

Datos del Expediente

Carátula: CABALLERO JOAQUIN MANUEL C/ CS SALUD S.A. S/ DAÑOS Y PERJ. INCUMP. CONTRACTUAL (EXC. ESTADO)

Fecha inicio: 11/06/2019

N° de

Receptoría: MP - 32057 - 2014

N° de

Expediente: 168070

Estado: Fuera del Organismo - En Juz.
Origen

REFERENCIAS

Formula CABALLERO.pdf [VER ADJUNTO](#)

Observación SENTENCIA DEFINITIVA

Sentencia - Folio: 1353

Sentencia - Nro. de Registro: 256

09/10/2019 - SENTENCIA DEFINITIVA

Texto del Proveído

----- Para copiar y pegar el texto seleccione desde aquí (sin incluir esta línea) -----

REGISTRADA BAJO EL N° 256-S Fo. 1353/66

Expte. N° 168070 Juzgado Civil y Comercial N°3

En la ciudad de Mar del Plata, a los 9 días del mes de octubre de 2019 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 “**CABALLERO, JOAQUÍN MANUEL C/ CS SALUD S.A. 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

C U E S T I O N E S

1ª) ¿Es justa la sentencia definitiva dictada el 28 de febrero de 2019?

2ª) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión planteada el Sr. Juez Dr. Monterisi dijo:

I. La sentencia definitiva del 28 de febrero de 2019 viene a conocimiento de este Tribunal de Alzada con motivo del recurso de apelación interpuesto por la parte actora a fs. 257 y por la demandada mediante el escrito electrónico n°17174946 del 18/03/2019.

En lo que aquí interesa destacar, el juez de primera instancia hizo lugar a la demanda de daños y perjuicios deducida por Joaquín Manuel caballero contra Omint S.A. de Servicios y

condenó a esta última a abonar al actor \$750.000 con más intereses y costas. Asimismo, aplicó a Omint S.A. de Servicios una multa de \$300.000.

Para así decidirlo, explicó que no fue controvertido que a mayo de 2013 Caballero se encontraba afiliado a Omint a través de un plan de medicina prepaga y que el 8/10/2013 promovió una acción de amparo contra la demandada solicitando se la condene a otorgar la cobertura del 100% de una cirugía y tratamiento para su ojo derecho. La causa tramitó en el Juzgado Federal N°4 de esta ciudad bajo el expediente FMP781/2013 caratulado “*Caballero, Joaquín Manuel c/ CS Salud SA (Omint) s/ Prestaciones quirúrgicas*”.

Señaló que en esa causa la accionada fue condenada a dar cobertura inmediata en un 100% de la cirugía y tratamiento del ojo derecho, calificando de arbitraria -en los términos del art. 43 de la CN- la conducta desplegada por Omint consistente en denegarle la prestación y dar de baja al afiliado bajo el argumento de haber falseado el actor su declaración jurada al momento de ingresar al sistema.

Entendió que todo lo atinente a la rescisión contractual y al incumplimiento de las coberturas médicas requeridas ha sido objeto de juzgamiento y no puede ser debatido nuevamente en este pleito. Consideró establecido que Omint actuó de modo arbitrario al disponer la baja como afiliado del actor y denegar la cobertura requerida. Hay allí -dijo el juez- cosa juzgada material.

En cuanto a los rubros resarcitorios, hizo lugar a indemnización por incapacidad física (\$650.000) y daño moral (\$100.000). Finalmente, aplicó a la accionada una multa de \$300.000 (art. 52 *bis* de la LDC).

II. Síntesis de los agravios.

II.a. La actora expresó sus agravios 269/272. Sus puntos de disconformidad pueden sintetizarse de la siguiente manera:

i) Entiende arbitrariamente cuantificado el daño en tanto el juez utilizó el salario mínimo vital y móvil a la fecha del hecho (agosto de 2013) e hizo referencia a fórmulas matemáticas que derivaron en un monto que estima injusto.

Pone de relieve la incapacidad del actor (42%) y que debía trabajar o tener derecho a ello el resto de su vida útil hasta incluso hacer aportes a la seguridad social a fin de asegurar su vida luego de los 65 años. Considera injusto acudir al SMVyM como parámetro de ingreso al 2013. Refiere que ese concepto “*no obedece al valor real del salario ni hoy ni en dicho momento, no está compuesto por rubros no remunerativos ni por las ganancias de un trabajador a los fines de conformar el salario conforme lo estipula el convenio 95 OIT y los fallos de la corte “Pérez, Aníbal c/ Disco S.A.”.*

Alega que al demandar hizo referencia al índice RIPTE vigente a ese momento y que publica el Ministerio de Trabajo sobre los haberes mensuales de un trabajador asalariado que aporta a la seguridad social. Afirma que ese índice resulta acorde a la doctrina de la CSJN *in re* “Arostegui”.

Entiende que una indemnización justa contemplaría los índices inflacionarios al momento del dictado de la sentencia, siendo insuficiente acompañar el mínimo vital y móvil del año 2013 con la tasa pasiva de interés. El resultado -dice- es una indemnización insuficiente.

ii) Considera que el monto reconocido en concepto de daño punitivo es insuficiente y no permite que la multa cumpla adecuadamente su función disuasoria. Solicita se aplique el máximo permitido.

II.b. La demandada fundó su recurso mediante presentación electrónica n° 18138505 del 15/04/2019, mereciendo la réplica de la contraria por igual medio el 18/03/2019. Sus agravios son los que siguen:

i) Afirma que la sentencia dictada en el proceso de amparo hace cosa juzgada en sentido formal y no material. Entiende que en dicha resolución no existió declaración alguna que declare conducta ilegal de la accionada. Pide se rechace la demanda teniendo en cuenta que Omint S.A. de Servicios actuó de acuerdo a las disposiciones de la ley y el contrato suscripto entre las partes.

ii) Argumenta que no hay prueba ni fundamentos para hacer lugar al rubro daño moral. Refiere que el daño indemnizable es el actual y no el hipotético. Debe existir prueba que lo acredite.

iii) Entiende que no se encuentran reunidos los recaudos técnicos que habilitan la aplicación de una multa civil. Reitera que actuó de acuerdo a la ley, que realizó ofrecimientos para transar el pleito que no hay casos similares que justifiquen la punición.

Alega que tampoco debe prosperar la condena dado que no hay resolución administrativa ni judicial que establezca la existencia de violación a la Ley de Defensa del Consumidor. Refiere que la multa no debe prosperar y que el monto definido por el juez no se adecua a las circunstancias del caso.

iv) Manifiesta que la sentencia es arbitraria en tanto no tiene fundamento en las constancias rendidas en la causa y en la ley aplicable. Critica que el juez haya omitido valorar las pruebas aportadas y los planteos realizados en la etapa postulatoria.

v) Critica que se hayan fijado intereses desde la fecha de ocurrencia del supuesto perjuicio, dado que se han debatido deudas de valor que se cuantifican a la fecha del fallo. Pide que los intereses moratorios corran desde la fecha de la sentencia.

vi) Pide que las costas sean impuestas a la contraria.

