PODER JUDICIAL DE NEUQUÉN

NEUQUEN, 8 de junio de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"CHERQUI JULIO ARGENTINO C/ EL COMERCIO CIA. DE SEGUROS S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO"**, (Expte. JNQCI6 Nº **502868/2014)**, venidos en apelación a esta **Sala III** integrada por el Dr. Fernando Marcelo **GHISINI** y el Dr. Marcelo Juan **MEDORI**, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina **TORREZ** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el **Dr. Ghisini** dijo:

I.- La sentencia dictada en la instancia de origen a fs. 177/182, hace lugar a la demanda interpuesta y condena a Royal & Sun Alliance Seguros (Argentina) S.A. –continuadora de El Comercio Cia. de Seguros a Prima Fija S.A.-, a abonarle al actor Julio Argentino Cherqui la suma de $90.000 en concepto de indemnización por destrucción total del vehículo LVE – 380 y daños, con más sus intereses y costas.

Ese decisorio es apelado por la Compañía de Seguros a fs. 187 y por la parte actora a fs. 190.

A su turno, a fs. 185 el perito psicólogo apela sus honorarios por bajos; y a fs. 187 la aseguradora también apela los regulados al perito psicólogo y a la letrada del actor, por considerarlos altos.

II.- a) Agravios de la demandada (fs. 192/194 y vta.)

En primer lugar, manifiesta que resulta improcedente la indemnización de $30.000 otorgada en la sentencia en concepto de privación de uso del automotor.

Afirma, que el actor no acompaña comprobante alguno que acredite haber efectuado erogaciones con motivo de la supuesta privación de uso. Tampoco señala ni acredita cuales son las actividades que llevaba a cabo diariamente y que no pudieron concretarse.

Considera, que la a quo no determina de manera razonable el monto de dicha indemnización.

En segundo lugar, dice que el daño moral no resulta viable, pues para que sea procedente es necesario que exista una intención dolosa de su autor, y además, se debe demostrar que el actor ha sufrido perjuicios de carácter extrapatrimoniales, suficientes para justificar su reclamo.

Señala, que el perito psicólogo en su informe menciona que el actor sufrió muchas complicaciones, traducidas éstas en tener que pedir ayuda a sus familiares, pero no menciona que sufra algún tipo de depresión.

Dice, que la juez funda la procedencia del daño moral en meras declaraciones efectuadas por el actor al perito psicólogo, en donde manifiesta que padece angustia, frustraciones, ansiedades, etc., sin que se haya acreditado objetiva y fehacientemente esos padecimientos, y que de existir, ellos estuvieran relacionados con el incumplimiento contractual de su mandante.

En tercer lugar, se agravia por la aplicación de daño punitivo, ya que se justifica su condena en el incumplimiento contractual.

Advierte, que no cualquier incumplimiento contractual o legal puede servir de sustento para imponer una pena pecuniaria de índole civil que condene al incumplidor a reparar fuera de los límites del perjuicio efectivamente sufrido.

Indica, que la sentencia considera únicamente para la procedencia del daño punitivo el aspecto objetivo del incumplimiento, sin verificar las consecuencias del aspecto subjetivo, traducido este en la presencia de dolo del deudor, circunstancia no acreditada en autos.

A fs. 196/199 el actor contesta los agravios, solicitando su rechazo con costas.

II.- b) Agravios de la parte actora (fs. 200/203)

Menciona, que la juez de grado omite analizar de manera exhaustiva la documental adjuntada al escrito de demanda, pues conforme surge de fs. 26, el contrato de seguros fue celebrado el 05/10/2012, cuya vigencia se extendió hasta el día 22/12/2012, momento en el cual se celebró una extensión del mismo contrato, según se advierte a fs. 27.

Aclara, que la póliza contratada es la misma, ya que su vigencia permaneció ininterrumpida y ello se desprende de los datos, tales como: partes contratantes, número de póliza: 0026922337; rodado asegurado: número de chasis, motor, etc.

Entiende, que se dan los presupuestos exigidos en la póliza -Cláusula Adicional PKI CA-CC 11.1 y 11.2, a los fines de la entrega de una unidad cero kilómetro de la misma marca y modelo.

En segundo lugar, considera exigua la sanción por daño punitivo, fijado en la suma de $50.000 sin intereses.

