

REGISTRADA BAJO EL N° 225 (S) F° 1478/1489
Expte.N°168.417 Juzgado Civil y Comercial N°9.-

En la ciudad de Mar del Plata, a los 21 días del mes de noviembre 2019, reunida la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Tercera, en acuerdo ordinario a los efectos de dictar sentencia en los autos: **“CIGRAND, MARIA ALEJANDRA c/ ORIGENES SEGUROS S.A. s/ DAÑOS Y PERJ. INCUMP. CONTRACTUAL (EXC. ESTADO)” - EXPTE.N°168.417** habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los artículos 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código de Procedimiento en lo Civil y Comercial, resultó que la votación debía ser en el siguiente orden: Dres. Rubén D. Gérez y Nélida Isabel Zampini.

El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes

C U E S T I O N E S

1°) ¿Es justa la sentencia dictada a fs. 180/5 y contra la cual la parte actora interpuso recurso de apelación mediante el escrito electrónico de fecha 04/07/2019?

2°) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

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

I. Antecedentes:

A fs. 68/81 se presenta la Dra. Fernanda Anabella Duca, invocando la franquicia del art. 48 del CPCC en representación de la Sra. **María Alejandra Cigrand**, promoviendo demanda de daños y perjuicios por incumplimiento contractual y violación a la normativa de defensa al consumidor contra **Orígenes Seguros de Vida S.A.**, persiguiendo el cobro de **doscientos treinta y un mil cuatrocientos sesenta y nueve pesos con setenta y siete centavos (\$ 231.469,77)** y/o lo que en más o en menos resulte de la prueba a producirse, intereses a tasa activa, gastos y costas. Solicita la aplicación de daño punitivo ante el dolo en la conducta del demandado y la publicación de la sentencia en un diario de mayor difusión a exclusivo cargo del demandado.

Relata que en enero de 2015 tomó conocimiento de la oferta de orígenes de contratar de manera electrónica – a través de la red social Facebook – un seguro de salud y un seguro de vida, aceptando la oferta y materializando la contratación electrónica.

Afirma que la cobertura del seguro comenzó el 23/01/2015, sin que se le enviara la información correspondiente ni el contenido de la póliza con las cláusulas correspondientes, en clara violación del deber de información de la ley 24.240; comenzando el cobro de la póliza mediante el débito automático hasta el mes de septiembre de 2015 cuando se da de baja por rescisión contractual.

Dice que el 24/02/2015 comienza a ser asistida por el Dr. Gil en la ciudad de Bariloche, quien prescribió tratamiento quirúrgico/oncológico ante la detección por autoexamen de nódulo en la mama derecha; comenzando su tratamiento en el Hospital Zonal de Bariloche con una intervención ginecológica en fecha 30/03/2015.

Alega haber efectuado la denuncia del siniestro y exigir el cumplimiento contractual por medios electrónicos y telefónicamente, pidiéndosele la presentación de constancia médica; para luego enviársele el 19/06/2015 una carta documento donde se le informa que la enfermedad ocurrió dentro del período de carencia de 60 días partir de la fecha de inicio de vigencia del seguro, lo que impedía dar curso a la solicitud.

Tal conducta que califica de arbitraria, denegatoria y omisiva, perjudicó seriamente su posibilidad de una mejor atención sanitaria.

Describe el intercambio epistolar, las denuncias en Defensa del Consumidor, Superintendencia de Seguros de la Nación y ante la Defensoría del Pueblo; y afirma que el pago de la póliza operó luego de siete meses de ocurrido el siniestro.

Dice que el 30/09/2015 fue intervenida quirúrgicamente en la Clínica del Niño y la Madre de esta ciudad.

Se expide sobre los rubros indemnizatorios pretendidos: daño moral y psíquico, daño a la calidad de vida, daño punitivo y daños materiales. Ofrece prueba, solicita el beneficio de litigar sin gastos y el oportuno acogimiento íntegro de la demanda, con costas.

A fs. 85 se ordena sustanciar la acción bajo las normas del proceso sumarísimo.

A fs. 107 se presenta el Dr. Wenceslao Tejerina, en su carácter de apoderado de **Orígenes Seguros de Vida S.A.**, contestando la demanda instaurada contra su cliente, solicitando su rechazo con costas.

Afirma que la actora percibió de su mandante la suma de **ciento cincuenta mil pesos (\$ 150.000)** en concepto del pago del siniestro denunciado respecto de las pólizas N°100119 (certificado N°1161) y N°400002 (certificado N°7103), desistiendo de la acción y del derecho derivado de la contratación de dichas pólizas.

En su versión de los hechos, relata que Orígenes celebró un contrato de seguro de salud con la actora (orígenes mujer), que se instrumentó mediante la póliza N°400.002 (certificado N°7103); que determinaba como riesgo cubierto el cáncer, y para el supuesto de que el asegurado sufriera la presencia de tumor maligno, prevé una indemnización de \$ 150.000.

