En Buenos Aires, a los 23 días del mes de noviembre de 2017, se reúnen en Acuerdo los señores jueces de la Sala II de esta Cámara para dictar sentencia en los autos del epígrafe

Conforme con el orden de sorteo efectuado, el doctor Ricardo Víctor Guarinoni dice:

I. El Magistrado de primera instancia, en el pronunciamiento de fs. 916/922, desestimó la demanda que interpusiera M. del C. B. contra APDIS -Obra Social del Personal de Dirección de la Industria Siderúrgica-, GALICIA SEGUROS S.A. e IBERO ASISTENCIA S.A. imponiéndole las costas del proceso a la accionante.

Para así decidir, tuvo por acreditado que la actora era asociada de APDIS, y que a través de ésta celebró un contrato de asistencia el viajero que brindaba IBERO ASISTENCIA como consecuencia del convenio suscripto entre dicha empresa y GALICIA.

Que encontrándose de viaje en la isla de Raivavae, Archipiélago de las Australes, Polinesia Francesa, el día 14 de abril de 2009 a consecuencia de una caída accidental, sufrió la fractura del cuello del fémur derecho y ante la carencia de recursos para que fuera atendida en el lugar en que se encontraba, debía ser trasladada a otra isla.

Señaló que el conflicto se plantea porque la actora sostiene que las demandadas, no cumplieron con sus obligaciones, al no ocuparse de su situación según recomendó el profesional que la atendió en Tubuai, que consistió en el inmediato traslado sanitario hacia Papeete para tomar un vuelo hacia la República Argentina, y ser intervenida aquí. Y que tal incumplimiento le provocó una trombosis, otras secuelas y gastos que reclama.

Señaló además que tal imputación de responsabilidad fue negada por las demandadas, quienes plantearon que su contraria no ajustó su conducta a las pautas de la cobertura contratada, desoyendo la recomendación del médico auditor de IBERO ASISTENCIA y trasladándose a Buenos Aires con riesgo para su salud.

Puso de relieve que el contrato del servicio exigía como requisito para la cobertura del traslado en vuelo sanitario laprescripción del médico tratante que lo recomendara y en caso de que se realizara la intervención en el lugar en que se encontraba, la autorización previa de la central operativa correspondiente.

Luego de un análisis pormenorizado de la prueba producida, estimó que a diferencia de lo planteado por la accionante, el profesional que intervenía en el momento del accidente, en ningún momento expresó la necesidad de que fuera trasladada a Buenos Aires para ser operada. Y que por otro lado, la actora se apartó del régimen convencional estipulado no obteniendo la autorización que debía otorgarle IBERO ASISTENCIA, como tampoco aceptó la solución propuesta por la compañía que consistía en que fuera intervenida en el hospital de Papeete, donde se contaba con la infraestructura necesaria, optando por encarar un extenso viaje hacia la República Argentina.

II. Alza sus quejas la parte actora a fs. 978/1003, las que son contestadas a fs. 1005/1013 por Ibero Asistencia, a fs. 1014/1021 por APDIS y a fs. 1022/1026 por Galicia Seguros.

A fs. 1028/1032 es oído el Sr. Fiscal General.

Obran asimismo apelaciones contra las regulaciones de honorarios las que serán examinadas al finalizar el acuerdo de corresponder.

Las quejas de la apelante se refieren -en apretada síntesis- a lo que considera una errónea interpretación de los hechos de la prueba y del derecho aplicable al caso. Sostiene que no aplicó la legislación y principios protectorios del derecho del consumidor, que no se tuvo en consideración que las demandadas no acreditaron los extremos que invocaron en sus respectivas contestaciones, que el “a quo” se refirió exclusivamente a uno de sus reclamos, dado que se desestimó lo requerido respecto de traslado sin considerar el resto de los aspectos de la asistencia que se omitieron. Sostiene además que en el decisorio impugnado se confundieron las fechas y las secuencias de los hechos, como además que no se tuvo en consideración parte de la prueba a la que alude.

III.En primer término cabe señalar que el tribunal sólo se ocupará de aspectos decisivos de la controversia, sin entrar en consideraciones innecesarias, pues los jueces no están obligados a tratar cada una de las argumentaciones que desarrollan las partes, sino aquellas que sean conducentes para la solución del caso (Fallos 262:222; 278:271; 291:390; 308:584 y 331:2077 ). Siendo que además, los jueces no están obligados a seguir a las partes en cada una de sus argumentaciones, limitándose a expresar en tales casos, las razones de hecho y prueba y de derecho que estimen conducentes para la correcta composición del conflicto, metodología que la Corte Suprema de Justicia ha calificado de razonable (doctrina de Fallos: 278:271; 291:390; 294:466 entre otros) y que, en materia de selección y valoración de la prueba tiene específico sustento normativo en el art. 386, segunda parte, Código Procesal (confr. esta Cámara, Sala I, causa N° 4941/04 del 24/05/07; Sala II causas N° 748/02 del 02/07/08; entre otras).

De la compulsa de la documentación acompañada por la actora (fs. 17/18) surge el instrumento que determina las características de la asistencia al viajero que hace al conflicto suscitado en autos. En dicho instrumento se determina quienes resultan ser beneficiarios de la cobertura, las características de la misma -a partir de los 100 km.del domicilio declarado por el contratante- y el plazo de la cobertura -viajes que no superen los sesenta días-, con excepción de los casos que requieran internación en cuyo caso el período se amplía por diez días más.

El acuerdo estipula en el artículo 5 las obligaciones del beneficiario, disponiendo que se requiere obtener la autorización de Ibero Asistencia antes de tomar cualquier iniciativa o comprometer cualquier gasto, aceptar las soluciones propuestas por Ibero Asistencia, proveer comprobantes originales, pasajes y proporcionar información fidedigna.

