En la ciudad de Puerto Madryn, a los días del mes de junio del año 2015, se reúne la Excma. Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi y la asistencia de los Sres. Jueces de Cámara María Inés de Villafañe y Dr. Mario Luis Vivas para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"G., C. J. c/ S. C. D. S. L. S/ INCUMPLIMINETO DE CONTRATO"**

(Expte. Nº 166/ 2014) venidos del Juzgado Civil y Comercial (Expte. Nº 259/10) de esta ciudad, en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Es justa la sentencia apelada? **SEGUNDA:** ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse conforme el sorteo practicado a fs. 497.

A LA PRIMERA CUESTIÓN, el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis Vivas, dijo:

1.

La Sra. Jueza en lo Civil y Comercial dictó sentencia a fs. 455/463 rechazando, en todas sus partes, la demanda promovida por C. J. G. contra S. C. d. S. Ltda.

En lo pertinente, para arribar a dicho pronunciamiento, consideró que la acción se promovió por incumplimiento contractual, a raíz de un incendio ocurrido en el inmueble propiedad de la actora.

Indicó que la demandada negó que su parte conociera, antes de la contratación del seguro las condiciones de construcción de la vivienda, la que se trataba de una casa prefabricada, negando también que la misma hubiera sido inspeccionada, enfatizando que nadie puede alegar un

derecho fuera del contrato y formuló imputación de reticencia a la actora. Analizó, inicialmente, si hubo incumplimiento contractual y cuáles fueron los daños generados por éste.

Según las constancias adunadas a la causa, la actora contrató con la demandada en julio de 2009, una póliza de seguro "*sujeta a las normas y estipulaciones contenidas conforme cláusulas el tipo de construcción*". Dicha póliza fue renovada en el mes de julio de 2010.

Indicó que en la misma se incluyó la Cláusula 401, la que estableció que los edificios asegurados deben ajustarse a características específicas de construcción, tales como paredes totalmente de material y techos incombustibles. Además se especificaba que no debían existir en la vivienda talleres dedicados a procesos industriales y debían contar con techos incombustibles, no debiendo hacerlo con tabiques o estanterías adosados a las paredes.

Se disponía que el seguro mantendría su vigencia efectiva mientras las referidas condiciones no sufrieran modificaciones, ya que en ese caso sería de aplicación lo dispuesto en la Declaraciones del Asegurado, parte integrante de la Póliza, de la que surgía que las partes se sometían a las disposiciones de la Ley de Seguros y de la misma Póliza en cuestión.

En el mes de julio de 2010 se produjo el incendio de la vivienda propiedad del actor. En el acta policial consta que el personal de bomberos comprobó que las paredes de la vivienda estaban compuestas por materiales inflamables. Dicha circunstancia la ratificó la pericial arquitectónica de autos, la que informó que las paredes de la vivienda estaban construidas con "*ladrillo, piedra, cemento armado, adobe y/o block de granulado volcánico y/o cemento*" y que las paredes exteriores estaban compuestas por listones de madera, recubiertos con placas cementicias pintadas con pintura rústica y

rellenas con lana de vidrio. El perito entendió que la aseguradora no realizó la inspección rutinaria y, por tanto, desconocía los materiales utilizados en la construcción.

Valoró los dichos del Jefe de Bomberos, expresados en una nota periodística, donde se refirió a los materiales inflamables con que estaba construida la vivienda.

Indicó que la póliza contenía como condición de aseguramiento que las paredes estuvieran construidas totalmente de material y estimó irrelevante que el productor de seguros hubiera inspeccionado la vivienda con anterioridad a la celebración del contrato, pues las condiciones se encontraban estipuladas en la póliza de seguros.

Arguyó que si la actora hubiera informado las condiciones constructivas de la vivienda, el contrato no se hubiese celebrado. Que la limitación del riesgo consistía en excluir o restringir los deberes del asegurador por la no asunción de algunos riesgos, tal como lo entendió la aseguradora, por no reunir el inmueble las características constructivas requeridas.

Entendió que hubo omisión por parte de la actora al no informar el verdadero estado de riesgo de la vivienda, circunstancia tipificada en el art. 5 de la LS, y faltar a su obligación de informar cabalmente las circunstancias que permitieran evaluar dichos riesgos.

Valoró la declaración testimonial del productor de seguros, quien explicó que el riesgo se cotiza de acuerdo con la información que brinda el tomador del seguro. Que la actora completó un formulario de propuesta antes que la aseguradora emitiera la póliza. Que en ningún caso de contratación de seguros de vivienda se envían inspectores.

Consideró acreditado que las características constructivas del inmueble siniestrado estaban fuera cobertura de aseguramiento pues no cumplía con

la cláusula del “Tipo de Construcción”, la que describía claramente el ámbito dentro del cual el seguro brinda su amparo.

Impuso las costas a la parte actora en su carácter de vencida. Reguló honorarios profesionales.

2.

A fs. 466 la parte actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia de autos, expresando agravios a fs. 474/479, los que fueron respondidos por la demandada a fs. 482/484.

3.

3.1.

Le agravia a la parte actora el rechazo de la demanda dispuesto en el decisorio anterior. Considera que la sentencia arribó a esa conclusión sin fundamento alguno tras analizar una serie de dichos del perito y del testigo K., productor de seguros y representante de la demandada en esta Ciudad, considerando que la actora omitió informar el verdadero estado de riesgo de la vivienda, provocando un entendimiento falaz respecto a su realidad, siendo que era su obligación informar acerca de todas las circunstancias que permitieran evaluar los riesgos. Se agravia en tanto la sentencia consideró nulo el contrato de seguro con base en las declaraciones falsas o reticentes de la asegurada.

A partir de lo expuesto, sostiene el agravio que no se ha probado tal declaración falsa o reticente de la actora respecto a las condiciones de la vivienda, lo que por otro lado, de haber sido así, resulta ilógica esa conducta, ya que se hubiera perjudicado a sí misma.

Recuerda que eran cinco las viviendas prefabricadas aseguradas y que la aseguradora percibió las primas correspondientes. Por otro lado, memora

también que con posterioridad al siniestro, el inspector visitó la vivienda siniestrada y el tipo de material con el que se encontraba construida. Pese a ello, a pedido de la actora, la aseguradora accedió a una nueva cobertura por un monto mayor, cobrando las primas correspondientes. En este caso, reflexiona, no pudo alegar desconocimiento del material con la que se encontraban construidas.

Considera que el pronunciamiento de autos no valoró la verdadera conducta de la aseguradora, ni siquiera su condición de parte más débil en la relación contractual. Sostiene que la demandada percibió las primas del seguro por tres años, para, luego rechazar el siniestro. Se trata de un supuesto de acto propio de la aseguradora, que el decisorio no analizó.

Afirma que la actora informó a la aseguradora las condiciones de la vivienda, pese a lo cual se emitió la póliza respectiva con exclusión de riesgo desde 2008 hasta 2010, siendo S. Coop. De Seguros Ltda, quien no le informó debidamente a su cliente que no aseguraba este tipo de viviendas. Entiende que al cobrar la prima, con exclusión de ese riesgo, la aseguradora percibía una suma sin contraprestación alguna.

Sostiene que la aseguradora violó su deber de buena fe y de información. Se aprovechó de una situación de prevalencia contractual y percibió una prima excluyendo la única cobertura pactada.

Estima que la aseguradora no acompañó la propuesta de la actora a autos, lo que hubiera echado luz sobre la veracidad de los dichos de la asegurada, encontrándose a cargo de la empresa de seguros probar la reticencia en su declaración, máxime, porque tenía en su poder la documental correspondiente.

Analizó los dichos del testigo K., los que dan cuenta, según su parecer, de la existencia de un formulario de propuesta completado por la

accionante, a lo que aduna que se intimó (fs. 187/188) a su presentación en los términos del art. 392, del CPCC, lo que constituye una presunción en su contra.

Considera también que la sentencia anterior no tuvo en cuenta la confesión ficta de la demandada.

Solicita se revoque el decisorio por contrario imperio y se admita la demanda.

3.2.

El decisorio de autos fijó la cuestión central a resolver, consistente en determinar si hubo o no incumplimiento contractual por parte de la aseguradora.

Tras analizar la prueba documental y testimonial rendida y la pericia arquitectónica de fs. 359/363, concluyó que las partes se habían sometido a los términos de un contrato de seguro con condiciones generales debidamente estipuladas y que carecía de relevancia la previa inspección de la vivienda por parte del productor de seguros. Considera que si la actora hubiera informado las condiciones constructivas de la vivienda, el contrato no habría podido celebrarse, tal como lo puso de manifiesto el testigo K. a fs. 313/314. Da razón a la aseguradora en cuanto a que comunicó la falta de cobertura por no reunir el inmueble las características constructivas exigidas según la póliza contratada.

Reprocha a la asegurada haber provocado un entendimiento falaz respecto a la realidad de la vivienda, omitiendo informar la verdad de las circunstancias y del verdadero estado de riesgo. Considera que el caso se encuadra en el supuesto de reticencia, contemplado en el art. 5, LS. Asevera que la actora tuvo que completar un formulario de propuesta antes que la demandada emitiera la póliza, dando cuenta de la ubicación del riesgo y los

detalles de la confección del edificio y de su contenido. Concluye que no hubo incumplimiento contractual de parte de la aseguradora.

4.

Se encuentra acreditado en autos que las partes celebraron un contrato de seguro por incendio respecto de tres viviendas unifamiliares de ocupación permanente con alquiler por contrato, ubicadas en P. **** de esta Ciudad mediante póliza (renovación) 737679, con vigencia entre las 12 hs del 05.07.09 y las 12 hs. del 05.07.10. La suma asegurada individual era de $ 120.000, de $ 2000 por cada vivienda por remoción de escombros y $ 1000 por unidad, por gastos de extinción de incendio (fs. 12/16; 69/109).

También se encuentra incuestionado en autos que de los anexos y cláusulas, la cobertura contemplaba como objeto del seguro, edificios del tipo de construcción I.E. y C (401), que exigía que las paredes de las unidades fueran totalmente de material (ladrillo, piedra, cemento armado, adobe y/o block de granulado volcánico y/o cemento) (ver demanda de fs. 44/56 y conteste de fs. 134/144).

También resulta indiscutido que el 18 de junio de 2010 la vivienda identificada como n° 3, dada en locación, sufrió un incendio que le provocó daños estructurales (fs. 18 y 216).

