En la ciudad de Puerto Madryn, a los días de junio del año dos mil dieciocho, se reúne la Excma. Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo E. Fiordelisi y la asistencia de los Sres. Jueces de Cámara, Dres. Julián Emil Jalil, y los Sres. jueces de Cámara subrogantes Dres., Luis Horacio Mures y Carolina Barreiro, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"C. E. c/ E. M. y V. S.R.L y otro s/ DAÑOS y PERJUICIOS" (Expte. N° 37 - Año 2017)** venidos del Juzgado Civil y Comercial (Expte. N° 187/14), en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Es justa la sentencia apelada? **SEGUNDA:** ¿Son justos los honorarios regulados al apoderado y al letrado patrocinante de los demandados y de la citada en garantía? **TERCERA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 464.

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

1 – Antecedentes

El Juzgado Civil y Comercial de esta ciudad dictó sentencia a fs. 397/404 vta., la cual fue apelada a fs. 407 por la parte actora, siéndole concedido el recurso a fs. 408. A su vez, a fs. 411 los letrados que actuaron por los demandados y por la citada en garantía, apelaron por baja la regulación de sus honorarios, concediéndoseles el recurso a fs. 412. Expresó agravios la parte actora a fs. 431/439 vta., siendo contestado el traslado de los mismos por la citada en garantía a fs. 446/449 y por Empresa M. y V. S.R.L. a fs. 450/453 vta.

2 – La sentencia

La sentencia recurrida hizo lugar parcialmente a la demanda entablada por E. C. contra M. y V. SRL, C. O. H. y M. R. S. del Transporte Público de Pasajeros, condenando a los dos primeros y a la citada en garantía en el límite

de la cobertura, al pago a la Sra. C. de la suma de $ 121.600.-, en concepto de Afección Negativa de Idoneidad y Aptitudes, Tratamientos Médicos y Daño Moral, con más los intereses a la tasa activa del Banco del Chubut S.A. desde la fecha del accidente hasta su efectivo pago; impuso las costas a los demandados y la citada en garantía y reguló los honorarios de los letrados intervinientes.

Tuvo por cierto la a quo que el 6 de Octubre de 2013, la actora ascendió al rodado Mercedes Benz, dominio XXX-XXX, propiedad de M. y V. SRL, conducido por C. O. H., con destino a la ciudad de Epuyén y que el 7 del mismo mes y año, en proximidades de la ciudad de Paso de Indios y aproximadamente a las 4 hs., se produjo el vuelco de la unidad. Con respecto a la causa del vuelco, plasmó la a quo que la causal de exoneración invocada por los demandados (caso fortuito) no fue demostrada y de allí que corresponda asignar responsabilidad por las consecuencias a la empresa de transportes y su chofer codemandados.

En lo que hace al resarcimiento de los daños reclamados, la sentencia consideró la "Afección negativa de la idoneidad y aptitudes de la actora" por lo que la reclamante invocó que sufrió la fractura de dos costillas lo que le ha generado una incapacidad para trabajar como empleada doméstica. Describió la a quo las constancias médicas obrantes en autos y el dictamen de la pericia médica que le otorgó una incapacidad del 10% como consecuencia de las lesiones sufridas en el hecho dañoso. Conforme a estos antecedentes, tuvo en cuenta la edad de la actora en el momento del siniestro (59 años), las lesiones, sus secuelas determinadas por el perito médico, la falta de ingresos acreditados y fijó una indemnización por incapacidad sobreviniente de $ 48.000.- más intereses desde la fecha del accidente al efectivo pago.

Con respecto a los "Gastos Médicos y de Farmacia" y valorando los dictámenes periciales de autos, determinó la suma de $ 3.600.- para gastos de medicación, $ 13.200.- para el tratamiento psiquiátrico y $ 16.800.- para el tratamiento psicológico.

La indemnización por "Daño Moral" la fijó en la suma de $ 40.000.-, valorando las lesiones sufridas, su traslado al hospital de Paso de Indios, atenciones en los nosocomios de El Maitén y Epuyén y las derivaciones señaladas por el perito psiquiatra y la psicóloga, afectando su modo de sentir y menoscabando su calidad de vida en lo afectivo, laboral y social.

Con relación al "Daño Punitivo" reclamado por la parte actora, ha dicho la a quo que no encontró, más allá del incumplimiento objetivo del deudor de su obligación de transportar al pasajero a su destino, que la conducta desarrollada por la empresa M. y V. SRL resultara violatoria de las normas de la L.D.C. y que ello justifique aplicar la sanción pretendida. Agrega la decisión que no obran incorporados a la causa elementos que permitan asegurar que el servicio se brindó en condiciones deficientes, desde que la causa del accidente obedeció, conforme la prueba producida, a una falla humana del conductor. Culminó diciendo el fallo que de las pruebas no se advierte la existencia de alguna de las conductas reprochables o la violación de los deberes impuestos por la norma en cuestión y de allí que desestimó el reclamo.

3 – <u>Agravios de la parte actora</u>

3.1) Se agravia la actora por **la exigua cuantificación** que ha hecho la a quo con respecto al **daño patrimonial** generado por las secuelas físicas causadas por el accidente. Refiere que el perito ha sido contundente al determinar que la actora está limitada para realizar esfuerzos y que padece dolor en la zona dorsal izquierda; que está limitada en sus funciones no pudiendo realizar esfuerzos; que se desempeñaba como empleada doméstica previo al

accidente y que luego del mismo ya no lo puede hacer; que los testigos han sido claro en cuanto a esta circunstancia; que ahora no puede trabajar y vive de una pensión; que debe tenerse en cuenta la edad de la actora en el momento del accidente (persona mayor), su escasa formación intelectual, el oficio que siempre desarrolló (doméstica) y las secuelas irreversibles con las que quedó a causa del accidente; que teniendo en cuenta todas estas circunstancias surge la insuficiencia del monto indemnizatorio que cuestiona en el agravio; que de no haber sufrido el hecho dañoso, seguiría trabajando como empleada doméstica. Culmina haciendo una referencia a precedentes jurisprudenciales de esta Alzada que fijaron una indemnización mayor.

3.2) Se agravia a la reclamante por considerar insuficiente la indemnización fijada para reparar el **Daño Moral**.

Refiere que se acreditaron las circunstancias del accidente, las lesiones sufridas y las secuelas, como también todo lo que padeció la actora luego del accidente en el período de convalecencia y dice que no hay dudas del padecimiento moral que el siniestro le causó. Expresa que se omitió considerar que la actora estaba realizando un viaje de placer en el momento de sufrir el accidente, iba de vacaciones a la casa de su hijo y en lugar de placer tuvo que sufrir por las lesiones padecidas. Esgrime que debió valorarse el período de convalecencia entre 3 a 6 meses según el perito médico, los dolores que aun padece y la incapacidad que porta. Insiste en que el monto fijado por la a quo es irrisorio y arbitrario.

3.3) El tercer agravio está dedicado al rechazo de la indemnización por **Daño Punitivo** que reclamó al demandar.

Esgrime que la a quo ha incurrido en un yerro al decidir el rechazo indemnizatorio por este rubro; cita el art. 52 bis de la L.D.C.; dice que acreditado el incumplimiento por la empresa codemandada se configura el daño punitivo; que está acreditado el incumplimiento de la demandada que no brindó el servicio pactado ni garantizó seguridad a la actora durante el traslado, ni luego del mismo; que la demandada no otorgó un trato digno a la actora; que M. y V. incumplió sus obligaciones; que la transportista debió acreditar que brindó un servicio eficiente y que garantizó la salud y la seguridad de la actora; que el accidente ocurrió y si el mismo fue por una falla humana, debe valorarse que el chofer no fue elegido por los pasajeros sino por la empresa; que el usuario no debe acreditar que el servicio fue prestado deficientemente; que la a quo no interpreta correctamente la L.D.C.; que la conducta de la empresa representa un trato indigno para con la actora; que acreditado el incumplimiento se impone aplicar la multa pretendida y que no es carga de la actora acreditarlo; transcribe un precedente de esta Cámara en apoyo de su pretensión.

4 – <u>Tratamiento de los agravios</u>

4.1 – <u>La indemnización por Incapacidad Sobreviniente</u>

Agravia a la reclamante el insuficiente monto fijado por la a quo para indemnizar su incapacidad sobreviniente que ha sido consecuencia del hecho dañoso, entendiendo que la suma de $ 48.000.- (Cuarenta y Ocho Mil Pesos) no guarda una relación adecuada con la magnitud del daño y con sus condiciones personales.

En votos anteriores (ver: *"A. V. c/ S. Z. s/ Daños y Perj."*, sent. 04/02/14, Reg. N° 03/14; *"B. A. c/ O. R. s/ Daños y Perj."*, sent. 30/05/17, Reg. N° 20/17 y *"M. c/ N. s/ Daños y Perj."*, sent. 07/11/17, Reg. N° 37/17; entre otros) dije que las lesiones *en el cuerpo* perturban la composición anatómica del sujeto; las que interfieren *en la salud* afectan su normal funcionamiento. En la mayoría de

los supuestos, los menoscabos a la integridad personal participan de ambas características. No obstante, no siempre hay una equivalencia entre pérdida anatómica y afectación funcional. Por ejemplo, puede surgir sólo un perjuicio de la primera índole cuando la amputación de un dedo anquilosado permite un mejoramiento en la función prensil de la mano, en la pérdida de un diente supernumerario, o en cicatrices que no limitan movimientos corporales (conf. PORTIGLATTI-BARBOS, "Danno alla persona", en Azara – Eula (Dirs.), "Novissimo digesto italiano", T. V, pág. 150; ZAVALA de GONZALEZ, M., *"Tratado de Daños a las Personas – Disminuciones Psicofísicas"*, T. 1, pág. 77, Ed. Astrea).

A la inversa, existe la posibilidad de que se presente una disminución de tipo funcional, no obstante alcanzarse una recuperación anatómica. En tal caso, puede darse una enfermedad o una debilidad que produce una disminución del vigor y de la resistencia.

La jurisprudencia despliega con amplitud la nocividad por lesiones a la integridad psicofísica y es así que se ha determinado que por "lesión" debe entenderse toda alteración de la contextura física o corporal -como una contusión, herida, mutilación, etc.-; cualquier perjuicio en el aspecto físico de la salud o en el mental, aunque no medien alteraciones corporales. Y lo indemnizable no es otra cosa que el daño ocasionado a la víctima y que se traduce en un disminución de su capacidad en sentido más amplio, que comprende, además de la aptitud laboral, la relacionada con la actividad social, cultural, deportiva, etc. (conf. CCiv.Com. M. del Plata, Sala II, 07/07/98, Rep.JA, 2001-533, N° 336).

Debe tenerse en cuenta que no hay una necesaria relación entre la magnitud de las lesiones y las repercusiones económicas (daño patrimonial) que acarrean. Es así que una lesión muy grave puede producir un reducido perjuicio material, en caso de que la víctima hubiese llegado a una edad en

la que ya había sufrido la pérdida de sus aptitudes productivas. Por otra parte, lesiones similares pueden aparejar desmedros pecuniarios diferentes, según la clase de tareas que desempeñe la víctima y demás circunstancias personales.

En el Derecho de daños interesa, más que la clasificación "de las lesiones" en leves, graves y gravísimas, la captación "del efecto lesivo". De tal modo, distinguir si aquéllas producen incapacidad absoluta o bien parcial y, en este último caso, su porcentual e incidencia de la productividad y espiritualidad del lesionado; igualmente, la situación de "grandes inválidos", que quedan inexorablemente dependientes de la asistencia ajena hasta para actos básicos elementales.