Refiere, que la demandada decidió no dar cumplimiento a su obligación, pues no solo –tal como se desprende de la documentación acompañada- tomó conocimiento de toda información respecto del siniestro a través del actor, quién se puso a su disposición dando cumplimiento a todos los pasos administrativos requeridos, sino que fue la propia compañía, quién efectuó a través de la Sra. María Perla Reale -gestora- junto al actor, los trámites pertinentes para darle la baja a la camioneta, conforme se encuentra acreditado en la causa a fs. 125/127.

Indica, que la demandada eligió incumplir con su deber, lo cual generó un grave perjuicio económico y de salud para el accionante, conforme se encuentra probado con prueba testimonial e informe pericial (fs. 90, 91, 93, 94, 114 y 120), al mismo tiempo que obtenía un enriquecimiento al utilizar el dinero del seguro que no abonó.

A fs. 205/206 la aseguradora contesta el traslado del recurso, solicitando su rechazo con costas.

III.- Ingresando al tratamiento de los agravios formulados por las partes, por razones metodológicas debo comenzar por los de la parte actora.

Así entonces, observo que la controversia inicial de las partes se circunscribe al comienzo de la existencia del vínculo contractual entre la aseguradora y el actor; ya que mientras la primera desconoce la vigencia del seguro desde la adquisición por parte del actor de la unidad cero kilómetro, éste manifiesta lo contrario.

Por su parte, en la sentencia de grado si bien se tiene por reconocida la relación que vinculara a las partes, esto es: la contratación del seguro, la denuncia del siniestro, la recepción de las Cartas Documento de fs. 141/143, y la autenticidad del resto de la prueba documental acompañada por el accionante; sin embargo, la jueza considera que al momento de la contratación de la póliza (22 de diciembre de 2012) el actor no ha logrado acreditar que la unidad siniestrada era 0 km. Para llegar a tal conclusión, tuvo en cuenta que la factura de compra de la camioneta era del 9 de octubre de 2012, dos meses y medio antes de la emisión de la póliza, y la fecha de inscripción en el RPA fue el 12 de octubre de 2012, y frente a ello no se expuso en la demanda que la unidad fue entregada en forma concomitantemente con la contratación del seguro.

Ahora bien, a los fines de evaluar si al momento de la contratación del seguro en El Comercio, la camioneta del actor era cero kilómetro o no, debo tener en cuenta que, conforme surge de la sentencia, la autenticidad de la documentación adjuntada por éste ha quedado debidamente reconocida.

Por lo tanto, teniendo en cuenta la documentación adjuntada a fs. 26/62, considero que le asiste

razón a la parte actora, en cuanto a que a la fecha de la contratación del seguro, el rodado dominio: LVE-380, era una unidad cero kilómetro.

Conforme surge del comprobante de póliza número: 002692237/000002 (v. fs. 26), con vigencia del 05/10/2012 al 22/12/2012, la compañía "El Comercio" aseguró a favor del actor –Julio Argentino Cherqui- la unidad identificada como: Toyota Hilux D/12 3.0 DC 4X2 TDI SRV C; Motor: 1KD-5813963-84, chasis número: 8AJYZ59GXC3062738, Matrícula/ placa: A/D (a determinar).

De dicha póliza se desprende que efectivamente el accionante en forma previa a retirar la unidad y patentarla, ya que solo contaba con los datos de marca, número de motor y chasis, procedió a asegurarla la firma demandada, pues de lo contrario no se explica cual ha sido la causa por la cual la aseguradora "EL COMERCIO" con fecha 05/10/2012 emite una póliza a favor del señor Cherqui, individualizando los datos de la camioneta con los que contaba el asegurado en ese entonces.

Cabe mencionar, que si bien la factura de compra de la unidad de fecha: **09/10/2012** (v. fs. 52), como la inscripción de la camioneta en el Registro de Propiedad Automotor del **12/10/2012**, son posteriores a la contratación primigenia del seguro, conforme póliza (fs. 26) del **05/10/2012**, lo cual no implica -salvo prueba en contrario- que aun antes de su inscripción y de la emisión de la factura de compra, el vehículo del actor no estuviese asegurado.

Ello es así, en función de que es perfectamente viable que se emita una póliza de seguros sobre una unidad que en ese momento no se encuentre patentada, siempre y cuando se pueda individualizar la unidad con número de chasis y de motor, tal lo ocurrido al emitirse la póliza que obra a fs. 26.