Explica que existió un retraso en la liquidación del siniestro debido a que en una primera instancia se confirmó que había acaecido en el período de carencia; esto es dentro de los sesenta días a partir del inicio de vigencia de la cobertura (23/01/2015).

Sin embargo, agrega, ese temperamento no se mantuvo y fue corregido; efectuándose una transferencia bancaria a la cuenta de titularidad de la actora a fin de indemnizar el siniestro.

Alega que el día 25/09/2015 la actora firmó el recibo en donde manifestó que desistía de toda acción o derecho contra su mandante derivada de la póliza N°400.002.

Luego niega en general y en particular los hechos alegados por la actora, se expide sobre los rubros pretendidos, ofrece prueba, hace reserva del caso federal y solicita el oportuno rechazo de la demanda, con costas.

A fs. 120 se ordena sustanciar la documentación acompañada por la demandada, contestando el traslado la actora a fs.122/4.

A fs. 127 se abre a prueba el proceso por el plazo de diez (10) días.

A fs. 159 se ordena recaratular las actuaciones ante el cambio de denominación de la demandada **Orígenes Seguros S.A.**

A fs. 179 se certifica el término y el resultado probatorio, dictándose el llamado de autos para sentencia.

II. La sentencia recurrida:

A fs. 180/5 dicta sentencia la Sra. Juez de Primera Instancia rechazando la demanda de daños y perjuicios promovida por la actora, con costas. Difirió la regulación de honorarios para una vez firme el pronunciamiento y se cuente con la correspondiente base regulatoria.

Para así decidirlo, comenzó definiendo la responsabilidad civil, la distinción entre obligaciones de medios y de resultados, y su importancia a la hora de determinar la responsabilidad contractual.

Señaló que el reclamo objeto de autos versa sobre el daño moratorio padecido por el cumplimiento tardío de un contrato de seguro.

Siguió con el análisis de la convención habida entre las partes, indicando que se trata de un contrato consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de tracto continuado; instrumentándose en una póliza.

Afirmó que no se encontraba discutida la carga de indemnizar a cargo de la aseguradora, ni la demora de meses en la que incurriera, pero finalmente purgada con el pago documentado a fs. 33 y 34 a entera satisfacción de la actora. Agregó que tal modo de recibir la prestación, extinguió todo derecho al reclamo de daños y perjuicios accesorios.

Consideró de aplicación lo normado por el art. 899 del CCyCN sobre presunciones relativas al pago, que admiten prueba en contrario.

Concluyó que ante la omisión de la actora de toda reserva de reclamar, no solamente intereses, sino todo otro tipo de daño moratorio, quedaba sellada la suerte adversa de su postulación.

III. Recurso de apelación de la accionante:

Mediante la presentación electrónica de fecha 04/07/2019 la parte actora interpuso recurso de apelación contra el pronunciamiento referido, habiendo sido fundado en el mismo escrito, el cual fue concedido en relación a fs. 186 por el sentenciante de grado y ordenada su sustanciación en el mismo proveído. En la presentación electrónica de fecha 01/08/2019 la demandada contestó el memorial.

En primer lugar, entiende que no se han considerado los verdaderos ordenamientos aplicables, especiales y tuitivos de asegurados y consumidores; debiéndose dar preminencia a ésta última.

Resalta que la magistrada, en la resolución de fecha 29/02/16, ordenó imprimir al proceso el trámite sumarísimo conforme la normativa aplicable en materia de defensa del consumidor o usuario y a la hora de fundamentar la sentencia, sólo habla de que la cuestión cayó en abstracto, sin aplicar tales normas. Cita jurisprudencia de esta Sala en su apoyo.

En la segunda crítica, alega la omisión de fundamentación del rechazo de cada uno de los rubros reclamados. Dice que se rechaza sin mayores fundamentos la demanda y no repara en la aplicación de que es un contrato por medios electrónicos y que le son aplicables las normas del seguro y de defensa del consumidor que abarca la protección de la parte más débil.

Sostiene que la a-quo reduce toda la demanda al reclamo de “daño moratorio” y que los demás rubros reclamados cayeron en abstracto (daño moral y psíquico, daño a su calidad de vida, daños materiales, daño punitivo); cuando éstos fueron debidamente fundados en escrito de demanda. Vuelve a citar jurisprudencia en su apoyo.

En tercer lugar, se agravia de la valoración que la magistrada hizo sobre el pago realizado por la aseguradora, sin hacerse reserva de los intereses; explicando que es una presunción “iuris tantum” y que debió meritarse con respecto a las pruebas de autos que fue producto del abuso de la parte más débil en este tipo de relación contractual.