Mediante CD de fecha 19.07.10 (fs. 27), la demandada comunicó a la actora la falta de cobertura del siniestro denunciado por no reunir el inmueble objeto del seguro las características constructivas exigidas por la cláusula 401 de la póliza, declinando toda responsabilidad al respecto.

La cuestión medular a resolver consiste en determinar entonces, como bien señala el decisorio anterior, si hubo o no incumplimiento contractual de

parte de la accionada. Sin embargo, lejos estoy de otorgarle razón al fallo que se ataca y daré razones de ello.

4.1.

No está demás aclarar que el contrato de seguros es consensual, por lo que para su perfeccionamiento es suficiente la recíproca expresión de voluntad de los sujetos (arg. art. 1140, Cód. Civil), y por ende no se perfecciona hasta tanto el asegurador preste su consentimiento.

La aceptación, usualmente, adopta la forma escrita y consiste en la emisión de la póliza (cfr. Donati, "*Tratatto del Diritto delle Assicurazioni Private*, Milano, 1952, Vol. II, n° 410, p. 291, en Stiglitz, Rubén S, "Derecho de Seguros", T° I, Ed. Abledo Perrot, p. 109), siendo ella la expresión impuesta por la práctica como manifestación de la voluntad del asegurador de perfeccionar el contrato propuesto por el asegurando. La propuesta o solicitud (a la que me referiré luego) incluye, además de las condiciones generales, las particulares que, en lo sustancial, aparecen enunciadas en el art. 11-2, LS, y que luego se transcribirán en la póliza, en cuanto constituyen

elementos esenciales y específicos de la relación singular, que debe consignar el asegurando por escrito (cfr. Cám. Nacional Com, Sala S, 3-III1982, "Boly, J. c/ Pergamino Coop. Se Seguros Ltda", ED, 99-333).

Es decir, la póliza presupone el perfeccionamiento del contrato, es su prueba principal y guía de interpretación (Cám. Nacional Com, Sala B, 30.09.83, Cía de Seguros La Franco c/ Pereyra", ED, 108-610).

De por sí, el pago de la prima supone que se emplaza entonces en un acto posterior, es decir, de ejecución contractual, y tiene como obvio

antecedente, que el contrato ya se ha celebrado.

Estas aclaraciones vienen a cuento porque el decisorio anterior dejó aclarado que si la actora hubiera informado las condiciones constructivas de la vivienda, el contrato no habría podido celebrarse, cuando precisamente, el objeto específico del seguro no era, ni más ni menos que una vivienda que no respondía a las características constructivas exigidas por la cláusula 401.

Me cuesta creer que una empresa que se dedica a asegurar riesgos no se interese en lo más mínimo por lo que está asegurando. Ni al más distraído hombre común se le ocurriría alquilar un inmueble sin visitarlo o comprar un automotor sin verlo. Menos en el caso de autos, donde además nos enfrentamos a un contrato *intuitae personae*, donde la persona del asegurado es considerada un riesgo en sí mismo a los efectos de celebrar o no celebrar, de rescindir o no rescindir el contrato. A tal punto estoy convencido de lo que afirmo que la ley faculta al asegurador, cuando se transfiere el interés asegurado, para rescindir el contrato, si no le satisface la persona del nuevo titular del interés asegurado; y correlativamente, obliga al asegurado que transfiere el interés asegurado a denunciar esa circunstancia al asegurador, bajo sanciones (arg. art. 82, LS). Es decir, el riesgo o azar moral es, evidentemente, más importante que el riesgo técnico.

A ello aduno que quien contrata es una empresa cuya actividad excluyente es asegurar riesgos y el hecho de prestar su consentimiento en un contrato inherente a su quehacer empresarial, tal como lo hizo al emitir la póliza (renovación de una anterior) 737679, implicó asumir las consecuencias de no adoptar las medidas tendientes a asegurarse que el inmueble cumpliera con los recaudos exigidos por la cláusula 401. Su argumento de no tener la obligación de inspeccionar previo a la contratación resulta, por ende, es inexcusable.

En un caso de similares características se señaló que si el certificado de cobertura fue extendido sin reserva o salvedad alguna que condicione la cobertura a algún requisito a cumplir por el asegurado -con exclusión del pago de la prima-, la aseguradora no puede pretender eximirse de responsabilidad con sustento en la falta de inspección del vehículo asegurado, pues, aceptado el pago de la prima sin reservas ni objeciones, se presume que acepta el seguro, aunque no se haya realizado dicha verificación, pues el riesgo de tal proceder lo asume la compañía (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala C, "Fedele, Vicente M. c. Suizo Argentina Cía. de Seguros", 25/02/1997, AR/JUR/5372/1997). A ello cabría añadir que podrá afirmarse que la aseguradora no tiene una obligación legal de inspeccionar el objeto que asegura, pero no podrá soslayarse entonces que no podrá eximirse invocando desconocerlo cuando se verifica el siniestro, pues ello exterioriza no haber actuado con la diligencia que es debida a un sujeto que desarrolla una actividad de alta especialización conforme el estándar que fija el art. 902, Cód. Civil.

Debo agregar además que si no era su obligación legal inspeccionar el inmueble, cuando era ostensible su condición de prefabricado, y pese a ello lo aseguró contra incendios, por lo menos es una grosera costumbre de asegurar inmuebles; y esa conducta la hace caer en el área de aplicación del art. 902, Cód. Civil: cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos.

A modo de primera conclusión, considero que el argumento articulado por la accionada en cuanto que no era su obligación legal inspeccionar el objeto asegurable, es inexcusable. Desde esta perspectiva la considero responsable de su propia conducta, pues habiendo emitido la póliza (renovación de una

anterior) y percibido las primas sin objeciones, he de presumir que aceptó el seguro sin condicionamientos, a lo que aduno que esa conducta he de juzgarla a la luz del art. 902, Cód. Civil.

4.2.

El decisorio de autos se valió de las declaraciones testimoniales de Kees de fs. 313/314, quien hizo hincapié en su relato acerca de que si la información presentada dentro de la propuesta no encuadraba dentro de las normas establecidas para la comercialización, el riesgo se rechazaba. Aseguró que la actora "tuvo" que confeccionar un formulario de propuesta antes que la aseguradora emitiera la póliza completando datos personales, domicilio, ubicación del riesgo y detalles relacionados con la confección del edificio y del contenido. Que en ningún caso de contratación de seguros de vivienda se envían inspectores, pues se confía o valida lo expuesto por el tomador del seguro. Aclaró el testigo luego que, si se toma conocimiento de estas características, directamente no se avanza en la toma de la solicitud. Los procesos de la demandada -agregó- los hubiera rechazado el sistema y no se hubiera podido cargar la propuesta. Es decir, las manifestaciones testimoniales mencionadas -tomadas a pie juntillas por la sentencia en crisis- dejan entrever que la actora mintió sobre la calidad constructiva de las paredes de las viviendas.

Debo señalar en primer término que en autos no se ha acompañado propuesta alguna confeccionada por la actora, y esa orfandad probatoria es clave para la elucidación del caso.

Si consideramos la denuncia de reticencia formulada por la accionada y tenida por cierta en el decisorio de autos, ésta era quien tenía a su cargo la prueba de su contenido (art. 381, del CPCC).

El art. 4, LS señala que la propuesta o solicitud de seguro no obliga ni al asegurado que la formula, ni al asegurador que la recibe.

Esa propuesta, tiene cinco finalidades: 1) constituye una invitación para tratar la celebración de un contrato de seguro; 2) sirve para que el asegurador forme opinión respecto del riesgo tanto desde el punto de vista técnico, como desde el punto de vista del riesgo moral o azar; 3) para el caso que las partes expresen su voluntad de celebrar el contrato, contiene los elementos necesarios para la instrumentación del contrato, es decir, para la emisión de la póliza; 4) constituye el principal medio de prueba de la falsa declaración o reticencia, o de la declaración u omisión inexacta de circunstancias atingentes al riesgo; 5) constituye un principio de prueba por escrito que hace viable la admisión de todos los medios de prueba que consagran las leyes (cfr., Soler Aleu, "El nuevo…", op. cit, p. 84).

Si además tenemos en cuenta que la actora también afirmó la existencia de la propuesta, en principio ella no estaba exenta de aportarla en virtud del mismo principio (art. 381, del CPCC), pero con las reservas que expreso a continuación.

Para dirimir la cuestión desde este ángulo, habré de remitirme a las normas de la ley, 24.240, ref. Ley 26.361, de defensa del consumidor. Ello así, por cuanto el contrato de seguro cae dentro de su esfera de aplicación. En efecto, el art. 1 de la norma señala que tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario, entendiéndose por tal a toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Y si bien es cierto que la póliza fue contratada para "viviendas unifamiliares de ocupación permanente con alquiler por contrato", no puedo soslayar que no se encuentra controvertido en autos que la unidad siniestrada era de

propiedad de la actora y el riesgo asegurado tendía a su resarcimiento frente al acontecimiento futuro e incierto de daños causados por incendio.

Se ha señalado en tal sentido que, siendo la relación de consumo el elemento que decide la aplicación del derecho del consumidor, debe comprender todas las situaciones posibles (cfr. Lorenzetti, Ricardo L, "Consumidores", Ed. Rubinzal Culzoni, p. 74), por lo que en la extensión del concepto "consumidor de seguros" desde una visión extensiva y amplia, no sólo debe comprenderse a aquel consumidor que contrata los servicios de cobertura de riesgos, sino también al tercero beneficiario y al perjudicado por el acaecimiento del siniestro (cfr. Moeykens, Federico R, " Relación de consumo y contrato de seguro: Protección jurídica del consumidor de seguros", en Ley de Defensa del consumidor, T° II, Ed. La Ley, p. 474/475).

Tampoco soslayo que el art. 1572, Cód. Civil presume el caso fortuito frente al incendio de la cosa locada, salvo prueba de la culpa del locatario, y era razonable que su propietaria adoptara las medidas tendientes a ser resarcida, atento la presunción de caso fortuito que esa norma contempla y la dificultad probatoria que encierra la culpa del locatario.

