

Danos Y Perjuicios Contrato De Asistencia Al Viajero Incumplimiento Dano Moral Y Punitivo

JURISPRUDENCIA

Daños y perjuicios. Contrato de asistencia al viajero.

Incumplimiento. Daño moral y punitivo Se confirma el fallo en cuanto acogió el daño moral reclamado ante el incumplimiento de la demandada del contrato de asistencia al viajero celebrado con los actores, adicionando también el daño punitivo.

En Buenos Aires, a diez días del mes de abril de dos mil dieciocho, reunidos los Señores Jueces de Cámara en la Sala de Acuerdos, fueron traídos para conocer los autos ?FERRO HUGO HECTOR Y OTROS c/ ASSISTCARD ARGENTINA S.A DE SERVICIOS? (expediente n° 34489/2014/CA1), en los que, al practicarse la desinsaculación que ordena el artículo 268 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, resultó que la votación debía tener lugar en el siguiente orden: Doctores Eduardo R. Machin (7) y Julia Villanueva (9). Firman los doctores Eduardo R. Machin y Julia Villanueva por encontrarse vacante la vocalía 8 (conf. art. 109 RJN). Estudiados los autos la Cámara plantea la siguiente cuestión a resolver. ¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada de fs. 377/411? El Sr. Juez de Cámara Eduardo R. Machin dice: I. La sentencia apelada Mediante el pronunciamiento obrante a fs. 377/411, el Sr. juez de primera instancia hizo lugar parcialmente a la demanda promovida por Hugo Héctor Ferro, Mónica Cristina Broda, Pablo Ezequiel Ferro, Román Ignacio Ferro y Guido Eugenio Ferro contra Assist-Card Argentina S.A. de Servicios, a fin de que esta última abone los actores la suma que éstos reclamaron en concepto de reembolso de gastos e indemnización por los daños y perjuicios producidos a raíz del accidente automovilístico sufrido por ellos en la República de Chile. El magistrado de grado consideró que ?Assist Card? había incumplido con las obligaciones a las que se había sometido en virtud del contrato de asistencia al viajero celebrado entre ambos contendientes. Para así decidir, ponderó los audios de las conversaciones que las partes habían mantenido, los cuales dejaron entrever no sólo la dificultad que habían tenido los actores para contactar a la accionada, sino también la falta de respuesta precisa de esta última ante sus requerimientos concretos, lo que generó en ellos un gran desgaste que, según consideró, merece ser indemnizado. Hizo lugar al reembolso de lo abonado en concepto de pasajes aéreos, de lo desembolsado en traslados, gastos de alojamiento, llamadas internacionales, entre otras erogaciones afrontadas los actores. También hizo lugar al daño moral reclamado para lo cual fijo los intereses desde la interposición de la demanda, y rechazó en cambio, el daño punitivo solicitado por los accionantes. Distribuyó las costas del proceso en un 60% a cargo de la demandada y en un 40% a cargo de los actores. II. Los recursos 1. La sentencia de grado fue apelada por ambas partes. El demandado lo hizo a fs. 417 quien fundó sus agravios a fs. 434/436 los que fueron respondidos a fs. 438/439 vta. El actor hizo lo propio a fs. 419, expresó sus agravios a fs. 429/ 432, los que fueron respondidos a fs. 444/418. 2. La demandada se agravia por considerar improcedente el daño moral admitido por el sentenciante de grado. Para fundar su queja, se basa, fundamentalmente en el carácter contractual de la relación habida entre las partes y manifiesta que la decisión adoptada por el anterior sentenciante se contradice con jurisprudencia del fuero, en tanto la procedencia del daño moral en los incumplimientos contractuales, debe ser admitida solo en forma excepcional, no pudiendo dar lugar a esto meras molestias, dificultades o perturbaciones. Agrega, con respecto al rubro mencionado, que el a quo omitió ponderar circunstancias que él mismo tuvo por acreditadas, principalmente la cobertura de los gastos de hospitalización del Sr. Hugo Ferro, prestación que según considera es esencial del contrato. Subsidiariamente solicita la reducción del monto fijada por el magistrado de primera instancia por considerarlo excesivo atendiendo las circunstancias de la causa. 3. De su lado, la actora se queja de la fecha fijada por el anterior sentenciante para el rubro bajo análisis, debido a que éste estableció la misma desde la de promoción de la demanda. Expresa que si la intención fue fijar el momento desde que se puso en mora a la demandada, debió tomar la fecha en la que la actora envió la carta documento intimando al pago. Se agravia asimismo del rechazo de la multa civil prevista en el artículo 52 bis de la LDC, y manifiesta que es inadmisibles que las faltas acreditadas en la causa sean consecuencia de una logística defectuosa, toda vez que el siniestro ocurrido fue un accidente automovilístico en la República de Chile, y no en ?Alaska o en la selva amazónica?. Señala que a todas luces, la conducta de ?Assist Card? se debió a un obrar doloso que quedó acreditado a través de las comunicaciones telefónicas aportadas, en las que se vislumbra la indiferencia y la desidia de la demandada para con la familia Ferro. Se queja de la distribución de las costas que impuso el anterior sentenciante, en tanto atribuyó la carga de las mismas en un 60% a la demandada y en el 40% restante a los actores. Alega que tal circunstancia es insólita no sólo por el resultado del pleito, el cual hizo lugar a casi todos los rubros solicitados por la parte actora, sino porque quedó demostrado que la familia Ferro tuvo que agotar todas las instancias disponibles para lograr el reconocimiento obtenido a través del presente proceso. III. La solución. 1. Como surge de la reseña que antecede, se reclamaron en autos los daños y perjuicios derivados del incumplimiento del contrato de asistencia al viajero celebrado

