

Responsabilidad De La Aseguradora Seguro De Vida Cancer Femenino Dano Punitivo Exclusion De Cobertura Culpa Grave

JURISPRUDENCIA

La Cámara de Apelación en lo Civil y

Comercial, Sala Tercera, en acuerdo ordinario, y a efectos de dictar sentencia en los autos caratulados: "PINTOS LILIANA CATALINA C/ METLIFE SEGUROS DE VIDA S.A. S/CUMPLIMIENTO DE CONTRATOS CIVILES/COMERCIALES", en los cuales, habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los arts. 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código Procesal, resultó que la votación debía ser en el orden siguiente: doctores Rubén D. Gérez y Nélica I. Zampini, plantea resolver y votar las siguientes CUESTIONES 1) ¿Es justa la sentencia de fs. 373/386? 2) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DOCTOR RUBÉN D. GÉREZ DIJO:

I.-Antecedentes relevantes: A fs. 15/24 la señora Liliana Catalina Pintos demandó a Metlife Seguros de Vida S.A. por la suma de \$650.000, en concepto de indemnización contratada e incumplida (\$100.000), daño moral (\$50.000 o lo que en más o en menos resulte de la prueba) y daño punitivo (\$500.000), más intereses a tasa activa del Banco de la Provincia de Buenos Aires y costas. Asimismo requirió la publicación de la sentencia Catalogó la relación contractual como una "relación de consumo" y relató que fue destinataria de una agresiva campaña de venta telefónica, donde el Banco Santander Río, actuando probablemente como agente institorio, le insistió en la contratación de un seguro de vida que la pusiera a cubierto del riesgo de contraer cáncer femenino; que accedió a contratar dos pólizas de seguro bajo los Nro. ... (emitida el 25/7/2012) y Nro. ... (emitida el 16/7/2008); que nunca se le proporcionó un ejemplar de las pólizas ni otro documento que acredite los exactos términos y alcance de la cobertura contratada, así como las eventuales limitaciones adherentes al riesgo asumido; que creía saber que había contratado un seguro que cubriría el riesgo o la eventualidad de contraer dicha enfermedad potencialmente terminal, la que de ser diagnosticada la haría acreedora de la suma asegurada que ascendía a \$ 100.000 por ambas pólizas. Continuó señalando que el 2 de octubre de 2012, denunció ante la aseguradora, mediante respectivo formulario, que en el marco de un examen ginecológico de rutina se le había diagnosticado una entidad cancerígena denominada CYN I (HPV), la cual corresponde a las siglas en ingles que significan CERVICAL INTRAHEPITELLIAL NEOPLASIA GRADO I, provocado por Human Papillomavirus, esto es un carcinoma de cuello de útero provocado por virus del papiloma humano; que la aseguradora le remitió carta documento expedida el 7 de noviembre de 2012, rechazando "extemporáneamente" la cobertura en razón de que la patología diagnosticada no se encontraría cubierta por las pólizas.

En cuanto al reclamo judicial, la actora lo discriminó en: 1) \$100.000, importe de las pólizas; 2) \$50.000 por daño moral, o lo que en mas o en menos resulte de la prueba; 3) \$500.000 por daño punitivo; 4) tasa activa para los intereses moratorios; y 4) publicación de la sentencia. A fs. 55/63 Metlife Seguros de Vida S.A. contestó la demanda. Luego de las negativas de rigor, manifestó que el rechazo del siniestro comunicado en la CD emitida con fecha 7/11/2012, fue realizado en el tiempo correspondiente, es decir, menos de 30 días después de recibida la denuncia del siniestro; que al formulario de denuncia que acompaña la actora a su demanda, del cual su parte adjunta el original, le falta el sello de Metlife donde figura la fecha de recepción del 18/10/2012; que la enfermedad que padecía la actora se trataba de un cáncer "in situ", es decir, una afección que se encuentra expresamente excluida de la cobertura otorgada por las pólizas contratadas. Asimismo, planteó la inconstitucionalidad del art. 52 bis de la ley 24240. A fs. 65 la actora contestó el traslado del planteo de inconstitucionalidad, se opuso a la prueba pericial contable y solicitó la apertura a prueba.

A fs. 73 se abrió la causa a prueba. A fs.78 se realizó una audiencia de conciliación que fracasó. A fs. 356 se certificó el vencimiento del término probatorio, llamándose a autos para sentencia a fs. 372. II.- La sentencia apelada: El 20/2/2020 el juez a-quo hizo lugar a la demanda impetrada que por incumplimiento de contrato y daños y perjuicios promoviera Liliana Catalina Pintos contra Metlife Seguros de Vida S.A.; y condenó a esta última a abonar a la primera, la suma de \$ 75.000 en concepto de daño moral, más los intereses moratorios desde la celebración del contrato de consumo y hasta el pronunciamiento al 6% anual, y desde allí y hasta el efectivo pago a la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos en sus depósitos a treinta (30) días; y costas. Para así resolver, señaló que los acontecimientos que dieran lugar al presente debate configuran una típica relación de consumo; y que toda la normativa incorporada al Código Civil y Comercial de la Nación resulta aplicable al caso de autos, de la misma manera que resulta aplicable la normativa específica del seguro y de defensa del consumidor. A continuación, refirió que la aseguradora tiene que emitir la póliza, en tanto es la creadora de su contenido y quien la pone en circulación; y que a la emisión le sucede la obligación de hacer entrega material de aquella; trajo a colación sobre el particular, el artículo 11-2 de la Ley de Seguros que establece que: "El asegurador entregará al tomador una póliza debidamente firmada con redacción clara y fácilmente legible"; y lo relacionó con el derecho a la información, de carácter inalienable para el consumidor, del art. 1110 del CCyCN; y art. 4 y concs.

de la Ley 24.240. Seguidamente, dijo: "...que la actora -en los términos en que legalmente correspondía a la accionada e incumplió con absoluta indiferencia-, nunca tuvo en su poder un ejemplar de las pólizas contratadas (ver lo actuado en diligencia preliminar que en este acto tengo a la vista; causa nro. 120.472), tal obstáculo fue superado al obtener copia de las mismas mediante la -ineludible- promoción de actuaciones en los términos de los arts. 323 y ss. del ritual.?. Y que: "Más aún, encontrándose acreditado en la causa -fs. 201- que el Banco Santander Río resulta agente institorio de Metlife -pese a lo que señala respecto a la comercialización con esta última-, el oficio obrante a fs. 240 no hace más que despejar toda duda en cuanto a que las pólizas -y ni siquiera los certificados de cobertura- jamás le fueron entregadas a la Sra. Pintos. He aquí una violación legal: en primer lugar, a la Constitución Nacional -art. 42-, reglamentada en cuanto a su ejercicio por el art. 4to. de la ley 24240; y paralelamente, al art. 11 de la ley de seguros.?. Con respecto a la cuestión suscitada en torno al art. 56 de la Ley 17418, tomó las conclusiones de la incuestionada pericial contable producida: el rechazo del siniestro ha sido tempestivo. Recordó que en el caso se discuten las fechas en que fuera puesto a conocimiento de la demandada la ocurrencia del siniestro, pues mientras la actora entiende que ello ha acontecido en la fecha que surge del formulario acompañado a la demanda (2/10/2012), la demandada considera que el plazo ha de computarse desde la fecha de ingreso que consigna el sello inserto en la documental que adjunta (18/10/2012); lo que tiene suma relevancia porque, en uno u otro caso, la situación variaría pues de tomarse el propuesto por la actora, el rechazo a la cobertura sería extemporáneo; contrariamente, tomando la otra posición, la negativa sería temporánea. Agregó que: "...nada se ha aportado en relación a una eventual falsedad del sello que incorpora el formulario traído por el demandado, ni tampoco con relación a la autoría de la fecha consignada en el que porta la actora (es más, tal vez fuera completado por ella misma y deja estéril la discusión).? Superada esa cuestión, consideró que el "siniestro" previsto en las pólizas no ha acaecido; y de allí, ningún débito se encuentra en cabeza de Metlife, al menos en relación al siniestro asegurado. No obstante, ponderó que resultó necesario el trámite preliminar para conseguir una copia de las pólizas contratadas; que la conducta de Metlife obligó a la actora a dar instancia judicial -amén del resultado de la mediación previa-, para reclamar lo que con poca claridad en sus cláusulas a todo evento tampoco le fuera debidamente explicado a la Sra. Pintos, sea al momento de contratar, desde allí en adelante durante el desenvolvimiento de la relación de consumo, como de responder rechazando el siniestro; que necesariamente la actora debió indagar en este proceso los términos contractuales -diligencia preliminar- y luego -a través de la producción de prueba-, los alcances precisos de las condiciones y términos de la cobertura frente a su problemática de salud. Por esas circunstancias, otorgó \$75.000 en concepto de daño moral. Desestimó, por el contrario, el reclamo de daño punitivo, sin perjuicio de tener en cuenta este precedente para ulteriores situaciones en las que deba evaluar la procedencia del daño punitivo; como asimismo el pedido de publicación de la sentencia, por estar previsto para otros casos, de incidencia colectiva (sea teniendo en miras la protección de bienes colectivos o intereses individuales homogéneos). III.- Los recursos. Depósito previo. Vista al Fiscal. El 21/2/2020 apeló la actora. El 27/2/2020 se concedió libremente. El 27/2/2020 apeló la demandada. El 28/4/2020 se tuvo por cumplido el depósito previo de capital, intereses y costas efectuado en los términos dispuestos en el proveído de fecha 12/03/2020 y conforme al art. 29 de la ley 13.133, y se concedió el recurso de apelación interpuesto por la demandada, libremente y con efecto suspensivo (dado el trámite fijado al inicio y toda vez que las sumas depositadas no se encuentran disponibles para el vencedor); asimismo se ordenó transferir la suma de \$140.725,88.- de los fondos depositados en la cuenta de autos N° ... a plazo fijo renovable automáticamente cada treinta (30) días. El 12/3/2020 se dio vista al Ministerio Público Fiscal al sólo efecto de que tome conocimiento del pronunciamiento definitivo dictado (ello en razón de que no reviste el carácter de parte), lo que tuvo que materializarse en esta instancia con fecha 27/10/2020, recibiendo la contestación respectiva el 12/11/2020. IV.-Agravios de la actora. Fundamentación. Contestación. La actora expresó sus agravios el 11/8/2020. Se agravia: 1) Por que debió tenerse por aceptado tácitamente el siniestro, ya que el formulario de denuncia de fecha 02/10/2012 (fs. 11 de las diligencias), cuya autenticidad no fue impugnada, se presentó en esa fecha en la oficina de Banco Santander Río (agente institorio de la aseguradora según informó a fs. 201), que actuando como mandatario de la aseguradora le vendió las pólizas y que, como tal, estaba facultada para recibir denuncias (art. 54 LS), y el pronunciamiento de la aseguradora -concretado a través de la CD impuesta el 07/11/2012 obrante en original a fs. 10 de la diligencia preliminar- es claramente extemporáneo (art. 56 LS); agregando que, en todo caso, la inserción por la propia demandada de un cargo fechador de fecha convenientemente posterior (18/10/2012) no puede ser utilizada ni mucho menos interpretada en perjuicio o en un sentido desfavorable al consumidor (art. 1094 y 1095 CCyCN; 53 LDC). Agrega que decir que "nada se ha aportado en relación a una eventual falsedad del sello que incorpora el formulario traído por la demandada" significa invertir la carga de la prueba en perjuicio del consumidor, violando de tal modo lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley 24.240 e interpretado los hechos y las pruebas producidas en clara infracción al principio protectorio que dimana del artículo 42 de la Constitución Nacional y de los artículos 1094 y 1095 del CCyCN pues era la demandada - y no la actora - la que debía contribuir al esclarecimiento de tales circunstancias por ser quien para liberarse pretende valerse de un documento (fs. 40) al que convenientemente le insertó un sello de fecha distinta y muy