Así las cosas, habré de referirme en primer término al art. 37, 2ª parte de dicha ley, en cuanto señala que la interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor, y que cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa. Se trata de una disposición genérica en tanto aplicable a la totalidad de los contratos de consumo, entre ellos el de seguro. Ello significa que atrapa en su formulación el contexto del contrato, y de él, todas y cada una de las condiciones generales de las que se deba desentrañar su sentido y alcance. Constituye una directiva que, en una indisimulable finalidad tuitiva del polo

débil de la relación, dispone imperativamente ("la interpretación… se hará") que la decisión debe favorecer la posición contractual del consumidor. Y la finalidad última no es otra que la de restablecer la relación de equivalencia (cfr. Stiglitz, Gabriel, "Derecho de Seguros", T° I, op cit, p. 601).

En segundo término, corresponde la aplicación del art. 53, LDC, en cuanto hace cargar sobre los proveedores el aporte al proceso de todos los elementos de prueba que obren en su poder, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida.

Se trata de la aplicación expresa en materia de relaciones de consumo del deber de conducta de las partes en el proceso, teniendo en cuenta que ambas tienen el deber de colaborar de buena fe en la aportación de las pruebas que se encuentren en su poder.

Claro está que quien se encontraba en mejores condiciones técnicas para resguardar los elementos probatorios era la aseguradora, y su falta de presentación constituye un indicio en su contra, permitiendo presumir los hechos de la actora, ante el incumplimiento del deber de colaboración que le incumbe en cuanto a la dilucidación del hecho en análisis (cfr. Sáenz, Luis R - Silva, Rodrigo, "Ley de Defensa del Consumidor", T° I, op. cit, p. 669).

En los supuestos de propuesta, claro está que el contenido del cuestionario se constituye, en principio, en el límite al deber de información, reserva hecha del deber que asume el asegurador consistente en informar "se" de toda circunstancia trascendente a los fines de evaluar el riesgo por afrontar.

Por ello, es que se ha considerado que, en principio, la inspección en el seguro de daños o el examen médico, en seguros de personas, induce presunción de conocimiento de que el asegurador conocía los antecedentes (Stiglitz, op. cit, p. 505).

En segundo lugar, cierto es que a fs. 168 vta se intimó a la aseguradora para que acompañara la documental identificada a fs. 52 vta, bajo apercibimiento de lo dispuesto en el art. 392, del CPCC, consistente -entre otras- en la declaración precontractual de riesgo formulada por la asegurada. La actora afirma en su demanda que la condición de prefabricadas de las viviendas era conocida por la aseguradora, ya que tal circunstancia le fue informada por ella, previo a la suscripción de la póliza. Tras ello, solicitó, en los términos señalados se adjuntara la propuesta precontractual. La demandada no negó ni afirmó categóricamente la existencia de tal propuesta, pero aseveró que hubo reticencia en la declaración previa de la asegurada, lo que en buen romance significa reconocer la existencia de una manifestación en tal sentido.

Así las cosas, frente a la falta de prueba del contenido de la propuesta, y teniendo en cuenta la relevancia de la documental cuyo acompañamiento a autos se intimó (doctrina de esta Cámara in re SDL 87/13; SDL 91/13; SDL 14/14, entre otros) habré de hacer efectivo el apercibimiento contenido en esa norma y presumir de su existencia y contenido en el sentido de haber puesto en conocimiento de la aseguradora la calidad de los materiales de construcción de la vivienda siniestrada. Ello así, por cuanto dicha presunción ha de integrarse con la interpretación que al efecto realicé de las normas de consumo en los párrafos precedentes y las presunciones creadas a favor del consumidor y en contra de quien tiene mayores posibilidades de aportar la prueba. Debe señalarse al respecto que la aseguradora debió contar con esa documentación en sus registros, pues se trata de prueba esencial que es inherente a la formación del contrato de seguro (cfr. art. 4, LS).

Restaré valor probatorio a las declaraciones del testigo K. de fs. 313/314 pues: a) no era el productor de seguros reconocido como tal en la póliza (se indica en ella a S. d. K., A. R. - Mat *****); b) afirma no haber atendido a la actora, y de haberlo hecho un empleado administrativo (contestación a la pregunta 15ª y 2ª repregunta), c) parte de la base de una suposición en abstracto al señalar que de haber conocido las condiciones de la vivienda no se hubiera contratado el seguro (contestación a la 3ª , 4ª y 5ª repreguntas).

En síntesis, atento la denuncia de reticencia (art. 5, LS) formulada por la demandada y en virtud de lo normado por el art. 381, del CPCC, corría a cargo de aquélla aportar la prueba del contenido de la propuesta, donde la asegurada, según los dichos de la demandada, habría ocultado las característica del material a que refiere la cláusula de exclusión de cobertura 401, lo que en modo alguno efectivizó.

En este punto, debo enfatizar que la declaración que debe formular el asegurando sobre las circunstancias relativas al riesgo por asegurar, no requiere que adopte forma solemne alguna, lo que significa que por ejemplo, puede ser efectuada verbalmente, aunque predomina la forma escrita (cfr. Cámara Nacional Federal en lo Civil y Comercial, 07.04.1970, "Venditti, H. c/ Caja Nacional de Ahorro", LL, 140-748 (24.571); J.A., 970-750).

Si a ello adunamos la interpretación que debe conferirse a este tipo de contratos a favor del consumidor (arg. arts. 37 y 53, LDC), no quedan dudas que corría a cargo de quien se encontraba en mejores condiciones técnicas para resguardar los elementos, cuyo contenido fuera supuestamente "falseado" u "omitido", mas no lo hizo.

Si finalmente atiendo el apercibimiento que emerge del art. 392, del CPCC, tengo por cierto que la asegurada denunció, en una etapa anterior a la

emisión de la póliza, las verdaderas características constructivas de la vivienda incendiada, pese a lo cual, la aseguradora emitió la póliza, y consecuentemente, percibió una contraprestación por ello.

4.3.

La demandada, y en su hora el decisorio de autos, tuvieron por configurada la reticencia (art. 5, LS).

Dicha norma señala que "*toda declaración falsa o toda reticencia de circunstancias conocidas por el asegurado, aun hechas de buena fe, que a juicio de peritos hubiese impedido el contrato o modificado sus condiciones si el asegurador hubiese sido cerciorado del verdadero estado del riesgo, hace nulo el contrato…El asegurador debe impugnar el contrato dentro de los tres meses de haber conocido la reticencia o falsedad*".

Como se advierte, el presupuesto fáctico de la figura es "*toda declaración falsa*" o *"toda reticencia de circunstancias conocidas por el asegurado..."*, circunstancias éstas que, como dije en los párrafos precedentes, no encuentran en autos sustento probatorio alguno.

Si partimos de la base que se desconoce el contenido de la propuesta, mal podría predicarse sobre una reticencia que no se sabe en qué consistió.

En tal sentido se ha señalado doctrinariamente que lo relevante de la cuestión radica en que la declaración escrita del asegurable contenida en formularios suministrados por el asegurador con un cuestionario por él predispuesto, integra la oferta contractual. Ello presupone que, de perfeccionarse el contrato con la aceptación del asegurador, que generalmente se traduce con la emisión de la póliza, la falta de respuesta a preguntas formuladas, luego no podrán ser invocadas como reticencia (cfr. Stiglitz, op. cit, p. 503).

Como quedara establecido precedentemente, el asegurador debió probar el contenido de la propuesta, mas no lo hizo.

4.3.1.

No obstante lo expuesto antes, es decir, aun cuando la demandada hubiera acreditado su contenido en el sentido pregonado por ella, la figura de la reticencia tenida en cuenta por el decisorio anterior no hubiera en modo alguno podido ser aplicable a este caso bajo análisis.

Digo ello así, pues el asegurador dispone de un plazo de tres meses para "impugnar" el contrato (art. 5-2, LS), a contar desde que hubiera conocido la reticencia o la falsedad.

Se trata de un supuesto de caducidad, pues resulta de la expiración de un término y es acordado por la ley (Stiglitz, op. cit, p. 492).

No surge de autos que la accionada hubiera obrado en el sentido que la norma exige, y por lo tanto, perdió la posibilidad de ejercerlo ulteriormente, caducando su pretensión y desvaneciéndose su argumento. Es más. No sólo no impugnó el contrato, sino que, acaecido el siniestro (18.06.2010) emitió una renovación (en 05.07.2010) en los mismos términos que los de la póliza anterior, con vigencia entre el 05.07.2010 y el 05.07.2011 (ver fs. 19/24). No es ocioso aclarar que, conforme sus propios términos (ver CD de fs. 27 y de fs. 112), la aseguradora se anotició del siniestro el 22.06.2010.

4.3.2.

La norma del art. 5, LS también exige un juicio de peritos, que el decisorio anterior tampoco tuvo en cuenta.

La declaración de K. (sobre cuya validez probatoria ya me expedí) no es un juicio de peritos en los términos que la ley exige. En efecto, la LS ha implementado un criterio de apreciación tasado de la prueba. Ese carácter,

impide al juez apartarse de sus conclusiones, por lo que la falta de prueba pericial prescripta por el art. 498, Cód. Com (análogo al art. 5, LS), impide que prospere la reticencia alegada por el asegurador (cfr. Stiglitz, op. cit, p. 516). Se trata de una prueba exclusiva (única), esencial, imprescindible y solemne (cfr. Stiglitz, op. cit, p. 517), que por ende no puede ser suplida con la manifestación de un intermediario de seguros.

Tampoco, desde este ángulo, advierto que asista razón al demandado: no sólo no impulsó el procedimiento previsto por la ley especial, incurriendo en caducidad (art. 5-2, LS), sino que, aun cuando así no fuera, el decisorio se valió de una prueba inconducente para tener por acreditada esa figura (art. 5-1, LS).

De lo expuesto en este acápite, concluyo que no se ha verificado en autos el supuesto de reticencia en los términos señalados por el pronunciamiento de autos.

4.4.

En definitiva, la cuestión de autos gira alrededor del principio de buena fe que debe regir en los contratos (art. 1198, Cód. Civil; art. 217 y 218, Cód. Comercio).

La buena fe no es un rasgo particular que caracterice al contrato de seguro, sino que domina todo el derecho de las obligaciones. La buena fe, referida al seguro, significa atribuir a sus cláusulas no sólo lo que está explícito, sino también lo que está implícito en ellas; atribuir a sus cláusulas un sentido lógico que fluye de su espíritu, más que de su letra; es decir, considerar al objeto fin social del instituto. La buena fe - lealtad de los sujetos es el elemento que hay que ponderar para evaluar la conducta de los sujetos y su

buena o mala fe (cfr. Soler Aleu, Amadeo, “El nuevo contrato de seguro”, Ed. Astrea, Bs.As, p. 17).

