

Contrato De Asistencia De Viajero Enfermedad Preexistente

JURISPRUDENCIA

En Buenos Aires, a los 13 días de junio 2017, se reúnen

los Señores Jueces de la Sala D de la Excelentísima Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, con el autorizante, para dictar sentencia en la causa ?CHARRUA, MARIA JUANA c/ ASSIST CARD ARGENTINA S.A. DE SERVICIOS s/ ORDINARIO?, registro n°15990/2011/CA1, procedente del JUZGADO N°18 del fuero (SECRETARIA N° 36), en los cuales como consecuencia del sorteo practicado de acuerdo con lo previsto por el art. 268 del Código Procesal, resultó que debían votar en el siguiente orden, Doctores: Garibotto, Heredia, Vassallo. Estudiados los autos la Cámara planteó la siguiente cuestión a resolver: ¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada de fs. 769/781? A la cuestión propuesta, el señor Juez de Cámara, doctor Juan R. Garibotto dijo: I. La litis y la sentencia de primera instancia. i. Por cuanto los hechos y el derecho en que las partes sustentaron sus posturas aparecen suficientemente relacionados en la sentencia, alcanza con mencionar que los actores (María Juana Charrúa -luego fallecida- y su cónyuge David Grabow) demandaron a Assist Card Argentina S.A. de Servicios por resarcimiento de los daños material y moral que, según afirmaron, les produjo la falta de cobertura médico asistencial que la susodicha empresa debió brindar a la codemandante quien, hallándose en el Estado de Israel, evidenció problemas de salud. Relataron que Assist Card Argentina S.A. de Servicios no respondió a la solicitud de atención frente a la situación de emergencia que estaban viviendo, y que en una sola oportunidad envió un médico al hotel donde se hospedaban por causa de los dolores lumbares que soportaba la señora Charrúa; y dijeron que luego se vieron abandonados por la empresa demandada, sobre todo, en la situación de mayor dificultad como fue la cirugía de urgencia de que fue objeto la mencionada y su ulterior traslado hacia este país. ii. Assist Card Argentina S.A. de Servicios, que resistió la pretensión, aseveró que la señora Charrúa de Grabow portaba una enfermedad preexistente y que, por ello, se halló fuera de la órbita de cobertura. Tal es, en apretadísima síntesis, lo que constituyó la materia de este juicio. Resta mencionar que por causa del deceso de la codemandante María Juana Charrúa, sus hijos José Alejandro, Ana Verónica, Leonardo Rafael y Matías Daniel Grabow se apersonaron al expediente y tomaron la intervención que les corresponde. iii. La primer sentenciante rechazó la demanda, impuso las costas a la parte actora, y reguló los honorarios de los profesionales que actuaron en el litigio. Para así decidir, la señora juez consideró que la afección que aquejó a la actora fue considerada como una enfermedad preexistente y, por ende, excluida de la cobertura contratada, por lo que no encontró obrar antijurídico alguno atribuible a Assist Card Argentina S.A. de Servicios; y añadió que si los viajeros hubieran querido ser amparados por una mayor cobertura debieron contratar un plan más alto abonando un precio mayor y que lo pretendido es una cobertura tan extensa como la que brinda una empresa de medicina prepaga. Agregó que el conocimiento o no de la enfermedad al momento de la contratación y/o del viaje en nada interfirió o modificó la determinación de su preexistencia, y consideró que no devenía exigible la realización de examen médico ni declaración jurada de salud con anterioridad a la emisión del contrato. Por otra parte, la señora magistrado estimó que fue carga de los actores acompañar el ?voucher? que los vinculó con Assist Card Argentina S.A. de Servicios, y por cuanto no lo hicieron reputó válida la documentación anexada por ésta; e indicó que las obligaciones a cargo de la demandada se limitaron a accidentes y/o enfermedades repentinas y agudas contraídas con posterioridad a la fecha de inicio de vigencia de la tarjeta Assist Card Argentina S.A. de Servicios o del viaje, la que fuera posterior. Señaló también la señora juez que los actores no lograron demostrar el alegado abandono por parte de la demandada, igual cosa juzgó en lo que se refiere a los traslados en ambulancia y avión en cuanto a que hubieren sido solventados por los familiares de los actores y, por fin, restó aptitud probatoria a las declaraciones testimoniales brindadas por familiares de la señora Charrúa. En tales términos la sentencia fue pronunciada. II. Los recursos. i. Apeló la parte actora (fs. 788), que expresó los agravios de fs. 811/826, pieza que mereció la respuesta de su contraria de fs. 828/837. Sostuvo la quejosa que la magistrado de grado efectuó una parcial apreciación de los elementos de prueba tomando para sí los argumentos de la demandada, y se refirió seguidamente a los tres tópicos sobre lo que la a quo consideró debía expedirse. Adujo que si bien en el fallo recurrido se afirmó que la demandada es una organización de asistencia a los viajeros y que debía velar por la integridad psicofísica de ellos, se atribuyó a su parte la responsabilidad por lo sucedido indicando lo que debió haber sido hecho, comparando los planes asistenciales y la cobertura de medicina prepaga con expresiones que rozan el sarcasmo. Recordó la recurrente que al contratar, tenían la certeza de estar adquiriendo un servicio que ampararía a los viajeros en todos los aspectos y sin límites, especialmente por la modalidad utilizada en el medio turístico, al ofrecer el producto sin brindar mayor información. Se refirió al tipo de contrato de adhesión de que se trata, en el que el pasajero no tiene poder de negociación sino que adhiere a cláusulas predeterminadas, lo asimiló al contrato de seguro y sostuvo, invocación mediante de los preceptos de la ley 24.240 y de los arts. 985 y siguientes del Código Civil y Comercial, que se

