En la ciudad de Trelew, a los días de septiembre del año dos mil veinte, se reúne la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia de la Dra. Natalia I. Spoturno y la presencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Marcelo Fernando Peral, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“O.,** M. y Otra c/ L. S. C. L. D. S. **G. s/ Cumplimiento de Contrato” (Expte. N° 75 – Año 2020 CAT)** venidos en apelación y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 184. Acto seguido se resolvió plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada? y S.: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.----------

----**A LA PRIMERA CUESTIÓN,** el Dr. Peral dijo: ----------

-I. A fs. 151/155 vta. el Juez de primera instancia dictó sentencia definitiva haciendo lugar a la demanda por cumplimiento de contrato promovida por M. O. e I. I. J. contra “La S. C. L. D. S. G.”, condenando a esta última a que en el término de diez días de consentido el pronunciamiento abone a los actores la suma que se determine en la oportunidad prevista por el art. 507 del C.P.C.C., con más intereses. Asimismo la sentencia establece que, en forma simultánea, los actores deberán poner a disposición de la demandada el rezago del automotor individualizado como: Renault Kangoo, Pack 1.6 1 PLC, 4 puertas, Motor N° K4MJ7300033958, Chasis N° 8ª1KC1T159L047036, Modelo 2007, Dominio: X y toda la documentación que obre en su poder, para gestionar la baja del mismo ante los registros respectivos. ----------

-----De los considerandos del pronunciamiento surge que el Juez de grado tuvo por acreditado que las partes estaban vinculadas por un contrato de seguro, que la destrucción total del automotor referido era un riesgo cubierto en dicho contrato, que en fecha 26/07/2015 el rodado participó de un accidente vial y que en dicho evento se produjo su destrucción total conforme a las pautas establecidas en la cláusula CG-DA 4.2 del contrato, al ser el costo de reparación superior a la suma asegurada. ----------

----Con sustento en dichos hechos, concretamente el magistrado de grado estableció que la demandada en cumplimiento del contrato de seguro debe abonar a los actores la suma $ 136.240, con más intereses que dispuso se deben calcular desde la fecha que debió abonarse el siniestro, hasta el efectivo pago. Asimismo, en concepto de daño punitivo, condenó a la aseguradora a abonar la suma de $ 30.000, con más intereses desde la fecha de la sentencia hasta el efectivo pago. ----------

-----II. A fs. 158 la demandada apeló la sentencia y con la presentación de fs. 172/177 expresó agravios, los que fueron contestados con el escrito de fs. 179/181 vta.----------

----La Cia. de S. demandada, al fundar su recurso puntualiza que la sentencia le causa agravios en tanto: (i) aplica la ley de defensa del consumidor al contrato de seguro, (ii) no consideró la impugnación a la pericia mecánica efectuada, y (iii) condena al pago del daños punitivos. ----------

-----Siendo esos los agravios puntualmente articulados, seguidamente analizaré los mismos en el orden que fueron expresados.----------

-II.a.--- Al cuestionar la aplicación de la ley del defensa del consumidor al caso, la demandada expresa que el Juez de grado incurrió en un error al sostener que la ley resulta aplicable por no haberse cuestionado el carácter de consumidor final de los actores, ya que según afirma las normas en cuestión no son aplicables al contrato de seguro. ----------Al respecto, indica que los arts. 23, 24 y ccdtes. de la ley 20.091, los arts. 11, 158 y ccdtes. de ley de S. y la Resolución N° 36100 de la Superintendencia de S. de la Nación, garantizan los derechos del consumidor de S. y también sostiene que la materia no está comprendida en el art. 1 de la LDC por ser el contrato de seguro totalmente distinto a una locación de servicios. En base a dichas alegaciones, afirma que el contrato de seguro está regido por las leyes 17.418 y 20.091 que no han sido derogadas por la LDC. ----------En la misma línea argumentativa, sostiene que la ley de defensa del consumidor solo hace referencia a la actividad de seguro en el art. 36 inc. h al señalar que se debe precisar el costo del seguro en las operaciones financieras y de crédito y también destaca que la ley en cuestión no sustituyó el régimen del contrato de seguro, sino que se aplica supletoriamente para las cuestiones no previstas por éste. ----------

------En refuerzo del argumento referido, afirma que esta Sala en sentencia que cita estableció que la ley especial, es decir la ley de S., prevalece sobre la ley de defensa del consumidor, por ser ésta una ley general y también hace referencia al fallo “B.” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el que según sostiene sentó una doctrina que considera de aplicación obligatoria. ----------

----Finalmente, la recurrente señala que la función social del seguro a la que se hace referencia en la sentencia no implica que deban repararse los daños sin consideración a las pautas del contrato y justificarse pretensiones incompatibles con el régimen. ----------Ante dichos planteos, debo señalar que si bien desde la sanción de la ley 24.240 fue intenso el debate doctrinario entre quienes consideraban que el contrato de seguro está alcanzado por su normativa y quienes entendían lo contrario, desde la reforma introducida por la ley 26.361 y conforme al texto actual de los arts. 1 y 2 de la mencionada ley 24.240, a mi criterio, el contrato de seguro celebrado por un consumidor final es un contrato de consumo alcanzado por normativa la Ley de Defensa del Consumidor. ----------

