En la ciudad de Trelew, a los 11 días de julio del año dos mil veinticuatro, se reúne la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia de la Dra. Natalia Isabel Spoturno y la presencia de la Sra. Jueza de Cámara Dra. Florencia Cordón Ferrando y del Sr. Juez de Cámara Dr. Marcelo Fernando Peral, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“E., A. E. c/ T. E. X. S.R.L s/ Daños y Perjuicios (Ley de defensa del consumidor)” (Expte. Nro. 629 - Año 2023 CAT)**, venidos en apelación y expedirse en orden al sorteo practicado. Las Magistradas y el Magistrado resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada? SEGUNDA: ¿Son correctos los honorarios regulados a favor de los letrados de la actora? y TERCERA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LA PRIMERA CUESTIÓN, el Dr. Marcelo Fernando PERAL expresó:

I. Mediante la Sentencia Definitiva N° 53/2023 el Magistrado de primera instancia hizo lugar a la demanda por daños y perjuicios promovida por A. E. E. contra la firma “T. E. X. S.R.L.” y, en consecuencia, dispuso que esta última debe abonar a la actora la suma de $1.346.820,23, con más sus intereses. Hizo extensiva la condena a la citada en garantía “P. M. de S. del T. P. de P.” en los términos del artículo 118 de la Ley de Seguros, en lo que excede de la franquicia y hasta el límite de cobertura.

Finalmente, impuso las costas a la demandada y la aseguradora vencidas y reguló, en lo que aquí interesa, honorarios a los Dres. D. G. L. y M. I. T., letrados patrocinantes de la actora, en el 16%, en conjunto, del monto que en definitiva resulte del proceso, con más el IVA de corresponder.

II. La Sentencia fue apelada por A. E. E. mediante ID 1208505 (05/09/2023) y por la citada en garantía por ID 1214552 (11/09/2023), recursos que fueron concedidos libremente con fecha 19/09/2023.

Por su parte, los Dres. D. G. L. y M. I. T. mediante el ID 1208506 (05/09/2023) apelaron la regulación de sus honorarios por considerarlos bajos, recurso que también fue concedido el 19/09/2023.

III. Agravios de la parte actora y la citada en garantía:

a) La actora mediante el ID 1285114 (02/11/2023) fundó el recurso interpuesto y señaló que el valor fijado por el Magistrado en concepto de lesión física es bajo; que la fórmula matemática utilizada es justa en un contexto financiero diferente al que se atraviesa a causa de la inflación, la desvalorización monetaria y la crisis de los últimos años.

Aduce que el valor fijado por el Magistrado no repara la pérdida de la salud física y a modo de comparación, expresa que la fórmula de la LRT que sólo establece una prestación dineraria por la pérdida de aptitud laboral, tiene como piso para el período en que ocurrió el accidente (29/03/21, Res. 07/21 SRT), para cualquier trabajador con una incapacidad

laboral del 20% T.O., la suma de $798.260, monto que, destaca, es superior al establecido en la sentencia.

Agrega que la formula Moore – Bernasconi, aplicada en la resolución, no cumple con la reparación plena dispuesta por el artículo 1740 del CCCN y que debe aplicarse la fórmula denominada “Méndez”, que fue solicitada al momento de interponer demanda y que da como resultado la suma de $1.302.152,45 de capital.

Menciona que “Méndez” tiene en cuenta que el daño repercute en la integralidad social de la persona, reconociendo la edad de 75 años como promedio de vida y no 65 años como vida “útil” y que el 4% de tasa resulta más adecuado.

Por otra parte, cuestiona el monto reconocido en concepto de daño moral y al respecto peticiona se tengan en cuenta los padecimientos sufridos, la incapacidad sobreviniente y la afectación en su vida de relación.

Alega que el accidente ocurrió el 29/04/2021 y que la intervención quirúrgica se practicó el 10/08/2021; que luego vinieron los tratamientos kinésicos y de rehabilitación; que las testigos dieron cuenta de los profundos dolores que atravesaba en aquellos tiempos de tratamiento y rehabilitación, lo que, además, fue referido en el informe de pericia forense. Además, indica que el alta médica no ocurrió el 15/08/2021, que esa fue el alta ambulatoria, y que luego de tal evento continuó con tratamiento de rehabilitación desde su casa y que el alta definitiva fue posterior.

Señala que en la sentencia no se evaluó el dolor que le causó la muerte de su conviviente, el que si bien obedeció a un hecho diferente al investigado, agravó aún más el mal trance, dado que debió hacer frente al tratamiento en absoluta soledad.

En definitiva, por los argumentos reseñados, peticiona que la reparación del daño moral sea elevada a $1.150.000.

Por último, se agravia en cuanto al monto dispuesto en concepto de daño punitivo ($300.000) y plantea que considerando las características del accidente y el comportamiento del chofer debió ser fijado en $ 1.750.000.

b) La citada en garantía, P. M. de S. del T. P. de P., mediante ID 1279670 (30/10/2023) fundó el recurso de apelación interpuesto y cuestionó por elevado el monto concedido en concepto de daño moral y la procedencia de la indemnización en concepto de daño punitivo.

En lo que respecta a la primera cuestión, indica que el Magistrado recurrió a generalidades relativas a los padecimientos de salud y gravedad de los daños. Que la indemnización debe fijarse, conforme lo dispuesto por el artículo 1741 del CCCN, ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas.