entre los integrantes de la familia Ferro y Assist Card S.A. de Servicios. Varios de los aspectos fácticos y jurídicos vertidos en esta causa se encuentran firmes. Las partes están contestes, en que las unía un contrato de asistencia al viajero. Contestes se encuentran también en cuanto al siniestro sufrido por la familia Ferro, del cual resultó la hospitalización del Sr. Hugo Ferro por un severo traumatismo de cráneo con heridas cortantes tanto en rostro como en el cuero cabelludo. Ha quedado firme, por no haber sido cuestionado, que la accionada efectivamente incumplió el contrato celebrado con los actores, de lo que derivó la responsabilidad que el sentenciante de grado le atribuyó. Así las cosas, la cuestión ha quedado reducida a examinar la procedencia, quantum y fecha de mora -en su caso- del daño moral, al análisis del daño punitivo solicitado por los actores y rechazado por el a quo, y al modo en el que éste impuso las costas. 2. Antes de adentrarme en la cuestión de fondo, considero relevante destacar que la relación que unía a las partes, era, sin lugar a dudas, una relación de consumo en los términos de los artículos 1° y 2° de la ley 24.240. Tal lo anticipado, una vez enmarcada la relación bajo la órbita consumeril, teniendo por cierto que por parte de la accionada medió un incumplimiento que generó su responsabilidad, y estando esto último firme por no haber sido cuestionado, corresponde adentrarme en el análisis de los agravios vertidos en torno al daño moral y al daño punitivo. 3.a. En lo que respecta al primero de ellos, tiene dicho esta Sala que el agravio moral importa una lesión a las afecciones legítimas, entre otras, la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, el honor, la integridad física, los afectos familiares, hallándose vinculado con el concepto de desmedro extrapatrimonial o lesión en los sentimientos personales (esta Sala, "Gonzalez Arrascaeta, María c/ ScotiaBank Quilmes S.A.", 19.3.10; id., "Noel, Alejandro c/ Banco Hipotecario S.A.", 4.6.10; id., "Navarro de Caparrós, Aída c/ Suizo Argentina Cía. de Seguros S.A.", 20.12.10; entre muchos otros). Ha sostenido también que, para que este rubro resulte procedente, no se requiere la producción de prueba directa, sino que puede tenérselo por comprobado ante la razonable presunción de que el hecho que motiva el juicio generó un padecimiento espiritual susceptible de justificar la indemnización reclamada (cfr. Llambías, Jorge J., "Tratado de Derecho Civil", t. I, p. 331; CNCom, Sala A, "Gonzalez, Sandra c/ Transportes Metropolitanos Gral. Roca s/ ordinario?", del 19.05.08; id., en "Piceda, Gustavo Alberto c/ Transportes Metropolitanos Gral. San Martín S.A. s/ ordinario?", del 10.07.07, entre otros). Ese temperamento se encuentra hoy expresamente admitido en el art. 1744 del nuevo Código Civil y Comercial que, al regular la prueba del daño, admite que éste se tenga por acreditado cuando surja notorio de los propios hechos. Ello sucede en el caso, dado que, por su propia naturaleza, los hechos vividos por los actores ante los incumplimientos denunciados autorizan a presumir que estos generaron en ellos el daño que me ocupa (esta Sala, "Fuks Julio Sergio y otros c/ Madero Catering S.A. y otro s/ ordinario?", 27/10/15; "Pérez Gustavo Adrián c/ Banco Comafi S.A. Fiduciario Financiero s/ ordinario?" 25/3/2013; "Body, Osvaldo Pedro c/ Metropolitan Life Seguros de Vida S.A. s/ Ordinario?", 25/10/2012). Recuérdese que la demandada consintió la responsabilidad que el anterior sentenciante le atribuyó, por lo que considero que el argumento recursivo de la accionada es una mera discrepancia con las conclusiones arribadas por el magistrado, debido a que no rebate los argumentos basales por los cuales procede el daño que trato. No es necesario ahondar demasiado para representarse la angustia y la desazón de la familia Ferro ante el siniestro ocurrido. Basta con escuchar alguna de las conversaciones mantenidas entre las partes para advertir las penurias por las que atravesó la familia, las cuales sin duda se vieron agravadas a raíz del comportamiento de la demandada, comportamiento que evidenció desde el primer momento una falta de profesionalidad no esperada de una empresa de la envergadura de la accionada. Tal es así que, luego del accidente de tránsito sufrido, el Sr. Ferro tuvo que ser trasladado desde la localidad de Villarica hasta Temuco en transporte público debido a que la demandada no procuró la ambulancia necesaria para el traslado. Tampoco les fue proporcionada la información necesaria acerca del alojamiento disponible, las clínicas para que el Sr. Ferro pueda concluir su tratamiento, ni siquiera les fueron brindadas las opciones con las que contaban los actores para regresar al país. Todas estas cuestiones fueron resueltas pura y exclusivamente por las víctimas del accidente, quienes sin lugar a dudas y tal como se advierte de las conversaciones entre las partes (CD 1, audios 1/2/8), se encontraban atravesando un estado propio de shock postraumático. Es inconcebible que quienes atraviesan por una situación tan estresante como lo es un accidente automovilístico, que no sólo implicó la destrucción total del vehículo sino también lesiones como da cuenta la internación del Sr. Ferro, tengan que "perseguir" a quien fuera contratada para prestar asistencia en estas particulares circunstancias. La profesionalidad de la accionada sólo permite esperar que sea ésta quien deba ante la denuncia del evento, encargarse de manera proactiva de aportar su asistencia en punto a la logística necesaria para cubrir las necesidades de quien se encuentra en un claro estado de vulnerabilidad derivado de transitar un accidente como el de marras. De las conversaciones mencionadas no se advierte una conducta de esas características dirigida a asistir eficazmente a los actores, sino una actitud pasiva propia de quien tiene la intención de postergar lo máximo posible la prestación del servicio al que se había obligado (CD 1 audios 2/3/6/7/9; CD 2 audios 2/6/7). Lo antedicho surge de las incontables llamadas telefónicas que tuvieron que realizar distintos integrantes de la familia, la duración muchas veces exorbitante de las mismas, la espera de llamadas por parte de "Assist Card" que jamás se concretaron, las reiteradas explicaciones que debieron dar casi todas las veces que entablaron una nueva comunicación relatando una y otra vez la

