital, intereses y costas, con la sola excepción de los honorarios de los profesionales que representan o patrocinan a la parte recurrente, al solo efecto devolutivo.”*

Sobre el particular comparto la opinión vertida por el Dr. Rosales Cuello integrando esta Sala, donde expresó que frente a una acción judicial originada en una relación jurídica que ha sido encuadrada por el juez de grado como alcanzada por la Ley de Defensa del Consumidor, independientemente de que tenga naturaleza individual o colectiva, la tramitación del recurso de apelación debe ajustarse a lo dispuesto en el art. 29 de la ley 13.133 (**Expte. Nro. Q-163452, “Cardelino, Eva Silvia y otro/a c/ Bingo Chivilcoy – Atlántica de Juegos S.A. S/ Daños y Perj. s/ Recurso de queja”**, sent. del 11-07-2017).

Y agregó el distinguido colega *“...la norma no establece plazo para el cumplimiento del depósito, ni propone literalmente la denegación del recurso de apelación ante su inobservancia, sino que tan solo condiciona su concesión al previo cumplimiento de aquella exigencia, para la cual es menester, incluso, efectuar una liquidación para estimar los conceptos involucrados (capital, intereses y costas -con exclusión de los honorarios de su parte-).-”*

*En atención a ello, y al vacío legal que existe en cuanto al procedimiento que es menester efectuar para el cálculo de dichos conceptos, alguno de los cuales, vale aclarar, engloban importes que ni siquiera se encuentran determinados en esta instancia del proceso (como ocurre con el alcance de la condena en costas, que comprende los honorarios de los letrados de la parte actora que no han sido regulados), considero que resultaría de un excesivo rigor formal denegar, sin más, el recurso de apelación si no se cumplió con el depósito previsto en el art. 29 de la ley 13.133.-“.*

Siguiendo tales parámetros, no existe en autos nada que reprochar a lo decidido por el a quo en la resolución de fs.687/8 cuando tuvo por cumplido con el depósito exigido por el art. 29 de la ley 13.133 y, en consecuencia, concedió la apelación motivo ahora de estudio.

b) Como segundo motivo de deserción, alega la actora que la presentación en primera instancia de un escrito en el cual se expresan agravios contra la sentencia definitiva en juicio sumario, constituye un error, atento lo claramente establecido por los artículos 243, 254 y siguientes del CPCC.

Más allá de la forma en que fuera concedido el recurso de apelación a fs. 688 última parte, lo cierto es que este tribunal ordenó que para el caso de imposibilidad de acuerdo en la audiencia

de conciliación citada, el plazo de cinco (5) días para la presentación de la expresión de agravios correría desde el día siguiente a su celebración. Así las cosas, éste comenzó a correr el 04/04/2019.

No obstante, el recurrente **presentó prematuramente su expresión de agravios el 11/12/2018**, y como se advirtió en el proveído de presidencia de fs. 711, la presentación electrónica quedó sin proveer en la instancia de origen, ordenándose su sustanciación.

A contrario de lo sostenido por la actora, no existe impedimento o sanción procesal que invalide la presentación temprana de los agravios de la recurrente, debiéndose desestimar la deserción pretendida (arts. 243, 254 y ccdtes. del CPCC; argto Cam. Nac. Civil, Sala E, citado en EL Derecho 49-367; Cám. Civ. y Com 1era de La Plata, Sala III, causa 167.036, RSI 254/76).

c) Finalmente, con excepción de lo que diré en el tratamiento de la última queja y luego de analizar el escrito de expresión de agravios, considero que resulta portador de una crítica concreta y razonada del pronunciamiento atacado, señalando los yerros del a-quo que el recurrente considera cuestiones esenciales para la resolución del conflicto. Así las cosas, y en virtud de lo normado por el art. 266 del CPC, entiendo que corresponde a este Tribunal abocarse al estudio del recurso de apelación interpuesto (Hitters, Juan Carlos, **Técnica de los recursos ordinarios**, Librería Editorial Platense SRL, La Plata, 1985, p g. 442; conc. Roberto G. Loutayf Ranea, **El recurso ordinario de apelación en el proceso civil**, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1989, p. 262).