Aduce que la actora no introdujo ningún parámetro para la determinación del daño, tal como antecedentes de viaje, divertimentos, concurrencia a espectáculos que le permitan al juzgador valorar objetivamente.

En cuanto a la procedencia de la indemnización por daño punitivo, indica que son excepcionales, que proceden únicamente frente a un grave reproche en el accionar del responsable de la acusación del daño, frente a supuestos de particular gravedad y que, en la presente causa, no existe culpa grave o dolo que justifique la aplicación del instituto.

Por ID 1295374 (10/11/2023) la actora contestó los agravios de la citada en garantía y en dicha presentación básicamente señaló que los agravios deben ser rechazados por no constituir una crítica concreta y razonada de la sentencia, que la recurrente no dice cuáles son las referencias que debió tomar el Magistrado para fijar el daño moral y que la multa dispuesta en concepto de daño punitivo no es solo a los fines de sancionar, sino de disuadir y prevenir conductas como la desplegada, donde se desprecia al usuario consumidor.

IV. Por cuestiones de orden lógico y metodológico, en primer lugar, analizaré el planteo referido a la cuantificación de las lesiones físicas formulado por la actora, en segundo lugar, ingresaré conjuntamente al análisis y tratamiento de los agravios planteados por la actora y de la citada en garantía en relación a la indemnización por daño moral y, por último, al análisis y tratamiento de los agravios referidos a los daños punitivos.

IV. a) Cuantificación de las lesiones físicas:

En el pronunciamiento apelado el Magistrado fijó la indemnización en concepto de incapacidad sobreviniente en la suma de $611.820,23. Para así resolver consideró: (i) el valor del salario mínimo vital y móvil a la época del siniestro, que ascendía a $23.544 (conf. Resolución 4/2021 del Consejo Nacional del Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo, Vital y Móvil); (ii) una incapacidad del 20%, conforme se estableció en pericia médica; (iii) 18 años de vida útil, dado que la actora contaba con 47 años a la fecha del evento; y iv) una tasa de interés de redescuento del 6% anual. Es decir, el Magistrado, sobre la base del salario mínimo vital y móvil, calculó la indemnización por incapacidad aplicando la denominada fórmula “Moore-Bernasconi” aplicada desde el año 1994 por esta Cámara de Apelaciones.

Como indiqué al reseñar los agravios, la actora cuestiona la aplicación de la fórmula referida por ser, en su criterio, baja la indemnización reconocida por incapacidad sobreviniente y plantea que debió aplicarse la fórmula “Méndez”; como peticionó al momento de interponer demanda (conforme punto “V. a”), por ser más adecuada.

Para comenzar con el análisis del planteo recursivo, es oportuno destacar que el art. 1738 del CCCN refiere que la indemnización derivada del daño padecido por la víctima comprende: a) la pérdida o disminución del patrimonio, b) el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención, y c) la pérdida

de chances. La norma también puntualiza que incluye las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales y aquellas derivadas de la interferencia en su proyecto de vida.

Sobre la base de esos lineamentos generales, es preciso señalar que se repara la incapacidad sobreviniente y no una pérdida concreta de ingresos o un lucro cesante. En efecto, lo que se indemniza principalmente es la pérdida de "capacidad" laboral o productiva de la víctima, para cuya cuantificación hay tres datos fundamentales: el grado de incapacidad, la edad y los ingresos reales o posibles al momento del hecho.

La incapacidad sobreviniente es sin duda un daño material y por medio de la cuantificación de su resarcimiento se intenta compensar la pérdida de posibilidades laborales que sufrirá la víctima durante el resto de su vida como consecuencia de esa minusvalía y la potencial pérdida de ingresos que la misma puede generar.

Por otro lado, el art. 1746 de ese mismo cuerpo legal al tratar la indemnización por lesiones o incapacidad psicofísica expresamente dispone que en el último supuesto se debe indemnizar el daño aunque el damnificado continúe ejerciendo una tarea remunerada.

Como indiqué en la SDC 17/2019, la incapacidad sobreviniente, si bien puede ocasionar lucro cesante cuando la víctima deja de percibir ingresos, cuando no se verifica esa situación, igualmente desde la perspectiva patrimonial debe ser indemnizada la disminución de aptitudes que aquella padece para obtener lucros futuros, sea que realice actividad remunerada o no al momento producirse el daño. En tal situación, bajo la denominación incapacidad sobreviniente se indemniza "una chance frustrada de percepción de ganancias" (conf. Trigo Represas, Félix A. - López Mesa, Marcelo J.; "Tratado de la responsabilidad civil", La Ley, Bs. As., 2006, vol. "Cuantificación del Daño", p. 231 y ss.).

Como fue precisado en anteriores pronunciamientos de esta Alzada, el resarcimiento no requiere de una disminución real y concreta de ingresos. Por el contrario, el mencionado art. 1746 del Código Civil y Comercial aclara que en el supuesto de incapacidad permanente se debe indemnizar el daño aunque el damnificado continúe ejerciendo una tarea remunerada (mi voto en SDC 12/2021).