Asimismo, el hecho de que la factura de compra lleve una fecha posterior a la emisión de la póliza de seguros, tampoco implica la inexistencia de ésta última, pues conforme los usos y costumbres, suele ocurrir que en algunos casos las concesionarias no reciben dinero directamente en sus sucursales, sino que emiten la factura de compra una vez que el comprador les acredita el depósito bancario del importe de gastos y valor pactado de la unidad.

Por otra parte, del informe de dominio histórico de titularidad, emitido por Registro de Propiedad Automotor (fs. 99/100 y vta.), surge que desde que la unidad era cero kilómetro, el único propietario fue el Sr. Cherqui, situación que resulta coherente con las demás constancias obrantes en la causa (póliza de fs. 26 a fs. 48, y fs. 156/175) de donde se desprende que el actor con anterioridad al retiro de la unidad y a su patentamiento, y con posterioridad hasta la ocurrencia del siniestro, tenía asegurada su camioneta, dominio LVE-380, en la compañía que aquí demanda.

En función de las consideraciones expuestas, entiendo que el demandante ha logrado acreditar los recaudos establecidos para que el valor de la unidad se liquide en la forma dispuesta en el contrato de seguro, conforme cláusula **PK1 CA-CC-11.1**, que establece: “En virtud de haberse asegurado la unidad desde cero kilómetro, por cuanto el asegurado ha presentado copia del certificado de no rodamiento o en su defecto de la factura de compra, con sus respectivos originales, en caso de siniestro por pérdida total del vehículo por un riesgo cubierto por la póliza, que haya ocurrido durante el primer año de vigencia del seguro, el asegurador entregará al asegurado en concepto de indemnización un vehículo cero kilómetro de la misma marca y modelo que el asegurado, una vez que el asegurado haya recibido la documentación a que se refiere la cláusula CG-CO 3.1 Prueba instrumental y pago de la indemnización en las condiciones

generales de la póliza y su anexo. En caso de discontinuarse la fabricación de vehículos de la misma marca y modelo que el asegurado, el asegurador indemnizará con un vehículo de similares características, hasta un valor máximo igual a la suma asegurada especificada en el frente de la póliza" (v. fs. 170).

De modo, propiciare al acuerdo que se haga lugar al primer agravio y en consecuencia se proceda a entregar al asegurado un vehículo cero kilómetro de la misma marca y modelo que el asegurado o en su caso el valor de un vehículo cero kilómetro de similares características, conforme valor de plaza.

En otro orden, en cuanto al daño punitivo, que fuera cuestionado por ambas partes, por motivos de buen orden lo abordaré en forma conjunta.

Así, el demandado critica la sentencia porque fue condenado al pago de dicho rubro, al fijarse una indemnización de $50.000, conforme el art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor, por considerar que la conducta de la aseguradora de no dar respuesta a los reclamos del actor, al guardar silencio a las intimaciones cursadas por cartas documento, no respondiendo tampoco pese a estar reconocido el siniestro y baja del vehículo, sin alegar justificativo alguno, que configura una omisión grosera y deliberada que habilita la sanción en los términos de la mencionada norma.

Frente a ello dice que el a quo justifica su condena en el incumplimiento contractual y afirma que no cualquier incumplimiento puede servir de sustento para imponer una pena pecuniaria de índole civil.

Ahora bien, observo que en la sentencia de grado no se impuso automáticamente dicha sanción civil, por el solo hecho de haber verificado un incumplimiento contractual por parte de la aseguradora demandada, sino que partiendo de un hecho objetivo como es el incumplimiento, evaluó la conducta

que asumió la demandada antes y durante el inicio de este proceso, llegando a la conclusión de que su falta de respuestas- dentro del contexto dado en el que la aseguradora reconoció el siniestro- configura una negligencia grosera que habilita la aplicación de la sanción establecida en el art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor.

Se pueden compartir o no los motivos expuestos por la a quo a los fines de aplicar la sanción civil, pero estaba a cargo del apelante disconforme, expresar los motivos que justificaron mantener una actitud pasiva frente a su asegurado, traducida en la falta de respuestas no sólo a las intimaciones que le fueran cursadas, sino también frente al inicio de una demanda que no ha recibido respuesta de su parte.

Todos estos motivos, resultan suficientes para mantener la sanción civil dispuesta en la instancia de grado, por lo que propiciaré su confirmación.

Respecto de la suma fijada por tal concepto de $50.000, a mí criterio no resulta exigua si se tiene en cuenta la vinculación existente entre las partes, contrato de seguro, la actitud asumida por la demandada antes y durante el proceso y la indemnización otorgada por los demás perjuicios que dicha demora han causado al actor.