Ahora bien, las lesiones son *incapacitantes* cuando no puede corregirse la integridad del menoscabo y se verifica cualquier tipo de aminoración vital. Una lesión invalidante es desde luego jurídicamente grave, pero no toda lesión médicamente grave es incapacitante. Ello adquiere trascendencia en materia de carga probatoria. Como en teoría es factible una plena rehabilitación, sin secuelas irreversibles, resulta prácticamente de rigor la prueba pericial que fundamente la configuración de la eventual incapacidad sobrevinientes, ya consolidada después de la etapa inicial para curación o bien a posteriori de terapias aconsejables en el futuro.

Son pautas esenciales de valuación la mayor o menor gravedad de la incapacidad (un porcentaje sobre la total) y su extensión en el tiempo: permanente o temporaria. También procederá valorar si la incapacidad priva a la víctima de desplegar sus habituales actividades productivas o recreativas y en qué medida (hasta aquí, conf. ZAVALA de GONZALEZ, M., ob. cit., págs. 90,91).

Como directa consecuencia de lo expuesto, se ha resuelto que en la indemnización por incapacidad sobreviniente debe valorarse no sólo el porcentual de disminución de aptitudes laborales, sino también y principalmente la indemnidad perdida, lo que es equivalente al derecho de conservar ileso e intacto el cuerpo de cada uno. La alteración del organismo antes pleno y sano, que nunca podrá ser restituido al estado original, es el objeto de la compensación dineraria, en su proyección laboral, productiva o en alguna de las manifestaciones vitales (conf. CNCiv., Sala F, 04/08/99, RCyS, 2000-454).

En el caso en tratamiento estamos ante una víctima que tenía 59 años de edad al sufrir el infortunio y que *"…La incapacidad parcial y permanente que presenta es del 10%..."* y ella *"…tiene relación causal con el accidente denunciado en autos…"* (conf. pericia médica, fs. 223).

Independientemente de las consecuencias de índole "laboral" que le puedan provocar a la víctima la incapacidad permanente que padece, tengo en cuenta también como relevante para lo que implica el desarrollo de su vida diaria, social, recreativa, deportiva, etc. y este cuadro se hace más notable al estar en presencia de una mujer que al accidentarse tenía 59 años de edad, debiéndose evaluar también que, conforme surge del dictamen médico, *"…la compresión anteroposterior del tórax provoca dolor en zona dorsal izquierda…"* y que *"…presenta secuelas físicas que la limitan para realizar esfuerzos…"* (conf. fs. 222/y vta.).

A ello se agrega que los testigos, con excepción de M. E. U. (fs. 279/y vta.) quien no fue precisa en cuanto a expresar las causales por las que la actora dejó de trabajar como doméstica, han expuesto que la misma *"quedó mal de ese golpe", "antes podía trabajar, podía atenderse a sí misma ahora no puede trabajar", "no puede trabajar no puede hacer ningún esfuerzo"* (conf. testigo M., fs. 280/y vta.); que *"Tuvo golpes fuertes en la costilla", "está hasta ahora con el problema, no*

puede trabajar ni nada", "no se ha recuperado, "no lleva el mismo estilo de vida que antes… siguió con dolores de costilla" (conf. testigo L., fs. 312 y vta.) y que *"todavía anda con dolor, no se siente bien. Todo lo que hacía antes para trabajar ahora no lo puede hacer", "ella trabajaba en casas de familia", "Ella antes trabajaba y tenía todos los días su plata y ahora tiene que esperar el mes y se hace complicado", "Veo que ahora se cansa más para caminar y la veo quejándose"* (conf. testigo Ñ., fs. 313 y vta.). De lo cual surge de modo coincidente que la actora, antes del accidente trabajaba como empleada doméstica y que luego de sufrido el mismo no ha podido seguir desempeñándose en esas tareas por su dolencia física consecuencia del accidente y de allí que reciba una asignación o pensión por hijos.

De todos modos, no me quedo solamente con las conclusiones del perito médico y con el contenido de los testimonios referidos sino que debo tener presente también lo que la actora le manifestara oportunamente a la Perito Médico Psiquiatra Vanina Laura Botta cuando fue entrevistada para la realización de la pericia encomendada en autos. Conforme surge de autos, la perito -en lo que aquí interesa destacar- dijo: *"La Sra. C. refiere que se dedicaba a tareas de limpieza, por lo que luego del accidente sufrido no pudo realizar más, tanto por dolores corporales como por los síntomas emocionales vividos en el período posterior al accidente y* ***actualmente por los síntomas depresivos referidos****…"* (fs. 237 "in fine"/238; la negrita es propia). O sea, en el mes de Agosto de 2015 la actora le manifestó a la mencionada perito que la causa por la que no trabajaba en esa fecha era por los síntomas depresivos, sin hacer referencia a la lesión "física". Este reconocimiento de la propia víctima no puede obviarse a los fines indemnizatorios. Es por ello que corresponde merituar que las razones que han provocado que la reclamante no continuara trabajando como doméstica no han sido solamente las secuelas de su lesión física sino que también han influido según su propio

reconocimiento- razones de índole psicológica y/o psiquiátricas y -viene al caso destacar- aquí no se hizo reclamo alguno por "daño psíquico o psicológico", el cual no tiene carácter autónomo, salvo casos especiales. De allí entonces que no pueda admitirse sin más la queja en cuanto a atribuirle a las lesiones "físicas" la única causal por la cual la actora dejó de trabajar como lo venía haciendo hasta el día de sufrir el accidente.

En atención a lo hasta aquí expuesto y fundamentado, teniendo en cuenta las probanzas del proceso, la edad de la víctima, el trabajo que desempeñaba, el porcentual de incapacidad determinado por el perito médico y las consecuencias que las secuelas que padece le han generado para el futuro, el monto indemnizatorio fijado en la instancia originaria por la "incapacidad sobreviniente" surge como insuficiente y de allí que sea procedente elevar prudentemente el mismo, estableciéndolo en la suma de **$ 68.000.- (Sesenta y Ocho Mil Pesos)** a la fecha del accidente (art. 167 y concs. CPCC). Al importe fijado, deberán adicionarse los correspondientes intereses a la tasa establecida en la sentencia de primera instancia y a computarse desde la fecha del accidente hasta el pago efectivo.

4.2 – <u>La indemnización por Daño Moral</u>

Agravia a la recurrente el monto indemnizatorio fijado en la instancia originaria para reparar el Daño Moral ($ 40.000.-) y lo considera claramente insuficiente.

Es natural que un accidente súbito, espectacular y catastrófico genera una intensa angustia y gran temor, constitutivos de daño moral. En el caso, tengo presente el informe del Perito Médico actuante en autos así como las conclusiones de los dictámenes de la Perito Médica Psiquiatra y de la Psicóloga, los que no he de reproducir aquí en orden a la brevedad.

Sabido es que el daño moral conexo a las lesiones físicas es resarcible aunque el tratamiento haya sido exitoso y no haya dejado secuelas ulteriores, ya que

son innegables los sufrimientos precedentes, con mayor razón corresponde su admisión en este caso a la luz de las probanzas arrimadas al proceso. Es evidente que le quedaron a la víctima secuelas permanentes indemnizables y surgen de los dictámenes periciales las lesiones sufridas, tratamientos realizados, tratamientos psíquicos y psicológicos que debe realizar, necesidad de control médico, medicación que se le debe suministrar necesariamente, etc. Bastan para justificar la compensación por daño moral, además de las secuelas, los padecimientos sufridos por dolores, traslados y tratamientos, recibiendo medicación y controles médicos.

He dicho en causas similares que, conforme con la definición de la Organización Mundial de la Salud, esta última representa *"un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no consiste tan sólo en una ausencia de enfermedad o invalidez*". Dentro de dicha perspectiva, toda secuela dejada por el hecho, aunque no se traduzca en una ineptitud laboral o de otra índole, implica una alteración de la normalidad de que se gozaba y perturba de algún modo la plenitud y alegría de la vida (conf. ZAVALA de GONZALEZ, M., *"Daños a las Personas"*, T. 2 a, pág. 474, ed. Hammurabi).

Ahora bien, aunque el daño moral sea inconmensurable, por fuerza debe fijarse un monto resarcitorio. Admitir el sufrimiento de la víctima como inconmensurable y, pese a ello, mensurarlo en una cierta cifra, no importa contradicción, desde que la indemnización del daño moral no pretende transformar en neutro el perjuicio sufrido, sino paliar las consecuencias moralmente dañosas. Es obvio que ninguna cifra, por elevada que fuese, sería aceptable para la víctima a cambio de las lesiones y el sufrimiento padecidos (conf. TSCórdoba, Sala Civ.Com., 04/06/97, cit. en Zavala de González, M., *"Doctrina judicial. Solución de casos"*, T. 6, pág. 304).

La suma a establecer en concepto de daño moral no colocará a la actora en la misma situación en que se encontraba con anterioridad al suceso. De todas

formas, el juzgador se ve compelido a determinar la indemnización; no se trata de compensar dolor con dinero, sino otorgar a los damnificados cierta tranquilidad de espíritu en algunos aspectos de sus vidas a fin de mitigar sus dolores.

Advierto que la fijación del importe del daño moral es de difícil determinación, ya que no se halla sujeto a cánones objetivos, sino a la prudente ponderación sobre la lesión a las afecciones íntimas de los damnificados, los padecimientos experimentados, es decir, agravios que se configuran en el ámbito espiritual de las víctimas y que no siempre resultan claramente exteriorizados, hallándose así sujeto su monto a una ponderada discrecionalidad del juzgador (conf. CNCiv., Sala C, 17/12/99, DT, 2001-A107).

Es por ello que no corresponde exigir al juez que explique cuál fue el método del cálculo utilizado para la determinación de la suma conferida en concepto de daño moral sino que, de conformidad con las atribuciones conferidas por el art. 1078 del anterior Cód. Civil, debe apreciar las circunstancias del caso y mediante el arbitrio judicial, que no es arbitrariedad, sino valuación ecuánime de la entidad de la ofensa y del ámbito en que fue proferida -además de las características del afectado que sean conocidas- estimar discrecionalmente el monto indemnizatorio respectivo (conf. CNCiv., Sala C, 09/03/99, ED, 187-596; de mi voto in re *"B. A./ O. R."*, cit.).

Se ha dicho que la indemnización debe ser *suficiente* para la víctima y *posible* de satisfacer por el responsable y su eventual asegurador. Ello exige insoslayable coherencia entre los montos y la realidad socioeconómica vigente, procurando dentro de ese contexto que la condena satisfaga un objetivo auténticamente resarcitorio. Aquellas directivas trasuntan un equilibrio aristotélico que respalda la *seriedad indemnizatoria*. En efecto, las cuantías son respuestas jurídicas puntuales frente a daños inmerecidos, por

lo cual de nada sirve el más prolijo estudio de éstos sin análogo esmero en la fijación de los montos. La *suficiencia* traza una aspiración compensatoria, que permita adquirir bienes y servicios o emplear el dinero para otros destinos, a fin de cumplimentar una función satisfactiva en la medida alcanzable. En su virtud, son desechables las condenas a entregar sumas simbólicas (conf. *"B. A."*, cit.).

De conformidad con lo expuesto se ha resuelto que la indemnización del daño moral posee carácter esencialmente resarcitorio y satisfactorio. Ello implica que el juez debe fijar una suma de dinero que tenga alguna entidad, jerarquía o importancia, que no sea simbólica al estilo de comunidades jurídicamente evolucionadas que ven en ella satisfacción suficiente para el ofendido, ni tampoco exageradamente elevada, pues no tiene por objeto satisfacer un encono ni brindar un enriquecimiento patrimonial, sino compensar los padecimientos naturales que impone la subjetividad del agravio (conf. CNCiv., Sala I, 21/12/99, LL, 2000-F-758).