soslayó la Ley de Defensa del Consumidor y, por lo tanto, la existencia de una relación desigual entre las partes. Indicó que la demandada no acompañó ningún elemento que hiciera presumir la aceptación de las condiciones, y que en la sentencia se reconoció que no obran constancias de firmas de recepción en las condiciones particulares de las tarjetas adquiridas. Por otra parte, explicó que la empresa señalada por los demandados como la responsable de la entrega de las condiciones de contratación -Seprit S.A.-, no respondió el oficio, sino que lo hizo OCA, sin que se informara la relación entre ambas. Se agravió de que se le imputara responsabilidad a los demandantes por no haber adjuntado el contrato concertado y en consecuencia, que se resolviera con base en los documentos acompañados por la contraria: sobre esto, adujo la quejosa que la primer sentenciante pretendió que su parte exhibiera un "voucher" que según lo afirmó nunca le fue entregado, pero nada dijo respecto de Assist Card Argentina S.A. de Servicios que fue quien se halló en mejores condiciones de demostrar el asentimiento de los reclamantes. Invocó jurisprudencia relativa a la necesidad de exigir una declaración jurada o examen médico para conocer el estado de salud de los contratantes, y afirmó que nada de esto hizo la demandada. Agregó que tal como surge de las condiciones generales, las prestaciones de Assist Card Argentina S.A. de Servicios están orientadas a la asistencia en viaje de eventos súbitos e imprevisibles que impidan la normal continuación del viaje; dijo que fue esto lo que claramente sufrió la señora Charrúa, que desconocía la patología que portaba; y destacó que las historias clínicas agregadas por Omint, su médico particular y la perito actuante, dan cuenta de ello. Con ese sustento y concerniente al supuesto de exclusión de cobertura, la apelante se quejó de que la magistrado concluyera que la señora Charrúa padecía una enfermedad preexistente, sin meritar su completo desconocimiento; sostuvo que no se ponderó la historia clínica acompañada por el Dr. Aníbal Campo de la que, según lo aseveró, no surge indicio que presagara la patología descubierta luego de la intervención quirúrgica realizada en el Estado de Israel; y añadió que tampoco se consideró el resultado de un chequeo médico realizado en abril de 2010, que reflejó un buen estado de salud. Se refirió a la pericia médica y las observaciones realizadas por su parte, señalando que el perito actuante refirió que la actora no presentaba síntomas o signos clínicos que hicieran presumir su patología. Brindó una diversa definición respecto de lo que se entiende por enfermedad preexistente y citó doctrina y jurisprudencia. Remarcó el total desconocimiento de la actora y su grupo familiar respecto de la enfermedad. Se quejó también de que la magistrado de grado considerara que no se configuró el invocado abandono de la actora durante su padecimiento, y aludió a casos de personajes reconocidos públicamente en los que la actitud de la demandada fue la opuesta. Afirmó la recurrente hallarse probado el costo de los pasajes de regreso a la República Argentina tanto de la señora Charrúa y de su cónyuge, cuanto el de su hija, e igual cosa predicó respecto de lo sufragado en concepto de atención médica brindada en el Estado de Israel. Se agravió, también, por la descalificación efectuada en la sentencia respecto de la declaración testimonial de las sras. Josefa y Jacinta Charrúa, testigos presenciales de lo sucedido quienes, además de ser familiares, relataron la más absoluta ausencia de la demandada en todo el proceso de enfermedad de la actora, y aún ante la solicitud gestionada por medio de la embajada argentina para que la empresa se presentara en el hospital. Por último, se agravió de la imposición de costas y de la regulación de honorarios de todos los intervinientes. Solicitó entonces, se revoque de manera total el fallo apelado. ii. Fueron también recurridos los honorarios, según da cuenta de ello la nota de elevación del expediente de fs. 808 vta. III. La solución. Se encuentra fuera de discusión, y además así surge de las copias de los pasaportes de ambos actores, que ellos viajaron primero a los Estados Unidos de Norteamérica (partieron el 5.3.10, fs. 9 y fs. 14, regresando el 23.3.10, fs. 8 y fs.14) y que poco más de un mes después se trasladaron a España (el 12.5.10, fs. 9 y 15) desde donde continuaron su viaje al Estado de Israel (fs. 11 y 16), donde la señora Charrúa sufrió problemas en su salud. Como también lo está que, antes de iniciados esos periplos, el 29.5.09 la señora María Juana Charrúa y su esposo David Grabow contrataron la cobertura médica asistencial ofrecida por la empresa Assist Card Argentina S.A. de Servicios, con vigencia desde el 30.7.09 hasta el 30.7.10. Dicho esto, ingresaré al estudio del recurso que introdujo la parte demandante. i. Del conocimiento de las condiciones de contratación. (i) Cual es sabido, el correcto suministro de información es la columna vertebral del derecho del consumidor, el cual viene impuesto en el art. 42 de la Carta Magna y busca equiparar los desequilibrios en las relaciones comerciales. La importancia de tal precepto ocasionó su recepción en el Código Civil y Comercial de la Nación, evidenciando, una vez más, la intención del legislador de proteger a los consumidores -como los actores-frente a los abusos por parte de los proveedores (art. 1100). Bien señala Lorenzetti que el deber de informar "es el deber jurídico obligacional, de causa diversa, que incumbe al poseedor de la información vinculada con la relación jurídica o con la cosa involucrada en la prestación, o atinentes a actividades susceptibles de causar daños a terceros o a uno de los contratantes, derivados de dicha información, y cuyo contenido es el de poner en conocimiento de la otra parte una cantidad de datos suficientes como para evitar los daños o inferioridad comercial que pueda generarse en la otra parte en caso de no ser suministrados" (en "Código Civil y Comercial de la Nación" comentado, ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2015, tº. VI, pág. 255); en igual dirección se pronuncian Kemelmajer de Carlucci-Tavano de Aredes (en "La protección del consumidor en el Derecho Privado", publ. en "Derecho del Consumidor" 1991, nº 1, pág. 11) y Navas (en "Derecho constitucional del consumidor a una información adecuada y carga probatoria dinámica", publ. en diario LL. del