Dice que no se tuvo en cuenta que el depósito bancario -cuyo monto contempló únicamente el pago del capital de la indemnización- recién se efectuó el 21 de septiembre de 2015 y sólo después de una denuncia en defensa del consumidor y en el marco de una mediación prejudicial, conforme la prueba que se aportó con la demanda. Entre la primera y segunda audiencia de defensa del consumidor y de mediación, se adjuntó ese recibo de pago que sólo acredita lo recibido

en una cuenta bancaria, de manera unilateral por la demandada y a los efectos de querer evitar un auto de imputación en sede administrativa y un juicio posterior por fracaso de la mediación.

Destaca que en la audiencia de fecha 9 de octubre de 2015 le hacen firmar el recibo abusando de la necesidad de tener que operarse en lo inmediato; dejándose constancia en el acta de cierre de mediación que se realizaba sin acuerdo y que los hechos aún se encontraban controvertidos.

Así, dice, nunca se desistió de la acción y del derecho, todo lo contrario.

Finalmente, como cuarta queja, peticiona que en caso de prosperar el recurso se revierta la imposición de costas y se impongan a la demandada.

IV. Tratamiento de los agravios:

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

2) Para dar respuesta a los agravios vertidos por la recurrente considero necesario, en primer lugar, efectuar algunas consideraciones en torno a la ley aplicable y a la relación contractual habida entre las partes.

Analizándose en autos una relación de origen contractual, es decir una relación nacida de la voluntad de los particulares, para el estudio de la constitución, extinción y efectos ya producidos - y en cuanto resulten materia de agravio – me apoyaré en las normas del Código Civil [ley 340] y no el ya vigente Código Civil y Comercial de la República Argentina -ley 26.994- ya que éste no es de aplicación retroactiva. Ello sin perjuicio de la aplicación inmediata del nuevo CCyCN para el caso de resultar más favorable para el consumidor (art. 7 del último cuerpo normativo citado; Kemelmajer de Carlucci, **“El artículo 7 del Código Civil y Comercial y los expedientes en trámite en los que no existe sentencia firme”**, La Ley, 22/04/2015, AR/DOC/1330/2015; Junyent Bas, Francisco A., **“El derecho transitorio. A propósito del artículo 7 del Código Civil y Comercial”**, La Ley, 27/04/2015, AR/DOC/1360/2015).

No se encuentra controvertido que la celebración del contrato de seguro se efectuó a través de un canal electrónico, cobrando vital importancia el derecho a la información adecuada y veraz consagrado en el art. 42 de la Constitución Nacional, 38 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y 4 de la ley 24.240, desde que el consumidor debe conocer con carácter previo, de manera clara, precisa, detallada, eficaz y suficiente todas las especificaciones y características del servicio ofrecido por el proveedor. De tal forma, se garantiza que el consumidor disponga oportunamente de todos los elementos que le permitan dar su consentimiento, con base en dicha información, sin ser inducido al error por omisiones o informaciones falsas o confusas (Bielli, Gastón E. y Ordóñez, Carlos J., **“Los consumidores y la contratación electrónica en el entramado normativo argentino”**, AR/DOC/2258/2019, LA LEY 10/09/2019,1).

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.

Indudablemente, el deber de informar tiene un fundamento constitucional en el respeto de la libertad, la que se vería afectada ante la ausencia o insuficiencia de información con una incidencia disvaliosa en el discernimiento, por ello, debe darse una eficiente información de modo tal que el consumidor tenga capacidad de discernimiento libremente intencionado direccionado hacia la finalidad perseguida en la contratación (argto. doct. Ricardo Luis Lorenzetti "**Consumidores**", 1era. edición, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, pág. 173).

Nuestra Suprema Corte de Justicia ha resuelto que: *"...la normativa específica relativa a las relaciones de consumo no constituye una mera regulación de determinado ámbito de las relaciones jurídicas, como tantas otras. Es eso y mucho más. La preocupación del legislador -signada por la clarísima previsión del art. 42 de la Constitución nacional y la correlativa contenida en el art. 38 de la Constitución provincial- radica en obtener la **efectividad en la protección del consumidor**. El principio protectorio como norma fundante es cimiento que atraviesa todo el orden jurídico. El propio art. 1° de la ley 24.240, texto ley 26.361 así lo expresa terminantemente: "la presente ley tiene por objeto la **defensa del consumidor o usuario**".* (SCBA, C. 117.760, "**G., A. C. c/ Pasema S.A. y otros s/ Daños y perjuicios**", sent. del 01/04/2015)

Hay que resaltar que **la información se encuentra en manos del proveedor**, y sobre éste pesa el deber de informar a todo potencial o efectivo consumidor que desee acceder o haya accedido ya a determinado producto o servicio. En especial, la compañía de seguros está obligada a suministrar toda la información relacionada con aquellas circunstancias que refieren a la prestación en sí y a las condiciones económicas y jurídicas de contratación del servicio (por ej. monto de la prima, riesgo asegurable, condiciones generales y particulares) (Moeykens, en obra colectiva, Picasso – Vazquez Ferreira, **Ley de Defensa del Consumidor, Comentada y Anotada**, ed. La Ley, T.II, Bs.As, 2009, pág.495, 500; arg. art. 1100 del CCyCN).

