



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Expediente número: 141.404.

Número de orden:

Libro de sentencias número:

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a veintiocho de agosto de 2014, reunidos en acuerdo los Señores Jueces de la Sala II de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial Departamental, Doctores Leopoldo L. Peralta Mariscal, María Cristina Castagno y Abelardo A. Pilotti, en presencia de la Secretaria Dra. Fabiana Vera, para dictar sentencia en los autos caratulados "Castelli, María Cecilia contra Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. sobre nulidad de acto jurídico" (expediente número 141.404), y practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y 263 del Código Procesal), resultó que la votación debía tener lugar en el siguiente orden: Doctores Peralta Mariscal, Castagno y Pilotti, resolviéndose plantear las siguientes

CUESTIONES

- 1) ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada, dictada a fs. 169/173?
- 2) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

VOTACIÓN

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DR. PERALTA

MARISCAL DIJO:

A- El asunto juzgado.

A. 1) María Cecilia Castelli promovió demanda contra el Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. con el objeto de que: a) cumpla la obligación asumida ante el Órgano Municipal de Defensa del Consumidor cuyo contenido radica en comunicar su real situación financiera al Banco

Central de la República Argentina y a otras organizaciones de intercambio de información crediticia; b) se declare la nulidad del acto jurídico por el cual se abrió la cuenta corriente n° 6840-6082-3 a su nombre; c) se lo condene a resarcirle el daño que le provocó con dicho accionar, que estimó en \$70.000, discriminado de la siguiente manera: \$20.000 por daño moral y \$50.000 por daño punitivo, sujeto a lo que en más o en menos resulte del criterio jurisdiccional.

Narró que era cliente del banco accionado desde el año 2007 y, a partir de la solicitud de una tarjeta Visa que nunca recibió, se le abrió una cuenta corriente en la que se debitaron automáticamente gastos administrativos. Agregó que tras habersele efectuado reclamos por los respectivos saldos deudores, que consideró improcedentes, efectuó una denuncia ante la Oficina Municipal de Información al Consumidor (O.M.I.C.), formándose el Expediente 619-163/2009. En el marco de dichas actuaciones se celebró una audiencia en la que el Banco ofreció condonar la deuda, reconociendo -aunque veladamente- que era incausada. No obstante el compromiso asumido por la accionada en esa oportunidad, continuó recibiendo reclamos por la pretensa deuda y no variaron los informes cursados al B.C.R.A. y demás organismos de información crediticia, registrándose su situación como la de deudora morosa de “alto riesgo”. Señaló que esa condición la inhibió de solicitar créditos y acceder a productos financieros y le ha provocado una profunda aflicción dado que, aunque nada adeuda, es “informada como incumplidora”. Expresó que en el caso se configura lo que jurisprudencialmente se menciona como cuentas corrientes no operativas, abiertas para debitar saldos de tarjetas de crédito pero sin posibilidad de



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Expediente número: 141.404.

librar cheques ni utilizar el servicio de caja. A su juicio, la responsabilidad del Banco de Galicia por haberla colocado públicamente en la calidad de deudora irrecuperable (grado 5), cuando nada debe, es innegable y justifica tanto la indemnización requerida por daño moral como la aplicación de la multa prevista por el art. 52 *bis* de la ley 24.240 pues la demandada no cumplió con el acuerdo arribado en la Oficina Municipal de Información al Consumidor.

A. 2) Pese a estar debidamente notificado, el banco demandado no respondió la acción incoada en su contra, declarándose su rebeldía (fs. 72), que cesó ante su presentación de fs. 79 (fs. 87).

B- La solución dada en primera instancia.

El juez de primera instancia, tras el dictamen del Fiscal de fs. 166, dictó sentencia rechazando la demanda en todos sus términos, con costas. Consideró abstracto resolver sobre la nulidad del acto jurídico "por el cual dicho banco procedió a abrir a su nombre la cuenta nº 6840-6082-3 y que se lo condene a cumplir con la obligación asumida ante el Órgano Municipal de Defensa del Consumidor...". De consuno, rechazó el daño moral y la multa civil solicitados.

C- La articulación recursiva.

Contra ese pronunciamiento se alzó la actora en apelación a fs. 174, remedio que se le otorgó en relación a fs. 175. Expuso sus críticas a fs. 182/191. La réplica de la demandada obra a fs. 193/194.

D- Los agravios.

D. 1) La actora primeramente señala que la sentencia en crisis deja sin razón de ser a la ley de defensa de los derechos del consumidor frente a los abusos de las entidades bancarias, para luego postular que la

errónea valoración de la prueba ha llevado al juzgador a considerar abstracta la cuestión sometida a juzgamiento. Se queja porque no se declaró la nulidad de la cuenta corriente que generó la deuda que la colocó en los registros del B.C.R.A. como morosa, alegando que en lo sucesivo podrían originarse nuevos débitos o reclamos por la misma causa. Pide que se revoque en este punto lo resuelto, se declare la nulidad de marras y se ordene a la accionada rectificar los informes de deuda vertidos de acuerdo a lo previsto por el art. 16 de la ley 25.326.

En cuanto al rechazo del daño moral, señala que no se consideró toda la actividad que tuvo que desplegar para modificar la "injusta y lesiva calificación" financiera sobre su persona, ni el silencio absoluto de la demandada que, conforme lo dispuesto por el artículo 60 del Código Procesal Civil y Comercial, brinda un marco de veracidad a la plataforma fáctica en que apoyó su pretensión. Expresa que su demanda no fue prematura -como la calificó el *a quo*- sino la única acción que pudo ejercer frente a la amenaza de un inminente juicio ejecutivo, a lo que se suma que con su interposición logró el cambio de su calificación como deudora frente a los registros financieros tras varios años de reclamos infructuosos. Expone que toda la actividad que debió desplegar para la consecución de ese fin es prueba de cuánto la afectó la injusta situación, por lo que pide que en esta instancia se haga lugar a lo reclamado respecto de este ítem.

Con relación a los daños punitivos, asegura que está acreditada la grave conducta del Banco de Galicia, quien no sólo no cumplió lo acordado ante la O.M.I.C. (fs. 123) sino que, paralelamente, mientras a dicho organismo le manifestaba "que estaba todo solucionado...", a ella la intimaba al pago inmediato "por haberse transferido la deuda a gestión



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Expediente número: 141.404.

judicial...". A su juicio, esa manera de actuar -con "omnipotencia", "prepotencia" e "impunidad"- justifica que se le aplique la multa prevista por la ley 24.240 a fin de aventar la posibilidad de que otros particulares sufran hechos similares.

D. 2) En su turno, la demandada señala que la accionante tergiversa el sentido de la sentencia y se desentiende de su pretensión inicial. Reputa correcto el razonamiento del juzgador ya que, al haberse demostrado el cumplimiento de su obligación, deviene abstracto expedirse respecto de los tópicos que son objeto de la demanda. Agrega que la impugnación no puede erigirse en una nueva acción, reclamándose por supuestos daños que le habría ocasionado el paso del tiempo. Dice que, en los agravios, la apelante intenta cambiar el objeto de la litis, lo que no constituye una crítica concreta y razonada de la sentencia apelada. Alega que si se invoca un daño resarcible es ineludible la demostración de su existencia concreta, del factor de atribución y de la relación de causalidad adecuada, extremos que no se encuentran respaldados -ni siquiera argumentalmente- en autos. Considera, en fin, que tampoco se dan las particularidades que permiten la aplicación de la multa por daños punitivos introducida por ley 26.361, tal como se ha resuelto en el decisorio apelado, cuya confirmación propicia.

E- El análisis de la resolución atacada en función de los agravios expresados.

Del pronunciamiento en crisis surge que el fundamento central del *a quo* para rechazar la nulidad del acto jurídico por el cual se abrió la cuenta corriente nº 6840-6082-3 a nombre de la actora consistió en que la cuestión se había tornado abstracta en virtud de la homologación del

acuerdo al que habían arribado las partes en sede administrativa y su "inmediato cumplimiento" por parte de la demandada, calificando de "prematura" la promoción de la acción judicial.