----Ello es así, dado que la ley 24.240, en su art. 1, establece que se considera consumidor toda persona física o jurídica que adquiere un bien o servicio para utilizarlo o consumirlo ella misma o su grupo familiar y el art. 2, sin excluir a la actividad asegurativa, precisa que considera proveedor a toda persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción,

montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios. ----------

----En cuando a las actividades excluidas de la ley y de su marco protectorio, el mencionado artículo segundo, como anticipé, ninguna referencia hace a la actividad asegurativa y solo indica que quedan excluidos los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello.----------

--Conforme dicha normativa, el contrato de seguro constituye un contrato de consumo cuando se celebra entre un consumidor final (asegurado) y una persona jurídica (el asegurador) que actuando profesionalmente, se obliga mediante el pago de una prima, a 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 (Conf. Farina, Juan M., “Defensa del consumidor y Usuario”, 3era. Edic., Edit. Astrea Bs. As. 2004, pág. 396; Picasso-Vázquez Ferreira “Ley de defensa del consumidor-Comentada y Anotada” La Ley T°II, pág. 439; Stiglitz, Rubén S., “Derecho de S.”, 5ta. Ed. Act. y amp TI, LLBA, 2008-II, pág.158, 196). ----------

-----Por lo hasta aquí indicado, en el caso de autos no hay duda que las partes están vinculadas por una relación de consumo y que ley 24.240 es aplicable al contrato de seguro de responsabilidad civil, robo y destrucción total que, como consumidor final y respecto de un automotor de uso particular (conf. póliza fs. 22/32), celebró M. O. con la demandada que se dedica de manera habitual y profesional a la oferta de S..----------

----Considerar que el contrato de seguro es un contrato de consumo alcanzado por la ley de defensa del consumidor, no implica que la ley de S. no sea también aplicable a la relación contractual y ello tampoco determina que se prescinda de los institutos propios del contrato de seguro (reticencia, agravación del riesgo, suspensión de cobertura, franquicia, exclusiones de cobertura, suma asegurada, etc…). ----------

----Ambos regímenes jurídicos están vigentes y deben ser armonizados en cada concreta situación. Para algunos autores, la ley defensa de consumidor prevalece en su aplicación y para otro sector de la doctrina, la ley de S., por su naturaleza especial, debe ser aplicada en primer término y de manera complementaria debe aplicarse la normativa general de defensa del consumidor. ----------

-----Pese a que puede sostenerse que el último de los criterios referidos fue receptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “B.” y en el pronunciamiento de esta sala que cita la recurrente, el planteo articulado en su primer agravio no puede prosperar, dado que en éste, sin invocar perjuicio concreto alguno ni indicar conflicto normativo concreto, solo se limita a expresar de manera abstracta y genérica que la ley de defensa del consumidor no es aplicable al contrato de seguro, cuando ello no es así. ----------

-----Por lo expresado, estando las partes vinculadas por un contrato de seguro al que le

resulta aplicable la ley especial que rige la materia y la normativa de defensa del consumidor, propongo el rechazo del primer agravio de la demandada, en tanto el mismo sostiene que la ley 24.240 no es aplicable. ----------

-----II.b.- En su segundo agravio la demandada sostiene que en la sentencia no se consideró la impugnación que realizó a la pericia mecánica y expresa que es falso que la misma no fue controvertida. Al respecto, puntualiza que en el alegato concretamente impugnó la pericia mecánica en razón de haber omitido analizar el perito todos los puntos propuestos y agrega que como el tribunal de grado omitió tratar la impugnación, conforme lo dispuesto por el art. 281 del CPCC, ello debe ser emendado por esta Cámara de apelaciones.----------

----En relación a la impugnación que según sostiene efectuó, expresa que hizo hincapié en que el perito arribó al resultado dinerario de la reparación sin relatar los daños del automotor, sin establecer el valor de reparación discriminado y sin explicar si procedió a cotejar las facturas acompañadas con algún vendedor oficial de la marca. Por otra parte, también señala que el perito omitió aportar el valor de mercado del vehículo siniestrado, dato que según sostiene era imprescindible para la resolución del caso. –----------

----Frente a dichos planteos, en primer lugar es preciso señalar que la recurrente se equivoca cuando sostiene que impugnó la pericia en oportunidad de alegar y que el tribunal de grado omitió tratar los puntos de impugnación. En dicho escrito, la demandada que no había impugnado la pericia cuando se corrió traslado de la misma, como lo autoriza el 3er. párrafo del art. 477 del CPCC, se limitó a cuestionar la eficacia probatoria del dictamen y sus planteos simplemente no fueron receptados por el Juez de grado al dictar sentencia.-