2) Por cuestiones de orden lógico comenzaré por el análisis del último agravio dirigido a cuestionar la decisión del a-quo de rechazar la defensa de prescripción, desde que su progreso tornaría abstracto el tratamiento de los restantes.

Desde ahora corresponde aclarar que llega firme a esta instancia que entre las partes existe una relación de consumo que habilita aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor (ley 24.240). Lo que sí motiva el agravio es la preminencia que sentenciante otorgó al marco normativo protectorio de aquél frente a lo normado por el art. 58 de la ley 17.418.

El a-quo considero aplicable el art. 50 de la ley 24.240 – reformado por la ley 26.361 -, vigente desde el 07/04/2008, que dispone: “*Las acciones judiciales, las administrativas y las sanciones emergentes de la presente ley prescribirán en el término de tres (3) años. Cuando por otras leyes generales o especiales se fijen plazos de prescripción distintos que el establecido precedentemente se estará al más favorable al consumidor o usuario*”, denotando ello que claramente el legislador optó por aplicar el principio general emergente del artículo 3 de la ley (Lorenzetti, **Consumidores**, 2da edición, Ed. Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2009, pág. 612; Mosset Iturraspe – Wajtraub, **Ley de Defensa del Consumidor**, Ed. Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2008, pág. 272).

Pese al esfuerzo del recurrente, adelanto que la aplicación al caso del plazo de prescripción previsto en la ley 24.240 debe confirmarse.

Se infiere del fallo de la instancia de origen que el sentenciante computó el término prescriptivo desde **octubre del 2009** –aunque sin precisar el día-, momento desde el cual el actor efectuó el reclamo extrajudicial ante la demandada (ver carta documento de fs. 10 remitida por la demandada y contestación de la demanda a fs.151 primer párrafo); en razón de ello al **1/11/2011** (ver cargo de RGE a fs.80) - y más allá del efecto suspensivo de aquel reclamo (art. 3986 del Cód.Civ.). – concluyó que la acción no se encontraba prescripta al no haber transcurrido el lapso de tres (3) años fijados en la norma aplicable.

Considero acertado el razonamiento del sentenciante y acorde con el criterio vertido por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en los autos “**Canio, Daniel Gustavo c/Seguro Metal Coop. de Seguros s/Cumplimiento contractual**” – **C 107516**, sent. del 11/07/2012, donde se estableció que la controversia que correspondía abordar giraba en torno a si la prescripción trienal prevista en el art. 50 de la ley 24.240 original vino a desplazar -en el marco de las relaciones contractuales de seguro- la aplicación de la prescripción anual prevista en el art. 58 de la ley 17.418.

Si bien no corresponde asignar, al caso bajo estudio, vigencia a la redacción original del art. 50 de la ley 24.240, en el precedente referido se distinguió claramente cuál era la posición de la Corte para los casos enmarcados – como sí corresponde a este supuesto - en la redacción vigente desde la sanción de la ley 26.361 hasta – al menos – la sanción de la ley 26.994, en cuyo anexo II pto.3.4. también se modificó – nuevamente – el art. 50 del estatuto del consumidor.

En éste, el Dr Pettigiani que llevará el primer orden de votación, señaló que “...a partir de la reforma introducida por la ley 26.361 al régimen normativo de usuarios y consumidores, ninguna duda cabe acerca de que el plazo de prescripción establecido por el art. 50 de la ley 24.240 incluye a las acciones judiciales emergentes de los contratos de consumo, entre los que cabe contabilizar, según las circunstancias, a los contratos de seguro.”. Y agregó: “ninguna duda cabe albergar en cuanto a que el plazo de prescripción trienal resultaría hoy ser el de aplicación en la especie, no pudiendo invocar en su favor la compañía aseguradora el plazo anual previsto en la ley especial de seguros.”.

En la jurisprudencia provincial se encuentran precedentes que siguieron un criterio similar (Cám. Segunda de Apelación de la La Plata, Sala II, “**Ibañez, Graciela Mariana c/ Caja de Seguros S.A. s/ Cobro Sumario**” – **Expte.Nº123.654**, sent. 22/11/2018).