Por lo que, considero que el a quo, utilizando las facultades que le confiere el art. 165 del CPCyC, ha evaluado correctamente el quantum por el que prospera dicho rubro.

Por lo que, dicho agravio será rechazado, confirmándose en consecuencia el monto por el que prospera el daño punitivo. Ahora, con respecto a los intereses del mencionado rubro, dada la naturaleza no resarcitoria, entiendo que la obligación de su pago, surge a partir de su imposición, por lo que recién, en el supuesto de no ser abonada en el plazo establecido para el cumplimiento de la sentencia (10

días), devengará intereses, los que en este caso, se calcularán a la tasa activa del Banco de la Provincia de Neuquén.

En relación a los agravios de **la aseguradora**, con relación a la indemnización fijada en concepto de **"privación de uso de automotor"**, al exponer que el actor no acompañó comprobante alguno que acredite haber efectuado erogaciones con motivo de la supuesta privación; y al señalar que tampoco indicó qué actividades se vieron afectadas como consecuencia de dicha carencia.

Al respecto debo decir que, cuando se trata de un vehículo afectado al uso particular, la sola privación de su uso produce una pérdida susceptible de apreciación pecuniaria, pues el hecho de privar a otro de un rodado es ya un daño resarcible, sin que sea exigible una prueba adicional.

En el caso, precisamente la destrucción de la camioneta conlleva como consecuencia necesaria la no utilización del bien, y consecuentemente, el perjuicio derivado de dicha privación se presume, debiendo el actor utilizar otros medios de transporte para el desarrollo de sus actividades diarias.

En ese sentido, la Jurisprudencia se ha pronunciado diciendo que: "La sola privación del uso del automotor, durante el tiempo que razonablemente pueden insumir los arreglos, comporta un daño resarcible porque afecta uno de los atributos del dominio. No es necesario que se lo destine a un uso comercial; en los casos en que así ocurre, a aquel daño se agrega el lucro cesante que, en esos supuestos, debe ser probado" (Autos: SEOANE ELSA MARTA c/ FORMICA LUIS ALBERTO Y OTRO s/ COBRO DE PESOS - Nº Sent.: 46113- Magistrados: CARDO BURNICHON - Civil - Sala G - Fecha: 07/06/1989).

"El solo hecho de verse ante la privación del vehículo importa un perjuicio indemnizable, pues cabe presumir que quien tiene un automotor es para usarlo, sea para su

trabajo, comodidad o esparcimiento" (Autos: GIORGETTI JORGE A. Y OTRA c/SOLIMO A. Y-U OTROS s/SUMARIO - DAÑOS Y PERJUICIOS - Nº Sent.:48421- Magistrados: VALDO MIRAS - Civil - Sala E - Fecha: 02/08/1989).

Por lo expuesto, y por compartir los fundamentos del juez de grado, rechazaré el presente agravio.

En cuanto a la procedencia del **daño moral**, examinadas las actuaciones se advierte que el thema decidendum en esta instancia consiste en determinar si fue acertada –o no- la apreciación efectuada por la a quo para hacer lugar a esta especie de daños.

Así entonces, luego de un minucioso examen de la causa, entiendo que la solución propiciada en la anterior instancia respecto de esta cuestión debe ser confirmada.

En punto a la procedencia del daño moral, y atendiendo a las particularidades de la especie, la realidad es que el recurrente aporto elementos de convicción suficientes que autorizan a considerar configurado el daño moral que alegó haber padecido, de conformidad con lo previsto por el art. 377 del Código Procesal.

Así, del dictamen pericial obrante a fs. 115/121 y vta, surge que la conducta asumida por la demandada le genero al actor no sólo complicaciones en su vida y rutina diarias, sino también: angustia, indignación, ansiedad, desazón, impotencia, frustración, decaimiento y bronca, es decir, se vio afectado a nivel personal.

En tal sentido, a fs. 116, en el dictamen aludido el perito psicólogo expresó: "Siente angustia e indignación por tener que reclamar algo que le corresponde. Ha tenido que pedir permiso en su trabajo, muchas veces, para poder hacer trámites en la aseguradora sin tener respuesta… Dice el actor: "Hoy en día estamos bien de salud, pero hay algo que esta rondando que es el malestar porque el seguro no nos responde. Me ha pasado que lloro por ponerme a pensar en

todo lo que invertí en un vehículo para estar bien con mi familia y ahora me pasa esto. Es mucha indignación y uno piensa y piensa…".

