

Accidente De Transito Transporte De Pasajeros Incapacidad Transitoria Danos Punitivos Dano Moral Abuso Del Derecho

DOMINGO, 10 DE ENERO DE 2021

JURISPRUDENCIA

Accidente de tránsito. Transporte de pasajeros. Incapacidad transitoria. Daños punitivos. Daño moral. Abuso del derecho

Se confirma -en lo principal- la sentencia que condenó a la transportista por los daños y perjuicios sufridos por un pasajero a causa del vuelco de la unidad. Asimismo, se confirman los daños punitivos impuestos atento a la naturaleza del hecho dañoso, la incontrovertida relación de consumo que mediara entre las partes, el sólido respaldo documental del reclamo del accionante y el éxito que tuvo en demostrar los perjuicios sufridos, lo que se contrastó con la debilidad estructural de la defensa esbozada por la empresa de transportes, concluyéndose que el trámite del pleito -y los tiempos insumidos- había sido un fin en sí mismo con el que la demandada especuló y quiso verse beneficiada a costa del consumidor damnificado. En la ciudad de Mar del Plata, a los 27 días del mes de abril de 2017 reunida la Excm. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Sala Segunda, en acuerdo ordinario a los efectos de dictar sentencia en los autos caratulados ?CURRY PAULA VANESA C/ TRANSPORTES AUTOMOTORES PLUSMAR S.A. Y OT. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS?, habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los artículos 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial, resultó que la votación debía ser en el siguiente orden: Dres. Ricardo D. Monterisi y Roberto J. Loustaunau. El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes CUESTIONES 1ª) ¿Es justa la sentencia de fs. 413/424? 2ª) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? A la primera cuestión planteada el Sr. Juez Dr. Monterisi dijo: I) La sentencia dictada a fs. 413/424 viene a conocimiento de este Tribunal de Alzada con motivo de los recursos de apelación interpuestos por la actora a fs. 430 y por la demandada y la citada en garantía a fs. 432 En lo que aquí interesa destacar, el Sr. Juez a quo hizo lugar a la demanda promovida por Paula Vanesa Curry contra Transportes Automotores Plusmar S.A., condenando a esta última -conjuntamente con la citada en garantía, Protección Mutua de Seguros del Transporte Público de Pasajeros- a abonar a la accionante la suma de \$94.443,49, bajo apercibimiento de ejecución. Asimismo, condenó a la firma demandada a pagar al actor \$28.333 en concepto de daño punitivo. Finalmente, impuso las costas al demandado y la citada en garantía. Para así decidirlo, destacó que las partes fueron contestes en que el 9 de noviembre de 2012 entre las 13 y 13:30 horas la actora era transportada como pasajera en un colectivo de la Empresa T.A. Plusmar S.A. desde Mar del Plata con destino a Buenos Aires y que en el kilómetro 201/203 se produjo un vuelco de la unidad. Sobre esa base, entendió aplicable el art. 184 del Código de Comercio en cuanto atribuye al transportador la obligación de seguridad que tiene su origen o fuente en el marco regulatorio del negocio bilateral que vincula a las partes. Agregó que dicha obligación también se desprende del marco normativo tuitivo del consumidor, debiendo responder objetivamente por los daños ocasionados al consumidor y que resultase del riesgo o vicio de la cosa o prestación del servicio. Explicó que era carga del transportador demostrar la ruptura del nexo causal a través de la demostración de la causa ajena, injerencia del hecho de la víctima, de un tercero por quien no debe responder o la concurrencia de un caso fortuito. La demandada no acreditó ninguna de estas eximentes, lo que lleva a concluir que el deber de responder se ha configurado. Agregó que el vínculo asegurativo entre el demandado y la citada en garantía no fue desconocido, no obstante correspondía aplicar un descubierto obligatorio de \$40.000, sin que las partes hayan formulado planteos en los cuales se impugne la aplicabilidad de dicha franquicia. Ello sin perjuicio de la doctrina que la Corte Suprema de la Nación y en la cual este tipo de cláusulas ha sido considerada plenamente oponible a la víctima. Con relación a los daños, el magistrado hizo lugar a los siguientes rubros: a) Incapacidad sobreviniente: \$35.000; b) Gastos terapéuticos pasados y futuros, \$19.443,49; c) Daño moral: \$40.000 y d) Daño punitivo: \$28.333.-

II. Síntesis de los agravios. 1. El gestor procesal de la parte actora fundó su recurso mediante la pieza que obra glosada a fs. 440/448, los que merecieron respuesta de la contraria a fs. 463/468. Sus puntos de conformidad pueden sintetizarse de la siguiente manera: a) Entiende insuficiente el monto otorgado en concepto de incapacidad, aun cuando la suma reconocida sea la que fue peticionada en la demanda. Destaca que la reparación debe ser integral y que lo peticionado en el escrito inaugural lo fue condicionado a lo que resulte en más o en menos de la prueba a producirse, lo que despeja cualquier problema en términos de congruencia. Detalla las distintas pruebas mediante las cuales se acredita la incapacidad sufrida como consecuencia del accidente y cita diversos precedentes de este Tribunal vinculados a la cuantificación de este tipo de rubros. Entiende que corresponde aplicar parámetros objetivos y fórmulas matemáticas precisas, cuyo resultado es una suma mayor a la reconocida en la sentencia atacada. b) Afirma que el monto otorgado para la realización de terapia que permita superar el daño psíquico es insuficiente, debiendo elevarse a la suma de \$18.200, teniendo en cuenta la frecuencia semanal de una terapia anual a un valor de \$350 por sesión. c)