En tal sentido, se ha dicho que "En lo que respecta a la incapacidad sobreviniente, la entidad del daño no se mide por la incapacidad sufrida por la víctima para determinado trabajo sino por sus posibilidades genéricas. El hecho de que no se haya acreditado una disminución de ingresos por parte de la actora, como consecuencia de las secuelas físicas que le originara el accidente, no significa que no sea procedente la pretensión por tal concepto, sin perjuicio de que aquella circunstancia sea tenida en cuenta al momento de la respectiva valoración" (Autos: R., J. A. c/A. L., M. Á. y Otro s/DAÑOS Y PERJUICIOS - Nº Sent.: C. 108215 Mayoria.- Magistrados: GARRELL - Civil - Sala H - 30/09/1992).

En otras palabras, posea la víctima ingresos o no o no se verifique disminución de ingresos, la incapacidad sobreviviente debe igualmente ser indemnizada. Al respecto, cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas en forma permanente, esta incapacidad debe ser objeto de reparación, al margen de lo que pueda corresponder por el menoscabo de la actividad productiva y por el daño moral, pues la integridad física tiene por sí misma un valor indemnizable y su lesión comprende, a más de aquella actividad económica, diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, cultural o social con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida (C. S. J. N. Fallos: 308:1109; 312:2412; 315:2834; 318:1715; Idem.,08/04/2008, "Arostegui Pablo Martín c. Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A. y Pametal Peluso y Compañía", L. L. 2008- C, 247).

Conforme a las pautas establecidas por la jurisprudencia y por la normativa vigente, la reparación de la incapacidad sobreviniente es esencialmente variable en razón del grado de incapacidad, edad e ingresos reales o posibles de la víctima.

En relación a su cuantificación, el Código Civil y Comercial en el mencionado artículo 1746 estable que la indemnización "debe ser evaluada mediante la determinación de un capital, de tal modo que sus rentas cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables, y que se agote al término del plazo en que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades".

El texto legal reseñado refleja el criterio establecido por la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en fallo "Vuotto c. Telefunken" (16/07/78, La Ley 1979 C, 620), el que fue posteriormente reformulado y actualizado en fallo "Méndez" de la misma Sala (24/08/08, La Ley, Supl. "Derecho del Trabajo", junio de 2008, p. 668) y el mismo, sin duda determina la necesaria utilización de una fórmula para cuantificar la reparación por incapacidad sobreviniente.

En cuanto a la fórmulas referidas, el Máximo Tribunal nacional, en el fallo "Arostegui", cuestionó la aplicación de la fórmula "Vuotto", al entender, en lo que aquí interesa, que únicamente repara los daños sufridos en base a su actividad productiva de la víctima (en ese caso un trabajador accidentado) dejando de lado otros aspectos de la vida de la persona que son cuantificables y resarcibles si lo que se pretende es aplicar la reparación plena prevista por el citado art. 1740 del CCC.

Bajo tales premisas de la Corte Suprema de Justicia, como indiqué en párrafo precedente, la sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, en los autos caratulados "MÉNDEZ ALEJANDRO D. c/ MYLBA S.A. Y OTRO s/ ACCIDENTE – ACCIÓN CIVIL", mediante sentencia de fecha 28/04/2008, reformuló la fórmula "Vouto" con el fin de mejorarla y a tal efecto, elevó la edad tope a considerar a 75 años; redujo la tasa de

interés de redescuento por el anticipo de capital al 4% anual y modificó la forma de cálculo del salario base a computar.

Siendo la fórmula cuya aplicación pretende la actora una reformulación –ajustada a las críticas del máximo de la Nación- de la fórmula aplicada en la sentencia apelada y habiendo expresado en fallos anteriores que no encuentro ningún argumento para computar la edad jubilatoria como variable limitante de la indemnización reclamada (SDC N° 12/2021), como lo establece la fórmula aplicada en la sentencia de primera instancia y que cuestiona la recurrente, quien desde su demanda peticionó la aplicación de la mentada fórmula "Méndez", entiendo que debe hacerse lugar al agravio y que debe aplicarse dicha fórmula por ser más adecuada a fin de establecer la reparación integral de daño como requiere el art. 1740 del Código Civil y Comercial.

Así, dado que no se encuentra cuestionado que la base salarial a computar está dada por el salario mínimo vital y móvil vigente a la fecha del siniestro ($23.544) y que la incapacidad es del 20%, debiendo computarse la hipotética disminución de ingresos desde la edad que tenía la actora al momento del accidente (47 años) y hasta la edad de 75 años, conforme a la pautas de la referida fórmula Méndez, la indemnización debe establecerse en la suma reclamada de $1.302.152,45.

En razón de lo expresado, propongo al acuerdo que se revoque parcialmente la sentencia de primera instancia y se eleve el monto reconocido en concepto de incapacidad sobreviniente a la suma de $1.302.152,45, con más los intereses fijados en la sentencia recurrida.

IV. b. Monto otorgado en concepto de Daño Moral:

El Magistrado de primera instancia fijó la indemnización en concepto de daño moral en la suma de $400.000. A tal fin, ponderó la índole de las lesiones físicas padecidas y la edad de la víctima a la fecha del hecho (47 años).

Como ya señalé al reseñar los agravios, la actora cuestiona el monto referido por considerarlo insuficiente, al respecto alega que no se tuvo en cuenta que quedó en un estado de abandono frente al desinterés de la demandada y que luego del hecho que motivó su demanda falleció su conviviente. Por su parte, la citada en garantía también cuestiona el monto otorgado en la sentencia considerándolo excesivo.

Ante los planteos recursivos referidos, Es preciso recordar que desde hace décadas se ha establecido que el daño moral -hoy denominado daño no patrimonial- es aquél que afecta principalmente los derechos y atributos de la personalidad, de carácter extrapatrimonial, y su reparación tiene por objeto indemnizar el quebranto que supone la privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor fundamental en la vida del hombre y que son: la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los más sagrados afectos. (arts. 522 y 1078 del Código Civil y su doctrina; conf.:

Suprema Corte de Buenos Aires, 13-6-89, “Miguez, Rubén y otros c/ Comarca S.A. y otro” El Derecho 136, pág. 526). A su respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha impuesto la doctrina que establece que tiene carácter resarcitorio y que no debe guardar relación con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio a éste (conf.: El Derecho 120, pág. 648).

La reparación del agravio moral corresponde no sólo por lo dispuesto en los arts. 1737, 1738, 1740 y 1741 del CCCN, sino por lo establecido por la Constitución Nacional al jerarquizar los tratados internacionales como el pacto de San José de Costa Rica (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional).

En virtud de lo apuntado, es preciso señalar que las lesiones sufridas por la actora, por sus consecuencias físicas y anímicas y por las dificultades y limitaciones que le generan (conf. pericia médica de fecha 19/08/2022), tienen entidad suficiente para tener por acreditada la existencia del daño moral que debe ser indemnizado.

La determinación de sumas indemnizatorias en concepto de daño moral no está sujeta a reglas fijas. Su reconocimiento y cuantía depende -en principio- del arbitrio judicial para lo cual basta la certeza de que ha existido, sin que sea necesaria otra precisión (conforme esta Sala, SDC N° 15/2014, con cita a T., M. A. vs. O. S. S.E. s. Daños y perjuicios - 04/06/2008 - Tribunal: Buenos Aires Suprema Corte de Justicia - Fuente: Jurisprudencia de la Provincia de Buenos Aires Cita: RC J 558/09).

Resuelta la cuestión acerca de la procedencia de la indemnización por los daños no patrimoniales (daño moral) sufridos por la Sra. E., resta analizar si el monto dispuesto en la resolución recurrida se ajusta a derecho.

La cuantificación de este rubro constituye una de las tareas más difíciles, pues se carece de parámetros objetivos para mensurar el dolor. El CCCN en su art. 1741 establece que el monto de la indemnización de este tipo de daños debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que puedan procurar las sumas reconocidas.

Teniendo en cuenta los conceptos reseñados, así como los planteos de las partes, entiendo que el monto reconocido en la instancia de grado, no resulta suficiente para reparar el padecimiento sufrido por la actora, cuya integridad física fue afectada en el hecho que motivó la presentación de la demanda.

Así, evaluando las dolencias que surgen acreditadas con la pericia medica (de fecha 19/08/2022 -ID 779111-), los tratamientos, estudios y la intervención quirúrgica a la que se debió someter, a mi criterio el resarcimiento debe ser elevado a la suma reclamada de $ 1.150.000, con más los intereses instituidos en la sentencia de grado.

Por lo expresado, propongo al acuerdo elevar el monto reconocido por daño extrapatrimonial a la suma de $1.150.000., con más los intereses fijados en la sentencia recurrida.

IV. c. Daño punitivo:

Para finalizar con el análisis de los agravios de la actora y de la citada en garantía, corresponde evaluar el cuestionamiento vinculado a la procedencia del daño punitivo y su cuantificación.

Al respecto, básicamente la actora cuestiona el monto de la suma fijada en concepto de daño punitivo ($300.000), mientras que la citada en garantía argumenta que no se encuentra justificada la aplicación del instituto.

Adelanto que, a mi entender, asiste razón a la citada en garantía y que el planteo debe ser receptado en virtud de no verificarse los extremos que hacen a la procedencia del daño punitivo.

Como expresé en anteriores pronunciamientos, los daños punitivos que fueron incorporados en el art. 52 bis de la Ley 24.240, consisten en una multa civil, independiente y diferenciada de las clásicas indemnizaciones por daños (cuyo fin es la reparación), aplicada en beneficio de la víctima, con el fin de sancionar a los proveedores de bienes y servicios que incurran en inconductas y orientadas a cumplir un fin disuasorio para el causante del daño. Por tal razón, su aplicación y graduación se encuentran directamente relacionadas con la gravedad del hecho y con la existencia de dolo o culpa por parte del proveedor, ya que el instituto no tiene un fin reparador sino punitivo.

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

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

Existe consenso dominante respecto a que los daños punitivos sólo proceden en supuestos de particular gravedad, calificados por el dolo o la culpa grave del sancionado o por la obtención de enriquecimientos indebidos derivados del ilícito o, en casos excepcionales, por un abuso de posición de poder, particularmente cuando ella evidencia

menosprecio grave por derechos individuales o de incidencia colectiva (conforme mi voto SDC N° 12/2021 con cita a Stiglitz, Rubén S. y Pizarro, Ramón D., trab.cit.).

Por compartir el criterio reseñado, coincido básicamente con las opiniones que sostienen que los jueces deben ser prudentes al analizar su procedencia y en la necesidad de hallar una conducta del infractor que sea realmente grave y despreocupada de los derechos ajenos, ello pese a que dicha exigencia subjetiva no se encuentre expresamente presente en el texto del art. 52 bis de la LDC.