A tenor de lo que dispone el artículo 52 de la ley 24.240, la conclusión a la que arriba el juzgador de grado es errónea. Dicho precepto es claro al señalar que "Sin perjuicio de lo expuesto el consumidor o usuario podrán iniciar acciones judiciales...", aludiendo en esa primera referencia ("Sin perjuicio...") a las actuaciones administrativas previstas en el capítulo XII. Vale decir que ambas pretensiones -la administrativa y la judicial- pueden ser iniciadas en forma conjunta o consecutiva por el consumidor pues, además de no existir prejudicialidad, tampoco tiene influencia la cosa juzgada administrativa en el ámbito judicial. Aun cuando puedan valorarse las actuaciones cumplidas ante dicha sede, se trata de carriles distintos, no propalándose sus efectos a la vía jurisdiccional.

Ello así, mal puede considerarse abstracta la cuestión relacionada a la apertura de la cuenta corriente y los efectos que generó; menos aún si se evalúan los infructuosos reclamos efectuados por la accionante durante más de dos años, no sólo a la entidad bancaria sino también ante la O.M.I.C. Basta un simple cotejo de la documental obrante en autos para advertir que la vía judicial se presentó como la única alternativa que restaba transitar para solucionar la situación irregular que estaba padeciendo la accionante. Lo único que se tornó abstracto es el pedido de cese del informe que se cursaba al B.C.R.A., que colocaba a la actora en el grado de deudora irrecuperable (grado 5) y recién acabó con la promoción de este proceso (fs. 100).



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Expediente número: 141.404.

La fundamentación que hizo el *a quo* del rechazo de la nulidad de la cuenta corriente abierta a nombre de la actora por el Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. en la sucursal Bahía Blanca y que lleva el número 6840-6082-3 ha sido descartada y no encuentro otras razones que lleven a sentenciar en análogo sentido. Por el contrario, reputo admisible el pedido de nulidad. La accionada, debidamente notificada, fue declarada en rebeldía a fs. 72, la que cesó ante su presentación de fs. 79. Sin embargo, su comparecencia no retrotrajo los estadios procesales cumplidos, entre los que se encuentran la incontestación de la demanda y la falta de ofrecimiento de prueba, por lo que rige lo previsto en el artículo 60 del Código Procesal Civil y Comercial en cuanto prevé que, en tal caso, la sentencia "...será pronunciada según el mérito de la causa y lo establecido en el art. 354 inc. 1...", precepto que dispone que el silencio podrá estimarse "...como reconocimiento de la verdad de los hechos pertinentes y lícitos..." y, en lo que respecta a los documentos, determina que "... se los tendrá por reconocidos o recibidos, según el caso...". Todo ello reforzado por el párrafo que indica que si existiere duda, "...la rebeldía declarada y firme constituirá presunción de verdad de los hechos lícitos afirmados por quien obtuvo la declaración".

Partiendo de esas presunciones cabe tener por demostrado, de acuerdo a la documental agregada a la demanda y no controvertida: a) que María Cecilia Castelli aparece como titular de la cuenta corriente n° 6840-6082-3 abierta en el Banco de Galicia y Buenos Aires S.A., Sucursal 082-Bahía Blanca (fs. 6 y 13), contrato conexo al de una tarjeta de crédito VISA -solicitada pero no entregada-, no habiendo brindado la legitimada consentimiento para su apertura (fs. 110/111); b) que la demandada

comunicó al Banco Central de la República Argentina y a otras entidades privadas de información crediticia la condición de deudora morosa de la actora, por débitos de la referida cuenta corriente; c) que dicha información no se rectificó con posterioridad a la denuncia formulada ante la O.M.I.C. ni al compromiso asumido por la entidad bancaria de subsanarla (fs. 20/28; 47; 51/54).

Encuadrando la relación contractual en la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor, era obligación de la entidad bancaria brindar a su cliente información veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de la relación de consumo, extremo que no cumplió. Adviértase que ante la solicitud de la demandante de una tarjeta de crédito (fs. 110/111) -contrato que no se perfeccionó (art. 8 ley 25.065)- no se le informó que se le abriría una cuenta corriente a su nombre en la que se debitarían los gastos, lo que si bien es una práctica habitual (Lorenzetti, Ricardo Luis, *Consumidores*, 2ª edición, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2009, pág. 447), no por ello queda dispensado el deber de información, necesario para darle la posibilidad de aceptar o rechazar el negocio y exigido genéricamente en el art. 4º de la Ley de Defensa del Consumidor.

Dado el tipo de conexidad entre los actos jurídicos, la cuenta corriente y la tarjeta de crédito estaban condicionadas recíprocamente, por lo que el perfeccionamiento del contrato de tarjeta de crédito era esencial para que aquélla cobrara virtualidad, lo que en el caso no se produjo. Esas circunstancias son suficientes para acceder a la pretensión de la actora, pero existe otro motivo esencial: tratándose de un contrato, la ausencia del consentimiento de una de las partes constituye un vicio estructural que torna inválido el negocio, privándolo de efectos jurídicos (art. 18, Código



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Expediente número: 141.404.

Civil) y volviendo las cosas "...al mismo o igual estado en que se hallaban antes del acto anulado" (art. 1.050 del mismo cuerpo legal).

De consuno, corresponde declarar la nulidad de la cuenta corriente nº 6840-6082-3 abierta a nombre de María Cecilia Castelli en la sucursal Bahía Blanca del Banco de Galicia y Buenos Aires S.A., lo que torna desarreglada a derecho la sentencia en crisis y es suficiente para que a esta primera cuestión incline mi voto por la negativa, sin perjuicio de que en la siguiente deban determinarse los alcances del pronunciamiento a dictar, estimatorio de la demanda.

A LA PRIMERA CUESTIÓN LA SRA. JUEZ DOCTORA CASTAGNO DIJO:

Adhiero al voto del Dr. Leopoldo L. Peralta Mariscal.

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DOCTOR PILOTTI DIJO:

Por los fundamentos expuestos por el Dr. Peralta Mariscal adhiero a su voto agregando que, contrariamente a lo sostenido en la sentencia de primera instancia, muy lejos se está de una cuestión abstracta en virtud de lo acontecido en el ámbito de la Oficina Municipal de Información al Consumidor. Esta prestó una tardía e incomprensible homologación el 22 de febrero de 2011 (fs. 140) al acuerdo alcanzado en la audiencia del día 23 de febrero de 2010, cuando desde mayo de este último año (2010) se denunciaba en tal proceso el incumplimiento por parte de la aquí demandada del compromiso asumido.

Para colmo aquella homologación se produce desoyendo lo que ocurría entre las partes, según denuncia de la consumidora y que la propia oficina lo corroboró a fs.134/135 (31/32 del expediente administrativo) en

donde constaba que el Banco de Galicia y Bs. As. mantenía a la Sra. Castelli como deudora de \$3.100 en situación "3" (para junio de 2010), y situación "5" como deudora de \$2.600 hasta febrero inclusive de 2011 (v. fs. 145).

Voto por la negativa.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DOCTOR PERALTA

MARISCAL DIJO:

A) La decisión a tomar en función de lo votado a la primera cuestión y exposición de los demás tópicos a resolver.

En virtud de lo acordado respecto de la cuestión anterior, corresponde revocar la sentencia dictada en autos en cuanto rechazó la demanda promovida por María Cecilia Castelli contra el Banco de Galicia y Buenos Aires S.A., haciendo lugar a la pretensión de nulidad de la cuenta corriente n° 6840-6082-3 abierta a nombre de la actora en la sucursal Bahía Blanca del banco demandado.

Atento al resultado al que se arriba a este respecto, corresponde analizar si proceden el resarcimiento del daño moral y la aplicación del daño punitivo solicitados, además de las cuestiones accesorias a las que hubiere lugar.

B) El daño moral.

La indemnización por daño moral se sustenta en la doctrina del artículo 1078 del Código Civil, pudiendo ser definido como toda modificación disvaliosa del espíritu generadora de profundas preocupaciones o estados de aguda irritación que afectan el equilibrio anímico de la persona. No constituye un título válido para indemnizar quisquillas ni tiene por finalidad engrosar la indemnización de los daños



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Expediente número: 141.404.

materiales; busca mitigar el dolor o la herida a los derechos personalísimos más estrechamente ligados a la dignidad de la persona física y a la plenitud del ser humano.

Sus características son las siguientes: a) incide en la aptitud de pensar, de querer o de sentir; b) el sufrimiento no es un requisito indispensable para que exista, aunque sí una de sus manifestaciones más frecuentes; c) genera angustias y afecciones; d) supone la privación o la disminución de los bienes que tienen un valor fundamental en la vida del ser humano como la tranquilidad del espíritu, la libertad individual y los más sagrados afectos; e) puede consistir, o no, en un injusto ataque a la integridad física como derecho de la personalidad.