Critica la suma reconocida por daño moral, de conformidad con el paso del tiempo y la entidad del hecho que motivó la lesión. d) Idéntica disconformidad manifiesta con relación al daño punitivo, calculado en la sentencia en un 30% de los valores indemnizatorios fijados. Pone de relieve la grave inconducta y el desprecio a los derechos del consumidor por parte de la compañía de transporte. e) Cuestiona la omisión en la que incurrió el juez con relación a la valoración de un hecho sobreviniente referido a la inoponibilidad de la franquicia establecida por la Res. 25429/97 de la Superintendencia de Seguros de La Nación. Dice que en otro expediente en el que se tramitó un reclamo de otra persona pero con fundamento en el mismo accidente se arribó a un acuerdo por un total de \$150.000, lo que lleva a concluir -a su entender- que el descubierto ya se agotó. Entiende por ello que la citada en garantía debe asumir la totalidad de la indemnización reconocida al accionante, sin aplicación de franquicia alguna. 2. El apoderado de la demandada y de la citada en garantía expresó sus agravios a fs. 455/461. a) En primer lugar, entiende que el juez receptó indebidamente el rubro por incapacidad sobreviniente, dado que el actor reclamó una indemnización por las secuelas físicas incapacitantes que no fueron acreditadas, lo que supone una afectación al principio de congruencia. Subsidiariamente, señala que el daño psicológico carece de autonomía indemnizatoria por fuera del daño moral, lo que puede motivar -como ocurrió en la sentencia- una doble reparación. Agrega a ello que la actora no acreditó que las secuelas de orden psicológico le generaron una merma económica o una pérdida de chance. Al encontrarse ya reconocido el daño moral, resulta improcedente indemnizar una secuela psicológica del accidente que no se encuentra contemplada en el ordenamiento jurídico. b) En lo tocante al rubro de gastos terapéuticos, pasados y futuros, afirma que la actora reconoció que tiene cobertura asistencial y que tenía la carga de demostrar los excedentes que la obra social no cubrió. Expone que en la demanda la actora dijo estar sometida a tratamiento psicológico y psiquiátrico, quedando reducido el reclamo al mencionado en segundo término, habida cuenta la declaración de un profesional que refirió trabajar para la obra social de la Curry bajo la modalidad de reintegro. c) Entiende infundada la recepción del rubro de daño moral: dice que el juez efectuó valoraciones genéricas que no permiten verificar el método seguido para arribar al importe otorgado. d) Finalmente, y en lo que respecta a la compañía demandada, considera excesivo el importe otorgado en concepto de daño punitivo. Se agravia de los elementos que el juez tuvo en cuenta para reconocer el parcial, incluyendo la falta de constancias de acuerdos conciliatorios, supuestas actitudes dilatorias, o falta de prueba sobre las eximentes. Argumenta que no hubo en el caso trato indigno con la actora y que el obrar culposo de un dependiente no puede derivar en la aplicación del instituto. III. Tratamiento de los recursos. Por razones de orden lógico y claridad expositiva abordaré los agravios de ambas partes en forma conjunta, según el rubro indemnizatorio cuya procedencia o cuantificación cuestionan. Sin perjuicio del tratamiento integral que se realizará sobre las cuestiones que son objeto de recurso, debo recordar que los jueces no están obligados a analizar todos y cada uno de los argumentos de las partes, sino tan sólo los que considere suficientes y decisivos para decidir el caso (CSJN, Fallos 258:304; 262:222; 265:301; 272:225; Loutayf Ranea Roberto G. ?El recurso ordinario de apelación en el proceso civil?, t. 2 págs.310/313, Astrea, 2ª ed. act. y amp., Bs.As. 2009). III. 1. Incapacidad sobreviniente. a. En primer lugar, entiendo infundado el agravio formulado por la demandada y su citada en garantía vinculado a la violación al deber de congruencia en la recepción y cuantificación del rubro incapacidad sobreviniente. He leído con detenimiento el escrito de demanda y he llegado a la conclusión de que, contrariamente a lo afirmado por la accionada, la actora nunca circunscribió su reclamo -en este punto, al menos- a las lesiones físicas sufridas como consecuencia del accidente. Antes bien, Curry argumentó a fs. 189/vta que dicho parcial resarcitorio es comprensivo de lesiones tanto físicas como psíquicas y cómo ellas repercuten negativamente en sus aptitudes laborales y vitales en general (v. fs. 179/vta y sig.). Se sigue de ello que la recepción del rubro por parte del juez con fundamento en una incapacidad que tiene origen en lesiones psíquicas no resulta configurativo de un vicio de congruencia (art. 34. Inc. 4º y 163 inc. 6º del CPC). El agravio, por esta razón, merece ser desestimado. b. La queja de la actora, en cambio, será receptada parcialmente. Existe consenso en doctrina y jurisprudencia en el sentido que el reclamo por incapacidad apunta a la reparación de una lesión a la integridad corporal que proyecta sus secuelas sobre todas las esferas de la personalidad de la víctima -incluyendo la laboral-, constituyendo un quebranto patrimonial indirecto derivado de las limitaciones físicas y/o psíquicas que son secuelas del accidente (arts. 1068, 1069 y 1086 del C. Civil vigente a la época del pronunciamiento; art. 1746 nuevo C.Civil; CC2a. LP, Sala 1, expte. B 82.265 RSD-5-96 S 13-2-1996; esta Sala, exptes. 150.448 S. 22-5-2012 Reg. 130-S, 151.505 S. 29-11-2012 Reg. 327-S, entre otros). Por ello -como hemos puesto de resalto en anteriores oportunidades-, el daño resarcible no consiste en la lesión misma sino en sus efectos, ya que a los fines de reparar los daños a la integridad física lo que interesa es la concreta proyección de las secuelas del infortunio en la existencia dinámica del damnificado (esta Sala, Exptes. 135.718 S. 29-4-08 Reg. 138-S, 136.669 S.22-12-08 Reg. 663-S, entre otros). Por otra parte, es sabido que la integridad física es un bien cuyo desmedro da derecho a indemnización; la afectación física y psíquica a consecuencia de un accidente no se mide sólo en relación a las posibilidades para realizar determinado trabajo sino por las aptitudes genéricas del damnificado; y no se limita a la capacidad para trabajar, ya que se extiende a todas las consecuencias que afectan su personalidad y su vida de relación en cualquier aspecto. Lo que se trata de