Conforme las pautas reseñadas, si bien puede considerarse reprochable la conducta del dependiente de la demandada, es preciso señalar que en el caso no se observa la existencia de una grave inconducta de la accionada ni un accionar doloso o culposo de su parte que justifique la aplicación de la multa en cuestión, así como tampoco se advierte el abuso de prácticas empresarias especulativas o una situación en la que la demandada eligió incumplir con sus obligaciones contractuales y legales para obtener un beneficio económico.

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

V. Conclusión:

Por todo lo expresado en los considerandos precedentes, propongo al pleno que la sentencia recurrida se parcialmente revocada y que se disponga:

i) Elevar el monto reconocido en concepto de incapacidad sobreviniente a la suma de $1.302.152,45, con más los intereses fijados en la sentencia de primera instancia; ii) Elevar el monto reconocido en concepto de daño extrapatrimonial, a la suma de $1.150.000, con más los intereses fijados en la sentencia de primera instancia; iii) Dejar sin efecto la multa dispuesta en concepto de daño punitivo.

Dado que propongo introducir modificaciones parciales respecto de la sentencia recurrida y dejar sin efecto la condena a pagar daño punitivo, resulta necesario readecuar la imposición de costas de la instancia de origen (art. 282 del CPCC) e imponer las que correspondan a esta instancia.

En virtud del modo en el que propongo que se resuelva, postulo que las costas de primera instancias distribuyan en un 80% a la demandada y la citada en garantía y que se exima a la actora del 20% restante (conf. Ley VII N° 22) y asimismo propongo que las costas de alzada se impongan en un 80% a la citada en garantía y que la actora quede eximida del 20% restante.

En cuanto a los honorarios regulados por las tareas de primera instancia, al estar fijados en porcentaje deben ser confirmados. En cuanto a las labores desarrolladas en esta alzada, propicio se regulen, a los letrados de la actora, Dr. D. G. L. y M. I. T., en forma conjunta, en el 6,30%, los de los Dres. J. M. F. C. y R. L., letrado patrocinante y letrado apoderado

de la citada en garantía, respectivamente, en el 4,2%, en forma conjunta, con más el 40% por mandato respecto de los regulados al Dr. L., ambos porcentajes aplicables sobre el monto del proceso y con más el IVA si correspondiere (Conf. arts. 5, 6, 8,9 y 13 de la ley XIII Nº 4).

Por todo lo expresado, a la primera cuestión me expido PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA.

A LA PRIMERA CUESTIÓN, la Dra. Natalia Isabel SPOTURNO expresó:

I. Dada la claridad de la reseña efectuada por el Magistrado que me precedió en el voto, tanto de la Sentencia Definitiva N° 53/2023 como de los agravios expresados por la parte actora y por la citada en garantía, a fin de evitar repeticiones innecesarias, ingresaré directamente al análisis de las cuestiones planteadas. **I. a) Cuantificación de las lesiones físicas:**

A fin de dar respuesta al agravio corresponde aclarar que arriba firme a esta instancia la procedencia de este rubro indemnizatorio y que la parte actora cuestiona solamente la fórmula utilizada para cuantificar el daño.

El Magistrado aplicó la fórmula matemático-financiera conforme doctrina de esta Cámara de Apelaciones establecida mediante SD 79/94. Se trata de la fórmula MooreBernasconi que es, en rigor, muy similar a la fórmula "Vuoto".

La actora afirma en sus agravios que la fórmula utilizada en la sentencia es justa en un contexto económico diferente al que atravesamos actualmente a causa de la inflación, la desvalorización monetaria y la crisis desatada en los últimos años. Considera que en los tiempos que corren la fórmula más apropiada es la denominada "Méndez", que fue la que solicitó al momento de interponer la demanda.

Entonces, no encontrándose discutida ni la procedencia del rubro indemnizatorio, ni la utilización de una fórmula de matemática financiera, corresponde determinar si la fórmula aplicada resarce adecuadamente el daño o, por el contrario, resulta necesario disponer la utilización de una fórmula diferente.

La fórmula fue originalmente desarrollada en un fallo de la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo del 16 de junio de 1978, recaído en los autos "Vuoto, Dalmero v. AEGT Telefunken". Esta fórmula fue aplicada por numerosos tribunales del país hasta que fue cuestionada por la CSJN en el fallo "Aróstegui" del 4 de abril de 2008. Días más tarde, el 28 de abril de 2008, la Sala III de la CNAT la reformuló en la causa "Méndez v. Mylba".

La fórmula "Méndez", también conocida como "Vuoto II" por tratarse de una actualización de la fórmula "Vuoto" o, dicho en otras palabras, una adaptación a los requerimientos de la Corte en la causa "Aróstegui", arroja cifras superadoras. Esto ocurre

porque además de tomar en cuenta la totalidad de los ingresos de la víctima, considera como ingreso a computar el ingreso actual (en este caso la utilización del SMVM de la fecha del accidente no se encuentra cuestionada) x 60 / edad al momento del accidente (tope de 60 años). Además, porque la tasa de interés empleada en la fórmula original (6% anual) es reemplazada por el 4%. Y por último porque extiende el cálculo de la indemnización a la edad de 75 años.

El objetivo principal de la fórmula *"Méndez"* es garantizar a la víctima una compensación económica justa que le permita mantener un nivel de vida similar al que tenía antes del accidente, durante toda su vida útil.