III. Tratamiento de los agravios

Analizaré en primer lugar el recurso de la demandada y luego el de la actora. Sobre el final abordaré en forma conjunta las quejas que una y otra parte formularon sobre la procedencia y cuantía del daño punitivo.

III.a. Recurso de CS Salud S.A.

1. Adelanto que la firma accionada no ha invocado razones suficientes para demostrar un error en la solución y los fundamentos del fallo apelado.

El artículo 13 de la Ley de Amparo Nacional establece que “[l]a *sentencia firme declarativa de la existencia o inexistencia de la lesión, restricción, alteración o amenaza arbitraria o manifiestamente ilegal de un derecho o garantía constitucional, hace cosa juzgada respecto del amparo, dejando subsistente el ejercicio de las acciones o recursos que puedan corresponder a las partes, con independencia del amparo*”.

Rivas explica que “[d]e acuerdo al sentido y los fundamentos de la sentencia, habrá que hacer distinciones, referentes a la cosa juzgada que habrá de producir: si la sentencia es de amparo, es decir acoge la pretensión, como su dictado obedece a la circunstancia de haberse comprobado la ilegalidad o arbitrariedad del acto, hace cosa juzgada material, tanto en el amparo contra actos del poder público, como en el correspondiente a particulares (Rivas, Adolfo A. “*Contribución al estudio del amparo en el derecho nacional*”, Publicado en La Ley, 1984-B , 931, Derecho Constitucional - Doctrinas Esenciales Tomo IV , 301; CNCom, Sala D, “M., E. y otros c. S.P.M.”, del 23/04/2008, publicado en La Ley, AR/JUR/4175/2008, el subrayado me pertenece).

En idéntico sentido se ha dicho que si la sentencia de mérito analiza el fondo del planteo, *la solución produce el efecto de cosa juzgada material y no puede reabrirse el debate por este proceso ni ningún otro*. La sentencia será definitiva (Toricelli, Maximiliano, “*Los oscuros perfiles del amparo*”, publicado en La Ley, RDA 2005-54, 890).

Rosales Cuello coincide en ello al reflexionar sobre el artículo 15 de la Ley 14.192 que rige en nuestra provincia y que, en este punto, es análogo al art. 13 de la ley federal. Señala que no siempre es posible ejercer una nueva pretensión para debatir en la justicia el mismo conflicto por una diferente vía procesal, y agrega que “[a]quello sólo será posible cuando el amparo se haya desestimado por cuestiones formales o por requerirse mayor debate o prueba para comprobar la arbitrariedad o ilegalidad denunciada. En cambio, cuando la sentencia resuelve la cuestión de fondo, declarando la procedencia o improcedencia del amparo, una vez que quede firme, adquirirá la cualidad de la cosa juzgada material” (Rosales Cuello, Ramiro, “El derecho a un proceso breve y sencillo frente a situaciones de amparo en la provincia de Buenos Aires. Análisis del proceso de amparo en la provincia de Buenos Aires luego de la reforma de la ley 14192”, SJA 26/09/2012, 26/09/2012, 65, el subrayado me pertenece).

Se sigue de ello que el colega de la instancia previa resolvió correctamente que la sentencia que admitió la vía constitucional en los autos “*Caballero, Joaquín Manuel c. CS Salud SA s. Amparo*” (expte. FMP 781/2013, de trámite ante el Juzgado Federal N°4 de Mar del Plata) hace cosa juzgada material en cuanto al proceder manifiestamente arbitrario e ilegítimo de la proveedora de servicios de medicina prepaga (art. 43 CN y 1 de la Ley 16.986).

La justicia federal no solo dictó dos sentencias de mérito en las que receptó favorablemente el reclamo del actor, sino que en ellas, además, se evaluó y se desestimó expresamente el

argumento central con el cual la obra social pretendió -y pretende también en este pleito- defender su decisión de desafiliar a Caballero sobre la base de una supuesta falsedad en la declaración jurada.

Tanto el juez de primera instancia (fs. 69 del legajo de amparo, resolución del Dr. López) como la propia Cámara Federal (fs. 92/vta, voto del Dr. Jiménez) desecharon esa defensa afirmando que la obra social siempre tuvo la posibilidad de realizar estudios y exámenes médicos para detectar cualquier tipo de patología preexistente y, por alguna razón, decidió no hacerlos. Más aún, incluso aceptando la hipótesis de hecho invocada por la aquí demandada -esto es, que Caballero omitió consignar una patología en el formulario inicial- la Alzada federal calificó igualmente como ilegítima y arbitraria la decisión de desafiliar a su cliente y dejarlo sin cobertura (fs. cit.).

No se advierte que la demandada postule en este pleito una defensa que no pudo invocar en el amparo o para la cual se vio limitada por restricciones procesales de alegación o prueba. Al contrario, la premisa basilar en la que se edifica toda su resistencia a la pretensión que da origen a este juicio de conocimiento (v. fs. 106, punto III.b.) es exactamente la misma que fuera objeto de decisión en el amparo federal (fs. 51, punto 3.2 de ese expediente) y sobre la cual, insisto, ya existe una resolución jurisdiccional firme y consentida que ha pasado en autoridad de cosa juzgada material.

Por ello, reitero, la solución del juez -en este punto- debe ser confirmada. Los agravios que a esta cuestión refieren deben ser desestimados (art. 43 CN, 1 y 13 de la Ley 16.986).

2. Tampoco prospera el agravio referido a la recepción del daño extrapatrimonial.

Esta Sala han dicho en otras oportunidades que la doctrina y la jurisprudencia se han dividido entre quienes sostienen que el daño moral contractual debe ser acreditado mediante prueba directa y quienes -por el contrario- aceptan que pueda inferírsele de las circunstancias del caso (v. exptes. 143.753 S. 23-3-2010 Reg. 55-S; 145.930 S. 16-5-2011 Reg. 52-S; 151.842 S. 29-11-12 Reg. 323-S; 154320 S. 3-12-2013 Reg. 313-S).

Así, según una postura, en el ámbito de la responsabilidad contractual el acaecimiento de esta clase de perjuicios debe ser suficientemente acreditado por el reclamante, pues, a diferencia de lo que ocurre en la órbita extracontractual -en principio- no cabe presumirlos *in re ipsa*; abundante jurisprudencia así lo establece (CNCom., Sala C, 22/6/93, ED 157-164; Sala E, 20/12/96, ED 175-303; CNCiv., Sala K, 15/8/94, LL 1995-D-778; Cám. Civ. y Com. Santa Fe, Sala I, 26/2/93, JA, 1997-III, síntesis, entre otros).