Respecto al servicio que debe brindar la empresa, en lo que aquí interesa, dispone que si fuera aconsejado el traslado a otro lugar más adecuado, Ibero Asistencia tomará a su cargo organizar el mismo y a su exclusivo cargo efectuará el traslado en aviones sanitarios, de línea, de tren o ambulancia según la gravedad del caso. Únicamente las exigencias de origen médico son tomadas en consideración para decidir la elección del medio de transporte y el lugar de hospitalización. En todos los casos el transporte deberá ser previamente autorizado por el Departamento Médico de Ibero Asistencia y la central operativa correspondiente. Con relación a repatriaciones sanitarias, el acuerdo señala que cuando el Departamento Médico de Ibero Asistencia estime necesario efectuar la repatriación sanitaria de un beneficiario, como consecuencia de un accidente grave, la repatriación del herido será efectuada en avión de línea regular, con acompañamiento médico o de enfermera si correspondiese, sujeto a disponibilidad de plazas, hasta el territorio de la República Argentina. Este traslado deberá ser autorizado por el médico tratante.

No se encuentra debatido que la actora a los 73 años se encontraba de viaje por una isla de la Polinesia Francesa junto a su pareja y que a consecuencia de una caída sufrida mientras paseaba en bicicleta padeció la fractura de la cabeza de un fémur. Ambos se trasladaron por sus propios medios a otra isla que cuenta con un mínimo de infraestructura.La anterior, donde ocurriera el evento no contaba con ninguna asistencia sanitaria, y en la que recalaron, Tubuai, poseía 45 km2, 2000 habitantes y un centro de salud que no le podía brindar la atención que requería -conf. documental aportada por Ibero Asistencia fs. 108-.

A fs. 219/232, las partes en forma conjunta acompañaron la desgrabción de algunas de las conversaciones telefónicas mantenidas entre dependientes de la demandada y el acompañante de la actora al momento de ocurrencia del accidente y la demandada algunos de los intercambios vía mail que tuvieron con el médico tratante, todo ello sirvió de fundamento para el rechazo de la demanda con el argumento de que la accionante decidió “voluntariamente” volver a Buenos Aires por sus propios medios asumiendo “el riesgo del largo viaje”.

Creo oportuno adelantar que en las circunstancias cuyo análisis abordaré a continuación, no creo que la actora se encontrara en condiciones de tomar decisiones voluntariamente y más aún creo que podría considerarse que su voluntad se encontraba seriamente viciada.

Con respecto al diálogo telefónico, puestos a evaluar las decisiones tomadas por una y otra parte del contrato, no puede perderse de vista que se trata de una pareja de mas de setenta años de edad que sufrieron un accidente con consecuencias graves para la salud de uno de ellos en un lugar inhóspito -una isla que se encuentra a miles de kilómetros del continente mas cercano-, por lo tanto no puede considerarse que se encontraban en igualdad de condiciones a la hora de evaluar las decisiones vinculadas al servicio que debía proporcionar la demandada, teniendo en cuenta que mientras el representante del servicio de asistencia al viajero se encontraba tomando decisiones respecto a cuestiones que hacen a su labor cotidiano, el acompañante de la accionante las tomaba respecto de cuestiones no sólo novedosas sino con una realidad influida por el hecho de encontrarse en una isla de 2000 habitantes que no contaba con infraestructura para brindarle el mínimo de atención, circunstancias que a cualquier personale generarían una situación de desasosiego de tal magnitud como para considerar vulnerada su voluntad y más aún tratándose de personas de avanzada edad.

En dicha circunstancia, no puede tener favorable acogida la posición de la demandada que implica -ante la falta de respuestas concretas que se deducen del contenido del mail que enviara el Dr. Darrozín y el dolor físico experimentado por su pareja- interpretar que la toma de la decisión, desesperada, de abordar cualquier medio de transporte para llegar cuanto antes a Buenos Aires implica el desistimiento voluntario del servicio que debió brindársele en el momento en que fue requerido.

Estimo evidente que la conducta de la actora se encontraba viciada por la situación descripta y es la demandada experta sobre quien pesaba la carga de brindar la solución que ameritaba la gravedad de la situación.

El proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con claridad necesaria que permita su comprensión.

El deber de información que tienen que cumplir los proveedores de bienes y servicios frente a los consumidores constituye uno de los pilares fundamentales sobre los cuales se apoya el régimen jurídico que tutela a estos últimos. Esa obligación de informar tiene como objetivo básico disminuir la asimetría negocial existente entre proveedor y consumidor, derivada del conocimiento detallado del bien o servicio que posee el primero, y del que carece total o, parcialmente, el segundo. Para lograr este fin, el ordenamiento jurídico se ocupa de la regulación de dicho deber en distintas disposiciones. Así se lo puede encontrar desarrollado, por ejemplo, en el art. 42, primer párrafo, de la Constitución Nacional, en los arts.4° y concordantes de la ley 24.240 (Ley de Defensa del Consumidor -LDC-), en las normas pertinentes del Código Civil y Comercial de la Nación que se ocupan del contrato de consumo (aquí se pueden ver los arts. 1100 y concordantes). El contenido de todas ellas presupone la existencia de un consumidor que, en base a información adecuadamente suministrada, está en condiciones de tomar “decisiones racionales”. Así, las normas obligan al proveedor, por ejemplo, a suministrar información adecuada, veraz, cierta, clara, detallada y gratuita sobre las características esenciales de los bienes y servicios, sus condiciones de comercialización y toda otra circunstancia relevante para el contrato.

