



Poder Judicial



ATIENZA, MARCELA ESTER C/ ASSIST CARD ARGENTINA S.A. DE SERVICIOS Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS

21-02919032-9

Juzg. 1ra. Inst. Civil y Comercial 2da. Nom.

N°693

ROSARIO, 24/08/2023

VISTOS: Los autos caratulados “**ATIENZA, MARCELA ESTER C/ ASSIST CARD ARGENTINA S.A. DE SERVICIOS Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS**”, Expte. N° **572/19**, que vinieron a despacho para dictar sentencia.

MARCELA ESTER ATIENZA, DNI 10.410.159, mediante apoderado, promovió juicio de daños y perjuicios, conforme ley de defensa al consumidor, contra ASSIST CARD ARGENTINA S.A. DE SERVICIOS y VISA ARGENTINA S.A. (e/c 10.562/19, fs. 106/120).

Relató que el 06/08/2016, siendo aproximadamente las 18 hs, mientras estaba en un viaje de placer por el continente europeo, y luego de que decidiera hacer uso de los servicios de asistencia al viajero TRAVEL ASSISTANCE – VISA SIGNATURE, por intermedio de su tarjeta de crédito VISA, prestado por ASSIST CARD ARGENTINA S.A. DE SERVICIOS, sufrió un accidente mientras esperaba un vehículo del Hotel “La Marmoratta”, en la parada de la Plaza sita en la entrada de Amalfi (Italia), cuando un vehículo Peugeot Partner dio marcha atrás sin previo aviso y la embistió. Manifestó que la policía municipal registró el hecho y que, posteriormente, efectuó la denuncia en la Legione Carabinieri Campania, Stazione di Amalfi.

Prosiguió diciendo que, una vez socorrida por el servicio de asistencia pública local, que la derivó al nosocomio “Pronto Soccorso – P.O. 05”, en donde se le realizaron distintos estudios y asistencia primaria, se le indicó que debía intervenir rápidamente en el brazo izquierdo.

Aseguró entonces haber efectuado la denuncia pertinente vía telefónica por ante la demandada y requerido asimismo asistencia médica inmediata, a lo que Assist Card prometió comunicarse a fin de hacer saber a la actora en dónde sería atendida.

Indicó que, ante la falta de respuesta oportuna, luego de formular incesantes pedidos por teléfono y correo electrónico y habiendo transcurrido dos días desde el accidente, obtuvo de contactos personales la recomendación de un instituto privado, Pronto Socorro Di Ravello en la ciudad de Milán, con el que Assist Card manifestó no tener convenio, aunque sin señalar un solo centro médico con el que sí tuviera, motivo por el cual decidió trasladarse el día 08/08/2016 a la ciudad de Milán, con su marido de casi 80 años de edad al volante, sin que tampoco la demandada brindase alternativas de transporte.

Continuó diciendo que ya en Milán, donde arribó el 08 por la noche, gestionó y abonó en la institución médica referida los estudios de rigor destinados a verificar el diagnóstico y la evaluación del grado de urgencia que ameritaba la intervención quirúrgica, sin que la demandada asumiera pago o reintegro alguno, motivo por el cual decidió emprender el retorno a la ciudad de Rosario, en miras a canalizar la pronta intervención por intermedio de la obra social y que se llevaría a cabo el 23/08/2016, en el Sanatorio de la Mujer, semanas después del arribo.

Aseveró que la demandada nunca se expidió respecto de la necesidad de internación, pese a la obligación que -afirmó- había asumido, ni tampoco cubrió los servicios hoteleros que debió contratar por su estancia en Milán; y que la actora cumplió en todo momento con las obligaciones que a su cargo se encontraban, las que detalló.

Reclamó reintegro de gastos, daño punitivo y daño moral, ofreció prueba y formuló reserva de derecho.

Amplió prueba (e/c 4.707/20, fs. 125/126).

