



Expte. Nº 173424 - Juzgado Civil y Comercial N°13

En la ciudad de Mar del Plata, reunida la **Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Sala Segunda**, en acuerdo ordinario a los efectos de dictar sentencia en los autos caratulados “**DÍAZ, LILA DEL CARMEN C/ TRANSPORTE 25 DE MAYO SRL 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 definitiva dictada el 21 de mayo de 2021?
- 2ª) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

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

I. El 21 de mayo de 2021, el Sr. Juez a titular del Juzgado Civil y Comercial N°13 departamental, Dr. Maximiliano Colángelo, dictó sentencia definitiva en la que hizo lugar a la demanda promovida por Lila del Carmen Díaz contra Transportes 25 de Mayo SRL y condenó a esta última - conjuntamente con la citada en garantía Protección Mutual de Seguros del Transporte Público de Pasajeros S.A.- a pagar a la actora \$993.200 más intereses y costas.

Para así decirlo, consideró probado que el 22 de diciembre de 2017 a las 13:15 horas la actora era transportada en el interno 118 de la línea 543 de la empresa demandada y, al descender de la unidad en la intersección de calles Camusso y Ayolas de esta ciudad, el chofer aceleró de manera tal que produjo la caída de la Sra. Díaz sobre el pavimento.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Destacó que la demandada y la citada en garantía no lograron demostrar ninguna causal idónea para interrumpir total o parcialmente el nexo causal entre el hecho y el daño.

En cuanto a los daños, hizo lugar a los siguientes rubros: **a)** Gastos médicos: \$15.000; **b)** Gastos de traslado: \$35.000; **c)** \$600.000 a valores actuales; **d)** Daño moral: \$300.000; **e)** Daño emergente por costo de terapia psicológica: \$43.200.

II. El recurso de la actora.

La accionante apeló la sentencia el 31 de mayo de 2021 y fundó su recurso el 9 de junio de ese mismo año, mediante la presentación electrónica N°45111077. De ese memorial se dio traslado en primera instancia por orden de Tribunal (véanse providencias del 3/11/2021 de Cámara y del 15/11/2021 del Juzgado de primera instancia) y fue respondido por la demandada el 22/11/2021.

Aclaro lo anterior puesto que, por algún motivo, el gestor procesal de la Sra. Díaz presentó un segundo memorial el 11/06/2021, pieza que -en el contexto descripto- cabe tenerla por no escrita. Por aplicación del postulado de la preclusión por consumación, no puede un litigante ejercer válidamente una facultad procesal cuando esa misma prerrogativa ya había sido ejercida con anterioridad (esta Sala, c. 140290 -"Alvarado, Alcides..."- sent. 18 de agosto de 2010, entre muchos otros).

En el precitado escrito del 9 de junio de 2021 la actora cuestionó únicamente el rechazo del daño punitivo. En prieta síntesis, afirmó:

(a) Que es incorrecto evaluar la multa regulada en el art. 52 *bis* de la Ley 24.240 como una respuesta económica a una ventaja económica, y no como una sanción a un trato vejatorio.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Dice que el daño punitivo es una multa civil que tiene por objetivo sancionar a las empresas que incumplen gravemente sus obligaciones legales y contractuales, de modo de que corrijan su conducta en torno al comportamiento comercial más adecuado y acorde a la normativa tuitiva de los consumidores.

(b) Que la prueba producida por la reclamante ha estado dirigida a demostrar algunos parámetros útiles para cuantificar el rubro. Si bien no se acreditó la reiteración de la misma conducta por parte de la empresa, considera que otras pruebas acreditaron otros motivos que justifican la pena.

Alega que la accionada, a través de su dependiente, actuó con grosera negligencia y culpa grave al arrancar el colectivo antes de que la actora, una mujer mayor, terminara de bajar de la unidad. Luego, califica como “desprecio inadmisibles” que el chofer dejó *“a una mujer mayor tirada en el piso, luego de observar que había sufrido una lesión que quedó acreditada en autos, sin llamar a una asistencia médica o sin llevarla por él mismo para que sea atendida”*. Destaca que el juez reconoce esa circunstancia en la sentencia.