El deber de información, tal como se encuentra regulado actualmente, apunta entonces a lograr una especie de “consentimiento informado”, otorgado por un sujeto que “se supone” que toma decisiones de manera racional (homo economicus). Es decir, las normas parten del supuesto de que el deber de información (correctamente cumplido por los proveedores) garantiza, en cierta manera, “decisiones acertadas” de los consumidores. No obstante, la realidad cotidiana muestra lo contrario, pues, aun cuando se encuentren debidamente informadas, las personas toman a diario numerosas decisiones de consumo “incorrectas”, apartándose, por lo tanto, de lo que se conoce como “racionalidad”. (¿Qué hacer ante las decisiones “no racionales” de los consumidores? Chamatropulos, Demetrio A. Publicado en: LA LEY 19/10/2017, 3).

De la compulsa del prueba producida, que aportaran ambas partes, se desprende claramente una actitud pasiva de la empresa de servicios ante la urgente necesidad de la actora. De hecho no aportó elementos de convicción que permitan tener por acreditados sus dichos en la contestación de demanda. El perito médico designado en autos al preguntársele si era razonable la evacuación de la paciente a la Argentina, brinda una respuesta ambigua, señalando que ambas conductas pueden ser idóneas para el tratamiento de la actora. Las distintas opciones del lugar de asistencia pueden ser equivalentes “si reúnen las condiciones adecuadas” (el resaltado es propio) para el tipo de patología y el tratamiento a efectuar (fs.709). La respuesta no pudo ser categórica porque ni siquiera al perito médico al momento de realizar la pericia le fue brindada la información relativa a la idoneidad del lugar ofrecido por la demandada como opción para realizar la cirugía mayor que requería la actora, circunstancia que luego ante la insistencia de la demandada expone expresamente al sostener que no existen constancias del nivel medico-asistencial de Papeete (fs. 724).

Estimo razonable, en virtud de la calidad de profesional en la materia, la facultad que se reserva la empresa prestadora del servicio de autorizar las erogaciones y la decisión sobre la determinación de los lugares donde debe brindarse la cobertura, ello sin embargo, no veda la posibilidad de un análisis ulterior de razonabilidad de la decisión tomada ante un hipotético reclamo como el de autos. Dicha facultad, no releva a la obligada de aportar los elementos necesarios que permitan evaluar la razonabilidad de la decisión tomada ante la queja del consumidor.

En dicho orden de ideas, la demandada no aportó ningún elemento que permita dilucidar la razonabilidad de la decisión que tomara. No se acompañó el dictamen médico que sirvió de fundamento, ni se acreditaron las características del nosocomio que le brindaran como única alternativa para la atención de la accionante.Dicha carencia, tiñe de arbitraria la solución brindada y torna justificada la decisión de la actora de regresar al país por sus propios medios dado que -reitero- se encontraba en un lugar inhóspito en el que era dable presumir que no se le brindaría la atención médica que requería.

Es que la empresa prestadora es quien debía contar con la información de la calidad del servicio que brindaba la opción por la que se inclinó en el momento de los hechos y no sólo no se aportó ningún elemento que permita inferir siquiera que se le brindo esta información de vital importancia para tomar una decisión tan importante como lo es la una intervención quirúrgica de magnitud, tampoco fue aportada dicha información en las presentes.

Del intercambio de mails que anejara la propia demandada (fs. 105/111) surge claramente que hasta el médico que atendía a la actora perdió la paciencia ante la pasiva actitud adoptada por la empresa de servicios, lo que conduce a concluir que la actitud de aquella de resolver el problema del traslado por sus propios medios, no se trata, como interpreta la demandada, de un desistimiento de su derecho a que le brinden el servicio que requería, sino que se trata claramente, de la figura del cumplimiento de una obligación por un tercero a costa del deudor (art. 777 y ccdtes. del Código Civil de aplicación al presente caso a mérito de la fecha de ocurrencia de los hechos y lo previsto por el art. 7 del Código Civil y Comercial de la Nación).

La complejidad del trámite mercantil hace exigible una protección responsable del consumidor (artículo 42 C.N. y ley 24.240); en tales circunstancias no debe otorgarse un tratamiento similar a los sujetos que son diferentes en aspectos sustanciales: poder de negociación, experiencia y conocimientos.Toda vez que en determinadas circunstancias la comercialización impide al consumidor cerciorarse a fondo sobre diversos aspectos de las operaciones que realiza, lo que no comprueba por sí mismo debe asumirlo como un acto de confianza, razón por la cual el usuario recurre a los servicios profesionales en los que deposita su seguridad para celebrar sus transacciones. Y es por ello que la confianza como principio de contenido ético impone a los operadores un inexcusable deber de honrar las expectativas y su quiebre implica contravención de los fundamentos de toda organización jurídica y torna inseguro el tráfico. Es que el consumidor no se encuentra obligado a indagar más allá de lo que exige la buena fe y a la diligencia razonable en torno a la apariencia creada por la empresa. (CNCom Sala B Lorenzini de Martini c/ Viajes Ati del 10/3/08 y sus citas).

Por estas breves consideraciones propondré al acuerdo la revocación de la sentencia de grado en lo que hace al fondo del asunto, haciendo lugar al reclamo introducido por la accionante en los términos que analizaré a continuación.

IV. Reclama la actora la suma de $ 20.000.- en concepto de daño material más la de $ 5.402,49.- de gastos, la de $ 32.000 en concepto de daño psicológico incluyendo los gastos de tratamiento, por daño moral la de $ 20.000.- y la de $ 47.000.- por daño punitivo.

Con respecto al primer punto señala la actora en la demanda que padece una incapacidad atribuible a dos factores, la fractura y su operación que le generara una incapacidad del orden del 15% de la T.O. y otra como consecuencia de una Trombosis Venosa Profunda y síndrome postrombótico generado por la demora en el traslado que le genera una incapacidad del orden del 20% y que ésta última si le es atribuible a la demandada.