La indemnización también debe ser *posible* para responsables y aseguradores. Desde un plano objetivo, por adecuación a la situación macroeconómica del momento, sin desmesura en cuanto al poder adquisitivo de la suma para compensar al damnificado, descartando exageraciones que conviertan al responsable en otra víctima (conf. ZAVALA de GONZALEZ, M., op. cit., págs. 313 y sigs).

Si bien no requiere de una demostración expresa, no es fácil traducir en una suma de dinero la valoración de los dolores, sufrimientos, molestias, angustias, incertidumbres o temores padecidos por la víctima. Sólo ella puede saber cuánto sufrió, pues están en juego sus vivencias personales. Para estimar pecuniariamente la reparación del daño moral falta toda una unidad de medida, pues los bienes espirituales no son mensurables en dinero. Sin embargo, al reconocerse una indemnización por este concepto,

no se pone un precio al dolor o a los sentimientos, sino que se trata de suministrar una compensación a quien ha sido injustamente herido en sus afecciones íntimas (conf. ORGAZ, A., *"El daño resarcible"*, pág. 187).

Si la indemnización en metálico no puede por sí restablecer el equilibrio perturbado del bienestar de la víctima, puede sin embargo, procurarle la adquisición de otros bienes que mitiguen el daño (conf. FISCHER, H.A., *"Los daños civiles y su reparación"*, pág. 228).

La determinación del daño moral no se halla sujeta a parámetros objetivos, pues las aflicciones se producen en el ámbito espiritual de la víctima, por lo que su valoración debe efectuarse según la cautelosa discrecionalidad del juzgador ceñido a considerar la situación personal de aquella (arts. 163, inc. 5°, 165, 386, 456, 477 y concs. Cód.Proc.Civ.Com.; arts. 1078, 1083 y concs. Cód. Civil) (conf. CNCiv., Sala G, 18/10/2002, DJ 2003-1, 247). Además, la indemnización por este concepto tiene carácter autónomo y no tiene por qué guardar proporción con los daños materiales (conf. CNCiv., Sala G, 01/03/2000, *"Zalazar, M.A. c/ Transp. Metrop. Gral. Roca S.A."*).

De conformidad con lo hasta aquí expuesto, teniendo en cuenta los antecedentes del caso, sus consecuencias, la edad de la víctima, las situaciones por las que, sin dudas, debió atravesar la reclamante a raíz de las lesiones padecidas en el accidente, las secuelas permanentes que han quedado por el accidente y las de naturaleza psíquica y psicológica que padece a consecuencia del hecho dañoso, el daño moral se ha configurado plenamente para ella; por lo que considero justo y razonable que el monto fijado en la primera instancia sea elevado e indemnizarlo con la suma de **$ 60.000.- (Sesenta Mil Pesos)**, con más los intereses fijados por la a quo a computarse desde el día del evento dañoso al efectivo pago (arts. 1078, 1109 y concs. Cód. Civ.; art. 167 CPCC).

4.3 – <u>El Daño Punitivo</u>

Reclamó la actora la admisión del "Daño Punitivo" ante el incumplimiento de la parte demandada a sus obligaciones contractuales. Anticipo que la cita que se hace en la queja de un precedente de esta Alzada no tiene relación con el caso que aquí se debate; la cuestión citada estaba vinculada al servicio de telefonía celular y el trato particular de la empresa prestadora con un cliente y no es posible vincularlo con el hecho dañoso que aquí sucediera (accidente de tránsito) y en el que participara la actora.

La denominación correcta para designar la figura jurídica en cuestión es "multa civil" por actos desaprensivos, indignantes o antisociales, expresión que permite determinar con exactitud su especie y naturaleza dentro del género sanción, al cual pertenece. En el sentido apuntado, en la Comisión N° 10 de las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil se aprobó, de lege ferenda, la siguiente recomendación: *"Es aconsejable la implementación de multas civiles, con carácter de penas privadas legales, para sancionar graves inconductas mediante la imposición al responsable [del pago] de una suma de dinero"*.

Esta interpretación del verdadero sentido del daño punitivo obliga a dejar de lado una interpretación literal que conduciría a efectos no deseados, pues bastaría el mero incumplimiento, cualquier sea la obligación violada, medie o no dolo o culpa del proveedor, haya o no un daño causado al consumidor, se haya enriquecido o no el proveedor como consecuencia del hecho, para que sea aplicable la multa (conf. PICASSO, S., *"Nuevas categorías de daños en la Ley de Defensa del Consumidor", Sup. Esp. Reforma de la Ley de Defensa del Consumidor,* La Ley, 2008 (abril), 123).

En consecuencia, no basta con el mero incumplimiento legal o contractual para que sean aplicables los daños punitivos o multa civil por actos

desaprensivos, sino que se requiere la concurrencia de un elemento objetivo y de otro subjetivo.

Desde el punto de vista objetivo, para la aplicación de la multa civil prevista por el art. 52 bis no es suficiente un simple daño, sino que debe tratarse de un daño o su posibilidad que por su gravedad, trascendencia social o repercusión institucional exija una sanción ejemplar. Desde el punto de vista subjetivo, la conducta del proveedor debe ser desaprensiva o antisocial (outrageous conduct). En efecto, en el derecho angloamericano, no cualquier acto ilícito puede generar la aplicación de punitive damages, sino que se requiere una particular subjetividad en la conducta del dañador que va más allá de la mera negligencia (conf. PIZARRO, R.D., *"Daño Moral"*, Ed. Hammurabi, Bs.As., 2004, pág. 529; Cám.Civ.Com.Tucumán, Sala II, *"Umar c/ Banco Columbia S.A."*, Sent. N° 643, 23/12/2013, entre otras; JUNYENT BAS, F., *"Recaudos de procedencia del daño punitivo. A propósito de la disparidad de criterios en "Teijeiro" y "Esteban""*, La Ley, 14/08/2017, 7).

La Cámara Civil y Comercial de Córdoba, en criterio ratificado por el Tribunal Superior de Justicia entendió que para la procedencia de los llamados daños punitivos, es necesario que concurran los siguientes requisitos: 1) el elemento subjetivo, que es más que la culpa o la debida diligencia; se trata de una conducta deliberada, culpa grave o dolo, negligencia grosera, temeraria, actuación cercana a la malicia; y 2) el elemento objetivo, esto es, una conducta que produzca un daño individual o de incidencia colectiva, que supere el piso o umbral que le confiera, por su trascendencia social, repercusión institucional o por su gravedad, una apoyatura de ejemplaridad (conf. JUNYENT BAS, F., ob. cit.).

Esta problemática relativa a las condiciones de procedencia del daño punitivo se extendió a todo el ámbito nacional y así la sala "B" de la Cámara Nacional de Comercio ha dicho que la legislación argentina incorpora en el

art. 52 LDC la figura del "daño punitivo" y si bien es cierto que fue criticado el alcance amplio con el que fue legislada la multa civil, en cuanto se alude a cualquier incumplimiento legal o contractual, existe consenso dominante en el derecho comparado, en el sentido de que las indemnizaciones o daños punitivos sólo proceden en supuestos de particular gravedad, calificados por el dolo o 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 exterioriza menosprecio grave por derechos individuales o de incidencia colectiva (conf. CNCom., Sala B, 14/06/2017, *"Callejo, D.A. c/ Volkswagen SA de Ahorro p/f determinados y Otro s/ Sumarísimo"*).

El tribunal citado enfatizó que *"…la mención al incumplimiento de una obligación legal o contractual sólo debe ser entendida como una condición necesaria pero no suficiente para imponer la condena punitiva. Dicho en otras palabras, si no hay incumplimiento no puede haber daño punitivo, pero puede haber incumplimiento sin daño punitivo, situación que se dará en la mayoría de los casos (…) El elemento de dolo o culpa grave es necesario para poder condenar a pagar daños punitivos…"*.

En sentido concordante se ha dicho que al presente esta postura se impone en la jurisprudencia nacional que, en forma ampliamente mayoritaria, considera que **el mero incumplimiento de la normativa no basta para que proceda la aplicación de la multa civil**, propugnando una interpretación sistemática del texto legal. En ese sentido, 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 un daño que por su gravedad, trascendencia social o repercusión institucional demande la imposición de una sanción ejemplar (conf. Cám.Civ.Com.M. del Plata, Sala II, *"Curry, P.V. c/ Transportes Automotores Plusmar SA y Otros s/ Daños y Perj."*, RCyS 2017-VII, 146; La Ley, 06/07/2017, 7; AR/JUR/24667/2017; JUNYENT BAS, F., ob. cit.; esta Cámara in re *"Morales, Luis Alberto c/ Royal & Sun Alliance S. (Argentina) S.A. s/ Daños y Perj."*, 17/10/2017, Reg. N° 36/17).

Habiendo resumido hasta aquí las condiciones necesarias para la procedencia del "daño punitivo" o "multa civil", no encuentro que las mismas se hayan dado en el caso de autos y de allí que he de compartir la postura de la Sra. Magistrada a quo en cuanto ha desestimado su imposición, correspondiendo rechazar la queja en este punto.

5 – <u>Conclusión</u>

De conformidad con lo hasta aquí expuesto y fundamentado, corresponde concluir que debe **revocarse parcialmente** la sentencia recurrida en el monto fijado para indemnizar la ***"Afección negativa de la idoneidad y aptitudes de la actora" (Incapacidad Sobreviniente)***, el que se fija en la suma de **$ 68.000.- (Sesenta y Ocho Mil Pesos)** más los intereses fijados por la a quo y en el monto fijado para indemnizar el ***"Daño Moral"***, que se fija en la suma de **$ 60.000.- (Sesenta Mil Pesos)** más los intereses fijados en la instancia originaria; **confirmándose la misma** en lo demás que ha sido materia recursiva. Así lo voto.

6 – <u>Adecuación de costas y honorarios</u>

La revocación parcial de la sentencia no altera la condición de vencida de la parte demandada y su aseguradora y de allí que no corresponda realizar la adecuación prevista por el art. 282 del CPCC. Con respecto a los honorarios de los letrados de los demandados y la citada en garantía, será considerado

en la siguiente cuestión propuesta al Acuerdo.

7 – <u>Costas de la Alzada</u>

En atención al resultado del recurso concedido a la parte actora, procede imponer las costas de la Alzada en un 80% a la empresa codemandada y su aseguradora y en un 20% a la parte actora (art. 72 CPCC), regulándose los honorarios de la Dra. Vanesa Peruzotti, apoderada de la parte actora, en el 30% de los que les correspondan por su labor en la instancia originaria; los del Dr. Sergio Leandro Fassio, apoderado de la Citada en Garantía, en el 25% de los que les correspondan por su labor en primera instancia y los del Dr. Victorio Antonio Fassio, apoderado de Empresa de Transportes M. y V. SRL, en el 25% de los que les correspondan por su labor en primera instancia, sin perjuicio de lo normado por el art. 7 de la Ley Arancelaria y más el IVA de corresponder (conf. arts. 5, 13, 38, 46 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

<u>A LA PRIMERA CUESTION</u>, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi vota **PARCIALMENTE por la AFIRMATIVA**.

<u>A LA SEGUNDA CUESTION</u>, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

Los Dres. Victorio Antonio y Sergio Leandro Fassio han apelado por bajos los honorarios que les han sido regulados en la instancia originaria.

