

Seguro Danos Y Perjuicios Avalancha Riesgo Cubierto Productor De Seguros Mala Praxis Defensa Del Consumidor

JURISPRUDENCIA

de seguros. Mala praxis. Defensa del consumidor Seguro. Daños y perjuicios. Avalancha. Riesgo cubierto. Productor de seguros. Mala praxis. Defensa del consumidor Se confirma la sentencia que rechazó la demanda incoada contra una aseguradora y el productor de seguros, dado que el siniestro -una avalancha de nieve- no estaba cubierto en las pólizas suscriptas por las partes, y una interpretación extensiva del contrato, al incorporar supuestos no indicados expresamente, produciría un grave desequilibrio en la necesaria equivalencia entre riesgo y prima.

En Buenos Aires, a los 18 de agosto de 2016, reúnen los Señores Jueces de la Sala D de la Excelentísima Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, -en la cual se halla vacante la vocalía N° 12- con el autorizante, para dictar sentencia en la causa ?LAS NUBES S.R.L. contra BERKLEY INTERNATIONAL SEGUROS S.A. y OTROS sobre ORDINARIO?, registro n° 16914/2010, procedente del JUZGADO N° 11 del fuero (SECRETARIA N° 21), en los cuales como consecuencia del sorteo practicado de acuerdo con lo previsto por el art. 268 del Código Procesal, resultó que debían votar en el siguiente orden, Doctores: Dieuzeide, Vassallo y Heredia.

Estudiados los autos la Cámara planteó la siguiente cuestión a resolver: ¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada? A la cuestión propuesta, el señor Juez de Cámara, doctor Vassallo dijo: I. La presente causa fue sorteada al juez Juan José Dieuzeide para que la votara en primer lugar (art. 268 del Código Procesal). El citado magistrado se acogió a los beneficios de la jubilación el pasado 1° de mayo, sin haber pronunciado su voto. En esas condiciones, habiéndose producido una situación de vacancia, el suscripto asume el dictado de la primera ponencia de conformidad con lo previsto en el art. 109 del Reglamento para la Justicia Nacional. II. Las Nubes S.R.L. promovió demanda contra Berkley International Seguros S.A. y el señor Hugo Díaz reclamando los daños y perjuicios que, según sostuvo, le generó la conducta de sus contrarios. Mensuró estos en la suma total de \$ 886.000. Refirió ser la titular del Complejo Las Nubes, un parador de montaña que se encontraba ubicado en la cota del Cerro Catedral, en las inmediaciones de la ciudad de San Carlos de Bariloche, el cual estaba constituido por un edificio de dos plantas con terraza descubierta y con una superficie de 630 metros cuadrados. El mismo fue inaugurado el 20 de agosto de 2006. Entre la noche del 31 de agosto y la madrugada del 1 de septiembre de 2008 se produjeron dos avalanchas. Como consecuencia de la segunda, quedó destruido íntegramente el citado complejo. Puntualmente la actora sostuvo que la destrucción del inmueble la produjo el fuerte viento que precedió a la avalancha, que según explicó tuvo una intensidad superior a los 220 km por hora. Los restos de la construcción fueron tapados y arrastrados posteriormente por el alud de nieve que llegó inmediatamente después. Al estar aquel inmueble como su contenido amparado por sendas pólizas emitidas por la codemandada Berkley, la actora dijo haber efectuado la denuncia del siniestro el día 2 de septiembre de aquel año. La aseguradora rechazó efectivizar la cobertura alegando que el siniestro no había sido provocado por un riesgo amparado. Según explicó Las Nubes SRL, sus bienes estaban cubiertos por un seguro denominado ?Riesgo Integral de Comercio?, el que incluía entre los riesgos amparados el de incendio, que en el caso había sido ampliado con adicionales por destrucción del inmueble por huracán, ciclón y tornado. Amén de ello la póliza incluía la remoción de escombros. La aseguradora sostuvo que el siniestro había sido provocado por una avalancha, riesgo no solicitado en su momento por Las Nubes, y por ello no incluido en el contrato. Sólo fue admitida, frente a la denuncia, la cobertura referida a la rotura de cristales, lo cual fue rechazado por la aquí demandante. Dijo desconocer los fundamentos técnicos en que la aseguradora basó su decisión, pues sólo tuvo noticia cierta de la carta documento mediante la cual aquella negó la cobertura. Se refirió luego a la génesis de la contratación del seguro en estudio, y dijo la actora que recurrió a Berkley S.A., a través de su productor el señor Hugo Díaz, para amparar los riesgos que pudieren afectar al parador que acababa de construir. A la luz de lo ocurrido luego del siniestro, la actora concluyó que no existió un análisis previo del riesgo que se pretendía amparar, omisión imputable a la aseguradora quien, mediante la intervención de su productor asesor Hugo Díaz, conoció el lugar y asesoró a Las Nubes S.R.L. la concertación de un contrato que otorgara cobertura total a los bienes que debían ampararse. En lugar de enviar al lugar un experto en la evaluación de riesgos, el señor Díaz elaboró una propuesta de seguro en la que confió la actora por considerarlo a aquel idóneo en el tema. Y en este punto imputó responsabilidad al productor Díaz, quien como experto en la materia debió ser diligente en su cometido y asesorar a la actora la contratación de riesgos que la demandante ahora califica de obvios, como las contingencias climáticas relacionadas con la nieve. Desarrolló aquí la actividad que cumple tal profesional y las disposiciones legales que regulan su cometido, concluyendo que por su mala praxis era responsable económicamente de los daños que sufrió su parte por los defectos de la póliza propuesta por Díaz. De seguido sostuvo que los actos del productor obligan al asegurador en tanto este último se vale del primero para generar negocios y concluir contratos en su nombre. Invocó también en el caso la teoría