indemnizar en estos casos no es otra cosa que el daño que se traduce en una disminución de la capacidad en sentido amplio, que comprende -además de la aptitud laboral- la relacionada con la actividad social, cultural, deportiva, etc. (CC2a.LP, sala 1, expte 102.338 RSD 126-6 S. 31-5-2006; CC1a.LP, sala 3, expte. 219.480 RSD 301-94 S. 17-11-1994, entre otros). Es importante destacar que de la pericia presentada por la Lic. Graciela Beatriz Plá a fs. 376/8 no surge acreditada una incapacidad parcial de tipo permanente, sino -antes bien- una lesión en la psiquis de la víctima que la propia experta califica de transitoria. La lectura de las respuestas a los puntos de pericia N°5 (fs. 377/vta) y 10 (fs. 378/vta) se desprende con meridiana claridad que el «trastorno por estrés post traumático» que aqueja a la accionante como consecuencia del accidente puede ser resuelto por vía terapéutica e incluso sin depender de medicación (v. fs. cit.). La experta explicó que Curry presenta buenos recursos yoicos y mecanismos defensivos ¿que le permitirán salir de este cuadro, mediando un tratamiento adecuado? (fs. 377/vta, punto 5). El carácter transitorio de la incapacidad determina la imposibilidad de acudir a fórmulas de cuantificación de daños que, por definición, han sido diseñadas para supuestos de incapacidad permanente, sea total o parcial (v. art. 1746 primer párrafo del CCyC; de esta Sala, autos ?RUIZ DIAZ, José Aurelio c. KREYMEYER, Iván y otra s/ Daños y perjuicios?, Expte. 161.169, RSD-196, del 18/08/2016) Así todo, surge del material probatorio aportado (pericia psicológica de fs. 376/9, testimonio de la Sra. Liberatore -fs. 310-) que a consecuencia del accidente la Sra. Curry sufrió un Trastorno por estrés postraumático, manifestando estados de angustia, irritabilidad, episodios depresivos y fobias a situaciones que se asemejan al accidente sufrido y que le ha ocasionado inestabilidad y registros hipocondríacos. Todo ello repercutió -y aun repercute- desfavorablemente en su vida cotidiana (limitaciones, depresión, etc.) y tiene la necesidad de realizar una psicoterapia localizada con duración prolongada, lo que se traduce en una incapacidad del 10 al 25% (v. informe de la Lic. Plá, puntos de pericia N°1, 2, 8, 10 y 12) Teniendo en cuenta tales circunstancias, las restantes enunciadas por el Sr. Juez a quo a fs. 419/vta de la sentencia, y reparando además en el impacto que las lesiones han de tener en la actividad laboral y social de la reclamante (algunas de ellas detalladas con precisión por la testigo Liberatore a fs. 310, respuestas cuarta, quinta, sexta y séptima) y el valor actual del Salario Mínimo Vital y Móvil (Res. N° 02/16 del C.N.E.P.Y.S.M.V.Y.M.), entiendo que el importe fijado en la sentencia es insuficiente para reparar íntegramente el daño sufrido. Por tal razón, sin dejar de reparar en el hecho de que la actora consignó el monto reclamado en su demanda supeditándolo al resultado de la prueba a producirse (v. fs. 180/vta, ap. «IX.3»), estimo que debe elevarse la suma indemnizatoria a la de \$60.000.- (art. 1068 y cctes. del Código Civil -Ley 340-, 7 del Código Civil y Comercial, 34 inc. 4°, 163 inc. 6°, 375, 384 y cctes. Del CPC). III. 2. Gastos terapéuticos futuros y pasados. a. Las críticas esbozadas por la demandada y la citada en garantía con relación a este rubro no son fundadas. Varias de las premisas que formula la apelante para dar sustento a su queja son equivocadas o se apartan de las constancias obrantes en la causa. Así por ejemplo, si bien es cierto que la perito estimó el costo de tratamiento anual en \$7600 pesos (como destaca la apelante a fs. 458), no es menos cierto que aclaró que tal es la suma que se obtiene utilizando los mínimos éticos fijados por el Colegio de Psicólogos, y que el honorario promedio de un profesional libre es de \$350 por sesión. Es este último valor el que ha tenido en cuenta el juez para cuantificar un año (y no dos, como erróneamente se argumenta) de tratamiento psicológico. Tal decisión es correcta, dado que «el damnificado tiene el derecho de hacerse atender por los facultativos de su confianza, decisión que no puede ser objetada por el responsable del daño, quien no está autorizado a imponer -tratándose de nada menos que la salud- la vía menos onerosa» (conf. CNCiv. y Com. Federal, Sala III, causas 10.451/00 del 17-6-03; 9848/00 del 20-09-07; Sala I, causas 11208/94 del 9-2-99, 3257/98 del 27-03-01; Sala II, causa 3815/91 del 6-09-00, citadas en causa 807/05 ?C. S. c/ Alas Argentinas SRL s/ daños y perjuicios? S. 10-8-2010, elDial.com- AA649E). Por otra parte, tampoco es correcto afirmar que el reclamo de la accionante se reduce a las consultas de un psiquiatra, como sostiene la parte a fs. 458/vta; en rigor, ni el escrito de demanda (v. fs. 184) ni el abordaje efectuado por el a quo en su sentencia (v. fs. 421) justifican esa interpretación. El reclamo fue expresamente realizado con relación a dos terapias distintas: una psiquiátrica, y otra psicológica (véase, en particular, fs. 184). En lo que respecta a la cobertura de una obra social, el Dr. Guascone reconoció a fs. 312 ser el psiquiatra de la Sra. Curry pero aclaró que no atiende por obras sociales (fs. cit., respuesta cuarta), mientras que el Lic. Marcaccio si bien reconoció trabajar por obra social, agregó que el pago acreditado por la actora no fue objeto de reintegro (v. fs. 314/vta, respuesta quinta). De ello se desprende que aun cuando la reclamante tenga obra social, no hay elementos en la causa que permitan considerar que los montos reclamados para terapias ya realizadas y futuras han sido o serán objeto de cobertura de tipo integral (art. 375 y 384 del CPC). En cambio, el magistrado ha considerado -y presumido, en ausencia de elementos de convicción- que la cobertura de la obra social ha de ser solo parcial, decisión que resulta acertada y no ha sido debidamente criticada por la accionada (v. fs. 421/vta, primer párrafo) Por ello, el agravio en tratamiento debe ser desestimado. b. La actora direcciona su crítica únicamente al monto otorgado para el tratamiento psicológico futuro, cuantificado por el juez en \$15.000.- (v. fs. 422). Reclama, en cambio, un total de \$18.200.- El agravio no es fundado. Del dictamen realizado por la Licenciada Plá a fs. 376/9 surge acreditada la necesidad de realizar un tratamiento anual de frecuencia semanal que tiene un costo de \$350 por sesión (fs. 378/vta, punto de pericia N°10), lo que evidentemente ha llevado a la accionante a calcular el