posterior a la que tiene el original, obrante a fs. 11 de la diligencia preliminar, y que le permitió argumentar en este juicio que el pronunciamiento realizado en los términos del artículo 56 de la Ley 17.418 tuvo lugar en forma tempestiva. 2) Por que se excluyó su problema de salud de la cobertura, cuando la demandada no solo no cumplió con la carga de probar la entrega de las pólizas al consumidor (ver informe de fs. 240), sino que tampoco ha traído dichos contratos al proceso, incumpliendo con el deber de colaboración que dimana del artículo 53 de la LDC, ya que en la diligencia preliminar se limitó a incorporar dos certificados de cobertura (fs. 25 y 31) y condiciones generales de una póliza provenientes de una entidad distinta (Alico) que, por lo demás, a la fecha de dichos certificados (14/06/2013) tenía revocada su autorización para operar en seguros (ver Resolución SSN n° 36.621, art. 4°, de fecha 29/03/2012 obrante a fs. 51/52); y tampoco lo hizo durante el trámite de este juicio, pues aunque la señalada omisión procuró ser superada con las aclaraciones expuestas en la contestación de demanda (fs. 55 vta./56, cap. III.2 ap. a), nuevamente omitió adjuntar un ejemplar de las respectivas pólizas limitándose a agregar un cuerpo de condiciones generales (fs. 41/45) que no es posible vincular con ninguna póliza, y en base a esos documentos, que no son las pólizas cuyo cumplimiento se demandó, la demandada pretendió probar la existencia de una cláusula de exclusión de cobertura (fs. 56 vta., ap. c) y así restringir el alcance del riesgo asumido a través de la cobertura contratada y, de ese modo, rehusar el pago de la indemnización. Resalta que el contrato de seguro se debe probar por escrito (art. 11 LS) y que la carga de la prueba de los límites del riesgo asumido y, en especial, de las cláusulas que excluyen ciertas hipótesis de riesgo, pesa sobre la aseguradora que pretende liberarse con sustento en ella (art. 375, CPCC; 53, LDC); y concluye que tal carga no ha sido satisfecha pues ni siquiera se acompañó el texto de las pólizas emitidas, ni mucho menos el de las condiciones generales aplicables a cada una de ellas. Trae a colación un fallo de la Sala II de este Tribunal (causa 136.192 in re ?ARGAÑARAZ, Hugo E. c. ALVARENGO, José Daniel s. Daños y perjuicios, sentencia de fecha 25/04/2013), donde se dijo que no se puede invocar una exclusión de cobertura que no aparece informada al consumidor del seguro, ni probada como parte del contrato en el expediente. Remata diciendo que la pretensión de la demandada de limitar a su antojo el alcance de la expresión ?cáncer femenino? (riesgo cubierto) o la de excluir caprichosamente de la cobertura la hipótesis de ?cáncer in situ?, que según sus dichos padecía la actora, se sustentó en la invocación de una cláusula de exclusión de cobertura cuya existencia no probó; las pólizas nunca fueron incorporadas al proceso y el sucedáneo de producir una prueba pericial contable por sí sola no suple dicha omisión. A todo evento considera ?ofensivo? que se haya dado valor de prueba científica al dictamen de la perito médica que diferenció el ?cáncer? del ?carcinoma in situ? (padecido por la actora) sin citar bibliografía alguna ni mencionar las fuentes consultadas, tal como lo expuso al impugnar dicho informe (fs. 350 vta.). En tal sentido, le resulta inconcebible que la interpretación que el Juez ?a quo? hizo de la cláusula de exclusión de cobertura invocada por la demandada y que él mismo reputó como poco clara (fs. 382) fuera hecha en el sentido menos favorable al interés del consumidor y, por lo tanto, en clara infracción a los artículos 1094 y 1095 del CCyCN. Defiende su crítica con un fallo de la CSJN (Fallos 317:1684, considerando 5 °) donde se dijo: ?la conclusión de la alzada respecto a que la demandante quedaba encuadrada dentro de la cláusula de exclusión del seguro resulta objetable, pues al tratarse de cláusulas predispuestas no corresponde realizar una interpretación que lleve por vía analógica a restringir el riesgo cubierto por la póliza, más allá de que en caso de duda debía considerarse subsistente la obligación del asegurador, que no sólo redactó las condiciones del contrato sino que por ser quien realiza las previsiones de los siniestros mediante cálculos actuariales, estaba en condiciones técnicas de fijar en forma clara, precisa e indubitada la extensión de sus obligaciones?. 3) Para el caso de prosperar sus anteriores agravios, porque la suma asegurada de \$100.000 al momento del siniestro (octubre de 2012) equivalía a u\$s 21.000, mientras que hoy apenas si alcanza a u\$s 1.000; por lo que solicita que, a fin de resguardar sus intereses económicos como consumidor, que de otro modo serían notoriamente perjudicados, el valor del capital indemnizatorio convenido en el contrato sea fijado a valores actuales, esto es, teniendo en cuenta para ello lo dispuesto en el artículo 772 del CCyCN y manteniendo una razonable paridad cambiaria entre la cantidad nominal fijada como suma asegurada en las pólizas y la evolución del tipo de cambio respecto del Dólar Estadounidense. Con igual espíritu, desliza que ese perjuicio económico ni siquiera se ve razonablemente compensado por la reducida tasa de interés moratorio fijada en el fallo apelado. 4) Por la escasa indemnización fijada por el Sr. Juez ?a quo? en la suma de apenas \$75.000 en concepto de reparación por el detrimento espiritual padecido, cuando han transcurrido 8 años desde el siniestro y un largo proceso judicial que la actora ha debido transitar para obtener el reconocimiento jurisdiccional, y cuando ha sufrido un trato indigno por parte de la aseguradora; y sin perjuicio, además, de la necesidad de fijar una reparación económica que resulte acorde para permitirle el acceso a razonables satisfacciones sustitutivas. Destaca que en la sentencia no se ha explicitado cuál sería el valor de aquéllas satisfacciones sustitutivas aptas a las que la actora podría acceder con la módica suma de \$75.000 fijada por tal concepto. 5) Porque se rechazó el pedido de fijación de una suma de dinero por daño punitivo, cuando el propio Juez ?a quo? entendió que fue la conducta de Metlife la que forzó a la actora a tener que acudir a la instancia judicial para reclamar lo que con ?poca claridad en sus cláusulas a todo evento tampoco le fue debidamente explicado? y de allí que, a su juicio, ?se ha violentado severamente su derecho constitucional a acceder a información adecuada y

veraz? (fs. 382). La demandada contestó el 24/8/2020: Señala: 1.-Que de la lectura de los arts. 1094 y 1095 del CCyCN se advierte que dichas disposiciones solo se refieren a la interpretación DEL DERECHO y DEL CONTRATO, respectivamente, a favor del consumidor, lo que no es para nada lo mismo que la interpretación DE LOS HECHOS del juicio; que basta mirar lo ocurrido en la especie, en donde la actora pretende que sea la fecha puesta por ella en el formulario de denuncia la que sea tomada como la fecha de recepción, cuando todos sabemos que un recibo debe ser expedido por quien recibe y no por quien entrega; que el formulario fue recepcionado recién el 18 de octubre de 2012, conforme lo indica el sello de recepción y es la que debe prevalecer; que no es verosímil sostener que su parte recibe las denuncias de siniestros consignando una fecha manuscrita en un lugar del formulario claramente destinado a ser llenado por el asegurado. Se interroga: ¿Y cómo se explica que existan 2 formularios idénticos pero que difieren en cuanto al sello de recepción de mi mandante?; y declara que en primer lugar no son idénticos; que la actora adjuntó una copia y mi parte adjuntó un original con la firma original de la actora; que lo que ocurrió es sencillamente que la actora completó un formulario original y lo hizo fotocopiar antes de la entrega (del original) a mi mandante para poder hacerse sellar una copia a modo de recepción, pero al momento de fotocopiar el formulario le hizo más de una fotocopia, agregando a su demanda la fotocopia que quedó sin sellar (y guardándose sin adjuntar la copia sellada a modo de recepción). Además, subraya que la fecha del sello fechador de recepción coincide con la fecha informada por la perito contadora como la fecha de la apertura de los expedientes administrativos 901055 y 901056, también ocurrida el 18 de octubre de 2012; y que la sentencia hace mérito de lo que dice el perito, quien señala que una cosa es la fecha de la declaración de voluntad de la actora (2/10/2012) y otra, distinta, la fecha de recepción de dicha denuncia de siniestro (18/10/2012). Por lo que insiste en que el siniestro fue rechazado en tiempo y forma.