A fs. 119 vta, el experto, luego de haber efectuado los distintos test al actor, llega a la siguiente conclusión: "La situación de haber sufrido falta de respuesta satisfactoria por parte de la aseguradora, luego del accidente en que la camioneta quedo prácticamente destruida, le generó complicaciones en sus rutinas diarias y en su proyecto de vida, debiendo hacer algunas modificaciones (solicitar ayuda a familiares, principalmente de algún vehículo ya que vive en zona alejada). Actualmente presenta ansiedad, pensamiento concurrente, frustración, abatimiento, perturbación del sueño y decaimiento, limitando su capacidad de goce y esparcimiento, generando un nivel elevado de estrés que además incrementa el malestar cervical del actor, como consecuencia del accidente. En las pruebas administradas se encontraron los siguientes indicadores, que confirman lo dicho por el actor: Ansiedad- Conducta introvertida- Perturbación emocional- Sentimientos de inadecuación - Temor a la acción independiente- Falta de seguridad- Bajo nivel energético- Depresión. Es por ello que podemos afirmar que el accidente y sus consecuencias han generado un trastorno en su estado de animo, que denominamos: Trastorno Adaptativo Mixto con ansiedad y estado de ánimo depresivo.".

Si bien, la pericia fue impugnada por la accionada, considero que el cuestionamiento efectuado por al aseguradora no tiene virtualidad suficiente para desvirtuar las conclusiones del experto que aclara que no encontró en el actor indicadores de simulación.

Por lo tanto, teniendo en cuenta los lineamientos dispuestos por el art. 522 del Código Civil, el actor ha acreditado no sólo la existencia de complicaciones en su vida diaria que ha generado la actitud despreocupada de la

demandada frente a sus legítimos reclamos, sino también la existencia de afectación de índole personal y espiritual, traducidos en la angustia, desazón, inquietud, ansiedad y mal animo, por lo que en función de todo lo expuesto y compartiendo los fundamentos de la juez de grado, rechazaré dicho agravio, en todo lo que ha sido motivo de recurso y agravio y en consecuencia, confirmare la procedencia del daño moral.

En relación a la apelación de honorarios del perito psicólogo, diré que teniendo en cuenta la extensión, calidad y utilidad del informe de fs. 115/121 para la presente causa, el porcentaje por sus honorarios profesionales que se determina en la instancia de grado, resulta reducido, por lo que propiciare su elevación al porcentaje del 3%.

En cuanto a los honorarios de los letrados de la actora, examinada la causa, a la luz de lo prescripto por los artículos 6, 10, 7 y 20 de la Ley nº 1594, y realizados los cálculos pertinentes se observa que los emolumentos son ajustados a derecho, imponiéndose su confirmación.

IV.- Por todo lo expuesto, acogeré favorablemente el agravio de la parte actora en orden a la forma en que corresponde liquidar los daños materiales productos del siniestro, debiéndose en consecuencia, proceder de conformidad con lo pactado en la cláusula PKI CA-CC 11.1, obrante en la póliza de fs. 43, rechazando los demás agravios interpuestos por su parte.

Rechazar los agravios expuestos por la parte demandada, confirmándose la sentencia en todo lo que ha sido motivo de recurso y agravios.

Las costas correspondientes a esta segunda instancia, teniendo en cuenta el resultado obtenido, serán impuestas a la demandada, debiéndose regular los honorarios

correspondientes a esta instancia, conforme las pautas otorgadas por el art. 15 LA.

TAL MI VOTO.

El Dr. Marcelo J. MEDORI, dijo:

Por compartir la línea argumental y solución propiciada en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta **Sala III**

RESUELVE:

1.- Modificar la sentencia dictada a fs. 177/182, en cuanto a la forma en que corresponde liquidar los daños materiales productos del siniestro, debiéndose en consecuencia, proceder de conformidad con lo pactado en la cláusula PKI CA-CC 11.1, obrante en la póliza de fs. 43, confirmándola en lo demás que fuera materia de recursos y agravios.

2.- Elevar los honorarios del perito psicólogo ..., al 3%.

3.- Confirmar los porcentajes de honorarios de los letrados fijados en la instancia de grado, por resultar ajustados.

4.- Imponer las costas de Alzada a la demandada (art. 68 C.P.C.C.).

5.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 30% de lo que oportunamente se fije en la instancia de grado a los que actuaron en igual carácter (art. 15 L.A.).

6.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori
Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA