



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

REGISTRADA BAJO EL N° 73

F° 483/501

EXPTE. N° 169.353.

Juzgado Civ. y Com. N° 4.

En la ciudad de Mar del Plata, reunida la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Tercera, en el acuerdo ordinario a los efectos de dictar sentencia en los autos: **"FRANCO, CRISTIAN MAXIMILIANO C/ ROYAL & SUN ALLIANCE SEGUROS ARGENTINA Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS"**, 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. Nélide I. Zampini y Rubén D. Gérez.

El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes;

CUESTIONES:

- 1) ¿Es justa la sentencia de fs. 648/670?;
- 2) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA LA SRA. JUEZ DRA.

NELIDA I. ZAMPINI DIJO:

I) Dicta sentencia el Sr. Juez de Primera Instancia, resolviendo rechazar la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por el *"Banco Patagonia S.A."*.

A su vez, hace lugar a la demanda de daños y perjuicios promovida por el Sr. Cristian Maximiliano Franco contra *"Royal & Sun Alliance Seguros Argentina S.A."* y *"Banco Patagonia S.A."* condenando solidariamente a las demandadas a abonar al actor, dentro del plazo de diez días de quedar firme la sentencia, la suma de pesos setecientos ochenta mil con más los intereses liquidados a la tasa pasiva *"B.I.P."* del Banco de la Provincia de Buenos Aires, todo ello bajo apercibimiento de ejecución.

Impone las costas a las demandadas vencidas y difiere la regulación de honorarios para su oportunidad.

Para así decidir, refirió que no caben dudas que en el caso bajo estudio nos hallamos frente a una típica relación de consumo, habida cuenta

que estamos ante una persona física que adquirió un bien en forma onerosa como destinatario final, en beneficio propio, a una persona jurídica que se dedica profesionalmente a la comercialización de bienes y servicios.

Con sustento en lo anterior, concluyó que el caso debía juzgarse bajo el prisma de la Ley de Defensa del Consumidor.

Luego de tener por reconocida la existencia de la póliza de seguros que vincula al actor con las demandadas y por probada la circunstancia de que el día 30 de julio del año 2014 el Sr. Cristian Maximiliano Franco sufrió un accidente al recibir un impacto de bala, rechaza la excepción de falta de legitimación opuesta por el “*Banco Patagonia S.A.*” afirmando que en la contratación del seguro el banco demandado actuó como “agente institorio” de la empresa aseguradora y , por lo tanto, resulta responsable en forma solidaria conforme lo dispuesto por el art. 40 de la ley 24.240.

Ingresando en el análisis de la responsabilidad, expuso que la presente causa versa sobre una exclusión de cobertura indirecta –la relativa a la incapacidad física- que a diferencia de la directa –que contempla expresamente los supuestos excluidos-, se verifica en hipótesis que no integran el marco conceptual del riesgo tal como ha sido definido.

Previo transcribir las cláusulas de la póliza de seguro, indicó que la misma no cubre específicamente la pérdida de funcionalidad producto de la lesión del Sr. Franco, pero hallándonos ante un contrato con cláusulas predisuestas no debe dejarse de lado el principio de la buena fe.

En ese orden de ideas, afirmó que considerando que la declinación de cobertura acaecida constituye una infracción a la buena fe contractual, en tanto desnaturaliza el vínculo obligacional y el fin último del seguro, y que no se ha acreditado debidamente el cumplimiento del deber de información previsto en la Ley de Defensa del Consumidor, es que debe condenarse a los demandados en forma solidaria frente al consumidor accionante respecto de los daños causados con motivo de la falta de cobertura de la lesión reclamada.

En cuanto al rubro “daño físico” refirió que debía reconocerse por la suma de pesos doscientos treinta mil (\$230.000), más sus intereses, por ser éste el límite de la póliza que no ha sido cuestionado.

A su vez, rechazó los rubros “daño psíquico”, “daño estético”, “gastos” y “lucro cesante” al considerar que las demandadas no revisten el



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

carácter de responsables de dichos daños, dado que el derecho del asegurado a percibir la indemnización está ceñido a los términos de la convención.

Analizando el material probatorio obrante en el expediente, reconoció el rubro “daño moral” por la suma de cuatrocientos mil pesos (\$400.000).

Finalmente, entendió procedente la sanción por “daño punitivo” la que cuantificó en la suma de pesos ciento cincuenta mil (\$150.000).

II) Dicho pronunciamiento es apelado mediante escrito electrónico de fecha 18-11-2019 por la Dra. Daiana B. Fernández, en su carácter de gestora procesal del actor, fundando el recurso mediante idéntica vía el día 04-03-2020, con argumentos que merecieron respuesta de la codemandada “*Royal & Sun Alliance Seguros Argentina S.A.*” en la presentación de fecha 16-03-2020.

Por su parte, la sentencia fue recurrida por el Dr. Eugenio León de Alvear, en su carácter de apoderado del codemandado “*Banco Patagonia S.A.*”, en el escrito electrónico presentado el día 19-11-2019, fundando el mismo el día 04-03-2020 con fundamentos que merecieron crítica de la parte actora el día 16-03-2020.

Asimismo, apela el decisorio el Dr. Guillermo B. Clement, en su carácter de apoderado de la codemandada “*Royal & Sun Alliance Seguros Argentina S.A.*”, mediante escrito electrónico de fecha 26-11-2019, expresando agravios el día 04-03-2020 los que fueron contestados por la accionante en fecha 16-03-2020.

III.a) Agravios de la parte actora.

En primer lugar, agravia a la parte actora la cuantificación del rubro “daño físico” realizada por el *a quo*.

Afirma al respecto que si bien por una parte el sentenciante alude a que no se debe recurrir para determinar la reparación a montos tabulados, por otra, acude al monto máximo de la póliza para cuantificar el rubro.

Entiende, que no debe perderse de vista que fue durante el mes de julio del año 2013 el momento en el cual el Sr. Franco adhirió a la póliza,

ocasión desde la cual ya han transcurrido casi 7 años, razón por la cual considera que apelar a dicho límite no se corresponde con la realidad.

Por tal motivo, solicita que se eleve el parcial a la suma de pesos ochocientos mil (\$800.000).

Como segundo agravio, controvierte la recurrente el rechazo de los rubros “daño psíquico”, “daño estético”, “gastos” y “lucro cesante”.

Expresa que no resulta acertado afirmar que no corresponde conceder monto alguno por los rubros “gastos” y “lucro cesante” ya que, según su parecer, ha quedado demostrado que los mismos resultan una derivación de la conducta reticente de las demandadas que se habría evitado de abonar las sumas pactadas en los tiempos en que acaeció el suceso.

Alega, que el rubro “incapacidad psíquica” ha quedado probado con las pericias realizadas en autos y que, por tanto, debe progresar por la suma pesos cuatrocientos mil (\$400.000). Transcribe parcialmente el dictamen del perito médico psiquiatra en apoyo a su argumentación.

Objeta también el rechazo del rubro “daño estético” al entender que se encuentra debidamente acreditado en autos.

En tercer lugar, agravia a la apelante la cuantificación de la sanción por “daño punitivo” al considerar que es exigua en atención al incumplimiento de las demandadas y su envergadura económica. Transcribe un precedente de este tribunal en apoyo a su fundamentación.

Por último, agravia a la parte actora que el Sr. Juez de primera instancia fije como fecha de mora la de notificación de la demanda, pues según su entender, la misma se configuró al momento del accidente el día 30-07-2014.

Renglón seguido, detalla las constancias que acreditarían una intimación anterior a la considerada por el *a quo*.

Finalmente, solicita que se haga lugar al recurso con costas a la contraria.

III.b) Agravios de la codemandada “Royal & Sun Alliance Seguros Argentina S.A.”.

Agravia al recurrente que el *a quo* encuadre legalmente el caso en estudio en las previsiones de la Ley de Defensa del Consumidor.

En breve síntesis, señala sobre el particular, que si nos atenemos a la tramitación del presente expediente si bien la parte actora encuadra su petición dentro de la Ley 24.240, lo que es receptado en principio por el Sr. Juez



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

de Primera Instancia en el proveído de fecha 6 de noviembre de 2015, también es cierto que se aparta de dicha normativa y le da trámite sumario al proceso cuando en realidad debió darle trámite sumarísimo.