En el caso de autos, dos son los aspectos de la conducta de la demandada que a mi juicio atentan contra la buena fe que debe regir en los contratos, y en particular, en el de seguro que es el que nos ocupa: a) la relativa al rechazo de la cobertura, pese a haber percibido la prima durante casi todo el período de vigencia de la póliza 737679, desinteresándose durante ese lapso de las condiciones constructivas del objeto asegurable; b) el acto propio derivado de una renovación de la póliza cuando, acaecido el siniestro, aceptó continuar asegurando la vivienda por un mayor valor.

En cuanto a la primera de las conductas asumidas, y a partir del aserto identificado en el apartado a), cabe señalar que la demandada aseguró un objeto que no había inspeccionado ni visitado con anterioridad. Verificado el siniestro rechazó la cobertura por daños derivados de incendio -único riesgo asegurable pactado, por cierto-, con base en el material de construcción de las paredes de la vivienda asegurada. ¿Cuál era entonces la causa por la cual percibía el pago de la prima?

Es evidente que las conductas de las partes en todo el *iter* contractual es indicativa de su genuina voluntad, al punto que se constituye en referencia en cuestiones significativas como ser la noción de apariencia, la renuncia tácita a invocar consecuencias sancionatorias, etc.

Se ha señalado que “por efecto del peculiar régimen normativo del seguro, los efectos de cualquier relación de esta índole no quedan determinados tan sólo por sus propios términos, por las disposiciones legales y por los hechos materialmente acaecidos, sino que también incide notablemente el desempeño de las partes, aun posterior al siniestro. En pocos campos de las

relaciones contractuales el juego de las caducidades y renuncias, producidas aun por implicancias de otras conductas, influye tan
llamativamente como ocurre en el seguro" (Cám. Nac. en lo Comercial, Sala D, 14.03.80, "Durán, J. c/La Nueva Coop. Seguros Ltda").

De allí que se ha decidido que "resulta necesario exigir a las partes un comportamiento coherente, ajeno a los cambios de conducta perjudiciales, y desestimar toda actuación que implique un obrar incompatible con la confianza que se ha suscitado en el otro contratante" (cfr. CSJN, 03.III.92, YPF c/Pcia. De Corrientes", JA, 1992-I-570).

Si el asegurador, como en el presente caso, percibió las primas durante casi un año y acaecido el siniestro se niega a darle cobertura con base en las características de las paredes de la vivienda, su conducta es contraria a la buena fe, ya que por una parte le cobra al cliente sin miramientos y por la otra invoca una cláusula de exclusión de cobertura, por carecer de las condiciones estipuladas.

Esta última afirmación pretende trazar una línea moralizadora del contrato. Son comunes las decisiones judiciales donde se somete a decisión un conflicto suscitado con motivo de la conducta omisiva de la aseguradora en punto a la verificación del interés asegurable con anterioridad al perfeccionamiento del contrato y que, verificado el siniestro, recién sean invocadas causales que de haber actuado diligentemente, habría contratado bajo otras condiciones (económicas) o no habría celebrado el negocio. En esa línea se inscribe un pronunciamiento donde se destaca que la "carencia de constatación de las condiciones de seguridad del inmueble con anterioridad a la contratación del seguro, unida a la inexistencia de conducta negligente imputable a la víctima, impiden que la aseguradora pueda alegar mala fe ante la interpretación diversa pero razonable,

efectuada por el asegurado del contenido de las cláusulas contractuales (cfr. CNCom. Sala B, 30.12.94, "Marzano D. c/ Boston Cía de Seguros", LL, 1995C-597).

En cuanto a la segunda de las conductas en análisis, entiendo que asiste razón a la apelante. Se trata de un acto propio que atenta contra los más elementales principios de la buena fe.

Tal como surge de los instrumentos agregados fs. 12/16, 19/24, 87/109 la actora aseguró 3 viviendas sitas en P. **** de esta Ciudad, por los períodos 05.07.2009 /05.07.2010 ($ 120.000 cada una), seguro que fue renovado (período 05.07.2010/ 05.07.2011) por una suma mayor ($ 200.000, cada una), una vez acaecido el siniestro (18.06.2010).

La CD de fs. 27 da cuenta que la aseguradora tomó conocimiento en fecha 22.06.2010 del incendio y manifestó, con fecha 19.07.2010 el rechazo de la cobertura. Ínterin, cuando ya había tomado nota del hecho, renovó el seguro por un monto mayor.

Esta conducta debe ser calificada, y así lo hago, de un típico *venire contra factum*, impropio de la buena fe que debe regir en los contratos.

Vale la pena recordar lo sostenido por la doctrina que considera que pierde el derecho de pedir la anulación (por reticencia), el asegurador que habiendo conocido con posterioridad los antecedentes "ocultados" por el asegurado ha continuado percibiendo las primas, actitud que importa mantener en vigencia el seguro y reconocer que tales antecedentes carecen de importancia en cuanto al riesgo (cfr. Fernández, Raymundo L, "Código de Comercio comentado", T° II, p. 432).

La circunstancia de que uno de los sujetos de la relación jurídica sustancial intente verse favorecido en un proceso judicial, asumiendo una conducta

que contradice otra que la precede en el tiempo, en tanto constituye un proceder injusto, es inadmisible.

Examinado el principio de buena fe, advertimos que su observancia requiere que en la relación jurídica la parte exhiba un comportamiento leal y adecuado a la creencia y confianza despertada en la otra, manteniendo la palabra empeñada desde el proceso formativo mismo, haciendo inadmisible la contradicción con una conducta previa y propia (cfr. CSJN, 03.03.1992, YPF c/ Pcia de Corrientes", LL 1995-C-597).

Se trata, en síntesis, de un impedimento de "hacer valer el derecho que en otro caso podría ejercitar". Lo obstativo se apoya en la ilicitud material -se infringe el principio de buena fe- de la conducta ulterior en contradicción con la que le precede. Y se trata de un supuesto de ilicitud material , que reposa en el hecho de que la conducta incoherente contraría el ordenamiento jurídico considerado éste inescindiblemente, noción aplicable indistintamente al ámbito contractual o extracontractual que conlleva como sanción la declaración de inadmisibilidad de la pretensión de quien intenta ponerse en contradicción con su anterior conducta, deliberadamente manifestada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz (CSJN, 29.03.90, "De Miguel c/ ENTEL", JA, 1990-III-6, en Stiglitz, op. cit, nota al pie, p. 629).

Por tales razones, la propia empresa aseguradora fue quien con su proceder generó en la asegurada la confianza sustentada en aquella conducta (la percepción de la prima de la póliza y su posterior renovación), resultando ello contrario a derecho por violar el principio de buena fe (art. 1198, Cód. Civil).

Considero, en consecuencia, que el agravio en tratamiento debe ser admitido y deberá revocarse la sentencia anterior.

5.

Admitida la responsabilidad de la aseguradora, habré de analizar los daños reclamados.

Se pretende en autos: a) el cobro de la suma asegurada; b) el daño moral derivado del incumplimiento contractual; c) el daño punitivo por la conducta reprochable de la aseguradora. En ese orden les daré tratamiento.

5.1.

Se reclama el pago de la suma asegurada de $ 122.000.

Ha quedado acreditado mediante acta policial de fs. 17, cuya autenticidad fuera corroborada a fs. 200, que el 18 de junio de 2010, en la Unidad n° 3 del domicilio de P. **** de esta Ciudad, se originó un incendio que obligó la intervención del Cuerpo de Bomberos local, el que una vez que extinguió el fuego procedió, conjuntamente con personal policial , a realizar una inspección ocultar de la vivienda siniestrada. De resultas de dicha verificación, los intervinientes dieron cuenta de daños totales en dos dormitorios y un baño, encontrando en el resto de los ambientes vestigios de humo y hollín causados por la combustión.

De la constancia de actuación de fs.18, cuya autenticidad fue corroborada a fs. 216, surge que el incendio de la vivienda fue generalizado y, tras su extinción, se verificó que sus daños estructurales eran totales, incluyendo el mobiliario de la cocina y el comedor, afectando también los sectores de dormitorio y baño.

Acreditada la existencia de daños acaecidos como producto del fuego, y en atención a lo resuelto en el apartado 3 de mis consideraciones, conforme con los términos de la póliza, que aseguraba cada vivienda en $ 120.000 (fs. 12/19 y 87/90) y la cobertura por remoción de escombros en $ 2.000 (fs. 12/19 7y

87/90 y respuesta del perito arquitecto de fs. 360), en los términos de los arts. 61,85 y 87 LS, corresponde admitir, en el límite de lo pedido en la demanda, el rubro por la suma de $ 122.000. A dicho monto se le adicionarán intereses desde la fecha del siniestro (18.06.2010) hasta su efectivo pago, aplicándosele la tasa activa fijada por el Banco del Chubut S.A.

5.2

Reclama la actora daño punitivo. Sostiene que la conducta reprochable de la aseguradora amerita una sanción de esa naturaleza. Estima, al solo efecto de cumplir con la exigencia de la ley adjetiva (art. 333, inc. 3 del CPCC) que el monto de condena debe ser fijado en $ 10.000.El art. 52 bis LDC, reconoce la aplicación de una "multa civil", a instancia del damnificado *al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor*.

La actora fundamenta lacónicamente su pedido en una "conducta gravemente reprochable" de la aseguradora, sin brindar razón alguna ni argumentar sobre la conducta que reprocha.

Analizada la norma en su escueta redacción, pareciera que la procedencia de la multa civil requiere como único presupuesto fáctico "que el proveedor no cumpla las obligaciones legales o contractuales con el consumidor". Es decir, que cualquiera sea la obligación violada, medie o no culpa o dolo del proveedor, haya o no realmente un daño causado al consumidor, y con independencia de que el proveedor se haya enriquecido, la norma establece la viabilidad de la sanción (cfr. PICASSO, Sebastián, "Nuevas categorías de Daños en la ley de Defensa del Consumidor, en Reforma a la Ley de Defensa del Consumidor", Dirigida por Roberto Vázquez Ferreyra, la ley, Buenos Aires, 2008, p. 133).