situación por la que estaban atravesando, y manifestando también una y otra vez su voluntad de regresar a la Argentina para que el Sr. Ferro pueda ser atendido en el país debido a la deficiente atención médica recibida hasta ese momento. En consecuencia, resulta claro según mi ver, que se encuentra acreditado el daño moral padecido por los actores y su relación de causalidad con los hechos base del mismo, por lo que tanto la procedencia del rubro bajo análisis como el quantum del mismo lo encuentro ajustado a derecho conforme artículo 165 del CPCCN. En virtud de lo expuesto, he de proponer al Acuerdo desestimar el agravio de la accionada.

3.b. En lo que respecta a la fecha que fijó el anterior sentenciante para el otorgamiento del daño moral, la sentencia debe ser modificada en el sentido establecido por el artículo 509 del Código Civil, ordenamiento vigente al momento de los hechos, y si mi criterio es compartido por mi distinguida colega, el día a quo de los intereses será establecido el 08/02/2013, fecha en la que los actores constituyeron en mora a la demandada a través de carta documento (ver fs. 10). Los intereses se calcularán a la tasa que percibe el Banco de la Nación Argentina en operaciones de descuento de documentos comerciales a treinta días.

4. Por último, corresponde ahora que pase a tratar el agravio de los actores en punto al rechazo del daño punitivo solicitado por ellos. Al efecto, adelanto que aquí también les asiste razón a los actores. En lo referido al daño punitivo, es necesario recordar que, más allá de su denominación, el concepto no conlleva ninguna indemnización de daños, sino la imposición de una sanción, cuya procedencia debe ser interpretada con el criterio restrictivo inherente a la aplicación de toda pena. Sobre esta cuestión, Lorenzetti explica que los daños punitivos 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" (Lorenzetti, Ricardo, "Consumidores", p. 557). No basta, entonces, con que el proveedor haya incumplido con las obligaciones a su cargo, sino que es necesario también probar la concurrencia de una grave inconducta suya, cuya fisonomía requiere la verificación de dos extremos: un elemento subjetivo dado por el dolo o la culpa grave y un elemento objetivo, representado por el enriquecimiento indebido del dañador. No obstante, aun apreciada la procedencia del rubro con el aludido carácter restrictivo, encuentro que la conducta de la demandada que ha sido comprobada en autos presenta los caracteres que tornan procedente la multa en cuestión, toda vez que ese comportamiento exhibe una conducta sistemática con un propósito deliberado de incumplir con una obligación en el marco de un cúmulo de circunstancias que exhiben mala fe, debido a que la accionada dejó a los actores indefensos y desprotegidos en medio de una situación de extrema vulnerabilidad que requería su urgente intervención. Es que, como es obvio, las compañías que brindan un servicio como el que presta la demandada deben cumplir con sus obligaciones de forma diligente, e impedir así, que ante un siniestro, el consumidor deba enfrentar la desprotección que procuró evitar mediante la contratación del servicio de asistencia al viajero. Desde tal perspectiva, no es posible convalidar conductas como la que aquí se ha verificado, debiendo tenerse en consideración que el llamado daño punitivo debe servir también para desalentar el abuso en el que puede incurrir quien, desde una posición de privilegio, advierte la debilidad del