Entiende que la conducta del chofer no fue un simple incumplimiento y justifica sobradamente la sanción reclamada y que la falta de acreditación de algunos extremos que hubieran ayudado a cuantificar el rubro no justifica su desestimación.

(c) Que la prueba producida demostró que no invertía dinero en capacitación, ni poseía protocolos o manuales en los que se pautase el modo de conducirse en situaciones como las que motivaron el pleito. Dice que la demandada pagó casi 23 millones de pesos en indemnizaciones por accidentes de tránsito, por fuera de lo abonado por el seguro.

Agrega que debe evaluarse la conducta posterior de la empresa: no solo el abandono de la actora con su miembro superior lesionado, sino también la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

falta de pago de los gastos médicos generados, los datos del seguro y la negativa del hecho una vez iniciado el proceso judicial.

III. Tratamiento de los agravios.

El recurso es fundado y debe progresar.

Explicaré en primer lugar por qué considero que la sanción reclamada por la actora es procedente y luego definiré el monto que corresponde imponer y las pautas para su cuantificación.

III.1. Sobre la imposición de la multa.

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. Ello permitió que algún sector de la doctrina afirmara que 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 (entre otros, Álvarez Larrondo, F. “*Contrato de paseo en un shopping, deber de seguridad, daños punitivos y reforma de la ley 26.361*”, LL 2008-D, 58).



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Empero, también expuse en numerosos precedentes posteriores 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 menoscabo grave por derechos individuales o de incidencia colectiva (mi voto en causas 162.615 -"Curry..."- del 27/04/2017, 164.060 -"Gabas..."- del 07/02/2018 y 170873 -"Giacometti..."-, del 18/02/2021; v. 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 menoscabo 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 (esta Sala, en causas 162.615 -"Curry..."- del 27/04/2017, 164.060 -"Gabas..."- del 07/02/2018, 165165 -"Massaces"- del 5/04/2018, 165996 -"Felices..."- del 20/09/2018, 166363 -"Bassano..." del 2/10/2018, 166517 -"Faggiolini..." del 09/10/2018, 170873 -"Giacometti..."-, del 18/02/2021 y 166437 -"Alfageme..."- del 12/08/2021).



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

b. Contrariamente a lo decidido por el magistrado en su sentencia, entiendo que se han acreditado circunstancias suficientes que permiten advertir que un grave destrato y menosprecio por los derechos y la dignidad de la actora, justificando de ese modo la sanción reclamada (arts. 11.1 de la CADH, 75.22 y 12.3 de la CN, 8 *bis* y 52 *bis* de la Ley 24.240, y 1, 4 inc. "a" y "b", 6, 19 y 31 de la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores -OEA, 15/06/2015-, aprobada por Ley 27.360).

Llega incontrovertido a esta instancia el hecho principal que motiva esta controversia: el 22 de diciembre de 2017 la actora viajaba en el interno 118 de la línea 543 de la demandada y, al descender de la unidad en calles Camusso y Ayolas, se cayó al pavimento. El motivo de la pérdida de equilibrio fue que el chofer, por motivos que se desconocen, reanudó abruptamente la marcha del vehículo cuando Díaz aun no había terminado de bajar.

El juez consideró acreditado -y no viene cuestionado por la demandada y su citada- que el colectivo nada hizo ante la caída de la actora. Dijo el magistrado que el chofer la «abandonó» en el lugar (considerando IV.c del fallo), quedando Díaz en compañía de quien luego fuera testigo en estas actuaciones, el Sr. Maximiliano Boggón. Este último asistió a la víctima durante unos cuarenta minutos hasta que la actora pudo retirarse por sus propios medios (v. testimonio en la audiencia del 06/06/2019).