ASSIST CARD ARGENTINA S.A. DE SERVICIOS compareció por apoderado y contestó la demanda (e/c



Poder Judicial

7.449/21, fs. 134/156). Efectuó negativa pormenorizada de los hechos y derecho contenidos en la demanda. Argumentó que brindó a la actora toda la información necesaria para poder asistirle y que ella debió aguardar a que se le indicara en qué nosocomio tenía cobertura y no lo hizo. Señaló entonces que no eran a cargo suyo el traslado a la ciudad de Milán, ni los estudios médicos o medicamentos allí prescritos, ni la estancia en Milán. Con relación a la intervención quirúrgica, manifestó que no era una contingencia que cubriera, desde que tuvo lugar al regreso. Aseguró que los comprobantes de los gastos realizados se presentaron el 08/11/2016, esto es, pasados los 60 días corridos desde que la actora regresó al país, por lo que había caducado el derecho a obtener el reintegro. Subrayó que no se había planteado nulidad de ninguna de las cláusulas del contrato. Pidió se rechace la demanda, con costas, fundó en derecho, ofreció prueba y formuló reserva de caso federal. Solicitó se aplique el art. 730 C.C.C.

PRISMA MEDIOS DE PAGO S.A. (antes VISA ARGENTINA S.A.) compareció por apoderado y contestó la demanda (e/c 10.400/21, fs. 162/186). Efectuó negativa pormenorizada de los hechos y derecho contenidos en la demanda. Opuso excepción de falta de legitimación pasiva. Señaló que no presta ni contrató con la actora un servicio de asistencia al viajero y es ajena además a la contratación de la emisión de una tarjeta de crédito VISA, mediante la cual actora y entidad financiera emisora pactaron la totalidad de los cargos, comisiones a abonar y los servicios a prestar, entre los que -entendió- debía encontrarse el de asistencia al viajero, prestado por la co demandada ASSIST CARD; y que de la lectura de la demanda, no se desprendía que se le endilgase incumplimiento o responsabilidad alguna, sino que habría incumplido ASSIST CARD. Negó que pudiera tener responsabilidad con fundamento en el art. 40 L.D.C., toda vez que no es titular de la marca VISA en la República Argentina, sino que lo es VISA INTERNATIONAL SERVICE ASSOCIATION, de San Francisco, California, Estados Unidos. Negó que hubiese habido conducta antijurídica de su parte o nexo causal con los daños reclamados, por lo que solicitó se rechace la demanda, con costas.

Ofreció prueba e introdujo el caso federal.

El presente juicio sumarísimo se enmarca dentro del trámite de la oralidad (acordada N° 48/17 y modificaciones de la Excma. Corte Suprema de Santa Fe). El 31/03/22 se realizó la audiencia de proveído (fs. 191/193), el 27/09/22, audiencia de producción (fs. 230), y el 20/12/22, audiencia supletoria (fs. 250). El Ministerio fiscal evacuó su informe y sostuvo la aplicación del plexo consumeril al presente caso (e/c 3.768/23, fs. 262/264). Posteriormente, se cumplieron cuestiones formales faltantes y los presentes quedaron para el dictado de sentencia.

Y CONSIDERANDO: 1.- Hay acuerdo en que la actora sufrió un accidente mientras estaba de viaje en Amalfi, Italia y que Assist Card le proveía servicio de asistencia al viajero. Asimismo, que esta última tuvo conocimiento del acaecimiento del siniestro, por cuanto afirmó que le brindó la información necesaria para asistirle.

El conflicto surge por cuanto la actora invocó incumplimiento contractual de las demandadas, que no la asistieron cuando tuvo su accidente y por tanto, pretende indemnización por daños. Assist Card sostuvo que brindó a la actora toda la información pero que ésta no aguardó a que se le indicara en qué nosocomio debía atenderse, por tanto no adeudaba los gastos de traslados, de alojamientos y médicos de Milán; que no correspondía el reintegro de la intervención quirúrgica que había acaecido a su regreso en Argentina, y por tanto, no era un hecho cubierto, y que los comprobantes de gastos los había presentado una vez caducado el plazo contractual para obtener el reintegro.

La co demandada Prisma Medios de Pago S.A. sostuvo que no tenía legitimación pasiva, y además, que era ajena a la contratación de la tarjeta de crédito Visa, por lo que no tenía ninguna responsabilidad.