Más allá de haber definido anteriormente que para el análisis de la etapa de constitución de la relación contractual debemos atenernos a la normativa del derogado Código Civil, es dable traer a colación – como pauta interpretativa - que el anteproyecto de ley de defensa al consumidor acentúa la obligación de informar en el marco del comercio electrónico (cfr. arts. 8 a 16).

Repárese que es el proveedor quien determina las interfaces de comunicación — aspecto gráfico del sistema que permite la interacción con el usuario— y el *workflow* — procedimiento para la realización de la operación— que permiten al consumidor vincularse con la plataforma. Esta situación, pone de manifiesto la necesidad de contar con modelos protectorios que se encuentren en grado de combatir los riesgos conexos a la sumisión al poder tecnológico de otro (Trivisonno, Julieta B., "**Comercio electrónico en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor: Información, responsabilidad, confianza y otras cuestiones**", RDCO 296 , 797, AR/DOC/1398/2019).

Clara resulta la relación de consumo habida entre los contratantes en los términos del art. 3 de la ley 24.240 (texto según ley 26.361).

Por una parte la Sra. Cigrand, es decir una persona física que adquiere en forma onerosa un producto como destinataria final y en beneficio propio o de su grupo familiar. Por la otra, Origenes Seguros S.A.: proveedora que desarrolla de manera profesional, actividades de comercialización de bienes y servicios de seguro, destinados a consumidores o usuarios (art. 1 y 2 de la ley 24.240, texto según leyes 26.361 y 26.994; cfr. fs.5, 6, 8, 31).

Sobre el particular, hemos resuelto 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).” (Sala III, 163.859, in re “Canepa”, sentencia del 31/10/2017).*

Por otro lado, no debe olvidarse que las relaciones de consumo se rigen por la ley 24.240 y sus reglamentaciones sin perjuicio de que el proveedor, por la actividad que desarrolle, esté alcanzado por otra normativa específica; en nuestro caso la ley de seguros N°17.418 (art. 3 in-fine de la ley 24.240 y modificatorias).

Bajo tales parámetros, considero que resultaba carga de la aseguradora demostrar que la consumidora se encontraba debidamente informada de la exclusión de cobertura por período de carencia, esto es, sesenta (60) días a partir de la fecha de inicio de vigencia del seguro (ver fs.31).

Es que conforme lo norma el art. 53 tercer párrafo de la ley 24.240 (texto según ley 26.361) el proveedor deberá aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio (Sobrino, **Seguros y el nuevo derecho del código civil y comercial**, T.I. ed. La Ley, Bs.As., 2016, pág. 485).

Así las cosas, ante las particulares características de la contratación electrónica, ya advertidas precedentemente, nadie mejor que el proveedor para acreditar las condiciones contractuales aceptadas por el consumidor; actividad probatoria claramente incumplida en el caso bajo estudio (arts. 375, 384 y ccdtes. del CPC; 53 de la ley 24.240).

Sin perjuicio de todo lo anterior, advierto que fue la propia aseguradora quien reconoció que “**corrigió**” (sic) el temperamento anterior (ver fs.109 segundo párrafo); por lo que concluyo que el rechazo del reclamo que se efectuara oportunamente por la actora no se ajustaba a las cláusulas convenidas (art. 384, 421 y ccdtes. del CPCC).

En razón de ello, concluyo que se encuentra configurado el incumplimiento contractual denunciado por la actora (art. 508, 522, 622, 901, 1137, 1197, 1198 y ccdts. del Cód.Civ.).

De todos modos, no pierdo de vista que el pilar argumental del decisorio apelado se asentó, principalmente, en la supuesta “aceptación del pago sin reservas” al que alude el art. 899 del CCyC.

En primer término, tal como lo refiere la apelante, allí solo se establece una presunción “iuris tantum”, ya que el artículo comienza del siguiente modo: “se *presume*, **salvo prueba en**

contrario...”(textual), por lo que –aunque se hubiera extendido un recibo por determinada suma, o simplemente la actora reconociera que percibió el importe indicado por la demandada (\$150.000)- no queda descartada la posibilidad de demostrarse mediante prueba idónea que tal recepción no implicaba desistimiento de cualquier reclamo adicional (argto. arts. 899 y conchs. Del CCyC; arts. 375, 384 y conchs. Del CPC).

Partiendo de tal razonamiento y confrontado con las circunstancias comprobadas de la causa, entiendo que la actora logró desvirtuar la presunción relativa al pago sin reserva (art. 899 del CCyCN).