Es cierto que esta Sala históricamente ha aplicado la fórmula empleada en la sentencia recurrida. Sin embargo, las circunstancias actuales imponen revisar esa doctrina. Por ello, teniendo en cuenta los argumentos dados anteriormente, considero que la fórmula "Méndez" resulta más adecuada para resarcir el daño patrimonial sufrido por la actora de conformidad con lo dispuesto por los artículos 1740, 1741 y 1746 del CCCN.

Considero de interés destacar que la fórmula "Méndez" es aplicada por la mayoría de los tribunales de nuestra provincia. En este sentido se ha expedido la Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia (SDC 24/2024, SDC 7/2024, SDC 4/2024, entre otras), la Cámara de Apelaciones de Puerto Madryn (SDC 5/2024, SDC 33/2023, SDC 23/2023, SDC 71/2021, entre otras) y la Cámara de Apelaciones de Esquel (SDC 11/2023, SDC 17/2018, entre otras).

En resumen, coincido con el Magistrado que me antecede en el voto en cuanto a que no se advierten argumentos para computar la edad jubilatoria como variable limitante de la indemnización reclamada, más aún, cuando, por razones de congruencia procesal, la actora en su escrito de demanda peticionó la aplicación de la mentada fórmula *"Méndez"*.

En consecuencia, aplicando las pautas de la referida formula *"Méndez"*, la indemnización por incapacidad sobreviniente debe establecerse en la suma reclamada de $1.302.152,45 con más los intereses fijados en la sentencia recurrida. **I. b) <u>Daño extrapatrimonial</u>:**

Ambas partes cuestionan la suma otorgada en concepto de daño extrapatrimonial. La parte actora la considera baja y la citada en garantía la considera alta. Por ello, y dado que no fue cuestionada la procedencia de esta indemnización, sino solamente su cuantía, trataré directamente esta cuestión.

La indemnización del daño no patrimonial tiene por objeto resarcir el quebranto que supone la privación o disminución de bienes fundamentales para la persona, tales como la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los más sagrados afectos.

Para fijarlo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado en reiteradas oportunidades que debe tenerse en cuenta el carácter resarcitorio de este rubro, la índole del hecho generador de la responsabilidad y la entidad del sufrimiento causado, que no tiene necesariamente que guardar relación con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio a éste (Fallos 316:2894; 321:1117; 323:3614; 325:1156;326:820 y 847; 330:563 y 334:376, entre otros).

En la evaluación del perjuicio moral, la dificultad en calcular los dolores no impide apreciarlos en su intensidad y grado por lo que cabe sostener que es posible justipreciar la satisfacción que procede para resarcir dentro de lo humanamente posible, las angustias, inquietudes, miedos, padecimientos y tristeza propios de la situación vivida (conforme CSJN, Fallos: 347:128).

Una vez que se ha acreditado que existe el daño moral —se trata en este caso de un daño que surge de la propia naturaleza de las cosas— la persona llamada a decidir se encuentra habilitada para fijar su importe teniendo en consideración las pretensiones de las partes y las circunstancias del caso (conforme esta Sala, SDC 29/2021).

En el caso que nos ocupa, la procedencia del rubro es incuestionable. El informe pericial elaborado en la causa, incorporado mediante el ID 779111 (19/08/2022), concluyó, entre otras cuestiones, que: “la actora (…) padeció fractura de vértebra lumbar L1 a expensas del platillo subcondral superior con retropulsión del muro posterosuperior hacia el conducto raquídeo sin compromiso del cono medular (…) presenta una cicatriz quirúrgica sobre columna toraco-lumbar, la que es lineal hipocrómica de 24cm de longitud. La misma no afecta la realización de tareas productivas ni capacidad laborativa
(…) La actora padece secuelas de una FRACTURA DE COLUMNA LUMBAR L1 OPERADA sin secuelas en EMG, lo que le otorga una incapacidad parcial y permanente del 20% de la total obrero y total vida”.

Además, se estableció que las discopatías crónicas que la actora presenta, asociadas a las secuelas producto del evento traumático de la demanda, “dificultan tareas que exijan esfuerzo en la región lumbar. Es decir, posturas mantenidas de columna lumbar, la carga de peso o la bipedestación prolongada y en general, todas aquellas que demanden esfuerzo físico”.

Sentado lo anterior, y a fin de cuantificar este rubro, cabe recordar que la Corte Suprema ha expresado que “el dolor humano es apreciable y la tarea del juez es realizar la justicia humana; no se trata de una especulación ilícita con los sentimientos sino de darle a la víctima la posibilidad de procurarse satisfacciones equivalentes a lo que ha perdido” (CS, del 20/12/2011, "Molina, Alejandro Agustín c. Provincia de Santa Fe", RCyS, 20122, 147).

Ahora bien, creo que la primera pauta que la estimación judicial debe tener en cuenta para este rubro es lo cuantificado por quien lo reclama. Además, actualmente, y tal como

señala la citada en garantía, las argumentaciones sobre el daño moral deben ser distintas: su indemnización "debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas" (art. 1741 CCyC).

Conforme a ello, la cuantificación sigue siendo judicial y prudencial, sin criterios rígidos ni topes. Pero existe ahora una pauta normativa mucho más específica que la prevista en el Código Civil derogado, y que parte de la base de que el daño moral no se cuantifica, sino que se cuantifica la satisfacción del valor del daño extrapatrimonial.