2.- Se trata de un contrato de asistencia al viajero, que es un contrato de consumo, por lo que el análisis y resolución del caso debe efectuarse bajo la normativa específica (Ley 24.240, arts. 1.092 a 1.094 del Cód. Civ. y Comercial) y los principios propios de la materia



Poder Judicial

consumidor que están enderezados a restablecer el equilibrio entre consumidor/usuario y proveedor que de origen se presenta alterado en razón de la posición de inferioridad estructural que los primeros ocupan frente al segundo.

3.- He examinado a fondo y en forma minuciosa la totalidad de las pruebas producidas en autos. No obstante ello, aclaro que me referiré únicamente a la necesaria y conducente para la solución del conflicto planteado, tal como lo admite reiterada y pacífica jurisprudencia de nuestros tribunales.

4.- Corresponde verificar si acaeció el incumplimiento achacado consistente en la falta de asistencia. La actora ofreció como prueba los *mails* que acompañó e intimó a la co demandada a que aportara los suyos. Assist Card, al contestar la demanda, sostuvo que desconocía las copias de *mails* de la actora (fs. 137). Más adelante, en su responde, reconoció como propias las casillas de correo assistances@assistcard.com y auditoriavirtual@gmail.com y sostuvo que mediante éstas, había asistido a Atienza.

En el aseguramiento de pruebas, expte. N° 425/2017 que obra unido por cuerda, la actora requirió a la demandada Assist Card que acompañara copia del intercambio de correos electrónicos mantenido con ella y la demandada se presentó y expresó que ya había presentado la información requerida (ver e/c 17.994/17, fs. 138), cuando ello no era así.

Por tanto, resulta de aplicación el art. 53 LDC que establece, en su tercer párrafo, que “*Los proveedores deberán aportar al proceso 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*”. Esto no significa receptar la teoría de la carga probatoria dinámica, sino admitir la preeminencia del principio de buena fe en el proceso y por tanto, no se puede permitir que la demandada niegue los *mails* acompañados por la actora si no los contrapone con los suyos. De igual forma, “Este deber de

colaboración que también recae sobre el proveedor -se ha interpretado sin mayores discusiones- supone una alteración de las cargas probatorias tradicionales. Así, mediando una relación de consumo, al proveedor no le basta con controvertir los hechos expuestos en la demanda por el consumidor y descansar a la espera de que éste pruebe los extremos invocados, sino que se le asigna un rol activo en el esclarecimiento de la verdad, y su renuencia jugará en contra de su posición sobre la base del principio *in dubio pro consumidor* (arts. 3º y cc. LDC).”¹

Por tanto, tendré por válidos los *mails* acompañados por la actora, obrantes a fs. 20/51 de autos. De ellos, destaco el del 10/08/2016, mediante el cual la actora efectuaba reclamo desesperado por falta de respuesta por el cambio de billete urgente de regreso a Rosario y advirtiéndole a la demandada lo complejo de demorar la intervención quirúrgica que su situación de salud requería. Además expresaba su enojo por la falta de asistencia: “*no me consiguieron médico en Amalfi, ni en Milán, no me ayudaron con el traslado a Milán, no me consiguieron los medicamentos, no me ayudaron con el traslado a la clínica, no me quieren pagar el hotel, me dejan varada acá...*”

5.- La co demandada sostuvo que brindó toda la información que requería la actora. Sin embargo, he examinado los restantes *mails* y no he observado respuesta de parte de ésta al *mail* antes transcripto, u otro, mediante el cual indicara médico o clínica a la que la actora debiera recurrir o con quien debiera asistirse. Se trata de *mails* anteriores al 11/08/2016, remitidos en su mayoría por la actora a distintos destinatarios, o respondidos por éstos a la actora, en ambos casos con copia a auditoriavirtual@gmail.com, requiriendo cancelaciones de reservas y/o devoluciones.