Teniendo en cuenta la naturaleza y complejidad del proceso, el resultado obtenido y el mérito de la labor profesional, apreciada por su calidad, eficacia y extensión del trabajo realizado por ambos profesionales, considero que la regulación practicada por la a quo se ajusta a las pautas aplicables de la Ley Arancelaria (arts. 5, 6, 38 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.) y de allí que deba ser confirmada. Es mi voto.

A LA SEGUNDA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi vota por la **AFIRMATIVA**.

A LA TERCERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

De compartir mis colegas integrantes de esta Excma. Cámara los fundamentos precedentemente expuestos, el pronunciamiento que corresponde dictar sería el siguiente:

1) **REVOCAR PARCIALMENTE** la sentencia recurrida en el monto fijado para indemnizar la "Afección negativa de la idoneidad y aptitudes de la actora" y en el monto fijado para indemnizar el "Daño Moral".
2) **DISPONER** que la "Afección negativa de la idoneidad y aptitudes de la actora" debe indemnizarse con la suma de $ 68.000.- y que el "Daño Moral" debe indemnizarse con la suma de $ 60.000.-, en ambos casos más los intereses fijados en la primera instancia.
3) **CONFIRMAR** la sentencia recurrida en lo demás que fuera materia de agravios.
4) **NO ADECUAR** las costas y honorarios de la primera instancia.
5) **IMPONER LAS COSTAS DE LA ALZADA** en un 80% a la empresa codemandada y su aseguradora y en un 20% a la parte actora (art. 72 CPCC), regulándose los honorarios de la Dra. Vanesa Peruzotti, apoderada de la parte actora, en el 30% de los que les correspondan por su labor en la instancia originaria; los del Dr. Sergio Leandro Fassio, apoderado de la Citada en Garantía, en el 25% de los que les correspondan por su labor en primera instancia y los del Dr. Victorio Antonio Fassio, apoderado de Empresa de Transportes M. y V. SRL, en el 25% de los que les correspondan por su labor en primera instancia, sin perjuicio de lo normado por el art. 7

de la Ley Arancelaria y más el IVA de corresponder (conf. arts. 5, 13, 38, 46 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

6) CONFIRMAR los honorarios regulados en la primera instancia a los Dres. Victorio Antonio y Sergio Leandro Fassio.

7) REGISTRESE, NOTIFIQUESE y oportunamente, **DEVUELVASE**.

A LA PRIMERA CUESTIÓN, el Sr. Juez de Cámara Dr. Julián Emil JALIL, dijo:

1.- Metodología empleada para el tratamiento de las cuestiones. Es jurisprudencia arraigada de la CSJN que a los jueces no están obligados a tratar todos y cada uno de los argumentos de las partes, sino sólo aquellos que estimen pertinentes para la solución del caso, ni tampoco a ponderar todos los elementos y pruebas aportados al juicio, bastando sólo aquellos que consideren conducentes para fundar sus conclusiones. (Conf. CSJN, Fallos, t. 294, p. 466, t. 295, ps. 135, 356 y 362; t. 276, ps. 132 y 311; t. 280, p. 320 y t. 302, p. 1564 -Rep. LA LEY, t. XXXVIII, J-Z, p. 1182, sum. 20; p. 1183, sum. 21; p. 1182, sum. 20; Rev. LA LEY, t. 139, p. 764, fallo 24.057-S; t. 139, p. 617; t. 144, p. 611, fallo 27.641-S; Rep. LA LEY, t. XLII, J-Z, p. 2370, sum. 45-, entre otros; CNCiv., sala B, E. D., t. 59, p. 250 -Rep. LA LEY, t. XXXV, J-Z, p. 1670, sum. 141-; ídem, sala C, E. D., t. 59, p. 154 -Rev. LA LEY, t. 156, p. 850, fallo 31.874-S-; ídem, sala D, L. 272.208, del 2/9/82; ídem, sala E, E. D., t. 80, p. 272; ídem, sala F, L. 208.621, del 21/6/83. Asimismo: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, J., F. M., 16/02/1984, LA LEY 1984-C, 414, AR/JUR/192/1984. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, Vieyra, Witcomb, Jorge R. c. Caisso, María M, 27/08/1982, AR/JUR/1829/1982; y jurisprudencia local: CACR, en autos: "V, J y otro c/ T. C. M. SA (M) s/ Sumarísimo", Expte. Nro. 556/15, entre otros).

Teniendo en cuenta el art. 7 de la Carta de Derechos de los Ciudadanos de la Provincia del Chubut ante la Justicia (Ley V - Nº 108), el presente acto jurisdiccional se redactará de la forma más clara y comprensible para sus destinatarios, intentando emplear una sintaxis y estructura sencilla, sin perjuicio del rigor técnico que sea necesario. En base a lo expuesto, separaré las cuestiones por títulos y centraré el tratamiento de los agravios siguiendo el orden empleado por el Sr. Magistrado que me precede en el voto.

2. Las cuestiones fácticas traídas a decisión. Las cuestiones fácticas han sido ampliamente referidas por la colega que me precede en el voto, motivo por el cual no redundaré en ellas, dando por transcriptos los desarrollos efectuados al respecto por el Sr. Magistrado preopinante. Centraré la atención, para el sustento individual de mi argumentación, en el análisis de los aspectos traídos a revisión a esta Cámara.

3.- Suficiencia técnica del recurso. Los agravios vertidos por la apelante circunscriben la parte del fallo que ponen en crisis, e indican los errores del judicante de grado que considera como causa eficiente de sus agravios, por lo que corresponde su tratamiento en esta Instancia al constituir una crítica seria, concreta y razonada de la sentencia de grado, en los términos del art. 268 del CPCC.

4.- Cuestión preliminar. Principio de irretroactividad de la ley. Normativa aplicable. Tratándose de una cuestión que debe resolverse mediante la legislación civil y estando en vigencia el Código Civil y Comercial (Ley 26.994) al momento de suscripción del presente acto jurisdiccional, corresponde precisar que si bien la normativa de ese cuerpo establece la regla de aplicación inmediata del nuevo ordenamiento, a su vez instala, -al

igual que lo hacía el art. 3 del Código derogado-, un límite a su aplicación retroactiva.

En este marco, la novel codificación rige para los hechos posteriores o aquellos que se encuentren en curso de ejecución. Las consecuencias de hechos pasados constitutivos de relaciones o situaciones jurídicas, como el que se analiza en este caso, quedan sujetos a la ley anterior (Ley 340), pues se trata de una situación jurídica consumada. (Ver: mis trabajos: JALIL, Julián Emil. "*La aplicación del nuevo Código Civil y Comercial en la función resarcitoria de la responsabilidad civil. Desentrañando los enigmas de la implementación del art. 7 del Código Civil y Comercial*", Ed. La Ley, RCyS 2015XI, 22 AR/DOC/3240/2015. Y Asimismo: JALIL, Julián Emil, "*La aplicación del art. 7 del Código Civil y Comercial y su impacto en el sistema de responsabilidad civil"*, Ed. La Ley, RCCyC, 2015 (octubre), 151, AR/DOC/3019/2015).

No obstante lo expuesto, el Código Civil y Comercial resulta de guía significativa en la resolución del presente caso, pues goza de elevado valor doctrinal, ya que ha sido elaborado y redactado por la más prestigiosa doctrina nacional contemporánea.

6.- La cuantificación de los daños. Cuantificar es un verbo que se refiere a la *acción de enunciar una cantidad*. Lo cuantitativo, por lo tanto, consiste en la expresión de una magnitud a través de números. Desde esta perspectiva, la función del Juez se circunscribe al análisis en concreto de dos aspectos liminales;

1. **Cualitativo:** identificar conceptualmente el tipo de daño de que se trata y subsumirlo en alguna de las categorías reconocidas por el Código Civil y Comercial.

2. **Cuantitativo:** Cuantificar el daño, es decir darle contenido patrimonial nominal en base a su envergadura. (Ver: JALIL, Julián Emil. *Cuantificación de Daños. Región Patagonia*. Ed. LA LEY. 2017. Pág. 33).

En ese sentido, la actividad primigenia que debe realizarse es la identificación o valoración de los daños en base al ámbito en donde repercute la lesión (bienes, aspectos físicos, psíquicos, vida en relación, proyecto de vida, etc). En el presente caso se encuentra en juego la cuantificación de daños en la **persona del actor** (físico-psíquico y moral), como asimismo la viabilidad de los daños punitivos.

6.1.- Los daños a la persona en la nueva perspectiva del Derecho Civil. El Ser Humano como unidad bio-psico-social. La visión moderna del Derecho Civil pone su acento en la persona, en el ser humano como centro del sistema. Así lo había dicho expresamente la Corte Suprema al señalar que el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo, más allá de su naturaleza trascendente-, su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental. (CSJN, 21/9/2004, "Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales SA", LL Sup. Especial, 2004 (septiembre), p. 39, con nota de Pizarro, Ramón D.; Vázquez Ferreyra, Roberto A.; Capón Filas, Rodolfo E.; López Mesa, Marcelo; Castrillo, C. V.; Schick, Horacio; DJ 2004-3-339; DT 2004 (septiembre), p. 1286; DJ 2004-3-394, con nota de Vázquez, Ferreyra, Roberto A.; RCyS 2004-542, con nota de Ghersi, C. A.; ED del 25/10/2004, p. 5; DJ 2004-3-798, con nota de Gatti, Ángel E.; TySS 2004-, 778; LL 2005-A-230, con nota de Descalzi, José P.; DJ 2004-3-1094, con nota de Ghersi, C. A.; Impuestos 2004-B-2588; JA 2006-IV-15; RCCyC 2016 (octubre),

p. 222, con nota de Cao, Christian Alberto y Gamarra, Gonzalo, AR/JUR/2113/2004. CS en "Campodónico de Beviacqua c. Ministerio de Salud y Acción Social", Fallos 323:3229, 3239, consid. 15 y su cita, LL 2001-C-32).

Al respecto, debo precisar que históricamente se concibió al ser humano desde una perspectiva **bipartita** y no desde la arista **tripartita** que pregona la ciencia moderna. Es decir, se contemplaba a la persona sólo desde su espectro psicofísico y, a través del análisis del mismo, es que se determinaba la cuantificación del padecimiento, pero quedaba olvidado el **aspecto social** que debe formar parte de ese campo resarcible.

La Organización Mundial de la Salud (OMS), ha definido a la salud como el estado de completo bienestar físico, mental y social, y no tan solo la ausencia de enfermedad o afección. El hombre debe ser considerado como una unidad bio-psico-social (concepción tripartita).

Desentrañando los alcances de cada término que compone la estructura del ser humano, podemos señalar que "bio" se refiere a que constituye un organismo vivo que pertenece a la naturaleza, la dicción "psico" tiene que ver con su aspecto abstracto mental, y la palabra "social" alude a las influencias favorables y desfavorables del entorno humano como resultado de la interacción con la sociedad que rodea al ser humano y con el medio ambiente físico en el cual lleva a cabo su vida. (Ver: JALIL, Julián Emil. *Cuantificación de Daños. Región Patagonia*. Ed. La Ley. Pág. 34/35).

Vale señalar que la protección de la integridad social de una persona ha sido prevista expresamente en la segunda parte del art. 1738 del CCyC (de aplicación doctrinal al caso) donde se señala que "la indemnización […] incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica,

sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida".

Resulta resarcible entonces, tanto la lesión a la integridad física, la lesión a la integridad psíquica y la lesión a la **integridad social**, pues todas ellas convergen en la composición de la tutela del ser humano como sujeto de derecho. (Ese fue el criterio seguido por ésta Cámara en autos: "I. Y. P. c/ A, J. O. y/o quien resulte responsable" s/ Daños y Perjuicios, Sent. del 9/08/17, Reg. Nª 28/17, publicada en EUREKA).