El perito médico oportunamente designado, a fs. 694/696 informa que la inmovilidad prolongada con condiciones personales favorecedoras, puede provocar una trombosis venosa.A pesar de que en nuestro sistema la pericial no reviste el carácter de prueba legal, si el perito es una persona especialmente calificada por su saber específico y se desempeña como auxiliar judicial distinto de las partes, la prudencia aconseja aceptar los resultados a los que aquél haya llegado, en tanto no adolezcan de errores manifiestos o no resulten contrariados por otra probanza de igual o parejo tenor (Fallos 335:859) y si bien es materialmente imposible determinar si -como sostiene la actora- que de haber viajado con antelación la misma no se hubiese producido resulta válido sostener que ello pudo ser así haciendo mérito de las presunciones propias del conglomerado legal protectorio del derecho del consumidor al que me refiriera con antelación.

Ahora bien, el perito estima la incapacidad de la accionante en un 28% de la T.O. y lo reitera al aclarar las impugnaciones de las partes, que dicha incapacidad es atribuible en un 15% a alteraciones estructurales (protesis total de cadera) 8% a limitaciones funcionales y estima el deterioro estético en el restante 5%, de lo que se deduce que la trombosis por la que se reclama no resulta generadora incapacidad alguna. Por lo tanto ante la inexistencia del daño corresponde desestimar lo r eclamado en este aspecto.

En el mismo sentido, quien invoca ciertos hechos como fundamento de su pretensión tiene la carga de acreditarlos (art.377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), y si no logra cumplir con esa carga mediante la actividad probatoria desarrollada durante el juicio, corre el riesgo de que su acción sea rechazada (Fallos 331:881). Dicha circunstancia se advierte respecto de las diferencias de las erogaciones que dice haber realizado y que no fueran reintegradas por las demandadas, dado que la negativa expresa de las demandadas y el desconocimiento respecto de los comprobantes de pago que acompañara, requería de la reclamante la producción de prueba que verifique dicha circunstancia dado que si bien determinados gastos pueden ser presumibles, en el caso recibió de la demandada una parte, la invocación de la insuficiencia de lo percibido requiere ineludiblemente la acreditación fehaciente de las erogaciones, circunstancia que no se ha dado en el caso.

Habida cuenta que el daño psicológico carece de autonomía conceptual, lo cual no significa en absoluto que se prescinda de indemnizarlo, sino que ha de serlo cuando sus consecuencias incidan o se proyecten -en forma indistinta o aun simultáneamente- en el ámbito material o espiritual y porque, en definitiva, no importa el capítulo en el que sea incluido el menoscabo si el perjuicio recibe integral reparación (conf. CNCCFed., Sala I, causas 2388/97 DEL 12/12/200, 9518/00 DEL 24/2/2005; Sala II, causas 9179/94 del 9/9/1997, 4058/97 del 31/3/1998; Sala III, causa 9573/00 del 18/2/2005, entre otras), teniendo en cuenta las particularidades del caso, la partida aludida será analizada al evaluar el daño moral a fin de evitar caer en una doble reparación.

En lo concerniente a la reparación del daño moral, no desconozco que en materia contractual el reconocimiento de una indemnización por ese concepto tiene carácter restrictivo y el Juez debe ponderar su procedencia en atención al hecho generador y a las particulares circunstancias del caso (art. 522 del Código Civil, conf.esta Sala, “Peña” del 17/09/2010). A tenor del agravio formulado debe recordarse que no existe una relación lógica o jurídica que justifique proporcionar su entidad con la magnitud de los daños económicos, en tanto se trata de rubros de naturaleza enteramente distinta que descansan sobre presupuestos también diferentes.

Para que proceda su reparación debe haberse producido una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de la capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquél al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial (conf. PIZARRO, Daniel, “Daño Moral. Prevención. Reparación. Punición. El daño moral en las diversas ramas del derecho”, pág. 36, cita extraída del fallo de la Sala III de este tribunal “in re” 17/6/08, “González y otros c/ Corporación Asistencial S.A.”). Se trata de una lesión en los sentimientos que determina dolor o sufrimientos, inquietud espiritual, o agravio a las afecciones legítimas y, en general, toda clase de padecimientos insusceptibles de apreciación pecuniaria (BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “Teoría General de la Responsabilidad Civil”, pág.208).

Asimismo, es importante destacar que, a juicio de esta Sala, la indemnización del daño moral cumple un papel resarcitorio (confr. causa 4412 del 1.4.77 y muchas posteriores). Busca enjugar esa afección espiritual, a través del único sucedáneo con que puede hacerlo una sentencia en un proceso patrimonial: una suma de dinero que procurar compensar los sentimientos padecidos.

En ese sentido, del dictamen efectuado por el perito psicólogo surge que la actora padece un desorden de ansiedad tipo situacional de gravedad leve con ansiedad anticipatoria frente a posible confrontación que evoca recuerdos relacionado con el evento de autos. Señala que posee una personalidad con defensas débiles que son las que nos permiten atravesar situaciones amenazantes para el yo del sujeto sin experimentar angustia.En esta estructura de personalidad es donde se asientan los eventos descriptos en autos, lo que genera una ansiedad anticipatoria frente a situaciones previas a efectuar un vuelo o en el viaje mismo y por momentos evitando realizar vuelos de larga distancia (ver fs. 573). Tales conclusiones se desprenden de igual modo de la prueba testimonial rendida en autos, si se repara en los dichos de la testigo BARONTINI que preguntada sobre el estado anímico de la accionante categóricamente respondió “espantosa”, agregando que quedó asustada, sin ganas de volver a emprender un viaje (fs. 407/408). En consonancia con ello, el testigo SCHMIDBERG manifestó que “estaban mal porque se sintieron abandonados en la otra parte del mundo” “trataron de comunicarse con la compañía y nadie los asistía” (fs. 410).