En primer lugar, el pago no se realizó en el contexto de un “acuerdo”, sino que fue decidido unilateralmente por la demandada cuando se hallaba en tránsito la instancia de mediación judicial (ver acta de cierre de mediación de fs.2, en la que expresamente se consignó que se cerraba “*sin acuerdo*”).

En segundo lugar, el recibo fechado el 25/09/2015 obrante en copia simple sin firmar a fs. 34, no contiene en su texto las expresiones a las que se aludió en la contestación de demanda (en el sentido de que significaba el desistimiento del derecho respecto a cualquier acción derivada del contrato de seguro), sino solamente refiere: “*en concepto de pago del siniestro por mí denunciado respecto de los seguros de Vida y Salud*” (textual), por lo que no puede asignársele el alcance que se pretendió en el responde.

Por otro lado, ello queda corroborado con su incorporación al acta de cierre de mediación, donde no se deja constancia de que no se arribó a ningún acuerdo definitivo; lo que implicaba que quedaba expedita la vía judicial (argto. art.18 de la ley 13951).

Arribo a la misma conclusión por la propia conducta asumida por la parte requerida (la demandada de autos), la que dejó constancia de que todas y cada una de las circunstancias vertidas en la presente, carecían de toda relevancia a los fines judiciales (fs. 2; argto. art. 1063 y conchs).

En definitiva las circunstancias referenciadas no permiten concluir que la actora se haya dado por satisfecha con el solo pago del capital debido, tornando inaplicable la presunción legal indicada por la sentenciante de grado y sobre la cual fundara el rechazo de la demanda (arts. 899 del CCyCN; 163, 375, 384 y ccdtes del CPCC).

Debo sumar que en las relaciones de consumo rige el principio interpretativo según el cual en caso de duda hace prevalecer la más favorable al consumidor, dando preeminencia al régimen tuitivo, que ante cualquier colisión entre una norma o criterio de derecho común y otra que proteja a los consumidores, prevalecerá esta última, se trate de aspectos sustanciales o procesales, entre estos últimos lo relativo a la distribución de las cargas probatorias y las presunciones emergentes de la ley especial (SCBA, C. 117.760, “**G., A. C. c/ Pasema S.A. y otros s/ Daños y perjuicios**”, sent. del 01/04/2015).

3) Acreditado el incumplimiento contractual por parte de la aseguradora y descartado el desistimiento de la acción o del derecho, corresponde, ejerciendo casación positiva, ingresar en el estudio de los daños reclamados (arts. 519, 520, 521, 522, 622 y ccdtes. del Cód.Civ.).

a) Daño moratorio:

Para determinar el dies a-quo de la mora debemos remitirnos a lo normado por los arts. 49 y 50 de la ley 17.418 que establece un plazo para el pago de quince (15) días de notificado el siniestro o de acompañada, si procediera, la información complementaria del artículo 46, párrafos segundo y tercero; incurriendo en mora por el mero vencimiento de los plazos.

Advierto que del propio relato de la actora y demandada surge la documentación requerida por la aseguradora para dar cuenta de la enfermedad padecida (“Declaración del Médico sobre

Enfermedad – Incapacidad del Asegurado”), confeccionada a fines de mayo/2015 con certificación de firma el 03/06/2015; rechazando la aseguradora el pedido de cobertura mediante carta documento de fecha 18/06/2015 donde se refiere a la documentación presentada en la compañía (ver fs. 15 a 19).

Acreditada en debida forma la enfermedad padecida, debió la aseguradora proceder al pago de la indemnización debida dentro de los quince (15) días corridos, **incurriendo en mora el 18/06/2015 y hasta el 22/09/2015** cuando se depositó la suma de capital debida (ver fs. 33).

Conforme la doctrina legal vigente de nuestro Máximo Tribunal de Provincia, el daño moratorio se traduce en la liquidación de intereses que deberá efectuarse en la etapa correspondiente a la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta (30) días, vigente al inicio de cada uno de los períodos comprendidos y, por aquellos días que no alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo debe ser diario con igual tasa (arts. 622 y 623, Código Civil de Vélez Sarsfield; 7 y 768, inc. "c", Código Civil y Comercial de la Nación; 7 y 10, ley 23.928 y modif.) (SCBA, C. 119.176 “Cabrera”, sent. del 15/06/2016; entre tantos otros).

b) Daños materiales:

La accionante engloba bajo el mentado acápite gastos de envío de cartas documentos y gastos de mediador que se encuentran dentro del concepto de costas establecido en el art. 77 del CPCC; quedando diferida su aceptación para el momento procesal de la liquidación (art. 501 del CPCC).

Sí corresponde analizar aquí los gastos de traslados, medicamentos y terapias, por cuyo desembolso reclama la suma de \$ 11.256,02, adelantando su rechazo.