18.12.12; y lo ha juzgado esta Sala, entre otros, en autos ?Parodi, Carlos Héctor c/ Banco Itaú Buen Ayre S.A.?, el 1.11.16; y en la causa ?Dadón, Mario Raúl c/ HSBC Bank Argentina S.A.?, el 1.6.17). Por otra parte, el art. 10 de la ley 24.240, receptado en el art. 985 del Cód. Civil y Comercial, establece cuál debe ser el contenido del documento de venta, cuya redacción debe ser efectuada en forma completa, clara y fácilmente legible, ?sin reenvíos a textos o documentos que no se entreguen previa o simultáneamente.?, lo que es así, porque la libertad de contratar implica que el consumidor debe hallarse en posición de conocer todas las condiciones impuestas por el proveedor, sobre todo en los contratos de adhesión como el que estamos analizando (a este asunto aludiré en el apartado siguiente). Es que la información suficiente permite una decisión libre, infringiéndose tal compromiso cuando una parte impide a la otra adquirir un correcto conocimiento de la realidad -distorsionándola u ocultándola al no entregar las condiciones de contratación al momento de celebrar el contrato o aún previamente-, relevante para valorar la conveniencia del adherente. En tal sentido, véase que el primer deber de protección en el iter contractual está en la etapa de formación del contrato, y es por esto que nuestra Ley de Defensa del Consumidor trae prescripciones concretas en torno a los deberes de información en el contrato de consumo. En estos contratos, la exposición de necesidades, dudas, prevenciones, inquietudes para llegar a su celebración, se encuentra en situación de desequilibrio: el empresario que ofrece el producto o el servicio tiene el monopolio de la totalidad de la información, y el consumidor indeterminado se limita a aceptarlo cuando llega a sus manos en el final de la cadena de producción, comercialización y distribución. Así, la información adquiere vital importancia para la protección del consumidor en la etapa precontractual, sin perjuicio de que la ley 24.240 consigna tal obligación no solo en la formación del contrato sino a través de informaciones especiales en otras cuestiones (Córdoba, en ?Tratado de la buena fe en el derecho. Doctrina Nacional?, cap. XXVIII, pág. 431 y sig.; Messina de Estrella Gutiérrez, en ?La buena fe en las relaciones de consumo con especial referencia al deber de información?, ed. 2004; esta Sala, ?Marini, Osvaldo Oscar c/ Volkswagen Argentina S.A., 12.5. 15). (ii) Huelga destacar que, en el caso, nos hallamos ante un contrato de adhesión, cuyo contenido ha sido determinado con anticipación por uno de los contratantes al cual debe adherir el co-contratante que desea formalizar la relación obligacional. Este último, entonces, se halla en la imposibilidad de discutir o intentar modificar las cláusulas predisuestas desde que sólo puede aceptarlas o rechazarlas en su integridad; y es por ello que el juez debe sustituir al adherente y soslayar con su autoridad jurisdiccional aquella imposibilidad, cuando la actitud del predisponente impone un ejercicio abusivo de su poder de decisión, valorando las circunstancias del contrato, la buena fe -predicado general que se encuentra en la vida misma del Derecho-, y el uso y la práctica observados en el comercio en casos análogos. Por tratarse de un contrato de adhesión y, además, de consumo, en caso de dudarse de los alcances de una cláusula debe interpretársela en favor del consumidor (art. 1094, último párrafo, del Cód. Civil y Comercial; cfr. Kemelmajer de Carlucci-Tavano, en ?La protección al consumidor en el Derecho Comparado?, publ. en ?Revista Derecho del Consumidor?, ed. Juris, Rosario, 1991; Lorenzetti, en ?Consumidores?, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, pág. 51 y sig.; Salicru, en ?In dubio pro consumidor?, publ. en La Ley on line; Rivera, en ?Interpretación del Derecho Comunitario y noción de consumidor. Dos aportes de la Corte de Luxemburgo?, publ. en La Ley 1998- C-518; Santarelli, en ?El contrato de consumo en el Código Civil y Comercial?, publ. en ?Suplemento Especial. Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos? dir. por Stiglitz, en La Ley, febrero 2015, págs. 223 y sig.). Debe partirse de la base de que en los contratos de adhesión la información cumple una función vital para que el contratante tenga un adecuado conocimiento de las condiciones de contratación y del alcance de los derechos y obligaciones que asume, para evitar los riesgos económicos tanto en la formulación como en la ejecución del contrato. Por su parte, la ley de defensa del consumidor (24.240 y sus modificatorias) impone la obligación de brindar información adecuada, veraz, detallada y suficiente sobre las características de los bienes y servicios, puesto que el deber de informar importa la manifestación del deber de la buena fe que debe presidir los vínculos contractuales y la confianza que deposita el consumidor en aquel mejor posicionado, del que exige una conducta leal y fidedigna (esta Sala, ?Coppotelli, Eligio c/ Club San Jorge S.A. de capitalización y ahorro?, 3.2.09; también CNCom Sala B, ?Rigoni, Gabriel Gustavo c/ Círculo de Inversores SA de Ahorro para Fines Determinados?, del 20.11.02; Salal C, ?Becerra, María del Valle c/ Realtyprop S.R.L.?, 12.11.15). (iii) Las condiciones generales acompañadas por la demandada en fs. 148/176 indican en el tercer párrafo de la cláusula C.4.1.1 que se encuentran excluidas de cobertura ?todas las afecciones crónicas o preexistentes o congénitas o recurrentes, conocidas o no por el Titular (...) como también sus consecuencias y/o complicaciones, aún cuando estas consecuencias y/o complicaciones aparezcan por primera vez durante el viaje? (fs. 155, último párrafo). Assist Card Argentina S.A. de Servicios sostuvo que los actores conocían esta exclusión existente en el plan contratado por ellos, y fue precisamente con base en lo allí estipulado que sustentó su falta de respuesta ante el reclamo realizado. Por su parte, los demandantes señalaron que jamás se les remitieron las condiciones generales de contratación (fs. 53 vta.). Esto último fue controvertido por la contraria, quien afirmó que la empresa Seprit S.A. había entregado la documentación en el domicilio de los actores el 8.6.09 (fs. 184 vta.), y ofreció demostrarlo mediante oficio dirigido a esa empresa (v. contestación de demanda, cap. X.3.b, fs. 195 vta.); empero, obra en fs. 246 el oficio remitido a dicha compañía en la que se le solicitó que informara si el día 8.6.09 había

hecho tal cosa, y quien suministró esa información fue otra entidad, OCA S.R.L., sin que surja constancia alguna de que se trate de la misma empresa o grupo económico y de los motivos por los que el oficio fue respondido por ésta en lugar de la oficiada. Sin perjuicio de ello, en su contestación, OCA S.R.L. indicó que ?efectivamente se han entregado a los actores Charrúa María Juana y Grabow David, documentación en fecha 03/06/2009? (fs. 256). Así las cosas, es mi opinión que la defensa, que por ese medio pretendió acreditar el conocimiento de los actores respecto de las condiciones generales y particulares de contratación no ha logrado su objetivo. En primer lugar, en virtud de que no se encuentra acreditado que el correo privado Seprit S.A. pertenezca al grupo OCA S.R.L. tal como lo manifestó la demandada en fs. 713 y el tribunal de anterior grado dio por cierto sin mayor análisis. A lo cual agregó que, a estar a lo que se desprende de la información que he consultado vía internet, resulta que, cuanto menos en la actualidad, se trata de dos empresas diversas que tienen el mismo objeto social. Pero aún si se soslayara lo anterior, veo que de la respuesta brindada surge una fecha diversa de aquélla declarada por Assist Card Argentina S.A. de Servicios, y se añade que sólo se informa que se entregó documentación, pero no se especifica de qué documentación se trató. De allí que no pueda tenerse por válido lo que fue afirmado por la defensa y negado por los actores, pues ni las condiciones generales agregadas al expediente por la demandada en fs. 148/176 (Anexo D) ni las particulares (fs. 178/179, Anexo E) están firmadas por el matrimonio Charrúa-Grabow; antes bien, se trata de impresiones de documentación que obran en poder de la empresa, de las cuales no surge que hubieren sido conocidas por los accionantes. (iv) Llego así, al meollo de la cuestión tratada en este capítulo. Puesto que por cuanto no fue demostrado que los actores hubieren sido dotados de las condiciones de contratación o informados de sus alcances, no puede aseverarse que ellos hubieren conocido el contenido de la cláusula de exclusión de cobertura que Assist Card Argentina S.A. de Servicios invocó como eximente de su deber de brindar la asistencia que le fue requerida. Y aún si lo anterior no fuera compartido y se reconociera validez probatoria a la respuesta brindada por OCA S.R.L., la solución no habría de variar. Pues en tal hipótesis, dando por cierto que el 3.6.09 la documentación entregada a los futuros viajeros fue efectivamente la continente de las condiciones generales del servicio, resulta que de todas maneras Assist Card Argentina S.A. de Servicios habría incumplido lo dispuesto por el art. 10 de la ley 24.240, ya que ellas debieron ser entregadas antes de la celebración del contrato o al menos en ese momento, pero no después. Lo dicho hasta aquí avizora el resultado que, a mi juicio, debemos dar al recurso. Otras consideraciones robustecen la solución que se avecina. ii. De las cláusulas de exclusión por enfermedad preexistente. El contrato que vinculó a las partes de la litis se incorporó en fs. 148/176. (i) De su extenso texto me interesa destacar que, según es allí definido, enfermedad preexistente es ?todo proceso fisiopatológico que reconozca un origen o etiología anterior a la fecha de inicio de la vigencia de la tarjeta o del viaje (la que sea posterior), y que sea factible de ser objetivado a través de métodos complementarios de diagnóstico de uso habitual, cotidiano, accesible y frecuente en todos los países del mundo? (cláusula C.2., fs. 154, 7° párrafo). Aparece previsto que salvo disposición en contrario según el tipo de contrato anudado, ?quedan expresamente excluidas de los servicios asistenciales ASSIST-CARD todas las dolencias crónicas o preexistentes o congénitas o recurrentes, conocidas o no por el Titular, como también sus consecuencias y agudizaciones, aún cuando las mismas aparezcan por primera vez durante el viaje? (cláusulas C.4.1.1., párrafo 3° y C.4.2.; fs. 155 y 157 al pie, respectivamente; lo resaltado es mío). También resultan excluidos de la cobertura ?los estudios y/o tratamientos relacionados con enfermedades crónicas o preexistentes o congénitas o recurrentes -conocidas o no por el Titular- padecidas con anterioridad al inicio de la vigencia de la tarjeta ASSIST-CARD y/o del viaje, lo que sea posterior, así como sus agudizaciones, secuelas o consecuencias (incluso cuando las mismas aparezcan durante el viaje)? (cláusula C.5.12.1., fs. 164; también lo resaltado es de mi autoría); dispositivo convencional éste que alude a las enfermedades o afecciones preexistentes como a ?aquellas padecidas con anterioridad a la iniciación de la vigencia de la tarjeta ASSIST-CARD y/o del viaje, lo que sea posterior, como las que se manifiesten posteriormente pero que para su desarrollo hayan requerido de un periodo de incubación, formación o evolución dentro del organismo del Titular, iniciado antes de la fecha de vigencia de la tarjeta o del viaje...?. Fue basada en todo esto que la defensa sostuvo, y así lo consideró la sentenciante, ser indiferente para determinar la preexistencia de la enfermedad su conocimiento previo por parte del contratante. (ii) Pues bien. A mi juicio, tal y como aparecen redactadas, las cláusulas que analizo, limitativas de la cobertura en el caso de desconocimiento de la enfermedad son abusivas porque desvirtúan el servicio que se contrata y que es ofrecido por Assist Card Argentina S.A. de Servicios, esto es: ?proporcionar, entre otros, servicios de asistencia médica, jurídica y personal en situaciones de emergencia durante el transcurso de un viaje? (cláusula C.1.1., fs. 152), ?exclusivamente orientados a la asistencia en viaje de eventos súbitos e imprevisibles que impidan la normal continuación del mismo? (cláusula C.1.2., misma foja 152). Ocurre que la reiterada inclusión de la frase ?conocidas o no por el titular? respecto de la portación de una enfermedad preexistente permite que la empresa se exima de responder en gran cantidad de casos, pues es de toda lógica que cuando quien va a contratar la cobertura desconoce que padece una enfermedad por ser asintomática en ese momento, o que la está incubando, decida adherir el plan básico y no uno más oneroso que abarcaría las enfermedades preexistentes. Sucede que salvo en los casos de accidentes, existe alta