Bajo este orden argumental, es menester contemplar el impacto del daño en el espectro social, ya sea como rubro independiente (si el daño es apreciado sin fórmula) o bien aplicando los modernos parámetros generados por las fórmulas jurisprudenciales de cálculo matemático - financiero (a las cuales invita el nuevo art. 1746 del CCyC, *de aplicación doctrinal al caso*).

6.2.- Las fórmulas jurisprudenciales de cálculo aritmético. En el año 1978, a través del conocido fallo VUOTO, la Sala III de la CNTrab dijo que el monto del resarcimiento por daño material lucro cesante debe consistir en principio en una suma tal que, puesta a un interés anual de 6%, permita un retiro periódico y se amortice en el lapso estimado de vida útil de la víctima. Esto puede obtenerse por medio de la fórmula: C = a x (1-V^n) x 1/i ; donde V^n (1/(1+i))^n, en donde "a" representa el retiro por período equivalente a la disminución del salario anual provocada por la incapacidad, "n" el número de períodos cantidad de años que restan hasta que el damnificado se halle en condiciones de obtener jubilación ordinaria con haber máximo e "i" el coeficiente de la tasa de interés en el período 0,06. (Ver: Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala III, 16/06/1978, en autos: "Vuoto

Dalmero, Santiago y otro v. A.E.G. Telefunken Argentina S.A.I.C.", 70012077).

A partir de ese fallo se aplicó para el cálculo de una parte de la indemnización civil por accidente del trabajo una fórmula que ha sido larga y pacíficamente aceptada por la jurisprudencia. El día 8 de abril de 2008, la CSJN se pronunció en el fallo "ARÓSTEGUI", donde dejó sin efecto el fallo correspondiente a esa Sala en un tema tangencialmente vinculado a la llamada fórmula "VUOTO". (Ver: Corte Suprema de Justicia de la Nación, 08/04/2008, en autos: "Arostegui Pablo Martín c. Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A. y Pametal Peluso y Compañía", LA LEY 29/04/2008, 7 IMP 2008-9 (Mayo), 802 LA LEY 05/05/2008, 9 con nota de Horacio SCHICK, LA LEY 2008-C , 247 con nota de Horacio SCHICK, DT 2008 (mayo) , 541 DJ 11/06/2008 , 396 DJ 2008-II , 396 RCyS 2008, 900 RCyS 2008, 597 con nota de C. Fernández SESSAREGO, AR/JUR/429/2008).

En base a esto, la Sala III de la Excma. CNTrab (la misma que sentenciara la causa "Vuotto" en 1978), dictó con fecha 28 de abril de 2008 sentencia en la causa "MENDEZ" desarrollando una nueva fórmula de cálculo. En dicho precedente se formulan algunas aclaraciones y se introducen también algunas modificaciones en el método aplicado por ese Tribunal, en acatamiento a la doctrina sentada por la CSJN en el precitado caso "ARÓSTEGUI".

Desde mi perspectiva resulta diáfano el fallo al incorporar en la formula el **impacto** que el daño produce en la **integridad social de la persona**, ya que reconoce la edad de 75 años (promedio de vida del ser humano) y no la de 65 años (promedio de vida útil del ser humano). (Ver: Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala III, 28/04/2008, en autos: "Méndez, Alejandro

Daniel c. Mylba S.A. y otro", IMP 2008-11 (Junio), 982 DT 2008 (junio), 668 LA LEY 29/07/2008, 7, AR/JUR/1200/2008, y RDLSS 2008-11-953, 70044346)

Bajo estas premisas, tomaré la fórmula de cálculo matemático del fallo "MENDEZ" por ser la que más se adecua la moderna perspectiva de la persona en el derecho privado. La misma reposa en la siguiente ecuación aritmética:

C = a * (1 - Vn) * 1 / i * % incapacidad

Considerando que C: es el capital a percibir; a: es la sumatoria de las remuneraciones percibidas durante el año anterior al accidente o daño sufrido por el trabajador, incluyendo el sueldo anual complementario, multiplicado por el coeficiente de ajuste (60/edad); Vn = Es el coeficiente financiero del valor actual 1 / (1+i)n i: la tasa de interés anual, que para este caso es de 0,04 (4%); n: es la cantidad de años restantes hasta el límite de vida útil de 75 años.

No encontrándose acreditado los ingresos de la actora resulta razonable fijar la base dineraria mensual en el equivalente a un salario mínimo vital y móvil al momento del hecho, el cual era de $ 3.300.

Bajo estas consideraciones la indemnización resultante es: C = 42900 x 1.02 x (1 - 0.533908) x 1/0.04 x 0.1, siendo: C = **$ 50.835.63,** monto por el que prosperará la acción ya que refleja la reparación en todas las facetas que integran a la persona.

En razón de ello, propongo la revocación de la sentencia de grado haciendo lugar a la acción por la suma de $ **50.835.63** con más los intereses instituidos

en dicha resolución a computarse desde la fecha dela accidente hasta su efectivo pago.

7.- El daño no patrimonial. (Daño moral). El apelante manifiesta su queja en torno la cuantificación de esa indemnización. Debo precisar que la cuantificación del daño moral representa uno de los aspectos más controvertidos en materia indemizatoria, y resulta necesario precisar que con el Código aplicable al caso (Ley 340) no existe parámetro alguno para cuantificar ese menoscabo extrapatrimonial. (Ver: JALIL, Julián Emil. *Derecho de Daños Aplicado*. Ed. Grupo Ibañez. Bogotá. 2013. Como asimismo: JALIL, Julián Emil. *Tratado de la Responsabilidad Civil*. Ed. El Zahir. Buenos Aires. 2012. JALIL, Julián Emil. *Supuestos Especiales de Responsabilidad Civil Contractual*. Tomo II. Ed. Tahiel. Buenos Aires. 2012. IBSN N° 978-98728588-3-4. JALIL, Julián Emil. *Responsabilidad Civil del Médico*. Buenos Aires. 2012. IBSN N° 978-987-28717-3-4, y nuestro trabajo: JALIL, Julián Emil - YARROCH, Fernando "Consideraciones en torno al daño moral", Ed. La Ley, RCyS, 2013-X, 52, AR/DOC/2310/2013).

No obstante ello, el Código Civil y Comercial, *-de aplicación solo doctrinal al caso-*, sirve de guía en este aspecto. Dice ese cuerpo normativo que la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas. (Ver art. 1741 del CCyC). Este precepto, constituye un nuevo parámetro de medición y cuantificación del daño extrapatrimonial, pues existe ahora una pauta normativa explícita mucho más específica que la de la reposición al *statu quo* la cual, de suyo, resulta impracticable en el daño moral.

El Código Civil y Comercial ha recogido la opinión mayoritaria en el sentido de que esta indemnización tiene una función "satisfactiva y compensatoria".

Partiendo de la base de que en el daño moral la suma dineraria actúa como un paliativo, debemos preguntarnos qué paliativo se adecua al resarcimiento de ésta persona lesionada en su faz extrapatrimonial.

Entendemos, -según las referencias que hiciéramos *ut supra* del nuevo Código-, que lo que hay que medir en números no es el daño sino las satisfacciones que puede lograr cada indemnización. Resulta necesario, entonces-, encontrar esa comparación que sirva de guía en la difícil tarea de darle contenido aritmético a la lesión extrapatrimonial.

En ese orden de ideas, como bien advierte GONZÁLEZ ZAVALA, se presupone "individualizar los medios de goce a conceder" e "identificar los bienes con los cuales se va a suministrar el consuelo". Se trata de explicitar el valor de ciertos bienes y de ciertos servicios en contextos cambiantes. (Ver: GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo M. "Satisfacciones sustitutivas, y, compensatorias", RCCyC 2016 (noviembre), 38, AR/DOC/3436/2016. Ver asimismo: SAPPIA, María Candelaria, MÁRQUEZ, José Fernando, "La reparación integral del daño. Su consolidación en la Constitución, la doctrina, la jurisprudencia y en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012", RCyS, 2013-9 121. ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Resarcimiento de daños. Cuánto por daño moral*. T. 5 A, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 61).

Es decir, de brindar un **parámetro objetivo** que el judicante pueda ponderar al momento de cuantificar el daño extrapatrimonial sufrido, y como justamente el sufrimiento o padecimiento sentimental del actor se vincula con la ausencia del monto convenio contractualmente con la demandada para obtener un nuevo vehículo que le permita movilizarse dentro o fuera de la ciudad, el índice de fijación quedará determinando en base a esa ausencia. (Ver: JALIL, Julián Emil. *Cuantificación de Daños. Región Patagonia*. Ed. La Ley. Buenos Aires. 2017. Págs. 50 y sgtes).

En este marco, fijaré como parámetro objetivo **el valor** de un viaje ida y vuelta desde la ciudad de Puerto Madryn a la ciudad de Epuyén con una estadía de 15 días corridos, que incluya: pasajes en colectivo (en la mejor clase), hotelería (de tres estrellas, o equivalente, o en su defecto el que exista en el lugar), pensión completa, y 1000 pesos diarios para esparcimiento, excursiones y compras, lo que le permitirá al actor obtener el goce del bien equivalente al padecimiento sufrido.

Considero que ello generará en la accionante una satisfacción de espíritu que compense de manera proporcional el disgusto padecido por el accidente.

El monto final se determinara en la etapa de ejecución de sentencia tomando como base el promedio entre dos cotizaciones de agencias locales de viajes y/o hoteles y/o restaurantes aportadas por la parte actora. Conforme la prohibición de *reformatio in peius* se establecerá que el importe resultante debe ser igual o superior al instituido en la sentencia de grado con los respectivos accesorios, o en su defecto se mantendrá éste último. (Conf. arts. 17 y 18 de la CN).

En cuanto a los accesorios, sea adunarán los establecidos en la sentencia de grado a calcular desde la fecha promedio de las cotizaciones, con excepción del importe de 1000 pesos que se calculará desde la fecha de la suscripción de ésta sentencia.

8.- El campo punitorio del derecho del consumo. Los daños punitivos solicitados. La aplicación de los daños punitivos ha reconocido en el marco jurisprudencial nacional un sinfín de situaciones que involucran a empresas de transporte.

Corresponde precisar que resulta conteste la jurisprudencia en sostener que a los fines de la procedencia de la indemnización por daño punitivo contemplada en el art. 52 bis de la ley 24.240 de defensa del consumidor texto

agregado por la ley 26.361- no tiene relevancia jurídica alguna que haya habido condena por daños compensatorios, pues la condena es independiente de otras indemnizaciones. (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Común de Tucumán, sala III, Macian, Elsa Susana c. AMX Argentina S.A. (Claro) s/ especiales (residual) (cumplimiento de acuerdo y daños y perjuicios), 14/11/2011, LLNOA 2012 (marzo), 222, DJ 06/06/2012, 83, AR/JUR/85142/2011. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Salta, sala I, P., D. H. c. Telecom Personal S.A. 13/04/2011 LA LEY 06/05/2011 con nota de José Ignacio ONDARCUHU, 06/05/2011, LA LEY 06/05/2011, 5 06/05/2011 LA LEY 2011-C con nota de José Ignacio Ondarcuhu 06/05/2011 LA LEY 2011-C , 123 RCyS 2011-VI RCyS 2011-VI , 272 LLNOA 2011 (junio) LLNOA 2011 (junio), 555 DCCyE 2011 (junio) con nota de Federico M. ALVAREZ LARRONDO DCCyE 2011 (junio) , 115, AR/JUR/12708/2011. La prueba de los daños punitivos, NALLAR, Florencia, LLNOA 2011 (abril), 252; Un primer paso auspicioso (comentario a la ley prov. nº 8.365 de implementación de un procedimiento para la defensa de los derechos y garantías de los consumidores y usuarios). DÍAZ CRITELLI, Adrián, LLNOA 2010 (diciembre), 1032ADLA LXXI-A, 1.)