El testigo Boggón presentó un relato sumamente convincente que permite explicar el motivo principal de la caída de la Sra. Díaz: la ostensible negligencia del chofer del colectivo. Dijo que la actora bajó por la puerta delantera de la unidad, lo que significa que el dependiente de la demandada no tuvo que acudir a espejos o sortear alguna dificultad para verificar si la pasajera había terminado o no de descender. Por el contrario, todo ocurrió a poca distancia y a la derecha de su campo de visión, con plena y absoluta



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

aptitud de observar la maniobra de la pasajera. Esto significa, además, que no es posible imaginar por qué motivo -que no sea su propia desatención- comenzó la marcha sin verificar con una simple mirada si la pasajera había terminado de descender.

Tampoco se comprende por qué, una vez que advirtió que la Sra. Díaz cayó al suelo, nada hizo para ayudarla. El testigo expuso su sorpresa sobre este punto y relató que el chofer directamente se fue, dejándola a su suerte y con una mano hinchada que, evidentemente, daba cuenta de alguna lesión que podría requerir -y finalmente requirió- un control médico.

La pasividad argumental y probatoria de la accionada permite tener por acreditado lo que la accionante afirmó en su escrito de demanda: que la compañía de transportes ninguna asistencia le brindó en el momento (lo cual no sorprende, pues el chofer se retiró del lugar), y tampoco se le informó cómo podía obtener asistencia médica, o procurarse los datos de un seguro frente al cual canalizar algún tipo de reclamo administrativo (art. 53 *a contrario* de la Ley 24.240; art. 163.5 y 384 del CPCCBA).

Si bien todo este destrato inicial pudo haber obedecido a la inconducta del conductor del colectivo, lo cierto es que la empresa de transporte nada hizo para enmendar el perjuicio generado a su pasajera lesionada. Y es en este punto donde, a mi modo de ver, la sanción se percibe como justificada.

En efecto, frente a un contexto como el reseñado (pasajera que se cae por una mala maniobra del chofer y que cuenta con testigo presencial de lo sucedido y registro informático del abono del pasaje), la demandada ninguna conciliación logró, siquiera en instancia de mediación previa, de modo de evitar el tránsito por un litigio judicial con previsible resultado adverso.

Peor aun: presentada la demanda ante los tribunales, la proveedora del servicio de transportes se desentendió por completo del hecho y negó la totalidad de la plataforma fáctica que la Sra. Díaz invocó en fundamento de



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

su reclamo. No hubo una versión alternativa de lo sucedido, no se mencionó el nombre del chofer, no se brindó una explicación o una justificación sobre la caída o las circunstancias posteriores: absolutamente todo fue negado.

En un único y aislado párrafo, la empresa de transportes afirma que el relato de la actora “*torna verosímil que el propio chofer no haya advertido el suceso*” (punto IV.e de la contestación de demanda), lo cual resulta llamativo porque la demandada pareciera defenderse admitiendo la posibilidad de que el accidente haya ocurrido, a la vez que: **1)** brinda una explicación basada en la confesa negligencia de su dependiente, argumento que difícilmente pueda tener utilidad para resistir la pretensión resarcitoria incoada por la Sra. Díaz (arts. 8, 10 y cctes. de la Ley 24.240 y 1753 del CCyC) y, **2)** la culpa de su dependiente que la demandada postula como mera hipótesis *de lo que pudo haber ocurrido* no resulta compatible con el relato del testigo Boggón, quien dijo que Díaz descendió por la puerta delantera y, como dije, resulta difícil imaginar de qué modo no podía ver el chofer lo que ocurría a cortísima distancia de su puesto de manejo o, advirtiendo luego la caída, se retiró del lugar sin asistir a su pasajera accidentada.

En otras palabras, la negligencia de su dependiente fue muchísimo más grave de la que la demandada está dispuesta a admitir como mera posibilidad.