probabilidad de que cualquier otra manifestación en la salud tenga su origen, aunque sea de manera remota, en una afección previa como podría suceder, por ejemplo, en casos de hipertensión, o en aquellos en los que la manifestación de la enfermedad aparece precedida de un período de incubación anterior a su exteriorización como acontece, a modo de ejemplo, con la varicela y la hepatitis.

(iii) En estos contratos la entidad asume, profesionalmente, el compromiso de afrontar un siniestro -riesgo- dentro de un plazo determinado, frente a un sujeto designado beneficiario, siempre que concurran las circunstancias pactadas que condicionan su obligación, recibiendo como contraprestación una suma de dinero. Por definición, entonces, es indispensable la buena fe de los contratantes referida especialmente a la delimitación del riesgo que es, en definitiva, imprescindible al momento de la celebración del contrato, no sólo a los efectos de fijar la suma que deberá abonar el viajante, sino además para que la empresa pueda determinar si es viable o no la contratación (CNCom Sala B, en un caso parecido, "Ocampo, Eduardo c/ Axa Asistencia Argentina SA?", 30.12.08). Cláusulas como las analizadas no eximen de responsabilidad a la prestadora si ésta no toma ciertos recaudos impuestos por la buena fe, débito contractual recíproco que debe existir entre todos los intervinientes de la relación, tales como exigir al asegurado que al momento de adherir al contrato presente una declaración jurada o un examen médico para conocer cuál es su estado de salud, y sobre todo, para determinar si padece una enfermedad preexistente al tiempo de su ingreso al contrato. Y es que cuando se desconoce que se padece una enfermedad o que se la está incubando, es evidente que su primera manifestación será un evento "súbito e imprevisible" (utilizo los mismos términos que los mencionados en el contrato, en la cláusula C.1.2., v. otra vez fs. 152), generándose así una situación de emergencia que impide el normal desarrollo de un viaje; evento éste que, en caso de actuarse, debe ser cubierto por la entidad prestadora del servicio asistencial. Así visto este asunto, resulta que la exclusión por preexistencia tiene su razón de ser en los casos en que, obrando con mala fe, el viajero contratante oculta que padece cierta enfermedad; pero si la ignora no corresponde desampararle cuando la dolencia se manifiesta en pleno viaje, vigente el contrato de asistencia. Puesto que es claro que la pretensión de restringir los alcances de la promesa de cobertura mediante la aludida cláusula predispuesta es, en mi criterio, violatoria del mandato establecido en el art. 37 de la Ley de Defensa del Consumidor en cuanto establece que deben tenerse por no escritas las estipulaciones que, precisamente, restrinjan los derechos reconocidos al consumidor o amplíen los del prestador.

(iv) La buena fe con que la señora Charrúa de Grabow se condujo luce evidente, a poco que se repara en que, antes de viajar, ella había controlado su estado de salud y nada permitía suponer o avizorar la existencia de un tumor cancerígeno como el que, hallándose en pleno periplo, se manifestó. En efecto; surge de la historia clínica de la nombrada, que se incorporó en fs. 292/309 remitida a los autos por el Dr. Aníbal Campo (fs. 310), que desde mucho antes ese galeno realizó un seguimiento asiduo de la paciente y que, el 14 de abril del año 2010, antes de viajar, el profesional de la medicina requirió estudios y efectuó un examen físico, todo lo cual arrojó resultado normal. (v) Dado pues que la preexistencia de la enfermedad sólo puede ser efectivamente determinada con exámenes médicos previos a la contratación o, en su caso, con una declaración jurada de salud del titular en la que se informen sus antecedentes a fin de que sea la empresa quien determine el plan de salud que corresponde, ausentes esos extremos, la solución que corresponde dar al caso viene impuesta. Pues la omisión de tales recaudos implica que no podrá la prestadora del servicio oponer a su cliente una enfermedad preexistente por no haber exigido una declaración de salud o un examen médico como condición para contratar. Cualquier otro argumento referido a la presencia e importancia del referido antecedente carece de toda incidencia en la solución del pleito (esta Sala, "Parini, Roberto c/ American Express Argentina S.A.", 16.9.14). iii. De la manifestación de la patología que portaba la sra. María Juana Charrúa y de la asistencia médica que recibió.