-----Siendo ello así, a mi criterio, no existe ninguna omisión en la sentencia de grado que deba ser subsanada por esta alzada en los términos del art. 281 del CPCC. Por otra parte, asimismo anticipo que las observaciones que la recurrente indicó al alegar y que reitera al expresar agravios, son insuficientes para configurar un fundado cuestionamiento del dictamen pericial y para restar valor probatorio al mismo. ----------

----Que el perito no haya detallado los daños que presenta el automotor y el valor de reparación discriminado, no resta valor al dictamen cuando el experto expresó que constató personalmente los daños que presenta el automotor y precisó que las fotografías agregadas al expediente guardan relación con los daños que verificó y que los presupuestos agregados tienen relación con la fecha en que fueron extendidos y también indicó que la reparación del automotor tiene un costo no inferior a $ 150.000.- (fs. 110/111).----------

----Dichas conclusiones del perito no fueron refutadas por la accionada con elementos objetivos agregados a la causa que puedan acreditar el desacierto de la pericia y ello impide que sea descartado su valor probatorio. Al respecto, es oportuno recordar que aún cuando el dictamen pericial no obliga a los jueces, para prescindir de éstos se requiere, cuanto menos, que se le opongan otros elementos no menos convincentes (CSJN, 13/08/1998, in re: “Soregaroli de Saavedra, María Cristina c/ Bossio, Eduardo César y otros” , Fallos, 321:2118). ----------

----Para finalizar con la cuestión, debo puntualizar que la omisión de aportar el valor de mercado del vehículo siniestrado, pese a lo expresado por la recurrente, en esta instancia carece de toda relevancia para la solución del caso. Ello es así, dado que el Juez de grado, con acierto o no, entendió que la destrucción total del automotor prevista como riesgo cubierto en el contrato de seguro (cláusula CG-DA 4.2), se verifica en el caso “ya que el valor de los de los arreglos que requiere el vehículo supera el monto asegurado”.----------

-------Conforme al referido criterio del magistrado, que llega firme a esta alzada por no estar cuestionado en el escrito de expresión de agravios, el valor de mercado del automotor no tiene importancia para establecer si se verifica el supuesto de destrucción total previsto en la póliza y en consecuencia, la omisión destacada por la accionada es absolutamente intrascendente para resolver el recurso de apelación articulado. ----------

----Por lo hasta a aquí apuntado, no habiendo la recurrente aportado elementos para restar valor probatorio a la pericia mecánica realizada en autos y no habiendo demostrado una incorrecta valoración de la misma por parte del magistrado de grado, el agravio bajo análisis no puede tener acogida favorable. Así lo propongo al pleno.----------

----II.c.- Como tercer agravio, la Cia. de S. demandada cuestiona la condena en concepto de daño punitivo. Al respecto, básicamente planea que la multa civil en cuestión para que pueda ser aplicada, exige, además del incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales, de un reproche subjetivo de la conducta del proveedor que no fue explicitado en la sentencia y que no se verifica en el caso. Por dicho argumento, sostiene que la sola mención al incumplimiento que efectúa el Juez de primera instancia es insuficiente para fundar la condena por daño punitivo y en consecuencia peticiona que la misma sea revocada o en su defecto se morigere su monto. ----------

----Entiendo que asiste razón a la demandada y que el planteo debe ser receptado en virtud de no verificarse los extremos que hacen a la procedencia del daño punitivo. ----Como expresé en anteriores pronunciamientos, los daños punitivos que fueron incorporados en el art. 52 bis de la Ley 24.240, consisten en una multa civil, independiente y diferenciada de las clásicas indemnizaciones por daños (cuyo fin es la reparación), aplicada en beneficio de la víctima, con el fin de sancionar a los proveedores de bienes y servicios que incurran en inconductas y orientadas a cumplir un fin disuasorio para el causante del daño. Por tal razón, su aplicación y graduación se encuentran directamente relacionadas con la

gravedad del hecho y con la existencia de dolo o culpa por parte del proveedor, ya que el instituto no tiene un fin reparador sino punitivo. ----------

----En virtud de dicha finalidad, se ha definido al daño punitivo como las “sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro” (Pizarro, Ramón D., “Derecho de Daños”, 2° parte, La Rocca Buenos Aires, 1993, pág. 291 y ss.). ----------

-----Mediante la aplicación de daños punitivos es posible sancionar los abusos de ciertas prácticas empresarias y también las situaciones donde es más económico incumplir con una obligación contractual o legal que cumplirla debidamente. Se trata de una institución de sólido predicamento en el derecho anglosajón, que tiene adeptos y detractores y que está estrechamente asociada a la idea de prevención de ciertos daños, y también a la punición y al pleno desmantelamiento de los efectos de ilícitos que, por su gravedad o por sus consecuencias, requieren algo más que la mera indemnización resarcitoria de los perjuicios causados (Stiglitz, Rubén S. y Pizarro, Ramón D., “Reformas a la ley de defensa del consumidor”, LL 2009-B, 949).----------

-----Existe consenso dominante respecto a que los daños punitivos solo proceden en supuestos de particular gravedad, calificados por el dolo o la culpa grave del sancionado o por la obtención de enriquecimientos indebidos derivados del ilícito o, en casos excepcionales, por un abuso de posición de poder, particularmente cuando ella evidencia menosprecio grave por derechos individuales o de incidencia colectiva (Stiglitz, Rubén S. y Pizarro, Ramón D., trab.cit.). ----------

----Conforme las pautas reseñadas, es preciso señalar que en el caso de autos no se observa la existencia de una grave inconducta de la accionada ni un accionar doloso o culposo de su parte que justifique la aplicación de la multa en cuestión. Pese a ello, el magistrado, al otorgar la sanción reclamada por los actores, indicó de manera dogmática que el hecho de haber declinado la cobertura evidenciaba indiferencia y despreció por su co-contratante y a ello agregó, también de manera dogmática, que por su posición en el mercado y por los beneficios económicos obtenidos, le debe ser aplicada la pena del art. 52 bis de la LDC.----------

------Dichas apreciaciones del magistrado de grado carecen de todo sustento fáctico, ya que la accionada solo cumplió con una obligación legal y ejerció sus derechos al expedirse respecto del siniestro denunciado y al contestar demanda, sosteniendo en ambas

oportunidades que el automotor presentaba daños parciales que no estaban amparados en la póliza. ----------

----Ninguna indiferencia o desprecio respecto del asegurado puede atribuirse a dicho accionar, como erróneamente entendió el Juez de grado. Al respecto, cabe recordar que el art. 56 ley 17.418 establece que el asegurador debe pronunciarse acerca del derecho del asegurado y que toda persona tiene derecho a defenderse ante un reclamo judicial (conf. art. 18 CN). ----------

----Por lo expresado, no surgiendo de autos que la demandada haya actuado de la manera referida en la sentencia impugnada, como anticipé, propongo que el agravio bajo análisis sea receptado y que sea revocada la condena a pagar daños punitivos. --- ----------

----III**.**- Por todo lo expuesto en los considerandos precedentes, postulo que se revoque parcialmente la sentencia apelada en tanto condena al pago de la suma de $ 30.000. en concepto de daño punitivo, confirmándose en todo lo demás que fuera materia de agravios.

------Conforme lo dispuesto por el art. 282 del CPCC, como propongo revocar parcialmente la sentencia apelada, debe readecuarse la imposición de costas en ella dispuesta y deben imponerse las que correspondan a esta instancia. En consideración a la relación que la suma pretendida y fijada en concepto de daño punitivo tiene respecto del monto total reclamado en demanda, propongo que las costas de ambas instancia se impongan en un 80% a la accionada (art. 69 y 72 del CPCC) y que se exima a la actora de costas respecto del porcentaje restante (conf. art. 11 Ley VII N° 22). ----------

----En cuanto a los honorarios por las actuaciones de primera instancia propongo que se mantengan los establecidos en el pronunciamiento recurrido por haber sido fijados en términos porcentuales los regulados. Finalmente, teniendo en cuenta el resultado del recurso articulado y el mérito y la extensión de las tareas realizadas, encuentro adecuado regular los honorarios de S. instancia del Dr. P. O. A., en el 4,8% y los del Dr. R. L., en el 4,2%, en ambos casos del monto del proceso, con más el IVA de corresponder (conf. arts. 5, 6, 8, 13, 18 y 46 de la ley XIII N° 4).----------

-----A la primera cuestión me expido entonces parcialmente por la AFIRMATIVA. ----------

----**A LA PRIMERA CUESTIÓN:** la Dra. Natalia I. Spoturno expresó: ----------

----I. Los detalles del caso, decisión impugnada y agravios expresados fueron suficientemente expuestos por el magistrado que me precedió en el voto. Por tal motivo me pronunciaré directamente sobre los aspectos traídos a decisión de esta alzada. --------

II. Aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor al contrato de seguro: No acompañaré a la demandada en su planteo por varias razones. ----------

-----En primer lugar no encuentro fundamentos atendibles para considerar que la materia no esté comprendida en el art. 1° de la LDC como afirma la apelante con cita de doctrina anterior a la reforma de la Ley 26.361. En este punto cabe destacar que si bien antes de la reforma mencionada la cuestión se encontraba debatida, con la reforma se amplió la noción de consumidor incluyendo a todos los que adquieran o utilicen bienes o servicios en forma gratuita u onerosa, como destinatarios finales; equiparando aún a quienes sin ser parte en la relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella, utilizan bienes o servicios como destinatarios finales y a quien simplemente está expuesto en una relación de consumo. Consecuentemente, la doctrina citada por el apelante no resulta aplicable puesto que el artículo en cuestión, con la reforma, ya no se refiere a determinados contratos en particular sino que en general comprende la utilización de bienes y servicios. Por ello no tengo dudas de que el contrato de seguro se encuentra incluido en el art. 1 de la Ley 24.240 reformado por Ley 26.361. ----------