Es dable recordar que los daños deben guardar una adecuada relación de causalidad con el hecho productor, que en nuestro caso se identifica con el cumplimiento tardío de la obligación de pagar la suma asegurada; indemnizándose las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles (arts. 520, 901 del Cód.Civ.; 1726 del CCyCN).

De tal forma no es posible, a mi entender, conectar causalmente los gastos efectuados y cuya repetición ahora se persigue, con el incumplimiento contractual de la aseguradora; por el contrario, aquellos resultan gastos necesarios para la curación de la enfermedad.

c) Daño moral:

Sabido es que el daño moral se configura por el conjunto de padecimientos físicos y espirituales derivados del hecho, y que tiene por objeto reparar el quebranto que supone la privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor precioso en la vida del hombre y que son la paz, la tranquilidad del espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los más sagrados afectos (Sala I, 136697 RSD-101-8, sent. del 15-5-2008; Sala III, 149.431, sent. del 15-05-2012; Ac. 40.082, sent. del 09/04/1989; Ac. 52.258, sent. del 02/08/1994; Ac. 54.767, sent. del 11/07/1995; Ac. 79.922, sent. del 29/10/2003; entre muchos otros; Pizarro, **Daño Moral**, 2da. ed., Hammurabi, Bs.As., 2004, pág.32).

Señala Bueres que *"en el daño moral hay una modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de las capacidades de entender, de querer y de sentir, que se traduce en un modo de estar de la persona diferente de aquél en que se encontraba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial..."* (Alberto J. Bueres, **Derecho de Daños**, Ed. Hammurabi, Cdad. de Bs.As., 2001, pág. 306).

Enseña Trigo Represas que dentro de la órbita del art. 522 del Cód.Civ. – aplicable al caso – el daño moral no se presume, debiendo ser probado en forma clara y terminante; destacando que la norma

exige valorar la índole del hecho generador de la responsabilidad y las circunstancias del caso; y que lo que verdaderamente importa no es tanto la gravedad del incumplimiento, sino los intereses que lesiona o su repercusión subjetiva en el acreedor (**Código Civil Comentado, Obligaciones**, T.I., ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, pag.221).

Y si bien tratándose de daño moral derivado del incumplimiento contractual la jurisprudencia ha exigido extrema prudencia para su concesión; opino que en autos se configuran los presupuestos necesarios para su reconocimiento en vistas, como adelanté, a los intereses lesionados.

Es innegable que de haber contado la actora con la indemnización debida en el momento oportuno, distinto hubiera sido el proceso de tratamiento y curación de su enfermedad; y distinto hubiera sido el estado de ánimo provocado por la incertidumbre que genera en toda persona saber si aquél podrá ser costeadado (art. 384 del CPCC).

Ingresando al análisis de la prueba pericial psicológica advierto que la profesional ha detectado que la actora sufre depresión mayor, sensación de abandono por quien debía brindar seguridad, estado de vulnerabilidad, elevando sus niveles de ansiedad (ver fs. 160/5 y explicaciones brindadas en la presentación electrónica de fecha 25/09/2018; art. 375, 384, 474 y ccdtes. del CPCC).

Frente a las impugnaciones de la demandada cabe recordar que cuando el informe de los expertos aparece fundado en principios técnicos inobjetables y no existe otra prueba que lo desvirtúe, la sana crítica aconseja, frente a la imposibilidad de oponer argumentos científicos de mayor valor, aceptar las conclusiones de aquél (Kielmanovich, **Teoría de la prueba y medios probatorios**, p. 582; Arazi, **La prueba en el proceso civil**, ", La Rocca, Buenos Aires, 1991, p. 415 y ss).

Si bien es cierto que las normas procesales no le acuerdan al dictamen pericial el carácter de prueba legal, no menos cierto es que cuando el mismo comporta la necesidad de una apreciación científica del campo del saber del perito técnicamente ajeno al hombre del derecho, para desvirtuarlo será imprescindible contar con elementos de juicio que permitan concluir fehacientemente en el error o en el inadecuado uso que el técnico que hubiera hecho de los conocimientos científicos de los que por su profesión o título habilitante necesariamente ha de suponérselo dotado (CNCiv., sala F, 14/3/80, ED 86-407).

Aun cuando las conclusiones de los dictámenes no obligan a los jueces, que son soberanos en la ponderación de la prueba, para prescindir de ella se requiere cuando menos que se opongan otros elementos no menos convincentes (CSJN 1/9/87, ED, 130-335).