En virtud de lo expuesto, compartiendo que corresponde aplicar al caso el art. 50 de la ley 24.240 (texto según ley 26.361), al tomar como punto de partida para el cómputo de la prescripción liberatoria octubre/2009 (aún cuando se tomara el primer día de ese mes, ya que no hay precisión al respecto), al momento de interponer la acción judicial el 01/11/2011, la acción no se encontraba prescripta (arts. 42 de la Constitución Nacional, 38 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; 3344; art. 7 del CCyCN; SCBA LP C 121747 S 04/07/2018, entre tantos otros; Kemelmajer de Carlucci, Aída, “**El artículo 7 del Código Civil y Comercial y los expedientes en trámite en los que no existe sentencia firme**”, LA LEY 22/04/2015, 22/04/2015, 1; Junyent Bas, Francisco A., “**El derecho transitorio. A propósito del artículo 7 del Código Civil y Comercial**”. LA LEY 27/04/2015, 27/04/2015, 1; López Herrera, Edgardo,

**Tratado de la Prescripción Liberatoria**, 2da. Edición, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 2009, pág. 737).

3) El rechazo de la defensa de prescripción, habilita el ingreso al estudio de los restantes agravios, donde, ahora sí, seguiré el orden propuesto.

La primera queja merece ser rechazada en virtud de lo normado por el art. 272 del CPCC, que impide a este Tribunal fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia.

Efectivamente, la inexistencia actual del riesgo cubierto es alegada recién al tiempo de expresar sus agravios, omitiéndose toda consideración al tiempo de contestar la demanda, tornando inabordable el capítulo para este órgano revisor.

La normativa procesal citada, con fundamento en los principios de congruencia y preclusión procesal, regula los límites en la actuación de los Tribunales de Alzada una vez instada su jurisdicción mediante la interposición del recurso de apelación (argto. arts. 34 inc. 4to, 163 inc. 6to, 266, 272 y conds. del CPC; art. 18 de la C.Nac.; art. 15 de la Cons. Prov.; Conf. Juan José Azpelicueta-Alberto Tessone, **La Alzada, Poderes y Deberes**, Ed. Platense, 1993, pág. 176 y ss).

En tal orden de consideraciones, ha expresado Hitters que: "*...excede los límites del recurso de apelación el tratamiento de temas introducidos como alternativa recién en segunda instancia, toda vez que la alzada no puede fallar sobre cuestiones no planteadas en el primer grado (...) la alzada por ser un área de revisión carece de poderes para decidir temas no sometidos al juez inferior, ya que la función prístina del ad quem no es la de fallar en primer grado sino la de controlar la decisión de los magistrados de jerarquía inferior*" (Juan Carlos Hitters, **Técnica de los recursos ordinarios**, Librería Editora Platense, 2004, pág. 420/424).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado, al respecto, señalando que "*configura una extensión indebida de los límites de la jurisdicción de los tribunales de segunda instancia la incorporación al litigio de una defensa no alegada y en una oportunidad impropia para posibilitar la discusión de su admisibilidad y procedencia ("Fallos": 276:216; 310:1753; 311:569) o la admisión de planteos que no fueron oportunamente introducidos por las partes*" ("Fallos": 298:642; 306:447, 843).

Por su parte, el Supremo Tribunal provincial ha señalado que "*Las atribuciones de los tribunales de apelación se encuentran doblemente acotadas. De un lado, por la estructura de la relación procesal - básicamente explicitada por el contenido de las pretensiones deducidas en la demanda y su contestación- y, del otro, por los agravios desplegados en los recursos que deben resolver*" (SCBA, C. 108.160 Sent. del 27-VI-2012)

En suma, el tribunal de Alzada quebranta los principios de congruencia y preclusión procesal cuando su fallo recae sobre cuestiones o defensas que no fueron sometidas al juez de primera instancia (argto. argto. arts. 34 inc. 4to, 163 inc. 6to, 266, 272 y conds. del CPC; conf. doctrina y jurisprud. citada).

Ello así por cuanto el recurso de apelación no se concibe como una renovación plena del debate o una repetición del proceso antecedente, sino como un medio de revisión destinado a verificar - sobre la base de la resolución impugnada- el acierto o error con que el juez de primer grado ha valorado los actos instructorios producidos en la instancia anterior (argto. arts. 34 inc. 4to, 163 inc. 6to, 266, 272 y conds. del CPC; conf. doctrina y jurisprudencia citada).