monto total de \$18.200.-, que es el producto de multiplicar el costo de la sesión por la cantidad de semanas que tiene un año calendario. Sin embargo, el juez reparó en que la actora reconoció tener una cobertura asistencial particular que al menos parcialmente habrá de cubrir algunos de los gastos de las terapias reclamadas. No encontrándose debidamente controvertida esta premisa, la decisión del magistrado de cuantificar en \$15.000 el costo del tratamiento psicológico luce razonable y debe ser confirmada (art. 375, 384 y cctes. del CPC).

III. 3. Daño moral. El Sr. Juez a quo otorgó \$40.000 en concepto de daño extrapatrimonial, suma que el actor entiende insuficiente (fs. 444/vta, p. V.1.3) mientras que la demandada -y su aseguradora- impugnan por ser elevada (fs. 458/vta ap. ?c?). En este punto también asiste razón a la accionante. El daño moral ha sido definido como una minoración en la subjetividad de la persona de existencia visible, derivada de la lesión a un interés no patrimonial. El daño moral conlleva una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel en el que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial (Pizarro, Daniel, Vallespinos, Carlos. Instituciones de derecho privado. Obligaciones. Ed. Hammurabi, t. II, p. 641). Es materia recibida que el daño moral tiene por objeto indemnizar el quebranto que supone la privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor precioso 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 (cfr. S.C.B.A., Ac. 2078 del 20-5-97 y sus citas; Ac. 35579; Ac. 46353 y Ac. 52258). Como ya señaláramos en numerosos precedentes de esta Sala (expte. N° 120.648 S. 13-9-07 Reg. 903, con voto del Dr. Loustaunau; Exptes. 134.728 S. 14-10-07 Reg. 951-S, 135.718 S. 29-4-08 Reg. 138-S, 134.149 S. 3-7-08 Reg. 350-S con voto del suscripto, entre otros) si bien se ha dicho reiteradamente que la fijación del monto de la reparación siempre queda, en última instancia, librada al prudente arbitrio judicial, no es menos cierto que en la actualidad tiene mayor aplicación la tendencia que obliga a indicar, en la sentencia, las pautas objetivas que permitieron arribar a la suma de condena (Zavala de González, Matilde "Resarcimiento de Daños", t° 5a, "Cuanto por daño moral", página 80 y siguientes; Editorial Hammurabi, Bs. As. 2005). En el mismo sentido, Carlos Viramonte y Ramón Daniel Pizarro ("Cuantificación de la indemnización por daño moral en la jurisprudencia actual de la sala civil y comercial del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba: el caso L. Q." en La Ley Córdoba 2007, Junio página 465) recuerdan que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha insistido desde hace mucho tiempo en la necesidad de que los jueces fundamenten sus decisivos y brinden argumentos suficientes a tenor de los cuales determinan el monto indemnizatorio. Ha dicho en tal sentido que "para la determinación del resarcimiento, las normas aplicables confieren a la prudencia de los magistrados un significativo cometido, no los autoriza a prescindir de uno de los requisitos de validez de los actos judiciales, cual es la fundamentación" (CSJN, 4/10/94, JA, 1995-II-19). Desde esta óptica, encontrándose demostrado el accidente que sufriera la Sra. Curry cuando circulaba en el colectivo propiedad de la accionada así como también el impacto disvalioso que ese suceso tuvo en su esfera espiritual, no guardo dudas que el rubro en estudio ha sido correctamente reconocido en la sentencia impugnada (cfr. art. 1078 y ccdd. del C. Civil vigente a la fecha del fallo; SCBA, Ac. L 43.813 S. 6-3-1990, AyS 1990-I-33; Ac. 57.435 S. 8-7-1997, AyS 1997-III-484; Ac. C 95.646 S. 7-5-2008, entre muchos otros). Ahora bien, en lo que hace a su cuantificación, teniendo en consideración la edad y demás circunstancias personales de la actora a la fecha del siniestro, las lesiones psíquicas que han sido descriptas con precisión por la Lic. Plá en su informe de fs. 376/9 -algunas de ellas, además, corroboradas por la testigo Liberatore; v. fs. 310- incluyendo los malestares y afecciones psicológicas allí detallados (véase, en particular, fs. 377/vta punto 4 y fs. 378 punto 7), y reparando además los cambios que en su vida cotidiana se generaron como consecuencia del accidente (v. el citado testimonio de fs. 310), entiendo prudente y razonable -a la luz de la prueba reseñada, a cuyos resultados la actora supeditó su pretensión- elevar el resarcimiento en la suma de \$90.000.- (arts. 34 inc. 4°, 165 último párr. y ccdds. CPCC, 1068, 1078 y cctes. del Cód.Civ. -Ley 340-).