Explica que, según su entender, esta suerte de contradicción en el obrar del sentenciante llevó a confusión a las partes al no saber que tipo de tratamiento se le va a dar a la causa, en especial teniendo en cuenta el régimen de carga probatoria de la Ley de Defensa del Consumidor, circunstancia que habría puesto en indefensión a su parte.

Controviendo la aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor al supuesto bajo examen, hace hincapié en que todo aquello que es materia específica del contrato de seguro y que ha recibido tratamiento específico por la “Ley de Seguros” se rige por ésta, quedando excluida la ley 24.240. Cita y transcribe jurisprudencia que entiende en apoyo a su argumentación.

Como segundo agravio, sostiene que es erróneo entender que las lesiones sufridas por el actor se encuentran comprendidas dentro de los supuestos indemnizables por la póliza.

Advierte que las pericias realizadas en estas actuaciones no difieren de las realizadas por su parte donde se estableció que el accionante no tenía lesiones de carácter permanente y que no resultaban estar incluidas dentro del listado de lesiones indemnizables según las condiciones de la póliza.

Agrega a lo anterior, que tampoco se acreditó si la eyaculación retrograda fue consecuencia de la lesión o si el actor ya la padecía por lo que resulta improcedente otorgar una incapacidad del 15% por tal concepto.

A su vez, objeta el monto otorgado por el rubro “daño físico” indicando que es improcedente que se le condene a abonar el máximo del tope indemnizatorio contratado por el actor, correspondiendo, en el peor de los supuestos, pagar el 30% del máximo asegurado, es decir, la suma de pesos sesenta y nueve mil (\$69.000).

Pretende, asimismo, que se rechace el rubro “daño moral” dado que el accidente que padeció el accionante no fue responsabilidad de su parte

sino de un tercero, no encontrándose amparadas por la póliza las lesiones sufridas.

Se agravia también de la sanción por “daño punitivo”, manifestando que la misma es improcedente en tanto no correspondía que el caso se juzgue bajo las normas de la Ley de Defensa del Consumidor.

Aduna a ello, que no existió ningún beneficio que sea pasible de sanción y que resulta injusto que se lo multe porque el actor desconocía los términos de la póliza por él contratada.

Culmina solicitando que se revoque la sentencia recurrida.

III.c) Agravios de la codemandada “Banco Patagonia S.A.”.

Agravia al recurrente que se le haya extendido la responsabilidad con fundamento en lo dispuesto por el art. 40 de la ley 24.240.

En resumen, expresa que su mandante no es parte del contrato celebrado entre el Sr. Franco y “Royal & Sun Alliance Seguros Argentina S.A.” y que si bien participó en la cadena de comercialización el seguro comercializado estaba vigente y aprobado por la Superintendencia de Seguros de la Nación y consentido por el actor.

Manifiesta que su parte es totalmente ajena al hecho doloso que denunció el accionante como así también a la decisión de la aseguradora de rechazar el siniestro.

Subraya que el “Banco Patagonia S.A.” no dictó las condiciones de la póliza, como así tampoco fijó los alcances y obligaciones de la misma por ello, considera, infundada la extensión de responsabilidad dispuesta en sentencia.

Agraviándose de la procedencia del rubro “daño moral”, reitera ser ajeno a la contratación del seguro y destaca que en materia contractual dicho rubro debe ser interpretado de manera restrictiva.

Alega también que el monto reconocido por tal parcial resulta desmedido.

En otro orden de ideas, considera improcedente que su parte deba abonar la sanción por “daño punitivo” ante la imposibilidad fáctica y jurídica de su mandante de intervenir en el reclamo del Sr. Franco.

Se opone a la procedencia y cuantificación del “daño punitivo” indicando que no cualquier incumplimiento contractual habilita a la imposición de dicha multa. Cita y transcribe jurisprudencia.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

IV) Pasaré a analizar los agravios planteados.

IV.a) Agravio de la codemandada “Royal & Sun Alliance Seguros Argentina S.A.”. ENCUADRE NORMATIVO. APLICACIÓN DE LA LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR.

Agravia a la apelante que el *a quo* haya entendido como aplicable al caso la Ley de Defensa del Consumidor.

Tal agravio se sustenta en dos argumentos basilares, por un lado, entiende que el *a quo* al dar trámite sumario al expediente habría descartado, en principio, la aplicación de la ley 24.240 y, por otro, afirma que el supuesto en estudio debe ser regido por la Ley de Seguros dado su carácter de ley especial.

Entiendo que el planteo de la recurrente no merece prosperar.

En lo que respecta al trámite dado a la causa, y a las consecuencias que de ello derivarían, basta con relevar lo resuelto por el sentenciante en la resolución de fs. 97/98 para advertir que la interpretación propiciada por el recurrente carece de absoluto asidero.

Adviértase, que allí el *a quo* consideró que el encuadre del caso en la Ley de Defensa del Consumidor no implicaba que necesariamente deba otorgársele trámite sumarísimo al proceso, pero ello en modo alguno implicó que se descartara la aplicación de ese cuerpo normativo, es más, con su sustento –en particular en lo dispuesto por los arts. 52 y 53- concedió el beneficio de la justicia gratuita y ordenó la vista al agente fiscal.

Por su parte, en lo atinente a la aplicación de la Ley de Seguros por sobre las disposiciones de la Ley de Defensa del Consumidor cabe destacar que si bien es cierto que en el caso se plantea la confrontación de dos “microsistemas” normativos: el de los contratos de seguro por un lado, y el de las relaciones de consumo, por el otro, hay razones de peso que –a mi criterio- revelan la preeminencia del estatuto del consumidor sobre el régimen de los contratos de seguro, y que son las siguientes:

En primer lugar, por la regla “ley posterior deroga la anterior en lo que la contradice”, la que se compadece con la circunstancia indiscutible de que el derecho se encuentra en constante evolución y que -por consiguiente- las

instituciones jurídicas más nuevas son las que más se adecuan a la realidad histórica, social y cultural del país.

En segundo término, porque las leyes de protección al consumidor –no sólo en nuestro país sino también a nivel global- poseen, en su génesis, la vocación de impregnar con sus principios a todo el ordenamiento jurídico vigente, ya que el rango constitucional que se le asignó en la reforma del año 1994, las sitúa en el mayor rango otorgado por el art. 31 de la Carta Magna (argto. jurisprud. esta Sala, causa N° 149.289 “*Gao Chunhua c/ Caja de Seguros S.A. s/ cumplimiento de contratos*”, sent. del 04-08-2015).

A su vez, comparto el criterio mayoritario de la doctrina, el que fue receptado también por la S.C.B.A., en cuanto sostiene que el contrato de seguro (como el de autos) constituye un contrato de consumo cuando se celebra entre un consumidor final (asegurado) y una persona jurídica (el asegurador) que actuando profesionalmente, se obliga mediante el pago de una prima, a asumir el riesgo previsto en la cobertura asegurativa: el resarcimiento del daño o el cumplimiento de la prestación convenida (argto. art. 1092, 1093 del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación; argto. doct. Farina, Juan M., “*Defensa del consumidor y Usuario*”, 3era. Edic., Edit. Astrea Bs. As. 2004, pág. 396; Picasso-Vázquez Ferreira, “*Ley de defensa del consumidor-Comentada y Anotada*”, La Ley T°II, pág. 439; Stiglitz, Rubén S., “*Derecho de Seguros*”, 5ta. Ed. Act. y amp TI, LLBA, 2008-II, pág.158, 196; Edgardo López Herrera, “*Tratado de la Prescripción Liberatoria*”, 2da. Ed., AbeledoPerrot, 2009, pág. 772; S.C.B.A. en la causa C. 107.516 “*Canio, Daniel Gustavo c/ Seguro Metal Coop. de Seguros s/ cumplimiento contractual*”, sent. del 11-07-2012; esta Cámara y Sala en la causa N°147.854 “*Caporaletti, María Cecilia c/ Liberty Seguros Argentina S.A. s/ cumplimiento de contratos*”, sent. del 06-06-2011).