En tal sentido, la Cámara de Apelaciones San Isidro, Sala I, ha señalado que “...el resarcimiento del daño moral en materia de daño contractual (art. 522 del Cód. Civil), debe ser interpretado con criterio restrictivo (Caivano, Roque J. “La ruptura intempestiva del contrato de distribución y la obligación de indemnizar”, en La Ley 1994-D-111), ello para no atender reclamos que respondan a una susceptibilidad excesiva o que carezcan de significativa trascendencia jurídica, quedando a cargo de quien lo invoca la acreditación precisa del perjuicio que alega haber sufrido (SCBA, Ac. n° 56.328, de 5/8/97; esta Sala causas n° 76.639, 74.022, 102.061,

entre muchas otras). Quien invoque tal daño debe acreditar, no sólo su existencia, sino también que ha excedido las simples molestias propias de todo incumplimiento contractual (Borda, Guillermo, *"La reforma de 1968 al Código Civil"*, Bs. As., Perrot, 1971; *"Tratado de Derecho Civil. Obligaciones, T. II, pág. 194, Bs. As., Perrot, 1966)"* (v. causa n° 108.784, RSD 34-10 del 1/3/10).

Por el contrario, refiriéndose a la carga probatoria, Matilde Zavala de González entiende que no es esencial la índole del deber incumplido (previamente asumido o el genérico de no dañar), ni el consiguiente encuadramiento de la responsabilidad como contractual o aquiliana, sino las características del perjuicio mismo en confrontación con el suceso lesivo que lo produce (*"Resarcimiento de daños"*, 5ª, *"Cuánto por daño moral"*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, págs. 158 y ss.).

La autora, luego de citar un fallo de esta Sala, concluye que es equivocado requerir siempre prueba específica sobre el daño moral contractual, o sea, descartando apriorísticamente la posibilidad de que sea presumido por el magistrado sobre la base de elementos objetivos aportados a la causa (ob.cit. pág. 160).

Puntualiza no obstante que, aunque no se exija una prueba exhaustiva de la afección espiritual padecida, las circunstancias del caso deben posibilitar al juez que -en ejercicio de sus facultades propias y aplicando las reglas de la experiencia- juzgue si de acuerdo al normal acontecer, el hecho alegado tiene aptitud para provocar el perjuicio cuya indemnización se solicita (Zavala de González, Matilde, *"Resarcimiento del daño moral"*, Ed. Astrea, 2009, págs.189 y sgtes.).

Adhiero a esta última tesis. A mi modo de ver, la decisión del juez de primera instancia ha sido correcta dado que el cúmulo de circunstancias adversas por las que injustamente tuvo que atravesar el Sr. Caballero arroja material de convicción suficiente para considerar demostrada la afección moral cuya reparación se reclama.

Son las circunstancias del caso -reitero: correctamente evaluadas por el magistrado- las que permiten colegir la entidad de las angustias, sinsabores, frustraciones, etc., que los hechos debieron provocar en el ánimo del actor. Y si bien tales vivencias no generaron una lesión desde el punto de vista psicológico (considerando III.b. de la sentencia), entiendo que han tenido una entidad suficiente que torna a mi juicio justificada la procedencia del daño moral reclamado (arts. 522 CC, 1741 del CCyC, 384 del CPCCBA).

Por todo lo dicho, entiendo que la escueta crítica que postula la recurrente -invocando no más que la falta de prueba directa del daño- debe ser desestimada (art. 522 del CC y 1741 del CCyC).

3. El agravio que versa sobre los intereses moratorios no supera el estándar argumentativo regulado en el art. 260 del CPCCBA y por ello debe declararse desierto.

Sin ninguna referencia concreta y precisa a la sentencia apelada, la recurrente alega en forma genérica que se fijaron "indemnizaciones a valores actuales" y que por esa razón los

intereses moratorios deben fijarse “desde el dictado de la sentencia” (punto 5 del memorial).

La condena de primera instancia es representativa de la suma de tres rubros independientes: una indemnización por incapacidad física, la reparación del daño moral y la sanción en concepto de daño punitivo. El juez fijó una fecha de mora para los primeros dos (el momento en el que se rescindió el contrato) y otra distinta para el daño punitivo (una vez vencido el plazo para cumplir la condena).

No solo la recurrente no explica a cuál de estos tres créditos refiere en su memorial, sino tampoco explica por qué ha de considerarse que los rubros de naturaleza resarcitoria fueron cuantificados “a valores actuales”, como -sin mayor detalle- consigna en su recurso. Máxime si del fallo surge que al evaluar la indemnización por incapacidad sobreviniente se utilizaron valores históricos (motivando una queja expresa de la parte actora sobre este punto) y el daño moral fue reconocido en el monto que se reclamó en la demanda presentada el 18 de abril de 2016.

Cualquiera sea el alcance que la accionada pretendió darle a su queja, he dicho en otra oportunidad y reitero ahora que *"no cabe a esta Alzada hacer ingentes esfuerzos para comprender lo que, en rigor, debió ser una fundamentación clara e inteligible que permita interpretar cuál es el error en el que habría incurrido el juzgador y cuáles son los motivos para así considerarlo"* (mi voto en causa n° 161241 -"Figliuolo, Armando..."-, del 25/08/2016).

Sin perjuicio de lo que más abajo se dirá sobre el modo de liquidar el crédito por incapacidad sobreviniente, el agravio de la accionada debe ser considerado inadmisibile.

Idéntica solución cabe adoptar con relación a la lacónica objeción al modo en que se impusieron las costas (punto 6 del memorial), y en el que la recurrente no ha brindado ningún argumento que de sustento a su queja (art. 260 y 261 del CPCCBA).

III.b. Recurso de la actora.

1. El juez receptó el reclamo de incapacidad sobreviniente, a cuyo fin evaluó diversas variables dentro de las que incluyó a la edad del actor a la época del evento (22 años), el Salario Mínimo Vital y Móvil a esa misma fecha (\$3.300.-), el porcentaje de incapacidad física determinado en pericia (42%) y su interrelación sobre la base de fórmulas de uso frecuente en el ámbito laboral (las denominadas *Vuotto* y *Méndez*). Considerando al resultado de dichas sistemas de cálculo como pautas orientadoras, concluyó que resultaba prudente y razonable que el rubro prosperara en la suma de \$650.000 (cons. III.a.).

El actor formuló diversas críticas orientadas a demostrar la insuficiencia de la indemnización que le fue reconocida; en otros aspectos, objetó el ingreso utilizado como base de cálculo, la tasa de interés moratoria y su relación con el proceso inflacionario y las fórmulas utilizadas.