III. 4. Daño punitivo a. Se ha definido al daño punitivo como las ?sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro? (Pizarro, Ramón D., ?Derecho de Daños?, 2° parte, La Roca Buenos Aires, 1993, pág. 291 y ss.). El artículo 52 bis de la Ley 24.240 -incorporado por ley 26.361- establece que «al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan». En mi voto en la causa ?Machinandarena Hernández, Nicolás c/ Telefónica de Argentina s/ Reclamo contra actos de particulares? (Expte. 143.790, res. del 27/05/2009) expuse que para que la actuación del proveedor merezca la citada sanción, la norma sólo exige el incumplimiento por parte de éste de sus obligaciones legales o contractuales para con el consumidor. Nada más. En consecuencia, el daño punitivo resultaría aplicable a todos los casos en los que se de cualquiera de los citados extremos, es decir, a todo vínculo jurídico dentro de la relación de consumo. Entonces, allí donde haya un reclamo por un derecho violado, dentro de esta relación, existirá a la par la potestad de exigir

daños punitivos (Confr. Álvarez Larrondo, "¿Contrato de paseo en un shopping, deber de seguridad, daños punitivos y reforma de la ley 26.361?", LL 2008-D, 58). Empero, también expuse que el amplio alcance que le fue asignado al instituto en el art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor contrasta con las posturas dominantes en el derecho comparado, en cuanto afirman que las indemnizaciones o 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 (Stiglitz, Rubén S. y Pizarro, Ramón D., "Reformas a la ley de defensa del consumidor?", LL 2009-B, 949). 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 (v. CNCom. Sala A, "Emacny S.A. s/ ordinario" S. 9/11/2010, elDial.com AA6880; idem Sala F, "R.S.A. c/ Compañía Financiera Argentina S.A." S. 10-5-2012, elDial.com AA769F y "Murana c/ Peugeot Citroen Argentina S.A." S. 5-6-2012, elDial.com AA792B; idem Sala D, "E.N. c/ Galeno S.A." 28-6-2012 elDial.com AA7AC3; idem Sala C, "P.G.M. c/ Nación Seguros de Vida S.A." S. 11-7-2013, elDial.com AA8856; CNCiv. Sala H, "San Miguel c/ Telecentro S.A." S. 10-12-2012, elDial.com AA7CC9; CNCiv. y Com. Fed. Sala I, "L.M. c/ Edesur S.A." S. 15-7-2014, elDial.com AA8A08; TSJ Córdoba, "Teijeiro c/ Cervecería y Maltería Quilmes S.A." S. 15-4-2014, elDial.com AA8934; Cám. Sexta Civ. y Com. Córdoba, "R.S. c/ Amx Argentina S.A." S. 26-3-2015, elDial.com AA8EA7; Cám. Civ. y Com. Rosario, "Rodríguez c/ AFA" S. 9-4-2013, elDial.com AA80D2; Cám. Civ. y Com. Azul, "Rossi c/ Whirlpool Arg. S.A." S. 11-6-2013, elDial.com AA805D, entre otros). Esta idea se acompasa con la función económica que también le ha asignado al instituto, funcionando como un elemento disuasivo para que el proveedor de un producto o servicio no continúe, mantenga o repita conductas similares a las que motivaron la multa, destruyendo la denominada "ecuación perversa" conforme la cual al empresario le resulta menos costoso dañar y reparar en el caso individual antes que prevenir y evitar en la generalidad de los casos (confr. Irigoyen Testa, Matías, "¿Cuándo el juez puede y cuándo debe condenar por daños punitivos?", RCyS 2009-X, 16; Cám.Ap.Civ.Com. de Rosario, Sala IV, "Vázquez Ferreyra, Roberto c. Claro AMX Argentina y otro s/ daños y perjuicios", del 07/08/2012).