Así lo ha resuelto recientemente el Máximo Tribunal Provincial, señalando que: “...**cabe considerar al seguro como un contrato de consumo**, por adhesión a cláusulas predispuestas por el asegurador, en el que el asegurado adhiere a un esquema rígido y uniforme, y tiene en la génesis negocial una posición de ostensible desigualdad...” (S.C.B.A. en la causa C. 119.088 “*Martínez, Emir c/ Boito, Alfredo Alberto s/ daños y perjuicios*”; el destacado no es de origen).

Por los fundamentos expuestos considero debe rechazarse el agravio bajo análisis (arts. 1, 2, 3 y ccdtes. de la ley 24.240; argto. arts. 1, 2, 3,



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

9, 10, 11, 12, 1092, 1093, 1094, 1097, 1098, 1100, 1101 y ccdtes. del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación).

IV.b) Agravio de la codemandada “Royal & Sun Alliance Seguros Argentina S.A.”. PROCEDENCIA DEL RECLAMO.

Adelanto que el apelante no efectúa una crítica concreta y razonada de los argumentos esgrimidos por el juzgador de primera instancia para responsabilizarlo por el incumplimiento contractual que se le endilga.

En efecto, de la lectura de la sentencia recurrida, surge que la responsabilidad que se le atribuye al apelante, se encuentra fundada, esencialmente, en la consideración de que si bien la póliza no cubre específicamente la pérdida de funcionalidad producto de la lesión del Sr. Franco –conf. fs. 659-: “...la declinación de cobertura acaecida, constituye una infracción a la buena fe contractual, en tanto desnaturaliza el vínculo obligacional y el fin último del seguro, y que no se ha debidamente acreditado el cumplimiento del deber de información...” (conf. fs. 663 vta.; el subrayado es de origen).

Frente a tales argumentos, el recurrente se limitó, en lo sustancial, a sostener que el *a quo* reconoce que las lesiones del actor no estaban incluidas como indemnizables en la póliza y que al considerar que la eyaculación retrograda importaba un 15 % de incapacidad no se han tenido en cuenta las impugnaciones y pedidos de explicaciones realizados por su parte respecto de la pericia médica.

Claramente se evidencia de lo anterior, que los fundamentos que esboza el recurrente se encuentran **absolutamente disociados de lo resuelto por el a quo** puesto que ninguno de ellos se endereza a rebatir los argumentos basales de la decisión recurrida.

En el caso, la tarea argumentativa del apelante debió encontrar su objeto en explicar por qué no debía entenderse, como lo hizo el *a quo*, que no se acreditó haberse brindado la información adecuada que debía darse al consumidor.

Adviértase, que en ningún párrafo de su expresión de agravios el

apelante destina siquiera una línea a explicar donde se encontraría el error en tal consideración del Sr. Juez de Primera Instancia, refiriéndose exclusivamente a la consideración del sentenciante atinente a la ausencia de previsión de las lesiones sufridas por el actor en la póliza sin refutar los motivos –ausencia de información, violación de la buena fe contractual- por los cuales el magistrado entendió que tal circunstancia no habilitaba el rechazo de la cobertura, implicando ello, la inexistencia de una crítica concreta y razonada conforme lo requiere el art. 260 del C.P.C.

A su vez, debo señalar que en lo expresado por el apelante respecto a la ausencia de consideración de las impugnaciones que realizó respecto de la pericia médica se soslaya en forma absoluta lo resuelto a fs. 571/572, donde el *a quo* resolvió que tales impugnaciones o explicaciones resultaban improcedentes por implicar nuevos puntos de pericia, circunstancia ésta que muestra a las claras la improcedencia del embate que en tal sentido realiza el recurrente.

Cabe recordar a esta altura del análisis que la fundamentación del recurso de apelación: *"...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, pág. 442; conc. Roberto G. Loutay Ranea; *"El recurso ordinario de apelación en el proceso civil"*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1989, pág. 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..."* (esta Cámara y Sala, en las causas; N°154.506 *"Cons. Prop. Edif. Calle 3 de febrero 3993/95 c/ Flomenbaum, Ricardo Gregorio s/ acciones de la ley de Prop. Horizontal"*, sent. del 04-10-2013; N°154.404 *"Correa, Guido Armando c/ Juan José Boubée S.A.I.C.A.I. s/ resolución de contrato"*, sent. del 06-08-2013; N°145.804 *"Herrera, Walter c/ Cons. Edif. Entre Ríos s/ daños y perjuicios"*, sent. interlocutoria del 08-06-2010; N°144.507 *"Seguro de depósitos S.A. c/ Tabone, Gladis Noemí s/ ejecución"*, sent. del 24-09-2009; entre otras).



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

De lo expuesto se desprende que, tal como antes expuse, la carga procesal dispuesta por el art. 260 del CPC no ha sido cumplida, toda vez que la técnica recursiva utilizada por el apelante para refutar la resolución del Juez de grado en este acápite carece de rigor técnico.

De conformidad con todo lo anterior, corresponde declarar desierto el presente agravio.

IV.c) Agravio del codemandado “Banco Patagonia S.A.”.
RESPONSABILIDAD. SOLIDARIDAD ART. 40 LEY 24.240.

Agravia al codemandado “Banco Patagonia S.A.” que se le responsabilice por el daño invocado por el actor.

Entiende que el *a quo* sin prueba alguna consideró que existió un déficit en la información brindada al accionante.

Asimismo, sostiene que no corresponde que se le endilgue responsabilidad a su parte en virtud de lo dispuesto por el art. 40 de la ley 24.240 cuando fue totalmente ajena a la decisión de la aseguradora de rechazar el siniestro.

Los argumentos del apelante no merecen prosperar.

En primer lugar, tal como acertadamente lo ha resuelto el sentenciante, quienes se encontraban en mejores condiciones de acreditar que brindaron al consumidor información adecuada respecto del producto vendido – seguro- eran las codemandadas y, por tanto, la orfandad probatoria respecto de tal cuestión redundante, a diferencia de lo sostenido por el apelante, en que deba tenerse por cierta la versión de los hechos dada por el actor (arts. 3, 53 y ccdtes. de la ley 24.240 –ref. por ley 26.631-).

Resulta trascendente destacar, que en función de lo dispuesto por el art. 53 de la L.D.C., el proveedor que omite presentar pruebas que necesariamente deben estar en su poder crea un fuerte indicio a favor de los hechos invocados por el consumidor, consagrándose así legalmente el principio de las cargas probatorias dinámicas que ha sido aceptado por la doctrina y la jurisprudencia prevaleciente (argto. doct. Shina, Fernando E., “*Daños al consumidor*”, Ed. Astrea, Bs. As, 2014, pág.152; esta Cámara y Sala, en la

causa N°167.764 “*Nan, María Juliana c/ Hewlett Packard Argentina S.R.L. s/ daños y perjuicios*”, sent. del 15-08-2019).

En iguales condiciones, puede afirmarse que al consumidor o usuario le son aplicables los principios *“in dubio pro consumidor”*, así como también el deber de información y de seguridad, de lo que se sigue que en caso de duda debe estarse a la interpretación más favorable al consumidor, principio que no sólo se refiere a la interpretación del derecho, sino también a los hechos y a la prueba rendida en el ámbito jurisdiccional (argto. art. 3 y ccdtes. de la ley 24.240; argto. jurisprud. esta Cámara y Sala, en la causa N° 160.311 “*Amelotti, Alma Elvira s/ sucesión c/ Los Gallegos Martínez Navarro y Cía. S.A. s/ daños y perjuicios*”, sent. del 24-05-2016)._

Tampoco asiste razón al codemandado “*Banco Patagonia*” con relación a la exoneración pretendida por aplicación del artículo 40 de la L.D.C.

En efecto, prescribe expresamente el artículo citado que: “...*Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. (...) Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena...*”.

Se ha ponderado que el precepto consagra una responsabilidad objetiva fundada en el riesgo, de allí que solamente puede liberarse el sujeto que pruebe un hecho de la víctima o de un tercero por el cual no deba responder o un caso fortuito.