Por lo tanto, obran en autos suficientes elementos de convicción para detectar el padecimiento de aflicciones que puedan ser subsumidas en el rubro daño moral. Por ello, y sin desconocer que el “quantum” de esta indemnización, más que cualquier otro, queda librado a la discrecionalidad del órgano judicial ya que no existen parámetros que permitan fijarlo con absoluta certeza, buena referencia al respecto resultan las circunstancias específicas que en tal sentido emergen de la presente causa en orden a las secuelas padecidas por la accionante y los sufrimientos y padecimientos que cabe inferir en tal sentido, en correlato con las características especiales de la víctima, su entorno familiar, social, laboral, y demás circunstancias que emergen de estos actuados, particularmente de los antecedentes recabados en la pericial psicológica de fs. 554/578 y médica de fs. 694/696.

Consecuentemente, propondré al acuerdo fijar el resarcimiento por el rubro analizado en la suma de PESOS VEINTE MIL ($ 20.000.-), de conformidad a las pautas que emergen del art.165 del CPCCN.- Vinculado a lo anterior, y en orden a la indemnización pretendida para hacer frente al “tratamiento psicológico”, es menester destacar que dichos gastos sí son compensables autónomamente (esta Sala, causa 1728/98 del 12.4.07), por lo que corresponde analizar su procedencia.

A tal fin, vale poner de resalto el informe antes referido del perito psicólogo designado en autos aconsejando psicoterapia cognitiva conductual durante un año con un costo por sesión de $180 promedio (fs.574).

En las condiciones indicadas, promediando el tiempo de tratamiento aconsejado y el costo del mismo informado por el experto, estimo equitativo fijar dicho rubro para el tratamiento, en la suma de $ 9.360.- en función de la atribución de responsabilidad decidida.

Finalmente, la actora reclama su derecho a percibir un resarcimiento/sanción en concepto de daño punitivo, en los términos de la reforma a la ley 24.240, artículo 52 bis. Ahora bien: la admisión de una pena privada está estrechamente vinculada con la idea de prevención de ciertos daños mediante una sanción ejemplar y al desmantelamiento de los efectos de los actos ilícitos que, por su gravedad o por sus consecuencias, requieren algo más que la indemnización resarcitoria de los perjuicios causados (Stiglitz Rubén S. y Pizarro Ramón, Reformas a la Ley de Defensa del Consumidor, La Ley 2009-B-p. 949). En este expediente, si bien el límite es algo confuso y se advierte un grado de desidia en la atención de la reclamante que se manifestó a través de la demora en brindar información y la falta de toma de decisiones, no encuentro configurados los elementos de mala fe ni la necesidad de una sanción ejemplar. Además, estimo que la decisión judicial adversa se erige en suficiente elemento de disuasión frente a la eventual repetición de las conductas reprochables. Por tanto, sobre el punto, propiciaré desestimar la procedencia del rubro.

V.En atención a la defensa opuesta por la demandada vinculada al límite de cobertura creo oportuno señalar que el artículo 37 de la ley 24.240 dispone claramente que sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas aquellas cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños, por lo tanto, a fin de evitar incidencias ulteriores y atento a la naturaleza resarcitoria del monto de condena, dicho límite no resulta oponible en las presentes.

VI. La suma por la cual prospera la demanda, devengará intereses desde la fecha de ocurrencia del daño, esto es desde el 16 de abril de 2009, a la tasa activa del Banco de la Nación Argentina, hasta el momento del efectivo pago, con excepción de los correspondientes al tratamiento psicológico que deberán computarse desde la fecha en que quede firme el presente.

VII. A mérito de lo expuesto y la forma en que se decide, al margen de la sensible diferencia entre el monto reclamado y el reconocido del rubro admitidos considero que las costas de ambas instancias deben ser soportadas por los demandados por no hallar mérito para apartarme del criterio objetivo de la derrota.

VIII.- Por las razones expuestas, voto en definitiva, porque se revoque el fallo de primera instancia y se haga lugar a la demanda instaurada por M. del C. B. condenando a IBERO ASISTENCIA S.A. a abonar a la actora la suma de PESOS VEINTINUEVE MIL TRESCIENTOS SESENTA ($ 29.360.-) con más los intereses correspondientes y las costas del proceso (art. 68, primera parte, del Código Procesal). Haciendo extensiva y en forma solidaria dicha condena a APDIS -Obra Social del Personal de Dirección de la Industria Siderúrgica- y GALICIA SEGUROS S.A. por haber intermediado en la contratación.

El doctor Eduardo Daniel Gottardi dice:

Si bien comparto el relato de los hechos que efectúa mi distinguido colega preopinante, como así también parcialmente la solución a la que arriba.No puedo dejar de señalar que no puedo propiciar totalmente la decisión que propugna el Dr. Guarinoni, con relación al tratamiento de ciertos rubros. Y he aquí mi discrepancia con relación a lo propugnado.

Como dijera, adhiero al relato de los hechos que efectuara mi distinguido colega, a los que me remito en homenaje a la brevedad. Y así se indica que la actora reclama: la suma de $ 20.000.- en concepto de daño material; la de $5.402,49 por gastos; $ 32.000.- en concepto de daño psicológico, incluyendo gastos de tratamiento; $ 20.000.- por daño moral y $ 47.000.- por daño punitivo.- En el voto que antecede el Dr. Guarinoni, correctamente y de acuerdo a lo que surge de las constancias de autos, propicia el rechazo del reclamo con relación al daño físico. Como así también por lo que indica el correspondiente a gastos. Por último señala que, a su criterio el daño psicológico carece de autonomía conceptual, precisando que la partida aludida será analizada el evaluar el daño moral a fin de evitar caer en reiteraciones.- Y es con relación al tópico daño psicológico y al monto que propone con relación al tratamiento psicológico, es que habré de discrepar con lo expuesto por mi distinguido colega. Y trataré el primer término la cuestión relacionada al daño psicológico, independientemente del moral.