Por ello, el monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas. Es decir, se pretende a través de su reparación que la víctima del daño pueda procurarse placeres compensatorios. En este sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al referirse a la cuantificación del daño moral, ha sostenido que no se trata de una especulación ilícita con los sentimientos sino de darle a la víctima la posibilidad de procurarse satisfacciones equivalentes a lo que ha perdido. Aun cuando el dinero sea un factor muy inadecuado de reparación, puede procurar algunas satisfacciones de orden moral, susceptibles, en cierto grado, de reemplazar en el patrimonio moral el valor que del mismo ha desaparecido (Fallos: 340:1038 "Ontiveros", voto del Dr. Lorenzetti; en similar sentido, Fallos: 334:376).

En este contexto, resulta fundamental considerar los conceptos reseñados y los planteos de las partes involucradas en el caso. Al analizar el monto establecido en la resolución recurrida, surge que el otorgado por el Magistrado resulta insuficiente para brindar a la actora una satisfacción sustitutiva adecuada.

Por ello, dado que el CCyC establece que el monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas (art. 1741), considero que puede resultar útil recurrir, por ejemplo, al valor de un paquete de vacaciones a la ciudad de Mendoza por siete días que tiene en la actualidad un valor de entre $778.529 y $999.900 (información publicada por la agencia local de turismo "R. S. T." en su página web).

Bajo tales premisas, coincido con el Magistrado que me precedió en el voto en cuanto a que, evaluando las dolencias que surgen acreditadas con la pericia medica, los tratamientos, estudios, la intervención quirúrgica a la que se debió someter y el costo actual de un viaje de vacaciones a la ciudad de Mendoza por siete días, el resarcimiento debe ser elevado a la suma de $1.150.000 pretendido por la actora, con más los intereses establecidos en la sentencia de grado.

I. c. <u>Daño punitivo:</u>

Por último, corresponde evaluar el cuestionamiento vinculado a la procedencia del daño punitivo y su cuantificación. Como ya se dijo, la actora cuestiona su monto ($300.000) y la citada en garantía argumenta que no se encuentra justificada la aplicación del instituto.

Adelanto que también yo considero que no se verifican en la presente causa los extremos que hacen a la procedencia del daño punitivo.

Recuérdese que la Ley 26.361 introdujo en la Ley 24.240 el art. 52 bis, que incorporó la figura denominada *"daño punitivo"* o *"multa civil"*. Pizarro define estos daños como las sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por los damnificados, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro. Agrega que cuando el demandado en forma deliberada o con grosera negligencia, causa un perjuicio a otro, pueden aplicarse estas puniciones que se denominan daños ejemplares, agravados, presuntivos o simplemente "smart money" (Pizarro, Ramón D., *"Daño moral"*, editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 524). Además, tal como mencionó mi colega de Sala, los jueces debemos ser prudentes al analizar la procedencia del daño punitivo y asegurarnos de encontrar una conducta del infractor que sea realmente grave y despreocupada de los derechos ajenos, aunque dicha exigencia subjetiva no se encuentre expresamente presente en el texto del art. 52 bis de la LDC. Por lo tanto, un mero incumplimiento no autorizará su aplicación.

La imposición del daño punitivo debe ser restrictiva y, en su aplicación, el juez debe enfocarse más en el autor del daño que en la víctima, considerando, entre otras circunstancias, la situación patrimonial del infractor, su participación en el mercado, las repercusiones del hecho, así como la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas. El art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor requiere un plus para la procedencia de la multa civil; es decir, una conducta deliberada que denote negligencia grave o dolo (conforme esta Sala, SDC N° 11/2019, con cita a Tribunal Supremo de Justicia de Córdoba, autos "T. o T. L. c. C. y M. Q.", sentencia del 15/4/2014).

Así, no todo incumplimiento da lugar a la aplicación de esta sanción. Se requiere valorar especialmente la conducta del dañador a fin de establecer la existencia de dolo, culpa grave o gran indiferencia o menosprecio de los derechos ajenos.

Consecuentemente, resulta improcedente si no se vislumbra un obrar grave y malicioso en aquél (conforme esta Sala, SDC N° 08/2023, SDC N° 22/2020, SDC N° 11/2019, SDC N° 04/2019, entre otras).

En la presente causa, no observo una grave inconducta de la accionada ni un accionar doloso o culposo de su parte que justifique la aplicación de la multa en cuestión, más allá de poder cuestionar moralmente el accionar de su dependiente. Tampoco prácticas

empresariales o especulación por parte de la demandada que indiquen que es más económico incumplir una obligación contractual o legal que cumplirla debidamente.

En virtud de lo expuesto, coincido con la opinión del Dr. Peral y respaldo la propuesta de revocar la condena al pago de daños punitivos.

II. Por las razones dadas, acompaño la propuesta de revocar parcialmente la sentencia apelada en los siguientes aspectos:

i) elevar el monto reconocido en concepto de incapacidad sobreviniente a la suma de $1.302.152,45, con más los intereses establecidos en la sentencia de primera instancia; ii) elevar el monto reconocido en concepto de daño extrapatrimonial a la suma de $1.150.000 con más los intereses establecidos en la sentencia de primera instancia; iii) dejar sin efecto el daño punitivo.

Asimismo, en el marco de lo dispuesto por el art. 282 del CPCC y dado que se deja sin efecto íntegramente el rubro daño punitivo, coincido en que resulta necesario readecuar la imposición de costas de primera instancia. Por ello, teniendo con consideración los vencimientos parciales y mutuos coincido en que corresponde imponer las costas de primera instancia en un 80% a la demandada y citada en garantía y eximir de costas a la actora por el 20% restante en virtud de lo dispuesto por la Ley VII N° 22 provincial.