La finalidad de su reparación apunta a compensar la lesión de bienes extrapatrimoniales tales como el derecho al bienestar o a vivir con plenitud en todos los ámbitos (familiar, amistoso, afectivo), suponiendo la privación o disminución de la paz, la tranquilidad del espíritu o la integridad física.

Es cierto que en el ámbito de la responsabilidad contractual la ocurrencia de esta clase de perjuicio debe ser suficientemente acreditada pues, a diferencia de lo que sucede en la órbita extracontractual, en principio no cabe presumirlos *in re ipsa*. De allí que quien lo invoca debe acreditar no sólo su existencia sino que ha excedido las simples molestias propias de todo incumplimiento contractual, aventando reclamos que respondan a una excesiva susceptibilidad o carezcan de significativa trascendencia jurídica (S.C.B.A., *in re* "Bernard", Ac. 56.328 del 05/08/1997, JUBA). Sin embargo, ha sostenido esta Sala que aun en el marco de esta doctrina legal, "...restricción no es sinónimo de prohibición,

y si el perjuicio está suficientemente acreditado, debe ser resarcido" (voto del suscripto que hizo sentencia, *in re* "Silva", causa 142.635 del 9/4/2014, registro n° 35 del libro n° 35, Rubinzal On Line RC J 2162/14).

En este proceso el daño moral se encuentra suficientemente justificado por vía indiciaria (art. 163, inc. 5°, Código Procesal Civil y Comercial) dada la cantidad de circunstancias adversas que tuvo que atravesar la accionante, durante largo tiempo, hasta lograr que cesara la publicidad de su calificación como deudora morosa, situación en la que fue colocada por negligencia de la demandada. En efecto, según surge del informe del B.C.R.A. (fs. 100), el Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. mantuvo en el rango de deudora a María Cecilia Castelli durante un año, llegando en la clasificación hasta el nivel "5" (irrecuperable) pese a que había efectuado incontables reclamos y una denuncia ante la O.M.I.C. (fs. 8/10) y existía el compromiso del Banco de cesar con esos informes (fs. 13). A ello se suman posteriores intimaciones por vía telefónica que le indicaban que la supuesta deuda se había transferido a gestión prejudicial (fs. 47).

La experiencia indica que para el común de las personas la exposición pública y prolongada como deudora cuando no se lo es, además de influir negativamente en el ámbito de los negocios, afecta el ánimo y la tranquilidad de espíritu de quien lo padece. A ello se suma la impotencia que genera sentirse forzado a transitar múltiples e infructuosos caminos por el errático comportamiento de quien debió subsanar con prontitud el error cometido, hasta tener que acudir como última alternativa a la vía judicial, todo lo cual excede notoriamente las inquietudes propias y



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Expediente número: 141.404.

corrientes del mundo de los negocios (conf. S.C.B.A. *in re* “Dos Santos”, Ac. 57.978 del 6/8/1996, JUBA).

Esas vicisitudes -acreditadas con la prueba documental agregada en el escrito postulatorio y que no ha sido controvertida- permiten colegir la entidad de las angustias, sinsabores y frustraciones provocados en el ánimo de la reclamante y tornan procedente la reparación solicitada para mitigar el daño moral infligido (art. 522 del C. Civil), porque el derecho no exige actitudes heroicas para que proceda este resarcimiento; no puede prescribirse que las personas soporten situaciones humillantes y desacreditantes que afecten su fuero interno cuando no tienen el deber de hacerlo (arg. art. 19, Constitución Nacional).

El daño moral es uno de los rubros indemnizatorios más difíciles de cuantificar porque se carece de cánones objetivos. Lo más adecuado es utilizar un modelo donde aparezca una fuente que permita trocar el sufrimiento por alegría o placer y producir nuevamente la armonización perdida; encontrar un sucedáneo al estado negativo del sujeto que prevalezca y se vuelva estable en situación de dominación respecto de la estructura en que interactúa (Gherzi, Carlos Alberto: *Daño moral y psicológico*, 2ª edición, Buenos Aires, Astrea, 2002, pág. 179/181); hallar causas externas que produzcan placeres y alegrías que logren compensar los padecimientos sufridos: remedios para la tristeza y el dolor. Es razonable bucear, a tal fin, entre distintos placeres posibles, a saber: el descanso, las distracciones, las diversiones, los juegos, escuchar buena música, placeres de la gastronomía, etc. (Iribarne, Héctor Pedro: “La cuantificación del daño moral”, en *Revista de Derecho de Daños* n° 6: *Daño Moral*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1999, pág. 185 y siguientes).

En la tarea de cuantificar es relevante la condición económica y social de la víctima. Poniendo un ejemplo hipotético suficientemente esclarecedor, cabe suponer un daño moral “x” causado a una persona “n”. Ese padecimiento puede ser, por ejemplo, una importante lesión con arma blanca que se curó en forma relativamente rápida, sin dejar secuelas. Si ese daño lo sufre alguien que recibe escasísimos ingresos, nunca tuvo automóvil ni aspira razonablemente a adquirirlo durante el curso de su vida, una suma que le permita comprar un auto nuevo modesto seguramente será una buena indemnización pues le generará una verdadera gratificación y, aunque imperfectamente, verá compensado su dolor. Si, en cambio, ese daño se produce en una persona que tiene varios automóviles importados último modelo, la misma indemnización será inapropiada sencillamente porque no cumplirá su finalidad: el dañado no tendrá placeres compensatorios que remedien el padecimiento; porque dada su condición socioeconómica, subirse a un automóvil modesto cero kilómetro no le representaría ningún placer, y la utilización de esa cantidad de dinero en otro tipo de bien o servicio de su gusto podría producirle alguna satisfacción, pero ínfima en comparación al daño sufrido.

Estas reflexiones se encuentran avaladas por prestigiosa doctrina que ha señalado, entre otras consideraciones de interés, que “La idea central es presentar un modelo abstracto, con los fundamentos teórico-pragmáticos científicos que hemos formulado, y que sirva de referenciamiento para abogados y magistrados. El modelo estructural tiene tres variables que deben combinarse: a) la ubicación temporal del damnificado, en cuanto a su edad cronológica, o mejor aún, determinados períodos de su vida; b) la ubicación en el espectro económico, social y



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Expediente número: 141.404.

cultural, es decir, la clase social de pertenencia e identidad, y c) la medición de la intensidad del daño moral por medio de los síntomas... Estas tres variables coordinadas determinan un campo de encuentro, que de alguna manera nos da la posibilidad de medir el daño moral y, en virtud de ello, establecer la comparación con su contradictorio (alegría-satisfacción)...” (Gherzi, Carlos Alberto: *Daño moral y psicológico*, 2ª edición, Buenos Aires, Astrea, 2002, pág. 194/195).

El goce concreto con que debe buscarse compensar a cada damnificado está directamente relacionado con los placeres específicos con que acostumbra a regocijarse, los que resultan un elemento importante a tener en cuenta a fin de acercarse a la ansiada pero imposible objetividad a la hora de fijar una indemnización justa. Porque como dice Gherzi, “la disponibilidad de recursos para satisfacer su placer o descanso vacacional, encontrará el límite en aquellos recursos de su clase social” (Gherzi, Carlos Alberto: *Daño moral y psicológico*, 2ª edición, Buenos Aires, Astrea, 2002, pág. 197).

Asumo que este modelo puede generar mayores dificultades en los denominados “daños irreparables” (en el sentido que al damnificado no le resultará indiferente la indemnización o sufrir el daño, pues el resarcimiento necesariamente debe ser infravalorado ya que la cuantificación del daño tiende al infinito -suele mencionarse como paradigmático el caso de la muerte de un hijo-), pero el tópico es abstracto ya que estamos ante un perjuicio típicamente “reparable” dado que, más allá de la dificultad de cuantificarlo con precisión, cabe asumir que puede llegarse a una cifra indemnizatoria que ponga a la víctima en situación de

indiferencia entre sufrir el daño y recibir la indemnización, lo que se denomina “compensación perfecta”.