El apartamiento de las conclusiones establecidas en el dictamen pericial debe encontrar apoyo en razones serias, o sea, en fundamentos objetivos, demostrativos que la opinión del perito se halla reñida con principios lógicos o máxima de la experiencia o de que existen en el proceso elementos probatorios de mayor eficacia para provocar la convicción acerca de la verdad de los hechos controvertidos. De allí es que cuando la conclusión pericial aparece fundada en principios técnicos y científicos inobjetables y no existen otros medios probatorios que lo desvirtúen, la sana crítica aconseja, frente a la imposibilidad de oponer otras argumentaciones de esa índole de mayor valor, aceptar aquéllas (Berizonce, **"Control judicial de la prueba científica"** en Revista de Derecho Procesal Civil, Rub. Culz., 2005-2, p. 157).

Así las cosas, exigiendo el art. 1741 del CCyCN que el monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas, estimo prudente fijar el parcial en la suma de **cient mil pesos (\$ 100.000)** (arts. 1740, 1741 y ccdtes. del Código Civil y Comercial de la Nación; 165, 362, 375, 384, 474 y ccdtes. del C.P.C.).

A tal importe se le adicionarán intereses, que al haberse fijado el parcial a valores actuales, se liquidarán desde el 18/06/2015 hasta la fecha de este pronunciamiento a una alícuota del 6% anual, resultando aplicable de allí en más y hasta el efectivo pago la tasa más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta (30) días, vigente al inicio de cada uno de los períodos comprendidos y, por aquellos días que no alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo debe ser diario con igual tasa (arts. 622 y 623, Código Civil de Vélez Sarsfield; 7 y 768, inc. "c", 772, 1748 y ccdtes. del Código Civil y Comercial de la Nación; 7 y 10, ley 23.928 y modif.) (SCBA, C.101.774, "Ponce"; L.94.446, "Ginossi", sents. de 21-X-2009; C. 119.176 "Cabrera", sent. del 15/06/2016; C. 120.536 "Vera" sent. del 18-04-2018 y C. 121.134 "Nidera S.A." sent. del 03-05-2018 entre tantos otros).

d) Daño a la calidad de vida:

A los fines indemnizatorios las afecciones detalladas por la actora en la descripción del rubro a fs. 77vta., no constituyen un **tertius genus** del daño, que deban resarcirse en forma autónoma, particularizada e independiente de los arriba analizados "daño patrimonial" y "daño moral".

Repárese en que la "pérdida" o "disminución" de la calidad de vida necesariamente deben asociarse con el daño moral (en tanto ello implique una restricción en las posibilidades de disfrute, goce o, a la inversa, traduzca una aflicción o penuria como consecuencia de la frustración contractual) o con el daño patrimonial (si el perjuicio que se alega se tradujo en gastos que no hubiera tenido que soportar si el contrato se hubiera cumplido en tiempo y forma).

Su reconocimiento autónomo corre el riesgo de duplicar o superponer rubros indemnizatorios, generando un enriquecimiento sin causa para el acreedor, debiéndose desestimar el parcial bajo estudio (Zavala de Gonzalez, **Resarcimiento de Daños**, vol. 2ª, **Daños a las personas** [Integridad sicofísica], ed. Hammurabi, Bs.As., 1990, pág. 393).

e) Daño Punitivo:

Acompañando el voto de mi colega Dra Zampini en la causa "**Biagetti, Alejandro Rubén c/ Autonet S.A. y otro s/ Daños y Perjuicios**" Expte.Nº166.662, integrando la Sala 2 de este Tribunal, sentencia del 26/02/2019, hemos dicho que: "...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;... Faltando alguna de ellas, el instituto de los daños punitivos no opera."; y que: "...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."

Destacamos en aquel precedente que 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), señaló 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).

Bajo tales parámetros evaluaré la conducta asumida por la aseguradora a través de las pruebas producidas a los efectos de determinar si corresponde o no la aplicación del daño punitivo.

En tal sentido, no llega controvertido a esta instancia el tipo de contratación, el monto convenido ni el cumplimiento tardío de lo pactado por parte de la demandada, quien reconoció

haber “*corregido*” (sic) un temperamento anterior [léase: rechazo del pedido del pago de la póliza].

Todo el proceso de reclamo y acreditación de antecedentes médicos ante la aseguradora, en el estado de enfermedad que atravesaba, exacerbó la vulnerabilidad de la consumidora, exponiéndola a incansables trámites en pos de alcanzar el cumplimiento de lo debido por la demandada. Incluso, este peregrinar, la llevo a denunciar el caso ante la Dirección General de Defensa del Consumidor de la Municipalidad de General Pueyrredón (denuncia N°44429; ver fs. 35/40) y tramitar la instancia de mediación prejudicial, cerrándose sin acuerdo (ver acta fs.2).

También valoro aquí que la omisión del proveedor, al no informarle a la Sra. Cigrand la existencia de la cláusula de exclusión de cobertura - período de carencia -, cercenó la posibilidad de que ésta prestara su consentimiento con pleno conocimiento de las consecuencias que acarrearía su decisión. Tal incumplimiento del deber de informar no es inocuo, pues se ha quitado de la consideración de la consumidora un aspecto negativo de la contratación que bien pudo tener la virtualidad suficiente para frustrarla.