de la apariencia al sostener que el productor refleja ser un autorizado por la aseguradora, frente a terceros de buena fe, al poseer un local con cartelería y publicidad de aquella. En otro capítulo reseñó los fenómenos de la naturaleza que pueden afectar a una construcción en la montaña, y en este punto destacó que la póliza no sólo hacía mención al huracán, ciclón y tornado, sino también otros hechos de la naturaleza producidos por la nieve (daños generados por el ingreso al local de lluvia o nieve siempre que tal evento hubiera sido facilitado por la rotura de techos o paredes por un huracán, ciclón o tornado precedente). Si bien reconoce que la póliza nada dice sobre avalanchas y alud, tampoco la excluye expresamente. Analizó luego las características de una avalancha y sostuvo que en el caso ella fue precedida por un fuerte viento que fue el que destruyó el inmueble, cuya velocidad superó ampliamente la que la póliza estableció como mínima en el caso del huracán, ciclón y tornado. En un capítulo separado evaluó las reglas de protección al consumidor que prevé la ley 24.240. Al describir los daños y perjuicios, y bajo el título ¿incumplimiento contractual? reclamó el total de las sumas aseguradas en ambas pólizas contratadas, al haber mediado destrucción total de las instalaciones amparadas.

III. Berkley International Seguros S.A. contestó demanda en fs. 631/637. Luego de negar pormenorizadamente los hechos referidos por la actora en su escrito de inicio, reconoció haber concertado con Las Nubes S.R.L. las dos pólizas invocadas por aquella; que en su concertación intermedió el señor Hugo Díaz; que el siniestro que padeció la contraria fue causado por una avalancha y las cartas documento que aquella le atribuyó son auténticas. Reseñó que desde 2006 Las Nubes SRL contrató con su parte pólizas que en todos los casos cubrían iguales riesgos que los que comprenden las aquí esgrimidas. Dijo que igual conducta adoptaron los mismos integrantes de la sociedad actora respecto de otros emprendimientos encarados por otra sociedad (En La Cumbre SRL), o el señor Ernesto Shilling personalmente. Tanto con su compañía como con otras aseguradoras. Así, entendió evidente que el riesgo de avalanchas no era contemplado por quienes integraban o administraban a la actora. En su caso debieron contratarla expresamente pues de otro modo no sería posible otorgar cobertura por tratarse de un riesgo no cubierto. Sostuvo que la actora era una empresa comercial y en tal calidad no puede invocar sorpresa o ignorancia por no haber concertado una póliza que no contuviera el riesgo que, en definitiva, le produjo los daños.

IV. Hugo Alejandro Díaz se presentó en fs. 716/722 y contestó demanda. Luego de una pormenorizada negativa de hechos, señaló lo que entendió una contradicción en la demanda, pues estimó incompatible entre sí reclamar a la aseguradora el cumplimiento del contrato, lo cual supone que el riesgo acontecido se encuentra cubierto y de seguido imputarle al productor responsabilidad por no haber incorporado tal peligro y por ello serle negada la cobertura. Por ello entendió imposible condenar a ambos demandados por ser planteadas dos acciones diferentes respecto de cada uno de los convocados. Destacó que la propia actora reconoció que fue una avalancha la causa de la destrucción de su edificio; y que tampoco existe controversia en punto a que los riesgos amparados por las pólizas fueron incendio del edificio y contenido; robo de contenido; seguros de cristales; responsabilidad civil; accidentes personales; y adicional al seguro de incendio por huracán, ciclón y tornado. Afirmó que el seguro contratado fue el adecuado para los bienes en cuestión. Destacó que el evento más común es el incendio, por la cantidad de fuegos encendidos en un parador de montaña; también es un riesgo habitual de todo bar el de responsabilidad civil. Y se adicionó el de huracán, ciclón y tornado, pues es un riesgo de bajo costo y que habitualmente afecta los cristales y algo del contenido pero no la totalidad del inmueble. Pero además destacó que este tipo de seguros era el exigido por la locadora del lugar (Catedral Alta Patagonia S.A.), de quien no se puede alegar sea desconocedora del negocio. Puso de manifiesto que asesora hace varios lustros al señor Shilling; y en todos esos años nunca requirió cobertura por avalancha. Es que, según explicó, en el lugar donde están o estaban localizados sus establecimientos (Refugio Lynch y Las Nubes), nunca había habido aludes. En rigor el que padeció la actora fue el único evento del tipo hasta la fecha del responde. A tal efecto dijo adjuntar numerosas pólizas que así lo acreditaban.

V. La sentencia de primera instancia (fs. 1213/1221) rechazó íntegramente la demanda. Para así decidir inicialmente precisó que el objetivo de esta acción era ¿obtener el cobro del contrato de seguro contratado por la accionante con la entidad aseguradora?, y respecto del codemandado Díaz, sea condenado ¿...con fundamento en los artículos 1109 y 1113 del Código Civil. Respecto de la aseguradora, entendió probado que la causa del siniestro fue una avalancha de nieve, riesgo que no estaba cubierto en las pólizas suscriptas por las partes. A su vez destacó que sólo es pertinente brindar cobertura a los riesgos explícitamente cubiertos, pues una interpretación extensiva del contrato para incorporar supuestos no indicados en las pólizas produciría un grave desequilibrio en la necesaria equivalencia entre riesgo y prima. En cuanto al productor, concluyó no probada una actuación culposa del mismo al tiempo de asesorar a la actora respecto de sus necesidades asegurativas. A tal efecto cotejó las exigencias de la locadora en punto al seguro con el que necesariamente debía contar la locataria y en tal comparación llegó a la conclusión que el concertado por Las Nubes SRL fue de mayor monto e incluyó riesgos no exigidos.