Y digo esto, habida cuenta que he sostenido y sostengo que la existencia del daño psicológico no depende de las secuelas incapacitantes en el aspecto físico, ya que ambos son compartimientos independientes en la salud de una persona. A lo que se suma que, no corresponde confundir las afecciones que configuran el daño moral con el daño psíquico, entendido como secuela patológica derivada de un hecho. Y así lo ha decidido esta Sala (ver, causa nro. 667/2011 del 5-10-2016 autos “Avila, Julio Enrique y otros c/ Estado Nac.Dirección Nacional de Vialidad y otros s/ Daños y Perjuicios” voto de la mayoría y causa nro. 354/2007 del 5-10-2016, autos “Gounaris Basilia Verónica c/ Estado Nacional Fuerza Aérea Argentina y otros s/ Daños y Perjuicios” , voto de la mayoría).

Por lo que habré de votar favorablemente la admisión de dicho reclamo, distinguiendo el daño psicológico por un lado y el daño moral por otro y como rubros distintos. – En lo que al primero de ellos se refiere, reiteradamente he sostenido que se entiende por incapacidad a la pérdi¬da o atenua¬ción del poten¬cial físico y psíquico del que gozaba, en este caso la afec¬tada: te¬niendo en cuenta sus condi¬ciones perso¬nales, edad, estado civil y demás cir¬cuns¬tancias que correspondan.- Para su acreditación se designaron: perito médico al Dr. Jorge Fernando Di Doménico, quien presenta su trabajo pericial a fs. 694/695 y perito psicólogo al Licenciado Darío Fernando Redoni quien agrega su labor a fs.571/578, ilustrando el primero sobre los aspectos físicos de la accionante y sobre los psicológicos el segundo.

El experto designado en autos, en cada caso, es quien mediante la aplicación de conocimientos que le son específicos deberá elaborar una conclusión sobre el tema.

Es a través del principio enunciado que debe ponderarse el peritaje y sus ampliaciones, que, como actividad procesal, se desarrolla en virtud del encargo judicial por personas distintas de las partes del proceso, especialmente calificadas por sus conocimientos técnicos, artísticos o científicos, ajenos al común de la gente como al campo especí¬fico del derecho, que es del dominio del juzgador (conf., Cám.Nac.Civil, Sala D, I.N\* 266.503; id., N\* 1064,12-9-1983).

A su vez, es principio que la pericia vale tanto como resulte de sus fundamentos y de la claridad de exposición (conf., Colombo, C.J., Código Procesal Civil y Comercial de la Nacion, T.I, pág.718, 4a.ed.), porque ella ha de ser reflejo de la experiencia profesional del perito, aplicada a cada caso en particular.

Ahora bien, si bien es cierto que el Juez tiene plena facultad para apreciar la peritación practicada, no puede ejercer esa facultad con discrecionalidad, pues para poder apartarse de las conclusiones allegadas por el experto debe tener motivos muy fundados, ya que aun cuando las normas procesales no acuerdan al dictamen el carácter de prueba legal, no lo es menos que cuando el informe comporta la nece¬sidad de apreciación científica del campo del saber del peri¬to, pera desvirtuarlo es imprescindible traer elementos de juicio que permitan concluir fehacientemente el error o el inadecuado uso que el técnico hubiere hecho de los conocimien¬tos técnicos de los que por su profesión o título habilitante necesariamente ha de suponérselo dotado (conf., Palacio, L.E., Derecho Procesal Civil”, T.IV, pág.702; Cám. Nac.Civil, Sala F, 13-8-1982, E.D.101-789; id., 24-8-1982, E.D.102-330).

Lo que dije no importa que resigne la misión de “dar a cada uno lo suyo” (conf. Ulpiano, Digesto, T. 12), que constituye la esencia de la administración de justicia que el Estado me confió, en manos de un tercero, sino, solo que en casos como el presente conforme las reglas de la sana critica (art. 163, inciso 5\* del Cód. cit.) tome en cuenta en forma primordial la conclusión a que llega quien posee conocimientos técnicos ajenos al saber específicamente jurídico, que tengo como Juez. Supuesto que es común cuando resulta indispensable la prueba pericial, que requiere que el magistrado en la comprobación de un hecho controvertido o en la determinación de sus causas o efectos, sea auxiliado por persona especializada en alguna ciencia, arte, industria o actividad (ver, Palacio, L.E., “Derecho Procesal Civil”, T. IV, pág. 673 y sigtes, n8. 495).

En lo que al primero de los trabajos periciales aludidos se refiere, habré de coincidir con lo que claramente señala mi colega preopinante. Ello es así habida cuenta que el propio experto claramente consigna que como consecuencia de la trombosis venosa profunda, que fue debidamente tratada, no existen limitaciones incapacitantes (ver, fs. 695 y vta., puntos 10 y nota al punto 4-5 de la demandada II).