Pero tiene dicho la doctrina que ninguno de los integrantes de la cadena de comercialización puede liberarse invocando el hecho de otro u otros, dado que entre ellos no invisten el carácter de tercero por el cual alguno no deba responder (Bueres, Alberto J. – Sebastián Picasso, “*La responsabilidad por daños y la protección del consumidor*”, publ. Rev. Der. Privado y Comunitario tº 2009-1: “*Consumidores*”, pág. 41, Rubinzal -Culzoni).

La eximente (del art. 40 in fine) sólo actúa cuando se trate de alguien ajeno a la cadena de comercialización, “...*pues en modo alguno es posible sustentar la exoneración por el obrar de quien participa en ella...*” (Picasso –Vázquez Ferreyra, “*Ley de defensa del consumidor*”, tº 1, pág. 517, La Ley, Bs. As., 2009).



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Así, el consumidor puede demandar a todos los intervinientes sin que éstos puedan excusarse **ni aun probando la absoluta imposibilidad de detectar el vicio** (Farina, Juan M., “Defensa del consumidor y del usuario”, pág. 347, ed. Astrea, Bs. As., 1995).

En idéntico sentido se ha resuelto jurisprudencialmente que, en razón de la responsabilidad “objetiva” y “solidaria” prevista en el art. 40 de la Ley de Defensa del Consumidor,: *“...toda la cadena de comercialización deviene solidariamente responsable frente al usuario de los daños e incumplimientos sufridos(...) aún por aquellos que él –participante de la cadena comercialización- no pudo prever, o escapan totalmente a su órbita de acción...”* (Cám de Apel. Civ. y Com. de San Nicolás, en la causa N°10565 “*Giuliano, Adrián Fabio c/ Herrlein, Lucas s/ daños y perjuicios*”, sentencia del 17-09-2013).

Llevando las premisas expuestas al caso en estudio, se advierte que ninguna relevancia tiene para el reclamo del actor que no haya sido el “*Banco Patagonia S.A.*” quien haya rechazado el siniestro sino otro integrante de la cadena de comercialización –cabe recordar que este recurrente expresamente reconoce en su expresión de agravios integrar la cadena de comercialización del seguro que fue vendido al accionante-, pues en virtud de lo dispuesto por el art. 40 de la ley 24.240 éste será responsable solidario por los daños causados, ello sin perjuicio de las eventuales acciones de repetición que a *posteriori* podrá iniciar contra su coobligado solidario.

Es por los motivos dados que considero debe rechazarse el agravio bajo examen.

IV.d) Agravio del actor y de la codemandada “Royal & Sun Alliance Seguros Argentina S.A.”. DAÑO FÍSICO. CUANTIFICACION.

Objetan tanto el actor como la codemandada “*Royal & Sun Alliance Seguros Argentina S.A.*” el monto otorgado por el rubro “daño físico”, pues mientras el primero entiende que es insuficiente, la segunda alega que es excesivo.

Luego de un exhaustivo análisis del expediente y de lo resuelto por el *a quo* respecto de tal cuestión, advierto que los agravios de los recurrentes no merecen prosperar.

Repárese, en que los argumentos dados por el actor para instar un aumento en la cuantía indemnizatoria de este parcial se enderezan a señalar una supuesta contradicción del *a quo* en cuanto consideró que el juzgador tiene una amplia facultad para determinar la cuantía indemnizatoria y luego aplicó el límite máximo previsto en la póliza de seguro.

Claramente se evidencia, al analizar las razones dadas por el sentenciante para fijar el monto del parcial “daño físico”, que en la fundamentación del agravio en tratamiento la parte actora ha soslayado por completo expedirse respecto al principal motivo tenido en consideración por el Sr. Juez de Primera Instancia en la sentencia recurrida para resolver de tal modo.

Es que, conforme surge a fs. 665 la razón por la que el *a quo* cuantificó el rubro en la suma de pesos doscientos treinta mil (\$230.000) es que éste resulta ser el: “...límite de la póliza el cuál no ha sido cuestionado...” (conf. fs. 665; el destacado no es de origen).

Es en este contexto, que la recurrente debió explicar el por qué no debía entenderse que el límite no fue cuestionado o, eventualmente, plantear su nulidad o inaplicabilidad desplegando para ello argumentos en tal sentido que excedan de la mera afirmación de que no se “...*corresponde con la realidad*...”, al no haber actuado de tal modo su agravio no pasa de ser una mera disconformidad con lo decidido que no logra alcanzar el umbral mínimo de crítica concreta y razonada requerido por el art. 260 del C.P.C.

Por su parte, el agravio de la codemandada “*Royal & Sun Alliance Seguros Argentina S.A.*”, en cuanto intenta valerse de un sublímite de cobertura para disminuir la cuantía indemnizatoria del parcial tampoco merece prosperar.

Si bien, el *a quo* no ha sido del todo explícito en torno al motivo por el cual no correspondía aplicar el sublímite al que hace alusión el recurrente, lo cierto es que de una lectura integral de la sentencia recurrida se desprende indudablemente que ello se encontró motivado en el incumplimiento de los demandados respecto de la información que debieron proporcionar al actor con relación a las características del seguro contratado –conf. 661 vta., tercer párrafo-, consideración ésta que entiendo ajustada a derecho.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Y ello es así, pues no obstante ser cierto que el proveedor de seguros puede delimitar los riesgos que asegura no lo es menos que tiene el deber de informar al cliente -de manera adecuada y veraz- todos los aspectos de esa cobertura, entre ellos, el límite concreto de la suma a cubrir (argto. arts. 42, Const. Nacional.; art. 38 de la Const. Provincial; arts. 61, 109 y ccdtes. de la Ley 17.418; 1, 3, 4 y ccdtes. de la ley 24.240).

Desde esta perspectiva, si la empresa de seguros no explicitó de manera clara y concreta el sublímite de cobertura o lo hace de un modo confuso, impreciso e incompleto no puede luego instar su aplicación para ver disminuida su responsabilidad patrimonial.

A su vez, si alguna duda hubiera en cuanto a la limitación de los riesgos, habrá que estar siempre a la interpretación más favorable al consumidor, lo que en el *sublímite* se traduce en la fijación del límite de cobertura en la suma de \$230.000, ya que en las condiciones particulares de póliza se expone –en mayúsculas- que el monto de cobertura asciende por “...**INVALIDEZ TOTAL Y/O PARCIAL PERMANENTE POR ACCIDENTE HASTA \$230000.00...**” –conf. fs. 64; el destacado no es de origen- (argto. arts. 1, 2, 3, 4, 5 y ccdtes. de la ley 24.240).

A mayor abundamiento, entiendo indispensable señalar que ya sea en el marco de un sistema de seguro obligatorio o en uno voluntario, el hecho que -por vía de una cláusula predispuesta que opere aquí como sublímite- se restrinja la responsabilidad primaria asumida por la aseguradora (en el caso, cubrir el daño hasta el límite de \$230.000) reduciendo el monto de cobertura en modo sustancial –abonar exclusivamente un 20% o 30% de tal suma-, vacía de contenido la obligación de indemnidad que pesa a cargo de la compañía y, por ende, el principio de reparación plena que rige en nuestro ordenamiento jurídico (arts. 33, 42 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.; art. 21 punto 2 CADH, arts. 3, 4, 38, 40 y ccdtes. de la ley 24.240).

En esta inteligencia, y con fundamento en lo establecido en el art. 37 de la Ley 24.240, considero que resulta abusiva la cláusula predispuesta de mención ya que, **con notoria violación al deber de información veraz y**

adecuada, restringe arbitrariamente los derechos del asegurado (consumidor), amplía discrecionalmente los derechos de la compañía predisponente, desnaturaliza las obligaciones a cargo de la empresa aseguradora y produce - en consecuencia- un desequilibrio significativo en la ecuación económica del contrato (argto. arts. 42, Const. Nacional; art. 38 de la Const. Provincial; 1, 2, 3, 4, 37 y ccdtes. de la ley 24.240; arts. 21, 953, 1197, 1198 y ccdtes. del Código Civil).

Por los fundamentos dados considero que deben rechazarse los agravios en análisis.

IV.e) Agravio del actor. RECHAZO DE LOS RUBROS “DAÑO PSÍQUICO”, “DAÑO ESTETICO”, “GASTOS” Y “LUCRO CESANTE”.