-----En segundo lugar, entiendo que el contrato de seguro que vinculó a las partes debe calificarse como de consumo puesto que la aseguradora es una compañía que se dedica habitual y profesionalmente a la oferta de S., razón por la cual es "proveedora" con los alcances de la LDC (conf. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala F - 05/12/2019 - Álvarez, Paula Lorena c. Liderar Compañía General de S. S.A. s/ ordinario - Publicado en: La Ley Online - Cita Online: AR/JUR/52701/2019). ----------

------En tercer lugar es fundamental tener en cuenta que la Constitución Nacional protege expresamente a los consumidores en su art. 42 y que nuestra Constitución provincial lo hace en su art. 33. Teniendo en cuenta esta circunstancia, Sobrino se formula la pregunta en el sentido inverso al que propone el apelante y dice: ¿Se aplica la ley de S. a los consumidores? Y responde afirmando que *"la Ley de S. es aplicable a los Consumidores, siempre y cuando no contradiga ni violente ninguna de las pautas, principios y normas establecidos en el art. 42 de la Constitución Nacional; los Tratados Internacionales; las leyes 24.240; 24.999; 26.361 y toda la normativa concordante dictada a favor de los consumidores"* (SOBRINO, Waldo A. R., *"¿Se aplica la Ley de S. a los Consumidores?"*, La Ley 2014-F,929, LLOnline AR/DOC/3976/2014).----------

-------En cuarto lugar, enfáticamente afirma el apelante que el contrato de seguro está "exclusivamente" reglado por las leyes 17.418 y 20.091. Esa afirmación no es correcta y para llegar a esta conclusión basta con recurrir a la normativa de la Superintendencia de S. de la Nación (SSN) que expresamente ha dispuesto la aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor a los S.. Así, por ejemplo, el 11 de febrero de 2011, la SSN dictó la Resolución N° 35.614 y dispuso, entre otras modificaciones lo siguiente: "*ARTICULO 1º*

— Reemplázase el punto 23.2 del Reglamento General de la Actividad Aseguradora, según redacción acordada por Resolución Nº 35.401, por el siguiente texto: '23.2. Aprobaciones de carácter particular. Los elementos técnico-contractuales de carácter particular solamente podrán ser utilizados por las aseguradoras mediando previa aprobación expresa de esta SUPERINTENDENCIA DE S. DE LA NACION. A tal fin, el Organismo evaluará si tales elementos técnico-contractuales se ajustan las normas constitucionales, legales y reglamentarias vigentes. Especialmente se considerará la adecuación de tales elementos técnico-contractuales con las disposiciones de las Leyes Nos. 17.418, 20.091, 24.240 y demás legislación general aplicable; normas concordantes, modificatorias y reglamentarias". Como puede verse es la propia SSN la que admite la aplicación de la LDC a los contratos de S. al disponer que los elementos técnico-contractuales de carácter particular de los S. deben adecuarse, entre otras, a la Ley de Defensa del Consumidor. ----------

----En quinto lugar, y en referencia a la doctrina de esta Sala que entiende vulnerada por la sentencia apelada, debo destacar que la cuestión tratada en la aquella ocasión difiere de la tratada en esta causa. En efecto, en la sentencia citada por la recurrente solamente se decidió cuál era el plazo de prescripción que correspondía aplicar (si el previsto en la ley de S. o el previsto en la LDC). Tan es así que el Dr. López Mesa en su voto, expresamente dijo: *"la discusión correcta en el sub lite no es si se pueden aplicar o no normas consumeristas en el ámbito del contrato de seguro, sino si la prescripción puede regirse o no por normas consumeristas o si ella debe encuadrarse en la normativa especial asegurativa".* Creo que la claridad del párrafo transcripto me exime de mayores comentarios. Evidentemente lo único que se decidió en aquella ocasión fue la aplicación del plazo de prescripción previsto en la Ley de S. y no el de la LDC y, además, con expresa aclaración de que no se expedían respecto del tema que hoy nos ocupa y que es *"si se pueden aplicar o no normas consumeristas en el ámbito del contrato de seguro"*. Es más, el mismo camarista citó un precedente de la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial —precedente con el que manifestó estar de acuerdo— y que textualmente decidió: *"si bien el régimen de defensa del consumidor puede ser aplicado a la actividad aseguradora y protege al consumidor de S. (Cracogna, D., La defensa del consumidor en el seguro, en Derecho de S. – Homenaje a Juan C. Morandi, dirigida por Barbato, N., 2001, Buenos Aires, pág. 689 y ss.; Piedecasas, M., El consumidor de S., en Defensa del Consumidor, dirigida por Lorenzetti - Schötz, Buenos Aires, 2003, pág. 341 y ss., citados en precedentes de esta Sala: "Cánepa, Ana María c/Mapfre Aconcagua Cía. de S. S.A. y otro s/ordinario", del 26.10.09; "Viviani Alejandro Ariel c/ Liderar Compañía General de S. S.A. s/ Ordinario" del 18.3.14; "Alvarez Gabriel Adolfo c/ S. Bernardino Rivadavia Coop. Ltda. s/ Ordinario" del 15.04.14,), no es posible una aplicación lisa y llana de la ley 24.240 en la órbita asegurativa, pues ello requiere de una adecuada interpretación que precise sus alcances frente a los específicos de la ley 17.418".* Y para rematar su argumentación