De lo que se sigue la inexistencia de incapacidad de orden físico como consecuencia de los efectos derivados del accidente que motivara estos actuados. Más allá de las propias de la fractura de cuello de fémur derecho y lesión estética, que no pueden atribuirse a un defectuoso o ilícito accionar de las demandadas.- Distinta es la solución que debe arribarse con respecto a la incapacidad psíquica.El Licenciado Redoni en la labor pericial antes mencionada, luego de detallar los antecedentes de autos, técnicas administradas y entrevistas realizadas, señala que la actora presenta una estructura de personalidad con tendencia a la introversión, propensa a manifestar inseguridad y poca confianza en sí misma. Como así también una personalidad con defensas débiles que son la que nos permiten atravesar situaciones amenazantes para el yo del sujeto sin experimentar angustia. En esta estructura de personalidad se asientan los eventos descriptos en autos, lo cual estaría generando una ansiedad anticipatoria y situacional frente a situaciones previas a efectuar un vuelo o en el viaje mismo y por momentos evitando realizar vuelos de larga distancia. Determinando, de acuerdo al baremo que cita una incapacidad en la accionante del 7% (ver esp., fs. 573/574, puntos 5 y 7).

Pero, además al contestar los puntos de pericia propuestos por las demandadas precisa el experto que, la actora padece ansiedad situacional frente a las situaciones que harían evocar su accidente y la concomitante percepción de abandono, esto se explica porque no es tanto el impacto del accidente lo que produce la sensación de abandono y desesperanza sino la vivencia subjetiva del evento (ver, fs. 574, punto 2).

Por otro lado a fs. 575, punto 4, detalla el experto que la actora posee una estructura de personalidad con ciertas características, las cuales configurarían una situación estresante con estilo propio de la misma: es decir pesimismo e inseguridad. Así es como frente a la situación en la que ella vivenció como un abandono a su persona, se activaron ciertos estilos de afrontamiento disfuncionales y por consecuente sentimientos de desamparo ante una situación en donde se percibía con escasos recursos por la distancia, su movilidad y su momento cronológico. Actualmente la accionante presenta una ansiedad antes y durante los primeros momentos de emprender un vuelo en avión de larga distancia.- Por último, destaca en el punto 5 de fs.575 que la actora no presenta evento en su decurso vital, el cual pueda tener incidencia en su problemática actual de evitar viajar largas distancias o viajar con un monto de ansiedad desproporcionado.- Trabajos periciales estos que no logran verse enervados antes las impugnaciones y pedidos de explicaciones que se formularan al perito médico a fs. 701/702, 704 y 705 y al psicólogo a fs. 584/585 y 587/592. Que fueran adecuada y fundadamente respondidas por los expertos a fs. 707, 714 y 724 el primero. Y a fs. 633/635 y fs. 637/639 por el segundo.

Y en el caso de éstas dos últimas presentaciones, el Licenciado Radoni, precisa concretamente que el hecho que la actora pueda continuar con algunas actividades y viajando, no lo hace sin dificultades y muy diferente a como se relacionaba con el medio antes de lo sucedido (ver, esp. fs. 634, in fine). A lo que se suma que todo lo vivenciado en el evento de autos por B., implicó para ella una sensación de abandono. Padeciendo por lo tanto de los síntomas típicos de ansiedad: estar expectante ante la situación, sudoración, hiperventilación, pensamientos catastróficos (ver esp., fs. 637).- Razones todas estas que me llevan a admitir los trabajos periciales y sus conclusiones en los términos del art. 477 del Código de forma.- De lo que se sigue que, evidentemente, existe una disminución funcional en la psiquis de la accionante. Que no es otra que la que valora el experto en un 7% y que se traduce en una sintomatología de ansiedad ante determinados momentos de su vida que, no necesariamente habrán de mejorar con el transcurso del tiempo o la realización de un tratamiento psicológico (ver, fs.637cit.).- Si ello es así, justo es entonces admitir la incapacidad requerida por la parte y determinada por el experto.- Dicho ello, a los fines de fijar la indem¬niza¬ción del rubro es nece¬sa¬rio seguir un crite-rio dotado de la sufi¬ciente flui¬dez como para tomar en cuenta las carac¬terísti¬cas particu¬lares de cada caso: edad de la víctima, sexo, condición so¬cial, situa¬ción fami¬liar, profe¬sión, posibilidades de progreso, estu¬dios y, naturalmente, el grado de minusvalía que la afecta.

En principio, los daños en la persona y sus secue¬las -incapacidad- deben acreditarse por perito idóneo, porque los testigos que carecen de conocimientos específicos poco o nada pueden aportar sobre el tema. A su vez, los por¬centuales sobre incapacidad fijados desde un punto de vista médico, no se trasladan automáticamente a la evaluación del perjuicio, ya que, según dije en el párrafo anterior, debe correlacionarse con distintas circunstancias que difieren según las perso¬nas.- La pretensión, con el alcance indicado progresa sólo en lo que al aspecto psíquico se refiere. Y para fijar el monto tomo en cuenta cómo y en qué medida, el accidente pudo repercutir en la situación del damnificado, sin sujetar el resultado a criterios matemáticos que no siempre logran traducir el verdadero perjuicio.- Así, ponderando la edad de la actora -81 años-, estudios universitarios, Contadora Pública.Su situación antes y después del hecho, etc, etc., es que habré de proponer al Acuerdo fijar el importe de la indemnización por incapacidad psicológica, la suma PESOS VEINTE MIL ($ 20.000.-).

Distinto es el fundamento en que se finca el reclamo por daño moral, toda vez que si la acción antiju¬rídica ocasio¬na menos¬cabo o lesión a inte¬reses no patri¬monia¬les, hay daño moral (conf., Zannoni, E., “El daño en la responsabilidad civil”, pág.232; Orgaz, A., “El daño resarcible”, pág.183, Nº55 y citas en nota 5). Se tiende, apli¬cando la previsión del Art.1O78 -vigente a la época de los hechos y aplicable a la luz de lo dispuesto por el art. 7 del Código Civil y Comercial de la Nación-, a reparar el dolor que provo¬ca el evento dañoso fuera del ámbito físico (conf., Borda, G.A., “Tratado de Derecho Civil, Obliga¬ciones”, T.I, pág.l9O).