Para que el daño punitivo reclamado resulte procedente, es necesario que se vislumbre un obrar **grave, malicioso** y **desidioso** de la empresa de transporte. (Ver: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, sala IV, Vazquez Ferreyra, Roberto c. Claro AMX Argentina y otro s/daños y perjuicios, 07/08/2012, LA LEY 17/10/2012, 10, LLLitoral 2012 (octubre), 950 con nota de Marcelo G. Gelcich, RCyS 2012-XI, 66 con nota de Guillermo C. Ríos, AR/JUR/40764/2012. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala F, "R., S. A. c. Compañía Financiera Argentina S.A.", 10/05/2012, LA LEY 10/08/2012, 3, AR/JUR/15752/2012).

Analizadas las constancias de los presentes autos se advierte una conducta reprochable de la firma demandada que importa la imposición de una sanción, pues no solo no cumplió en tiempo oportuno con las obligaciones que emergen del contrato de transporte, sino que ante el envío de una CD por la cual la Sra. C. le solicitara a la empresa el pago de los gastos médicos y farmacológicos (vid. fs. 31/303) le negó el carácter de participante, damnificada o lesionada en el accidente (Ver CD de fs. 283/284).

La conducta de la transportista M. y V. SRL, -desde mi modo de ver-, ha sido desidiosa y desaprensiva de los intereses del usuario. No se ha interesado en remediar la situación de la parte débil de la relación contractual, no se ha preocupado, ni ha acompañado a la víctima en la recuperación ante el accidente padecido, lesionando el deber de trato digno al que hace referencia la Ley de Defensa del Consumidor en su art. 8 bis.

Bajo estos argumentos, apreciando las demás circunstancias del caso, como asimismo el fin disuasivo que la sanción punitiva persigue corresponde revocar el decisorio de grado haciendo lugar a los daños punitivos solicitados, los cuales cuantificaré, -en razón de la envergadura del desinterés y desidia de la empresa M. y V. SRL, como asimismo el carácter ejemplar y disuasivo de la sanción-, en la suma de **15.000 pesos**, con más los interés dispuestos por la Sra. Jueza de grado a computar desde los 10 días de que la presente resolución se encuentre firme o consentida.

Corresponde aclarar que la presente sanción lo es contra la empresa de transporte y no con la aseguradora, pues éste riesgo no se encuentra explícitamente contemplado en el acuerdo contractual, excediendo de ésta manera los límites del contrato de seguro.

9.- Las costas en Primera Instancia. En razón del resultado arribado, y toda vez que no ha incidido en lo sustancial que fuera resuelto en la sentencia de grado no corresponde modificar dicho acto jurisdiccional en lo que concierne a la imposición de costas. Con relación a los honorarios de los letrados de los demandados y citada en garantía en atención al recurso de apelación interpuesto serán tratados en la cuestión siguiente.

10.- La imposición de costas con relación a las partes intervinientes. Con relación a la imposición de costas, es de señalarse que las mismas no responden a una cuestión matemática sino que obedecen a factores o elementos de juicio, en cuyas apreciaciones la ponderación judicial juega un papel preponderante. Vale decir, que su exención sólo debe acordarse excepcionalmente cuando medien razones muy fundadas, por ello el instituto debe ser aplicado con criterio restrictivo.

Desde esta perspectiva, la imposición de estas al vencido forma parte del principio objetivo de la derrota, siendo que este sólo puede dejarse de lado en caso de que se demuestren circunstancias objetivas especiales que justifiquen lo contrario (Ver, entre otros: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala F, Dunas y M. S.A. c. Tejerina José y otro, 10/06/2010, Exclusivo Doctrina Judicial Online, AR/JUR/38811/ 2010. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala E, "Frigorífico La Colorada S.A. s/conc. prev. s/ inc. de verific. por: AFIP -DGI", 24/ 06/2010, AR/JUR/39782/2010; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B, "Club ciudad de Buenos Aires asociación civil", 12/ 04/ 2010, La Ley Online, AR/JUR/21510/2010; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, "Novoa, Nelly Alejandra y otro c. O.S.F.A. (Obra Social de la Fuerza Aérea) y otros", 19/04/2010, La Ley Online, AR/JUR/15518/2010). En este orden,

corresponde imponerlas en esta Instancia a los demandados perdidosos, ello por cuanto, quien resulta vencido debe cargar con los gastos que debió realizar su contraria para obtener el reconocimiento del derecho. (Conf art. 69 del CPCC).

11.- La regulación de honorarios a los profesionales intervinientes en Segunda Instancia. A los fines de la regulación de honorarios por los trabajos realizados en esta instancia se tendrá en cuenta la labor desarrollada, naturaleza del proceso, éxito obtenido en esta alzada y demás pautas orientadoras de la ley de aranceles para abogados. Al ser el presente un proceso susceptible de apreciación pecuniaria, dicha regulación se efectuará en porcentual (Conf. Art. 46 últ. Párr. Ley XIII N° 4).

Por ello, corresponde fijar los honorarios por su actuación en Cámara de la abog. Vanesa PERUZOTTI en el 30 %, y de los abogados Sergio FASSIO y Victorio A. FASSIO en su carácter de apoderados de la demandada en el 25 %, y los de los mismos letrados en su carácter de apoderados de la citada en garantías en el 25%, porcentajes a calcular sobre lo respectivamente fijado por su labor en la instancia de grado, con más el IVA si correspondiera. (Conf. arts. 5, 7 y 13 de la Ley XIII N° 4).

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Julián Emil Jalil, vota por la **NEGATIVA.**

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, el Sr. Juez de Cámara Dr. Julián Emil JALIL dijo:

12. La apelación de honorarios por bajos. Los abogados Sergio FASSIO y Victorio A. FASSIO apelan por bajos las regulaciones efectuadas por la Sra. Jueza de grado en la sentencia de fs. 397/404 y vta. A los fines de analizar la

regulación de honorarios por los trabajos realizados en la Primera Instancia por los letrados de la parte demandada y la citada en garantías se debe tener en cuenta el principio de indivisibilidad de la acción, la labor desarrollada, la naturaleza del proceso, las etapas laboradas, el éxito obtenido, como asimismo las demás pautas orientadoras de la ley de aranceles para abogados (ley XIII N° 4).

En este marco, analizadas que fuera la labor de los profesionales bajo los parámetros señalados precedentemente considero que el porcentual instituido por la *a quo* se ajusta a dichos parámetros legales (conf. arts. 5, 6, 7, 8 y 9 de la ley XIII N° 4), por lo que corresponde confirmar el decisorio en este aspecto.

A LA SEGUNDA CUESTION vota el Dr. Julián Emil JALIL por la **AFIRMATIVA**

A LA TERCERA CUESTIÓN, el Sr. Juez de Cámara Dr. Julián Emil JALIL dijo:

El pronunciamiento que corresponde dictar es el siguiente:

1. **HACER LUGAR** a la apelación interpuesta por la parte actora a fs. 407 y **REVOCAR** la sentencia obrante a fs. 422/429 admitiendo la elevación del monto del daño a la persona el cual se fija en la suma de $ **50.835.63**; el daño moral el que serán cuantificado en la etapa de ejecución de sentencia conforme los parámetros esgrimidos en el punto 7; y los daños punitivos los que se estipulan en la cantidad de **$ 15.000 pesos**, todos ellos con más los intereses dispuestos en la sentencia de grado, que serán calculados según lo previsto en los considerandos respectivos.
2. **DEJAR EXPRESAMENTE ESTABLECIDO** que la sanción punitiva

lo es contra la empresa de transporte M. y V. SRL y no con su aseguradora**.**

3. **IMPONER LAS COSTAS DE LA ALZADA** a las demandadas perdidosas. (Conf. Art. 69 del CPCC).
4. **FIJAR LOS HONORARIOS** por su actuación en Cámara de la abog. Vanesa PERUZOTTI en el 30 %, y de los abogados Sergio FASSIO y Victorio A. FASSIO en su carácter de apoderados de la demandada en el 23 %, y los de los mismos letrados en su carácter de apoderados de la citada en garantías en el 25%, porcentajes a calcular sobre lo respectivamente fijado por su labor en la instancia de grado, con más el IVA si correspondiera. (Conf. arts. 5, 7 y 13 de la Ley XIII N° 4).
5. **CONFIRMAR** las regulaciones de honorarios de los abogados en la Primera Instancia.
6. **REGISTRESE, NOTIFIQUESE** y oportunamente, **DEVUELVASE**.

Así lo voto.

A LA DISIDENCIA PLANTEADA PARA LA PRIMERA CUESTION: El Sr. Juez de Cámara subrogante Dr. Luis Horacio Mures dijo:

Dado que con anterioridad se han desarrollado los antecedentes del caso, respecto a la decisión impugnada, no reiteraré los mismos pasando a considerar el recurso, en primer lugar. La extensión del tratamiento de las cuestiones aquí planteadas en cuanto que el recurso de apelación tiene como finalidad la revisión de lo resuelto en primera instancia, encontrándose acotado a lo planteado, resuelto y por fin recurrido, de conformidad con los agravios expuestos y es que " La cuestión que no fue propuesta al juez de primera instancia no puede ser materia de apelación, toda vez que ésta presupone la previa consideración por el magistrado de los hechos

sometidos a su decisión (art. 277 del Código Procesal)" (CNCiv. Sala E, 24/11/81, LL, 1982-C-255) y que "No es admisible que en la alzada se decida dejando de lado el contenido de la relación procesal, tal como ha sido trabada en los escritos constitutivos del proceso por ser ello coherente con la naturaleza jurídica de la apelación, la cual no configura un nuevo juicio en el que puedan admitirse planteos diversos a los que originariamente debatidos en primera instancia. Asimismo la transgresión a lo preceptuado por el art. 277 de Cód. Procesal puede implicar lesión al derecho constitucional de defensa en juicio" (CNCom. Sala C, 22/6/93 LL1994-C-103) (Fallos cit. Por Roberto G. LOUTAYF RANEZ " El recurso ordinario de apelación en el proceso civil" t.1 p. 79). Los tribunales de apelación tienen una doble limitación: la que resulta de la relación procesal y la que el apelante le haya querido imponer en el recurso, pudiendo la Cámara abrir sus compuertas cognitivas en el medida del agravio traído por el quejoso (Conf. Juan C. HITTERS "Técnica de los recursos ordinarios", 2da, edición p. 422 y s.s.) por cuanto el límite del conocimiento de la alzada se encuentra circunscripto a la extensión de la expresión de agravios "La expresión de agravios tiene la trascendencia de una demanda destinada a abrir la segunda instancia, pues sin ella el tribunal está imposibilitado de verificar la justicia o injusticia del acto apelado" (CNCiv. Sala H 21/6/95, JA 1999-I). Significa entonces, que el tribunal de apelación tiene cercenado su accionar por dos cortapisas fundamentales, a saber, por un lado la que resulta de la relación procesal de primera instancia; y por otro la que le impone el recurrente por mediación de la fundamentación del escrito impugnativo (con Hitters obra cit.).