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).

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 la demandada, 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 el proveedor (art. 512 del Código Civil; Pizarro -Vallespinos “**Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones.**”, tomo II, Ed. Hammurabi, Bs. As., 2006, pág. 617 y sgts.; argto jurisprud. 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 la aplicación de la sanción prevista en el art. 52 bis de la ley 24.240-modif. por ley 26.361- que entiendo procedente sea impuesta a la demandada como lo ha solicitado la parte actora (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.).

En cuanto al monto por el que debe prosperar la sanción, y teniendo en especial consideración la función disuasiva del instituto, entiendo que corresponde fijar en concepto de “daño punitivo” la suma de **ciento cincuenta mil pesos (\$150.000)**, la que devengará intereses moratorios, en el caso que se incumpla con su oportuno pago, a la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Bs. As. en sus depósitos a treinta días (argto. jurisprud. (SCBA, C. 119.176 “Cabrerá”, sent. del 15/06/2016; SCBA. C. 120.536 “Vera” sent. del 18-04-2018 y C. 121.134 “Nidera S.A.” sent. del 03-05-2018).

f) Publicación de la sentencia:

Pretende la actora la publicación de la sentencia en un diario de mayor difusión, a cargo exclusivo del demandado. Cita en su apoyo lo normado por el art. 47 anteúltimo párrafo de la ley 24.240 y art. 73 y siguientes de la ley provincial 13.133.

Advierto que la pretendida “condena accesoria” se encuentra prevista dentro del marco del procedimiento administrativo de defensa del consumidor y no así para el ámbito jurisdiccional (capítulo 12 de la ley nacional y capítulo IV de la provincial). Para este último ámbito, dispone el art. 54 bis de la ley 24.240 (incorporado por art. 61 de la Ley N° 26.993) que: Las sentencias definitivas y firmes deberán ser publicadas de acuerdo a lo previsto en la ley 26.856.

Esta última norma, de limitado alcance para el fuero nacional, establece que las publicaciones de las sentencias se realizarán a través de un diario judicial en formato digital que será accesible al público, en forma gratuita, por medio de la página de internet de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, resguardando el derecho a la intimidad, a la dignidad y al honor de las personas, y en especial los derechos de los trabajadores y los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Si bien la falta de una disposición normativa específica podría suplirse en mérito de los intereses protegidos (art. 42 de la CN y 38 de la CPBA) y la función preventiva y disuasoria de la responsabilidad civil (arg.art. 1708 del CCyCN), el caso analizado se circunscribe al incumplimiento contractual ya analizado sin expandir sus efectos o consecuencias por fuera de la relación habida entre las partes, que entiendo, ha encontrado su justa e íntegra reparación en los rubros indemnizatorios acogidos.

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

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

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

Corresponde: **1°)** Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la parte actora mediante la presentación electrónica de fecha 04/07/2019 y, en consecuencia, acoger la demanda da daños y perjuicios interpuesta por **María Alejandra Cigrand** contra **Orígenes Seguros S.A.**, condenando a ésta última a abonar a la primera, en el plazo de diez (10) días, la suma de **doscientos cincuenta mil pesos (\$ 250.000)** y el daño moratorio fijado en el considerando 3.a), con más los intereses indicados para cada parcial (arts. 163, 164, 165 y ccdtes. del CPCC); **2°)** Imponer las costas de ambas instancias a la demandada en su calidad de vencida (arts. 68, 274 y cctes. del CPCC); **3°)** Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (arts. 31 de la ley 8904; 31 de la ley 14.967).

ASI LO VOTO.

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

En consecuencia, se dicta la siguiente

SENTENCIA:

Por los fundamentos brindados en el presente acuerdo: **1°)** Se hace lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la parte actora mediante la presentación electrónica de fecha 04/07/2019 y, en consecuencia, se acoge la demanda de daños y perjuicios interpuesta por **María Alejandra Cigrand** contra **Orígenes Seguros S.A.**, condenando a ésta última a abonar a la primera, en el plazo de diez (10) días, la suma de **doscientos cincuenta mil pesos (\$ 250.000)** y el daño moratorio fijado en el considerando 3.a), con más los intereses indicados para rubro indemnizatorio (arts. 163, 164, 165 y ccdtes. del CPCC); **2°)** Imponer las costas de ambas

instancias a la demandada en su calidad de vencida (arts. 68, 274 y cctes. del CPCC); 3°) Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (arts. 31 de la ley 8904; 31 de la ley 14.967). **REGISTRESE. NOTIFIQUESE PERSONALMENTE O POR CEDULA (art. 135 inc.12 del CPC).**-

-

-

RUBEN DANIEL GEREZ NELIDA ISABEL ZAMPINI

Pablo D. Antonini Secretario