Es un daño que afecta al sentimiento -dolor, aflicción, pesar, conmoción de envergadura en el equilibrio habitual- y que es consecuencia de la privación de un bien jurídico sobre el cual el dolorido, el humillado, el afligido, etc., tenía un interés reconocido por la ley (conf., Zannoni, E., ob. cit., pag.232 y sus citas).

Aquí, como se viera, se advierte incapacidad psicológica en la accionante, como lo detalla el expertos en la pericias antes analizada. Como así también las secuelas que padeció, como consecuencia del accidente por el que se reclama. De lo que se sigue que, la afección antes mencionada pudo efectivizarse. Por lo que como dijera mi colega preopinante corresponde admitir el reclamo. Pero, entiendo y por lo dicho, como daño moral autónomo del psicológico.

Por ello, y como lo dijera el Dr.Guarinoni voto al que adhiero, la admisión del rubro debe prosperar, y fijar su resarcimiento en la cantidad de PESOS VEINTE MIL ($ 20.000.-), suma que considero adecuada a las constancias que emergen de autos y lo acreditado en estos obrados.- Se reclamó además por tratamiento psicológico y el colega preopinante lo admitió hasta la suma de $ 9.360.-, teniendo en cuenta lo dictaminado por el experto y a la fecha de este pronunciamiento.- Claro resulta el Licenciado Dario F. Redoni cuando a fs. 574, punto 7, al dictaminar que teniendo en cuenta la sintomatología de la accionante aconseja un tratamiento de psicoterapia cognitiva conductual, cuya duración será de un año. Y establece un valor de $ 180.-, por sesión.- No cabe duda que, por lo dicho, existe una minoración que requiere ineludible tratamiento y su costo establecerá el alcance del resarcimiento, que habré de tomar en consideración también para la actora.

Y, con referencia al costo de cada sesión, debe tenerse en cuenta que el valor establecido por el perito, lo fue a la fecha de su dictamen 4 de octubre de 2013 (ver, cargo de fs. 578).

Si ello es así y si habremos de precisar que el valor de dicho tratamiento deberá considerarse a la fecha de este pronunciamiento, de conformidad con lo dispuesto por el art. 165 del Código Procesal, estimo acorde a la realidad un valor de $ 300.- por sesión.-

Propongo, entonces al Acuerdo, que se establezca como indemnización para el reclamo por tratamiento psicológico, la suma de PESOS CATORCE MIL CUATROCIENTOS ($ 14.400.-).

Por último en lo que se refiere al reclamo por gastos, debo señalar que adhiero a la solución propiciada por mi colega preopinante, Dr.Guarinoni.- De lo que se sigue que votaré, por la admisión del reclamo relacionado con los rubros:incapacidad psíquica por la suma de $ 20.000.-; tratamiento psicológico por un valor de $ 14.400 y daño moral al que le correspondería la suma de $ 20.000.- Adhiriendo en lo demás a lo dicho por mi colega en el voto que antecede.

Por lo que llevo dicho, habré de propiciar al acuerdo que, como lo anticipara el Dr. Guarinoni, se revoque la sentencia de grado y además, por lo que propongo, se haga lugar a la demanda incoada por M. del C. B. Y por ello se condene a “ASISTENCIA S.A.”, a abonar a la actora la suma de PESOS CINCUENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS ($ 54.400.-), con más los intereses correspondientes y determinados en el voto precedente; es decir que los que corresponden a los rubros incapacidad y daño moral que se admiten en este voto, se computarán desde la fecha del evento base de estos actuados y los correspondientes al tratamiento psicológico a partir de quedar firme el presente pronunciamiento. Las costas del proceso (art. 68, primera parte del Código Procesal). Haciendo extensiva la condena a APDIS -Obra Social del Personal de Dirección de Industria Siderúrgica- y “GALICIA SEGUROS S.A.”, por haber intermediado en la contratación. Las costas del proceso, habrán de ser soportadas por los demandados por haber resultado vencidos en el pleito y porque no existe mérito para apartarnos del principio objetivo de la derrota (art. 68, primera parte del Código Procesal).-

El doctor Alfredo Silverio Gusman, por razones análogas a las expuestas por el doctor Eduardo Daniel Gottardi, adhiere a su voto.

En virtud de lo que resulta del Acuerdo que antecede, por mayoría, esta Sala RESUELVE:

Revocar la sentencia apelada, haciéndose lugar a la demanda instaurada por M. del C. B.En su consecuencia se condena a “ASISTENCIA S.A.”, a abonar a la actora la suma de PESOS CINCUENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS ($ 54.400.-). Con más los intereses correspondientes los que correrán a partir del 16 de abril de 2009 y se computarán a la tasa activa del Banco de la Nación Argentina para sus operaciones de descuento, hasta el momento del efectivo pago, con excepción de los correspondientes al tratamiento psicológico que deberán computarse desde la fecha en que quede firme el presente pronunciamiento. Haciéndose extensiva la condena a APDIS -Obra Social del Personal de Dirección de Industria Siderúrgica- y “GALICIA SEGUROS S.A.”. Las costas de ambas instancias se imponen a las demandadas (art. 68, primera parte del Código Procesal).

De conformidad con lo dispuesto por el art. 279 del Código del rito, déjanse sin efecto los honorarios regulados y difiérese su determinación para el momento en que se encuentre aprobada la liquidación definitiva.- Regístrese, notifíquese a las partes en forma electrónica y al Sr. Fiscal General en su despacho a cuyo fin se le remitirán las actuaciones. Y, oportunamente devuélvase.-

RICARDO VÍCTOR GUARINONI

EDUARDO DANIEL GOTTARDI

ALFREDO SILVERIO GUSMAN