Por último estimó inaplicable al caso la ley de defensa del consumidor. Sólo la actora apeló el fallo, conforme agravios que expresó en fs. 1246/1254. Esta pieza fue respondida por la aseguradora en fs. 1257/1267 y por el productor en fs. 1270/1277. La actora desarrolló sus críticas en dos agravios. En el primero desarrolló su ataque sustantivo. Así cuestionó la póliza por amparar riesgos extraños al lugar de ubicación del bien objeto de cobertura (huracán, ciclón y tornado) y no mencionar otros (avalancha) que

eran lógicos en un ámbito montañoso con acumulación de nieve. En su discurso destacó en varias oportunidades que tal riesgo (avalancha) tampoco estaba expresamente excluido, de lo cual parecería seguir, en tanto no lo dice claramente, que tal supuesto debe considerarse incluido. Destacó que por experticia de la compañía aseguradora y, en el caso, del productor actuante, debe juzgarse su conducta con rigor, lo cual vuelve responsable también a este último de los perjuicios generados por su actuación. Por último postuló ser de aplicación la ley de defensa del consumidor y, particularmente su artículo 37 en tanto califica de abusiva la conducta del ?empresario? al intentar eximirse del pago de un riesgo que no figura en la póliza. En su segundo agravio la actora cuestiona la sentencia en punto en que tampoco concedió el seguro de cristales, que en su tiempo no había sido rechazado por la aseguradora. Pidió que tal omisión sea suplida en esta instancia, y que la contraria sea condenada al pago de la suma asegurada, mas intereses.

VI. La lectura del escrito de demanda no brinda un panorama claro del objeto que persigue la aquí actora al ocurrir ante la Justicia y cuál sería la senda jurídica que desea transitar. Al titular su escrito de inicio, Las Nubes S.A. anuncia incoar una ?Demanda por Incumplimiento Contractual?, y luego al desarrollar el ?objeto? (capítulo II), dijo promover ?formal demanda de daños y perjuicios?, sin reclamar el cumplimiento del convenio. Así cabría entender que lo perseguido fue sólo resarcir los daños y perjuicios que la inconducta le generó, pero en modo alguno parece haber considerado que la póliza era de aplicación al riesgo producido. Dicho de otro modo, parecería haber aceptado que el seguro no otorgaba cobertura al evento generador del daño, aunque, conforme su desarrollo discursivo, imputaría tal consecuencia a la mala praxis de la compañía de seguros y, particularmente, del productor interviniente. Así reconoce en diversos pasajes de aquel escrito, que el siniestro fue provocado por una avalancha de nieve (fs. 186v y 194). También confirmó que la cobertura fue rechazada por no encontrarse tal riesgo previsto en la póliza. Sostuvo en diversos párrafos de su presentación, que previo a la avalancha, y con causa en ella, se produjo un intenso viento que superó los 220 km/h (fs. 187 y 194v). Si bien en esta última mención lo comparó con la velocidad exigida por la póliza en casos de huracán, ciclón y tornado, no postuló claramente que tal razón equiparaba lo sucedido a alguno de los riesgos previstos. Entiendo, entonces, que el argumento sustantivo para inculpar a ambos demandados fue la mala praxis en la que incurrió el productor que, según postuló la actora, debe ser extendida a la aseguradora por ser aquel representante de esta. Mala praxis que se reflejó, según el discurso de la actora, en no proponer una póliza adecuada al lugar de ubicación del bien a cubrir. Sostuvo que por estar situado el parador en una zona montañoso y con acumulación de nieve, era impensable la ocurrencia de huracanes, ciclones o tornados. Pero era de toda lógica prever la posibilidad de una avalancha o alud de nieve. Concluyó por ello, que la póliza propuesta no era apta para la finalidad buscada lo cual vaciaba al contrato de toda utilidad. Sin embargo, tampoco postuló la nulidad del convenio. También en reiteradas ocasiones destacó que el riesgo ?avalancha? no había sido expresamente excluido, pero nada concluye de tal afirmación. Pagaría implícitamente reclamar que la inexistencia de una exclusión clara obligaría a la aseguradora a atender todos los riesgos no apartados taxativamente. Empero tal interpretación aparece incompatible con el ?objeto? de la demanda, que sólo persigue el resarcimiento de daños y no el cumplimiento del contrato. Por último, y luego de postular la aplicación al caso de las reglas que rigen al consumidor, al determinar los daños no sólo vuelve a titularlo como ?Incumplimiento contractual?, sino que al mensurar el resarcimiento lo fija puntualmente en la suma asegurada. Esta larga descripción de los alcances de la demanda resulta esencial pues fija el thema decidendum, el cual marca los límites al conocimiento de los Tribunales. Entiendo pertinente recordar aquí lo dicho en el voto que emití en la causa ?Build Cooperativa de Vivienda Cdto. Cons. y Ed. Ltda.? Allí expresé ?Ha dicho la doctrina que ?Una de las facetas del principio dispositivo impone que son las partes quienes determinan el thema decidendum, es decir, que el órgano judicial debe limitar su pronunciamiento tan sólo a las cuestiones que han sido objeto de las peticiones de las partes. Estas determinan el alcance y el contenido de la tutela jurídica, incurriendo en incongruencia el juez que se aparte de esas cuestiones. Este principio se encuentra consagrado en los arts. 34 inc. 4 y 163, inc. 6° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación' (Highton, Elena I. y Areán, Beatriz A., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, T. 5, p. 343/344)...?. ?En el caso el ?thema decidendum? fincó en que fuera otorgado resarcimiento por daño moral, sin que fuera requerido, siquiera en forma tangencial, otra indemnización?. ?Como acabo de señalar, el objeto de la pretensión, que fue el efecto jurídico que la actora persiguió, fue la reparación de un específico daño?. ?La razón de hecho,...(en aquél caso)...la presencia del referido daño moral?. ?...La razón de la pretensión es el fundamento que se le da y se distingue entre razón de hecho y de derecho?. ??Entre el fundamento o razón de hecho y de derecho existe una diferencia fundamental en los procesos civiles, laborales y contencioso-administrativos; al paso que el primero debe ser formulado necesariamente por el demandante y vincula al juez..., el segundo puede y debe ser aplicado por el juez oficiosamente y por eso su variación no significa la de la pretensión misma ni la del objeto litigioso, por lo cual para que la pretensión prospere basta que el juez encuentre la conformidad entre su fundamento de hecho y el ordenamiento jurídico, sin que importe que ello se deba a las normas materiales citadas por el demandante o a otras que aquél conoce y aplica oficiosamente' (Devis Echandía H., Teoría General del Proceso, página 219/220)?. ?Así el juez puede avanzar sobre los ?argumentos? de las partes (el subrayado me pertenece), entendido ello como la razón jurídica de la pretensión (CNCom C,