La otra cuestión es la aplicación de la ley, de conformidad con lo establecido por el art. 7 del C.Civ.Com. siendo que "la constitución y la extinción de las relaciones y situaciones jurídicas se rigen por las leyes vigentes en el

momento en que acaecen" (Con Juan J. FORMARO, com art.7 "Código Civil y Comercial de la Nación y normas comp. Dir Alberto J. BUERES, t. 1 A, p. 79). Encontrándose el supuesto de autos consumado durante la vigencia del Código Civil es este el que resultará aplicable. He de entrar en los agravios de la actora conforme fueran planteados:

a) Exigua cuantificación del daño patrimonial identificado como "Afección negativa de la idoneidad y aptitud de la actora". Fue fijado por sentencia de Primera Instancia en la suma de Pesos CUARENTA Y OCHO MIL ($ 48.000) habiendo fundado la misma en "…la edad de la víctima al momento del siniestro (59 años), las lesiones padecidas y sus secuelas determinadas por el perito medico y la falta de ingresos acreditados desde que si bien se ha señalado que al tiempo del accidente se desempeñaba como empleada domestica, lo que fue corroborado por los testigos U., M., L. y Ñ., estos no han indicado la frecuencia de tales tareas, si la actora trabajaba en distintos lugares, ni cuanto percibía…". Refiere el recurso, a las lesiones, como que ha acreditado que la actora se desempeñaba como empleada domestica no habiendo podido volver a desarrollar la tarea posteriormente al hecho. Que la Magistrado yerra al considerar que carece de elementos para valorar las posibilidades de progreso económico o laboral en tanto ello se infiere teniendo en cuenta la edad al momento del hecho, la escasa formación intelectual, el oficio y las secuelas.

Que por daño patrimonial se entiende el menoscabo que experimenta el patrimonio de una persona, en sus elementos actuales, o en sus posibilidades normales, futuras y previsibles, a raíz del hecho generador (conf. Orgaz, "El daño resarcible, nro 5 p. 16). Lo que importa, necesariamente, un detrimento del patrimonio de la persona, como conjunto de valores económicos, susceptibles de apreciación pecuniaria, para lo cual deben tomarse en consideración todas las circunstancias de caso concreto. Que de

conformidad con el art. 1068 del C.C. " Habrá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria…indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades.". He de considerar que en la causa se ha acreditado el trabajo que realizaba la actora como personal doméstico, no se ha producido prueba a los fines de mensurar la cuantía de lo percibido - los ingresos frustrados-, carga que pesaba sobre la actora, arrimar prueba que permitiera realizar una indemnización mas certera conforme ataca, razón por la cual la critica deviene infundada. Sin perjuicio de lo cual, no sólo la pérdida de la capacidad productiva debe ser valorada en este rubro sino la imposibilidad de desarrollar esas tareas, para sí como para su familia aunque no sean económicamente retribuidas, no por ello resultan carente de valor, como puede ser la atención de sus nietos, su cuidado o su desenvolvimiento en lo cotidiano a los fines de realizar las actividades propias de su hogar, las que al verse disminuidas o impedidas constituyen un detrimento que merece ser indemnizado. La estimación debe ser prudencial conforme lo establecido por el art. 167 del CPCC. Por lo cual estimo procedente incrementar el monto fijado en primera instancia hasta la suma de Pesos SESENTA Y OCHO MIL ($ 68.000) a la fecha del accidente, al cual deben aplicarse los intereses correspondientes según sentencia de primera instancia hasta su efectivo pago.

b) Exigua cuantificación que se hizo del daño moral. Se ha fijado la misma en la suma de Pesos Cuarenta mil ($ 40.000), se ha acreditado lo que ha padecido la actora, que la Magistrado refiere "asi valorando las lesiones sufridas por la actora, fractura costal, su traslado al hospital de Paso de Indios, atenciones en los nosocomios de El Maiten y Epuyen, y las derivaciones señaladas tanto por la perito psiquitra como por la psicóloga, afectando su modo de sentir, menoscabando su calidad de vida en su esfera

afectiva, laboral y social considerando precedentes de éste tribunal… estima en la suma de $ 40.000…" . Este rubro es de muy difícil cuantificación, funcionando el mismo como satisfacción que permita disipar el daño sufrido, mediante el disfrute de sensaciones placenteras tendientes a eliminar o atenuar aquellas dolorosas que el ilícito le ha causado. Que este daño se caracteriza por el detrimento en el espíritu, manifestado en una forma de sentir o estar diferente, al momento anterior al daño, lo cual se encuentra referido por la pericia Psicológica a fs. 187 "…desde el accidente hasta la actualidad…reexperimentacion del acontecimiento traumático a través de imágenes, sueños, episodios de flasbacks, malestar al exponerse a situaciones que le recordaban el accidente…dificultad en el dormir, falta de concentración, angustia con crisis de llanto y crisis con síntomas vegetativos. Refiere que estos síntomas implicaron interferencias en sus relaciones sociales y familiares, ya que comenzó a evitar personas, se tornó introvertida, con disminución del interés o de la participación en actividades.." estos síntomas tuvieron una duración de 6 a 8 meses aproximadamente, se observa "aplanamiento afectivo, hipobulia, desgano, anhedonia, con sensaciones de dolor y de incapacidad física para ciertas tareas… lo que implica depresión grave", " Actualmente la Sra. C. presenta síntomas compatibles con Trastorno de estado de Animo (depresión)…"; Psiquiátrica fs. 237 y ss "…La Sra. C. E., padeció …Estrés Postraumático y actualmente Trastorno Estado de ánimo…" . De lo cual se permite concluir el evidente perjuicio ocasionado a la actora, siendo procedente el rubro por lo que considero modificar el monto fijado en la primera instancia elevándolo a la suma de Pesos SESENTA MIL ($ 60.000) a la fecha del accidente al cual deben aplicarse los intereses correspondientes según sentencia de primera instancia hasta su efectivo pago.

c) Arbitrario rechazo del daño punitivo: Refiere que las consideración de la Jueza de primera instancia en cuanto "…en el caso de autos, no encuentro, más allá del incumplimiento objetivo del deudor de la obligación de transportar al pasajero a su destino, que la conducta desarrollada por la empresa M. Y V. SRL resultara violatoria de las normas de la L.C.D. y que justifique la aplicación de la sanción pretendida. En efecto, no obstante las falencias alegadas por la Sra. C., no obran incorporados a la causa elementos que permitan asegurar que el servicio se brindó en condiciones deficientes…" que refiere "esta acreditado en autos el incumplimiento de la demandada, en tanto no sólo no brindó el servicio pactado, el cual se truncó debido al accidente, sino que tampoco garantizó a la actora ni seguridad, ni su salud durante el traslado, ni luego del mismo. Como si todo esto fuera poco, tampoco otorgó trato digno a la actora.

A los fines de la multa civil prevista por el art. 52 bis de la L.D.C. es necesario el cumplimiento de ciertos requisitos a) Daños: hechos graves, b) Elemento objetivo: incumplimiento de una obligación legal o contractual, poniendo el acento en la conducta del causante del daño ya que no se indemniza el daño sufrido sino que se sanciona y persigue una finalidad ejemplificadora. De ahí que requiera una grave falta en la relación de consumo, c) elemento subjetivo: requiere que se haya actuado con dolo o culpa grave, o se haya obtenido enriquecimiento indebido, abuso de poder o desprecio hacia los derechos individuales. (Conf. Ab. Silvia Furlotti," Los daños punitivos en el derecho de consumo", Tutela Jurídica de los consumidores p. 135). Que resulta procedente considerar que el daño existió y una vez producido el mismo ante el reclamo por carta documento de la actora fue negado por la misma vía "negamos por no constarnos, vuestro carácter de participante , damnificado y/o lesionado en el presunto hecho a que se refiere", situación que no pudo desconocer conforme acta realizada por la Policía del Chubut

de Paso de Indios, donde consta la nomina de lesionados, a más de ello de las declaración del codemandado C. O. H., chofer dependiente de la empresa a 269/70, quien manifestó que el accidente se produjo porque el colectivo se quedo sin luces mientras circulaba "El corte fue cuando volqué", lo que permite inferir que el vehículo no se encontraba en las condiciones necesarias que permitieran el cumplimiento del contrato de transporte en forma segura. Motivos por los cuales considero que se encuentran cubiertos los requisitos de procedencia de la sanción solicitada a la empresa transportista, fijando la misma de la suma de Pesos QUINCE MIL ($ 15.000).

CONCLUSION:

En razón de lo expuesto y fundamentado, concluyo en modificar parcialmente la sentencia de Primera Instancia y disponer:

a) Aumentar a Pesos **SESENTA Y OCHO MIL ($ 68.000)** el concepto de Daño Material, a la fecha del accidente, al cual deben aplicarse los intereses correspondientes según sentencia de primera instancia hasta su efectivo pago.

b) Aumentar a Pesos **SESENTA MIL ($60.000)** el concepto de Daño Moral, a la fecha del accidente al cual deben aplicarse los intereses correspondientes según sentencia de primera instancia.

c) Hacer lugar a la multa civil por la suma de Pesos **QUINCE MIL** ($ 15.000) a la empresa transportista.

READECUACION DE COSTAS Y HONORARIOS: En atención al resultado de mi voto, en los términos del art. 282; CPCC las costas y los honorarios de los letrados de la parte actora no deben ser readecuados.

COSTAS DE LA ALZADA: Corresponde imponerlas a la parte demandada perdidosa en el recurso. Regulándose los honorarios profesionales por su actuación en Cámara de la Dra. Vanesa Peruzotti en el 30%, del Dr. Sergio

L. Fassio en el 25% y los del Dr. Victorio A. Fassio en el 25%, todos de los que le correspondan Por su labor en primera instancia.

A LA PRIMERA CUESTION el Dr. Luis Horacio MURES vota por la **NEGATIVA**

A LA TERCERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara subrogante Dr. Luis Horacio MURES dijo:

Conforme mi voto y en orden a la disidencia planteada propongo al acuerdo el dictado de este pronunciamiento.

1) Aumentar a Pesos **SESENTA Y OCHO MIL ($ 68.000)** el concepto de Daño Material, a la fecha del accidente, al cual deben aplicarse los intereses correspondientes según sentencia de primera instancia hasta su efectivo pago.
2) Aumentar a Pesos **SESENTA MIL ($60.000)** el concepto de Daño Moral, a la fecha del accidente al cual deben aplicarse los intereses correspondientes según sentencia de primera instancia.
3) Hacer lugar a la multa civil por la suma de Pesos **QUINCE MIL** ($ 15.000) a la empresa transportista.
4) **NO ADECUAR** las costas ni honorarios fijados a los letrados de la parte en la primera instancia.
5) **IMPONER l**as costas de la Alzada a la parte demandada.
6) **REGULAR** los honorarios por su actuación en la Alzada de la Dra. Vanesa Peruzotti en el 30%, los del Dr. Sergio L. FASSIO en el 25% y los del Dr. Victorio A. FASSIO en el 25%, todos de los que correspondan por su labor en la instancia anterior, con más IVA en caso de corresponder.
7) **DE FORMA.**

Así lo voto

A LA DISIDENCIA PLANTEADA PARA LA PRIMERA CUESTIÓN, la Sra. Juez subrogante Carolina Barreiro, dijo:

1.

Los magistrados preopinantes reseñaron en lo esencial los detalles del caso, la decisión impugnada y los motivos de agravio expuestos por el apelante, así como las limitaciones que al pronunciamiento de la Alzada impone la normativa vigente, por lo que emitiré opinión, directamente sobre los aspectos traídos a decisión de esta Cámara, no sin antes señalar que, en virtud de lo establecido por el art. 7 del C.C.y C. -concordante con el anterior art. 3 del C.C.-, en vistas de que el hecho ventilado en estos actuados ocurrió en vigencia de la anterior norma, será la normativa del Código Civil la que aplicaré para decidir.