b. En el caso en estudio, el Sr. Juez a quo ha detallado una serie de conductas -tanto activas como omisivas- que lo han llevado a advertir «una actitud dilatoria y especulativa» por parte de la empresa de transportes accionada (fs. 424 primer párrafo), dentro de las que ha incluido a la falta de ofrecimientos reparatorios, su ausencia en la etapa de mediación, la falta de prueba de la eximente invocada y la dimensión del daño efectivamente provocado en la víctima. La demandada no ha logrado desvirtuar los sólidos argumentos en los que se sostiene la decisión de aplicar la multa prevista en el art. 52 bis de la Ley 24.240, lo que define la suerte adversa que correrá el agravio. Efectivamente, al contestar la demanda, y por fuera de una negativa detallada de los presupuestos de hecho invocados por el actor en su escrito postulatorio, la empresa de transportes pretendió eximirse de responsabilidad invocando un caso fortuito que fue lacónicamente descripto a fs. 218 y sobre el cual no medió ningún ofrecimiento probatorio de utilidad. La única prueba ofrecida por la demandada fue la testimonial de fs. 256/vta (apartado b), cuya citación nunca fue activada y derivó en una caducidad declarada a fs. 352 (llegado el caso, esa prueba hubiera sido notoriamente insuficiente para demostrar la eximente invocada; arg. art. 514 del Cód.Civ. y 375 del CPC). También es cierto, como se afirma en el decisorio atacado, que la actora tuvo éxito en demostrar la gran mayoría de las lesiones que alegó haber sufrido y que daban fundamento al monto reclamado. A excepción de aquellas que versaban sobre aspectos físicos (y que debían acreditarse mediante la prueba pericial médica finalmente desistida a fs. 402), Curry demostró con suficiencia la existencia de secuelas incapacitantes como consecuencia del accidente, la realización de terapias para paliar las lesiones psíquicas, la necesidad de continuar en tratamientos futuros, la realización de gastos de diversa índole (acompañando a tal fin una frondosa documental demostrativa de erogaciones varias que guardaban una lógica correlación con el siniestro), y tuvo éxito también en demostrar el daño moral sufrido como consecuencia del evento. También es cierto que la demandada no se presentó a la instancia de mediación (v. fs. 9, 194 y 195) ni existen constancias de ofrecimientos resarcitorios: ni en los albores del pleito, ni aun en épocas en las que el resultado de la prueba producida ya permitía razonablemente anticipar una recepción favorable de la pretensión indemnizatoria (por caso, a julio de 2015, con el dictamen de la Lic. Plá que daba cuenta, detalladamente, de las lesiones y secuelas sufridas por Curry). En este contexto, es plenamente compatible la conclusión del a quo en cuanto a que se infiere una actitud especulativa de la demandada de no indemnizar a su cliente por un hecho cuya materialidad no ha discutido, que ha provocado daños que han sido suficientemente acreditados y respecto de los cuales ha alegado no ser responsable so pretexto de una eximente de responsabilidad que siquiera intentó acreditar. En reiteradas ocasiones la