2.- Que la actora pone en duda -recién ahora y con nuevas excusas- las condiciones generales y, por ende, las cláusulas de exclusión; que en su demanda no dudaba de ellas, sino que se limitó a cuestionar las cláusulas de exclusión solo invocando que eran de otra compañía aseguradora, ALICO COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., siendo que quedó probado que fue absorbida y fusionada con METLIFE SEGUROS S.A; por lo que entiende que por el principio de congruencia no se puede emitir un pronunciamiento que altere la causa pretendi. En cuanto a si la dolencia padecida por la actora encuadraba en las exclusiones previstas, dice que son contundentes las pruebas que avalan la procedencia de la exclusión, conforme las ha ponderado expresamente la sentencia; que, en primer lugar, el propio facultativo ofrecido como testigo por la propia actora, Dr. Ruibal, manifestó: ¿no, no es un cáncer pero se lo llama neoplasia intrapitelial, porque en alguna pequeña proporción de pacientes puede ser una lesión pre cancerosa, pero no es un cáncer?; que la pericia médica también ha dejado en claro que la dolencia en cuestión no es un cáncer. Por eso -concluye- que resulta un fundamento meramente aparente el cuestionamiento que la actora realiza al informe pericial de autos, en el sentido de señalar que ¿El informe nunca fundamentó la afirmación según la cual el CIN I no es un ¿cáncer? a pesar que, según los propios dichos del perito, se trata de una neoplasia que comprometió el estrado basal del epitelio cervical.-?Justamente lo que define el cáncer es la propagación descontrolada -metástasis- y lo que no se difunde es un tumor benigno pero no es un cáncer en el sentido propio de la palabra, por lo cual el ¿cáncer in situ? no es un cáncer; que tampoco constituye un argumento convincente la referencia a un ¿severo infiltrado inflamatorio mixto linfocitario y neutrofilico en unión escamo columnar? al tiempo que del informe de citología oncológica de fs. 8 se desprende la existencia de células anormales.-?, pues la existencia de células anormales no implica que el tumor formado se vaya a difundir o propagar fuera de control, es decir, un tumor benigno está formado por células anormales y no por ello es un cáncer; que menos todavía existe una interpretación desacertada de la cláusula de exclusión, pues si hay algo que llama la atención sobre la definición de cáncer es su claridad. Así transcribe: ¿Definiciones A. cáncer. presencia de tumor maligno caracterizado por el crecimiento y dispersión incontrolable de células malignas y la invasión del tejido, incluyendo leucemia, pero se excluyen canceres no invasivos in situ, tumores por la presencia de cualquier virus de inmuno deficiencia humana y cualquier cáncer de piel con excepción del melanoma maligno?. Y destaca que en dicha definición queda claro que un cáncer es un tumor maligno, que importa una ¿dispersión incontrolable? de células malignas y que incluso precisa que los tumores que no se propagan (cánceres in situ) no se consideran cáncer a los efectos de la póliza; y finalmente expone que ante la claridad de la cláusula no existía margen de duda alguna como para realizar la interpretación más favorable al consumidor pretendida por la parte actora en su memorial. Trae a colación que el propio representante del Ministerio Público en su dictamen de fecha 20 de noviembre de 2019 también hizo referencia a los elementos que fundaron la exclusión reconocida en la sentencia, y concluyó que queda evidenciado que la sentencia atacada se halla sólidamente sustentada en elementos como para decidir que la dolencia de la actora no se hallaba cubierta por la póliza contratada.

3.-Con respecto a la ¿novedosa? (sic demandada) pretensión de condena en dólares, alega que pretender una condena en dólares a esta altura del proceso importa ignorar la existencia del principio de congruencia y además supone vulnerar la prohibición de indexar, prohibida por nuestro ordenamiento legal (art. 7 de la Ley 23.928), cuyo análisis de validez constituye una cuestión no justiciable, pues es resorte del Congreso Nacional, según nuestro más Alto Tribunal: CSJN, Razzini, Ernesto Genesisio y otros c. E.N.A. - A.F.I.P. s/acción declarativa de certeza, 23/10/2012, LA LEY 13/11/2012 Cita online:

AR/JUR/54340/2012. Por otro lado, argumenta que la tasa de interés puro del 6% aplicada por el a quo respecto del rubro daño moral establecido a "valores actuales", desde la celebración del contrato de consumo hasta el momento del dictado de la sentencia de primera instancia, es justamente la que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia considera aplicable, por lo que hacer lugar a la pretensión de la actora supondría vulnerar su doctrina legal. 4.-En relación a la insuficiencia de la suma de \$75.000 por daño moral, subraya que pidió 50.000 y ahora quiere más de lo otorgado, y que siempre la visión de la víctima será subjetiva y de allí el amplio margen de discrecionalidad reconocido al juez al ponderar su cuantificación. 5.-Que resultaría injusto aplicar daño punitivo en el caso de autos, pues, como se ha visto, la dolencia sufrida por la actora estaba excluida de la cobertura, tanto según su propio médico ofrecido como testigo, como por el perito médico designado; que hacer lugar al agravio supondría asumir que su parte ha actuado de manera maliciosa, con cálculo diabólico, con un evidente menosprecio y una clara antijuridicidad, lo que no parece compadecerse con lo que ocurrió. V.-Agravios de la demandada. Fundamentación. Contestación. La demandada expresó sus agravios el 12/8/2020. Se agravia porque se la condenó a indemnizar el daño moral cuando no hubo incumplimiento contractual, que fue la causa principal por la cual se iniciaron las presentes actuaciones; entiende que no resulta lógico entonces condenarla por daño moral, cuando fue rechazado el reclamo de la actora que era el pago de las pólizas. Dice que es falsa la acusación que le hace el juez de grado aduciendo un incumplimiento del deber de información; que su conducta fue la de rechazar en tiempo y forma el reclamo, atento a que no correspondía el pago del seguro y el juez de grado reconoció que Metlife obró correctamente en este sentido. Expone que es falso también que haya sido necesaria la promoción de esta instancia para que la accionante pudiera obtener copia de las pólizas contratadas, ya que podría haber ido al Banco Santander Río a solicitarlas; y explica que este tipo de contratos colectivos se comercializan del siguiente modo: existe una póliza original, que es la que su parte tiene obligación de entregar al Banco, y los clientes de la entidad bancaria reciben una copia de dicha póliza original; es decir -precisa- que es la entidad bancaria, en su calidad de Agente Institorio, quien debió entregar una copia de la póliza en cuestión a la aquí actora, desconociendo su parte, hasta la promoción de la diligencia preliminar, de la supuesta falta de entrega de las copias de las pólizas por parte de la entidad bancaria; que, de todos modos, destaca que no se encuentra siquiera acreditado en autos que se haya reclamado a la entidad bancaria la entrega de las pólizas en cuestión, ni que esta haya incumplido ante tal requerimiento, por lo que la presunta vulneración al derecho de información está lejos de encontrarse acreditada; que, más aún, no se debe perder de vista que nunca fue requerido por la actora en forma alguna a la entrega de dichas pólizas, y que, ante la primer intimación (en el marco de la diligencia preliminar), las acompañó en tiempo y forma, dando inmediato cumplimiento a la manda judicial. Agrega que incluso cuando acompañó copias de las pólizas en la diligencia preliminar, y quedó absolutamente claro para la actora que no correspondía el pago del seguro atento a que su patología no era un riesgo asegurado, la Sra. Pintos decidió proseguir con el juicio hasta las últimas consecuencias; por lo que no fue el accionar de Metlife, entonces, lo que motivó la instancia judicial, sino la negativa de la actora a aceptar los términos del contrato, y su convencimiento (ya sea por error o por malicia) de que el siniestro se encontraba aceptado tácitamente porque supuestamente la carta de rechazo había sido enviada en forma extemporánea, lo que luego se comprobó que no fue así. Asimismo, esgrime que nada de esto fue esbozado por la Sra. Pintos en su demanda al reclamar el rubro y mucho menos probado. La actora contestó el 14/8/2020. Señala: Que está probado que ni Metlife ni Banco Santander Río actuando como su agente institorio (fs. 201 y 240) cumplieron con su obligación legal de hacerle entrega de un ejemplar de la póliza (art. 11 de la LS), lo que ha sido determinante de la procedencia de una reparación por daño moral; que lo único que agregó - intervención jurisdiccional mediante - fueron certificados de cobertura (fs. 25 y 31 de la diligencia preliminar) de los que resulta únicamente que el riesgo asumido por el asegurador era que el asegurado fuera diagnosticado de "cáncer femenino"; que como explica Stiglitz (Derecho de Seguros, vol. I, pág. 539, Abeledo Perrot) no es lo mismo un certificado o nota de cobertura que la póliza, pues mientras esta última contiene la totalidad de las cláusulas y condiciones (tanto generales y particulares) aplicables al riesgo asumido, un certificado o nota de cobertura no. Acentúa que no hay que perder de vista que no estamos en presencia de un seguro de daños patrimoniales, sino de pólizas que cubrían riesgos inherentes a la vida y la salud de una persona, por lo que el estándar de profesionalidad exigible a una entidad aseguradora que opera en la rama "vida" y "salud" era la de proporcionar un caudal oportuno, suficiente, completo y claro de información, de modo tal que lleve "tranquilidad" al asegurado en la hora de ser diagnosticado de una enfermedad que la propia demandada ha reconocido como "cáncer". VI.-Consideraciones preliminares. Liminarmente, es menester señalar que los jueces no están obligados a analizar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino tan sólo aquéllas que sean conducentes y posean relevancia para decidir el caso (conf. CSJN, «Fallos»: 258:304, 262:222, 265:301, 272:225, 276:132, 303:2088, 304:819, 305:537, 307:1121, entre otros; Fassi Yañez, «Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado, Anotado y Concordado», TºI, p. 825; Fenocchiato Arazi, «Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y Anotado», TºI, p. 620). En sentido análogo, tampoco es obligación del juzgador ponderar todas las pruebas agregadas, sino únicamente las que estime apropiadas para resolver el conflicto (art. 384, in fine, CPCC; CSJN, «Fallos»: 274:113;

