



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

“ANDINO CLAUDIO EDUARDO C/BANCO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES S/MATERIA A CATEGORIZAR S/INCIDENTE DEL ART. 250 DEL CPCC”

Causa Nº INC-5852-19 R.S.: 262 /2020

Con fecha 03 de Septiembre de 2020, celebrando Acuerdo telemático en los términos de los arts. 5, 7 y 8 de la Ac. 3975 de la SCBA -teniendo en cuenta lo dispuesto por el art. 1º apartado b.1.1. de la Res. 10/2020, 7 de la Res. 14/2020 y 4 a.2. y b de la Res. 18/2020 como así también el hecho de encontrarse los suscriptos incluidos dentro de las previsiones de la Res. 165/2020, todas de la SCBA- los Señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Segunda, del Departamento Judicial de Morón, **Doctores José Luis Gallo y Roberto Camilo Jorda**, con la presencia virtual del Sr. Secretario, **Dr. Gabriel Hernán Quadri** y utilizando para suscribir remotamente la presente sus certificados de firma digital, almacenados en los dispositivos que han sido conectados -para este acto- por el personal de guardia en los equipos informáticos obrantes en la sede del tribunal (Morón, Provincia de Buenos Aires), para pronunciar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“ANDINO CLAUDIO EDUARDO C/BANCO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES S/MATERIA A CATEGORIZAR S/INCIDENTE DEL ART. 250 DEL CPCC” Causa Nº INC-5852-19** , habiéndose practicado el sorteo pertinente -arts. 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires- resultó que debía observarse el siguiente orden: **JORDA-GALLO**, resolviéndose plantear y votar la siguiente:

C U E S T I O N

¿Es ajustada a derecho la resolución apelada?

V O T A C I O N

A LA CUESTION PROPUESTA EL SEÑOR JUEZ DOCTOR JORDA, dijo:

I.- Antecedentes



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

1) La Sra. Juez Titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial nro. 12 Departamental con fecha 22 de Abril de 2020 dictó sentencia haciendo lugar a la demanda, en los términos que de allí surgen.

2) Contra tal forma de decidir se alzan tanto la actora como la demandada, interponiendo sendos recursos de apelación, los cuales fueron concedidos en relación y con efecto devolutivo.

La actora funda el suyo con la presentación de fecha 11 de Mayo de 2020, replicada con el escrito de fecha 21 de Mayo de 2020.

La demandada hace lo propio con su escrito de fecha 7 de Mayo de 2020, replicado con fecha 27 de Mayo de 2020.

3) La actora solo se queja del monto fijado en concepto de daño punitivo, a la vez que la demandada critica el fallo denunciando falta de fundamento, objeta la procedencia de la acción, el monto por el que ha prosperado la pretensión, como así también la procedencia, y cuantía, del daño punitivo.

A los términos de sendas fundamentaciones recursivas cabe remitirse, en homenaje a la brevedad.

4) Descripta así la cuestión, cabe ingresar al tratamiento de los agravios, lo que haré en forma parcelada para mayor claridad expositiva, dejando aclarado -desde ya- que ambas fundamentaciones cumplen, con holgura, las exigencias del art. 260 del CPCC.

Asimismo, he de dejar expuesto que -en tanto contamos solo con las actuaciones en soporte digital- fallaremos el caso mediante la compulsa de las constancias que obran en el sistema.

Efectuadas estas aclaraciones, tenemos que la primera cuestión que nos plantea la demandada se vincula con la fundamentación del fallo.

Ahora bien, analizado el mismo -y se comparta o no la decisión- lo cierto es que la sentencia cumple, cabalmente, con las exigencias de los arts. 3 del CCyCN, 171 de la Const. Pcial., 34 inc. 4 y 163 del CPCC.

En efecto: la Sra. Jueza de Grado ha reseñado el caso, ha indicado



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

cual es el derecho que estima aplicable, se refirió a la prueba producida, a la incontestación de demanda de la accionada (con sus consecuencias) y dio respuesta, explícita, al tema traído a su decisión.

De este modo, entiendo que aquellas exigencias de fundamentación suficiente llegan por demás cumplidas.

Ahora, la accionada introduce -en su memorial- una serie de cuestiones en virtud de la cuales, desde su punto de vista, la demanda no debía haber prosperado.

Pues bien, sucede que la accionada -cuando fue convocada a venir al proceso- contestó demanda fuera de término.