En cualquier caso, y no obstante todo lo dicho, me interesa destacar que el reproche que le cabe a la empresa de transporte no debe focalizarse en el accidente propiamente dicho: no es la caída en sí lo que justifica la sanción, sino el conjunto de comportamientos posteriores que siguieron a ese desgraciado hecho inicial. Allí sí se vislumbran motivos suficientes para imponer la multa que regula el art. 52 *bis* de la Ley 24.240 de conformidad con los estándares ya reseñados.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Es que, además de ocasionar el accidente con motivo del actuar culpable de su dependiente, de abandonar a la pasajera a su suerte luego de la caída, de no brindarle a la consumidora ningún tipo de asistencia e información que permita paliar su situación (e.g., llevarla a un centro de salud, decirle dónde puede concurrir para que le sean realizadas las curaciones necesarias, darle datos de un seguro para formular reclamos, etcétera) ni ofrecer reparaciones que permitan evitar instancias judiciales, *la demandada sometió a la Sra. Díaz a un pleito completamente evitable que lleva hoy más de tres años y en el que se limitó a afirmar que lo que la pasajera dice es mentira, no produjo absolutamente ninguna prueba ni tampoco colaboró arrojando alguna luz sobre los múltiples tópicos que resultaron controvertidos*, tal como lo exige el art. 53 de la Ley 24.240 (no identificó al chofer, no se explicaron los protocolos a seguir en accidentes como el sufrido por la actora, no se explicó por qué el conductor no asistió a la pasajera, no la llevó a algún lugar para ser atendida, etc.).

En este contexto, no cabe sino inferir que el litigio judicial ha obedecido a una actitud especulativa de la demandada de no indemnizar a su pasajera por un hecho cuya materialidad negó genéricamente en primera instancia y siquiera controvirtió en Cámara, y que ha provocado daños que han sido suficientemente acreditados.

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



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

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. 10 del CCyC).

Han transcurrido más de cuatro años desde la fecha del accidente. La cuantificación actualizada de la deuda de valor no permite garantizar la integridad del contenido económico de las indemnizaciones si el pago, por el tiempo que insumen las instancias recursivas, se dilata en el tiempo. Las tasas pasivas -o incluso las activas, como las que escogió el juez- se utilizan de un modo muy diverso a como operan en la contratación bancaria: al no admitirse la capitalización en juicio de los accesorios por mora (algo que es habitual en los productos bancarios donde naturalmente operan esas alícuotas), toda tasa en el mediano o largo plazo termina generando un rendimiento negativo. Este escenario beneficia al deudor de la condena y genera un atractivo incentivo para dilatar a como dé lugar el pago de lo que es debido.

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



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

legítimo del derecho de defensa en juicio por parte de la proveedora de bienes y servicios se esconde una voluntad pérfida 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. “d” 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*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

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).

Como dije, la conducta que aquí es objeto de reproche y que motiva la aplicación de la multa no se identifica exclusivamente 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 también en el notorio desprecio que revela la conducta posterior de la empresa de transporte: el trato indigno que ésta última imparte a una jubilada lesionada por una evidente negligencia de uno de sus choferes dejándola a su suerte luego de provocarle la caída y sometiéndola luego a casi cuatro años de juicio con el solapado -aunque a la vez indisimulable- propósito de abonar una indemnización licuada por la inflación, todo ello en el marco de un pleito evitable en el que ninguna voluntad conciliatoria ha tenido (art. 8 *bis* de la Ley 24.240, 10 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 probatorio del reclamo del accionante y el éxito que ha tenido en la demostración de del hecho dañoso y 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 (desconociendo por completo el hechos sin producir ninguna prueba), 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 de la consumidora damnificada (art. 10 del CCyC).



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Por lo expuesto, tanto por las características del accidente que protagonizara la Sra. Díaz, como por el comportamiento posterior de la empresa demandada y su dependiente, considero que la procedencia de la multa regulada en el art. 52 *bis* de la ley 24.240 se encuentra debidamente justificada.