280:3201; 144:611). Por otro lado, estimo pertinente recordar que el obrar jurisdiccional del tribunal opera con sujeción al principio de congruencia, existiendo una serie de campos de actividad de los que no puede exceder el tribunal ad quem, limitación que -entre otros aspectos- resulta ser absoluta en tanto solo puede conocer en la medida de los agravios planteados; no puede abordar aspectos sustanciales de cuestiones que no fueron puestas a consideración del a quo; hallándose asimismo vedada la reforma de la resolución apelada en perjuicio del recurrente, salvo que medie recurso de la contraparte. Sentado ello, no cabe considerar por la Alzada cuestiones consentidas, entendiéndose por tales las que no fueron apeladas o que, apeladas dentro de un contexto mayor de impugnación, no fueron referidas en la expresión de agravios, ni cuestiones que no fueron sometidas al juez de primera instancia (Rivas, Adolfo A., Tratado de los recursos ordinarios, Tº2, p. 841/854, Abaco, 1991). En efecto, el Tribunal de Alzada no realiza un nuevo juicio, sino que se encuentra más limitado que el de primera instancia, por cuanto de conformidad con lo dispuesto por los arts. 266 y 272 del Código Procesal debe limitarse a decidir sobre aquellas cuestiones de hecho y derecho que hubieran sido sometidas a la decisión del magistrado interviniente, debido a que la segunda instancia es sólo un medio de revisión del pronunciamiento emitido en la primera y no una renovación plena del debate. Así, el principio de congruencia, que limitó la sentencia de primera instancia, limitará del mismo modo la de la segunda. Sentado ello, me avocaré al tratamiento de los recursos, comenzando por el de la actora por una cuestión de estricto orden metodológico.

VII.-Consideración del recurso de la parte actora.

VII.-1.- Primer agravio: declinación tempestiva del siniestro. Luego de realizar un análisis de las distintas posturas asentadas por los intervinientes a lo largo del proceso y de los elementos probatorios adunados, no puedo coincidir con la solución arribada por el a-quo, en tanto entiende que la aseguradora ha cumplido ¿en término? con la carga impuesta por el art. 56 de la Ley de Seguros. El plazo de 30 días de que dispone la aseguradora para pronunciarse acerca de los derechos del asegurado cursa desde la recepción de la denuncia del siniestro. Así se desprende del art. 46, LS: ¿El tomador, o derechohabiente en su caso, comunicará al asegurador el acaecimiento del siniestro dentro de los tres días de conocerlo...?; y del art. 56: ¿El asegurador debe pronunciarse acerca del derecho del asegurado dentro de los treinta días de recibida la información complementaria prevista en los párrafos 2 y 3 del artículo 46...?. (el resaltado no es de origen). Vale decir que la recepción de la denuncia es crucial, tanto para el asegurado, quien tiene un plazo para formularla porque si no pierde el derecho a la indemnización, como para la aseguradora, que tiene otro plazo para expedirse con el riesgo de que si no lo hace en tiempo y forma fehaciente quedará automáticamente aceptada la cobertura y el consecuente derecho a ser indemnizado, aun mediando un supuesto de exclusión de cobertura (cfr. Stiglitz, Rubén S., Pronunciamiento del asegurador -art. 56, L.S.-, RCyS2009-VI, 3, LLO AR/DOC/1928/2009, y jurisprudencia allí citada; Meilij, Gustavo Raúl, La carga de pronunciarse sobre los derechos del asegurado, LLO AR/DOC/2142/2011; cfr. doct. Legal SCBA, L. 49.495, sent. del 28-XII-1993; Ac. 68.700, sent. del 26-X-1999; L. 67.715, sent. del 8-XI-2000; Ac. 82.765, sent. del 30-III-2005; C.116.814, sent. del 11-VI-2014). Ahora bien, llama poderosamente la atención que la aseguradora haya recibido una denuncia con fecha anterior, si es que ello se concretó realmente varios días después; y también resulta curioso que la actora no tenga en su poder una copia de la denuncia con la constancia de recepción, sellada por la aseguradora o mejor aún, por el banco en su calidad de agente institorio, cuando lo apropiado es entregar el formulario de denuncia en original y copia para quedarse con alguna de ellas con constancia de recepción como ¿medio de prueba fehaciente? que permita demostrar en caso de controversia el cumplimiento de la carga (cfr. arts. 375 y 384, CPCC; art. 54, LS; Meilij Barbato ¿Tratado de Derecho de Seguros - Contrato de Seguro - Seguros de Daños? pág. 141, Zeus Editora 1975). Pero entre ambos comportamientos, resulta más reprochable el de la aseguradora; sin duda, por su carácter profesional y por la distinta fuerza económica que existe entre ella y el asegurado, pues por esas razones era quien más debía preocuparse de cumplir diligentemente con esta etapa del trámite, ya sea salvando la fecha antedatada del formulario o indicando el llenado de uno nuevo con la fecha supuestamente real de denuncia. No albergo duda de que era carga de la aseguradora adecuar la fecha del reclamo, honrando, así, la máxima buena fe que se le requiere en su proceder con el asegurado. De lo contrario, basta con imaginarse esta situación por demás peligrosa, tendiente a dejar transcurrir el tiempo para aprovecharlo en su favor: la asegurada cumple en tiempo con su carga de denunciar el siniestro con la presentación del formulario pre-impreso proveído por la aseguradora pero no exige o no se le da copia con constancia de recepción; y se le coloca el sello fechador días después y que, obviamente, coincide con en el día en que se da inicio al trámite administrativo respectivo. El contenido y efectos de la denuncia del siniestro no debe analizarse aisladamente, sino dentro del conjunto de derechos y obligaciones que la Ley 17.418 impone sobre la aseguradora. Y primordialmente, bajo el principio rector de la buena fe que debe imperar en todas las transacciones comerciales -y, en particular, en el contrato de seguro- y teniendo en cuenta el hecho del carácter profesional de la aseguradora, quien tiene superioridad técnica sobre la accionante inexperta y ello a tenor de lo normado en los arts. 1061, 1724 y 1725 del CCyCN (antes: arts. 902, 909, 1197, 1198 y concs., CC). Resulta contrario a la buena fe que la asegurada se encuentre envuelta en esta situación, tratando de demostrar -con clara imposibilidad de hacerlo- que cumplió con su carga de denunciar el siniestro el día 2/10/2020 frente a un sello fechador empresarial y asientos contables de fecha posterior. Analizada la cuestión, en el marco

?protectorio? de la normativa del consumidor, considero ilegítimo dirigir el reproche a la parte débil del contrato cuando en cabeza de la aseguradora, a través de las herramientas y recursos con los que cuenta, estaba el encausar correcta y prolijamente el trámite pertinente y evitar cualquier vicisitud; no puede exigirse tal labor técnico-asegurativa al beneficiario, que se encuentra desprovisto de mayores conocimientos frente a la compañía aseguradora, especialista en la materia. Así que en esta dirección, donde se encuentra comprometida la conducta profesional de la demandada a tenor de las normas referidas, puede acudirse perfectamente al ?in dubio pro consumidor?, para optar por la fecha del formulario de fs. 11 de las diligencias (2/10/2012) y decidir que la declinación fue ?intempestiva?; pues ello está previsto no solo como regla de interpretación del Derecho, sino también de los hechos y de la prueba rendida en el ámbito jurisdiccional, lo que reviste particular importancia en el presente caso (argto. art. 3 y ccetes. de la ley 24.240; argto. jurisp. esta Cámara y Sala, en la causa N° 160.311 ?Amelotti, Alma Elvira s/ sucesión c/ Los Gallegos Martínez Navarro y Cía. S.A. s/ daños y perjuicios?, sent. Del 24-05-2016; ver también causa ?Franco, Cristian Maximiliano c/ Royal & Sun Alliance Seguros Argentina y Otro s/ Daños y perjuicios?? sent. Del 16/6/2020). Este principio se halla reconocido en el art. 3° de la LDC, en tanto que como regla de interpretación convencional tenía ya su sustento en el art. 37 de la LDC. Dicha regla constituía asimismo un criterio interpretativo de otras vicisitudes de la relación de consumo, como la oferta o la publicidad (art. 7° del dec. regl. 1798/1994); y también resulta aplicable a la duda del juzgador en la valoración de las pruebas aportadas por las partes en el procedimiento sobre las cuestiones que se planteen en la relación de consumo o respecto a la subsunción de un hecho en la norma (PICASSO, VÁZQUEZ FERREYRA (Directores), ?Ley de defensa de consumidor comentada y anotada?, Buenos Aires, La Ley, 2.009, Tomo I, pág. 59/60; GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, ?Derecho Procesal Constitucional. Protección constitucional del usuario y consumidor?, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2.005, pág. 448 y sgtes.). El in dubio pro consumidor se ha visto fortalecido en el nuevo Código Civil y Comercial, al expresarse también en el art. 1094 como regla de interpretación del derecho y en el art. 1095 como regla hermenéutica de las relaciones de consumo (art. 1094 y 1095 CCyCN; 53 LDC). Por otro lado, desde el punto de vista estrictamente procesal, debe tenerse en cuenta que la demandada tampoco desconoció la autenticidad del formulario de fs. 11 (diligencias preliminares) presentado por la actora, donde consignó de puño y letra la fecha 2/10/2012, que, además, es idéntico al adjuntado por ella, con la sola diferencia del sello fechador; por lo que opera también la consecuencia que prevé el art. 354 del CPCC, el que predica que la ausencia de una expresa negación de autenticidad ordena al magistrado a tenerlos por fidedignos. Por el contrario, la aseguradora optó por una defensa que se basó exclusivamente en una constancia propia con fecha ulterior, sin dar una explicación que justifique ese proceder ?interno?. Tal actitud implica una clara violación a la carga de explicitación, que según la enseñanza de Peyrano, pone en cabeza del demandado la necesidad de justificación y prueba de aquello que, a la luz de lo que debería normalmente suceder, aparece como extraño, curioso, o inverosímil (acerca de la carga de explicitación ver Peyrano, Jorge W.; ?Procedimiento Civil y Comercial 1. Cuestiones procesales?, Ed. Juris, Santa Fe, 2002, pág. 607). De ningún modo podría aceptarse que la ?ajenidad? alegada alcanza para cumplir con esa carga. No es lógico que, en el marco de un contrato de consumo, pretenda exonerarse por el supuesto desconocimiento de la actuación o diligencia del asegurado e incluso del banco que participó como su agente institorio. En suma y por los argumentos previamente expuestos, propondré a mi colega de Sala modificar este aspecto de la sentencia apelada, toda vez que, desde la perspectiva del principio protectorio del consumidor, en un caso de duda, como es lo que ocurre en autos, la decisión debe inclinarse a favor del consumidor y no en su contra (art. 3 de la Ley 24.240).