Ello así, ni de la contestación de demanda, ni de los *mails* surge que Assist Card hubiese informado a la actora cuál era la empresa designada para asistirla en Amalfi o en Milán. Tampoco describió en estos autos qué soluciones le habría propuesto, conforme a lo establecido

¹ CCCSF, S. III, 13/04/2022, Resolución N° 68, “Taboga, Valeria Romina; Taboga, Silvina Veronica; Taboga, Florencia Paola; Salguero, Ana Beatriz; Taboga, Hugo Carlos C/ Metro Desarrollos S.A. S/ Juicios Ordinarios”.



Poder Judicial

en el punto 1.5.E de las condiciones generales del contrato, o qué profesional de su departamento médico habría tenido acceso a la historia clínica de la actora, o cuál habría sido la opinión del departamento médico de la demandada en el caso de Atienza.

Por lo demás, en las condiciones de contratación consta que Assist Card se reserva el derecho de grabar y auditar las conversaciones telefónicas para el buen desarrollo de la prestación del servicio (punto 1.6.D), y tampoco fue puesta a disposición esta prueba.

6.- La co demandada Assist Card sostuvo que no adeudaba los gastos de traslado, alojamientos y médicos. No obstante ello, de las condiciones del servicio prestado (acompañados por la actora a fs. 81/95 y por la demandada a fs. 149/156), en el punto 3.1.F se consigna que Assist Card cubre los medicamentos prescritos durante la internación y se hace cargo de estos hasta el límite de U\$S1.000 y *“cuando la medicación a ser provista por Assist Card no esté prontamente disponible y el Titular deba hacer uso de la misma en situaciones de emergencia, los desembolsos realizados por estos conceptos serán reembolsados...”*.

Asimismo, en el punto 3.2. establece las condiciones de transporte en caso de accidente, comprometiéndose a satisfacer los gastos de traslado del beneficiario y los de los restantes acompañantes que sean beneficiarios, hasta un centro hospitalario adecuado o hasta su domicilio, y toma a su cargo los gastos de pasaje derivados de regreso anticipado en caso de que no pueda utilizar su boleto original; y en caso de que Assist Card no consiga el pasaje, el beneficiario puede adquirirlo en cualquier línea regular y, en ese caso, recibirá reembolso en el plazo de 15 días.

La cláusula 3.7 de las condiciones generales dice que *“Assist Card satisfará los gastos del hotel (exclusivamente los gastos relativos al hospedaje, sin consumos adicionales) del beneficiario asistido cuando por accidente o enfermedad y por prescripción del equipo médico de Assist Card necesite prolongar la estancia en el extranjero para su asistencia sanitaria. Dichos gastos tendrán un límite diario de U\$S 300*

(trescientos) o su equivalente en moneda nacional con un tope máximo de U\$S 3.000, o su equivalente en la moneda nacional por toda la estancia.”

La co demandada sostuvo que no autorizó el traslado o posterior atención en un nosocomio de Milán y, por tanto, no debía hacerse cargo ni del traslado ni de la estadía en Milán. Nuevamente, la co demandada no expresó en estos autos -y tampoco probó- a dónde le habría indicado o en qué lugar de Amalfi -o cualquier otro- debía ser asistida la actora. La falta de prueba de la respuesta de la co demandada habilita que la actora, ante la situación de urgencia que se encontraba, haya solventado la atención médica y el traslado que su condición requería.

En conclusión, quedó probado que la demandada no indicó a qué centro médico debía acudir la actora, no informó qué soluciones le propuso o qué profesional de su departamento médico pudo relevar la situación de la actora y aconsejarla. Por tanto, acreditó el incumplimiento a su obligación principal de asistencia y atención médica y resulta procedente el reclamo de reintegro de gastos de traslados, médicos y de alojamiento y que *infra* analizaré en detalle.

7.- En cuanto a que no corresponde que Assist Card cubra la intervención quirúrgica que se había realizado en Argentina, sólo cabe decir que este ítem no fue reclamado por la actora (ver fs. 116).

8.- La demandada sostuvo que no correspondía el reintegro peticionado por cuanto había caducado el plazo contractual de 60 días establecido para su solicitud.