No obstante ello, y en virtud de dicha parquedad normativa, ella no puede interpretarse sino a la luz de lo dispuesto por el art. 49 LDC, la que si bien hace referencia al art. 47, que se refiere a "Sanciones" (de hecho la multa civil no escapa a ese concepto), señala que en la aplicación y graduación de las sanciones previstas en esa norma "*se tendrá en cuenta el perjuicio resultante de la infracción para el consumidor o usuario, la posición en el mercado del infractor, la cuantía del beneficio obtenido, el grado de intencionalidad, la gravedad de los riesgos o de los perjuicios sociales derivados de la infracción y su generalización, la reincidencia y las demás circunstancias relevantes del hecho*".

En esta línea, se cuestiona la lectura lineal del artículo y se entiende que no es suficiente el incumplimiento, sino que también se requiere tener en consideración la conducta del demandado y el riesgo que dicho comportamiento ha traído aparejado para poder definir la eventual procedencia de la sanción (cfr. IRIGOYEN TESTA, Matías, "¿Cuándo el juez puede y cuando debe condenar por daños punitivos?", XXII Jornadas nacionales de Derecho Civil, t.5, Córdoba, 2009, p. 117).

En igual sentido se ha señalado que el art. 52 bis LDC permite, a partir de una lectura contextualizada, tener presente una serie de "notas típicas": a) la gravedad de la falta, b) la situación particular del dañador, especialmente en lo atinente a su fortuna personal, c) los beneficios procurados u obtenidos con el ilícito, d) la posición de mercado o de mayor poder del punido, e) el carácter antisocial de la conducta, f) la finalidad disuasiva futura perseguida, g) la actitud ulterior del demandado, una vez descubierta su falta, h) número y nivel de empleados comprometidos en la inconducta de mercado, i) los sentimiento heridos de la víctima (cfr. PIZARRO, Daniel Ramón, Daños Punitivos en: Derecho de Daños,

Homenaje al Profesor Félix Trigo Represas, La Roca, Buenos Aires, 1993, p. 283)

A poco que se analiza el reclamo de este rubro, se advierte que ninguno de estos recaudos han sido puestos de manifiesto por el reclamante en su líbelo.

La sola mención de una "conducta gravemente reprochable", no predica sobre la aplicación de la multa civil. Al juez, en tal sentido, le está vedado conjeturar; los hechos deben ser alegados y probados (arts. 333, inc. 4 y 381 del CPCC).

Por tal razón, no habiendo cumplido el actor con los extremos exigidos en dichas normas adjetivas precedentemente mencionadas, soy de la opinión que el rubro en análisis debe ser desestimado.

5.3

Reclama también la actora por daño moral derivado del incumplimiento contractual, estimando su monto en la suma de $ 5.000.

Sabido es que en la parcela de la responsabilidad civil contractual, el daño moral no se presume.

Se viene diciendo desde hace muchos años, que en materia contractual, el daño moral no se presume: quien lo invoca, debe alegar y probar los hechos y circunstancias que determinan su existencia, ya que el juicio para ser resarcible en forma integral, debe ser cierto y probado (CNAC, sala A, "Panamericana de Televisión S.A.,", 20/03/1979, LL 1979-C, 388, 1979-9,33, AR/JUR/18791979).

Por otra parte, en este anaquel de la responsabilidad civil, el acogimiento del rubro es facultad de los jueces.

En efecto, en el art. 522 del Cód. Civil, la procedencia de la reparación del daño moral en tales supuestos es facultativa para el juez "de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso". Cuando hay incumplimiento contractual, la indemnización por daño moral no corresponde necesariamente, sino que está sujeta a la apreciación judicial previa acreditación de su existencia (CNAC, sala A, "Panamericana de Televisión S.A.,", 20/03/1979, LL 1979-C, 388, 1979-9,33, AR/JUR/18791979).

En materia de interpretación, el daño moral, cuando tiene un origen contractual (art. 522, Cód. Civil- Adla XXVIII-B, 1799), debe ser considerado con rigor y, por tanto, es a cargo de quien lo reclama su prueba concreta, no bastando la del incumplimiento a la obligaciones contraídas que conlleva al resultado del pleito y no al contenido conceptual del daño moral (cfr. CNAC, sala B, "Gago, Miguel y o. c/ Producciones Docta S.R.L,. y o.", 11/03/1980, AR/JUR/3381/1980).

Tal como ha sucedido con el "daño punitivo" reclamado, la actora no ha dado cuenta de las razones por las cuales solicita daño moral. Sólo ha afirmado que lo reclama por el "incumplimiento contractual", sin brindar tan siquiera una mínima explicación de las afecciones extrapatrimoniales sufridas, ni de qué modo dicho incumplimiento incidió en su ánimo, razón por demás suficiente para desestimarlo en los términos del art. 333 inc.4 del CPCC.

En ese sentido señalaba Morello que "…*son cargas concretas a satisfacer por el actor en la demanda de daños, dado que resguardan los principio básicos: de orden, igualdad, posibilidad de defensa y seguridad (o sea, procesalmente, los de bilateralidad y congruencia), las siguientes,…proporcionar los datos necesarios para que la contraparte pueda aceptar o no el reclamo, produciendo en su momento la*

prueba que haga a su derecho…" (Morello, Augusto, "Indemnización del daño contractual", Lexis Nexis- Abeledo Perrot, Bs.As., p.503), aserto que bien vale aplicarlo al rubro "daño punitivo" tratado antes.

Por las razones expuestas corresponde desestimar el rubro solicitado.

6.

Las costas de la instancia anterior deben ser readecuadas (art. 282 del CPCC)

Teniendo en cuenta el resultado de mi voto precedente, y

atendiendo al principio objetivo de la derrota (art. 69 del CPCC), las mismas deben ser soportadas por la demandada, quien resulta ser la parte sustancialmente vencida. Atendiendo ese resultado, también corresponde la readecuación de los honorarios. A tal fin corresponde regular los de los Dres. R. A. S., R. J.M. C. y L. G. en el 18% en su conjunto y los de los Dres. R. L. y J. M. F. C. en el 15% en su conjunto, del monto que en definitiva resulte de la liquidación que se practicará en autos (arts.

5,6,8,9,39 y cc, ley arancelaria). Todo ello, con más IVA, si correspondiere.

7.

Con respecto a las costas de esta Instancia, y en atención a lo que resulta de lo precedentemente expuesto, las costas deben ser impuestas a la parte demandada (art. 69 del CPCC). A tal fin regulo los honorarios de los Dres.

R. A. S., R. J.M. C. y L. G. en el 35% en su conjunto, de lo que les correspondiera en la Instancia anterior y los de los Dres. R. L. y J. M. F. C. en el 25% en su conjunto, de lo que les correspondiera en la Instancia anterior (arts.

5,,9,13 y cc, ley arancelaria). Todo ello, con más IVA, si correspondiere.

Por las razones expuestas, voto por la **NEGATIVA**

A LA PRIMERA CUESTIÓN la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe dijo:

1.

Dado que el magistrado preopinante ya reseñó en lo esencial los detalles del caso, la sentencia dictada por la Sra. Juez Subrogante y los motivos de agravio expuestos por el apelante, me pronunciaré directamente sobre las cuestiones propuestas al Acuerdo, para lo cual y en cumplimiento de los arts. 169 de la Const. Prov., 8 de la ley V N° 17 y 274 C.P.C.C. serán suficientes las consideraciones que siguen.

2.

Llega firme a esta instancia que la Sra. C. G. celebró con S. C. d. S. Ltda. un contrato de seguro por incendio que cubría tres viviendas propiedad de la actora ubicadas en la calle P. **** de esta ciudad con vigencia desde las 12 hs del día 5 de julio de 2009 hasta las 12 hs. del día 5 de julio de 2010 e instrumentado por Póliza ******(fs.12/16). De la misma surge que se cubría $ 360.000 por "edificio" ($ 120.000 por cada inmueble), $ 6000 por gastos por remoción de escombros ($ 2000 c/u) y $ 3.000 ($ 1000 c/u) por los gastos de extinción del incendio.

Han sido las partes contestes en informar que la cobertura refería a inmuebles cuyo tipo de construcción se ajustaba, en lo que resulta de interés para esta causa, a las características de: a) paredes totalmente de material, b) techos incombustibles de construcción. (v. Cláusula IE y C N° 401)

Ha ganado firmeza también que en fecha 18 de junio de 2010, la vivienda dada en locación y a la que individualizan con el N°3, sufrió daños estructurales totales como consecuencia del incendio de la vivienda (v. acta policial de fs. 17; la constancia de actuación del Cuerpo de Bomberos Voluntarios de la ciudad de fs.18 ratificada a fs. 216).

Del mismo modo ha quedado reconocido que, denunciado administrativamente el siniestro en fecha 22/06/2010, la Aseguradora comunicó a la Sra. G. , que el mismo no tenía cobertura dado que el inmueble asegurado *"no cumplía con las características constructivas exigidas en la Cláusula N° 401: Tipo de construcción: El o los edificios objetos del presente seguro y/o en los cuales se hallen los bienes asegurados deben ajustarse a las siguientes características: a) Paredes totalmente de material(ladrillo, piedra cemento armado, adobe y/o block de granulado volcánico y/o cemento) según Póliza contratada bajo el N° 737679 Ref 5843782,* deslindándose de toda responsabilidad.

Tampoco se ha controvertido que por Póliza N° ****** se renovó el contrato de seguro entre las partes con vigencia 5 de julio de 2010 hasta el 5 de julio de 2011 y sobre tres viviendas ubicadas en el predio ya identificado, discriminándose la suma asegurada en $ 200.000 por inmueble; gastos remoción escombros por $ 10.000 y gastos extinción de incendio por $ 1000 cada vivienda (fs. 19/25) como que conforme la CD que obra a fs.32 la Aseguradora decidió anular la Póliza correspondiente al ramo Incendio N° 737679 sin expresión de causa (art. 18 Ley 17.418) y que daría inicio en 15 días a la acción informada (rescisión).

Por otro lado dejaré establecido que el contrato de seguro constituye un contrato de consumo cuando se celebra a título oneroso, entre un

consumidor final y una persona jurídica, que actuando profesionalmente, se obliga mediante el pago de una prima, a prestar un servicio cual es la asunción del riesgo previsto en la cobertura asegurativa: el resarcimiento del daño o el cumplimiento de la prestación convenida. (cfme. María Fabiana Compiani, "El Contrato de Seguro y la protección del Consumidor", en la Ley de Defensa del consumidor comentada y anotada, Directores Picasso, Vazquez Ferreyra, T. II, pág. 432/438 Ed. La Ley, Bs. As. 2009).