2. Adelanto que el recurso prosperará parcialmente.

En primer lugar, entiendo sumamente importante destacar que llega incontrovertida a esta instancia la incapacidad que -pericia mediante- fue calculada para el actor (un 42%) y también la

decisión del juez de imputar íntegramente la totalidad del daño patrimonial sufrido por el actor al incumplimiento negocial de la obra social accionada. Consideró el *a quo* -en una parcela del fallo que no mereció cuestionamientos de la demandada- que *"la incapacidad resultante deriva de la falta de realización de la cirugía en tiempo oportuno por responsabilidad de Omint, quien no prestó la debida cobertura"* (fs. 249/vta).

Aclarado ello, advierto que no le asiste razón al actor al cuestionar la variable de ingreso escogida por sentenciador para mensurar el daño (SMVyM).

La recurrente no ha brindado ninguna información que permita comprender acabadamente cuál es su situación personal concreta en la actualidad y cuál era al momento del incumplimiento que motiva el pleito. No sabemos de qué trabaja o trabajaba, cuál era su profesión arte u oficio o siquiera si realizaba estudios en algún campo o disciplina. Ello significa que nada sabemos sobre qué repercusión tuvieron las lesiones en su desarrollo laboral, estudiantil, vital, etcétera (art. 375 del CPCCBA).

Sin duda que ello no impide el reconocimiento de la indemnización pretendida. En la causa *"Del Hoyo, Andrés..."* (causa n°166.500, sentencia del 27/11/2018) este Tribunal resolvió que es posible receptar un reclamo por daños a la integridad física en la hipótesis en que -como ocurre en autos- no se ha demostrado la actividad laboral que realizaba la víctima o no se acreditó el impacto desfavorable que la merma en la capacidad del agente tuvo en sus ingresos o en su vida cotidiana. En tal caso corresponde admitir el resarcimiento no como un lucro cesante concreto sino sobre la base de la mutilación de la oportunidad o probabilidad de obtención o aumento de ganancias.

Pero aquélla orfandad de alegación y prueba no puede derivar en la aplicación lisa y llana de soluciones previstas para la situación de un trabajador en relación de dependencia y que se derivan de la legislación laboral, como pretende la recurrente. Insisto: el actor siquiera intentó demostrar que al momento del hecho era, efectivamente, un trabajador en relación de dependencia. Resulta entonces inadmisibles tomar como base para el cálculo del daño patrimonial por incapacidad sobreviniente un ingreso promedio con base en un índice que es representativo de una situación puntual en la que el accionante no demostró haber estado comprendido (un trabajo estable, presupuesto considerado en el índice RIPTTE que publica periódicamente la Secretaría de Seguridad Social del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación).

En la causa *"Lattanzi"* (c. 136.476, del 13/11/2008) esta Sala resolvió que en aquellos casos donde es totalmente incierto el monto de los ingresos percibidos por la persona que ha resultado incapacitada resulta razonable acudir al parámetro del salario mínimo vital y móvil para el cálculo de la indemnización.

Zavala de González explica mejor que nadie la justicia de esta solución: *" éste [el salario mínimo, vital y móvil] constituye el umbral inferior de retribución de la ocupación más humilde en el mercado laboral, y desde que la adopción de una pauta más significativa tendría un valor*

conjetural, pudiendo pecar por exceso" (Zavala de González, *Resarcimiento de Daños*, Buenos Aires: Hammurabi, t. II.a., p. 432-3; fall. cit., el subrayado me pertenece).

Y en igual sentido se ha manifestado la jurisprudencia al decir "[s]i bien no está probado el valor de los ingresos que tenía la víctima, no puede rechazarse la pretensión resarcitoria de un perjuicio existente por falta de determinación de su valor. Resulta justo y razonable adoptar como base de la indemnización el menor salario que percibe un obrero. El actor no puede quejarse por que él no ha probado que tuviese una retribución mayor; pero tampoco podría hacerlo el demandado, porque nada hay de artificioso en esa presunción, que está basada en la realidad de las cosas, puesto que el salario mínimo de un empleado dependiente es accesible normalmente en cualquier actividad privada realizada con mediana eficacia" (Cám. 3° Civ y Com, Córdoba, 15/6/89, "Semanario Jurídico", 27/7/89, cit. en "Lattanzi, Vicente c/ Henrik, Daniel y Otros s/ daños Y perjuicios", Causa 136.476, sentencia del 13/11/2008).

Por ello, entiendo que la variable escogida por el *a quo* es correcta y debe ser confirmada (art. 375 del CPCCBA).

3. Tiene razón la actora cuando cuestiona el modo en que se realizó el cálculo para cuantificar el daño y es correcto afirmar también que la suma de \$650.000 que estimó el magistrado en su fallo es insuficiente teniendo en cuenta la magnitud de las lesiones físicas padecidas por el Sr. Caballero.

Infiero -por los montos implicados en el cálculo del primer juzgador- que el resultado final de \$650.000 es el redondeo descendente del promedio de resultados obtenidos por la fórmula Vuotto (\$275.786,63) y Méndez (\$1.074.823,25.-).

El modo de cuantificación utilizado por el juez me merece dos objeciones. El primero, es la decisión de *promediar* el resultado de dos fórmulas distintas. La segunda, es tomar los resultados de esas fórmulas como *pautas orientadoras*.

Sobre lo primero, conviene tener presente que existen diferencias sustanciales entre el sistema de cálculo conocido como "fórmula Vuotto" (desarrollada por la Sala III de la Cámara Nacional del Trabajo in re "*Vuoto, Dalmero c/ Telefunken Argentina S.A.*", sent. del 16-VI-1978) y la denominada "Méndez" (mismo Tribunal, in re "*Méndez Alejandro Daniel C/ Mylba S.A. Y Otro S/ Accidente*", del 28/04/2008). Diferencias que van desde el modo de computar los ingresos, a la variabilidad potencial de estos últimos, al límite etario hasta el cual se mensura el daño, entre otros aspectos. Las diferencias no son solo cuantitativas (véase que el resultado de una triplica al de la otra) sino conceptuales: la fórmula "Méndez" contempla la variabilidad ascendente en los ingresos del trabajador para superar las críticas técnicas efectuadas por la Corte Federal en el caso "*Arostegui*" (Fallos: 331:570).

Creo conveniente -para un mejor soporte argumental de la solución- que los jueces sopesen las virtudes y los defectos de las fórmulas que han sido diseñadas en doctrina y jurisprudencia y escojan aquella que, por las razones que sea, entienden más adecuada para cuantificar el daño reclamado.

Elegir varios sistemas de cálculo en forma simultánea sin reparar en sus diferencias y limitarse a promediar sus resultados parece, a mi modo de ver, una decisión metodológica cuestionable. En rigor, no tiene mayor sentido usar dos operaciones distintas y promediar los valores resultantes como si de la amalgama de dos tipos de cálculos (conceptual y matemáticamente diferentes) pudiese emerger un resultado en alguna medida superior o -por así decirlo- “más justo” que aquellos que las fórmulas implicadas proveen de manera individual.