Agravia al apelante que el *a quo* haya entendido que los rubros “daño psíquico”, “daño estético”, “gastos” y “lucro cesante” no debían reconocerse por no revestir las accionadas el carácter de responsables de los daños pretendidos.

Advierto que lo resuelto en este acápite en la sentencia recurrida debe confirmarse.

Tal conclusión se impone pues, a mi entender, no existe un nexo de causalidad adecuado entre el accionar antijurídico que se endilga a las accionadas –incumplimiento contractual- y los daños que el accionante pretende que se reconozcan (arts. 901, 903, 904, 605, 906 y ccdtes. del Código Civil).

Debe recordarse que el Código Civil –ley 340-, aplicable al caso en virtud de lo dispuesto por el art. 7 del C.C.yC.N., receptaba expresamente, en su artículo 906, la teoría de la causalidad adecuada (argto. doct. Goldemberg Isidoro H. “*Indemnización por daños y perjuicios*”, Ed. Hammurabi, págs. 222).

De acuerdo a la mecánica de la tesis de la causalidad adecuada, es necesario apreciar si la acción u omisión que se juzga es de ordinario idónea para provocar el daño (esta Cámara y Sala, en la causa “*Schamberger, Rubén y otro c/ Iparraguirre, Rubén y otros s/ daños y perjuicios*”, sentencia del 17-2-2012; esta Cámara, Sala II, en la causa “*Rodríguez Solana, Ignacio c/ Municipalidad de General Pueyrredón s/ indemnización de daños y perjuicios*”, sentencia del 24-6-2003).

Para determinar la relación de causalidad entre una causa y un efecto es necesario realizar un juicio de idoneidad o adecuación, que debe reunir las siguientes características: **a)** Ha de plantearse hacia el pasado,



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

retrocediendo mentalmente el juez al momento del hecho; **b)** el cálculo de probabilidades tiene que ser formulado en abstracto, atendiendo a lo que usualmente ocurre, y no en concreto, es decir, cómo se han producido realmente los hechos; y **c)** tiene que existir pluralidad de casos, porque de no ser así no respondería a un criterio de experiencia sino de mera especulación (argto. doct. Marcelo J. López Mesa, *“Responsabilidad Civil por Accidentes de Automotores”*, Ed. Rubinzal-Culzoni, págs. 33 y sgts.).

Es decir, la relación de causalidad es un juicio de probabilidad, es una posibilidad que se acerca a la certeza y que el derecho no exige que sea absoluta (argto. jurisp. Cám. de Apel. Civ. y Com. de San Martín, en la causa *“Meloni, claudio Omar c/ Moreno, Rafael y otro s/ daños y perjuicios”*, sentencia del 9-11-2009; Cám. de Apel. Civ. y Com. de San Martín, en la causa *“Felippi, Luis y otro c/ Provincia de Buenos Aires s/ daños y perjuicios”*, sentencia del 22-6-2004; Cám. de Apel. Civ. y Com. de Quilmas, Sala II, en la causa *“De Brito Anibal Humberto c/ Quilmes S.A. s/ incumplimiento de contrato”*, sentencia del 3-3-1999).

En el caso de autos, existe una evidente confusión del accionante al pretender responsabilizar patrimonialmente a las demandadas por daños que de ningún modo se conectan causalmente con el incumplimiento contractual que se les atribuye y que, por el contrario, resultan ser consecuencias del ilícito sufrido por el accionante –disparo con un arma de fuego- por parte de un tercero.

Basta para ilustrar lo dicho el relevar los términos de la demanda y los argumentos dados allí para justificar el reclamo indemnizatorio por los rubros que fueron rechazados por el *a quo*, encontrándose todos ellos referidos a las consecuencias que causó el disparo del que fuera víctima el actor (conf. fs. 81 y 82).

Es recién en esta instancia que el accionante endereza su reclamo, exclusivamente al referirse a los rubros “lucro cesante y “gastos”, desplegando fundamentos que conciernen al nexo causal entre el incumplimiento de los accionados y tales parciales, los que al ser el fruto de una

reflexión tardía y, por tanto, no haber sido planteados ante la instancia de origen no pueden ser objeto de tratamiento por este tribunal en virtud de lo dispuesto en el art. 272 del C.P.C.

Por los fundamentos dados, entiendo que corresponde rechazar el agravio en tratamiento.

IV.f.) Agravio de los codemandados “Royal & Sun Alliance Seguros Argentina S.A.” y “Banco Patagonia S.A.”. DAÑO A LAS AFECCIONES ESPIRITUALES LEGÍTIMAS (DAÑO MORAL). PROCEDENCIA Y CUANTIFICACION.

Corresponde señalar que el presente rubro debe ser analizado bajo la premisa de que entre las partes existe una “relación de consumo” (argto. jurisp. esta Cámara y Sala en la causa N° 154.916 “Amaya, María Antonia c/ BBVA Consolidar Seguros S.A. s/ daños y perjuicios”, sent. del 03-12-2013).

Siendo así, es importante destacar que si bien es cierto que el menoscabo a las afecciones espirituales legítimas debe estar probado como presupuesto para su resarcimiento, también lo es que para acreditar tal daño no es necesario la existencia de prueba directa, cuya realización resulta imposible por la índole del perjuicio, pudiendo acreditárselo por medio de indicios que lleven a la convicción del juzgador acerca de la configuración del daño (argto. jurisp. S.C.B.A. en la causa Ac. 89068 “Flores, José Martín y otra c/ Lucio V. López S.A. y otro s/ cobro de pesos”, sent. del 18-VII-2007; S.C.B.A. en la causa Ac. 73965 “Massimino, Héctor c/ Gorosito, Hugo s/ resolución de contrato”, sent. del 21-03-2001; entre otras).

En particular, debe dejarse de lado el criterio restrictivo en la ponderación de la prueba del rubro cuando, como en el caso de autos, nos hallamos frente al reclamo efectuado por un consumidor quien por su particular condición de parte débil, que no sólo se evidencia al momento de contratar sino también cuando debe efectuar un reclamo por deficiencias del producto o servicio prestado por el proveedor, se encuentra ante un panorama de mayores angustias al saberse en inferioridad de condiciones ya sea patrimoniales o informativas para lograr obtener la reparación del perjuicio sufrido (argto. doct. esta Cámara y Sala en la causa N°153.582 “Pastore, Mabel Ramona c/ Bco. Columbia S.A. y otro s/ daños y perjuicios”, sent. del 10-07-2018; esta Cámara y Sala en la causa N°156.786 “Galera Laferrere, Andrés Alfredo c/ AMX Argentina S.A. s/ daños y perjuicios”, sent. del 04-08-2014; Cám. de Apel. en lo



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Civ. y Com. de Azul, Sala II, en causa N° 57.494 "*Rossi, Laura Viviana c/ Whirlpool Arg. S.A. s/ daños y perjuicios*", sent. del 11-06-2013; Cám. de Apel. en lo Civ. y Com. de Azul en la causa N°214 "*Boragno, Cristian c/ Dragoun, Jorge y otros s/ daños y perjuicios*", sent. del 09-09-2004).

Con base en lo expuesto, y teniendo en consideración que para la procedencia del parcial se requiere la demostración de la existencia de una lesión de sentimientos, de afecciones o de tranquilidad anímica que no pueden ni deben confundirse con las inquietudes propias y corrientes del mundo de los pleitos o de los negocios, debe discernirse si la prueba obrante en autos habilita a tener por acreditado el daño (argto. jurisprud. S.C.B.A. en la causa N°111.627 "*Ceruzzi, Jorge Alfredo y otro c/ Della Croce, Guillermo Valentín s/ daños y perjuicios*", sent. del 26-06-2013).

La respuesta a tal interrogante es afirmativa, toda vez que la labor probatoria desplegada por la parte actora ha sido idónea y suficiente al efecto de acreditar la existencia del daño a las afecciones espirituales legítimas (arts. 375 y 384 del C.P.C.).