Asimismo el artículo 65 de la Ley 24240 declara que esa ley es de orden público. De tal calificación se deriva que el juez está obligado a aplicar sus normas en todos los casos, indagando en la esencia del negocio y aun ante el silencio que hubiera observado el propio interesado (v. Farina, Juan María, Defensa del consumidor: dos criterios opuestos acerca de los alcances de la tutela legal, L.L. 1997- 1093). Que esto es así, parece indiscutible, puesto que, como es sabido, al tratarse de normas de esa índole, el juez debe aplicarlas incluso de oficio, siendo precisamente éste el mecanismo del que se ha valido el legislador consumerista para asegurar la vigencia de los derechos del consumidor, aun ante una inadecuada defensa por parte de éste.

3.

Para dar respuesta a la cuestión propuesta al Acuerdo, inicio el tratamiento de los agravios desde el principio de la buena fe que, si bien gravita sobre todo vínculo jurídico, resulta a mi criterio factor primordial en la relación de asegurador y asegurado.

La exigencia de la buena fe se manifiesta en el seguro de manera extrema ya que se expresa de modo dominante en el llamado período precontractual cuando el asegurado todavía no lo es. Es una carga legal del asegurado, y como tal no genera a favor del asegurador prestación susceptible de

ejecución forzada. *"La ley establece con precisión el efecto de su incumplimiento en la nulidad ex tunc de la relación contractual. La ley 17.418 en su art.5 sigue el criterio más severo, al considerar causa de nulidad del contrato la reticencia aún de buena fe, recogiendo en ese precepto el supuesto del puro error consistente en la desarmonía entre la situación real de riesgo y la aparente, deducida de la declaración del asegurado, aunque éste no hubiese incurrido en culpa ni en mala fe* "(CNCom, Sala B, "Sucesión de Jorge Risso Patrón c/ Círculo Cerrado S.A. 30-06-88).

La declaración del asegurado es reticente cuando la circunstancia influyente sobre el riesgo es omitida, declarada en forma incompleta o de manera confusa; siendo falsa cuando la circunstancia es declarada de un modo que no corresponde a la realidad. Se imponen al asegurado dos cargas: a) ser exacto en lo que dice; b) decir todo lo que sepa. Si viola el primer precepto, produce una declaración errónea, si viola el segundo comete reticencia. *"Tanto la reticencia como la falsa declaración, son institutos que vician la voluntad negocial del asegurador, y que pueden alcanzar los mismos efectos a pesar de que conceptualmente se diferencien, ya que en la reticencia el asegurado silencia la verdad omitiendo informar circunstancias relevantes, mientras que en la falsedad, la manifestación implica una declaración distinta de la realidad. La importancia radica en que, si el asegurador hubiera sido informado sin reticencia o falsedad, hubiera podido elegir libremente entre no contratar, o hacerlo sobre la base de otros contenidos contractuales. De ello se desprende la vital importancia de que el asegurado ponga en conocimiento del asegurador, en forma franca y sin reservas, todas las circunstancias que puedan influir en la apreciación del riesgo. La reticencia está referida a las circunstancias conocidas por el asegurado al tiempo de las tratativas precontractuales y hasta el momento del comienzo formal del contrato. Por ello se afirma que la reticencia o la falsa declaración constituyen vicios de la*

voluntad contractual en los términos de los artículos 926 y 931 del Código Civil (v. "Derecho de Seguros", Rubén S. Stiglitz, T. I. págs. 607 y sigs., Ed. La Ley, 2004). (CNACom. Sala F "S. M.E. c/ Seguros Bernardino Rivadavia Coop. Ltda. s/ Ordinario, 2011/08/11)

Se afirmó en la sentencia *"que sería ilógico admitir que el riesgo asegurado en el contrato pueda ser una vivienda construida con materiales de construcción no convencionales y altamente combustibles. Las viviendas prefabricadas en general representan un riesgo cierto de incendio, de ahí la limitación del riesgo que resulta de la exclusión de cobertura o no seguro"* como que *"Sin duda la actora provocó en la Aseguradora un entendimiento falaz respecto de la realidad de la vivienda, hubo omisión de su parte en informar la verdad de las circunstancias y del verdadero estado de riesgo de la vivienda. La reticencia es la figura legal que contempla el art.5 de la Ley de Seguros N°17.418 dispone: Toda declaración falsa o toda reticencia de circunstancias conocidas por el asegurado, aún hechas de buena fe, que a juicio de peritos hubiese impedido el contrato o modificado sus condiciones si él hubiese sido cerciorado del verdadero estado del riesgo, hace nulo el contrato."*

4.

Tal como indicó la magistrada, conforme el art. 5º LS la reticencia o declaración falsa deben probarse." *La prueba de la reticencia, pesa sobre el asegurador*" (CNCom., Sala C, 26/12/1984, in re "Soto Roque, c/ San Lorenzo Cía. de Seguros).

Y debe probarse únicamente por juicio de peritos; se trata de una prueba legal o tasada que no puede suplirse por otros medios; es necesario que los peritos establezcan los hechos que constituyen la falsedad u omisión y que estimen si sabido el verdadero estado del riesgo, ello hubiera determinado que el asegurador no celebrara el contrato o modificara sus cláusulas." *El*

art. 5 de la ley 17.418 sólo deja librado al juicio de peritos (con carácter de prueba legal) la determinación de si los hechos cuya reticencia o falsa declaración invoca el asegurador hubiesen impedido el contrato o modificado sus conclusiones; las afirmaciones de los peritos en todo aquello que exceda tales límites legales, pueden ser analizadas por el juez de acuerdo con las reglas de la sana crítica (cnfr.CNCom., esta Sala, in re, "Sucesión de Jorge Risso Patrón y otros c. Círculo Cerrado S.A. de Ahorro para fines determinados y otros", del 30.6.88; CNCom., 5.10.51, LL 66807). Y los hechos que acreditan los antecedentes materia de la reticencia o falsedad pueden ser probados por todos los medios de prueba admisibles en derecho. Sintetizando, la trascendencia de la falsedad o reticencia sólo puede establecerse por dictamen pericial, único medio indicado por la ley (cnfr. CNCom., 31.8.38; LL 12190; ídem, 14.3.39, JA 65-862; bis ídem, 14.12.45, JA 1945-II-717; ter ídem, 21.11.28, LL 12-964)."(CNACom Sala B "E.M.M. de P. C. y M.E.P. C. c/Sur Seguros de Vida S.A. y Citibank s/ ordinario "6/12/2002. Base MJ-JU-M4366-AR).

Luego el asegurador deberá desconocer las verdaderas circunstancias del riesgo asegurado para que la defensa pueda progresar.

Estoy persuadida que en el particular esquema controversial que presenta esta litis, lo decisivo reside en que la causal invocada por la Aseguradora para declinar el deber de cobertura (constituida por la reticencia que se atribuyó a la asegurada) no ha sido objeto de eficaz comprobación en el marco de los presentes obrados.

El concepto de riesgo adquiere en el contrato de seguro una importancia relevante, porque constituye el objeto del contrato, su existencia es esencial para legitimar el contrato, por lo cual si la aseguradora- como afirma sin inspeccionar los inmuebles- no controvirtió la contratación y cobró la prima en pago del seguro, no puede, cuando debe abonar los daños originados

por el siniestro, oponer una reticencia que afecte la estructura sinalagmática y que no le pareció impeditiva al momento de contratar.

Afirmó la demandada que la póliza de incendio se emitió sin inspección previa y que no existe obligación alguna de hacerlo hasta la ocurrencia del hecho y se confió en la buena fe del contratante, según propuesta de la póliza, que el material utilizado en la construcción reunía todas las condiciones de asegurabilidad y que por ello se procedió a la emisión de la póliza. Asegura que la actora incurrió en reticiencia porque calló lo que debía decir al Asegurador esto es ocultó la alta combustibilidad de la vivienda en especial sus paredes.

De la constancia de actuación expedido por los Bomberos Voluntarios de esta ciudad (fs. 18) surge que el siniestro generalizado de una vivienda de tipo prefabricada la cual se ha sufrido daños estructurales totales.

Ante esta circunstancia y conforme se afirma en la contestación de la demanda, la Aseguradora comunicó que el caso no tenía cobertura ya que el inmueble no reunía las características constructivas que exigía la C 401 del contrato y es en esta dirección que la demandada apoya su defensa, dejando a salvo de mi parte, que ningún valor probatorio tiene el informe de los liquidadores de siniestros que se agregó a fs.130/133, el que negado por la contraria, no ha sido validado en sede judicial.

Resulta a mi criterio inaudible sostener que conforme se desarrolló el vínculo asegurativo, la Sra. G. ocultó las características

constructivas de las viviendas que aseguraba y que de haberse conocido las mismas el contrato no se hubiera celebrado y como consecuencia de ello, no puede la Aseguradora pretender, para excusarse de hacer efectivo el pago de la indemnización una vez acaecido el siniestro, oponer la reticencia de la actora. Si al tiempo de formalizar el contrato no estimó necesario

inspeccionar los inmuebles, es obvio que la Aseguradora, por su carácter de profesional, deberá asumir su propio riesgo. *"…si la Compañía de Seguros, por una conveniencia comercial, decide no realizar una "inspección técnica previa" resulta harto evidente que está "asumiendo el riesgo" de no tener un conocimiento pleno y cabal del riesgo a asegurar. Por lo tanto si se pretendiese alegar la "reticencia" del "consumidor de seguros", por no haber informado lo que no se preguntó, ni lo que no se inspeccionó, se estaría produciendo un "traslado del riesgo al consumidor". Como consecuencia de ello, es que entendemos que no se podrá alegar la"reticencia" del asegurado, cuando los hechos y/o circunstancias hubieran sido fácilmente conocidos por la aseguradora, realizando una "inspección técnica previa". Ello es así, dado que-por un lado-el asegurado tiene la carga de informar"; pero por otro lado-y aun más importante- la aseguradora (que es el profesional) tiene el deber de "informarse*". (Ghersi - Weingarthen, "Código de Comercio y Normas complementarias. Análisis jurisprudencial,
comentado, concordado y anotado. Ley de Seguros, T. III, pág. 59/60 Ed. Nova Tesis Rosario, 2006).