usuario y el largo, tedioso y riesgoso camino que éste habría de verse obligado a seguir para finalmente, tras la incertidumbre propia de todo juicio, lograr el reconocimiento de su derecho (cfr. "Varela Ángel Leonardo c/ Rombo Compañía Financiera S.A. y otro s/ ordinario" del 02/05/2017). Basta, me parece, con describir la situación, sin que sea necesario abundar más acerca de la dolosa conducta de la demandada, factor de atribución que puedo tener por comprobado porque, precisamente, esa demandada presta un servicio especializado en razón de su objeto, lo cual torna virtualmente certero que ella dilató la prestación del mismo para así generar el cansancio y frustración necesarios para que, tal como ocurrió en el caso de autos, los beneficiarios desistan de la prestación del servicio y se procuren por sus propios medios la solución de los problemas que se les presenten mientras están de viaje. En ese contexto, debemos los jueces adoptar el temperamento necesario para evitar que situaciones como las descritas se reiteren, para lo cual debe quedar claro que un proceder de esa índole terminará siendo antieconómico para quien desaprensivamente incurra en él. En cuanto al quantum que deberá abonar la demandada por el concepto que me ocupa, se deja constancia que si bien la actora requirió la suma de \$80.000, aprecio que la misma resulta insuficiente a los fines de prevenir hechos similares en el futuro, por lo que en virtud de las facultades que me otorga el artículo 52 bis de la ley 24.240, propongo al Acuerdo reconocerle a los actores el derecho a cobrar la suma de \$100.000.

5. Finalmente, en cuanto al agravio en torno a las costas impuestas en la anterior instancia he de proponer hacer lugar al recurso de los actores y revocar la sentencia apelada en este punto, en tanto no se advierte circunstancia alguna que amerite apartarse del principio de la derrota establecido en el artículo 68 CPCCN.

IV. La conclusión. Por lo expuesto, propongo al Acuerdo modificar parcialmente la sentencia apelada condenando a la demandada a abonar a la actora, en el plazo de diez días la suma que resulte de aplicar las pautas que anteceden. Costas de ambas instancias a la demandada, por haber resultado sustancialmente vencida (art. 68 del Código Procesal). Por análogas razones, la Señora Juez de Cámara, doctora Julia Villanueva, adhiere al voto anterior. Con lo que terminó este acuerdo que firmaron los señores Jueces de Cámara doctores: Eduardo R. Machin y Julia Villanueva. Ante mí: Rafael F. Bruno. Es copia de su original que corre a fs. 57/62 del libro de acuerdos N° 59 Excm. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal Sala

"C". Rafael F. Bruno Secretario Buenos Aires, 10 de abril de 2018. Y VISTOS: Por los fundamentos del acuerdo que antecede se resuelve modificar parcialmente la sentencia apelada condenando a la demandada a abonar a la actora, en el plazo de diez días la suma que resulte de aplicar las pautas que anteceden. Costas de ambas instancias a la demandada, por haber resultado sustancialmente vencida (art. 68 del Código Procesal). Notifíquese por Secretaría. Oportunamente, cúmplase con la comunicación ordenada por el art. 4° de la Acordada de la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación 15/13, del 21.5.2013. Hecho, devuélvase al Juzgado de primera instancia. Firman los suscriptos por encontrarse vacante la vocalía n° 8 (conf. art. 109 RJN). Eduardo R. Machin Julia Villanueva Rafael F. Bruno Secretario
026564E