Lo mismo cabe decir de la decisión de considerar el resultado de una fórmula como una mera “pauta orientadora” que el juez puede modificar acudiendo a la prudencia o a la razonabilidad.

He dicho en otra oportunidad (mi voto en causa "*Paco Beltrán, Rodolfo...*", Sala Primera, c. 164033, del 21/08/2018) que la utilización de fórmulas para mensurar daños personales tiene un fin modesto pero no por ello poco relevante: utilizar instrumentos técnicos que faciliten la tarea de cuantificación y posibiliten el control de sus resultados.

Si lo que se busca es traducir en un valor actual o presente la ganancia futura que se verá frustrada por la incapacidad del agente (puesto que en ello radica el daño patrimonial que se busca indemnizar), no parece que sea descabellado utilizar herramientas aritméticas para hacer esa operación de manera precisa y sin incurrir en errores. Máxime si en el diseño de estos cálculos es posible aprehender múltiples variables que usualmente son tenidas en cuenta por los operadores para cuantificar el daño (v.gr., la expectativa de vida productiva de la víctima, el impacto desfavorable de la incapacidad sobre sus ingresos, la eventual variación -ascendente o descendente- de estos últimos, etcétera).

La utilización de las fórmulas matemáticas no hace desaparecer la compleja y fundamental tarea de justipreciar concienzudamente la prueba producida por las partes y asignar valor a cada una de las variables que ella contempla. Todo lo contrario, esa carga intelectual y argumental se intensifica enormemente, obligando al juzgador a explicitar en su sentencia todos y cada uno de los pasos que componen su razonamiento: qué variables ha tenido en cuenta, qué valor les ha asignado y cómo las ha interrelacionado a través de un cierto modelo de cálculo.

Ello no solo mejora el soporte argumental de la decisión judicial (y con ello, aumenta la legitimidad de la sentencia en tanto acto de poder) sino que además permite que las partes puedan comprender sus fundamentos y eventualmente criticar en instancias recursivas el algoritmo utilizado, las variables contempladas y el resultado obtenido, si es que acaso consideran una u otra cosa injusta o inadecuada.

La virtud de este modelo de decisión consiste entonces en reducir lo máximo posible el margen de discrecionalidad que se genera al momento de determinar el contenido económico de un crédito resarcitorio. Es loable -y socialmente preferible- que los jueces tengamos la carga de argumentar más y mejor nuestras decisiones y debemos buscar y promover herramientas que permitan lograr ese objetivo.

Pero el esfuerzo en reducir ese margen de discrecionalidad a través del uso de fórmulas de cuantificación resultaría frustrado si los resultados obtenidos son considerados como “un elemento más” que puede ser luego prudentemente modificado por el juez. Toda cadena se rompe en su eslabón más débil: de nada sirve acudir a herramientas objetivas de cálculo si en el tramo final del razonamiento se acude -nuevamente- a la prudencia como parámetro subjetivo e indeterminado para modificar el resultado que aquél sistema de cálculo arroja.

De así hacerlo no solo la discrecionalidad se mantiene intacta, sino que se acompasa de un error aún más grave: utilizar un cálculo u operación de cuyo resultado el propio juez desconfía, a punto tal que puede ser morigerado o incrementado con base a parámetros inverificables.

No parece tener sentido que los jueces confiemos en la matemática para sumar $2+2$ si a la par nos reservamos la facultad de afirmar que el resultado 4 es injusto por ser poco o por ser mucho y de resolver -prudencia mediante- que en el caso particular que nos toca decidir debe ser 5 o 3. En tal supuesto, el disgusto del juzgador con el resultado de un cálculo refleja en verdad un problema anterior: o bien la elección de una fórmula que no satisface las pretensiones conceptuales que justifican su utilización en el pleito, o bien su operación con base en variables incorrectamente mensuradas.

Irigoyen Testa y Acciarri exponen esta idea con claridad: *"cuando se dice que lo que surge de la fórmula es "excesivo" o "insuficiente", ¿con relación a qué parámetro -obviamente, entendido como más plausible- lo es? Al contrario, sería comprensible pensar en un resultado llamativo que obligue a reformular las magnitudes adoptadas como variables, e ir "hacia atrás" en el razonamiento, para detectar errores en el proceso. Pero una vez que aceptemos todas las premisas y el modo de relacionarlas, no parece razonable apartarse de la conclusión. Alguna vez, alguien dijo: "podemos evitar cualquier cosa, menos las consecuencias"* (Acciarri, Hugo A., Irigoyen Testa, Matías, La utilidad, significado y componentes de las fórmulas para cuantificar indemnizaciones por incapacidades y muertes, La Ley, 09/02/2011, 1).

Lo dicho me persuade de que el cálculo realizado en la instancia anterior es susceptible de una doble objeción y revisión: **1)** la fórmula escogida, que debió ser una sola mediante una elección fundada de cuyo resultado no corresponde apartarse sin motivo suficiente y **2)** el resultado obtenido, que en el caso particular estimo insuficiente de acuerdo a las lesiones padecidas por el Sr. Caballero.

Abordaré ambos aspectos en los párrafos que siguen.

4. En el fallo “Ruiz Díaz, J. c/ Kreymeyer, I. y ot. s/ Daños y perjuicios” (c. 169.161 del 18/8/2016) este Tribunal ha escogido, entre las múltiples opciones disponibles desarrolladas por la doctrina y la jurisprudencia, la fórmula desarrollada por el profesor bahiense Dr. Hugo A. Acciarri, quien ha propuesto un sistema de cuantificación sumamente completo: por un lado -y como lo hacen otras fórmulas- determina la ganancia futura frustrada por la incapacidad que se traduce en un valor presente al momento de la decisión (en otras palabras, se determina *el valor presente de una renta no perpetua*) pero además recepta la probabilidad razonable de que los ingresos de la víctima no sean constantes (defecto que -por diferentes razones- le es imputable a

la fórmula “Vuoto” y sus derivadas, tal como fuera puesto de relieve in re “Arostegui”, -CSJN, Fallos: 331:570-).

Esto significa que es un sistema de cálculo que aprehende la variabilidad -ascendente o descendente- de las ganancias de la víctima a lo largo de su vida, lo que repercute necesariamente en su aptitud productiva (esta Sala, causas n° 169.161 -“Ruiz Díaz...”- del 18/08/2016, n°162.661 -“Barcos...”- del 10/11/2017, n° 137.518 -“Santecchia...”- del 14/02/2018, n° 165.459 -“Castillo...”- del 19/06/2018, , n°166572 -“Alonso Pehuén...”- del 24/10/2018).