Casación bonaerense, citando a Morello, ha dicho que «los jueces no pueden ser fugitivos de una realidad que se presenta objetivamente ante sus sentidos» (SCBA, causa 92.313 del 10/10/2007, c. 92112 del 20/08/08, c. 111.698 del 08/08/2012; Morello, Augusto M., "La Corte Suprema, piloto de tormentas", publicado en La Ley, Sup. Esp. La emergencia y el caso Massa 2007 (febrero), 91). Pues bien, los magistrados no somos ajenos al hecho de que los tiempos que normalmente insume todo pleito judicial, sumado a la tasa de interés moratoria fijada por nuestra Casación provincial (de por sí insuficiente para cubrir la depreciación de la moneda), la imposibilidad legal de indexar o repotenciar deudas dinerarias (art. 7 y 10 de la Ley 23928 y 4 de la 25.561) y la inflación acuciante que aqueja a nuestra economía desde hace más de una década (que supone, en los hechos, la pérdida del valor adquisitivo de la moneda), conforman un estado de cosas en el que el deudor malicioso optará siempre por dilatar el pago de lo debido -yendo a juicio, si fuese necesario- antes que cumplir en forma oportuna (art. 1071 del Cód.Civ.). Han transcurrido más de cuatro años y medio desde la fecha del accidente. Desde aquél entonces a la actualidad el Salario Mínimo Vital y Móvil -la mínima retribución que merece un trabajador para asegurarle una subsistencia digna- aumentó de 2670 a 8060 pesos, lo que significa un incremento de más del 300% (Resoluciones 02/12 y 02/16 del CNEPSMVM). El valor del dólar se ubicaba en aquella época en \$4,70 para la venta (fuente: www.bna.com.ar; fecha de consulta: 17/04/2017), cotizando hoy a \$15.40 (fuente: www.bna.com.ar, última fecha de consulta: 17/04/17), lo que significa que desde aquel entonces a la fecha la moneda nacional se ha depreciado con relación a la divisa extranjera en más del 300%. En lo que respecta a las estadísticas oficiales, la compulsa de los archivos históricos del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos permite corroborar que la Canasta Básica Total (comprensiva de la canasta básica alimentaria más los bienes y servicios no alimentarios) de un adulto a octubre de 2012 ascendía a \$513,79 y una familia tipo de (cuatro miembros) necesitaba \$1587 para no superar la línea de la pobreza (CBT por adulto y CBT para hogar tipo 2, noviembre de 2012, fuente: INDEC: http://www.indec.gov.ar/uploads/informesdeprensa/canasta_11_12.pdf, última fecha de consulta: 17/04/2017); a febrero de 2017 la CBT de un adulto era de \$4.425,08 y una familia tipo necesita \$13673,50.- para no perforar la línea de la pobreza (datos: datos: CBT por adulto y CBT hogar tipo 2, respectivamente, a febrero de 2017; fuente: INDEC; link http://www.indec.gov.ar/uploads/informesdeprensa/canasta_03_17.pdf, última fecha de consulta: 17/04/2017). Esto se traduce en un aumento en los valores referenciados de más del 860%.-desde la fecha que motiva este pleito a la actualidad. Este Tribunal ha resuelto en varias oportunidades que la aplicación del daño punitivo puede -y debe- funcionar como una medida tendiente a dismantelar el provecho obtenido por la demandada con la demora injustificada en el cumplimiento de su obligación, al judicializar la cuestión de manera abusiva, lucrando con el pago tardío de una indemnización licuada por la pérdida del poder adquisitivo de la moneda (v. esta Sala, exptes. 158.197 S. 11-12-2014 Reg. 323-S y 158.009 S. 21-4-2015 Reg. 78-S, ambos con voto del Dr. Loustaunau). Esta «financiación por vía judicial» (como sagazmente la denominó mi colega de sala en los precedentes citados en el párrafo anterior) no es otra cosa que un abuso del proceso: detrás de un ejercicio aparentemente legítimo del derecho de defensa en juicio por parte de la proveedora de bienes y servicios se esconde una voluntad perversa dirigida a sacar un provecho económico derivado de los tiempos y la demora que conlleva el pleito judicial, lo que expone un apartamiento de los fines que el ordenamiento jurídico asigna a los institutos procesales y los límites que imponen la buena fe, la moral y las buenas costumbres, generando un perjuicio a la contraria y al avance regular del proceso (art. 1071 del Cód.Civ., actual art. 10 del Cód.Civ.Com.; Peyrano, Jorge W., ¿El abuso procesal?, La Ley 08/03/2007,1; en igual sentido, véase Berizonce Roberto O., ¿Abuso del proceso como insustancialidad de las proposiciones y técnicas de abreviación de los trámites?, Rev.Der.Proc., Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2011-1, pp. 181 y ss.). Esta conducta merece un doble reproche cuando es realizada por un proveedor en el contexto de una relación de consumo: por un lado, supone una violación al deber de trato digno que para con su cliente, y que no cesa-más aún: se agrava- cuando un diferendo es llevado a pleito (art. 8 bis y 53 de la LDC); por el otro, conlleva una violación al principio de moralidad que subyace al proceso civil y comercial, conforme el cual los sujetos -en el caso, la demandada- está obligada a conducirse con probidad, lealtad y buena fe (art. 34 inc. 5° ap. 2° del CPC) Este Tribunal tiene dicho que «[n]o es que las partes deban abstenerse efectuar planteos -incluso astutos- en pos de la defensa de sus derechos. La tutela constitucional prevista en el art. 18 de la Carta Magna exige una efectiva satisfacción. Pero no por ello debe tolerarse una conducta irregular, contraria a la buena fe, maliciosa y - por ende- ilegítima. Es que si bien un juicio contradictorio conlleva necesariamente una contienda que la ley expresamente se encarga de asegurar, de ello no debe inferirse que la garantía del debido proceso ampare el uso abusivo de las facultades procesales que, claramente, se puede ver torcido al ser empleadas éstas con un destino distinto al previsto por la ley (autos "Martinez, Betiana C. Robles, Marco Y Otro S. Incidente De Ejecución De Honorarios", Expte. 153.562, del 12/07/2013, voto del Dr. Loustaunau, el resaltado me pertenece). Adviértase que la conducta que aquí es objeto de reproche y que motiva la aplicación de la multa no se identifica con el incumplimiento o el ilícito de la proveedora en el ámbito de la ejecución del contrato (en el caso, la defectuosa prestación de un servicio de transporte en cuyo contexto se ha generado un daño), sino en un estadio ulterior: en el trato indigno que ésta última imparte al consumidor al someterlo a casi cinco años de juicio con el solapado -aunque a la vez indisimulable- propósito de abonar

una indemnización licuada por la inflación (art. 8 bis de la Ley 24.240, 1071 del Cód.Civ. y 7 del CCyC). Por ello, reitero, si se repara en la naturaleza del hecho que motiva este pleito, la incontrovertida relación de consumo que medió entre las partes, el sólido respaldo documental del reclamo del accionante y el éxito que ha tenido en la demostración de los perjuicios sufridos (aspectos que, todos ellos, pudieron ser razonablemente verificados en etapas extrajudiciales, mediación incluida), y se lo contrasta con la debilidad estructural de la defensa esbozada por la empresa de transporte (alegando no ser responsable con base en una invocación genérica y lacónica de un caso fortuito; ausencia de ofrecimiento probatorio útil; pasividad absoluta en la producción de la evidencia ofrecida) no cabe sino concluir que el trámite de este pleito -y los tiempos que ha insumido- ha sido un fin en sí mismo con el que ha especulado y se ha querido ver beneficiada la demandada, a costa del consumidor damnificado (art. 1071 del Cód.Civ.). Por lo expuesto, siendo acertada la decisión del juez de primera instancia, entiendo que corresponde desestimar los agravios de la demandada y confirmar la imposición de la multa (art. 1071 del Cód.Civ. -Ley 340-, 7 del Cód.Civ.Com, 8 bis y 52 bis de la Ley 24.240).