Desafortunadamente no se ofrecieron ni produjeron pruebas suficientes sobre el nivel de vida de la actora, y mucho menos con relación a los placeres personales con que acostumbra regocijarse; no obstante, sabemos que es una mujer de mediana edad, cabe presumir que pertenece a la clase media (su tipo de relación con el banco demandado es un buen indicio) y se encuentra acreditado que sufrió una notoria y entendible indignación, largamente prolongada en el tiempo, por el peregrinar casi grotesco al que se vio sometida para lograr el reconocimiento de sus derechos. Juzgo que un fin de semana “largo” de vacaciones con servicios de muy buen nivel en algún punto turístico tradicional del país, como la costa atlántica o las sierras de Córdoba, acompañada de su pareja o con alguna amiga, podrían significarle placeres suficientes que actúen positivamente sobre su ánimo como para compensar los sinsabores padecidos por la actitud antijurídica del Banco. A ello se puede acceder por unos veinte mil pesos (\$20.000), con los que también podría adquirir un producto suntuario como un televisor de alta tecnología, monto por el que propongo acoger este rubro pues, con base en los únicos elementos que se encuentran disponibles en la causa, es la cantidad que reputo más cercana a la “compensación perfecta” que referí en el párrafo anterior (art. 165 del Código Procesal Civil y Comercial).

El modelo utilizado, los racionamientos empleados y los placeres compensatorios sugeridos son, por supuesto, criticables. Ello es, empero, más positivo que negativo: permite un pleno ejercicio del derecho de defensa (art. 18 de la Constitución Nacional) ya que al explicitarse el



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Expediente número: 141.404.

razonamiento se puede verificar la razonabilidad de la decisión; atacarla y defenderla mucho más eficaz y eficientemente que si se estableciera una cifra que, como es usual en la jurisprudencia argentina (casi un lugar común, me atrevo a decir), luego de largas y dogmáticas consideraciones termina anidándose en lo que el juez considera “mesurado”, “prudente” o “razonable”, en misteriosas referencias que no tienen otro sustento que la libre discrecionalidad pues se parte de una enunciación abierta que puede aplicarse a cualquier caso y, al fijar el *quantum*, se concluye en una formulación hermética sin derivación necesaria de la primera, lo que configura una sentencia arbitraria ya que no se verifica el recaudo lógico de existencia de “razón suficiente” (arg. art. 163 inc. 5° del Código Procesal Civil y Comercial). Ese panorama no mejora si se parte de indemnizaciones concedidas para casos análogos (existen bases de datos específicamente destinadas a ese fin) pues, en la mejor de las hipótesis, se llegará al “promedio de distintas discrecionalidades” carentes de fundamento objetivo, lo que no tiene más virtud que una mayor previsibilidad, mérito que resulta insuficiente para el afianzamiento de la justicia que manda el preámbulo de la Constitución Nacional y el pleno ejercicio del derecho de defensa que custodia su artículo dieciocho; sobremanera cuando lleva como lastre una restricción al margen de discreción del juzgador concreto que no tiene amparo normativo.

Como dijo Popper, “El criterio para establecer el *status* científico de una teoría es su refutabilidad o testeabilidad. Una teoría que no es refutable por ningún suceso concebible no es científica. La irrefutabilidad no es una virtud de una teoría (como se cree a menudo) sino un vicio”

(Popper, Karl Raimund: *Conjeturas y Refutaciones*, Buenos Aires, Paidós, 1991, pág. 61).

Admito que el modelo utilizado no elimina ni restringe la discrecionalidad judicial; no obstante, objetiviza la decisión y minimiza el margen de arbitrariedad, permitiendo un mayor control de la actividad jurisdiccional, lo que no es poco, máxime cuando no existe -o por lo menos no conozco- una alternativa mejor.

C) El daño punitivo.

La ley 26.361, al introducir el art. 52 *bis* en la ley 24.240, incorporó en nuestro derecho positivo los denominados “daños punitivos” estableciendo, en lo pertinente, 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. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el art. 47 inciso b) de esta ley".

Abro un breve paréntesis: la relación entre las partes nació en 2007 mientras que la Ley 26.361 (que incorpora los “daños punitivos” a nuestro derecho al introducir el art. 52 *bis* en la ley 24.240) se publicó el 7 de abril de 2008 (B. O. n° 31.378) y entró en vigencia a los ocho días (art. 2°, Código Civil). Pero la solicitud de la nunca entregada tarjeta VISA que degeneró en la apertura de la cuenta corriente que esta sentencia nulifica se formuló en septiembre de 2008 (fs. 56 vta. del escrito de demanda, fecha tácitamente reconocida por la accionada por imperio del art. 60 del Código Procesal Civil y Comercial), y recién a partir de allí pudo comenzar



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Expediente número: 141.404.

la producción de los daños cuyo resarcimiento reclama la actora. Por ende, la multa civil es plenamente admisible porque "A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplicarán aun a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes..." (art. 3° del Código Civil).

Volviendo a la cuestión central, tal como especifica el transcripto artículo 52 *bis* de la ley 24.240, la multa debe graduarse considerando la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, con independencia de las otras indemnizaciones que correspondan, agregándose como pauta de interpretación por la doctrina la índole del hecho generador, proporcionalidad de la sanción con la gravedad de la falta, su repercusión social, peligro de la conducta del accionado en los términos del beneficio que obtiene, perjuicio que la infracción genera en el consumidor, grado de intencionalidad, gravedad de los riesgos o afectaciones sociales generados, existencia de reincidencia, etc. (Mosset Iturraspe, Jorge y Wajntraub, Javier: *Ley de Defensa del Consumidor*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008, pág. 278 y sig.). A ello se agrega que, en atención al carácter punitivo de la figura, no basta el mero incumplimiento sino que es necesario que se trate de una conducta particularmente grave, "caracterizada por la presencia de dolo (directo o eventual) o, como mínimo, de una grosera negligencia." (Lorenzetti, Ricardo Luis, *Consumidores*, 2ª edición, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2009, pág. 563).

En el *sub examine*, está fuera de discusión la relación de consumo habida entre las partes. En ese contexto, como dice Lorenzetti, "el banco es un profesional que se relaciona con profanos y a los cuales debe informar, y este deber es genético y funcional" (Lorenzetti, Ricardo Luis, *Consumidores*, 2ª edición, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2009, pág. 445),

por lo que resulta inadmisibles que haya actuado de la manera que he reseñado a lo largo de este voto con relación a la actora: no sólo omitió informar acerca del contrato de cuenta corriente conexas al de tarjeta de crédito sino que procedió a su apertura sin consentimiento de la titular, con las consecuencias que ello acarreó (saldos insolutos, información al B.C.R.A., etc.; luego, ante la denuncia formulada ante la O.M.I.C., se comprometió a "condonar" (!) la deuda "e informar a las entidades pertinentes" esa circunstancia -fs. 13-, sin hacerlo -fs. 47y 100-). Como corolario aparece la conducta procesal desplegada en autos, donde no contestó la demanda, seguramente como estrategia procesal más que por negligencia, pues poco o nada podría haber dicho para rebatir los hechos expuestos en el escrito postulatorio, lo que haría más evidente -si cupiera- su absoluta sinrazón.

No puedo soslayar que la conducta reseñada constituye un grave y objetivo incumplimiento de las exigencias de la ley 24.240, a lo que se suma la grosera negligencia del Banco, cercana al dolo, en toda la operatoria que devino en la declaración de nulidad de la cuenta corriente abierta sin el consentimiento de su titular. El actuar desaprensivo es dirimente pues el desprecio a los derechos de la contraparte, el aprovechamiento económico de los obstáculos procesales que hacen reducido el número de reclamos, la existencia de "microdaños" (daños ínfimos para cada consumidor perjudicado que, sumados, resultan jugosas ganancias ilícitas para el proveedor) y toda conducta que violenta desdeñosamente el derecho del consumidor o usuario es pasible de la aplicación de los daños punitivos, variando únicamente su cuantía (Conf.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Expediente número: 141.404.

Álvarez Larrondo, Federico M., “Los daños punitivos y su paulatina y exitosa consolidación”, La Ley, 29/11/2010).