La fórmula propuesta por el autor es la que sigue:

Donde, [$A_1...A_n$] corresponde al ingreso implicado para el período anual 1...n =ingreso por porcentaje de incapacidad; [i], corresponde con la tasa de descuento para cada período anual computado, [$e_1...e_n$], corresponde a la edad al momento en que debería percibirse cada suma correspondiente al ingreso anual $A_1...A_n$ y [P] refiere a la probabilidad de que en el período A (de A_2 hasta A_n) se perciba un ingreso incrementado -positiva o negativamente- respecto del ingreso del período precedente (A_{n-1}).

Para cuantificar el valor presente de los ingresos futuros frustrados del Sr. Caballero utilizaré las siguientes variables: **(a)** la edad de la víctima a la fecha de la presente decisión (mayo de 2019) y que es de 28 años; la incapacidad sobreviniente por períodos ya pasados se analizará más abajo; **(b)** teniendo en cuenta que no hay constancias fehacientes de sus ingresos mensuales, y tal lo dicho en párrafos precedentes, calcularé una suma anual con base en el Salario Mínimo Vital y Móvil vigente a la fecha que es de \$15.625.- (art. 1.b. de la Res. 06/19 del Consejo Nacional del Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo Vital y Móvil); **(c)** con esa base, parece razonable establecer tres períodos en los que entiendo probable que exista un cambio (primero ascendente, luego descendente) de los ingresos de la víctima: diferenciando de los actuales 28 a los 40 años de edad un ingreso promedio anual proyectado de \$187.500 con base en el salario mínimo vital y móvil ya mencionado; luego, de los 40 a los 65 un incremento esperado del 20% de esos ingresos (lo que arroja un total anual de \$225.000.-) y de los 65 hasta los 74 años que constituye el límite de su esperanza de un hombre bonaerense al 2020 (según estadísticas oficiales -véase, sitio web del INDEC, sección de indicadores demográficos por provincia, período 2015-2040) estimaré un incremento del 20% más (\$270.000 anuales) pero esta vez con un 50% de probabilidad; **(d)** una tasa de descuento pura del 4%, y **(e)** un porcentaje de incapacidad parcial y permanente del 42% (v. fs. 213/vta punto 4).

He volcado todas estas variables al aplicativo Excel confeccionado por el Dr. Hugo Acciarri -disponible en www.derechouns.com.ar/?p=7840 -último día de visita, 20/09/2019- que integra esta sentencia en formato digital, y en el que se pueden controlar tanto los datos como el resultado, y analizar la representación gráfica de ellos y de la evolución prevista para el ingreso de la víctima. Allí para cada año de edad del actor la columna de la derecha representa el ingreso anual proyectado y la columna de la izquierda el valor esperado del ingreso (v. voto el Dr. Loustaunau in re “Ruiz Díaz”, cit.).

Consecuencia de ello, obtengo un capital total que representa las rentas futuras frustradas del Sr. Caballero de **\$1.842.247,46.-** (art. 1068, 1069 y cctes. del CC, 1737 y sig. del CCyC; 375 y 384 del CPCCBA).

5. En tanto la fórmula utilizada permite cuantificar ganancias futuras frustradas es menester realizar un cálculo separado para cuantificar los ingresos pasados ya caídos desde la fecha en que se cristalizó la incapacidad de modo permanente (y que pudo reintegrarse a las tareas laborales que realizaba -de tratarse de un lucro cesante- o estuvo en condiciones de tener la posibilidad de acceder a alguna actividad retribuida -si, como en el caso, se la considera una pérdida de chance-) y hasta la actualidad.

Esta Sala tiene dicho que «[l]a indemnización por incapacidad sobreviniente correspondiente al momento de la finalización de las terapias curativas y hasta la fecha de la presente sentencia deben estimarse por separado puesto que no hay allí un ingreso futuro frustrado sobre el cual corresponda aplicar la mentada fórmula sino un ingreso pasado ya perdido, por lo que cabe analizarlo como una deuda ordinaria en mora (causa n° 169.161 -“Ruiz Díaz...”- del 18/08/2016).

De acuerdo a la información brindada por la perito médica Patricia Carmen Álvarez al 5 de noviembre de 2013 se verificó el desprendimiento total de la retina de su ojo derecho, sin signos de actividad (fs. 209, punto 9).

Teniendo en cuenta el ya referido valor actual del SMVyM fijado por Resolución 06/2019 CNEPYSMVYM (\$15.625.-), la fecha estimativa en que se materializó la incapacidad parcial del accionante de forma permanente e irrecuperable (primeros días de noviembre de 2013), y el momento en que se realiza el cálculo (septiembre de 2019), la incapacidad sobreviniente por períodos pasados debe cuantificarse en ese lapso de tiempo (70 meses, desde noviembre de 2013 a septiembre de 2019), multiplicando aquél valor de referencia por la incapacidad previamente establecida (42%), arrojando un total de **\$459.375.-** [(15625x70)x42%].

El total de la indemnización por incapacidad parcial y permanente, en sus distintas etapas (**\$1.842.247,46.-** + **\$459.375.-**), asciende a **\$2.301.622,46.-**, monto por el cual propongo que progrese el reclamo y se haga lugar al agravio en estudio (art. 1068, 1069 y cctes. del CC, 1737 y sig. del CCyC; 375 y 384 del CPCCBA).

6. Siguiendo los lineamientos que este Tribunal ha demarcado en la ya citada causa “Ruiz Díaz” (n° 169.161, del 18/08/2016) y lo resuelto en los autos “Taddey” y “Cerizola” (causas n° 165.213 y 165.214, del 04/06/2018), “Alonso Pehuén...” (n° 166572, del 24/10/2018) y “Agüero...” (Sala II, causa 165.539, del 04/09/2018) corresponde formular una aclaración complementaria con relación a los intereses moratorios que habrán de liquidarse sobre el rubro incapacidad sobreviniente.

En los fallos “Vera, Juan Carlos” (C. 120.536, sentencia del 18 de abril de 2018) y “Nidera S.A.” (C. 121.134, sentencia del 03 de mayo de 2018) la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha cambiado la posición que supo sostener en las causas “Cabrera”

(Ac. 119176, del 15/06/2016) y “*Padin*” (C. 116.930, sent. del 10/08/2016) con relación a los intereses moratorios liquidados sobre créditos calculados a valores actuales.

En estos nuevos precedentes, la Casación resolvió que en aquellos supuestos en los que sea pertinente el ajuste por índices o bien cuando se fije un *quantum* a valor actual, los intereses moratorios sobre el crédito indemnizatorio deben liquidarse aplicando una tasa pura del 6% anual que se devenga desde que se hayan producido los perjuicios y hasta el momento tenido en cuenta para la evaluación de la deuda (arts. 772 y 1748, Cód. Civ. y Com.). De allí en más, resultará aplicable la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta días (en este punto se mantiene vigente lo resuelto en “*Cabrera...*” -c. 119176, del 15-6-2016).