Corroboran lo dicho las declaraciones testimoniales agregadas a fs. 349/350 –décima pregunta-, a fs. 351 –décima pregunta- y a fs. 353 –décima pregunta-, las que dan cuenta de las legítimas expectativas con las contaba el actor de tener un seguro que cubriera los daños que podría sufrir ante un accidente personal, expectativas éstas que claramente no fueron satisfechas a la fecha causando al accionante un indudable menoscabo a las afecciones espirituales legítimas.

Ante lo expuesto, procederé a analizar la cuantificación del rubro realizada por el *a quo*.

En tal labor, y teniendo en consideración que las cuestiones inherentes a la cuantificación del daño resultan ser consecuencias no agotadas que quedan en la esfera de la ley nueva, es relevante señalar que actualmente la indemnización acordada por daño a las afecciones espirituales legítimas no procura hacer desaparecer el menoscabo espiritual, ni pretende lograr que el damnificado pueda ser emplazado a una situación previa al evento dañoso, sino

que simplemente persigue otorgar una satisfacción o goce o placer en la faz anímica del damnificado que guarde razonabilidad y proporcionalidad con el padecimiento experimentado (arts. 7, 1740, 1741 y ccdtes. del C.C.C.)

La doctrina especializada ha explicado en tal sentido que: *"...En la actualidad se superó el criterio que sostenía que en el daño moral se indemnizaba "el precio del dolor" para aceptarse que lo resarcible es el "precio del consuelo" que procura "la mitigación del dolor de la víctima a través de bienes deleitables que conjugan la tristeza, la desazón o las penurias"; se trata "de proporcionarle a la víctima recursos aptos para menguar el detrimento causado", de permitirle "acceder a gratificaciones viables", confortando el padecimiento con bienes idóneos para consolarlo, o sea para proporcionarle alegría, gozo, alivio, descanso de la pena. Esta modalidad de reparación del daño no patrimonial atiende a la idoneidad del dinero para compensar, restaurar, reparar el padecimiento en la esfera no patrimonial mediante cosas, bienes, distracciones, actividades, etcétera, que le permitan a la víctima, como lo decidió la Corte nacional, "obtener satisfacción, goces y distracciones para restablecer el equilibrio en los bienes extrapatrimoniales..."* (Ricardo Luis Lorenzetti –director- *"Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado"*, tomo VIII, pág. 503; ver CSJN, 4-12-2011, *"Baeza, Silvia Ofelia c/ Provincia de Buenos Aires y otros"*, R. C. y S. 2011-VIII-176, con apostilla de Jorge M. Galdós).

Es decir, se trata de satisfacer a la víctima más que de compensarla en términos de equivalencia (conf. Pizarro, Ramón D., *"Daño moral. Prevención. Reparación. Punición"*, ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2000, p. 385), habiéndose señalado al respecto que *"...dicha satisfacción es brindada generalmente mediante una indemnización económica que le permita al damnificado adquirir bienes o servicios que son en definitiva los que producen el placer resarcitorio, ya que el dinero en sí mismo es papel y sólo tiene valor como instrumento de cambio..."* (Marcellino, Leonardo, *"Valoración y cuantificación de la indemnización del daño extrapatrimonial"*, en *"Revista de Derecho de Daños. Responsabilidad por daño no patrimonial"*, ed. Rubinzal - Culzoni Editores, pág. 428).

Así pues, luego de haber examinado desde esta óptica el reclamo articulado, considero que los elementos de valoración descriptos permiten concluir que el suceso ha tenido directa incidencia en la esfera extrapatrimonial



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

en estudio, lo que conjugado con la condición particular de la víctima (consumidor), la función ya aludida del rubro, las legítimas expectativas del actor de que el seguro cubriera –en su medida- los daños personales sufridos, me lleva a considerar ajustado a derecho el monto resarcitorio concedido por el *a quo* (art. 40 de la ley 24.240 y modif.; arts. 1078, 1083 y ccdtes. del Cód. Civil, 1740, 1741 y ccdtes. del Código Civil y Comercial de la Nación; 165, 362, 375, 384, 456 y ccdtes. del CPC).

Por los motivos dados se rechazan los agravios bajo examen.

IV.g.) Agravio del actor y de los codemandados “Royal & Sun Alliance Seguros Argentina S.A.” y “Banco Patagonia S.A.”. DAÑO PUNITIVO. PROCEDENCIA. CUANTIFICACION.

Objetan los codemandados recurrentes tanto la procedencia como la cuantificación de la sanción por “daño punitivo” dispuesta en la sentencia recurrida, mientras que el actor controvierte su cuantía por considerarla exigua.

Ante ello, comienzo por señalar que la ley 26.631 incorporó los daños punitivos, no obstante que el proyecto de unificación del Código Civil y Comercial del año 2012 regulaba en el art. 1714 lo que se denominaba “sanción pecuniaria disuasiva”, reconociéndose la excepcionalidad y la conveniencia de su procedencia para aplicar a casos abusivos especiales (Gregorini Clusellas, Eduardo L., *“El daño punitivo y sanción pecuniaria disuasiva. Análisis comparativo de la proyección de una figura resistida hoy consagrada”*, publicado en RCyS 2013-X, 15).

En efecto, acordaba al Juez la potestad de aplicar, a petición de parte, una sanción pecuniaria a quien actúa “con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva”.

Podían petitionar tal medida cualquiera de los legitimados para defender estos derechos.

Según se desprende de los fundamentos presentados por la comisión redactora, *“un sujeto puede iniciar un pleito reclamando el resarcimiento de daños individuales (cobrará una indemnización que ingresará a*

su patrimonio) y pedir la aplicación de la sanción (que no irá a su patrimonio), o solo esto último".

El monto de la sanción se fijaría, siempre de acuerdo con el texto del anteproyecto, "prudencialmente tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener con su conducta, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas en su contra".

En los fundamentos se explica que, a diferencia de la regla general que impone resarcir el daño "por equivalencia o por satisfacción", en el caso de la sanción regulada por este artículo *"no hay prueba directa para la cuantificación y por ello se alude a la fijación prudencial"*.

Este artículo ha sido modificado por el Poder Ejecutivo antes de enviar el proyecto al Congreso, ya que -según vimos- en su versión original el texto remitía a "los derechos de incidencia colectiva mencionados en el art. 14 , inciso c)". Esto es, sólo a los derechos colectivos que recaen sobre bienes indivisibles (por lo cual, podía interpretarse que esta sanción no era aplicable en aquellos casos que versan sobre derechos individuales homogéneos).

La sanción podría aplicarse a cualquiera de las especies de derechos de incidencia colectiva que la CSJN reconoció en "Halabi" (Conf. Francisco Verbic, *"Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, Aspectos relevantes Análisis doctrinario; Derechos de incidencia colectiva y tutela colectiva de derechos en el Código Civil y Comercial para la República Argentina"*; Edit. Errepar, Cdad.de Bs. As., 2014, pág. 344/346).

A pesar de la interesante función que podría jugar esta figura como instrumento para disuadir la práctica de conductas ilícitas colectivas, la misma fue eliminada completamente del articulado y no forma parte del texto sancionado.

Es decir, que hoy se encuentra vigente solamente el art. 52 bis de la ley de defensa del consumidor, señalando el concepto de daño punitivo: *"...Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

que correspondan...La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley...”.

Asimismo el art. 47 en su inciso b) establece “...Multa de PESOS CIENTO (\$ 100) a PESOS CINCO MILLONES (\$ 5.000.000)...”.