El recurso, tal lo dicho al inicio de mi ponencia, es procedente y la decisión apelada debe ser modificada (arts. 11.1 de la CADH, 75.22 de la CN, 12.3 de la CN, 8 *bis* y 52 *bis* de la Ley 24.240, y 1, 4 inc. "a" y "b", 6, 19 y 31 de la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores -OEA, 15/06/2015-, aprobada por Ley 27.360).

III.2. Sobre la cuantía de la sanción

a. He dicho en otra oportunidad que la tarea de establecer el monto exacto de la sanción no es sencilla dado la norma que regula el instituto omite brindar pautas de cuantificación claras y precisas. El legislador solo prescribió que la punición «*se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan*» (c. 168199 -"Gastiarrena, Daiana..."- sent. del 10/10/2019; art. 52 *bis* de la LDC).

Como punto de partida, debemos recordar que el daño punitivo tiene una finalidad económica que justifica su aplicación: debe funcionar 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,



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

"Vázquez Ferreyra, Roberto c. Claro AMX Argentina y otro s/ daños y perjuicios", del 07/08/2012).

Irigoyen Testa –cuyas ideas nutrirán en gran medida los párrafos que siguen– ha diseñado una herramienta matemática con una sólida base conceptual que permite determinar la cuantía de los daños punitivos en forma tal que no sea inferior ni exceda el monto necesario para cumplir esa función disuasoria y que, tratándose -como en autos- de daños reparables, busca hacer coincidir la responsabilidad total esperada del dañador con los daños reparables esperados que se derivan de su comportamiento.

De ese modo se logra cumplir con la *función principal disuasoria* (que se ajusta a los niveles de precaución socialmente deseables) y la *función accesoria sancionatoria* (que implica una multa civil extracompenatoria que se afronta adicionalmente, luego de haberse compensado perfectamente al damnificado) (Irigoyen Testa, Matías, *Monto de los daños punitivos para prevenir daños reparables*, La Ley, DCCyE, 2011 (diciembre), 87).

El autor propone una fórmula superadora de aquella que se han diseñado en el derecho comparado (en particular, las propuestas por la doctrina estadounidense a partir de los desarrollos del Análisis Económico del Derecho) y en la que se revisan los presupuestos de hecho que justifican el cálculo, enmendando variables que descansan en supuestos irreales que carecen de base teórica y práctica que los justifique (v.gr. la coincidencia entre el daño causado y la indemnización fijada en casos de daños irreparables; o la probabilidad del 100% de condena por daño punitivo de existir una condena por indemnización, etcétera).

El cálculo diseñado procura que el costo privado del empresario coincida con el costo social total del producto que ofrece: si además de su condena por indemnización la empresa también posee una condena esperada adicional por daños punitivos entonces en el futuro preferirá corregir su



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

conducta. De ese modo, deja de resultarle provechoso inobservar el comportamiento debido. [Irigoyen Testa, M. *Monto de los daños punitivos para prevenir daños reparables*. La Ley, DCCyE, 2011 (diciembre), 87].

La fórmula es la siguiente: $D = C \times [(1 - Pc) / (Pc \times Pd)]$, donde: D = es la cuantía de los daños punitivos a determinar; C = es la cuantía de la indemnización compensatoria por daños provocados; pc = es la probabilidad de ser condenado por la indemnización compensatoria de daños provocados; pd = probabilidad de ser condenado por daños punitivos, condicionada a la existencia de una condena por indemnización compensatoria.