En mi voto en las causas “*Pellizi...*” (c. 161257, sentencia del 06/10/2016) y “*Larrea...*” (c. 163205, sentencia del 06/09/2017) ya había señalado —antes que la SCBA mute su criterio— que «[l]a utilización de tasas puras desde la fecha del hecho hasta la de la sentencia es una razonable herramienta que pretende evitar resultados que pueden ser calificados de injustos, cual es el caso del damnificado que recibe el capital aumentado (representado aquí por la cuantificación actual del valor reclamado), y a la vez, sobre dicho capital percibiría el accesorio de los intereses a una tasa (activa o pasiva) solo justificable en épocas de aguda inflación. La concurrencia de dos correctivos encaminados al mismo fin, produciría, a favor del damnificado, un enriquecimiento sin causa».

En las causas “*Taddey*” y “*Cerizola*” (causas n° 165.213 y 165.214, del 04/06/2018) esta Sala se ha plegado a la nueva doctrina legal de la Casación. Afirmé allí que «si se utilizan tasas bancarias [pasivas o activas] que han sido determinadas en función del fenómeno inflacionario y se las aplica en forma retroactiva sobre un capital que ya fue cuantificado teniendo en cuenta el envilecimiento del signo monetario (sea por vía de indexación, o representación actual de un cierto valor), se produce una previsible distorsión que altera el significado económico de la condena y que encierra -en este punto- un enriquecimiento del acreedor que carece de causa».

Es importante destacar que no se trata de modificar el interés que percibe la actora como complemento que se devenga *ex lege* y que tiene como función indemnizar el daño moratorio (esto es, aquel que sufre el acreedor por el retraso del deudor en el cumplimiento de la obligación). Por el contrario, el sistema de liquidación que ahora propone la Suprema Corte local —y que corresponde aplicar al rubro en estudio— lo que permite es evitar que los intereses moratorios terminen cumpliendo una función que en principio no le es propia: mantener el contenido económico de un capital que, en este caso en particular, ya se ha expresado en valores actuales (art. 622 del Cód.Civ. -Ley 340- y 768 y sig. del Cód.Civ.Com. -Ley 26.994-).

En suma, es menester establecer pautas precisas para liquidar los intereses sobre el rubro incapacidad sobreviniente que distinga los *tramos* o *segmentos* del crédito (uno, por rentas frustradas pasadas, y el otro por las rentas frustradas futuras calculadas mediante la fórmula) y que además determine con claridad la alícuota que corresponde utilizar para evitar repotenciaciones indebidas sobre un capital ya expresado a valores actuales, de conformidad con la nueva doctrina legal de la Suprema Corte bonaerense.

Por ello: **(1)** los intereses que se devenguen con motivo del crédito por incapacidad sobreviniente (el tramo que va desde la producción del daño -ceguera definitiva - y hasta la fecha de la sentencia, y que asciende a la suma de **\$459.375.-**), se calcularán desde el primer día posterior al mes en el que esa lesión física devino irreversible (01/12/2013, v. *supra*) y hasta la fecha del efectivo pago. En cuanto a la tasa a utilizar en este segmento, se aplicará una tasa pura del 6% anual desde el 01/12/2013 y hasta el 01/09/2019 (fecha en la que fue comenzó a regir el último valor del SMVyM Resolución 06/2019 del CNEPYSMVYM) y de allí y hasta el efectivo pago se aplicará la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos en sus depósitos a treinta (30) días, vigente al inicio de cada uno de los períodos comprendidos y, por aquellos días que no alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo debe ser diario con igual tasa (SCBA “Vera” ya citada conf. arts. 622 y 623, Código Civil de Vélez Sarsfield; 7 y 768 inc. “c”, Cód. Civ. y Com.; 7 y 10, ley 23.928 y modif.); **(2)** los intereses correspondientes a la incapacidad sobreviniente que versa sobre rentas frustradas futuras (cuantificado mediante la fórmula matemática, y que arrojó un total de **\$1.842.247,46.-** y por tratarse de un daño que versa sobre mermas de ingresos aún no producidos, comenzarán a devengarse a partir del vencimiento del plazo de diez (10) días de notificada esta sentencia a la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos en sus depósitos a treinta (30) días, vigente al inicio de cada uno de los períodos comprendidos y, por aquellos días que no alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo debe ser diario con igual tasa (SCBA, fallos cit.; esta Sala II, causas n°166572 -“*Alonso Pehuén...*”- del 24/10/2018, n°161.169, “*Ruiz Díaz...*”, del 18-8-2016, causas n° 165.213 y 165.214, “*Taddey...*” y “*Cerizola...*”, ambas del 04/06/2018).

Con los alcances previamente señalados, corresponde hacer lugar al recurso de la actora y modificar el modo en que fue receptado el rubro *incapacidad sobreviniente* (arts. 375, 384 y cctes. del CPCCBA).

III.c. Recursos de ambas partes sobre el daño punitivo.

1. Ambos litigantes cuestionaron la recepción o la cuantificación de la multa civil aplicada por el juez con base en lo normado en el art. 52 *bis* de la Ley 24.240. Adelanto que el recurso de la demandada no prosperará y el de la actora será admitido en forma parcial.

He señalado en otras oportunidades (mi voto en causas 162.615 -“*Curry...*”- del 27/04/2017 y 164.060 -“*Gabas...*”- del 07/02/2018) que el daño punitivo consiste en “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.).

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 el amplio alcance que le fue asignado normativamente 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).

He coincidido siempre con esta postura que es, además, la que se impone en la jurisprudencia nacional en forma mayoritaria: efectivamente, el mero incumplimiento de la normativa no basta para que proceda la aplicación de la multa civil. 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 (mi voto en causas c. 161024 -*“Tavolaro...”*-, del 07/06/2016, 165165 -*“Massacesi...”*-, del 05/04/2018, 166.363 -*“Bassano...”*-, del 02/10/2018, 166.517 -*“Faggiolini...”*-, del 09/10/2018, 167.624 -*“Taliercio...”*-, del 11/06/2019, entre otros; en otras jurisdicciones. 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 Citroën 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 se 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 (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).

2. He leído minuciosamente la totalidad de las constancias obrantes en este expediente, he reparado con atención en los reproches que la actora formuló sobre la conducta de la firma demandada y -por último y primordialmente- he ponderado con detenimiento la

consumidor se encontraba en una extrema situación de salud que implicaba la posibilidad de quedar ciego de un ojo (desenlace que, por desgracia, finalmente se verificó).

La sola consideración de este extremo me persuade de que la decisión del juez de primera instancia ha sido correcta en la medida en que es posible concluir que en la ilicitud en la que incurriera la accionada subyace un grave menosprecio por la persona de Caballero, a quien en una acuciante situación de salud fue librado a su suerte sin ningún tipo de cobertura.