Las condiciones generales, en el art. 4.1.E, establecen que el tiempo límite para el reintegro no puede ser superior a 60 días corridos contados desde que el beneficiario regresó al país y que la presentación extemporánea hará caducar todo derecho al reintegro.

Se trata de una cláusula abusiva incluida dentro de condiciones generales de contratación, contrato de adhesión, donde el predisponente establece unilateralmente su contenido, que no puede ser modificado por el adherente. Esto genera una situación de desigualdad y desequilibrio evidente que facilita la inclusión de cláusulas que afecten la



Poder Judicial

relación de equivalencia del negocio, desnaturaliza las obligaciones de las partes y limita la responsabilidad del proveedor, por lo que corresponde tener por no convenida dicha disposición.

En este sentido, la Ley de Defensa del Consumidor, en su artículo 37, inciso a), establece que “[...]se tendrán por no convenidas: a) Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños; b) Las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte”, y el art. 1.119 C.C.C., que “Sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales, es abusiva la cláusula que, habiendo sido o no negociada individualmente, tiene por efecto provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor.” En caso similar, se ha dicho “Es claro que las cláusulas transcriptas más arriba importan una restricción a los derechos del consumidor, así como limitan la responsabilidad y desnaturalizan las obligaciones de las demandadas, por lo que esas cláusulas no pueden ser aplicadas”²

La falta de petición oportuna de la actora (quien recién lo formuló en su alegato) no obsta a la declaración de abusividad, desde que son normas de orden público y resulta de aplicación el artículo 1.118 C.C.C., que establece que “Las cláusulas incorporadas a un contrato de consumo pueden ser declaradas abusivas aun cuando sean negociadas individualmente o aprobadas expresamente por el consumidor”. “En lo que nos interesa, ante el conflicto del orden público con la autonomía de la voluntad de las partes, prevalece el orden público, considerando inválido un acto jurídico cuando se emite en contra de sus postulados, teniendo por tanto una característica negativa y una marcada impronta moral.”³ “En estos casos, cuando la actitud del predisponente impone un ejercicio abusivo de su poder de decisión, el juez debe sustituir al adherente y soslayar con su

² CNCom, Sala B, expte. nro. 69967/2014, “Martin, José Manuel c/ Fiat Auto Argentina SA s/ ordinario”, 21.04.2021, citado en CNCom., Sala B, 07/03/2022, “Esains, Daniel Jacobo c. Avantrip.com S.R.L. y otro s/ sumarísimo”, La Ley Online; AR/JUR/17913/2022.

³ LEIVA FERNANDEZ, LUIS (director del tomo), *Código Civil y Comercial Comentado Tratado Exegético*, ALTERINI (Director), Thomson Reuters, La Ley, T. V., pag. 1071.

autoridad jurisdiccional la imposibilidad de negociar o modificar las cláusulas que tiene el adherente”⁴.

9.- Rechazo la excepción de falta de legitimación opuesta por la co demandada Prisma Medios de Pago SA, ya que en las condiciones generales del servicio de asistencia en viaje consta que es para titulares de tarjeta Visa Signature y su grupo familiar, y que así era en virtud del contrato existente entre Assist Card y Prisma Medios de Pago SA. En caso similar: “Los contratos involucrados (de asistencia al viajero y tarjeta de crédito), no pueden ser considerados como relaciones autónomas, en tanto interactúan dentro de un grupo de vínculos que derivarán en el negocio último surgido del conjunto. Todo ello en tanto la contratación del servicio de asistencia al viajero resultó accesorio al contrato de tarjeta Visa Gold e incluía al titular y a su grupo familiar, y, de hecho, como se expresó, al momento de su contratación, el actor se vio obligado a contratar un “upgrade” de ese servicio ya obtenido por el destino al que se dirigían (Europa) y por el tiempo que insumiría el viaje (más de 50 días).”⁵

Además, de la informativa respondida por Prisma Medios de Pago SA surge que la actora era titular de una cuenta en Banco Macro, que denunció un viaje desde 11/06/16 a 20/08/2016 por Italia y otros países y que las tarjetas poseían servicio de asistencia (fs. 220).