VII.-2.-Segundo agravio: exclusión de cobertura. Tal como se refiriera someramente en el capítulo anterior, es doctrina legal de la Suprema Corte que constituye un deber ineludible de la aseguradora el de expedirse en término sobre el derecho de su asegurado (conf. art. 56, ley 17.418), carga que rige aún en los casos de exclusión de cobertura, dado que la norma no permite distinciones apoyadas en la diversa naturaleza del incumplimiento (conf. L. 49.495, sent. del 28-XII-1993; Ac. 68.700, sent. del 26-X-1999; L. 67.715, sent. del 8-XI-2000; Ac. 82.765, sent. del 30-III-2005; Ac. 91.909, sent. del 23-V-2007; C.116.814, sent. del 11-VI-2014; entre otras). Así, y dado que entre la fecha de denuncia del siniestro, que quedó fijada en el día 2/10/2012, y la fecha en la cual el asegurador rechazó la cobertura transcurrió el plazo contemplado en el art. 56, LS, sin haberse probado que esta última pidiera alguna información complementaria de las previstas en el art. 46 del mismo ordenamiento, lo que importa la asunción tácita del aseguramiento en el caso, corresponde rechazar la defensa de exclusión por aplicación del art. 56 de la Ley de Seguros.

VII.-3.-Tercer agravio: suma asegurada. Actualización. Tasa de interés activa. Corolario de lo anterior, y determinada la responsabilidad por incumplimiento contractual de la demandada por la falta de pago al vencimiento (arts. 750 y cons, CC; arts. 49 y 56, LS; arts. 865, 871, inc b, y concs., CCyCN), corresponderá que la aseguradora abone a la actora la suma asegurada de \$100.000, más intereses desde la mora, la que se fija el día 16/11/2012, contabilizando que la denuncia se hizo ?tempestivamente? el 2/10/2012; que los 30 días corridos para que se expida la demandada se cumplieron el 01/11/2012, pues no hay prueba del lapso que podría haber insumido la eventual obtención de información o documentación complementaria necesaria para el caso; que se expidió ?tardíamente? recién el día 7/11/2012, importando ello la aceptación tácita de la cobertura; y que tenía 15 días para el pago (cfr. art.

28 y 509 del Código Civil, arts. 46, 49 y 56 de la ley 17.418). La actualización monetaria solicitada, amén de que no fue pedida en la demanda, no resulta factible en virtud de la prohibición de indexación que disponen los arts. 7 y 10 de la ley 23.928 (ref. ley 25.561). Y a pesar de regir lo dispuesto por el art. 272 del CPCC, tampoco se podrían trasladar las soluciones jurisprudencialmente adoptadas de actualización de límites de cobertura para los seguros de responsabilidad automotor, en tanto son supuestos distintos, donde el seguro tiene una clara finalidad resarcitoria estrechamente vinculada a la efectiva dimensión de los daños que se acrediten como sufridos, tanto en la faz patrimonial como extrapatrimonial (vgr. costo de cirugías, costo de tratamiento psicológico, incapacidad sobreviniente, daño emergente, lucro cesante, etc). Por eso, la obligación contractual se determina in solutione, a las resultas de la efectiva dimensión del daño que se acredite (Stiglitz, Rubén S., Derecho de Seguros, La Ley, 2008, Bs. As., 5ª Ed. act. y amp., Tomo III, págs. 95 y 96). Además, en esos casos se cuentan con resoluciones periódicas de la Superintendencia de Seguros de la Nación que mantienen actualizadas las sumas mínimas para ese tipo de seguros. Aquí se contrató un seguro voluntario y de monto y pago único, donde al percibir el 100% del beneficio estipulado se agota la cobertura. No se trata aquí de mantener la relación existente entre un valor asegurable (vgr. automóvil) y un valor asegurado (suma asegurada) al momento de contratar. La propia suma asegurada en dinero es el objeto mismo de la cobertura in obligatione, como quizás podría ser una suma asegurada referida a valores en caja fuerte (ver Waldo Augusto Sobrino, ¿La Actualización monetaria de las Sumas Aseguradas?, 8 de Noviembre de 2017, LA LEY, Id SAIJ: DACF180147; notas al pie: número 50). Es decir que el dinero aparece en estas deudas in obligatione, pues lo debido es dinero y como tal, la deuda está alcanzada por el principio nominalista y es insusceptible de reajuste alguno (Ramón Daniel Pizarro y Carlos Gustavo Vallespinos, Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones., T. 1ª Ed., 1ª reimpr., Bs. As. Hammurabi, 2004, págs. 372 y 373; en igual sentido, ver Atilio Anfbal Alterini, Oscar José Ameal y Roberto M. López Cabana, Derecho de Obligaciones civiles y comerciales, 2ª Ed. actualizada, 1998, Bs. As., Abeledo Perrot, págs. 478 y ss.; Guillermo A. Borda, Tratado de Derecho Civil. Obligaciones, 9ª Ed., Bs. As. La Ley, 2008, T.I, pág. 391; Ernesto C. Wayar, Derecho Civil. Obligaciones, 1ª Ed., Bs. As. Depalma, 2002, págs. 496 y 497; entre otros) A todo evento, y sin perjuicio de lo sucedido entre la contratación y la denuncia que será materia de juzgamiento en los próximos apartados, lo cierto es que la obligación principal de pagar a cargo del asegurador (art. 61, Ley 17.418) en la medida en que la cobertura fue por él asumida debe mantenerse incólume en tanto la compañía aseguradora, si bien no cumplió normalmente dicha obligación, sustentó su postura reticente en razonables motivos en punto a la procedencia de su obligación de pago; así, la conducta desplegada por ésta -insisto: desde la denuncia en adelante- no aparece desprovista de todo sustento ni excede el marco de un adecuado ejercicio de su derecho de defensa. Vale decir no advierto una ilegítima dilación en el cumplimiento de la prestación a su cargo, que obviamente no podría operar nunca en desmedro del consumidor asegurado (arts. 506, 508, 509, 511, 512 y concs, CC). Además, la suma asegurada de \$100.000 no opera como límite para otras consecuencias dañosas, como lo es el daño moral reclamado. También debe desestimarse el pedido de aplicar una tasa activa de interés, pues el cuestionamiento planteado por la recurrente en cuanto persigue la modificación de la tasa de interés no puede ser receptado, en la medida en que el tema en debate ha sido resuelto por la Suprema Corte en casos sustancialmente análogos al presente y en sentido contrario a la pretensión casatoria (art. 31 bis, ley 5827). Así, en las causas C. 101.774, ¿Ponce? y L. 94.446, ¿Ginossi? (ambas sents. del 21-X-2009) la Corte decidió -por mayoría- ratificar la doctrina que sostiene que a partir del 1 de abril de 1991 los intereses moratorios deben ser liquidados exclusivamente sobre el capital (art. 623, Código Civil) con arreglo a la tasa que pague el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta 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 será diario con igual tasa (conf. arts. 7 y 10, ley 23.928 modificada por ley 25.561; 622, Código Civil; causas Ac. 43.448, ¿Cuadern?, sent. del 21-V-1991; Ac. 49.439, ¿Cardozo?, sent. del 31-VIII-1993; Ac. 68.681, ¿Mena de Benítez?, sent. del 5-IV-2000; L. 80.710, ¿Rodríguez?, sent. del 7-IX-2005; entre otras). Esa reiteración de pronunciamientos en tal sentido autoriza a considerar que la sentencia que viola esta postura debe ser revocada (arg. art. 279, CPCC). No obstante, la utilización de la tasa pasiva que el Banco de la Provincia de Buenos Aires abona a los depositantes que constituyen un plazo fijo digital a 30 días -modalidad tradicional - (comúnmente denominada tasa BIP) como referencia para calcular los intereses moratorios permite - como lo señala mi distinguido colega el Dr. Loustaunau en su voto en la causa N° 156.126 (sentencia del 09/09/2014 de la Sala II de este Tribunal) - garantizar el respeto a las tres pautas dadas por el Máximo Tribunal en su doctrina legal vigente, esto es: a) se trata de una tasa pasiva, b) corresponde a una operación de depósitos a treinta días y c) se liquida sin incurrir en ninguna forma de capitalización (SCBA, causas C. 43.858, ¿Zgonc?, C.101.774 ¿Ponce? y L. 94.446 ¿Ginossi?). A su vez, la mentada tasa no viola la doctrina legal vigente referida precedentemente, puesto que no contradice los términos generales allí sentados, solución que se ve reforzada por el pronunciamiento de la SCBA en la causa ¿Zocaró?, L.118.615, sent. del 11/03/2015, en el que, haciendo referencia a la Tasa Pasiva BIP aplicada en la instancia, señaló que: ¿... el planteo traído conduce a una discusión irrelevante en el plano jurídico, pues subyace en él una cuestión insustancial limitada a una ecuación estrictamente económica derivada de la aplicación de