27.11.1989, ?D'Amfin c/ Chesto S. s/ ejecutivo?)?. ?Pero en modo alguno el principio citado por la recurrente (?iura novit curia?) la autoriza a modificar el objeto de la pretensión o sus razones de hecho?. ?...Ya la Sala se había pronunciado en este sentido, mediante el voto desarrollado por el señor Juez Heredia en la causa ?Banco Comafi S.A. c/ Falabella y Corsi Inversora Sociedad de Bolsa y otro s/ ordinario? del 25.9.2008?. ?Allí dijo que ?...cabe recordar que, en lo que concierne a la causa, para no incurrir en incongruencia, el fallo debe adecuarse a la concreta situación de hecho invocada por las partes a fin de delimitar los términos de la pretensión u oposición, pues importa alterar la relación procesal, en violación de expresas disposiciones legales (art. 34, inc. 4º, y art. 163, inc. 6º, del Código Procesal), la admisión de un nuevo título o fundamento de la pretensión, modificando la causa petendi, entendida por tal la invocación de la concreta situación de hecho a la cual la parte le asigna una determinada consecuencia jurídica. En ese orden de ideas, la incongruencia aparece, precisamente, cuando -como ocurre en el sub lite- se hace lugar a la pretensión pero con fundamento en razones de hecho no controvertidas en los escritos constitutivos (conf. Palacio, L. y Alvarado Velloso, A., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, explicado y anotado jurisprudencial y bibliográficamente, Santa Fe, 1988, t. 2, ps. 140/141; CNCom Sala D, 27/6/2008, ?Acuña, Marina Inés y otros c/ Di Donato, Roberto Miguel?)?. (esta Sala, 28.8.2009, ?Build Cooperativa de Vivienda Cdto. Cons. y Ed. Ltda. c/ Minera Fame S.A. s/ ordinario?)?. El zigzagueante discurso inicial no perjudica la determinación del objeto perseguido por Las Nubes S.R.L. al demandar. Entiendo que, a pesar de las menciones que pudieron presentar alguna confusión, lo reclamado por la actora fue el resarcimiento de los daños que la mala praxis del señor Díaz le habría generado. Lo que habrá entonces que evaluar si medió la desatención de un contrato y, en su caso, disponer su cumplimiento, sino si medió una actuación ilegítima atribuible a ambos demandados que generó a la actora un daño concreto y mensurable. La apoyatura jurídica que Las Nubes S.R.L. invocó al accionar (arts. 1109 y 1113) hacen referencia al llamado ámbito extracontractual. En tales términos será conocido este conflicto y, particularmente, el recurso vigente. VII. Como antes referí, la parte actora atribuyó responsabilidad a ambos demandados por una predicada falta de profesionalismo del productor al tiempo de aconsejarle sobre los riesgos que debían encontrarse cubiertos por la póliza que estaba por suscribir con Berkley. Recuerdo que, en los postulados de Las Nubes SRL, al ser el productor un representante suyo, la responsabilidad de aquel se transmitía también al principal. Como ya fue dicho, no parece existir controversias en punto a que el siniestro fue producido por un alud de nieve que destruyó el parador. En rigor, y siempre en la versión de la actora que parece avalada por el perito meteorólogo actuante (fs.1106/1113), la fuerza que produjo el derrumbe del edificio fue el fuerte viento que precedió a la avalancha. Pero tanto el perito mencionado, como quien asesoró a la actora mediante dictamen acompañado con la demanda (señor Graziosi) parecen coincidir en que aquel viento fue un elemento que constituye el alud. A su vez, tampoco parece hoy discutido que las pólizas contratadas por la actora no preveían ese riesgo entre los materia de cobertura. Como lo señalé en párrafos anteriores, si bien la actora señaló que la velocidad del viento provocado por la avalancha fue superior a la mínima que el contrato exigía para los supuestos de huracán, ciclón y tornado, en momento alguno intentó sostener que tal fenómeno natural debía ser asimilado, a los efectos del seguro, a uno de estos tres riesgos explícitamente cubiertos por el convenio. Menos puede sostenerse, como parece sugerirlo la actora al demandar y ahora al expresar agravios, que la falta de mención de la ?avalancha? como riesgo excluido debía ser interpretada, a contrario sensu, como incorporada al catálogo de eventos comprendidos por el seguro. La sentencia brindó un adecuado tratamiento a la cuestión, concluyendo que en materia asegurativa, para entender que un riesgo se encontraba cubierto por el contrato, debía ser explícitamente mencionado en la póliza, a esos efectos. Y tal conclusión no mereció agravio idóneo por parte de la actora, en tanto se limitó en la primera parte de su memorial a quejarse de la conclusión de la sentencia, pero sin realizar una crítica concreta y abonada por un discurso jurídico, que permita habilitar este agravio conforme las exigencias del artículo 265 del código de rito. Esta puntual omisión en punto a la necesidad de determinar el riesgo explícitamente, permite tener tal conclusión como consentida (art. 271 código procesal) Pero aun cuando fuera soslayado este vicio, la solución no variaría. Es un principio receptado en materia de seguros que el riesgo debe ser expresamente individualizado, pues no es ni jurídica ni económicamente factible el amparo de todos los eventos susceptibles de provocar un daño, ni que un mismo contrato garantice indeterminadamente la totalidad de los riesgos a que se halla sometido un interés económicamente lícito (CNCom Sala A, 20.9.2013, ?Murúa, Santiago c/ La Meridional Cía. Argentina de Seguros s/ ordinario?, LL 2014-A, 86; íd. Sala A, 23.10.1979, ?Abieri y Cía. S.A. c/ La Defensa, Cía. de Seguros?, LL1980-C, 60; CNCom Sala B, 14.11.1979, ?Musante, Jorge c/ La Agrícola, Cía de Seguros?, LL1980-B, 160; CNCom Sala C, 17.5.1984, ?Boure, Jorge c/ Arco Iris, Coop de Seguros?, LL on line AR/JUR/2592/1984; CNCiv Sala B, 13.10.1996, ?Olea de Barrera, María A. c/ Alonso, Raúl?, AR/JUR/3802/1996; SC Mendoza Sala I, 21.12.1995, ?Triunfo, Coop de Seguros c/ Intraguglielmo, Víctor?, LL 1996-D, 182). Es que la determinación del riesgo amparado tiene una relación esencial con el costo de la prima, ya que no es factible para una aseguradora evaluar los costos económicos de la cobertura sin conocer con precisión los límites en que la presta (CNCom Sala C, 24.5.1989, ?Babijaczuk, Nicolás c/ La Meridional, Cía de Seguros?, LL 1989-E, 73). Congruente con ello, tanto los riesgos incluidos como excluidos deben ser interpretados en forma restrictiva y