4) Resta el análisis del segundo y cuarto agravio, dirigidos a cuestionar la forma en que se ordenó el cálculo de la indemnización y el monto del daño moral.

**a) Daño patrimonial:**

El a-quo indicó que la prueba pericial producida no ofrecía el auxilio esperable a los fines de dirimir la controversia habida entre las partes en torno a base salarial a tomar para el cálculo de la liquidación, por lo que difirió la determinación del monto para la etapa de ejecución sentencia, haciendo hincapié en que allí se ponderaría la remuneración actual del accionante. Para esto último se apoyó en un precedente de la Sala II de esta Cámara.

Por su lado, el agravio del recurrente se centra en la imposibilidad de tomar el “salario actual” como base del futuro cálculo.

Adelanto que la crítica merece prosperar al haber incurrido el a-quo en demasía decisoria (extra petita).

El principio de congruencia, establecido por el art. 163 inc. 6 y reiterado por el art. 272 del Código Procesal Civil y Comercial, significa que, como regla general, debe existir correspondencia entre la acción promovida y la sentencia que se dicta, lo que se desarrolla en una doble dirección: el juez debe pronunciarse sobre todo lo que se pide, o sea sobre todas las pretensiones sometidas a su examen y sólo sobre éstas y debe dictar el fallo basándose en todos los elementos de hecho aportados en apoyo de las formulaciones hechas valer por las partes en sus presentaciones y sólo basándose en tales elementos (SCBA, A 73905 RSD-126-19 S 10/07/2019; A 71672 RSD-139-16 S 29/06/2016; entre tantísimos otros).

Como puede advertirse del escrito postulatorio o inicial del actor obrante de fs. 68 a 80, no surge de su reclamo una pretensión sujeta “a lo que más o en menos surja de la prueba a producirse” o petición similar, que habilite al juzgador a otorgar una indemnización superior a la que se éste determinó (arg. art. 330 inc. 3 y anteúltimo párrafo del CPCC).

Para mayor claridad transcribo: “...*teniendo en consideración que el carcinoma embrionario de testículo fue detectado en octubre de 2002, deberá considerarse el recibo de sueldo de dicho mes y año, que en aquél entonces era de \$ 1155.-, lo que nos permite concluir que el beneficio que le hubiera correspondido percibir a mi mandante asciende a la suma de **PESOS DIEZ MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y CINCO (\$ 10.395)**”, “Por lo tanto se solicita la suma de **PESOS DIEZ MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y CINCO (\$ 10.395.)** con más sus respectivos intereses legales, costos y costas del juicio.” (ver fs.74vta. in fine y 75 primeros dos párrafos; sic).*

Para acreditar la existencia del hecho controvertido, como lo era el monto de su salario, el actor ofreció prueba informativa a su empleadora (Camuzzi Gas Pampeana S.A.), quien confirmó que su estipendio para el mes de octubre del año 2002 alcanzó la suma de \$ 1.155,00 (ver informe de fs. 271/319, en especial fs. 274/5; arts. 375, 394, 401 y ccdtes. del CPCC).

Así las cosas, y vistos los límites objetivos delineados por el accionante al tiempo de demandar, corresponde limitar la pretensión a la suma debidamente acreditada, la que conforme la cláusula 90, anexo J, de la póliza contratada, alcanza al 30% de la indemnización por fallecimiento (30 sueldos mensuales); lo que traducido a valores monetarios arroja la cantidad de **\$ 10.395,00**, suma que en definitiva constituirá la condena por el rubro bajo análisis (ver fs.112, 126vta, 128, 138).

La modificación del capital al valor histórico y no el actual, conforme lo que propongo en el párrafo anterior, importa la necesidad de modificar la tasa de interés a liquidar y establecer la fecha de mora desde la cual se efectuará el cálculo.