En el caso en estudio, la indemnización de la actora **[C]** asciende a \$993.000 comprensivo de diversos rubros resarcitorios. La probabilidad de que una pasajera accidentada demande a la empresa de transportes y obtenga una condena que le procure una reparación por los daños ocasionados **[Pc]** la estimaré en 70% lo que significa que siete de diez usuarios afectados por un hecho de esta naturaleza asumirían los costos y el esfuerzo que implica transitar un proceso de mediación e iniciar el juicio a la espera de un resultado favorable (variable en la que tengo en cuenta que la demandada debió que la víctima tenía una sólida base probatoria para exigir un resarcimiento dado que pagó por un medio electrónico su boleto y fue asistida por un testigo presencial no solo del hecho, sino también de sus circunstancias posteriores); la probabilidad matemática equivale entonces a 0,7 (70/100). Luego, la probabilidad de condena por daños punitivos **[Pd]** la estimaré en un 50%, dado que -a la luz de la decisión que viene recurrida- la aplicación de la multa no se apreciaba como previsible o altamente probable y podía resultar dudosa según el criterio que adopte el decisor. El valor de esa probabilidad, al realizar el cálculo, será de 0,5 (50/100).

Entonces, aplicando al caso la fórmula « $D = C \times [(1 - Pc) / (Pc \times Pd)]$ » resulta que $D = \$993000 \times [(1 - 0,7) / (0,7 \times 0,5)]$; luego se sigue que $D = \$993000$



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

x (0,3/0.35); finalmente, $D = \$993.000,40 \times 0,857$. El daño punitivo debe ascender entonces al total de **\$851.142,86.-**

Es importante destacar que ambas probabilidades contenidas en el cálculo (la de resistir un juicio en el que resultará vencida [Pc], y la de ser condenado por DP [Pd]) obedecen a estimaciones realizadas sobre la base de la experiencia que, como tales, son completamente opinables. Pero las críticas que pudieren efectuársele a esas consideraciones no son achacables al cálculo matemático propiamente dicho ni a la base conceptual que le da sustento, sino a la operación que he realizado consistente en cuantificar una probabilidad contando con muy poca o ninguna información. No tengo manera de saber con precisión —sino solo de presumir o estimar— los cálculos especulativos de la accionada con los que analizó los costos y beneficios de uno u otro camino de acción (y a partir de los cuales eligió finalmente la conducta que implicó incumplir, desentenderse del hecho, no preocuparse por arribar a una solución extrajudicial y no someter a un lustro de proceso judicial para darle un resarcimiento a la pasajera).

Quiero decir con ello que las objeciones que pudieran hacérsele a estas estimaciones no son demostrativas de una debilidad del cálculo sino de una virtud: las variables al ser explicitadas en el fallo pueden ser susceptibles de control. La solución alternativa sería establecer un monto con base en la sola "prudencia" judicial, lo cual consistirá en no más que una capciosa manera de esquivar el problema, omitiendo consignar en el fallo cálculos —conscientes o inconscientes— que necesaria e inevitablemente giran en la mente del juzgador al adoptar una solución y no otra.

He enfatizado en otra oportunidad, y creo necesario reiterarlo aquí, que si una suma de dinero es el resultado de la ponderación "prudente y razonable" de un conjunto de variables, no cabe sino concluir que algún tipo de operación matemática ha tenido lugar en el razonamiento del juez al



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

momento de adoptar su decisión. Ese resultado numérico final es tal respecto de algún cálculo previo que le ha dado sentido.

Y si ello es así, y no dudo que lo sea, el problema no radica en verdad en la disyuntiva de usar o no usar fórmulas matemáticas, sino que el debate pasa por definir qué tipo de cálculos creemos que deben utilizarse para realizar correctamente esa tarea y si acaso consideramos valioso exigirle al juez que motive su decisión explicitando el tipo de operación matemática realizada (que, seguramente, puede ser representada por una fórmula por simple que sea) y detallando el valor que le asignó a cada una de las variables escogidas, posibilitando a las partes corroborar y eventualmente criticar el resultado obtenido en instancias recursivas (mi voto en causa “*Paco Beltrán*”, Sala I, c. 164.033, del 21/08/2018).

Estas ideas se acompañan con lo que este Tribunal viene diciendo desde hace más de cinco años sobre el uso de fórmulas para la cuantificación de daños personales por incapacidad o muerte (Sala II, c. 161.169 -“*Ruiz Díaz, J. c. Kreymeyer, I.*”- del 18/08/2016, entre otros).