Estamos ante una actitud con connotaciones desfachatadas de una entidad bancaria frente a una consumidora que, individualmente, carece de importancia para el proveedor puesto que sus ingentes recursos no los genera cada cliente en particular sino los miles, o decenas de miles de ellos en conjunto. De lo que se trata -desde la mezquina postura de la entidad bancaria- es de facturar más, de tener más clientes, de proveer más servicios, de otorgar más tarjetas de crédito, más cuentas corrientes, etc., con total desvergüenza hacia la situación del consumidor quien, como ocurrió en el caso, debe vagar durante años por todas las instancias imaginables hasta no quedarle otro remedio que requerir la égida jurisdiccional para lograr que se borren las nefastas consecuencias que jamás generó a través de un producto que nunca pidió como la cuenta corriente bancaria (en el caso se llegó al colmo de “condonar” una deuda inexistente en vez de reconocer el gravísimo error en su generación). Esas actitudes pueden no ser casuales. Es común que en los organigramas bancarios se privilegie a las sucursales con más clientes y productos, otorgando sobresueldos e incluso ascensos de categoría a los empleados y funcionarios que logran ese “mayor éxito comercial”; y ello se consigue aprovechándose de los clientes, casi como si fueran objetos más que sujetos de derecho, obteniendo de paso ingentes beneficios puesto que son muy pocos los usuarios que están dispuestos a soportar el bufón deambular al que son sometidos para lograr el reconocimiento de sus derechos ya que prefieren pagar la inventada deuda para “sacarse el problema de encima”, lo que es aprovechado por los proveedores para

obtener recursos extra. Estas actitudes sólo pueden aventarse en el futuro (y este es el fin primordial del “daño punitivo”) con sumas en concepto de multa civil que disuadan al infractor de la alternativa de reincidir.

Fijar su monto es una tarea delicada, siendo premisas ineludibles: a) que no es un resarcimiento; b) que es una sanción; c) que tiene incidencia la gravedad de la falta; d) que no tiene relación directa y lineal con los rubros indemnizatorios; e) que debe cumplir una función preventiva disuadiendo al infractor de reincidir en conductas análogas.

En la demanda, María Cecilia Castelli solicitó que se mensuren en \$50.000 “y/o lo que en más o menos fije el alto criterio” judicial. Entiendo que tal pedido es inocuo; carece de la manera más absoluta de incidencia en la cuantificación porque no se trata de un resarcimiento a favor de la víctima sino de una sanción al infractor. Comparto, en este sentido, lo que elocuentemente ha señalado Álvarez Larrondo: “Es claro que al no ser éste un rubro indemnizatorio sino una sanción de carácter preventivo impuesta por el Magistrado interviniente, el consumidor no puede ni debe mensurar dicho rubro, y de hacerlo, el Juez en modo alguno quedará limitado por dicha petición” (Álvarez Larrondo, Federico M: “Los daños punitivos y su paulatina y exitosa consolidación”, en La Ley, 29/11/2010). En la misma línea, el Tercer Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores (Buenos Aires, 23 a 25 de septiembre de 2010) ha despachado unánimemente por su comisión 5° (“Principio de prevención. Daños punitivos”), de *lege lata* y de manera unánime, que “El consumidor no debe mensurar el daño punitivo al tiempo de su petición, por cuanto su imposición ha sido atribuida exclusivamente al magistrado en cumplimiento de una manda constitucional (art. 42 C. Nac.), y por



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Expediente número: 141.404.

consiguiente no es pasible de la oposición de la excepción de defecto legal atento a quedar encuadrado en la excepción que impone el art. 330 segundo párrafo del Código Procesal de la Nación y el de la Pcia. de Buenos Aires”. Por ello, el *quantum* solicitado es irrelevante, sobremanera cuando se lo relativizó en función de lo que más o en menos determine el criterio del tribunal, aunque era innecesario.

El *quid* de la cuantificación del daño punitivo radica en una cantidad encuadrable en el concepto de sanción con función estrictamente preventiva que no sea inferior ni superior a la suma necesaria para generar incentivos económicos suficientes en el infractor como para disuadirlo de incurrir en conductas análogas, postura que ha sido aprobada por unanimidad en el citado Tercer Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores bajo la siguiente fórmula: “De *lege lata* se interpreta que la multa civil no debe ser inferior ni exceder el monto necesario para cumplir con su función de disuasión”.

Se trata de que el deudor internalice las consecuencias de la baja probabilidad de condena, lo que se logra obligándolo a pagar a un damnificado los daños provocados a los demás afectados que no hicieron el reclamo ante la autoridad jurisdiccional; se compensa con daños punitivos la escasa probabilidad de ser sentenciado.

No debe ser una cantidad inferior a la indicada porque se fomentaría el “incumplimiento eficiente”, situación que se presenta cuando el infractor tiene incentivos económicos para desviarse de la conducta debida (que en el caso consiste en no dañar al consumidor bancario con comportamientos ilícitos como abrir una cuenta corriente sin su consentimiento, debitar cantidades improcedentes y no atender

prontamente sus justificados reclamos). Ello ocurre si la condena esperada por el daño a los miles de consumidores que se encuentran en situación análoga a la de la actora es inferior a las ganancias ilícitamente obtenidas por su intermedio (débitos improcedentes en las cuentas que los clientes pagan con la única finalidad de solucionar el problema, porque su escasa cantidad -aisladamente considerada- no incentiva a tramitar las instancias administrativas y judiciales que atravesó la actora para lograr su resarcimiento).

Como impecablemente se ha dicho, “no estamos aquí ante una indemnización o reparación por daño alguno sufrido por la víctima, sino ante un instrumento preventivo sancionador, que ha elegido como destinatario a la víctima, con la sola finalidad de fomentar la denuncia de prácticas lesivas del orden económico integral... Es que al conocer el consumidor que su reclamo de escaso monto puede recibir además un plus producto de la sanción al obrar violatorio de todo el ordenamiento económico (por cuanto el mismo distorsiona las reglas del mercado, perjudicando a los competidores ajustados a la ley), éste tendrá mayor interés en iniciar el arduo camino de un proceso judicial, y ante el incremento de los reclamos, las empresas que actúan como la aquí demandada descubrirán que el negocio de lesionar los derechos de sus clientes deja de ser rentable para convertirse en deficitario, y en consecuencia, comenzarán a resolver los inconvenientes directamente en su propia sede, descargando de esa manera el costo de gestión de conflictos que hoy trasladan masivamente al Estado a través de sus oficinas de Defensa del Consumidor...” (Álvarez Larrondo, Federico M.,



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Expediente número: 141.404.

“Los daños punitivos y su paulatina y exitosa consolidación” La Ley, 29/11/2010).

Tampoco debe tratarse de una suma superior a la necesaria para generar incentivos suficientes que disuadan al infractor de incurrir en conductas análogas, porque si bien el daño punitivo es una sanción, su finalidad es estrictamente preventiva y, por ende, resultaría excesiva una cantidad mayor.

En búsqueda de la mayor objetividad posible a la hora de fijar el *quantum* punitivo, debemos atenernos en cuanto resulte posible a modelos matemáticos. Años atrás descreía de este método pues pensaba que las condenas tenían que representar la concreción de la justicia como fruto de la aplicación del derecho, y no el resultado de la matemática. Pero con el tiempo me fui convenciendo de que se trata de un auxilio eficaz para el juez a la hora de lograr la ansiada objetividad, con la decisiva ventaja correlativa de permitir la reconstrucción del razonamiento que lleva a fijar una suma indemnizatoria y no otra, lo que permite a su vez a las partes ejercer de manera mucho más amplia su derecho de defensa en juicio (art. 18 de la Constitución Nacional) pues para individualizar el yerro de fundamento les bastará demostrar ante un tribunal superior que la fórmula utilizada es inadecuada, que no se la aplicó correctamente o que una o varias de las variables son equivocadas. Mucho más difícil es persuadir a un tribunal revisor del error en la determinación de una suma que se considera “prudente”, “acorde a las circunstancias del caso” o que se valida con una alocución similar. Lo “prudente”, lo “mesurado”, es más opinable -y por ende irrefutable- que los parámetros cuánticos de una

fórmula aritmética. Vale dar por reproducida aquí la cita de Popper precedentemente efectuada.