Centanaro Esteban sostiene que “...Se trata de una figura del derecho anglosajón, que consiste en una multa civil que el consumidor puede obtener y cuyo importe no guarda relación con el daño que ha sufrido. El objeto de este instituto es impedir que el proveedor siga vendiendo un producto que genere perjuicios, estimando que resulta más económico repararlo en los casos singulares que prevenirlo para la generalidad, por lo que se le otorga al Juez la facultad de aplicarlo o no en el caso concreto y graduarlo conforme la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso. El daño punitivo tiende a ser ejemplificador a los efectos de que otros proveedores no incurran en nuevos incumplimientos...” (Centanaro Esteban, “Contrato y relación de consumo: actualidad en torno a las últimas modificaciones legislativas” en Estudios de derecho civil con motivo del Bicentenario, dirigido por Conte Grand, Julio, De Reina Partiere Gabriel, El Derecho, Buenos Aires, 2011; Centanaro Esteban, Dresdner Geraldine, Debrabandere Carlos, Martín Riva Juan “El daño punitivo en la ley de defensa del consumidor y su incorporación a la reforma del Código Civil y Comercial: una visión crítica” publicado en DJ31/07/2013,1; Farina Juan M., “Defensa del consumidor y del usuario”, pág. 228, 556 y ss.; Junyent Bas Francisco, Barrista Andrés Federico, Garzino María Constanza, “Destinatarios de la multa en el daño punitivo”, publicado en La Ley 01/03/2013, 1; Barocelli, Sergio Sebastián, “Incumplimiento del trato digno y equitativo a consumidores hipervulnerables y daños punitivos: la Suprema Corte de Buenos Aires confirma su procedencia” publicado DJ29/05/2013,3; Falco, Guillermo E. “Cuantificación del daño punitivo”, publicado en La Ley 23/11/2011; Rinessi Antonio Juan, Rey de Rinessi Rosa “Naturaleza Jurídica del Daño Punitivo”, Revista de Derecho de Daños, editorial Rubinzal-Culzoni, 2011-2).

En definitiva, el art. 52 bis. de la Ley de Defensa del Consumidor es una norma de alta complejidad y requiere para su aplicación la conjunción de

varios elementos: **a)** Una relación de consumo; **b)** Un proveedor que incumpla con su obligación legal o contractual; **c)** Un consumidor damnificado; **d)** Un proceso judicial en el cual el consumidor damnificado reclame el daño punitivo; y **e)** Un juez que acoja favorablemente la petición. Faltando alguna de ellas, el instituto de los daños punitivos no opera.

A su vez, es importante destacar que, a diferencia de lo considerado por las codemandadas recurrentes, no configura un requisito para la aplicación de la sanción por “daño punitivo” que el actuar antijurídico del proveedor deba ser doloso o con culpa grave.

Así lo ha resuelto recientemente la Suprema Corte de Justicia Provincial, al expedirse acerca de la operatividad del art. 52 bis de la ley 24.240 (modif por ley 26.361), señalando que: “...*Esta disposición, apartándose de las sugerencias efectuadas a nivel doctrinario, **no exige un grave reproche subjetivo en la conducta del dañador ni un supuesto de particular gravedad** caracterizado por el menosprecio a los derechos del damnificado o a intereses de incidencia colectiva ni a los supuestos de ilícitos lucrativos. **Sólo dispone que procede cuando se incumplen obligaciones legales o contractuales**...” (S.C.B.A. en la causa C.119.562 “Castelli, María Cecilia c/ Bco. de Galicia y Bs. As. s/ nulidad de acto jurídico”, sent. del 17-10-2018, del voto del Dr. de Lázzari; el destacado no es de origen).*

Dentro de este marco teórico, es claro que entendiendo que debe confirmarse la responsabilidad que se le endilga a las demandadas en la sentencia recurrida y siendo que las partes se encuentran vinculadas por una relación de consumo la procedencia de la sanción aparece, a mi entender, como indudable.

No obstante ello, considero que aún de enrolarme en la postura de quienes entienden que es necesario la existencia de dolo o culpa grave del proveedor para que el daño punitivo sea procedente en el caso se encuentran dadas las condiciones de aplicación del instituto de los daños punitivos.

Es que en la presente causa los demandados no lograron acreditar haber brindado al consumidor la información adecuada y precisa que requería el tipo de contratación que los vincula –contrato de seguro-.

El hecho de realizar contrataciones “telefónicas” ofreciendo y destacando las virtudes del producto o servicio que se ofrece, exige que los proveedores pongan énfasis en brindar **toda** la información necesaria acerca de



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

las características y “límites” de lo que se ofrece, téngase presente que no es el consumidor quien acude en busca de un servicio o producto, sino que son los proveedores quienes acuden al consumidor para realizarle una oferta –en general de modo insistente- que debe aceptar o rechazar en el acto y ello genera que éste se encuentre aún en una mayor vulnerabilidad de aquella en la se encuentra habitualmente, dado que es expuesto a una situación repentina y sorpresiva sin haber tenido el tiempo de evaluar detenidamente cuáles son sus reales necesidades y deseos respecto del producto o servicio ofrecido.

Desde ya, que tal omisión informativa no es inocua dado que priva al consumidor de la posibilidad de elegir libremente evaluando los pro y los contras de lo que se le ésta ofreciendo, quedando sólo en su consideración las virtudes del producto o servicio que le relata el vendedor, incrementándose notoriamente de tal forma la chance de contratación y, por lo tanto, el beneficio económico de los proveedores.

Resulta oportuno recordar aquí que, como sostiene la doctrina especializada: “...*Es un hecho indefectible, que se repite en todos los países; cuanto más grande es la ignorancia del usuario, más se incrementa la rentabilidad del proveedor...*” (Fernando E. Shina, “*Daños al consumidor*”, Ed. Astrea, Bs. As., 2014, pág. 18).

Es importante destacar que, en el derecho de consumo, el derecho a la información del que goza el consumidor, y su correlato, el deber de informar que recae en cabeza del proveedor, ha sido consagrado expresamente a nivel constitucional.

Así es que, en el primer párrafo del art. 42 de la Constitución Nacional se dispone que: “...*Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; **a una información adecuada y veraz**; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno...*”.

En igual sentido se contempla tal protección al derecho a la información del consumidor en el art. 38 de la Constitución de la Provincia de Bs. As.

Los términos “adecuada y veraz” que expresa el art. 42 de la Constitución Nacional, en definición de la Real Academia Española, significa las calidades de “*apropiado a las condiciones, circunstancias u objeto de algo*” y “*que dice, usa o profesa verdad*”.

Es decir que el deber constitucional se relaciona con la **certeza**, **veracidad** y **comprobabilidad** de la misma, en función de la disponibilidad de datos que una parte tiene y de la cual la otra claramente más débil en la relación jurídica carece (argto. jurisp. (S.C.B.A. en la causa “*DE.U.CO Defensa de Usuarios y Consumidores Asociación Civil c/ Org. Regulador de Aguas Bonaerenses y Aguas del Gran Buenos Aires s/ amparo. Cuestión de Competencia*”, sent. del 07-03-2007).

La consagración constitucional del derecho a la información ha elevado al mismo al carácter de **principio general del derecho del consumidor**, derivándose de ello una necesaria incidencia de éste en la interpretación de normas legales y decisiones judiciales o administrativas (argto. doct. Juan M. Farina “*Defensa del consumidor y del usuario*”, 4ta. edición, Ed. Astrea, Bs. As., 2008, pág. 159).

Debe recordarse que en el derecho de defensa del consumidor se parte de la premisa de una debilidad de éste motivada en desigualdades reales que lo colocan naturalmente en una posición de desequilibrio (en el poder de negociación, en la inequivalencia del contenido del contrato, derechos y obligaciones recíprocas) esencialmente en una desinformación del consumidor en torno al objeto de la relación (conf. Juan M. Farina, ob. cit., pág. 30/31).

Esta asimetría informativa entre el consumidor y el proveedor es, sin lugar a dudas, un obstáculo para la conformación de un consentimiento libre que permita elegir entre las diferentes alternativas de contratación que se encuentran en el mercado.

Ante lo expuesto resulta indudable, a mi entender y sin perjuicio de no ser requisito para la aplicación de la sanción por daño punitivo la gravedad en el reproche del actuar de las accionadas, que la omisión en brindar información cierta, veraz y detallada al consumidor constituyó, en el caso, un comportamiento encuadrable bajo el concepto de **culpa grave** pues ha limitado y condicionado la decisión del consumidor en aras de facilitar la obtención de un beneficio económico para los proveedores (art. 512 del Código Civil: conf. Ramón Daniel Pizarro – Carlos Gustavo Vallespinos “*Instituciones de Derecho*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Privado. Obligaciones.”, tomo II, Ed. Hammurabi, Bs. As., 2006, pág. 617 y sgts.; argto. jurisp. Cám. de Apel. Civ. y Com. de Azul, Sala II, en la causa N° 62.827 “*Barcelona, María Paula y otro c/ Naldo Lombardi S.A. y otro s/ daños y perjuicios*”, sent. del 05-06-2018).