Con respecto a las costas de esta instancia de apelación, existiendo también vencimientos parciales y mutuos, coincido en que deben imponerse también en un 80% a cargo de la citada en garantía y eximir a la actora del 20% restante en virtud de lo dispuesto por la Ley VII N° 22.

Con respecto a los honorarios de los profesionales por las labores desarrolladas en la alzada, teniendo en cuenta la calidad, mérito y trascendencia de las tareas cumplidas, considero correctos y ajustados al resultado del pleito los propuestos por el Dr. Peral (arts. 5, 6, 8, 9, 13, 18 y 46, Ley XIII N° 4) por lo que acompaño su propuesta de regulación.

Por todo lo expresado, a la primera cuestión me expido PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, el Dr. Peral expuso:

Los Dres. D. G. L. y M. I. T. mediante el ID 1208506 (05/09/2023) apelaron la regulación de sus honorarios por considerarlos bajos.

Entiendo que el planteo formulado por los letrados recurrentes no debe prosperar, ya que los emolumentos fueron fijados dentro de la escala prevista por el art. 6 de la ley de aranceles, sin advertir razones especiales que justifiquen la elevación peticionada.

Por las razones expresadas, propongo la desestimación de la apelación articulada y la confirmación de la regulación de honorarios de primera instancia (arts. 5, 6, 8, 9, 18 y 46 Ley XIII n° 4).

Por los motivos dados, a la segunda cuestión voto POR LA AFIRMATIVA.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, la Dra. Natalia Isabel SPOTURNO expuso:

Resta analizar la apelación de honorarios interpuesta por ID 1208506 (05/09/2023) en defensa de sus derechos arancelarios por los Dres. D. G. L. y M. I. T., los que fueron establecidos en un 16% del monto del proceso (conf. punto III del fallo).

Apreciadas las tareas de los letrados, considero que la regulación no resulta baja como lo sostienen los apelantes. Por el contrario, coincido con mi colega de Sala en que la regulación cuestionada se adecúa a las pautas arancelarias vigentes, en particular, a la escala prevista por el art. 6 de la Ley XIII N° 4, sin que se advierta en la causa razones que justifiquen la elevación peticionada.

Por ello, acompaño la propuesta de desestimar la apelación articulada confirmando la regulación de honorarios efectuada en primera instancia.

Por los motivos dados, a la segunda cuestión voto POR LA AFIRMATIVA.

A LA TERCERA CUESTIÓN, el Dr. Peral expuso:

En vista del Acuerdo arribado corresponde:

I). REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia apelada, elevándose el monto total de condena a la suma de pesos dos millones cuatrocientos cincuenta y dos mil ciento cincuenta y dos con cuarenta y cinco centavos ($2.452.152,45), con más los intereses fijados en la sentencia de grado.

II). IMPONER las costas de primera instancia en un 80% a la demandada y a la citada en garantía y eximir a la actora del 20% restante.

III). CONFIRMAR la regulación de honorarios de la instancia de origen.

IV) IMPONER las costas de alzada en un 80% a la citada en garantía y eximir a la actora del 20% restante.

V) REGULAR, por las tareas de segunda instancia, los honorarios de los Dres. D. G. L. y M. I. T., en forma conjunta, en el 6,30%, los de los Dres. J. M. F. C. y R. L., en forma conjunta, en el 4,2%, con más el 40% por mandato respecto de los regulados al Dr. L., ambos porcentajes aplicables sobre el monto del proceso y con más el IVA si correspondiere.

VI) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

Así lo voto.

A LA TERCERA CUESTIÓN, la Dra. Natalia Isabel SPOTURNO dijo:

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

ASI LO VOTO.

Con lo que se dio por terminado el Acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal por haberse logrado la mayoría (art. 274 del C.P.C.C.), pasándose a dictar:

S E N T E N C I A:

Y VISTO: Por los fundamentos del Acuerdo precedente, la Sala "A" de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Trelew; RESUELVE:

I) REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia apelada, elevándose el monto total de condena a la suma de pesos dos millones cuatrocientos cincuenta y dos mil ciento cincuenta y dos con cuarenta y cinco centavos ($2.452.152,45), con más los intereses fijados en la sentencia de grado.

II) IMPONER las costas de primera instancia en un 80% a la demandada y a la citada en garantía y eximir a la actora del 20% restante.

III) CONFIRMAR la regulación de honorarios de la instancia de origen.

IV) IMPONER las costas de alzada en un 80% a la citada en garantía y eximir a la actora del 20% restante.

V) REGULAR, por las tareas de segunda instancia, los honorarios de los Dres. D. G. L. y M. I. T., en forma conjunta, en el 6,30%, los de los Dres. J. M. F. C. y R. L., en forma conjunta, en el 4,2%, con más el 40% por mandato respecto de los regulados al Dr. L., ambos porcentajes aplicables sobre el monto del proceso y con más el IVA si correspondiere.

VI) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

Marcelo Fernando PERAL — **Natalia Isabel SPOTURNO**
JUEZ DE CÁMARA — **PRESIDENTA**

REGISTRADA BAJO EL Nº 16 DE 2024 – SDC.- Conste.

Ricardo Fabián GRIFFITHS
SECRETARIO DE CAMARA