Veamos ahora cómo fue la secuencia de lo sucedido. (i) Es evidente que quien cuenta con servicio de asistencia médica durante un viaje, sólo recurre a un médico particular ante la falta de respuesta de la empresa ante quien contrató ese mismo servicio. Digo esto, porque según fue expuesto en el escrito inicial, los dolores lumbares que padeció la señora Charrúa de Grabow comenzaron a manifestarse el 17 de mayo de 2010, y se agregó que la demandada no respondió a los llamados requiriendo asistencia por lo que la nombrada fue atendida por un médico recomendado por el hotel en el que en ese momento se hospedaba. En efecto: de la documentación reservada en el sobre de documentación original como fojas 23/27, si bien extendida en idioma extranjero, se entiende que el Dr. Kozlov Icv atendió a la actora el 18 de mayo por evidenciar dolor lumbar ("low back pain") y que se cobró por ello 350 unidades de la moneda del Estado de Israel (Nuevo Séquel). Luego de eso, los actores afirmaron que los días 20 y 22 de ese mismo mes y año Assist Card Argentina S.A. de Servicios envió médicos ante su solicitud; sin embargo, Assist Card Argentina S.A. de Servicios ninguna asistencia brindó ni cuando la contratante sufrió una parálisis, poco después, durante el crucero en el que viajaba junto a su cónyuge, ni cuando una vez en la dársena del puerto, la paciente fue trasladada al "Tel Aviv Medical Center", ni posteriormente. (ii) Por su lado, Assist Card Argentina S.A. de Servicios indicó que el 21 de mayo de 2010 desde la ciudad de Eliat, Estado de Israel, la señora Charrúa de Grabow solicitó por primera vez asistencia y, por ello, que se envió un médico que diagnosticó dorsalgia y la medicó al efecto; que el 22 de mayo por segunda vez ella requirió ser asistida, esta vez desde la ciudad de Haifa, por lo que nuevamente fue enviado un médico; que luego, el día 26 de ese mismo mes se autorizó el traslado del servicio

desde el puerto -la paciente junto a su cónyuge y otros familiares se encontraba en un crucero, arriba quedó dicho- hasta el hospital Ichilov en Tel Aviv (Sourask Medical Center), y que dos días después ella fue intervenida quirúrgicamente. La defensa sostuvo, además, que el 30 de mayo del mismo año 2010 recibió un informe médico, indicando ¿caso negado por preexistencia (tumor en columna vertebral)? lo que fue comunicado a los familiares; y agregó que el día siguiente reiteró al marido de la mencionada el motivo de la negativa. Expuso la defensa que ¿basada en los antecedentes médicos de la Sra. Charrúa (...) declinó hacerse cargo de las consecuencias económicas de la asistencia de la co-demandante, por considerar que la misma obedecía a una enfermedad preexistente, conocida o no por la co-demandante? (fs. 192, 2º párrafo). La prestadora adujo que antes del 21 de mayo de 2010 no se le requirió asistencia, y explicó haber colaborado con la logística del retorno al país y mantenido comunicación con el cónsul argentino en el Estado de Israel. (iii) Frente a la existencia de encontradas versiones, cupo que Assist Card Argentina S.A. de Servicios aportara las pruebas que confirmaran la prestación del servicio que afirmó haber brindado, pues no sólo se encontró en mejores condiciones para hacerlo (pues debemos presumir que cuenta con las constancias de contratación del servicio tercerizado en Israel), sino que ello es parte de su deber de colaboración impuesto por la ley 24.240. Corresponde recordar que de conformidad con las nuevas orientaciones procesales, la carga de la prueba recae en el litigante que se halla en mejores condiciones de ofrecer y de producir los elementos de juicio que permitan elucidar las cuestiones controvertidas, lo cual constituye una exigencia elemental de coherencia y buena fe-lealtad en el marco del proceso que se expresa hoy en la mencionada ¿doctrina de la carga dinámica de las pruebas?, cuya base normativa se encuentra en el dispositivo del art 377 del Cód. Procesal (esta Sala, ¿Sistemas Analíticos S.A. c/ Becton Dickinson Argentina S.R.L.?, 1.11.16; íd., ¿Cellular Time S.A. c/ Telefónica Móviles Argentina S.A.?, 3.11.16; íd., ¿Caran Automotores S.A. c/ Volkswagen Credit Compañía Financiera S.A.?, 14.2.17). Sabido es que la carga procesal de probar es la actividad encargada de producir el convencimiento o certeza sobre los hechos controvertidos y supone un imperativo del propio interés del litigante, dado que el juez realiza, a expensas de los elementos probatorios aportados a la causa la reconstrucción de los hechos invocados, descartando aquéllos que no hayan sido objeto de demostración en la medida necesaria. Es una circunstancia de riesgo según la cual quien no prueba los hechos que invoca pierde el pleito, si de ellos depende la suerte de la litis; es una noción procesal que contiene la regla del juicio por la cual se le indica al juez cómo debe fallar, cuando se encuentran en el proceso pruebas que le dan certeza sobre los hechos en los que debe fundamentar su decisión e, indirectamente, establece a cuál de las partes le interesa acreditar esos mismos hechos para evitarse consecuencias desfavorables (esta Sala, ¿Liberman Alejandro Marcelo c/ Bavarian Motors S.A.?, 1.11.16). Pero además de ello, por cuanto de una relación de consumo se trata, rige lo dispuesto por el art. 53 de la ley de Defensa del Consumidor, que establece en su tercer párrafo que ¿los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en juicio?. De dicha norma resulta que el legislador ha impuesto sobre el proveedor que resiste la pretensión de un consumidor dos cargas: primero, aportar al proceso todos aquellos elementos que obren en su poder; y segundo, prestar toda la colaboración necesaria para esclarecer el asunto. De esto se deriva que encuadradas las relaciones de las partes dentro del ámbito del derecho del consumo, en alguna medida aparece acotada la necesidad que en materia de distribución de cargas probatorias impone a cada litigante el art. 377 del Código de rito, en cuanto esta norma pueda entenderse opuesta a aquélla (esta Sala, ¿Álvarez de Cardarelli, Olga Irene c/ Universal Assistance S.A.?, 3.11.16; íd., ¿Mut, Darío Javier c/ Dietrich S.A. (ex- Guillermo Dietrich S.A.)?, 23.5.17; cfr. Kemelmajer de Carlucci-Tavano de Aredes, en ¿La protección del consumidor en el Derecho Privado?, publ. en Derecho del Consumidor 1991, n° 1, pág. 11; también Navas, en ¿Derecho constitucional del consumidor a una información adecuada y carga probatoria dinámica?, publ. en diario LL. del 18.12.12). En virtud de ello, y en consonancia con lo dispuesto por el art. 40 in fine de la ley 24.240, no bastó sólo negar lo invocado por la actora y brindar su versión de lo sucedido, sino que pudo y debió ofrecer y producir prueba para demostrarlo: gobierna esta materia el régimen de responsabilidad objetiva recogido por la ley 24.240 de la doctrina española, que considera que será suficiente que ¿habiéndose producido un daño con ocasión de la adquisición o consumo de un bien o servicio, no exista ninguna explicación lógica que la existencia de un defecto de aquél? (cfr. Bercovitz Rodríguez Cano, en ¿Comentarios a la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios?, ed. Tecnos, Madrid, 1992, pág. 689). (iv) Assist Card Argentina S.A. de Servicios nada aportó, y sólo se limitó a dar su versión de lo acaecido, sin prueba alguna. Frente a esa ausencia probatoria debo concluir que la demandada no brindó la asistencia que le fue requerida, incumpliendo el contrato que le vinculó con los actores, y que ello sucedió aún antes de que se supiera cuál era el motivo de la dolencia que padecía María Juana Charrúa. Nótese que luego de las caídas sufridas durante el periplo en el crucero, el 27 de mayo los actores informaron que los familiares de la sra. Charrúa debieron gestionar ellos mismos el traslado en ambulancia desde la dársena del puerto al ¿Tel Aviv Medical Center?, hospital en el que fue intervenida quirúrgicamente al día siguiente, sin que la demandada se hiciera presente para asistirlos: tal lo que se desprende de las declaraciones testimoniales brindadas por Josefa Charrúa y Jacinta Beatriz Charrúa, ambas primas de la codemandante que se