Ha dicho en este sentido la Suprema Corte de Buenos Aires que el empleo de fórmulas financieras o actuariales para el cálculo de indemnizaciones, o al menos el conocimiento de los resultados que arrojan, es útil para no fugarse ni por demasía ni por escasez del área de la realidad y brindar, cuanto menos, un piso de marcha apisonado por la razonabilidad y objetividad que pueden extraerse de esos cálculos (S.C.B.A. *in re* “Domínguez”, Ac. 83.961, del 1 de abril de 2004, JUBA). Más genéricamente ha señalado que los tribunales no se encuentran eximidos de brindar los fundamentos y razones que justifican la fijación de determinado importe y no otro pues es esta la manera de conocer la legalidad de los fallos (S.C.B.A. *in re* “Nicola”, Ac. 50.529 del 10/5/1994, JUBA). Es que “...para fijar el monto del resarcimiento no basta con mencionar las pautas que se tuvieron en cuenta, sino que una vez que se establecieron es preciso analizarlas e interrelacionarlas puesto que apreciar significa evaluar y comparar para decidir, proporcionando los datos necesarios para reconstruir el cálculo realizado y los fundamentos que demuestran por qué el resultado es el que se estima más justo...” (S.C.B.A. *in re* “Nicola”, Ac. 50.529 del 10/5/1994, JUBA).

Debe darse crédito al destacado jurista local Hugo Acciarri cuando dice que la utilización de fórmulas matemáticas es muy superior al lenguaje retórico para obtener cálculos complejos con variables interrelacionadas, pues las fórmulas aportan una claridad a la argumentación que si bien no restringe la discrecionalidad, limita la arbitrariedad judicial (Acciarri, Hugo A.: “¿Deben emplearse fórmulas para



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Expediente número: 141.404.

cuantificar incapacidades?, en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, La Ley, año IX, n° V, mayo de 2007).

He de valerme de la fórmula aritmética propuesta por el también brillante académico bahiense Matías Irigoyen Testa ("Cuantificación de los daños punitivos: una propuesta aplicada al caso argentino", en Castillo Cadena, Fernando y Reyes Buitrago, Juan -coordinadores-: *Relaciones contemporáneas entre derecho y economía*, Coedición Grupo Editorial Ibañez y Universidad Pontificia Javeriana, Bogotá, 2012, págs. 27 a 61; trabajo acreedor de un prestigioso premio internacional -Asociación Latinoamericana y del Caribe de Derecho y Economía, año 2011, <http://www.derechouns.com.ar/?p=3912->), quien mejoró la fórmula tradicional propuesta en los Estados Unidos de Norteamérica para calcular daños punitivos (Cooter, Robert D., "Punitive Damages for Deterrence: When and How Much?", 40 *Ala. L. Rev.* 1143 1988-1989), en la que se tiene en cuenta el resarcimiento por daños reparables que corresponden a la víctima (en este caso los \$20.000 propuestos por daño moral pues la nulificación de la apertura de la cuenta corriente carece de consecuencias indemnizatorias) y la probabilidad de que un damnificado decida transitar todo el periplo necesario y logre una condena resarcitoria por los padecimientos infligidos, que incluya daños punitivos. Nótese que estamos ante un doble condicionamiento: por un lado, debe tenerse en cuenta la probabilidad de que la víctima decida iniciar un proceso judicial y obtenga éxito en él, a lo que debe agregarse que bajo ese contexto el dañador sea condenado a pagar daños punitivos.

En el procedimiento matemático que utilizaré se obtendrá como resultado la ausencia de daño punitivo (o su cuantificación en cero, que es

lo mismo) si existe un cien por ciento de probabilidad de que en todos los casos el infractor sea condenado a resarcir el total del daño materialmente provocado a las víctimas. Contrariamente, la multa civil comenzará a existir cuando ese grado de probabilidad sea menor que el cien por ciento, y aumentará cuanto menor sea la probabilidad de que se produzca.

La fórmula a aplicar, ponderando que la cuenta indemnizatoria se integra con daños estrictamente reparables en el sentido que he dado a esta expresión, es la siguiente:

$$D = C \times [(1 - P_c) / (P_c \times P_d)]$$

En ella:

“D” = daño punitivo a determinar;

“C” = cuantía de la indemnización compensatoria por daños provocados;

“P_c” = probabilidad de ser condenado por la indemnización compensatoria de daños provocados;

P_d = probabilidad de ser sentenciado por daños punitivos, condicionada a la existencia de una condena por resarcimiento compensatorio.

La constatación de las probabilidades que constituyen dos de las variables de la fórmula (“P_c” y “P_d”) es un problema de gran dificultad, aunque no concierne a la técnica de cálculo sino a la engorrosa acreditación de la cuestión de hecho que constituye su presupuesto; es un problema jurídico y no matemático que, en el caso, consiste en determinar la probabilidad de que un banco sea sentenciado a resarcir los daños provocados a los clientes a través de actitudes antijurídicas como la constatada en autos (que producen daños económicos individualmente



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Expediente número: 141.404.

irrisorios pero en conjunto generan ganancias suculentas), a lo que se suma la probabilidad de que en esa resolución se añada la condena accesoria a pagar daños punitivos. No es este un inconveniente que aparece únicamente cuando se utiliza una fórmula matemática; se trata de una dificultad inexorable a la hora de cuantificar el daño punitivo aunque aparezca solapada bajo el manto de una argumentación retórica que siempre desemboca en anodinas fórmulas como “resulta equitativo”, “deviene mesurado”, “es conforme a las circunstancias del caso”, etc.

Con fórmula matemática o sin ella, no existe otra alternativa que acudir a presunciones *hominis* derivadas del sentido común y la experiencia del juzgador (arg. art. 165 del Código Procesal Civil y Comercial), derrotero en el cual encuentro que en las actuales circunstancias de tiempo y lugar, como máximo un consumidor entre cincuenta que se encuentren en situación análoga a la de la actora obtendrán una efectiva condena judicial a que se le resarzan los daños y perjuicios ocasionados por conductas como las que se ventilan en autos (en realidad, pienso que serían muchos menos, pero la ausencia de parámetros que lo demuestren debe jugar a favor del demandado -arg. arts. 375 del Código Procesal Civil y Comercial y 218 inc. 7° del Código de Comercio-). Opuestamente, obtenida la condena, es tan grotesca la situación por la que la actora tuvo que transitar hasta llegar a la condena y tan evidente la gravísima negligencia del banco -cercana al dolo-, que la probabilidad de que a la condena principal se agregue otra por daño punitivo cabe estimarla en un 98% (no digo 100% porque ante la novedad del instituto y la escasez de precedentes existe un mínimo de probabilidad

razonable -que cuantifico en el 2%- de que algún tribunal se abstenga de fijar un daño punitivo en circunstancias análogas).

Con base en estos parámetros y partiendo de la única indemnización fijada en autos con carácter resarcitorio (\$20.000 en concepto de daño moral) se llega a un daño punitivo de \$1.000.000 (un millón de pesos), cifra con la que propongo sancionar al Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. en los términos del art. 52 *bis* de la ley 24.240.

El cálculo para cuantificar “D” (daño punitivo) es el siguiente:

$$D = C \times [(1 - Pc) / (Pc \times Pd)]$$

$$D = 20.000 \times [(1-0,02) / (0,02 \times 0,98)]$$

$$D = 20.000 \times [0,98 / 0,0196]$$

$$D = 20.000 \times 50$$

$$D = 1.000.000$$

Re expresado sintácticamente, el Banco podría haber previsto que si existe una muy baja probabilidad de ser condenado ($P_c = 2\%$, es decir que dos personas de cada cien estarían dispuestas a iniciar un juicio, logrando contratar a un abogado y obteniendo sentencia favorable) por el daño total provocado de \$20.000 (que en el caso es sólo “moral”), tiene una condena “esperada” por este rubro de solo \$400 ($\$20.000 \times 2\%$), irrisoria cantidad que resulta insuficiente para disuadirlo de seguir cometiendo este tipo atropellos a los consumidores y usuarios. Sin embargo, si además puede prever que recibirá una condena de \$1.000.000 por daños punitivos con una probabilidad del 98% (P_d), condicionada a que exista una condena por daño provocado ($P_c = 2\%$), tendrá una condena extra “esperada” por esta multa civil de \$19.600 ($\$1.000.000 \times 0,98 \times 0,02$). Cabe entonces colegir que si por cada caso



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Expediente número: 141.404.

similar en que incurra tendrá una condena total “esperada” (daño provocado más daños punitivos) que asciende a \$20.000 (\$19.600 + \$400 -proporción de daño punitivo más proporción de daño provocado-), seguramente corregirá su accionar para el futuro (ya no le resultará eficiente incumplir la conducta debida) y se ajustará a los estándares sociales de diligencia requeridos tanto para la protección de los intereses económicos de consumidores y usuarios, cuanto para que no se viole el derecho a recibir un trato equitativo y digno, todo lo cual halla amparo en el art. 42 de la Constitución Nacional.