constituyen un catálogo taxativo tanto en su determinación positiva (riesgos incluidos) como negativa (excluidos). De allí que desbordado tal límite, no existe seguro (CCiv y Com. San Isidro, sala II, 19.9.2002, ?Lutterbeck, Nélica c/ Barreiro, Roberto?, AR/JUR/992/2002; SC Mendoza, Sala I, ya citado). En este punto cabe también destacar, retornando ahora al litigio en estudio, que Las Nubes SRL en momento alguno alegó expresamente que el viento que precedió a la avalancha debió ser considerado, a los efectos de la cobertura, como huracán o ciclón. Excluyo el tornado por tratarse de un evento meteorológico claramente diferente al fuerte viento que precedió a la caída de nieve. Dicho esto cabe retornar al análisis de la imputación sustancial que la actora formuló directamente al productor, y por vía refleja al asegurador. En su escrito de demanda Las Nubes SRL imputó al intermediario no haber asesorado profesionalmente al asegurado, pues aconsejó un seguro integral de comercio, que no contemplaba un riesgo esencial atinente a la propiedad cubierta. Tal el peligro de avalancha o alud. Es que el parador objeto del contrato se encontraba en una zona montañosa y con gran acumulación de nieve. A tal punto llegó el cuestionamiento de la aquí recurrente que para graficar la insuficiencia de tal protección, afirmó que el ofrecido por Díaz era un seguro apto para un comercio en plena Avenida Corrientes, pero no para un establecimiento de alta montaña. Ya en su alegato Las Nubes SRL afirmó tener la sensación que la póliza que no brinda cobertura de avalancha y si lo hace respecto de otros riesgos (huracán, ciclón y tornado) que nunca podrían presentarse en una región montañosa y fría, ?...es una cáscara sin contenido? (fs. 1194). Al expresar agravios la actora no sólo reiteró este aserto (fs. 1246bis), sino que sostuvo que la póliza contratada estaba diseñada para rechazar cualquier siniestro (fs. 1248v), para concluir sosteniendo que si existiera una relación justa entre riesgo y prima, esta póliza debió ser gratuita al cubrir riesgos inexistentes (fs. 1249v). Las afirmaciones que acabo de destacar parecerían más orientadas a postular la nulidad del contrato que a propiciar el pago de las sumas aseguradas, bien que en calidad de daños y perjuicios. Es que si las pólizas no atendieran riesgos posibles, tal convención sería nula por falta de objeto (art. 3 ley 17.418; Halperín - Morandi, Seguros, T. II, página 508/509). Por supuesto, tal pretensión tampoco constituye uno de las finalidades de esta acción. Pero la actora parece olvidar, cuanto menos cuando emite su parecer sobre la relación, en el caso, entre prima y riesgo, que los contratos que concertó con la aseguradora con la intermediación de Díaz, también incluyó otros riesgos (incendio de edificio y contenido, robo de contenido, seguro de cristales, responsabilidad civil, accidentes personales, amén del adicional por huracán, ciclón y tornado). Así, aun cuando fuere compartido que el referido ?adicional? no constituyó un riesgo cierto y probable, en el lugar geográfico donde estaban asentados los bienes asegurables, los demás riesgos cubiertos si lo fueron, amén que aparecen principales si se los coteja con los cuestionados. No puede sostenerse entonces que el seguro en estudio se trate de una ?cáscara vacía?, que hubiere sido constituido con el sólo propósito de rechazar cualquier siniestro, o que deba ser gratuito por no amparar riesgo cierto. La intermediación del señor Hugo Díaz tampoco ha sido materia de cuestionamiento. Todos los litigantes coincidieron que él fue el productor asesor que intermedió en la concertación de las pólizas. No me pronunciaré por el momento respecto del carácter de representante de Berkley que le atribuye Las Nubes S.R.L. en su demanda y que abona, en el discurso de la actora, la extensión de la responsabilidad a la principal por la mala praxis de su supuesto representante. Sólo si la solución que daré a este recurso lo exige, lo trataré más adelante. Conforme lo dispone el artículo 10 inc. 1 c de la ley 22.400 el Productor Asesor directo, tal parecería ser la calidad de Díaz, debe ?...asesorar al asegurado a los fines de la más adecuada cobertura?. En dicho cometido, el productor debe ilustrar al asegurado sobre las cláusulas del contrato, su interpretación, extensión y de verificar que la póliza contenga las estipulaciones y condiciones bajo las cuales el asegurado decidió cubrir el riesgo. Su deficiente asesoramiento lo vuelve responsable de los daños que pudo ocasionar al asegurado (Stiglitz, R., Derecho de Seguros, T. I. página 419/420). El señor Díaz al contestar demanda, reconoció haber intermediado en la contratación del seguro y admitió que aconsejó ampliar la cobertura por huracán, ciclón y tornado, por ser bajo el incremento de prima y ser útil tal adicional pues estos vientos podían producir una eventual rotura de vidrios.