La actora, no se alegó nada en contrario, cumplió enteramente con el pago de la prima, viendo frustrada injustificadamente su expectativa de cobrar el seguro, lo que importa no sólo un enriquecimiento sin causa para la demandada, sino también una conclusión inapropiada en punto a los fines de cobertura que se pretenden conseguir mediante la contratación de seguros, y los presupuestos y alcances de este contrato.

En los términos de la buena fe contractual, la aseguradora no puede desobligarse escudándose en un extremo que conocía al momento de contratar y a sabiendas que recibía el pago sin estar obligado a contraprestación alguna.

Y voy a afirmar que conocía las características de los inmuebles asegurados,

pues al tiempo de la renovación de la póliza N° ****** (vigencia 2009/2010), por la que lleva el N°******, emitida el 5 de julio de 2010 (fs.102/109) por el mismo riesgo -se insiste - y por la que se percibió el pago (fs. 25), ya estaba en su conocimiento la denuncia administrativa del siniestro ocurrido el 16/06/10. En la CD de fs. 27 se indicó que la denuncia administrativa del siniestro había sido recepcionada el 22 de junio de 2010.

Tampoco obra en autos razones que permitan afirmar que tales condiciones constructivas eran desconocidas para quien resulta productor -asesor del Seguro y quienes actuaron desde la celebración de la primera póliza como en sus renovaciones, Sra. S. d. K. A. R. Mat. ***** (fs. 85, 90, 92).

En los términos en que ha quedado planteada la litis, deviene pertinente aludir al art. 4to de la LS que establece que el contrato de seguro es consensual, no solemne y bilateral, de donde el inicio del vínculo estará dado por la propuesta de seguro de la persona que pretende asegurarse y que para producir sus efectos deberá ser conocida y aceptada por aquel a

quien va dirigida- el Asegurador-, generalmente por medio de un productor de seguros que efectivamente lo represente. No existe forma determinada para la propuesta y la aceptación de la oferta producirá efectos a partir de ser comunicada al tomador dado el carácter recepticio de la misma.

La Sra. G. afirmó en su demanda que existía tal propuesta y la denunció como documental en poder de terceros (fs. 52 vta.) como “declaración precontractual de riesgo formulada por la asegurada”, y a requerimiento del Tribunal señaló que la misma estaba en poder de la demandada (fs.153). En la apertura a prueba se requirió a la parte que acompañe la documentación bajo apercibimiento del art. 392 del CPCC y fue notificada a fs.187/188. La misma no se acompañó al expediente y frente a la intimación cursada, nada alegó la Aseguradora en su descargo.

La existencia del formulario de propuesta fue informada por el testigo Kees (productor organizador) a fs. 313/314 como de práctica antes que se emita la póliza, aunque se desentiende del caso concreto por no haber intervenido en la negociación.

Aun cuando la Aseguradora no afirmó ni negó la existencia del referido formulario, la vehemencia que ha puesto para afirmar que la actora fue reticente -en brindar la información previa respecto de las características de los inmuebles sobre los que recaía el seguro-, me persuaden que aquella declaración precontractual verosímilmente existió y ha sido renuente en aportarla a la causa, lo que configura la presunción en su contra que autoriza la norma del art. 392 del CPCC y por la cual he de tener por cierto que en la etapa formativa del contrato de seguro, la Sra. G. informó las características de las viviendas objeto del contrato y no obstante ello se emitió la póliza que fuera luego renovada por otros dos períodos.

A ello debe sumarse la norma del art. 53 LDC que establece que es carga de los proveedores aportar todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio.

Como señala el magistrado que me antecede en el voto, la norma receptada por la LCD proviene de los principios generales en materia probatoria y en el caso, es la Aseguradora la que se encontraba en mejores condiciones para aportarla al proceso desde que, e incluso en su propio interés, aquella declaración precontractual o propuesta constituía en definitiva un antecedente primordial para justificar la reticencia de G. en la etapa previa a la suscripción de la póliza. *"De esta forma y de conformidad con lo dispuesto por el art. 53,LDC, cuando el proveedor no aporte al juicio las pruebas que se encuentren*

en su poder, o éstas se hayan perdido, o no se hayan producido, cuando razonablemente se encontraba en cabeza de aquel su preservación, este extremo constituirá una presunción en su contra, que permitirá presumir el hecho invocado por el consumidor "(Luis Sáenz- Rodrigo Silva en La Ley de Defensa del consumidor comentada y anotada, Directores Picasso, Vazquez Ferreyra, T. I, pág.669, Ed. La Ley, Bs.As. 2009).

Tampoco puede dejar de valorarse la confesión ficta en que incurre la demandada, circunstancia que no ha sido considerada en la instancia de grado. La prueba se cumplió en extraña jurisdicción y el representante legal no asistió a la audiencia (fs. 377/378) y aun cuando fuera solicitado por el letrado autorizado a su diligenciamiento, es claro que no es necesario el pedido de la parte para tener por confeso al absolvente (Fenochietto - Arazi "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Tomo 2 pág. 425, Ed. Astrea, 1985). Conforme las posiciones 4ta y 5ta, deberá tenerse por cierto que la Sra. G. informó previamente el tipo de viviendas a asegurar como que la aseguradora envió un inspector al domicilio de las calles F. y P. para constatar el estado de las viviendas a asegurar.

Para finalizar el tratamiento de los agravios, la actora debía acreditar los hechos constitutivos del derecho que invocó, esto es el riesgo como la eventualidad prevista en el contrato (incendio) y la Aseguradora demandada los extintivos, impeditivos o modificativos, y en este aspecto fue insuficiente la prueba de la aseguradora, en razón de no haber acreditado que la actora falseó la propuesta para acceder al seguro y en ese aspecto resultaba decisivo para saber si medió reticencia, tener a la vista aquella declaración previa de la actora, instrumento que debe o debería haber obrado en poder de la demandada, y no fue incorporado a la causa.

La demás pruebas valoradas, me persuaden que la Aseguradora conocía las características de las viviendas, objeto del seguro y que no obstante ello extendió las sucesivas pólizas y percibió las primas, por lo que no cabe admitir la exoneración de responsabilidad argumentada por la aseguradora luego de producido el siniestro.

5.

En la sentencia de grado se admitió la defensa de la Aseguradora en los términos del art. 5 LS, soslayando circunstancias que estimo resultaban trascendentes para resolver en ese sentido.

Más allá que la actora no ha incurrido en reticencia, pues se ha concluido que no omitió referirse a las características constructivas de las viviendas objeto del seguro, si la Aseguradora se consideró defraudada en su buena fe como consecuencia de la conducta de la actora, debió impugnar el contrato dentro de los tres meses de haber conocido la reticencia y falsedad, circunstancia que no ha sido denunciada en esta causa.

Tampoco aludió en su carta documento de fs. 27 a impugnación alguna del contrato por haberse configurado un supuesto de reticencia en los términos del art. 5 ap 2 de la LS. Por el contrario y como ya señalara antes, anoticiada del siniestro y ya en el inexcusable conocimiento del tipo de construcción que aseguraba, renovó el contrato de seguro el día 5 de julio de 2010.

Agrego que deducida la acción por cumplimiento de contrato tampoco dedujo la nulidad como defensa, la que tampoco hubiera sido válida ya que había transcurrido el plazo de caducidad para plantear la nulidad del contrato. (cfme. Estebenet Carlos “La reforma de la ley 17418. El caso de la reticencia y una oportunidad para no desaprovechar. MJ-DOC-1539-AR).

En segundo lugar omitió considerar que la reticencia debe ser establecida por juicio de peritos, sin que esa prueba tal como señalara la misma aseguradora, pueda ser suplida por otro medio de prueba. No existe prueba pericial que acredite la reticencia en los términos planteados en la contestación de la demanda esto es *"en este caso concreto tal reticencia consistió en callar todo lo que debía decirle al asegurador, reteniendo información que él tiene o conoce"*(fs. 137). La declaración del testigo K., a la que la sentencia da relevancia plena no puede suplir la prueba pericial que debía establecer los hechos que constituyen la falsedad u omisión y tampoco puede inferirse conclusión alguna de la pericial de arquitectura quien da por supuesto que la Aseguradora desconocía los materiales de la construcción, lo que no se ha probado.

6.

En orden a lo que vengo exponiendo y conforme adelantara, soy del criterio que la Aseguradora demandada no logró probar que al tiempo de la propuesta, la Sra. G. hubiera sido reticente en la información que la demandada alegó conoció luego del siniestro del día 18 de junio de 2010, por lo que acompañaré la propuesta del Sr. Juez que me antecede en el voto, admitiendo los agravios de la recurrente y consecuentemente con ello, la sentencia de grado deberá revocarse.

7.

La decisión que se adopta conlleva expedirme respecto de los rubros que se demandan.

a) El cobro de la suma asegurada de $ 122.000 será admitido.

No se ha cuestionado en autos que la vivienda ubicada en P. **** identificada por las partes con el N°3 y dada en locación a la Sra. M. d. P., sufrió daños estructurales totales como consecuencia del incendio de la vivienda (v. acta policial de fs. 17; la constancia de actuación del Cuerpo de Bomberos Voluntarios de la ciudad de fs.18 ratificada a fs. 216). En los términos de la Póliza que aseguraba cada vivienda y en el límite de la pretensión de la parte actora deberá reconocerse la suma de $ 122.000 con más los intereses que determina el Banco del Chubut S.A. para la tasa activa, desde la fecha del siniestro y hasta su efectivo pago.

b) <u>Daño Punitivo</u>: La legislación argentina, incorpora en el artículo 52 de la Ley de Defensa del Consumidor la figura del "daño punitivo" al establecer que: *"al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley".*

Tal como señalé en autos "S. M. c/ T. D. A. S.A s/ SUMARISIMO" Expte N°109/11 en SDC N°22/11, los daños punitivos

resultan ser aquella sanción-consistente en sumas de dinero -que los jueces condenan a pagar a quien ha incurrido en una grave conducta, que, a su vez, le ha reportado beneficios económicos. En este sentido, procede básicamente en casos de particular gravedad, que denotan -por parte del dañador- una gran indiferencia o menosprecio por los derechos individuales o de incidencia colectiva, abuso de posición dominante y también en los casos de ilícitos lucrativos.

Queda claro que la finalidad que se persigue con este tipo de sanción no es sólo castigar aquel grave proceder, sino también prevenir, disuadir -ante el temor que provoca la multa- la reiteración de hechos similares en un futuro, teniendo como objetivo el afianzamiento de la protección de los derechos del consumidor, en un ámbito de razonable ponderación de los intereses individuales y colectivos comprometidos.