La excepcionante fundó su falta de legitimación en que era ajena a la contratación de la emisión de la tarjeta de crédito VISA y que no era titular de la marca VISA en República Argentina SA, sino VISA INTERNATIONAL SERVICE ASSOCIATION de San Francisco, California, Estados Unidos. Esto no fue probado y era carga de la excepcionante acreditarlo.

Desde esta perspectiva, la codemandada Prisma es responsable solidaria en los términos del art. 40 LDC, pues ambas coaccionadas prestaron el servicio en conjunto y, por tanto, deben responder frente a la actora consumidora. Así, “El art. 40 de la ley consumeril estipula

4 CNCom, Sala B, “Levi, Ricardo Rafael c/ Banco Itaú Buen Ayre SA”, 19.06.2009, citado en CNCom., Sala B, 07/03/2022, “Esains” antes citado.

5 CNCom, sala B, 31/03/2021, “Fontana Gribaudo, Livia y otro c. Assist Card Argentina S.A. de Servicios y otro s/ Ordinario”, La ley online, TR LALEY AR/JUR/5349/2021.



Poder Judicial

que 'si el daño al consumidor resulta... de la prestación del servicio responderá... quien haya puesto su marca en la cosa o servicio... Solo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena'. En este contexto, la responsabilidad solidaria de Assist Card y de la administradora del sistema de tarjetas de crédito encuentra sustento en el artículo mencionado, que estableció un régimen de solidaridad respecto del usuario por los daños resultantes de los defectos en la prestación del servicio, a menos que demostrara la eximente allí prevista —causa ajena—, pues se trata de un servicio prestado con exhibición de la marca “Visa” y su emblema comercial”⁶ y, “Corresponde responsabilizar solidariamente a la empresa de tarjeta de crédito en los términos del art. 40 LDC junto con la empresa de asistencia al viajero, por la denegación de cobertura estando los actores en el extranjero, pues si ambas coaccionadas prestaron el servicio en conjunto, deben asumir su responsabilidad en la operatoria frente al cliente. Lo actuado por cada demandada afecta a la otra, por cuanto resultan responsables frente al “cliente o consumidor” del servicio ofrecido.”⁷

10.- A tenor de todo lo hasta aquí expuesto, corresponde admitir la pretensión de reintegro de gastos conforme los comprobantes de pago acompañados por internación en clínica Humanitas, por €458 (fs. 77), por gastos de medicación por la suma de €168,76 y por traslado en taxi y aparcamiento por €48,3 (fs. 74).

También corresponde admitir el gasto de combustible por traslado desde Amalfi a Milán (824 km), que si bien no se acompañó comprobante, puedo estimar razonablemente en el valor de 55 litros de nafta, que al día de hoy arroja \$19.250 (\$350x55).

De igual manera, se admite el rubro alojamiento Hotel Hilton de Milán del 08/08 al 11/08/2016, acreditado con facturas de fs. 67, 69 y 71 por \$2.643, \$2.625,88, \$2.619 y \$20.661,85.

No procede el reintegro de factura hotel La Marmoratta del 06 al 08 de Agosto 2016, por \$7.878 (fs. 73), por cuanto se trata de un hotel previsto en el viaje de la actora y contratado desde

⁶ CNCom, Sala B, “Fontana Gribaudo”, antes citado.

⁷ CNCom, Sala B, “Fontana Gribaudo”, antes citado.

Argentina el 26/05/2016. Tampoco, el gasto de alquiler de vehículo por todo el período, sino sólo desde el 06/08/2020 a su devolución, el 20/08/2016. La factura acompañada, por U\$S1.435,16 correspondía al período 12/06/2016 a 20/08/2016 (fs. 61/63). Se admite el rubro por U\$S1.116,23 (U\$S79.73x14).

Intereses. Los rubros cuantificados en moneda extranjera y el rubro combustible (que fue calculado en pesos al día de hoy) devengarán una tasa de interés moratoria del 6% anual desde su reclamo a la fecha de esta sentencia y, a partir de aquí, una vez y media la tasa activa sumada del Banco Nación Argentina. El rubro alojamiento hotel que procede por su monto histórico devengará un interés moratorio de una vez y media la tasa activa sumada del Banco Nación Argentina desde su reclamo a hoy.