En principio, no parece adecuado el consejo brindado. Es que tales riesgos son de imposible producción en un ámbito de alta montaña, como lo informó el perito meteorólogo, amén que los cristales fueron cubiertos mediante una póliza específica. Sin embargo, la presencia o no de tal adicional en nada incidió en el rechazo del siniestro que fue cuestionado aquí por Las Nubes SRL.

La cuestión sustantiva radicó aquí en analizar si la cobertura por avalancha era un riesgo que necesariamente debía ser cubierto dadas las características y ubicación del bien asegurable. El intermediario intentó responder este interrogante al sostener que tal agregado era innecesario pues hasta el evento que destruyó el parador, nunca se había producido una avalancha en el lugar. De hecho, según agregó, desde aquella catástrofe hasta la fecha de su respuesta, no se había producido un nuevo alud (fs. 720). Estos hechos no fueron materia de prueba en la causa, por lo cual no cabe concederles ninguna entidad a los efectos de este recurso. La sentencia también ignoró este aserto de Díaz. Optó por otros elementos de juicio para resolver como lo hizo, esto es, absolviendo al productor. La lectura del fallo revela que la decisión tuvo sustento en los puntuales fundamentos que describo a continuación: a) que el locador, experto conocedor del lugar y de los posibles riesgos que generaba la zona, exigió en su contrato a Las Nubes SRL la contratación de seguros cuyas características identificó que presumió atendían los probables eventos; b) que las pólizas contratadas

con Berkley eran de mayor cobertura en cuanto a riesgos y suma asegurada que las exigidas por el locador, Catedral Alto Patagonia S.A., lo cual demostraba su suficiencia; c) que congruente con lo actuado en los seguros aquí analizados, la actora contrató con Berkley en períodos anteriores, pólizas con similares alcances a las aquí cuestionadas; d) que Refugio Lynch SRL y Ernesto Shilling, presidente de la aquí actora, también concertaron para establecimientos situados en la misma montaña, con el mismo productor aunque con diferente aseguradora, numerosos seguros que en ningún caso contemplaron el riesgo de avalancha. Estos específicos fundamentos no merecieron consideración alguna por parte de la aquí recurrente al sustentar su recurso; si bien manifestó su disconformidad con la absolución de Díaz, en momento alguno mencionó estos fundamentos. Tal omisión importó aceptar la realidad y trascendencia de aquellas premisas con base en las cuales el fallo concluyó por el rechazo de la demanda contra el productor, lo cual impide siquiera su análisis por este Tribunal. Como lo explicó, hace ya varias décadas en maestro Alsina, ¿El principio de la plenitud de la jurisdicción sufre una limitación en los casos en que el recurso se interpone contra una parte determinada de la sentencia, pues, entonces, el tribunal no puede pronunciarse sino sobre lo que es materia del mismo. Es lo que se expresa con el aforismo *tantum devolutum quantum appellatum* o sea que los poderes del tribunal de apelación se hallan limitados por la extensión del recurso? (Alsina H., Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, Juicio Ordinario, T. IV, Segunda Edición, página 416/417). Otro maestro del Derecho Procesal ratifica este principio al sostener que ¿El superior no tiene más facultades de revisión que aquellas que han sido objeto del recurso. Sólo puede ser revisado lo apelado? (Couture, E., Fundamentos del Derecho Procesal Civil, página 188). Síguese de lo dicho que lo no apelado debe entenderse consentido por la parte. Así, al no proponer un concreto agravio respecto de un fundamento que por sí mismo abona la solución que critica, el tribunal de apelación se encuentra impedido de modificar lo decidido en la instancia anterior pues aun cuando admitiera otros puntuales agravios, ello no alcanzaría para torcer el fallo al mantenerse incólume el anterior que, como dije, abona suficientemente el extremo tangencialmente atacado (mi voto en esta Sala, 23.11.2012, ¿González Gette, Liliana c/ Tito González S.A. y otro s/ ordinario?). A igual solución se arribaría de entender que existió alguna crítica del fallo en punto a la absolución de Díaz. Es que la lectura de la expresión de agravios presentada por la actora refleja una disconformidad genérica con aquella solución. Pero al no proponer puntuales agravios contra los fundamentos ya enunciados que fundaron la solución en análisis, el recurso debería ser desestimado, cuanto menos, por infringir la regla prevista en el artículo 265 del código procesal. En nada incide en esta solución la controversia sobre la aplicabilidad al caso de la ley de defensa del consumidor. La ausencia total de crítica a los fundamentos sustantivos del fallo, vuelve inconducente tratar este tema el cual fue propuesto para calificar la conducta de la aseguradora como abusiva. Es que al haber concluido el fallo que la conducta del productor, y por consecuencia de Berkley International Seguros S.A., fue adecuada, resulta insustancial referirme a un aspecto que en este escenario, carece de toda plataforma de aplicación. De todos modos, comparto con la sentencia que, en el caso, no nos encontramos frente a una operación de consumo lo cual excluye del caso a la normativa consumeril. Esta conclusión no radica en la calidad de personal jurídica de la parte actora, pues ya en su redacción original, el artículo 1 de la ley 242.40 incluía entre los eventuales usuarios o consumidores a los entes ideales, aunque de seguido limitó tal inclusión a aquéllas que contrataran ¿...a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social...?. La reforma de la ley de Defensa del Consumidor dispuesta por la ley 26.361 amplió el concepto de ¿usuario o consumidor? al considerar como tal ¿...a toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social...?. A su vez derogó el segundo párrafo del artículo 2 original que restringía el concepto en tanto descartaba tal calidad a ¿...quienes adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros?. La referida redacción orienta nítidamente tanto el concepto de consumidor como el de usuario a su calidad de destinatario final del bien adquirido o el servicio recibido. Pauta que también es utilizada por el Código Brasileño de Defensa del Consumidor, que en su artículo segundo dispone que ¿Consumidor es toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza productos o servicios como destinatario final?. Resulta objetivamente claro, entonces, que las personas jurídicas pueden ser calificadas como consumidores. Así ha sido precisado por la ley, tanto en su actual redacción como en la anterior, que en su artículo primero indicaba como tal tanto a las ¿personas físicas? como a las ¿personas jurídicas?. Pero para que tal calidad pueda ser otorgada en los hechos, tanto el texto original de la norma como su redacción actual, requiere que tanto la persona física como la jurídica, adquiera o utilice ¿...bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social...?. Tal exigencia importaba (e importa), encuadrar como ¿consumidor? a la persona física que adquiera un producto o goce de servicios con destino a un uso esencialmente privado; mientras que en el caso de las personas jurídicas, el acto podría ser interpretado como de consumo cuando los bienes o los servicios adquiridos no se relacionen de manera específica con el ciclo productivo o, dicho de otro modo, con su particular competencia profesional (Hernández C., La noción de consumidor y su proyección sobre la legitimación para accionar, página 264, en Consumidores, Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2009-I). Los conceptos transcriptos, que fueron