Es entonces, que encontrándose en el presente caso reunidos los requisitos habilitantes para el progreso de la sanción prevista en el art. 52 bis de la ley 24.240 -modif. por ley 26.361- que entiendo tal como lo ha hecho el *a quo* procedente su aplicación al supuesto en estudio (argto. doct. Fernando E. Shina “*Daños al Consumidor*”, Ed. Astrea, 1era. edición, Bs. As. 2014, pág. 159 y sgts.; Sebastián Picasso, en obra colectiva “*Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y Anotada*”, Picasso – Vázquez Ferreyra Directores, Ed. La Ley, Tomo I, Bs. As., 2009, págs .593 y sgts.; Daniel Roque Vitolo “*Avances y retrocesos en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación respecto del instituto del daño punitivo en la ley de defensa del consumidor*”, publicado en “*Revista de los contratos, los consumidores y derecho de la competencia*”, Ed. Legis, págs. 3 y sgts.).

Una vez detallado lo anterior, resta señalar que el monto establecido por el sentenciante en concepto de daño punitivo resulta, según mi parecer, escaso para satisfacer la finalidad del instituto.

Es que sin perjuicio de reconocer la dificultad de cuantificar el “daño punitivo” ante la ausencia de reglas específicas para realizar tal tarea, dado que la norma del art. 52 bis de la LDC sólo prevé que la sanción: “...se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso...”, lo cierto es que la flagrante violación a los derechos de los consumidores que importó el actuar antijurídico de las demandadas, sumado al hecho de la importancia comercial de éstas, quienes resultan ser empresas con una amplia capacidad de contratación, me llevan a entender que debe aumentarse el monto otorgado por el *a quo* a la suma de pesos **doscientos cincuenta mil (\$250.000)**, el que considero con mayor aptitud para cumplir la función disuasiva del instituto.

Es por lo antes relatado que entiendo debe rechazarse el agravio

de los accionados y hacerse lugar al de la actora.

IV.h.) Agravio del actor. INICIO DEL COMPUTO DE LOS INTERESES.

Finalmente, agravia al apelante que el *a quo* fijase como fecha de inicio del cómputo de los intereses la de la notificación de la demanda.

daño o la del accidente –como propone el accionante-, propia de la responsabilidad extracontractual, ni tampoco de la fecha en que se celebró el contrato, a los fines de efectuar el cálculo de los intereses por el crédito reclamado.

Ello pues, la naturaleza de la obligación reclamada, a tenor de lo establecido por el art. 509 del Cód. Civil –aplicable al caso en virtud de lo dispuesto por el art. 7 del C.C.C.N.-, determina que la mora se produce a partir de la interpelación, es decir, el momento en que el acreedor reclama fehacientemente el daño producido (argto. jurisprud. Cám. Apel. Civ. I, Mendoza, *in re "Salinas Jorge Alberto c/ Raúl s. Anchelerguez Jorge F. Prats Alberto Corica y Triunfo Coop. de Seguros s/ daños y perjuicios"*, sent. del 13/2/2001).

Ahora bien, ante la falta de una debida intimación a cumplir con el pago de los rubros reclamados, la fecha de la mora debe establecerse -tal como lo consideró el primer juzgador- a partir de la notificación de la demanda de autos (argto. jurisprud. Cám. Nac. Civil, Sala B, *in re "Irabedra Karina Mónica c/ Pascucelli Héctor s/ daños y perjuicios"*, causa B321357 del 14/3/2002, cit. por elDial.com - AE199F).

Repárese que para que la interpelación extrajudicial coloque en mora al deudor se requiere, entre otras condiciones, que sea apropiada en cuanto al objeto (argto. jurisprud. Cám. Nac. Apel. Civ. y Com. Fed., Sala II, en la causa *"Sistema Integrado de Extensión Médica Prev. Siempre S.A. c/ Edesur S.A. s/ daños y perjuicios"*, sent. del 17-5-2011).

En el caso de autos, considero que no se ha interpelado oportunamente al deudor al cumplimiento de los daños y perjuicios reclamados, toda vez que de la carta documento diligenciada sólo surge la reserva al derecho a iniciar oportunamente acciones judiciales a fin de obtener integral reparación de los daños y perjuicios causados -conf. fs. 32-, a su vez, la denuncia ante la Oficina Municipal de Defensa del Consumidor –conf. fs. 34/35- tampoco reviste el carácter de interpelación apropiada, en tanto no se

En torno a esta c



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

individualiza el monto que se reclama, ocurriendo lo propio con lo que surge de las actas de mediación prejudicial –conf. fs. 7/8 y fs. 9/10-.

En consecuencia y frente al marco de situación descripto, cobra virtualidad el criterio del Máximo Tribunal Provincial que indica que “...*La notificación de la demanda constituye interpelación idónea para constituir en mora...*” (conf. S.C.B.A. en la causa Ac. 48163 “*Cejas, Genoveva c/ Cheops Construcciones S.A. s/ consignación y escrituración*”, sent. del 10-08-1993).

En virtud de ello, corresponde confirmar la sentencia de primera instancia en tanto estableció la fecha de la mora a partir de la notificación de la demanda.

ASI LO VOTO.

El Sr. Juez Dr. Rubén D. Gérez votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA LA SRA. JUEZ DRA. NELIDA I. ZAMPINI DIJO:

Corresponde: **I)** Rechazar el recurso del accionado “*Royal & Sun Alliance Seguros Argentina S.A.*”, con costas (art. 68 del C.P.C.); **II)** Rechazar el recurso del codemandado “*Banco Patagonia S.A.*”, con costas (art. 68 del C.P.C.); **III)** Hacer parcialmente lugar al recurso de la parte actora modificando la sentencia en cuanto al monto fijado por el “daño punitivo” el que se eleva a la suma de pesos **doscientos cincuenta mil (\$250.000)** y rechazarse las restantes cuestiones traídas en apelación, imponiéndose las costas en el orden causado en atención al progreso parcial del recurso (art. 71 del C.P.C.); **IV)** Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 de la ley 14.967).

ASI LO VOTO.

El Sr. Juez Dr. Rubén D. Gérez votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

En consecuencia se dicta la siguiente;

S E N T E N C I A

Por los fundamentos dados en el precedente acuerdo: **I)** Se rechaza el recurso del accionado “*Royal & Sun Alliance Seguros Argentina*”

S.A.”, con costas (art. 68 del C.P.C.); **II)** Se rechaza el recurso del codemandado “*Banco Patagonia S.A.*”, con costas (art. 68 del C.P.C.); **III)** Se hace parcialmente lugar al recurso de la parte actora modificando la sentencia en cuanto al monto fijado por el “daño punitivo” el que se eleva a la suma de pesos **doscientos cincuenta mil (\$250.000)** y se rechazan las restantes cuestiones traídas en apelación, imponiéndose las costas en el orden causado en atención al progreso parcial del recurso (art. 71 del C.P.C.); **IV)** Se difiere la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 de la ley 14.967). **REGÍSTRESE. Notifíquese por cédula electrónica**, conforme lo dispuesto en el art. 3, apartado c) c.2) de la Resolución del Presidente de la SCBA N° 10/20 (conf. arts. 135 inc. 12, 143 y 143 bis del CPCC; 1, segundo párrafo, del Anexo I del Ac. 3845; y art. 2 Resolución 480/20 de la SCBA) y **devuélvase**. **En la ciudad de Mar del Plata, se procede a la firma digital de la presente conforme al Ac. 3975/20, SCBA.**_

REFERENCIAS:

Funcionario Firmante: 16/06/2020 12:09:23 - ZAMPINI Nelida Isabel
(nizampini@jusbuenosaires.gov.ar) -

Funcionario Firmante: 16/06/2020 12:13:22 - GÉREZ Rubén Daniel
(ruben.gerez@pjba.gov.ar) -

Funcionario Firmante: 16/06/2020 12:18:06 - ANTONINI Pablo Daniel
(pablo.antonini@pjba.gov.ar) -

251002066018906747

CAMARA DE APELACION EN LO CIVIL Y COMERCIAL SALA III - MAR DEL PLATA

NO CONTIENE ARCHIVOS ADJUNTOS