Así las cosas, corresponde fijar aquella el día **15/10/2009** (siendo ésta la fecha en que se denegara el reclamo por la aseguradora -ver carta documento de fs. 10-), aplicando desde allí la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta (30) días, vigente al inicio de cada uno de los períodos comprendidos y, por aquellos días que no alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo debe ser diario con igual tasa, desde la fecha del hecho dañoso hasta el día de su efectivo pago (arts. 622 y 623, Código Civil de Vélez Sarsfield; 7 y 768, inc. "c", Código Civil y Comercial de la Nación; 7 y 10, ley 23.928 y modif.; SCBA, C. 119.176 "Cabrera", sent. del 15/06/2016).

**b) Con relación al daño moral, el agravio – entiendo – luce desierto.**

Es que las alegaciones expuestas resultan insuficientes para satisfacer la carga procesal que impone el art. 260 del Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Provincia, que exige la "crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considera equivocadas" (art. 260 C.P.C.C).

Sobre el particular, enseña Hitters que la expresión de agravios "*...debe contener un mínimo de técnica recursiva por debajo de la cual las consideraciones o quejas carecen de entidad jurídica como agravios, resultando insuficiente la mera disconformidad con lo decidido por el Juez, sin hacerse cargo de los fundamentos de la resolución apelada...*" (Hitters, Juan Carlos; **Técnica de los recursos ordinarios**. Librería Editorial Platense SRL, La Plata, 1985, p g. 442; conc. Roberto G. Loutayf Ranea; **El recurso ordinario de apelación en el proceso civil**, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1989, p. 262).

Desde esta perspectiva, ha sostenido esta Alzada que "*... la expresión de agravios debe estar directamente dirigida a la sentencia, debiendo ser una crítica objetiva y razonada de la misma; requiriéndose una articulación seria, fundada, concreta, orientada a demostrar la injusticia del fallo atacado. No pudiendo ser la exposición de una mera disconformidad o historia de lo acontecido hasta entonces o repetición de lo que ya se ha dicho en escritos anteriores...*"

(esta Sala, causas N° 88.376, RSD-387-93, del 23/11/93; 95.833, RSI-93795 del 21/11/95; 95.524, RSI-14-96 del 02/02/96; 88.356, RSD-182-97 del 26/06/97; 104.007, RSI-1194-97 del 14/10/97; entre otras).

En el caso de autos, el Sr. Juez de Primera Instancia al brindar los motivos que sustentan su decisión para receptor el rubro daño moral señaló el inmerecido cuadro circunstancial al cual se vio sometido el actor, que repercutió de manera negativa sobre su tranquilidad espiritual, configurando un perjuicio que no podía desconocerse. Sobre tales premisas, siguiendo la líneas directrices sentadas por la Corte Provincial y esta Alzada, los supuestos análogos y sin perder de vista la individualidad de cada caso, fijo el parcial en \$ 40.000.

Y sobre tales pilares el recurrente no dedicó párrafo alguno en su expresión de agravios, limitándose a decir que la demora en instar la cobertura es imputable al propio actor, quien no puede alegar desconocimiento del seguro, por descontársele la prima de su sueldo, y estando a su disposición la oficina de personal para informarle cualquier condición de la contratación.

Sobre el particular, Azpelicueta y Tessone explican que la expresión de agravios debe indicar punto por punto, los errores, omisiones y deficiencias que se atribuyen al pronunciamiento jurisdiccional; tales errores deben ser demostrados y la relevancia para la suerte final de la pretensión u oposición. Y a propósito de la aplicación del derecho, dicen que deberá señalarse si el error se ubica en la selección de la norma, en la aprehensión de su contenido dogmático, o en la valoración determinante de su aceptación para la especie judicial, o de su aplicación extensiva o restrictiva; al propio tiempo deberá citar las normas que considere aplicables, o la hermenéutica correcta de la norma seleccionada por el a-quo, o el juicio determinante de la disvaliosa aceptación o la aplicación extensiva o restrictiva; para finalizar indicando de qué manera ello permite un solución diversa (La Alzada – Poderes y Deberes, ed. Librería Editora Platense, La Plata, 1993, pág. 25).