una determinada alícuota en el marco de las variantes que puede ofrecer el tipo de tasa de interés pasiva, lo que más allá de su magnitud pecuniaria, carece de trascendencia para merecer la atención de esta Suprema Corte...? (textual) . aclaración de que los porcentuales a tomar en cuenta serán los correspondientes a la banca electrónica. Es más, incluso señala que tal aspecto del pronunciamiento no posee la relevancia necesaria para que merezca la atención del Superior Tribunal. Por último, considero que la referida tasa pasiva BIP permite concretar más claramente el principio de la ?reparación integral? que exige el Máximo Tribunal Federal y que debe satisfacerse en la mayor medida posible (Fallos: 327:3753). VII.-4.-Cuarto agravio de la actora: bajo monto del daño moral. Consideración del recurso de la demandada: Daño moral. Criterio restrictivo. Prueba. No caben dudas de que la situación en que se colocó a la accionante, le generó un daño moral que la accionada debe reparar, lo que se analizará a continuación. Si bien en general se considera que en materia contractual el resarcimiento del daño moral debe ser interpretado con criterio restrictivo, también es cierto que para acreditar tal daño no es necesaria la existencia de prueba directa, cuya realización resulta imposible por la índole del perjuicio, pudiendo acreditárselo por medio de indicios que lleven a la convicción del juzgador acerca de la configuración del daño (cfr. esta Cámara y sala, 9/12/15, causa ?Vignolles?, pub. La Ley online AR/JUR/74467/2015 y jurisprudencia allí citada). Es más, dicho criterio restrictivo se encuentra atemperado cuando nos encontramos frente al reclamo efectuado por un consumidor, quien por su particular condición de parte débil, que no sólo se evidencia al momento de contratar sino también cuando debe efectuar un reclamo por deficiencias del producto o servicio prestado por el proveedor, se encuentra ante un panorama de mayores angustias al saberse en inferioridad de condiciones, ya sea patrimoniales o informativas, para lograr obtener la reparación del perjuicio sufrido (íd. Jurisp. cit.). De las constancias de autos surge el tiempo transcurrido sin que la actora obtenga una modificación específica en la conducta de la demandada acorde a la situación de total incertidumbre que se le generó con respecto a los términos contractuales, lo que sin dudas le provocó una perturbación en su tranquilidad que exceden las simples molestias, máxime teniendo en cuenta el estado de mayor vulnerabilidad a la habitual de la actora por la patología que le habían detectado. En efecto, la demandada nunca le envió las pólizas con sus condiciones generales y particulares ni se cercioró que el banco institorio se las hiciera llegar, cuando sabido es que actúa en nombre y representación de aquélla (v. fs. 201 y 240; art. 11, LS; arts. 375, 384, CPCC; cargas probatorias dinámicas: la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires adoptó decididamente la posición que recepta la tesis de las cargas dinámicas probatorias -hoy reconocida en el art. 1735, CCyCN pero que ya era aceptada jurisprudencialmente desde antes-, opera en estas situaciones el ?deber de colaboración? del profesional, por lo que su actitud en el proceso no puede limitarse a una mera negativa, tiene que ?colaborar? en el esclarecimiento de la verdad; cfr. Ac. 55.133 del 22/8/95, ?Cayargá?; arts. 3, 4, 37, 53, 65 y concls., LDC). A ello debe sumarse que una vez realizada la denuncia, la actora recibe una carta documento informándole la exclusión de cobertura con fundamento en las condiciones de las pólizas, ?Punto 2 - Definiciones: A. Cáncer...? (v. fs. 10 de las diligencias). De donde se desprende que, sin las pólizas en su poder y con el rechazo de la cobertura, la situación de incertidumbre debió haber sido total; y eso no es todo. Tuvo que recurrir al asesoramiento de un abogado y a los estrados judiciales, incluso para obtener las pólizas y sus condiciones generales y particulares, que vale destacar siguen ausentes en el proceso, pues lo que se ha presentado en las diligencias preliminares son copias simples de certificados de cobertura con un anexo 17 titulado ?Cobertura de Cáncer Femenino? (v. fs. 25/36 de las diligencias). Y tal como lo refiere la actora, no es lo mismo. Con todo esto se acredita la situación de perplejidad que tuvo que atravesar la actora, peregrinando primero con su enfermedad y, desde la denuncia, con la demandada (diligencias preliminares, mediación, juicio con varios intentos de conciliación que fracasaron, incluso en Alzada), lo que ya lleva más de 7 años (Couture, Eduardo J., Fundamentos del Derecho Procesal Civil, tercera edición, Buenos Aires, Depalma, 1987, p. 235; véase, asimismo, Calamandrei, Piero, ?La definición del hecho notorio? en Estudios sobre el Proceso Civil, traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, p. 181 y Carnelutti, Francesco, La prueba civil, traducción de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, segunda edición, Buenos Aires, Depalma, 1982, p. 15, nota 19; ver sobre ?hechos notorios exentos de prueba? causas de esta sala: 167.650 ?Sánchez?, sent. del 15/10/2019 ; y 166.610 ?Reyna?, sent. del 16/4/2019). Es menester recordar que tanto la Constitución Nacional como la Provincial obligan a los prestadores de servicios a brindarles a los consumidores un trato digno y equitativo y el derecho a una información adecuada y veraz (art.42 Const. Nac. y art. 38 Const. Prov.), lo cual paralelamente ha sido contemplado en el artículo 8 bis de la ley 24.240 introducido por la ley 26.361, refiriéndose tanto a las tratativas previas a la constitución del vínculo, como a los comportamientos que la oferente desarrolla para crear la situación en la que realiza la prestación y a las conductas poscontractuales (ver también art. 1100, CCyCN; SCBA LP C 109005 S 06/11/2012, in re ?Machinandiarena Hernández, Nicolás c/Telefónica de Argentina S.A. s/Reclamo de actos de particulares?). Por lo que entiendo que ello es suficientemente demostrativo de una situación que supera con creces las molestias esperables en el marco de cualquier relación, incluso de tipo contractual, lo que conduce a tener por acreditado el daño moral reclamado, tal como lo ha resuelto el juez de primera instancia, el que, no obstante, se eleva a la suma de \$ 250.000 por considerar exiguo el monto mínimo peticionado en la demanda y el fijado en la

sentencia, y encontrándome habilitado a estimarlo en más a fin de alcanzar una verdadera y efectiva reparación integral, toda vez que se trata de una deuda de valor y la actora lo sujetó a lo que en más o en menos resulte de la prueba (arts. 519, 520, 522 y concs. del Código Civil; arts. 772, 1737/1740, 1741 y concs. del Código Civil y Comercial de la Nación; arts. 163, inc. 5, 165, 266, 267, 330, 375, 384, 385, 386 y ss., CPCC; cfr. jurisprud. esta Cámara y sala, causa 161.468, RSD-234 del 10/11/2016; argto. jurisprud. SCBA, causas C.117.735, sent. del 24/9/2014 y C.117.501, sent. Del 4/3/2015; también C 99055 S 7-5-2014; C 107003 S 12-3-2014; C 116437 S 18-12-2013; C 108764 S 12-9-2012; C 102641 S 28-9-2011; AC 81476 S 23-4-2003; doct. Miguel E. Rubín, "El principio de la reparación integral y la actualización de los valores de condena en la Argentina de hoy?", MJ-DOC-6935-AR - MJD6935).

El daño moral, en lo que hace a la consideración de su cuantía, no tiene por qué tener vinculación con el resto de los daños, pues no es complementario ni accesorio y no está sujeto a reglas fijas. El hacer jugar estos últimos como patrón referente o mayor del resarcimiento de aquél, significa negarle autonomía indemnizatoria. Así lo ha entendido la Suprema Corte, al decir que la determinación del daño moral no necesariamente tiene por qué guardar relación o proporción con el daño material, pues ambos perjuicios merecen un tratamiento diferenciado, por tener naturaleza jurídica independiente al ser distintos los bienes jurídicos tutelados (causa C. 96.838, sent. de 24/8/2011, L. 119.963, Sent. de 06/02/2019). Tampoco se trata de sumas considerablemente alejadas una de otra, lo que podría indicar una falta de lógica en la forma de tal cuantificación al constatare sumas bien diferenciadas pero determinadas en base a circunstancias típicas del caso que no pueden reconocerse sino únicas en la afectación del sujeto (vgr. un total de \$230.000 por daño moral, contra unos \$44.000.000 por daño material, cfr. SCBA, C. 121.649, sent. de 26/12/2018).