La actora pidió el aumento de la multa argumentando que la reticencia de la demandada a cumplir sus obligaciones con sus afiliados es generalizada; a su turno, esta última alegó que *"[no] es cierto que se haya acreditado la existencia de conductas repetidas"* -sic, punto 3 de su memorial- y que por ello no habría motivos técnicos para aplicar sanciones.

Contrariamente a lo dicho por la accionada, OMINT ha desplegado conductas idénticas a las que motivan este pleito y han sido objeto de reproche en la instancia federal.

Basta un breve repaso por los repertorios jurisprudenciales de este y otros tribunales -locales y de otras provincias, sea del ámbito federal u ordinario- para dar cuenta en que las rescisiones unilaterales injustificadas de la firma OMINT bajo el pretexto de omisiones en la declaración jurada no son ni novedosas ni aisladas y han sido objeto de numerosas condenas en procesos de amparo y juicios de conocimiento motivados por reclamos contractuales (a modo de ejemplo, Sala Primera de esta Cámara, autos *"Techera, Noelia Denise..."*, c. 166.964 del 04/04/2019; Cámara Federal de Mar del Plata, autos *"F., G. B. c. Omint S.A. de Servicios"*, del 27/12/2012 -publicado en LL, AR/JUR/73529/2012-, Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, Sala A, *"B., A. R c. Omint SA de servicios - amparo"*, del 07/02/2013 -publicado en LL, AR/JUR/184/2013-, Cámara 4ta de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, *"B., C. C. y otro c. Omint S.A. s/ abreviado – otros – recurso de apelación"*, del 21/05/2013 -publicado en LL, AR/JUR/21498/2013-, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala A, *"M., M. c. Omint S.A. de Servicios s/ amparo"*, del 23/08/2013 -publicado en LL, AR/JUR/44828/2013-, entre otros).

De hecho, el caso "Techera" resuelto por la Sala Primera de esta Cámara de Apelación reviste singular analogía con los hechos que son objeto de debate en este pleito y fue sentenciado pocos meses atrás, en abril de 2019 (166.964 del 04/04/2019). En aquel caso, como ocurre en autos, *"el comportamiento desplegado por la demandada –consistente en la inicial reticencia a otorgar cobertura de una práctica médica exigida con suma urgencia por la afiliada, y su posterior decisión de resolver el contrato sin acceder a la pretensión y librándola a su suerte- exhibe un grado de indiferencia hacia el usuario y su situación particular que se traduce en un trato indigno y vejatorio"* (fallo cit. voto del Dr. Rosales Cuello).

Agregaron allí los colegas de la Sala Primera que *"[e]n este aspecto estimo que el desinterés y la impasibilidad manifestada por la empresa con su actitud ante un escenario que, indudablemente, colocaba a la afiliada en un estado de extrema vulnerabilidad, tornan operativa la sanción prevista en el artículo 52 bis de la LDC en la medida en que las aristas particulares del caso ameritaban de su parte una conducta acorde con el riesgo inminente que se cernía sobre la actora; máxime teniendo en mira que la accionada desarrolla su actividad lucrativa como prestadora de cobertura en el ámbito del servicio a la salud desempeñándose en una esfera del*

mercado por demás sensible, con la consecuente necesidad de conducirse con cautela y diligencia y extremar los recaudos para evitar cualquier daño que podría irrogar sus decisiones hacia personas que requieren de medicación, tratamiento o intervenciones con carácter impostergable”.

Por último, apuntaron que “*la «gravedad del hecho» está dado por aquel comportamiento del proveedor frente a un evento que revestía un peligro sustancial y sus posibles consecuencias; conducta que, en función del abandono que supuso, trasunta un trato indigno para la actora ante el desprecio que implicó en función del delicado estado que padecía*” (autos “*Techera, Noelia Denise...*”, c. 166.964 del 04/04/2019, voto del Dr. Rosales Cuello).

Sopesando las variables que el caso presenta y reparando en el hecho de que la demandada ha reiterado una y otra vez la conducta que fuera objeto de reproche en la órbita federal (y que, como se vio, también motivó reclamos exitosos en otros tantos procesos tramitados en la justicia ordinaria y federal de esta y otras provincias), entiendo que corresponde admitir el agravio de la actora. Por ello, a los fines de disuadir a la demandada de continuar rescindiendo unilateral e ilegítimamente contratos de afiliados en ocasiones en los que éstos les reclaman una prestación urgente, corresponde duplicar el monto de la multa civil reconocido en primera instancia.

Propondré al acuerdo fijar en **\$600.000** la sanción por daño punitivo, modificando en esa medida la sentencia de primera instancia (art. 52 *bis* y ctes. de la Ley 24.240).

ASI LO VOTO

El Sr. Juez Dr. Roberto J. Loustaunau votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestión el Sr. Juez Dr. Monterisi dijo:

Corresponde: **I)** Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la parte actora modificando la sentencia de primera instancia en lo que respecta al rubro incapacidad sobreviniente (elevándose a la suma de \$2.301.622,46.-) y daño punitivo (que se eleva a \$600.000). Los intereses moratorios sobre el rubro incapacidad sobreviniente se liquidarán de conformidad con lo dispuesto en el considerando «III.b.6»; **II)** Rechazar el recurso de apelación de la parte demandada **III)** En atención al resultado obtenido, imponer las costas de segunda instancia a la demandada en su calidad de parte vencida (art. 68 del CPCCBA); **IV)** Diferir la regulación de los honorarios para su oportunidad (art. 31 de la ley 14.967).

ASI LO VOTO

El Sr. Juez Dr. Roberto J. Loustaunau votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

SENTENCIA

Con fundamento en el acuerdo precedente se dicta la siguiente sentencia: **I) I)** Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la parte actora modificando la sentencia de

primera instancia en lo que respecta al rubro incapacidad sobreviniente (elevándose a la suma de \$2.301.622,46.-) y daño punitivo (que se eleva a \$600.000). Los intereses moratorios sobre el rubro incapacidad sobreviniente se liquidarán de conformidad con lo dispuesto en el considerando «III.b.6»; **II)** Rechazar el recurso de apelación de la parte demandada **III)** Imponer las costas de segunda instancia a la demandada en su calidad de parte vencida (art. 68 del CPCCBA); **IV)** Diferir la regulación de los honorarios para su oportunidad (art. 31 de la ley 14.967). **V) Regístrese. Notifíquese personalmente o por cédula** (art. 135 del CPC). Cumplido, devuélvase.

RICARDO D. MONTERISI ROBERTO J. LOUSTAUNAU

ALEXIS A. FERRAIRONE

SECRETARIO

----- Para copiar y pegar el texto seleccione hasta aquí (sin incluir esta línea) -----

[Volver al expediente](#) [Imprimir](#) ^