dijo el Dr. López Mesa: *“creo que esta es la posición correcta. La cuestión dirimente aquí no es si se puede o no aplicar la legislación consumerista al contrato de S.. Hay materias en que sin duda puede aplicarse: publicidad engañosa, interpretación del contrato a favor del consumidor, etc. La cuestión decisiva en autos es si puede aplicarse el plazo de prescripción de la Ley 24240 a un contrato de seguro y la respuesta al interrogante es negativa”* (voto del Dr. López Mesa en SDC 7/2016). En síntesis, como puede concluirse de la reseña efectuada, la sentencia de esta Sala citada por el apelante en sustento de su postura, lejos de beneficiarlo, lo perjudica puesto que expresamente se reconoció en aquella ocasión la posibilidad de aplicar la ley de defensa del consumidor al contrato de S..----------

----Además de la SDC 7/2016 expresamente invocada por el apelante, cabe recordar que esta Sala invariablemente aplica la normativa del consumidor al contrato de S.. En este sentido se resolvió que “*estos autos tratan la denuncia de un consumidor final, vinculado a una empresa de servicios de S. en razón de un contrato de adhesión (arts. 1° y 2° y 37, L.D.C.; conf. arts. 984 y 989 del CCyC). El caso es, por lo tanto, una típica relación de consumo y está sujeta al orden público constitucional de protección de usuarios y consumidores (arts. 3° y 65, L.D.C.; en forma concordante, arts. 1092/1095, CCyC; arts. 42, Constitución Nacional y 33 de la Constitución del Chubut). Consecuentemente, la aplicación la Ley 24.240 (texto act.) se impone y debe prevalecer sobre las normas específicas que pudieran alcanzar al proveedor por la actividad que éste desarrolle, incluso, en caso de duda (art. 42, Constitución Nacional; art. 3º, párr. final, L.D.C.; conf. Santarelli en "Ley de defensa del consumidor. Comentada y anotada", AAVV, Picasso-Vázquez Ferreyra, Directores, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009, T. I, p. 57 y sig.)”* (Esta Sala, SICA 18/2015).----------

------Por último, resulta pertinente destacar que, si bien no de manera unánime, en nuestra provincia los tribunales se inclinan por aceptar la aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor al contrato de seguro (Cámara de Apelaciones de Trelew: Sala B: SICA 3/2015, SICA 5/2017, SDC 12/2018, entre otras; Cámara de Apelaciones de Puerto Madryn: SDC 44/2018 y SDC 25/2019, entre otras; Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia: Sala A: SDC 1/2019 y SDC 34/2019, entre otras; Sala B: SDC 29/2019 y SDC 10/2020 entre otras). ----------

------En virtud de lo expuesto, acompaño la propuesta formulada en el primer voto propiciando yo también el rechazo del primer agravio expresado por la demandada. -------

-III. En segundo lugar dice que le causa agravio la sentencia en cuanto en ella se sostiene que la pericia mecánica que afirma la destrucción total del vehículo no fue controvertida.

Agrega que cuando presentó su alegato la impugnó porque el perito omitió analizar todos los puntos de pericia propuestos por su parte. Además solicita que en virtud de lo dispuesto por el art. 281 CPCC esta Alzada enmiende la falta cometida en la sentencia de primera instancia. Luego señala las omisiones en las que, en su opinión, incurrió el perito. ----------

----Tampoco acompañaré a la apelante en este agravio. No encuentro omisión alguna en la sentencia apelada que deba subsanarse en esta instancia. En efecto, cuando la demandada presentó su alegato se limitó a cuestionar la eficacia probatoria del dictamen y sus planteos, como correctamente señala el Dr. Peral en su voto, no fueron receptados por el juez en su sentencia. En mi opinión, los cuestionamientos formulados al alegar y reiterados al expresar agravios no resultan suficientes para restar valor probatorio al dictamen pericial.----------

----El perito en su informe estimó el costo de reparación de los daños que presenta la unidad, al 10/10/2017, en no menos de $150.000 por materiales y mano de obra. Dijo también que los presupuestos acompañados tienen relación con los valores a la fecha en que fueron extendidos (noviembre y diciembre de 2017). La demandada no refutó adecuadamente las conclusiones de la pericia limitándose a plantear su disconformidad y ninguno de sus argumentos me lleva a dejar de lado el dictamen y resolver conforme su postura.----------