encontraban con ambos actores compartiendo el viaje, y dijeron, en lo que ahora me interesa destacar, que el traslado en ambulancia fue gestionado por Pablo Grabow, primo del actor residente en la ciudad de Tel Aviv (fs. 332/333 y 391/392). (v) Por cierto que no olvido que, con sustento en la norma del art. 427 del Cód. de rito, la primer sentenciante restó aptitud probatoria a esas declaraciones. No comparto esa decisión que, en verdad, es contradictoria: ocurre que ofrecido producir esos mismos testimonios (demanda, fs. 62 vta., aps. b y c), frente a la oposición articulada por la defensa basada en la norma mencionada (contestación de demanda, fs. 196 vta., cap. XI.1.), la procedencia de esas mismas declaraciones fue autorizada ¿sin perjuicio de la valoración que oportunamente corresponderá efectuar? (resolutorio de fs. 240). Súmase a lo expuesto que la ratio de la norma apunta a proteger ¿la armonía familiar, el derecho del testigo a no sufrir la violencia de declarar en un proceso en el que sea parte un pariente tan cercano? (cfr. Fenochietto- Arazi, en ¿Código Procesal Civil y Comercial de la Nación?, ed. Astrea, Buenos Aires, 1983, tº. 2, pág. 450 y sig.), armonía ésta que, en el caso, no se ve alterada; de modo que no cupo, desechar ¿sin más? (así dicho en la sentencia de grado) cuanto emerge de lo declarado por las mencionadas testigos, en la medida en que su idoneidad no ha sido cuestionada (art. 456 del Cód. Procesal) y lo declarado es conteste con los restantes elementos probatorios colectados en la causa (esta Sala, ¿Marini Osvaldo Oscar c/ Volkswagen Argentina S.A.?, 12.5.15; también CNCom Sala B, ¿Provesur S.A. c/ Peñaflor S.A.?, 21.6.05; Sala C, ¿Fusichella A. c/ Enjo R.?, 28.11.86). Y en lo que concierne a la valoración de lo testimoniado, alcanza con recordar que la fuerza probatoria de la declaración de un testigo aparece vinculada con la razón de sus dichos (art. 445 del Cód. Procesal) y, en particular, con las explicaciones que puede dar acerca del conocimiento de los hechos a través de lo que sus sentidos percibieron. Es esto lo que es valorado por el juez, quien goza de amplia facultad: admite o rechaza lo que su justo criterio le indique como acreedor de mayor fe, en concordancia con los demás elementos de mérito que obren en el expediente (art. 456 del Cód. Procesal; esta Sala, ¿Sistemas Analíticos S.A. c/ Becton Dickinson Argentina S.R.L.?, 1.11.16; íd., Clich, Horacio Ariel c/ Caja de Seguros S.A.?, 1.12.16; también CNCom B, ¿Datri Lelia c/ Juncal Cía. de Seguros S.A.?, 28.6.05; v. Fenochietto-Arazi, en op. y loc. cit., pág. 446).

Por todo esto, y atendiendo a que ambas testigos viajaron con los actores, presenciaron los padecimientos de la sra. Charrúa y la acompañaron hasta unos días después de haber sido operada (es decir, fueron testigos presenciales de cuanto acaeció), no hallo razón para prescindir de cuanto testimoniaron. (vi) Dicho lo anterior, retomo el hilo de la exposición. Quedó suficientemente probado que la enfermedad preexistente que portaba la señora Charrúa de Grabow (asintomática hasta escasos días antes) fue descubierta recién cuando fue intervenida quirúrgicamente en el Estado de Israel (v. la historia clínica emitida por el Centro Médico de Tel Aviv ¿Elías Suraski?, de fs. 486/628 y 669/705; y la pericia médica de fs. 406/414). Esto fue así. La noticia del descubrimiento de un tumor cancerígeno en la columna fue dada el 30 de mayo de 2010, luego de la cirugía: hasta ese momento, la paciente no presentaba síntomas ni signos clínicos que hicieran presumir esa patología (pericia médica, respuesta al punto d, fs. 409), bien que ¿lógicamente la actora ya la padecía, aunque no tuviera sintomatología? (misma pericia, respuesta al punto i, último párrafo, fs. 411). Lo cual viene a demostrar que la actora desconocía la existencia de la dolencia que, desde antes de anudado el contrato con Assist Card Argentina S.A. de Servicios, le aquejaba. iv. Del incumplimiento en que incurrió Assist Card Argentina S.A. de Servicios. Acreditado quedó (i) que los demandantes no fueron provistos de las condiciones generales de contratación bajo las cuales anudaron el vínculo con Assist Card Argentina S.A. de Servicios o, en su caso, que lo fueron tardíamente; (ii) que la señora Charrúa de Grabow antes de contratada la cobertura con la demandada había sido revisada por su médico, el Dr. Aníbal Campo, el 14 de abril del año 2010, antes de viajar, quien munido de estudios previos efectuó un examen físico que arrojó resultado normal; y (iii) que la codemandante ignoraba portar la dolencia que padecía. Y de otro lado, demostrada en mi criterio es la abusividad de la cláusula limitativa de la cobertura en caso de desconocimiento de la enfermedad preexistente. A mi juicio, pues, debemos estimar el recurso que introdujo la parte actora. Porque de todo lo anterior, que es examinado con apego a lo dispuesto por los arts. 386, 456 y 477 del Cód. Procesal concluyo, sin hesitación, que Assist Card Argentina S.A. de Servicios incumplió el contrato que le unió con los actores, y dejó abandonada a su suerte a la señora Charrúa de Grabow (esta Sala, en un caso parecido, ¿Álvarez de Cardarelli, Olga Irene c/ Universal Assistance S.A.?, 3.11.16). Resta, entonces, examinar la procedencia y, en caso de corresponder, la cuantificación de los rubros indemnizatorios cuyo resarcimiento fue demandado. v. De la procedencia y cuantificación del pretendido resarcimiento. Sabido es que para la admisión de cualquier acción resarcitoria es menester acreditar una conducta ilícita por parte de la persona acusada, la existencia de un factor de atribución subjetivo u objetivo, la producción de un daño, y una adecuada relación de causalidad entre aquella conducta y el daño (cfr. Bustamante Alsina, en ¿Teoría General de la Responsabilidad Civil?, 4º ed., Buenos Aires, 1983, pág. 86, nro. 170; Llambías, en ¿Tratado de Derecho Civil-Obligaciones?, ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1964, tº. I, pág. 121, nro. 98; esta Sala, ¿Serviur S.A. c/ Serus Construcciones S.R.L.?, 27.12.16; íd., ¿Intellect Posware Solutions Group S.R.L. c/ Y.P.F. S.A.?, 16.5.17). Vista así esta cuestión, no es necesario abundar en mayores consideraciones para tener por reunidos en el sublite esos extremos de procedibilidad; antes bien, alcanza con hacer remisión a cuanto he dicho hasta aquí. Reclamaron los actores, en el cap. IX de la pieza de inicio (fs. 64 vta.) ser indemnizados (i) del daño