Tal como surge del art. 52 ya transcripto la aplicación de la sanción punitiva es una facultad de los jueces y en principio, la "gravedad del hecho" se relaciona directamente con el juicio de reprochabilidad al agente dañador: una grave indiferencia, una violación consciente y deliberada a los estándares de seguridad, graves omisiones al deber de información; en cuanto a las demás circunstancias del caso, se admite que integran la valoración, entre otros factores la solvencia del proveedor, la cuantía del beneficio obtenido, la reincidencia.

Por su lado, y frente al texto literal de la norma, la doctrina ha ido reinterpretando su alcance, poniendo bajo la responsabilidad de los magistrados su aplicación prudente y racional, atendiendo a los principios informadores del derecho privado y con resguardo estricto de los derechos constitucionales.

Si bien es cierto que ha sido criticado el alcance amplio con el que fue legislada la multa civil, en cuanto se alude a cualquier incumplimiento legal o contractual, existe consenso dominante en el derecho comparado, en el sentido de que las indemnizaciones o daños punitivos sólo proceden en supuestos de particular gravedad, calificados por el dolo o la culpa grave del sancionado(elemento subjetivo) o por la obtención de enriquecimientos indebidos derivados del ilícito (elemento objetivo) o, en casos

excepcionales, por un abuso de posición de poder, particularmente cuando ella evidencia menosprecio grave por derechos individuales o de incidencia colectiva.

Por ello, no alcanza con señalar que el proveedor del servicio incumplió ni enunciar los presupuestos para su procedencia en una argumentación que se yuxtapone con los fundamentos dados para el reclamo del daño moral. En consecuencia, considerando el carácter excepcional del instituto, no alegados y consecuentemente no probados los extremos que lo ameritan, voy a expedirme por la desestimación de este rubro en consonancia con la propuesta del Dr. Mario L. Vivas.

c) <u>Daño Moral:</u> La actora tenía la carga de comprobar que el incumplimiento contractual le causaba daño moral. "*El resarcimiento del daño moral en materia de incumplimiento de contratos es de interpretación restrictiva y limitativa y no basta con la sola invocación para su procedencia, sino que aquel que lo alega tiene a su exclusivo cargo la prueba concreta de su existencia y la relación directa de causalidad entre dicho daño y el incumplimiento de la prestación a cargo del deudor. No cualquier molestia, desagrado o aflictiva situación derivada del incumplimiento de un contrato puede generar por si un resarcimiento por daño moral a favor de la víctima* (CNCiv., Sala K, agosto 15-994, E.D. 1995-D, 778).

Ahora bien, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 520 CC, el daño moral debe ser *"consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento de la obligación".* Es decir que sólo son indemnizables los daños que el incumplimiento provoca "según el curso natural y ordinario de las cosas" (art. 901), pero no los que sean consecuencia mediata. La condena a la reparación del daño moral ocasionado en razón del incumplimiento contractual es facultativa del juez, según las circunstancias del caso (art. 522 CC) y su admisión está sujeta a la demostración acabada de que el hecho o

el incumplimiento ha proyectado una verdadera lesión espiritual, un menoscabo serio de los bienes no patrimoniales que hacen a la dignidad de las personas, la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, el honor, la integridad física, los efectos familiares, etc.

En el caso, no alcanza con la mera manifestación que fundamenta el reclamo y tampoco es dable presumir que es "por demás evidente" los sufrimientos que le acarrearon la negativa a prestar cobertura. *"Se ha señalado que para la apreciación del daño moral de origen contractual, se debe proceder con rigor estricto y es a cargo de quien lo reclama la prueba concreta de la existencia de una lesión de sentimientos, de afecciones o de tranquilidad anímica, que no pueden ni deben confundirse con las inquietudes propias y corrientes del mundo de los negocios, o cualquier molestia que se origine en el incumplimiento contractual.- Para la apreciación del daño moral de origen contractual, se debe proceder con estricto rigor, dado que salvo casos especiales, es incumplimiento de un contrato no da "per se" cabida al agravio en trato, a lo que corresponde agregar que es a cargo de quien reclama indemnización de este tipo de daño su prueba concreta. En consecuencia, el simple detrimento de los bienes materiales, o un pasajero cercenamiento en las prerrogativas de su titular, sin que surjan de los elementos de juicio obrantes en autos ataques al orden afectivo o espiritual del reclamante -sea por el valor de afección de la cosa, más allá de su valor económico, o porque el incumplimiento ha causado agravio a bienes sin contenido patrimonial pero primordiales, con la vida, la integridad física o moral, el honor o la libertad-, no justifican la reparación por el concepto en cuestión, en realidad inexistente o, en todo caso, confundido de tal modo que la del daño material lo cubre."* ("S.D y otro c/ D.D. R. s/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO" - Fallo: 94190472 - Primera Cámara Civil - Circunscripción: 1 - Mendoza - 1994/08/24. Expediente:
21537 - Ubicación: S131-098. Base elDial.com - MC2161).

Por lo brevemente expuesto cabe desestimar este rubro.

8. <u>Las costas:</u>

a) El art. 282 del CPCC establece que cuando la sentencia o resolución fuere revocatoria de la de primera instancia, deberán readecuarse las costas y honorarios al contenido de este pronunciamiento.

De modo que el resultado del recurso que se propone, autoriza a imponer las costas de la primera instancia a la demandada vencida (art 69 del CPCC). Los honorarios de los letrados que allí han intervenido, conforme la actividad profesional cumplida, su mérito resultado y etapas cumplidas que propone el Dr. Vivas se ajustan a las pautas mensurativas de la ley arancelaria, sin perjuicio de los mínimos legales y con más el IVA si correspondiere (arts.5, 6, 7, 8, 9,39 y cctes. de la ley XIII N° 4 y su mod.) Sin modificar los honorarios del Arq. P..

b) **<u>Las costas de esta Alzada</u>** y en orden al resultado del recurso deben imponerse a la demandada (art. 69 del CPCC) siendo los honorarios propuestos por el Dr. Vivas ajustados al mérito de la actividad y resultado alcanzado en esta sede, sin perjuicio de los mínimos legales y con más el IVA si correspondiera (arts. 5, 7, 13 y cctes de la ley arancelaria) Voto a la primera cuestión, por la **NEGATIVA.**

<u>A LA SEGUNDA CUESTION</u>, el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis Vivas, dijo:

Por las razones expuestas, el pronunciamiento que corresponde dictar es:

1. REVOCAR el decisorio de fs. 455/463 y en consecuencia **HACER LUGAR PARCIALMENTE** a la demanda entablada por C. J. G., condenando a S. C. D. S. LTDA

a abonar a la actora la suma de pesos ciento veintidós mil ($ 122.000), con más intereses desde la fecha del siniestro (18.06.2010) hasta su efectivo pago, aplicándosele la tasa activa fijada por el Banco del Chubut S.A., dentro de los diez días de que este decisorio adquiera firmeza, bajo apercibimiento de ejecución.

2. **READECUAR** las costas de la instancia anterior (art. 282 del CPCC), las que se imponen a la demandada (art. 69 del CPCC).
3. **READECUAR** los honorarios de los letrados intervinientes en la Instancia anterior. A tal fin regulo los de los Dres. R. A. S., R. J.M. C. y L. G. en el 18% en su conjunto y los de los Dres. R. L. y J. M. F. Cittadini en el 15% en su conjunto, del monto que en definitiva resulte de la liquidación que se practicará en autos (arts. 5,6,8,9,39 y cc, ley arancelaria). Todo ello, con más IVA, si correspondiere.
4. **IMPONER** las costas de la presente Instancia a la parte demandada (art. 69 del CPCC).
5. **REGULAR** los honorarios de los Dres. R. A. S., R. J.M. C. y L. G. en el 35% en su conjunto, de lo que les correspondiera en la Instancia anterior y los de los Dres. R. L. y J. M. F. C. en el 25% en su conjunto, de lo que les correspondiera en la Instancia anterior (arts. 5,,9,13 y cc, ley arancelaria).

Todo ello, con más IVA, si correspondiere.

6. **REGISTRESE, NOTIFIQUESE y DEVUELVASE.**

Así lo voto.

A LA SEGUNDA CUESTION, la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe, dijo:

El pronunciamiento que corresponde dictar es el que propone el Dr. Mario Luis Vivas.

Así lo voto.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que el Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi no emitió opinión por haberse formado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17) pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de junio de 2015.

En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Puerto Madryn pronuncia la siguiente:

S E N T E N C I A

1. REVOCAR el decisorio de fs. 455/463 y en consecuencia **HACER LUGAR PARCIALMENTE** a la demanda entablada por C. J. G., condenando a S. C. D. S. LTDA

a abonar a la actora la suma de pesos ciento veintidós mil ($ 122.000), con más intereses desde la fecha del siniestro (18.06.2010) hasta su efectivo pago, aplicándosele la tasa activa fijada por el Banco del Chubut S.A., dentro de los diez días de que este decisorio adquiera firmeza, bajo apercibimiento de ejecución.

2. **READECUAR** las costas de la instancia anterior (art. 282 del CPCC), las que se imponen a la demandada (art. 69 del CPCC).
3. **READECUAR** los honorarios de los letrados intervinientes en la Instancia anterior. A tal fin regulo los de los Dres. R. A. S., R. J.M. C. y L. G. en el 18% en su conjunto y los de los Dres. R. L. y J. M. F. C. en el 15% en su conjunto, del monto que en definitiva resulte de la liquidación que se

practicará en autos (arts. 5,6,8,9,39 y cc, ley arancelaria). Todo ello, con más IVA, si correspondiere.

4. **IMPONER** las costas de la presente Instancia a la parte demandada (art. 69 del CPCC).

5. **REGULAR** los honorarios de los Dres. R. A. S., R. J.M. C. y L. G. en el 35% en su conjunto, de lo que les correspondiera en la Instancia anterior y los de los Dres. R. L. y J. M. F. C. en el 25% en su conjunto, de lo que les correspondiera en la Instancia anterior (arts. 5,,9,13 y cc, ley arancelaria).

Todo ello, con más IVA, si correspondiere.

6. **REGISTRESE, NOTIFIQUESE y DEVUELVASE.**

REGISTRADA BAJO EL N° /2015 SDC.