c. En lo que respecta al monto, sopesando las variables económicas detalladas en párrafos precedentes (depreciación del peso con relación al dólar, evolución creciente del SMVM, incremento de la CBT desde la fecha del hecho) aunque sin dejar de considerar la tasa de interés acumulada -no controvertida en esta instancia- y la expresión en valores actuales de algunos de los rubros que fueron objeto de debate (v.gr. incapacidad sobreviniente), entiendo prudente elevar la multa aplicada al 60% del total de los valores indemnizatorios que han sido reconocidos a favor de la accionante. Teniendo en cuenta que la sumatoria de los rubros arroja un total de \$169.443.49.- (\$60.000 de incapacidad sobreviniente + \$19.443,49 de gastos terapéuticos + \$90.000 de daño moral), la multa debe ascender a \$101.666.09 (art. 1071 del Cód.Civ., 8 bis y 52 bis de la Ley 24.240).

III. 5. Oponibilidad del descubierto.

a. El juez consideró oponible la franquicia contemplada en la póliza de seguro que vincula a la demandada con su citada en garantía, habida cuenta la doctrina fijada por la Corte Federal y los precedentes de la Suprema Corte bonaerense (v. fs. 412/vta y 413). El actor critica esta decisión por entender que el descubierto de \$40.000 se computa por cada acontecimiento y no por cada reclamo individual; alegó que en una transacción de un pleito motivado por el mismo siniestro la demandada cubrió y consumió esa franquicia, debiendo la aseguradora responder por el total de condena.

b. Tiene razón la actora. La compañía aseguradora reconoció a fs. 463/8 que en el Juzgado Civil y Comercial N°8 tramitó un proceso motivado por el mismo siniestro y que terminó por transacción. Allí «la empresa asegurada aportó la franquicia a su cargo que (...) se computa por cada acontecimiento y no por reclamo» (sic. fs. 467/vta). En otras palabras, la compañía aseguradora reconoce la interpretación que la accionante propone con relación al funcionamiento del descubierto (una suma por siniestro, y no por reclamo individual) y admite como cierta la base fáctica en la que se sostiene su agravio (que, efectivamente, la demandada ya cubrió un monto de \$40.000 en una transacción anterior). En rigor, el debate no pasa por discutir la oponibilidad de la franquicia (es decir, la eficacia sustancial de una cláusula contractual frente a la víctima transportada) sino por definir si en el caso particular de autos se han verificado los presupuestos de hecho que justifican la no aplicación del referido descubierto en favor de la aseguradora y en detrimento de la actora. Si la citada en garantía ha reconocido que su cliente ya ha agotado la franquicia al contribuir con \$40.000 en una transacción habida en otro proceso aunque motivado por el mismo acontecimiento, asiste razón a la Sra. Curry en cuanto a que corresponde que la responsabilidad concurrente de la aseguradora sea comprensiva de la totalidad del monto indemnizatorio. Ello, claro está, con exclusión del daño punitivo que ha sido impuesto exclusivamente a la firma ?Transportes Automotores Plusmar S.A.? en el punto 2 de la parte dispositiva del decisorio atacado (art. 118 de la Ley 17.418). Por ello, corresponde revocar la decisión de primera instancia, dejando constancia que la aseguradora responderá por el total indemnizatorio (con exclusión del daño punitivo), no siendo aplicable -por haberse ya agotado en un reclamo distinto al de autos- el descubierto de \$40.000 invocado a fs. 215 primer párrafo y contemplado en la cláusula 4 de las condiciones generales de la póliza de seguro (v. fs. 204).

ASI LO VOTO. El señor Juez Dr. Roberto J. Loustaunau votó en igual sentido y por los mismos fundamentos. A la segunda cuestión planteada el Sr. Juez Dr. Monterisi dijo: Corresponde: I) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la demandada y su citada en garantía a fs. 432, II) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la actora a fs. 430, modificando la sentencia en lo que respecta al rubro incapacidad sobreviniente (elevándose la suma indemnizatoria a \$60.000.-), al rubro daño moral (elevando el monto a \$90.000), al daño punitivo (que se fija en el 60% del total indemnizatorio, equivalente a \$101.666.09.-) y a la responsabilidad de la citada en garantía (debiendo responder por el total de la condena, excluyendo el daño punitivo); III) Imponer las costas de esta Alzada a la demandada y su citada en garantía (art. 68 del CPC); IV) Diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad (art. 31 del Dec-Ley 8904).

ASÍ LO VOTO. El señor Juez Dr. Roberto J. Loustaunau votó en igual sentido y por los mismos fundamentos. En consecuencia se dicta la siguiente SENTENCIA Por los fundamentos expuestos en el precedente acuerdo, se resuelve: I) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la demandada y su citada en garantía a fs. 432, II) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la actora a fs. 430, modificando la sentencia en lo que respecta al rubro incapacidad sobreviniente (elevándose la suma indemnizatoria a \$60.000.-), al rubro daño moral (elevando el monto a