material, que cuantificaron en U\$S 49.352; suma ésta que resulta de sumar U\$S 100 por una consulta médica (resultado de la conversión a dólares estadounidenses del valor de ese servicio expresado en moneda israelí -Nuevo Shekel-), U\$S 30.000 por gastos de internación e intervención quirúrgica, U\$S 17.791 correspondientes al viaje de regreso a esta ciudad con un médico emergentólogo, y U\$S 1.461 por gastos de hospedaje en un hotel en la ciudad de Tel Aviv; y (ii) del daño moral, que valoraron en U\$S 14.800. Daño material. Antes de referirme a la prueba de los gastos en que incurrieron los actores, corresponde señalar que si bien Assist Card Argentina S.A. de Servicios invocó, al responder la demanda, que el límite de responsabilidad en el caso asciende a U\$S 12.000 según lo establecido en el "voucher" que afirmó haber entregado al matrimonio actor, lo cierto es que como dicha entrega no fue demostrada, como tampoco lo fue la autenticidad de las piezas de fs. 178/179, no existe prueba alguna en la causa que certifique dicho límite. Ergo, corresponde prescindir de esa limitación. Los actores reclamaron dentro de este rubro, los gastos por consulta médica, por la intervención quirúrgica e internación, por los pasajes de regreso en avión y por los gastos de hospedaje en un hotel ubicado en la ciudad de Tel Aviv. (i) De la prueba rendida se desprende que el 8 de julio de 2010 se realizó una transferencia de U\$S 20.000 desde una cuenta de propiedad de los actores en el JPMorgan Chase Bank N.A. en New York (fs. 644/647) destinada al Tel Aviv Medical Center (fs. 676 y su traducción de fs. 679), monto que coincide con la copia de la documentación agregada en fs. 102/103 proveniente del mismo hospital. (ii) Fue debidamente acreditado, además, el costo de los pasajes del matrimonio Grabow-Charrúa, que ascendió a U\$S 7.571,04 según fue informado por El Al Israel Airlines Limited (fs. 269). (iii) También la aerolínea detalló el costo del pasaje de la hija de los actores, Ana Verónica Grabow, quien viajó para acompañar a sus padres ante la emergencia, que ascendió a U\$S 1.533,52. Sin embargo, considero que este costo no deberá ser reembolsado: sólo procedería su reintegro en caso de que el titular del servicio, enfermo u hospitalizado, se hubiere hallado en soledad, y ya hemos visto que la señora Charrúa de Grabow se encontraba acompañada por su esposo y por dos familiares. Esta porción de lo pretendido, pues, a mi juicio no procede. (iv) Respecto del resto de los gastos (consulta médica, internación y hospedaje), si bien no existe constancia documentada de su incurrancia, es evidente que los actores han tenido que efectuar erogaciones de medicamentos, gastos de traslado, comidas, comunicaciones, estudios varios y alojamiento -recordemos que cuando los primeros síntomas de la enfermedad se manifestaron los actores, que se hallaban embarcados en un crucero, interrumpieron el periplo-. En el escenario descrito a lo largo de esta ponencia hallo procedencia a esta particular articulación: aplicable es, por vía de analogía, la solución brindada por la jurisprudencia para los casos en los que se procura el resarcimiento de las erogaciones realizadas en concepto de gastos médicos y de farmacia, que no exige la prueba de la existencia de tales gastos cuando la necesidad de efectuarlos surge de la propia naturaleza de los daños sufridos (esta Sala, "Álvarez de Cardarelli, Olga Irene c/ Universal Assistance S.A.", 3.11.16; CNCom Sala C, "Romano de Teira, Juan Carlos c/ Turismo Río de la Plata S.A.", 27.6.08; íd., "Durontó, Guillermo Vicente c/ Visa Argentina S.A.", 1.6.12). (v) De todo lo cual resulta, y así he de proponerlo atendiendo a la naturaleza de la cuestión que se analiza, fijar en U\$S 35.000 la suma que Assist Card Argentina S.A. de Servicios deberá sufragar a los actores en concepto de daño material, que engrosará con intereses que se calcularán desde el 27 de mayo del año 2010 (data ésta en la que la señora Charrúa de Grabow fue internada) hasta su efectivo pago, a la tasa del 8% anual admitida usualmente por esta Alzada para montos expresados en moneda fuerte (esta Sala, "Calandrelli, Haydee c/ Tarulla, Jorge", 9.11.10; íd., "Astilleros Vicente Forte S.A.M.C.I. c/ Padilla, Ángel Cruz", 25.6.13; íd., "Kevican S.A. c/ Toscanini, Carlos Antonio", 10.11.15; íd., "Agramunt, Luis Felipe c/ Asociación Atlético Argentinos Juniors", 26.11.15). Daño moral. El último rubro a analizar es el reclamo por daño moral, que fue demandado por ambos iniciantes. (i) La ley sienta el principio de que la acción resarcitoria por daño moral sólo puede ser ejercitada por el damnificado, dado el carácter personalísimo del perjuicio extrapatrimonial mencionado que, como tal, es intransmisible (arg. art. 1099 del Cód. Civil). Esto es así desde que si el sujeto no se siente moralmente dañado, nadie puede demandar resarcimiento en su nombre. Pero si aquél dedujo la acción indemnizatoria, quiere decir que sí se sintió moralmente perjudicado, de modo tal que el ulterior fallecimiento del instante de la indemnización provoca que esa acción "pasa a sus sucesores" según la letra con que fue concebida la parte final de la norma recién citada (esta Sala, "Rebossio, Luciano José Antonio c/ Mapfre Argentina Seguros S.A.", 10.3.15; íd., "Álvarez de Cardarelli, Olga Irene c/ Universal Assistance S.A.", 3.11.16; CNCom Sala C "Gorrini, Gustavo Adrián c/ La Mercantil Andina Compañía de Seguros S.A.", 3.10.11; cfr. Borda, en "Tratado de Derecho Civil-Sucesiones", ed. La Ley, Buenos Aires, 2008, tº. 1, pág. 23 y sig.; Belluscio-Zannoni, en "Código Civil y leyes complementarias, anotado y concordado", ed. Astrea, Buenos Aires, 1984, tº. V, págs. 293 y sig.; Bueres- Highton, en "Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial", ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2007, tº. 3-A, págs. 290 y sig.). Es esto lo que aquí ocurrió: la demanda fue primigeniamente articulada por la causante quien, entre otros rubros, demandó ser indemnizada del daño moral que adujo haber padecido por causa del incumplimiento, de manera que el ulterior fallecimiento de ella confirió legitimación a sus herederos para proseguir la acción tal y como fue entablada. (ii) En cuanto a la procedencia del rubro en cuestión ella es indudable, a poco que se repara en que, varias veces quedó dicho, los demandantes contrataron un servicio en