De lo expuesto se desprende que la carga procesal dispuesta por el art. 260 del CPC no ha sido cumplida, toda vez que la técnica recursiva utilizada por la accionada para refutar la resolución del Juez de grado en torno al daño moral carece de rigor técnico, resultando, así, insuficientes las manifestaciones vertidas en su expresión de agravios, pues no advierto en ninguna de ellas un razonamiento jurídico suficiente dirigido a resaltar los supuestos errores en que hubiera incurrido el juzgador.

De conformidad con todo lo expuesto, no habiendo cumplido el apelante con la carga de "critica concreta y razonada" dispuesta en el art. 260 del C.P.C, mal puede atenderse al agravio bajo análisis.

Por todo lo expuesto, **VOTO POR LA NEGATIVA.**

A la misma cuestión la Dra. Nélide Isabel Zampini votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

**A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA EL SR. JUEZ DR. RUBEN D. GEREZ DIJO:**

Corresponde: **1º)** Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la demandada en la presentación electrónica de fecha 19/06/2018, modificando lo decidido en la instancia de origen con relación al monto de condena y tasa de interés del rubro daño patrimonial, el que se fija en **DIEZ MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y CINCO PESOS (\$ 10.395)**, a los que se adicionarán intereses desde el día 15/10/2009 a la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta (30) días, vigente al inicio de cada uno de los períodos comprendidos y, por aquellos días que no alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo debe ser diario con igual tasa, desde la fecha del hecho dañoso hasta el día de su efectivo pago (arts. 622 y 623, Código Civil de Vélez Sarsfield; 7 y 768, inc. "c", Código Civil y Comercial de la Nación; 7 y 10, ley 23.928 y modif.; SCBA, C. 119.176 "Cabrerá", sent. del 15/06/2016) ; **2º)** Imponer las costas de Alzada en un 75% a la demandada y en un 25% a la actora en razón del vencimiento parcial y mutuo en el tratamiento de los agravios (art.68, 71 y cdtes. del CPC), desde que ha dicho nuestra SCBA que: "*La imposición de los gastos del pleito correspondientes a la alzada y a la instancia extraordinaria ha de ponderar el resultado del recurso*" (C 89530 S 25-3-2009; C 112337 S 10-10-2012; entre tantos otros); **3º)** Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 de la ley 8904).

#### **ASI LO VOTO.**

A la misma cuestión la Dra. Nélide Isabel Zampini votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

En consecuencia, se dicta la siguiente

#### **SENTENCIA:**

Por los fundamentos brindados en el presente acuerdo: **1º)** Se hace lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la demandada en la presentación electrónica de fecha 19/06/2018, modificando lo decidido en la instancia de origen con relación al monto de condena y tasa de interés del rubro daño patrimonial, el que se fija en **DIEZ MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y CINCO PESOS (\$ 10.395)**, a los que se adicionarán intereses desde el día 15/10/2009 a la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta (30) días, vigente al inicio de cada uno de los períodos comprendidos y, por aquellos días que no alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo debe ser diario con igual tasa, desde la fecha del hecho dañoso hasta el día de su efectivo pago (arts. 622 y 623, Código Civil de Vélez Sarsfield; 7 y 768, inc. "c", Código Civil y Comercial de la Nación; 7 y 10, ley 23.928 y modif.; SCBA, C. 119.176 "Cabrerá", sent. del 15/06/2016) ; **2º)** Se imponen las costas de Alzada en un 75% a la demandada y en un 25% a la actora en razón del vencimiento parcial y mutuo en el tratamiento de los agravios (art.68, 71 y cdtes. del CPC), desde que ha dicho nuestra SCBA que: "*La imposición de los gastos del pleito correspondientes a la alzada y a la instancia extraordinaria ha de ponderar el resultado del recurso*" (C 89530 S 25-3-2009; C 112337 S 10-10-2012; entre tantos otros); **3º)** Se difiere la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 de la ley 8904; 31 de la ley 14.967). **REGISTRESE. NOTIFIQUESE PERSONALMENTE O POR CEDULA (art. 135 inc.12 del CPC).**-

-

-

**RUBEN DANIEL GEREZ NELIDA ISABEL ZAMPINI**

**Marcelo M. Larralde**

**Auxiliar Letrado**

----- Para copiar y pegar el texto seleccione hasta aquí (sin incluir esta línea) -----

[Volver al expediente](#) [Imprimir](#) ^