----En cuanto al valor probatorio del dictamen pericial, esta Sala ha resuelto reiteradamente que no corresponde apartarse del informe técnico solamente por la opinión contraria de la recurrente. En este caso no corresponde apartarse de él por no contar en autos con razones científicas de peso para hacerlo (arts. 390, 481 CPCC). Quien dicta sentencia debe apreciar la fuerza probatoria del dictamen atendiendo, entre otros, a *"los demás elementos de convicción que la causa ofrezca"* (art. 481 *in fine* CPCC), pero esos elementos de juicio deben consistir en pruebas muy concretas y directas. En este sentido Devis Echandía indicó que para reconocer fuerza convictiva al dictamen del experto es menester, entre otros requisitos, que no existan *"otras pruebas mejores o iguales en contra"* (“Teoría general de la prueba judicial", 5ta. ed., Bs. As. 1981, II- 348). En nuestro medio nacional ha sido coincidente la opinión de Palacio, que concluyó la posibilidad de apartamiento de las conclusiones periciales cuando *"existen en el proceso elementos probatorios provistos de mayor eficacia"* ("Derecho procesal civil", Bs. As. 1972, IV-720, "b"). En síntesis, pacífica es la doctrina que para proceder al abandono del dictamen exige la existencia en la causa de elementos probatorios de mayor eficacia (voto del Dr. Velázquez en SDL 15/2017 con cita de otras sentencias de la sala en c. 31/13 S.D.L. 6/13, c. 370/15 S.D.L. 32/15, c. 582/15 S.D.L. 42/15, c. 58/16 S.D.L. 14/16, c. 95/16 S.D.C. 10/16). ----------

-----Por último, entiendo que la omisión de aportar el valor de mercado del vehículo no modifica lo aquí resuelto por carecer de relevancia para resolver la cuestión. Ello, puesto que el juez de grado afirmó —en conclusión que arriba firme a esta instancia frente a la

falta de cuestionamiento por parte de la demandada— que el costo de reparación de la unidad, a la época del siniestro, era superior a la suma consignada en la póliza, que establecía el valor del vehículo asegurado en $136.240 y que, consecuentemente, el vehículo presenta un "daño total" que debe ser resarcido conforme a la cláusula "CG-DA 4.2 Daño Total". Y agregó que de acuerdo a las conclusiones del perito, en la presente se verificó el supuesto de daño total puesto que el "el valor de los arreglos que requiere el vehículo supera el monto asegurado, tornando antieconómica su compostura". ----------

--------Por los motivos dados el segundo agravio expresado por la demandada también será rechazado.----------

-IV. Daño Punitivo: El art. 52 bis de la LDC, modificada por la Ley 26.361, incorporó a nuestro derecho positivo la figura del "daño punitivo", disponiendo la norma en lo que resulta pertinente para resolver la presente 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…". Doctrinariamente se lo ha definido como las sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro (Pizarro, Ramón D., 2004. Daño Moral. Buenos Aires: Ed. Hammurabi, pág. 524).----

----En cuanto a la procedencia del daño punitivo esta sala ha resuelto, en conclusiones que comparto, que *"los jueces han de ser prudentes al analizar su procedencia, y en la necesidad de hallar una conducta del infractor que sea realmente grave y despreocupada de los derechos ajenos, ello pese a que dicha exigencia subjetiva no se encuentre expresamente presente en el texto del art. 52 bis de la LDC; que un mero incumplimiento entonces no autorizará su aplicación, que la imposición del daño punitivo debe ser restrictiva y finalmente, que para su aplicación el juez debe atender más al autor del daño que a la víctima y considerar, entre otras circunstancias, la situación patrimonial del infractor, su participación en el mercado, las repercusiones del hecho, como así también la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas, etc. Un texto en tal sentido tenía el art. 1714 del proyecto de unificación del Código Civil y Comercial del año 2012, aunque finalmente no fue incluido al sancionarse el nuevo Código"* (voto de la Dra. Cordón Ferrando en SDC 18/2019).----------

----En este sentido se ha resuelto que el mero incumplimiento de la normativa no basta para que proceda la aplicación de la multa civil, propiciando una interpretación sistemática del texto legal. Así, se señala que para la configuración del daño punitivo debe concurrir un elemento subjetivo agravado en la conducta del proveedor de bienes o servicios, que se traduce en culpa grave o dolo, negligencia grosera, actitud temeraria o notorio menosprecio por los derechos ajenos, así como un elemento objetivo consistente en el daño que por su gravedad, trascendencia social o repercusión institucional demanda la imposición de una sanción ejemplar (conf. CNCom., sala A, “Emacny SA s/ ordinario” S. 09/11/2010; ídem sala F, “R. S. A. c. Compañía Financiera Argentina SA “, S. 10/05/2012, Cita Online: AR/JUR/15752/2012 y “Murana c. Peugeot Citroen Argeninta SA”, S. 05/06/2012, Cita Online: AP/JUR/2209/2012; ídem, sala D, “E. N. c. Galeno SA”, 28/06/2012; ídem, Sala C, “P. G. M. c. Nación S. de Vida SA”, S. 11/07/2013, Cita Online: AR/JUR/49971/2013; CNCiv., Sala H, “San Miguel c. Telecentro SA”, S. 10/12/2012, Cita Online: AR/JUR/74009/2012, entre otros - AR/JUR/15752/2012). ----------