resguardo de su salud que, cuando por desgracia uno de ellos lo requirió, no le fue brindado. Así, imaginable es la desazón, angustia, preocupación y enojo que ambos han de haber sufrido frente al desamparo en que injustamente se encontraron, por causa de la conducta que asumió Assist Card Argentina S.A. de Servicios, que exorbitó las meras molestias derivadas de un simple incumplimiento y fue apto para producir un agravio de índole moral, entendido como un quebrantamiento afectivo que se corresponde con un interés espiritual objetivamente reconocible y jurídicamente valioso, consistente en la alteración del *modus vivendi* que genera semejante preocupación, con las consiguientes repercusiones espirituales negativas. No es necesario, entonces, realizar mayor esfuerzo para decidir la procedencia del demandado resarcimiento, en tanto nos hallamos ante una prueba *in re ipsa*, es decir, que surge inmediatamente de los hechos, que su vinculación no se encuentra sujeta a cánones estrictos, y que no es, por lo tanto, necesario aportar prueba directa sobre tal padecimiento (Bustamante Alsina, en *Equitativa reparación del daño no mensurable?*, publ. en LL. 1990- A- 654; solución ésta ahora receptada por el art. 1744 del Cód. Civil y Comercial de la Nación, que dispone que, en cuanto a su prueba *El daño debe ser acreditado por quien lo invoca, excepto que la ley lo impute o presuma, o que surja notorio de los propios hechos?*). De tal premisa se infiere una clara excepción a la regla general de la carga de la prueba cuando los daños surgen notoriamente, de los mismos hechos que lo ocasionaron. En tal sentido, los *hechos notorios* son aquellos hechos comunes, conocidos y tenidos por ciertos por la generalidad de las personas, que por investir tal calidad excluyen la posibilidad de que sean puestos en duda por el órgano judicial (Lorenzetti, en *Código Civil y Comercial de la Nación, comentado?*, ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2015, t°. VIII, pág. 514). (iii) En cuanto a la cuantificación del agravio, no dejaré de señalar que la previsión del art. 165 del Cód. de rito coloca a los jueces en posición dificultosa, pues la determinación de un monto con el que resarcir el demérito espiritual será necesariamente discrecional y hasta podrá ser arbitraria (véase que no es insólito que el legislador remita al arbitrio del juez, como lo hacía el art. 794, 2° párrafo, del Cód. Civil). Ocurre que al legislador le resulta inaceptable que una persona probadamente dañada quede sin indemnización por carencias probatorias respecto de su monto y, por tanto manda fijarlo judicialmente aunque, en tal hipótesis, el juez debe actuar con prudencia suma, de modo de no convertir la indemnización en un lucro. Es entonces muy posible y altamente probable que de ese actuar discrecional no resulte un monto que coincida exactamente con el del daño sufrido por la víctima del incumplimiento, pero de todos modos dicha norma lo que pretende es otorgar *alguna?* indemnización al sujeto dañado, y no la exacta e integral indemnización que se correspondería a un daño de monto suficientemente acreditado (esta Sala, *Álvarez de Cardarelli, Olga Irene c/ Universal Assistance S.A.?*, 3.11.16; *íd.*, *De Paoli, María Cristina c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires?*, 3.11.16; *íd.*, *Somnitz, Évelyn c/ Obra Social del Personal de Entidades Civiles y Deportivas?*, 24.11.16; *íd.*, *Brazzi, Facundo c/ Banco Hipotecario S.A.?*, 20.12.16; *íd.*, *Sperlungo, Daniel Rodolfo c/ Aparicio, Diego Adrián?*, 29.12.16; *íd.*, *Elmadjián, Verónica Noemí c/ BBVA Banco Francés S.A.?*, 3.3.17; *íd.*, *Malaret, Carlos Mariano c/ Blaisten S.A.?*, 4.4.17; *íd.*, *Mut, Javier Darío c/ Dietrich S.A.?*, 23.5.17). (iv) El rubro en cuestión fue cuantificado por los demandantes en la suma de U\$S 14.800. No me parece excesivo tal monto dado lo que en el caso sucedió, de modo que he de proponer a mis distinguidos colegas fijar en esa suma el monto con el cual resarcir el demérito moral que ellos padecieron, que engrosará con intereses que se calcularán de la forma y con los alcances arriba fijados. vi. De los recursos deducidos respecto de los honorarios. Si cuanto llevo dicho es compartido por mis apreciados colegas, resultará que la sentencia se revocará. En ese escenario, dado que los estipendios correspondientes a la labor desarrollada por los profesionales que actuaron en el expediente fueron fijados sobre base diversa, corresponderá dejar sin efecto su regulación. IV. La conclusión.

Propongo, entonces, al Acuerdo que estamos celebrando (i) estimar el recurso interpuesto por los actores y, por consecuencia, revocar la sentencia apelada; (ii) condenar a Assist Card Argentina S.A. de Servicios a pagar a los actores, en el plazo de veinte días, U\$S 49.800 con más intereses que se calcularán desde el 27 de mayo del año 2010 hasta su efectivo pago, a la tasa del 8% anual; y (iii) dejar sin efecto la regulación de los honorarios. Con costas de ambas instancias a la demandada, en su calidad de vencida.

Así voto. El señor Juez de Cámara, doctor Heredia adhiere al voto que antecede. El señor Juez doctor Vassallo no interviene en la presente por hallarse en uso de licencia (art. 109 RJN). Concluida la deliberación los señores Jueces de Cámara acuerdan:

(a) Estimar el recurso interpuesto por los actores y, por consecuencia, revocar la sentencia apelada; (b) Condenar a Assist Card Argentina S.A. de Servicios a pagar a los actores, en el plazo de veinte días, U\$S 49.800 con más intereses que se calcularán desde el 27 de mayo del año 2010 hasta su efectivo pago, a la tasa del 8% anual; (c) Dejar sin efecto la regulación de los honorarios.

(d) Imponer las costas de ambas instancias a la demandada, en su calidad de vencida. Notifíquese y una vez vencido el plazo del art. 257 del Código Procesal, devuélvase la causa al Juzgado de origen. Cúmplase con la comunicación ordenada por la Excm. Corte Suprema de Justicia de la Nación (Ley 26.856 y Acordadas 15/13 y 24/13).

Julio Federico Passarón Secretario de Cámara

Juan R. Garibotto Pablo D. Heredia
018606E