Daño moral. Solicitó una compensación por los padecimientos sufridos y que le ocasionó daño espiritual. No se produjo prueba pericial psicológica, no obstante, puedo presumir el perjuicio emocional, el dolor, en la situación de desamparo y carencia de asistencia cuando era un servicio que estaba contratado.

El daño moral no requiere de prueba directa, bastando la prueba existente en autos para que pueda inferirse, tal como lo establece el art. 1.744 C.C.C. y siendo que quien realiza este tipo de contratos lo efectúa con la ilusión de convertirse en propietario de un bien, cuya adquisición se le dificulta de otra forma y que pretende ser acreedor de soluciones y no de mayores problemas. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, tiene dicho, en relación al daño moral que “procede el resarcimiento del daño moral sufrido, detrimento que por su índole espiritual debe tenérselo por configurado, en las circunstancias del caso, por la sola realización del hecho dañoso de que se trata y su particular naturaleza, así como la índole de los derechos comprometidos. A fin de la fijación del *quantum* debe tenerse en cuenta el carácter resarcitorio de este rubro, la índole del hecho generador de la responsabilidad y la entidad del sufrimiento causado, que no tienen necesariamente que guardar relación con



Poder Judicial

el daño material, pues no se trata de un daño accesorio a éste (Fallos 308:698; 318:1598; 321:1117, entre otros).”

Para determinar su cuantía el juzgador debe sortear las dificultades que supone imaginar el dolor, frustración y angustia que el evento produjo en la esfera íntima de la actora, para luego transformarlo en una reparación en dinero que compense de alguna forma los trastornos padecidos, motivos estos por lo que el magistrado, más que en cualquier otro rubro, debe atenerse a una prudente apreciación y a las características particulares de la causa.

Por lo cual, en virtud las características que revistió el hecho y las facultades derivadas del art. 245 del C.P.C., fijo como indemnización la suma de **pesos doscientos cincuenta mil (\$250.000)**.

Los intereses moratorios por este rubro los establezco en el 6% anual desde el 06/08/2016 hasta la fecha de esta sentencia y, a partir de aquí, en una vez y media la tasa activa sumada del Banco Nación Argentina.

Daño punitivo. Solicitó daño punitivo. Sostuvo que hubo un incumplimiento grave y doloso, aprovechándose la co demandada de su situación de fortaleza y debilidad del consumidor.

En general existen dos tesis referidas a este tópico. Por un lado, una amplia, que establece que el presupuesto de procedencia es el mero incumplimiento⁸ y la gravedad de la falta hay que mirarla sólo para graduar el monto del pena⁹. En el otro extremo, se ha dicho que para que proceda el daño punitivo, el incumplimiento debe ser doloso, debe haber un obrar grave y malicioso de la empresa que actúa así porque le resulta más económico que hacerlo como dispone la ley.¹⁰

Así, “...la redacción de la norma es harto deficiente, pues parece requerir, como única condición para su procedencia, la existencia de un incumplimiento de sus obligaciones por parte del

8 CCC Rosario, Sala II, “Rueda Daniela c/ Claro AMX Argentina SA”, Expte. 32/10, 29/07/2010.

9 C. Apel. Circuito Rosario, “Torricelli c/ Grimoldi”, Abril 2013.

10 CCC Rosario, Sala IV, “Vazquez c/ Claro AMX”, 07/08/12.

proveedor, con independencia de que medie o no un factor subjetivo de atribución, haya o no daño causado al consumidor y más allá de que el proveedor haya obtenido un lucro como consecuencia del hecho. Sin embargo, la doctrina ha intentado, por la vía de una interpretación integradora, salvar las aludidas deficiencias.”¹¹ Y también, “Es necesario, por el contrario, que se trate de una conducta particularmente grave, caracterizada por la presencia de dolo (directo o eventual) o, como mínimo de una grosera negligencia”¹².