En torno a los intereses, por haber sido determinado el rubro indemnizatorio a valores actuales, se mantiene la decisión de primera instancia de liquidarlos al 6% anual hasta la sentencia y de allí en más a la tasa pasiva más alta del Banco Provincia, porque es doctrina legal de la Suprema Corte (art. 31bis, ley 5827; art. 279, CPCC; SCBA, C. 120.536, "Vera, Juan Carlos contra Provincia de Buenos Aires. Daños y perjuicios", sent. del 18/04/2018 y C. 121.134, "Nidera S.A. contra Provincia de Buenos Aires. Daños y Perjuicios", sent. del 03/05/2018). Por otra parte, cabe decir que la queja de la demandada en torno a la concesión de un monto indemnizatorio por daño moral cuando no existe incumplimiento contractual, y dado que se propone rechazar la defensa de exclusión por aplicación del art. 56 de la Ley de Seguros, debe considerarse como "materia desplazada" con motivo de lo hasta aquí expuesto (argto. Quadri-Rosales Cuello-Sosa; Tratado de los recursos, t 1, p.148 y sigs. ed. Astrea, 2019; S.C.B.A., Ac. 79.230, Sent. del 19/2/2002; 82.062, Sent. Del 24/9/2003; 83.054, Sent. del 24/3/2004; 82.765, Sent. del 30/3/2005; 90.613, Sent. del 29/11/2006; 95.035, Sent. del 7/5/2008; 99.437, Sent. del 2/9/2009; A. 69.302, Sent. del 26/10/2010; C.107.932, Sent. del 27/4/2011; Q 72.276, Sent. del 01/07/2015; A 74.278, Sent. del 28/08/2019; C 122628 S 06/11/2019; Rc 123869 I 11/05/2020).

VII.-5.-Quinto agravio: rechazo daño punitivo. El instituto de los daños punitivos constituye una figura sobre la cual existe un profundo debate en la doctrina, con voces de adhesión y crítica, que dan cuenta de un largo proceso de reflexión sobre el tópico. De hecho se postularon tres criterios: el que sostiene la inconstitucionalidad de la norma; uno intermedio que se refiere a su procedencia restrictiva sólo en caso de ilícitos lucrativos; y, finalmente, el que se pronuncia por su constitucionalidad y procedencia, que es la prevaleciente (postura de la mayoría de la doctrina de Zavala de González, Pizarro, Moisés, Rubén Stiglitz y Gabriel López Herrera, Chamatroupos, Álvarez Larrondo, Sozzo, Hernández, Irigoyen Testa, Rinessi, Vazquez Ferreyra, entre otros). Éste último criterio se elaboró a partir de una "lectura correctora" del texto legal, ya que existe coincidencia acerca de los defectos de técnica legislativa que exhibe el citado art 52 bis (en tal sentido se pronunciaron los más importantes congresos jurídicos nacionales, entre otros más: XII Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, Procesal y Laboral de Junín en 2009, en Homenaje a la memoria del Dr. Augusto Mario Morello, en www.cadji.org.ar/documentos/Jornadas XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Tucumán en 2011; Conclusiones de las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil. UBA 2013 -Comisión 8 Derecho del Consumidor-). De tal manera, para este tribunal, que sigue a la postura mayoritaria, no basta el mero incumplimiento sino que además es necesario que se trate de una conducta particularmente grave, en la que se aprecie por ejemplo una grosera negligencia o indiferencia, entre otros posibles graves reproches subjetivos a la conducta del demandado (cfr. Sala Segunda, in re "Machinandiarena Hernández c/ Telefónica de Argentina", S. 27-5-2009 Reg. 257-S, causa 143790; Sala Tercera, causas "Vignolles", sent. Del 9/12/2015; "Umanzor González", sent. del 15/6/2017; "Marinucci", sent. Del 12/11/2018, entre otras; Ricardo Luis Lorenzetti en Consumidores, Segunda Edición, pág. 562 y ss.; Pizarro, Ramón D. "Daños Punitivos" en Derecho de Daños, 2da-parte, en homenaje al Prof. Félix A. Trigo Represas, Ed. La Rocca, Bs.As.1993 págs. 291, 299). Aunque cabe traer a colación 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), ha señalado 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 Lázari; el destacado no es de origen). Aquí la demandada no probó haber brindado al consumidor la información adecuada y precisa que requería el tipo de contratación que los vinculó -contrato de seguro-. El hecho de realizar contrataciones ?telefónicas? (no se ha probado que la contratación se hizo de otra forma), ofreciendo y destacando las virtudes del producto o servicio que se ofrece, exige que los proveedores pongan énfasis en brindar toda la información necesaria acerca de las características y ?límites? de lo que se ofrece; téngase presente que no es el consumidor quien acude en busca de un servicio o producto, sino que son los proveedores quienes acuden al consumidor para realizarle una oferta - en general de modo insistente- que debe aceptar o rechazar en el acto y ello genera que éste se encuentre aún en una mayor vulnerabilidad a la habitual, dado que es expuesto a una situación repentina y sorpresiva sin haber tenido el tiempo de evaluar detenidamente cuáles son sus reales necesidades y deseos respecto del producto o servicio ofrecido (ver jurisprud. esta Cámara y Sala, causa: ?Franco?, sent. del 16/6/2020). Desde ya, que tal omisión informativa no es inocua dado que priva al consumidor de la posibilidad de elegir libremente evaluando los pro y los contras de lo que se le ésta ofreciendo, quedando sólo en su consideración las virtudes del producto o servicio que le relata el vendedor, incrementándose notoriamente de tal forma la chance de contratación y, por lo tanto, el beneficio económico de los proveedores. Resulta oportuno recordar aquí que, como sostiene la doctrina especializada: ?...Es un hecho indefectible, que se repite en todos los países; cuanto más grande es la ignorancia del usuario, más se incrementa la rentabilidad del proveedor...? (Fernando E. Shina, ?Daños al consumidor?, Ed. Astrea, Bs. As., 2014, pág. 18).

Es importante destacar que, en el derecho de consumo, el derecho a la información del que goza el consumidor, y su correlato, el deber de informar que recae en cabeza del proveedor, ha sido consagrado expresamente a nivel constitucional. Así es que, en el primer párrafo del art. 42 de la Constitución Nacional se dispone que: ?...Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno...?. En igual sentido se contempla tal protección al derecho a la información del consumidor en el art. 38 de la Constitución de la Provincia de Bs. As. Los términos ?adecuada y veraz? que expresa el art. 42 de la Constitución Nacional, en definición de la Real Academia Española, significa las calidades de ?apropiado a las condiciones, circunstancias u objeto de algo? y ?que dice, usa o profesa verdad?. Es decir que el deber constitucional se relaciona con la certeza, veracidad y el carácter comprobable de la información, en función de la disponibilidad de datos que una parte tiene y de la cual la otra, claramente más débil en la relación jurídica, carece (argto. jurisprud. (S.C.B.A. en la causa ?DE.U.CO Defensa de Usuarios y Consumidores Asociación Civil c/ Org. Regulador de Aguas Bonaerenses y Aguas del Gran Buenos Aires s/ amparo. Cuestión de Competencia?, sent. del 07-03-2007). La consagración constitucional del derecho a la información lo ha elevado 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 ausencia de equivalencia del contenido del contrato, derechos y obligaciones recíprocas) esencialmente en una desinformación del consumidor en torno al objeto de la relación (conf. Juan M. Farina, ob. cit., pág. 30/31). Esta asimetría informativa entre el consumidor y el proveedor es, sin lugar a dudas, un obstáculo para la conformación de un consentimiento libre que permita elegir entre las diferentes alternativas de contratación que se encuentran en el mercado. Ante lo expuesto resulta indudable, a mi entender y sin perjuicio de no ser requisito para la aplicación de la sanción por daño punitivo la gravedad en el reproche del actuar de la accionada, 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 al contratar el seguro vía telefónica en aras de facilitar la obtención de un beneficio económico para los proveedores, y esa situación empeoró con la falta de entrega de las pólizas con sus condiciones generales y particulares (que hasta la fecha no se sabe dónde están; se sabe que fueron emitidas -v. fs. 202-; y que el banco institorio no encontró constancia de entrega entre sus archivos -v. fs. 240-). Eso no es todo. Generó que la actora creyera que su patología estaba cubierta, desconcertándola con el planteo de exclusión de cobertura mediante carta documento, y luego sostenido en juicio, cuando esa exclusión de cobertura no aparece informada al consumidor del seguro ni probada como parte del contrato en este expediente (ver jurisprud. esta Cámara, Sala 2, causa: ?Argañaraz?, sent. del 25/4/2013) Ello sin perjuicio, además, de la eventual desprolijidad de recibir, en todo caso, una denuncia antedatada (art. 512 del Código Civil: conf. Ramón Daniel Pizarro - Carlos Gustavo 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 el progreso de la sanción prevista en el art. 52 bis de la ley 24.240 -modif. por ley 26.361- que entiendo procedente