Asumo que el 2% y el 98% de probabilidad que, respectivamente, incluí como variables en la fórmula aritmética utilizada, son relaciones opinables y que la actora encontrará razones para argumentar que he sobreestimado la probabilidad y la demandada, por el contrario, que la he subestimado. Pero hacer explícito mi razonamiento -y por lo tanto permitir su cuestionamiento por ambas partes-, lejos de constituir una fisura, descubre una virtud, cual es permitir un suficiente debate -en el marco de eventuales recursos- que permita un acabado ejercicio del Derecho de defensa (art. 18 de la Constitución Nacional). No debe dejar de advertirse que, por callarlos, los fundamentos no se tornan inexistentes: si yo hubiera dicho simplemente que estimo “mesurado, prudente y acorde a las circunstancias del caso” fijar un daño punitivo de \$1.000.000, habría tenido en cuenta esos mismos porcentajes probabilísticos aunque sin explicitarlos, y lo único que hubiera logrado es hacer más inatacable la sentencia con la inaceptable contrapartida de respetar en menor medida el derecho de defensa en juicio. Porque es obvio que es menos cuestionable la “mesura” o “prudencia” de \$1.000.000 de cuantificación de una multa

civil que las probabilidades que he decidido incluir en la fórmula de matemática financiera, pues en este caso basta la demostración de que el guarismo es erróneo mientras que en aquél la discusión se perderá en argumentaciones retóricas que solapadamente hallarán cobijo en lo recóndito de lo opinable.

Por supuesto que esta condena, cuando se haga pública, habrá de producir un impacto suficiente como para incentivar la promoción de acciones análogas, pero he aquí otra virtud de la utilización de la fórmula aritmética: una vez ejecutoriada esta sentencia, ya por quedar firme o por ser confirmada en instancias superiores, la probabilidad de una condena análoga aumentará y, proporcionalmente, la sanción por daños punitivos deberá disminuir debido al cambio de las variables funcionales. Esa tendencia se proyectará al infinito con un daño punitivo final igual a “cero”, al que se llegaría en la teórica situación en que exista un cien por ciento de probabilidad de que las víctimas de conductas análogas obtengan una reparación integral con los accesorios que correspondieren. Es evidente que esta hipótesis es utópica, pero puede llegarse a una altísima probabilidad de condena que lleve el daño punitivo a cantidades irrisorias.

Destaco que parte de la doctrina considera importante, a la hora de fijar el daño punitivo, el caudal económico del infractor (Tinti, Guillermo Pedro y Roitman, Horacio: “Daño punitivo” en *Revista de Derecho Privado y Comunitario* 2012-1, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, pág. 222) o su posición en el mercado (Alterini, Atilio Aníbal: “Las reformas a la Ley de Defensa del Consumidor: primera lectura, 20 años después”, *La Ley*, 9/4/2008). No adhiero a estos puntos de vista porque si bien el instituto es ontológicamente sancionatorio, tiene una estricta función preventiva que



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Expediente número: 141.404.

impide que su cuantificación actúe como función del patrimonio del dañador. Empero, aun de admitirse estas posturas, es evidente que la demandada -no sólo por ser una entidad financiera sino particularmente por tratarse de un banco de los que mayor presencia tienen en el país- es merecedora de la multa propuesta, que no sólo puede pagar sino que hará una mella ínfima en sus arcas. No obstante esta menuda proporción, se trata de una cantidad que debería proporcionar suficientes incentivos a quienes toman las decisiones respectivas para que busquen corregir la grosera irregularidad con que se manejan en casos como el de autos y evitar así la repetición de sanciones semejantes que, multiplicadas, sí tendrían un efecto importante en la economía del proveedor. De paso, como externalidad positiva, es probable que otras entidades bancarias que incurrir en los mismos desvíos tomen nota de lo decidido y corrijan su irregular accionar sin necesidad de recibir ellas mismas una condena semejante.

De ello se sigue que esta sentencia beneficiará, indirectamente, a todos los consumidores que se hallan en situaciones similares, actuales o potenciales, lo que constituye uno de los fines específicos del daño punitivo. Esto es particularmente valioso porque, a la hora de tomar una decisión, los jueces no debemos prescindir de las consecuencias que naturalmente habrán de derivarse, toda vez que su valoración constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la interpretación y aplicación del Derecho (Corte Suprema de Justicia de la Nación; Fallos: 302-1284).

D) Cuestiones accesorias

Tratando, por último, las cuestiones subalternas, como el daño moral se fijó a valores actualizados al día de hoy, los intereses desde el 1º de diciembre de 2009 (*dies a quo* para su cómputo por ser la primera oportunidad de manifestación del daño ya que es la fecha en que la actora denunció las irregularidades ante la O.M.I.C. según resulta de fs. 7) deberán correr a la tasa pura del 4% anual hasta el día de la fecha para continuar, en adelante, con la tasa activa del Banco oficial. Es que que si bien la S.C.B.A. ha establecido que los intereses aplicables a partir del 1º de abril de 1.991 deben ser liquidados a la tasa que pague el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a 30 días, vigente en los distintos períodos de aplicación (Acs. 43.448 y 43.858 del 21/5/91, D.J.B.A. 142-2079), en el caso de autos corresponde apartarse de ese criterio porque tratándose de una obligación regida por la legislación comercial (arts. 1º, 7º, 8º inc. 3º y concordantes del Código de Comercio), cobra plena vigencia lo previsto en el art. 565 del referido cuerpo legal, conforme al cual la tasa a fijar es la activa. La aplicación de esta norma, que remite a la tasa de interés que cobran los bancos públicos, constituye la base positiva de la fijación por los jueces del tipo de tasa que deben abonar los deudores después de incurrir en mora; si bien el citado artículo se encuentra ubicado en el título dedicado al contrato de préstamo, debe aplicarse a todos los negocios mercantiles, a la responsabilidad derivada de ellos y, en general, a los actos de comercio, pues se trata de una norma propia y típica del derecho comercial que se extiende a todo su ámbito, desplazando la aplicabilidad del art. 622 del Código Civil (conf. Cámara Civil y Comercial de Azul, 33834, sentencia del 30-VI-1992, JUBA).



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Expediente número: 141.404.

En consecuencia la tasa que deberá computarse es la activa que cobra el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones de descuento a 30 días. Cabe aclarar, ante las dificultades que suscitan las nuevas publicaciones que al respecto efectúa la S.C.B.A. en su página web -www.scba.gov.ar-, que la tasa específica a computar según la nomenclatura que de allí surge es la activa “para restantes operaciones” (criterio sentado por esta Sala en recientes pronunciamientos, el último de los cuales es la causa “Credifin Azul S.R.L.” del 14/08/2014, registro n° 124, libro n° 35).

Esta tasa se aplicará también a la condena por daños punitivos, pero recién a partir de los diez días de notificada la sentencia al demandado (plazo que propongo otorgar para su cumplimiento -art. 163 inc. 7° del Código Procesal Civil y Comercial-), pues no se trata de un resarcimiento y, por ende, a su respecto no se halla en mora (arg. art. 509 del Código Civil).

Las costas de ambas instancias deberán correr a cargo de la parte demandada vencida (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial), difiriéndose la determinación de honorarios para cuando obre en autos liquidación firme (art. 51, ley 8.904).

Así lo voto.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN LA SRA. JUEZ DOCTORA

CASTAGNO DIJO:

Adhiero al voto del Dr. Leopoldo L. Peralta Mariscal.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DOCTOR PILOTTI

DIJO:

Coincido con el ilustrado voto del Dr. Peralta Mariscal en cuanto

establece la cuantía del daño moral, el procedimiento para calcularlo y los placeres compensatorios propuestos.

Respecto de la cuantificación del daño punitivo, también adhiero a sus detalladas valoraciones.