Para fundar en los hechos y el derecho mi voto individual, cual lo exigen las mandas de los arts. 169 de la Const. Prov., 8 de la ley V Nº 17 y 274 C.P.C.C., serán suficientes las consideraciones que siguen.

2. Primer agravio de la actora: exigua cuantificación del daño patrimonial.

El daño patrimonial fue fijado, por la jueza preopinante, en la suma de Pesos CUARENTA Y OCHO MIL ($ 48.000), fundándolo en "la edad de la víctima al momento del siniestro (59 años), las lesiones padecidas y sus secuelas determinadas por el perito médico y la falta de ingresos acreditados desde que si bien se ha señalado que al tiempo del accidente se desempeñaba como empleada doméstica, lo que fue corroborado por los testigos U., M., L. y Ñ., estos no han indicado la frecuencia de tales tareas, si la actora trabajaba en

distintos lugares, ni cuánto percibía…" La parte actora entiende que los daños le ocasionaron una afección negativa de su aptitud e idoneidad, con una irreversible incapacidad psicofísica que le impide realizar acciones que antes sí realizaba con naturalidad, estando limitada para realizar esfuerzos y padeciendo de dolores.

Afirma, asimismo, que lo único que podía ofrecer en el mercado laboral, para generar ingresos que aseguraran su subsistencia, era su destreza física y su sapiencia para realizar tareas domésticas, ya que tiene un ámbito de formación muy limitado, y que desde el accidente no puede realizar ningún esfuerzo físico, lo que le impide realizar las únicas tareas para las que se encontraba capacitada.

Acreditado, entonces, y consentida, la existencia de un daño, un menoscabo en el patrimonio de C., tanto en sus elementos actuales como en sus posibilidades normales, futuras y previsibles, a raíz del accidente ventilado en autos, es necesario analizar si la indemnización otorgada resulta suficiente.

Coincido con mi colega preopinante en el hecho de que no se ha acreditado en autos la cuantía de lo percibido, o la cantidad de horas laboradas por la actora, pero sí que sus ingresos le permitían la subsistencia, sin tener que depender de terceros (*vide* el testimonio de Ñ.).

Además de ello, y como sostiene el juez que me precede en la votación, también he de valorar las tareas que la actora realizaba para sí y para su familia, y que ya no puede realizar más, y que si bien no eran retribuidas económicamente, sí poseen un valor económico.

Las encuestas de uso del tiempo y trabajo no remunerado, defendidas por los premios Nobel Joseph Stiglitz y Amartya Sen como herramientas para un conocimiento más

preciso de la dinámica económica de una comunidad, están arrojando luz sobre una zona por mucho tiempo en penumbra. Así lo demostró en 2006 la catedrática madrileña María Ángeles Durán cuando, al frente de un estudio del Centro Superior de Investigaciones Científicas, llegó a la conclusión de de que las tareas de cuidado no remuneradas representaban casi el 55% del PBI de la Comunidad de Madrid.

Algo similar reveló el Instituto de Estadísticas de México, al establecer que el trabajo no remunerado realizado en los hogares de ese país en 2009 alcanzó aproximadamente el 22% del PBI. De acuerdo con el trabajo que Flavia Marco Navarro y María Nieves Rico publicaron en la compilación Las fronteras del cuidado (ELA/Biblos), esa cifra significó "un aporte al bienestar económico del país superior a la participación de la industria manufacturera (17,6%), la extracción de petróleo y gas (6,9%) o el sector agrícola (3,4%)". (texto citado en la ponencia "Teletrabajo: una modalidad para conciliar la vida familiar con la laboral una buena práctica en la Argentina" de la Dra. Viviana Laura Díaz, presentada en las Primeras Jornadas de la Red Latinoamericana de Investigación en Derecho del Trabajo realizadas en agosto de 2016 en Buenos Aires).

La estimación, elaborada con un criterio de prudencia, conforme lo establece el art. 167 CPCC, que realizo en este acto, me lleva a estimar procedente incrementar el monto fijado por la primera instancia, en concepto de daño patrimonial, hasta la suma de PESOS SESENTA Y OCHO MIL ($ 68.0000) a la fecha del accidente, con más los intereses establecidos en la sentencia de primera instancia, hasta su efectivo pago.

3.- Segundo agravio de la actora: Exigua cuantificación del daño moral

Se ha definido al daño moral como "una modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, que se traduce en un modo de estar de la persona diferente de aquél en que se

encontraba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial" (ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde; "Daños a las personas", tomo 2, pág. 49).

Debo remarcar que comparto en su totalidad las expresiones del Dr. Fiordelisi, sobre el particular, entendiendo también, como el Dr. Mures que, los resultados de la pericia psicológica deben tenerse en cuenta a los fines de valorar este daño, ya que la misma da cuenta del detrimento en el espíritu que ha sufrido la actora al tener una re experimentación del evento traumático y crisis de angustia que la tornaron introvertida, y afectaron su dinámica tanto familiar como social.

Asimismo, deberé tener en cuenta los padecimientos sufridos por la actora, tanto por el hecho en sí del accidente, como por haberlo sufrido lejos de su domicilio y familia, siendo tratada en hospitales alejados y luego de su alta, continuando con dolores, tratamientos y medicación a lo largo de varios meses.

En consecuencia, considero, conjuntamente con mis colegas antes citados, procedente modificar el monto fijado en primera instancia elevándolo a la suma de PESOS SESENTA MIL ($ 60.000) a la fecha del accidente, con más los intereses establecidos en la sentencia de primera instancia, hasta su efectivo pago.

4.- Tercer agravio de la actora: Arbitrario rechazo del daño punitivo.

En este punto, seguiré la opinión de los Dres. Jalil y Mures. Transcribe la actora los argumentos del fallo de primera instancia para rechazar el daño punitivo. Al respecto sostuvo "…no encuentro, más allá del incumplimiento objetivo del deudor de la obligación de transportar al pasajero a su destino, que la conducta desarrollada por la empresa M. Y V. SRL resultara violatoria

de las normas de la L.C.D. y que justifique la aplicación de la sanción pretendida."

No coincido con el criterio transcripto, entiendo, por el contrario, que no sólo no se ha cumplido con el servicio pactado –que se truncó debido al accidente- sino que tampoco se garantizó la seguridad ni la salud de la actora durante su traslado, ni luego de las primeras prestaciones brindadas, desentendiéndose la empresa de su salud al punto de negar los daños sufridos por la actora o siquiera que hubiera sufrido golpes o hubiera debido ser trasladada a un hospital, es más, por vía telegráfica negó el carácter mismo de víctima del accidente a la actora, siendo que constaba en la nómina de lesionados.

También debo hacer mención al hecho de que se encuentra probado, por los mismos dichos del chofer de la demandada, que el vehículo no se encontraba en las condiciones necesarias para permitir el cumplimiento del contrato de transporte en forma segura.

En relación al concepto de daño punitivo, en un artículo de Junyent Bas, Francisco y Garzino, María Constanza Publicado en: DIARIO LA LEY, tomo LXXV~239, 2011-12-19 se señala:

Así, Trigo Represas y López Mesa se inclinan por entender que los daños punitivos constituyen un "plus" de indemnización que se concede al perjudicado y que excede del que le corresponde según la naturaleza y alcance de los daños.

Por su parte, Pizarro sostiene que son 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.

Por su parte, Molina Sandoval expresa que el daño punitivo constituye la prestación dineraria o de otra naturaleza que el tribunal jurisdiccional o arbitral ordena pagar a la víctima de un acto o hecho antijurídico teniendo como base elementos tales como los beneficios obtenidos por el dañador, el dolo, lo repugnante de la conducta, y otras circunstancias de la conducta, valoradas en el caso concreto, cuya finalidad es sancionatoria y preventiva.

De tal modo, cabe ratificar el perfil de multa civil, es decir, de sanción represiva, que tiene el instituto en atención a que se independiza del carácter resarcitorio para reprimir inconductas graves y reiteradas de los proveedores.

En una palabra, el daño punitivo parte de la premisa de que la mera reparación del perjuicio puede resultar insuficiente para desmantelar los efectos de ciertos ilícitos, en particular cuando quien daña lo hace con el propósito de obtener un rédito o beneficio, o al menos, con un grave menosprecio para los derechos de terceros.

Por motivos similares a los que aquí se señalan, fue condenada a pagar daño punitivo una empresa de transporte en la causa “CURRY PAULA VANESA C/ TRANSPORTES AUTOMOTORES PLUSMAR S.A. Y OT. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS” sentencia de la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Sala Segunda de la ciudad de M. del Plata, en fallo del 27/04/2017.

Resulta interesante, en la materia, y coincido con lo expuesto por la Sala B de la Cámara de Comodoro R., cuando en la causa "R., L. A. y otra c/ L. P. CIA. A. S. s/ ORDINARIO", expte. nro. 177/17, sentencia del 27/10/2017 expresó:

En este contexto, el proveedor solo puede exculparse en la medida que demuestre la "inexistencia de desaprensión". El diccionario de la Real Academia Española, contempla como significado de "desaprensión" = "falta de aprensión o miramiento".

Conforme resulta de su texto, el instituto ha sido previsto como una multa civil otorgada a la víctima de un daño injusto, frente a "inconductas" de los proveedores de bienes y servicios. En el caso, la inconducta se presenta en la falta de respuesta y el desinterés en dar la solución al consumidor.

En consecuencia, y por los motivos expuestos, considero que se encuentran presentes los requisitos de procedencia de la sanción solicitada a M. Y V. S.R.L., fijando la misma en la suma de PESOS QUINCE MIL ($ 15.000.-) **5.**

En razón de lo expuesto, concluyo expidiéndome por hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte actora, sin readecuar costas y honorarios de la parte actora de la primera instancia (art. 282, CPCC) e imponiendo las costas en la Alzada a la parte demandada, siendo adecuados a la actuación profesional los honorarios propuestos por el Dr. Mures.

A LA PRIMERA CUESTION voto por la **NEGATIVA**

A LA TERCERA CUESTION, la Sra. Juez subrogante Carolina Barreiro dijo:

Conforme mi voto, el pronunciamiento que corresponde dictar a la primera cuestión es el propuesto por el Dr. Luis Horacio MURES.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de junio de 2018.

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

S E N T E N C I A

1) **REVOCAR** la sentencia recurrida para: **a) Aumentar** a Pesos **SESENTA Y OCHO MIL ($ 68.000)** el concepto de Daño Material, a la fecha del accidente, al cual deben aplicarse los intereses correspondientes según sentencia de primera instancia hasta su efectivo pago; **b) Aumentar** a Pesos **SESENTA MIL ($60.000)** el concepto de Daño Moral, a la fecha del accidente al cual deben aplicarse los intereses correspondientes según sentencia de primera instancia y **c)** Hacer lugar a la multa civil por la suma de Pesos **QUINCE MIL** ($ **15.000)** a la empresa transportista.

2) **NO ADECUAR las** costas de primera instancia ni los honorarios de la parte actora.

3) **IMPONER l**as costas de la Alzada a la parte demandada.

4) **REGULAR** los honorarios por su actuación en Cámara de la Dra. Vanesa Peruzotti en el 30%, los del Dr. Sergio L. FASSIO en el 25% y los del Dr. Victorio A. FASSIO en el 25%, todos de los que correspondan por su labor en la instancia anterior, con más IVA en caso de corresponder.

5) **CONFIRMAR** los honorarios regulados en la primera instancia a los Dres. Victorio Antonio y Sergio Leandro Fassio.

6) **REGISTRESE, NOTIFIQUESE** y oportunamente, **DEVUELVASE**

REGISTRADA BAJO EL N° /18 SDC. CONSTE.