desarrollados por el autor en vigencia de la ley 24.240 en su redacción original, permanecen incólumes luego del dictado de la ley 26.361 (e incluso con la ley 26.994). En este sentido ha dicho que "...la fórmula legal conserva el criterio amplio de considerar como consumidores a las personas físicas y a las jurídicas, en la medida que actúen fuera del ámbito de su actividad profesional, que en el caso de las últimas supone obrar fuera de su objeto social o giro comercial específico (Hernández C., obra citada, página 269). Va de suyo que tal precisión, o con mayor propiedad, tal rasgo distintivo que excluye a la persona jurídica de la categoría de consumidor (el uso profesional del bien o servicio), provocó un debate sobre sus límites, los cuales aparecen más concretos al referirnos a personas físicas (Picasso S. y Vázquez Ferreira R., Ley de Defensa del Consumidor - Comentada y Anotada, T. I, página 32). Es que resulta más sencillo identificar el uso personal o doméstico del bien o servicio en una determinada persona física; mientras que para determinarlo en la persona jurídica es necesario conocer previamente su giro comercial o profesional para luego definir si la prestación tuvo por destino final a la empresa y si fue incorporado a su giro comercial o profesional, o a una función ajena a su objeto (esta Sala, 18.10.2010, ?Consumidores Financieros Asociación Civil para su Defensa c/ Nuevo Banco de Entre Ríos S.A. s/ ordinario?; íd esta Sala, 27.8.2013, ?Mustang Cargo S.A. c/ Renault Trucks Argentina S.A. s/ ordinario?). En el caso resulta evidente que el seguro contratado lo fue con una clara intención comercial, esto es para proteger a la propia empresa. De tal manera su contratación puede definirse como incorporada al giro comercial en tanto lo perseguido fue resguardar tal actividad y, en su caso, no afectarla económicamente frente a un eventual siniestro. En definitiva, el seguro fue incorporado al negocio como un elemento relevante y necesario para su operatividad y conservación, lo cual aleja este negocio de la órbita del consumidor. De allí que, aun cuando se coincida con el sentenciante en cuanto a que la conducta profesional del productor no puede ser reprochada, en su caso tampoco sería pertinente aplicar en el sub judice la ley de defensa del consumidor y, dentro de ella, lo establecido por el artículo 37 de tal normativa. VIII. Cabe por último analizar el ?segundo? agravio propuesto por Las Nubes SRL, mediante el cual es criticada la sentencia por no haber admitido el pago de la indemnización referida a los cristales. Destacó aquí la actora que la aseguradora en su misiva del 29 de septiembre de 2009 (copiada en fs. 10), admitió la pertinencia del resarcimiento, aunque luego no ofreció abonar la suma reconocida. Al responder el memorial de agravios, Berkley International Seguros S.A. sostuvo que la pretensión judicial se enderezó a requerir el pago de aquello destruido por la avalancha y no admitido por su parte, lo cual limitó el thema dedidendum. Pero, además, afirmó que del informe de liquidación resulta que el pago quedó condicionado a que la actora aportara elementos para poder mensurar la entidad del daño. Es cierto que, en su escrito de demanda, Las Nubes SRL no formuló un reclamo puntual referido al seguro de cristales. Según puede concluirse de la lectura de aquella pieza, la pretensión de la actora fue integral y su argumento principal fue intentar contradecir el motivo por el cual la aseguradora había rechazado otorgar cobertura a buena parte del siniestro. Empero no tengo dudas que la pretensión de Las Nubes SRL comprendió el resarcimiento por cristales, en tanto reclamó un importe específico por este concepto al tiempo de traducir numéricamente su demanda (fs. 195v). Pero, además, la aseguradora en su carta documento del 29 de septiembre de 2009 (fs. 10) dijo admitir la concesión de cobertura por los cristales, aclarando que sobre el punto ?no tienen restricción alguna?. Resulta paradójal que ahora la demandada presente un óbice que no planteó en la instancia anterior: la necesidad de contar con elementos que aportará la actora para determinar la magnitud del daño. Inicialmente, debo decir que este argumento defensivo aparece tardío, al no ser propuesto en la instancia anterior. Y en tales condiciones, no es posible su tratamiento por la Sala (artículo 277 código procesal). De todos modos, aun manteniendo lo dicho en el párrafo anterior, entiendo que la defensa resulta inconsistente. Según resulta del informe del liquidador designado por la misma aseguradora, "...la confitería/restaurante se hallaría prácticamente destruida..." (fs. 624); luego, al calcular las pérdidas, las calificó de totales (fs. 628). Frente a ello, la exigencia de presentar elementos para evaluar el daño parece excesiva e innecesaria. En principio, la carta documento del 29 de septiembre de 2008 no precisa condición alguna o reclamo de mayor documentación para atender este riesgo. Recuerdo que la misiva indicó en tal sentido que no tenían "...restricción alguna?", lo cual debe ser interpretado como una definitiva e incondicionada declaración en punto a aceptar una total cobertura por la rotura de cristales. Pero además de ello, el mismo informe del liquidador dictaminó que las pérdidas eran totales en cuanto este riesgo. Y frente a esta catástrofe, el resarcimiento debería ser equivalente a la suma asegurada. No ignoro que este último concepto constituye el límite máximo de cobertura a que se comprometió la aseguradora y que lo que debe ser resarcido son los daños reales que sufrió el bien asegurado (CNCom. Sala A, 20.7.1995, ?Paez, Marta c/El Comercio Cía. de Seguros a Prima Fija S.A.?.; CNCom. Sala B, 15.12.1983, ?Bilo, Antonio c/Atlantis Cía. de Seguros S.A.?.; íd. Sala B, 15.6.1988, ?Diograzia, Eduardo c/La Nación Cía. Argentina de Seguros S.A.?.; CNCom. Sala C, 28.5.1986, ?Lagarreta S.R.L. c/Cenit Cía. de Seguros S.A.?.; íd. Sala C., 19.4.2005, ?Grosso Juan c/HSBC La Buenos Aires Cía de Seguros S.A.?.; CNCom. Sala E, 10.3.2008, ?Zucchet, Andrés c/Federación Patronal Coop. de Seguros Ltda.?). Sin embargo, en este particular caso, cuando la suma asegurada fue fijada dos meses antes del siniestro y las pérdidas fueron totales, no parece necesaria una mayor evaluación, pues es obvio que cuando la aseguradora determinó el quantum del seguro lo hizo con base en el valor real de los bienes que el mismo amparaba. No olvido que la demanda reclamó daños y