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.

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



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

y mejor nuestras decisiones y debemos buscar y promover herramientas que permitan lograr ese objetivo (mi voto en causa "*Paco Beltrán*", Sala I, c. 164.033, del 21/08/2018 y Sala II, causa "*Caballero*", c. 168.070, del 08/10/2019). Todo ello no hace más que consolidar el postulado preambular de afianzar la justicia.

Por todo lo dicho hasta aquí, tanto en relación a la aplicación de la sanción reclamada como a la justificación del monto elegido, propondré al acuerdo revocar la decisión de primera instancia en cuanto ha sido materia de agravio. Corresponde hacer lugar al reclamo por daño punitivo contenido en el punto «XII.5» de la demanda e imponer a la firma Transporte 25 de Mayo SRL una multa civil de \$851.142,86, condena que, en forma concurrente y en los límites fijados por el juez en el considerando «III» de su sentencia, cabe extender a la citada en garantía. Dicho capital devengará intereses moratorios vencido el plazo de diez días de quedar firme la presente y a la tasa fijada en el considerando «V» de la sentencia de primera instancia (art. 768.c y 1748 del CCyC; c. 171747 -"*Martinez, Marcos A.*"- sent. del 11/11/2021).

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. Ricardo D. Monterisi dijo:

Corresponde: **I)** Hacer lugar al recurso de la parte actora e imponer a la firma Transporte 25 de Mayo SRL una multa de \$851.142,86, condena que, en forma concurrente y en los límites fijados por el juez en el considerando «III» de su sentencia, se extiende a la citada en garantía. El capital de la penalidad devengará intereses moratorios vencido el plazo de diez días de quedar firme la presente y a la tasa fijada en el considerando «V» de la sentencia de primera instancia; **II)** Las costas de segunda instancia se



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

imponen a la demandada y su citada en garantía (art. 68 del CPCPCBA); **III)** Diferir la regulación de honorarios para la oportunidad del 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.

Con fundamento en el acuerdo precedente se dicta la siguiente sentencia:

I) Hacer lugar al recurso de la parte actora e imponer a la firma Transporte 25 de Mayo SRL una multa de \$851.142,86, condena que, en forma concurrente y en los límites fijados por el juez en el considerando «III» de su sentencia, se extiende a la citada en garantía. El capital de la penalidad devengará intereses moratorios vencido el plazo de diez días de quedar firme la presente y a la tasa fijada en el considerando «V» de la sentencia de primera instancia; **II)** Las costas de segunda instancia se imponen a la demandada y su citada en garantía (art. 68 del CPCPCBA); **III)** Diferir la regulación de honorarios para la oportunidad del art. 31 de la ley 14.967; **IV) REGÍSTRESE Y NOTIFÍQUESE** en los términos del art. 10 del Anexo I - «Reglamento para las presentaciones y las notificaciones por medios electrónicos»- del Ac. 4039/21 de la SCBA). Oportunamente, devuélvase.

En Mar del Plata se procede a firmar digitalmente la presente resolución de conformidad con la
Acordada 3975/20 de la SCBA.-

REFERENCIAS:

Funcionario Firmante: 08/03/2022 09:25:31 - MONTERISI Ricardo Domingo - JUEZ

Funcionario Firmante: 08/03/2022 10:23:17 - LOUSTAUNAU Roberto Jose - JUEZ

Funcionario Firmante: 08/03/2022 10:36:33 - FERRAIRONE Alexis Alain -



SECRETARIO DE CÁMARA



235100478020715190

**CAMARA DE APELACION EN LO CIVIL Y COMERCIAL SALA II - MAR
DEL PLATA**

NO CONTIENE ARCHIVOS ADJUNTOS

Registrado en REGISTRO DE SENTENCIAS el 08/03/2022 13:06:31 hs.
bajo el número RS-34-2022 por Ferrairone Alexis Alain.