----Entiendo entonces que la procedencia del daño punitivo se encuentra directamente relacionada con la gravedad de la conducta del empresario o proveedor, calificada por el dolo o la culpa grave. Y que, consecuentemente, resulta improcedente si no se vislumbra un obrar grave y malicioso en aquél. Analizadas en profundidad las presentes actuaciones, coincido con la opinión vertida en el primer voto en cuanto no se advierte en la conducta de la demandada los elementos o notas características que permitan aplicar la multa civil bajo tratamiento. Por el contrario, en este caso considero que la aseguradora se limitó a actuar en el marco de lo previsto en la Ley de S. y a ejercer su legítimo y constitucional derecho de defensa (art. 18 CN y 44 de la Constitución de la Provincia del Chubut). -------

-------Por lo expuesto acompaño la propuesta formulada en el primer voto de dejar sin efecto la condena a pagar daño punitivo. ----------

------V. Conclusión: Por lo expuesto, acompaño la propuesta del Dr. Peral de revocar parcialmente la sentencia apelada en tanto condena a pagar la suma de $30.000 en concepto de daño punitivo, confirmándola en todo lo demás que fuera materia de agravios.

----En el marco previsto por el art. 282 CPCC y lo decidido al resolver el recurso, corresponde readecuar la imposición de costas de la primera instancia e imponer las correspondientes a esta alzada. Teniendo en cuenta el rubro que se desestima y su relación con el total reclamado, considero razonable imponer, en ambas instancias, el 80% de las costas a la demandada (art. 69 y 72 CPCC). En cuanto al porcentaje restante, dado que la presente causa tramita al amparo de la Ley VII N° 22, corresponde eximir de costas a la parte actora conforme lo dispone el art. 11 de la ley citada (conf. esta Sala, SDC 11/2019 entre otras). ----------

-----En cuanto a los honorarios por las tareas cumplidas tanto en la primera instancia como en la alzada, teniendo en cuenta la calidad, mérito y trascendencia de las tareas cumplidas, considero correctos y ajustados al resultado del pleito los propuestos por el Dr. Peral en

su voto por lo que acompaño su propuesta de regulación (arts. 5, 6, 8, 9, 13, 18 y 46 Ley XIII N° 4). ----------

----Por ello, a la primera cuestión voto PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA. ----------

---**A LA S. CUESTIÓN**, el Dr. Peral expuso:----------

----Visto el acuerdo alcanzado al tratar las cuestiones precedentes, corresponde:---------

-----I.- REVOCAR parcialmente la sentencia apelada en tanto condena al pago de la suma de $ 30.000 en concepto de daño punitivo, confirmándose en todo lo demás que fuera materia de agravios.----------

---II.- IMPONER las costas de ambas instancias en un 80% a la demandada, quedando la actora la actora eximida respecto del porcentaje restante (arts. 69 y 72 del CPCC y art. 11 Ley VII N° 22).----------

----III.- REGULAR honorarios por las tareas de S. instancia, al Dr. P. O. A., en el 4,8 % y al Dr. R. L., en el 4,2%, en ambos casos del monto del proceso, con más el IVA de corresponder (conf. arts. 5, 6, 8, 13, 18 y 46 de la ley XIII N° 4).----------

----Así lo voto. ----------

A LA SEGUNDA CUESTION la Dra. Spoturno expresó: ----------

----La resolución que corresponde dictar es la propuesta por el Dr. Peral por cuanto refleja fielmente el acuerdo alcanzado. ----------

---Así lo voto. ----------

----Con lo que se dio por terminado el Acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal, por haberse logrado la mayoría y por encontrarse en uso de licencia la Dra. Florencia Cordón Ferrando (Arts. 7 y 8 Ley V N° 17). ----------

----- Trelew, de septiembre de 2020.----------

--- En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede, la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Trelew; pronuncia la siguiente:----------

---------- **S E N T E N C I A**: ----------

-----I.- REVOCAR parcialmente la sentencia apelada en tanto condena al pago de la suma de $ 30.000 en concepto de daño punitivo, confirmándose en todo lo demás que fuera materia de agravios.----------

----II.- IMPONER las costas de ambas instancias en un 80% a la demandada, quedando la actora la actora eximida respecto del porcentaje restante (arts. 69 y 72 del CPCC y art. 11 Ley VII N° 22).----------

----III.- REGULAR honorarios por las tareas de S. instancia, al Dr. P. O. A., en el 4,8 % y al Dr. R. L., en el 4,2%, en ambos casos del monto del proceso, con más el IVA de corresponder (conf. arts. 5, 6, 8, 13, 18 y 46 de la ley XIII N° 4).----------

----Regístrese, notifíquese y devuélvase. ----------

MARCELO F. PERAL
JUEZ DE CÁMARA

NATALIA I. SPOTURNO
PRESIDENTE

--- REGISTRADA BAJO EL N° _____ DE 2020 – SDC. - CONSTE.----------

GUILLERMO N. WALTER
SECRETARIO DE CÁMARA