Respecto al uso de fórmulas matemáticas, lo que con el convencimiento de ser el modo más objetivo y explícito de determinar una justa retribución en toda circunstancia, las vengo utilizando desde 1996, en las sentencias que he dictado desde aquel momento en que asumí como Juez de Primera Instancia ("G. S. y otra c. Cía. de O. s. daños y Perjuicios y beneficio de litigar sin gastos", expediente 49.259, Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil y Comercial n° 7 de Bahía Blanca, diciembre de 1996, donde dije que "he de adherir a las corrientes jurisprudenciales que optan por los cálculos actuariales, "que permiten obtener el valor actual de la renta periódica de que se ve privado el damnificado a raíz de la pérdida o minoración de su capacidad laborativa, entendiendo que los elementos que suministran la aritmética no deben despreciarse para hacer justicia, como no deben desatenderse los logros humanos en otros campos de la ciencia (v. Montamat, Daniel G., "Uso de las técnicas de la matemática financiera en la determinación del lucro cesante", en *Revista de la Universidad Nacional de Río Cuarto*, Año 1981, Núm.1, pág.15). Es que como dice Héctor P. Iribarne en "Conocimiento y cálculo matemático en la determinación de indemnizaciones por daños a la persona", en *Derecho de Daños*, editada bajo la dirección de Trigo Represas y Stiglitz, 1ª Parte, págs. 191 y ss., la utilización de las operaciones actuariales o matemático-financieras tiene una indudable aptitud instrumental para objetivar la materia, logrando un trato par a situaciones semejantes, y facilitando la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Expediente número: 141.404.

autocomposición de los conflictos al dar previsibilidad a las soluciones." ("Constantini Cecilia Paola y otros C. Vázquez Oscar Alberto" C. Civ. y Com. Bahía Blanca, sala 2ª, causa 116559/2003, libro de sentencias n° 24, registro n° 139, 27/03/2003, citado en el trabajo del Dr. Matías Irigoyen Testa referido en el voto en primer término).

Además, y vale también para el supuesto de daño moral, como lo dijo con claridad el Dr. Guibourg en el caso "Mendez" (C. Nac. Trab., sala 3ª, sentencia 89.654 del 28/04/08- causa 27593/04 "Méndez, Alejandro Daniel c. Mylba S.A. y otro s. accidente - acción civil"), "...es preciso dejar en claro que, si se pretende llevar a cabo un razonamiento cuyo resultado sea un número (por ejemplo, una cantidad de dinero en concepto de resarcimiento monetario), no hay modo alguno de llegar a ese resultado si no es por medio de un cálculo matemático. Este cálculo puede ser explícito, fundado en datos verificados y ordenado mediante un algoritmo previamente establecido y justificado, o bien implícito y subconsciente, a partir de datos vagos y cambiantes y regido por un criterio puramente subjetivo, de contenido total o parcialmente emotivo. Pero, sea como fuere, es posible (teóricamente posible, aunque psicológicamente muy difícil) reconstruir cualquiera de estos razonamientos implícitos hasta llegar a aquel algoritmo y encontrar las variables que, al menos para el caso, el intérprete haya tomado en cuenta. Incluso debería ser posible rastrear las razones por las que, eventualmente, ciertas variables han de tenerse en cuenta en una clase de casos y no en otra. Si se desestimara incluso esta posibilidad teórica, la conclusión necesaria sería que la determinación del resultado es puramente arbitraria. Y sin embargo, podría insistirse aún, la propia arbitrariedad de un resultado numérico obedece siempre a alguna

fórmula, aunque su estructura y sus variables puedan juzgarse inconvenientes o injustificadas. Es posible, pues, criticar una fórmula tanto por su estructura como por sus variables, elementos todos estos que requieren una justificación ajena al propio cálculo; pero es literalmente imposible prescindir de la aplicación de alguna fórmula cuyos elementos se juzguen debidamente justificados...”, por lo que como lo indica el voto en primer término, explicitarlo garantiza de manera mayúscula el derecho de defensa de los involucrados.

En dicho orden de ideas se presenta sumamente conveniente contar con una fórmula matemática que exteriorice el modo en que habremos de cuantificar el daño punitivo. Sin embargo, aparece aquí como en muchos otros supuestos el inconveniente de obtener las variables precisas.

Conociendo *a priori* la que nos propone el Dr. Peralta Mariscal y desplegando una adecuada labor probatoria en torno a sus variables nos acercáramos considerablemente a la exactitud, sin embargo en autos por su novedosa aplicación y por ello con la ausencia de prueba en concreto que nos ayude a determinar alguna de sus variables resulta más dificultosa la tarea.

No quiero con esto cuestionar la fórmula ni su resultado obtenido, por el contrario, describo la dificultad (no imposibilidad por cierto) de alcanzar la solución más ajustada a derecho para adelantarme ante el posible cuestionamiento del monto fijado bajo el calificativo de irrazonable.

No se trata de una mera suposición de mi parte sino de recordar que en el derecho anglosajón, donde el instituto de los “*punitive damages*” tiene una larga tradición, vemos que en los Estados Unidos de Norte



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Expediente número: 141.404.

América se suele cuestionar la magnitud de esta daño achacándole falta de racionalidad, atributo tan subjetivo como lo podrían ser los valores fijados que se atacan.

Se ha llegado a sostener en tal sentido que el daño punitivo no debería exceder de un dígito del fijado en concepto de daño material, posición también criticada a contrario por quienes consideran que no son significativos los pronunciamientos en los que habría excesos y ponderando la finalidad última del daño punitivo cual es la de disuadir a quienes puedan dañar a los consumidores.

En el célebre caso “Gore, Ira jr. v. BMW”, citado por Racimo, se dejó sin efecto una sentencia de una Corte estadual que había hecho lugar a una indemnización punitiva considerada absolutamente irrazonable. En términos sintéticos, se había condenado a pagar a la empresa proveedora de un rodado cero kilómetro la suma cuatro millones de dólares estadounidenses (reducida luego a dos) por la falta de denuncia del repintado de la unidad por deterioros sufridos durante su transporte en barco desde su origen, lo que se cuantificó como un daño material provocado total en cuatro mil dólares estadounidenses -US\$4.000- (Racimo, Fernando M.: “En el intervalo: un estudio acerca de la eventual traslación de los daños punitivos al sistema normativo argentino”, http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n6N1-October2005/061Juridica01.pdf).

No es nuestro caso, la fórmula propuesta se basa en parámetros objetivos que en tal situación hubiera arrojado un resultado sustancialmente menor, la posibilidad de que ocurriera un daño no denunciado como el descrito no resulta habitual.

Por el contrario, en nuestro supuesto, partimos como bien lo indica el voto del Dr. Peralta Mariscal, de una actitud del proveedor (Banco de Galicia y Buenos Aires) claramente ilícita y con una evidente programación especulativa, apoyada en un pequeño daño, pero multiplicado por un desconocido aunque evidente gran número de afectados. Por lo demás la fórmula en cuestión da suficientes parámetros objetivos, que completados con los subjetivos explicitados y valorados dan cuenta de la objetividad de su resultado, se coincida o no, por lo que se podrá opinar diferente, pero nunca calificarlo de irrazonable.

Así lo voto.

Con lo que terminó el acuerdo dictándose la siguiente

SENTENCIA

Y VISTOS: CONSIDERANDO: Que en el acuerdo que antecede ha quedado resuelto que la sentencia apelada no se ajusta a derecho y que corresponde hacer lugar a la demanda articulada con los alcances precedentemente señalados.

Por ello, el tribunal **RESUELVE:**

1) Revocar la sentencia apelada en cuanto rechazó la demanda articulada por María Cecilia Castelli contra el Banco de Galicia y Buenos Aires S.A., la que se acoge íntegramente;

2) Declarar nula la apertura de la cuenta corriente n° 6840-6082-3 a nombre de María Cecilia Castelli en el Banco de Galicia y Buenos Aires S.A., sucursal Bahía Blanca.

3) Condenar a la demandada al pago de veinte mil pesos (\$20.000) en concepto de daño moral, cantidad a la que se le adicionarán intereses a la tasa pura del 4% anual desde el 1° de diciembre de 2009 hasta el día de



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Expediente número: 141.404.

hoy para continuar, en adelante, con la tasa activa del banco oficial (“para restantes operaciones” según la nomenclatura de la página web oficial de este Poder Judicial -www.scba.gov.ar-) hasta el momento del efectivo pago.

4) Aplicar al Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. una multa civil en concepto de daño punitivo por la suma de un millón de pesos (\$1.000.000) que deberá abonar a la actora conjuntamente con la indemnización por daño moral, más intereses a la última de las tasas señaladas, que se computarán a partir de los diez días de notificada la sentencia a la parte accionada;

5) Conceder el plazo de diez días para el cumplimiento de la condena;

6) Imponer las costas de ambas instancias a cargo de la parte demandada.

Hágase saber y devuélvase.