su aplicación (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.). Ahora bien, en este contexto y dado que la demandada había planteado la inconstitucionalidad del art. 52 bis de la LDC, por incluir como multa civil al daño punitivo, resulta oportuno señalar en virtud del principio de la apelación adhesiva que no se advierte ni un viso de inconstitucionalidad en dicho precepto legal por ese motivo (Conf. Juan José Azpelicueta -Alberto Tessone; *¿La Alzada, poderes y deberes?*, Ed. Librería Editora Platense S.R.L., Cdad. de La Plata, 1993, pág. 167/168). Este Tribunal ya se ha expedido al respecto (causa *¿Vignolles?*, sent. del 9/12/15; causa *¿Marinucci?*, sent. del 12/11/2018; causa *¿Bravi?*, sent. Del 15/8/2019; causa *¿Goenaga?*, sent. del 9/6/2020, entre otras). En esas oportunidades, dijimos que los daños punitivos son sanciones civiles que tienden a castigar a quienes violan una norma civil y a impedir la reiteración de hechos similares en el futuro. De hecho en nuestro ordenamiento hay otros institutos jurídicos de similares características (vgr. astreintes; intereses punitivos en materia contractual y los castigos pecuniarios previstos por el CPCC para los casos de temeridad y malicia procesal, donde incluso la multa es fijada en favor de la contraparte). Es una condena *¿extra?* que se impone ante una conducta que se aparta gravemente de aquellos niveles de precaución deseables socialmente y que nada tiene de anómala ni de inconciliable con los caracteres generales de las penas privadas en nuestro derecho vigente, y que complementada con las pautas del art. 49, LDC, que brindan parámetros para la aplicación y graduación de las sanciones del art. 47, cumple con el principio de legalidad y con el debido proceso, pues siempre son aplicadas en sede jurisdiccional, en un procedimiento en el que se desarrollan todas las etapas, se concede al proveedor el derecho de defensa en juicio y la posibilidad de ofrecer toda la prueba que hace a su derecho, en el que finalmente puede ser condenado al pago del daño punitivo por un juez natural de la jurisdicción y competencia pertinente (cfr. Irigoyen Testa, Matías, *¿Cuándo el juez puede y cuándo debe condenar por daños punitivos?*, RCyS 2009-X, 16; Vázquez Ferreyra, Roberto, *¿La naturaleza jurídica de los daños punitivos?*, RDD, Daño punitivo, 2011-2, Rubinzal Culzoni Editores, p. 11; Rinessi, Antonio J. Y Rey de Rinessi, Rosa, *¿Naturaleza jurídica 36 del daño punitivo?*, RDD, 2011-2 *¿Daño punitivo?*, p. 117; Zavala de González, Matilde, *¿Función preventiva de daños?*, LL 2011-E-1116; Álvarez Larrondo, Federico M., *¿La consistencia de los daños punitivos?*, LL 2009-B-1156). Incluso nuestra SCBA así lo refleja en el fallo *¿Castelli?* (C. 119.562, 17/10/2018). Destaco que esta multa civil viene siendo aplicada por las Cámara provinciales con amplitud desde hace tiempo (vgr. ésta Cámara Civil y Comercial (Sala II) en las causas N°160.599 *¿Chavarría J. G. C/ Autocrédito S.A. de Capitalización S/Nulidad De Contrato?* del 21/6/2016 y N°159.035 *¿Desiderio, Daniel Darío C/ Mapfre Argentina de Seguros S.A. S/ Daños y perjuicios?* del 3/9/2015; ésta Cámara Civil y Comercial (Sala III) en la causas N° 159.070 *¿Vignolles María de los Ángeles C/ San Cristóbal Seguros Generales S.A. S/ Daños y Perj. Incump. Contractual?* del 15/12/2015, y N°163.197, *¿Umanzor González C/Peugeot Citroën Argentina S/Daños y perjuicios?*, del 15/06/2017; Cámara Civil y Comercial de Junín en la causa 42.818 *¿Decima Julia Graciela y Otros C/ Productos de Maíz S.A. (Ingredion Argentina SA) y Otros S/ Daños y perjuicios?* del 19/11/2015; Cámara Civil y Com. de Zárate Campana, en la causa *¿Ayestarán Juan Carlos c/AMX Argentina S.A. s/ Ds. y Ps.?* del 29/5/2012; y Cámara Primera Civil y Comercial de Bahía Blanca en la causa N° 146.984 *¿Castaño María Alejandra C/ Banco Credicoop Cooperativo Limitado s./Daños y Perj.?* Del 6/10/2016; entre muchas otras). De ahí que el cuestionamiento a su validez constitucional no puede prosperar. Además, y con relación al tildado *¿enriquecimiento sin causa?* de la actora, se ha dicho que la sola aplicación del daño punitivo no implica un enriquecimiento sin causa, en tanto la sentencia que logre posea una externalidad positiva (disuasión de daños) que merezca, por ello, una compensación económica por dicho aporte de valor (beneficio social); aunque también es importante graduar bien la multa para que no supere lo estrictamente necesario para disuadir (ver BAROCELLI: Sergio Sebastián: *«Incumplimiento del trato digno y equitativo a consumidores hipervulnerables y daños punitivos: la Suprema Corte de Buenos Aires confirma su procedencia»*, en DJ 29/5/2013; COLOMBRES, Fernando M.: *«Los daños punitivos en la ley de defensa del consumidor»*, en La Ley 2008-E, 1159. SHINA, F.: *«Los Daños Punitivos en el Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial Otro retroceso en las precarias relaciones de consumo en la Argentina»*, en Eldial.com DC1904. 3/8/2012; ÁLVAREZ LARRONDO, Federico M.: *«La consistencia de los daños punitivos»*, en La Ley, 7/4/2009; JUNYENT BAS, Francisco; VARIZAT, Andrés F., y GARZINO, María C.: *«Destinatario de la multa en el daño punitivo»*, en La Ley, 1/3/2013, 1; ROJO, Martina: *«De los daños punitivos o la sanción pecuniaria disuasiva. La cuestión del destino de los fondos»*. 6/3/2014. Microjuris. MJ-DOC-6614- AR; IRIGOYEN TESTA, Matías: *«Monto de los daños punitivos para prevenir daños reparables»*, en Revista de Derecho comercial, del consumidor y la empresa, La Ley, diciembre de 2011, p. 94). El tema de que se haya elegido al actor como destinatario de la multa civil tiene su razón de ser, como impecablemente lo explica Álvarez Larrondo, Federico M., en que: *¿no estamos aquí ante una indemnización o*

reparación por daño alguno sufrido por la víctima, sino ante un instrumento preventivo sancionador, que ha elegido como destinatario a la víctima, con la sola finalidad de fomentar la denuncia de prácticas lesivas del orden económico integral... Es que al conocer el consumidor que su reclamo de escaso monto puede recibir además un plus, producto de la sanción al obrar violatorio de todo el ordenamiento económico (por cuanto el mismo distorsiona las reglas del mercado, perjudicando a los competidores ajustados a la ley), éste tendrá mayor interés en iniciar el arduo camino de un proceso judicial, y ante el incremento de los reclamos, las empresas que actúan como la aquí demandada descubrirán que el negocio de lesionar los derechos de sus clientes deja de ser rentable para convertirse en deficitario, y en consecuencia, comenzarán a resolver los inconvenientes directamente en su propia sede, descargando de esa manera el costo de gestión de conflictos que hoy trasladan masivamente al Estado a través de sus oficinas de Defensa del Consumidor...? (¿Los daños punitivos y su paulatina y exitosa consolidación? La Ley, 29/11/2010). En suma, considero que con lo hasta aquí expuesto han quedado desbaratados los reparos formulados a la constitucionalidad del art. 52bis de la LDC y, por ende, el planteo de la demandada en este sentido se desestima. Queda por determinar el monto del daño punitivo.

Sin perjuicio de reconocer la dificultad de cuantificar el ?daño punitivo? ante la ausencia de reglas específicas para realizar tal tarea, dado que la norma del art. 52 bis de la LDC sólo prevé que la sanción: ?...se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso...?, lo cierto es que lo relatado y reprochado a la demandada importó la violación a los derechos de la actora como consumidora, sumado al hecho de la importancia comercial de aquélla, quien resulta ser una empresa con una amplia capacidad de contratación, me lleva a estimar el daño punitivo en la suma de \$250.000, que considero idónea para cumplir la función disuasiva del instituto. En definitiva, y teniendo en consideración los fundamentos precedentemente expuestos, considero que debe modificarse el pronunciamiento de primera instancia en el sentido y con los alcances fijados en estos considerandos, lo que así propongo.

VIII.- Costas. No existiendo mérito para apartarme del principio objetivo de la derrota, las costas de ambas instancias han de imponerse a la accionada, dada su condición de vencida (arts. 68, 274 y concs., CPCC). VOTO, pues, POR LA NEGATIVA.

La señora juez doctora Nélide I. Zampini votó en igual sentido y por los mismos fundamentos. A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DOCTOR RUBÉN D. GÉREZ DIJO: Corresponde: I) Rechazar el recurso de la accionada, con costas (art. 68 del C.P.C.); II) Hacer lugar al recurso de la parte actora, con costas a la demandada (art. 68, CPCC); III) Modificar, por ende, la sentencia de primera instancia, disponiendo que la demandada deberá abonar a la actora la suma de \$600.000, más intereses en los capítulos que correspondan, gastos y costas, de conformidad con los considerandos de este pronunciamiento; y IV) Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (arts. 31, 51 y concs., dec.-ley 8904/77; arts. 16 y concs., ley 14.967).

ASÍ LO VOTO. La señora juez doctora Nélide I. Zampini votó en igual sentido. En consecuencia, se dicta la siguiente SENTENCIA Por los fundamentos dados en el precedente acuerdo, se resuelve: I) Rechazar el recurso de la accionada, con costas (art. 68 del C.P.C.); II) Hacer lugar al recurso de la parte actora, con costas a la demandada (art. 68, CPCC); III) Modificar, por ende, la sentencia de primera instancia, disponiendo que la demandada deberá abonar a la actora la suma de \$600.000, más intereses en los capítulos que correspondan, gastos y costas, de conformidad con los considerandos de este pronunciamiento; y IV) Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (arts. 31, 51 y concs., dec.- ley 8904/77; arts. 16 y concs., ley 14.967). Regístrese. Notifíquese en forma electrónica a las partes (art. 3, apartado ?c. c.2)? de la Resolución del Presidente dela SCBA N° 10/20; conf. arts. 135, 143 y 143 bis, CPCC; 11 del Anexo I del Ac. 3845, incorporado por el art. 1, Ac. 3991 de la SCBA). Y devuélvase. En la ciudad de Mar del Plata se procede a la firma digital de la presente conforme al Acuerdo 3975/20, SCBA.

REFERENCIAS: Funcionario Firmante: 09/12/2020 12:43:50 - GÉREZ Rubén Daniel - JUEZ

Funcionario Firmante: 09/12/2020 12:49:14 - ZAMPINI Nelida Isabel (nizampini@jusbuenosaires.gov.ar) - JUEZ

Funcionario Firmante: 09/12/2020 13:29:34 - ANTONINI Pablo Daniel - SECRETARIO DE CÁMARA

Correlaciones: Argañaraz, Hugo E. c/Alvarengo, José Daniel s/daños y perjuicios - Cám. Civ. y Com. Mar del Plata - Sala II - 25/04/2013 - Cita digital IUSJU206281D 003193F