Además, “...resulta procedente esta sanción, cuando la conducta del demandado aparece particularmente agravada y culpable. De ahí que buena parte de la doctrina afirme que el factor de atribución para la aplicación de esta multa sería subjetivo y además agravado; solamente daría pie a su aplicación el dolo o la culpa grave del incumplidor, notas que cabe predicar del hecho mismo (López Herrera, Edgardo; op. cit. pag. 1202).”¹³ A esta indemnización debe ser condenado el autor de perjuicios reiterados, que desoye criterios judiciales ya expuestos, motivado por un puro afán lucrativo, y que la particularidad estaría dada, en la atención prestada a la conducta reiterativa del dañador, debiendo tener en cuenta la cuantificación la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso¹⁴ y autorizada doctrina ha propuesto la necesidad de acreditación por parte del reclamante de un factor subjetivo agravado de atribución en consonancia con la estructura específica y condiciones de vigencia de la multa civil la cual se torna operativa no ante cualquier incumplimiento del proveedor sino solo ante una conducta o serie de ellas que respondan a una gravedad relevante que la tornen merecedora de una sanción ejemplar y disuasiva para el proveedor y terceros.”¹⁵

En este caso se probó la conducta abusiva e ilegal de la co demandada, consistente pretender invocar una cláusula contractual

11 LORENZETTI, Ricardo Luis, *Consumidores*, Rubinzal Culzoni, segunda edición actualizada, pag. 562.

12 LORENZETTI, ob. Cit., pag. 163.

13 CCCRosario, Sala IV, “Rodríguez Maximiliano c/ AFA s/ daños y perjuicios”, Acuerdo N° 81 del 09/04/2013.

14 Conf. MOSSET ITURRASPE – PIEDECASAS, *La extinción del contrato – Responsabilidad extracontractual derivada del contrato*, Rubinzal Culzoni, pag. 576.

15 QUAGLIA – RASCHETTI, *El factor de atribución exigido en los daños punitivos*, en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, Abeledo Perrot, N° 291 julio/agosto 2018, pag.702.



Poder Judicial

predispuesta por ella misma en su propio favor para rechazar el reintegro de los rubros abonados por la actora, además de que no cumplió con su deber de colaboración conforme lo establece el art. 53 de la ley 24.240. Si bien no puedo afirmar que existiera un obrar doloso de la demandada, sí advierto un grave menosprecio por los derechos de la consumidora, como un destrato hacia ella a la hora de negociar la solución, todo lo cual justifica la imposición del daño punitivo peticionado.

Este rubro sólo se puede cuantificar en forma discrecional y con prudencia. Pero no relevo pautas matemáticas para efectuarlo, por lo que debo realizar la valoración con apoyo en las circunstancias del caso, especialmente en la gravedad y abusividad del comportamiento de la demandada, que es una empresa de gran magnitud y sobre cuya responsabilidad pesa un alto grado de profesionalidad.

En este caso, donde infiero un grado de intencionalidad en la conducta especialmente reprochable, corresponde imponer una sanción ejemplificadora. Pondero la posición en el mercado del infractor y el perjuicio resultante para la actora, por lo que considero justo fijar una multa a cargo de las co demandadas y en favor de la actora de **pesos doscientos cincuenta mil (\$250.000)**.

Los intereses correspondientes al daño punitivo corren desde la fecha de esta sentencia y son equivalentes a una vez y media la tasa activa sumada del Banco Nación Argentina.

11.- Costas. A cargo de las co demandadas (art. 252 C.P.C.C.).

Por todo lo expuesto, normas legales citadas, y actuaciones que se tienen a la vista, **FALLO:** Hacer lugar parcialmente a la demanda instaurada en autos y, en consecuencia, condenar a **ASSIST CARD S.A.** y **PRISMA MEDIOS DE PAGO S.A.** para que abonen a **MARCELA ESTER ATIENZA** los rubros establecidos en los considerandos en el término perentorio de diez días, con los intereses y costas conforme a lo fijado en los considerandos.

Insértese y hágase saber.

.....
DRA. MARIANELA GODOY
Secretaria

.....
DRA. MONICA KLEBCAR
Jueza