perjuicios y no el cumplimiento del contrato. También que en la misma sustancialmente atribuyó al productor mala praxis al tiempo de asesorar, imputación que en nada incide a este seguro de cristales. Pero no puedo soslayar que en este particular riesgo, la aseguradora aceptó indubitadamente brindar cobertura aunque luego no pagó ni ofreció hacerlo. Y tal inconducta, atribuible sin dudas a Berkley, justifica admitir un resarcimiento equivalente al daño padecido que, en este punto, debe traducirse en la suma asegurada pues fue la cotización que la propia aseguradora concretó dos meses antes del evento respecto a la totalidad de los cristales amparados los cuales, según lo dictaminó la entidad liquidadora, habían sido totalmente destruidos en ocasión del siniestro.

Los intereses serán calculados desde los quince días de la misiva del 29 de septiembre de 2008, fecha en que la aseguradora aceptó brindar cobertura por ese riesgo (art. 49 ley 17.418). Los réditos se devengarán de acuerdo a la tasa activa que percibe el Banco de la Nación Argentina para sus operaciones de descuento, sin capitalizar. IX. Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo que estamos celebrando confirmar en lo sustancial la sentencia en estudio y sólo modificarla en punto al resarcimiento por los cristales destruidos en el evento, por lo cual se otorga la suma de \$ 30.000 con más los intereses indicados en el punto VIII de este voto y a calcular desde la fecha allí precisada. Atento el resultado de este pleito, entiendo que las costas de ambas instancias deben ser soportadas en un 90% por la actora y en un 10% por la aseguradora Berkley; eximiendo de tal concepto al señor Hugo Díaz. Así voto. El señor Juez de Cámara, doctor Heredia adhiere al voto que antecede. Concluida la deliberación los señores Jueces de Cámara acuerdan: (a) Confirmar en lo sustancial la sentencia de primera instancia, modificándola únicamente en punto a la indemnización en concepto de cristales destruidos por el cual se le reconoce la suma de \$ 30.000 con más los intereses indicados en el punto VIII de este voto. (b) Imponer las costas de ambas instancias: en un 90% a la parte actora, y en un 10% a la aseguradora Berkley International Seguros S.A. (c) Diferir la consideración de los honorarios hasta tanto sean regulados los correspondientes a la anterior instancia. Notifíquese y una vez vencido el plazo del art. 257 del Código Procesal, devuélvase la causa al Juzgado de origen. Pablo D. Heredia Gerardo G. Vassallo Julio Federico Passarón Secretario de Cámara
Correlaciones: Ley 17418 - BO: 6/9/1967 Build Cooperativa de Vivienda Cdto. Cons. y Ed.
Ltda. c/Minera Fame SA s/ordinario - Cám. Nac. Com. - Sala D - 28/08/2009 009914E