En lugar de hacerlo cuando debía, pretendió una ampliación de plazo (ver petición de fecha 7 de Marzo de 2019) lo que no prosperó (ver providencia de fecha 19 de Marzo, que adquirió firmeza).

Consecuentemente, dejó pasar la oportunidad que tenía tanto para resistir la pretensión actoril como para expedirse respecto de la documentación que se le atribuía y misivas que se señalaba como remitidas a ella.

Viene ahora a introducir una serie de cuestiones, vinculadas con la mecánica que -desde su punto de vista- debió haber adoptado el accionante para que cesaran los débitos automáticos, **pero tal temática debió haber sido introducida en la instancia previa, y al contestar demanda.**

De este modo, ello hubiera sido objeto de tempestiva alegación y, fundamentalmente, de necesaria demostración.

La venida a la instancia de revisión con estos temas, es -desde mi punto de vista- tardía (art. 272 del CPCC).

En muchas ocasiones hemos recordado -en base a tal norma- que el Tribunal no podrá fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia, siendo ello consecuencia de la naturaleza revisora del procedimiento ante la Alzada. Queda así vedado a la Cámara tratar argumentos no propuestos en los escritos introductorios de la demanda,



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

contestación o reconvención en su caso. Entonces, la expresión de agravios -o memorial- no es la vía pertinente para introducir nuevos planteamientos o defensas que debieron deducirse en el correspondiente estadio procesal (esta Sala en causa nro. 47.916 R.S. 577/03).

Luego, toda la cuestión que se introduce -recién en el memorial- vinculada con que la baja de los servicios y débitos automáticos debía haber sido concertada previamente con las distintas empresas, debió introducirla en su momento, para que ello se discutiera y analizara -previa producción de la prueba del caso- en la instancia originaria.

Cosa que, insisto, no hizo.

Es la propia quejosa quien nos señala las distintas variantes en materia de débitos automáticos; luego, si ella hubiera planteado correctamente el tema, esto debería haberse analizado en la instancia previa a fin de determinar cual era la modalidad que, a todo evento, podía corresponder para la baja.

En el memorial se habla de la explicación dada en la audiencia de vista de causa.

Pues bien, de las constancias del expediente vemos que la única audiencia que en tal sentido se celebró fue la de fecha 26 de Junio de 2019 y no fue una vista de causa sino preliminar; por lo demás, no ha quedado documentado mas que lo que se señaló en el acta respectiva.

Ahora, y como quiera que fuera, introducido el tema en cualquier momento posterior al que hubiera correspondido, ello deviene igual de extemporáneo.

Dicho esto, y con relación a la incontestación de demanda, como lo indica el art. 354 del CPCC, *el silencio podrá estimarse como reconocimiento de la verdad de los hechos pertinentes y lícitos a que se refieran; en cuanto a los documentos se los tendrá por reconocidos o recibidos, según el caso.*

Aquí sucede justamente ello, incluso con un deber de expedirse



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

reforzado a tenor de lo prescripto por el art. 53 de la ley 24.240.

Por lo demás, y como se lo dijo con anterioridad, por esta misma Sala y citando a Mercader, *"parece difícil justificar la causa en cuya virtud el demandado, que tiene la obligación legal de expedirse sobre las afirmaciones de la demanda y el absolvente que también tiene el deber legal de contestar, puedan ser favorecidos al recibir tratamientos procesales de excepción fundados en el antecedente del propio incumplimiento de los deberes. La dogmática y la estimativa concurren para repudiar esta posibilidad"* (esta Sala en causa nro. 57.116 R.S. 478/09)

En el caso, no tenemos ningún elemento de convicción que contradiga las afirmaciones del accionante e, incluso, aportó misivas y notas dirigidas a la entidad bancaria, donde claramente solicitaba el cese de los débitos en cuestión, los que en ningún momento cesaron sino que, por el contrario, continuaron efectuándose.

Por lo demás, el hecho de que hubiera abonado los consumos, en orden a evitar caer en mora, no justifica el accionar del banco; tampoco el hecho de que se tratara de débitos a los que hubiera adherido su cónyuge, en tanto aquí no estamos analizando la adhesión, sino el pedido de baja.

Así, la jurisprudencia ha entendido que resulta manifiestamente ilegítima la conducta de la entidad bancaria de continuar realizando el descuento automático frente al pedido de la actora de dejar sin efecto los débitos (Cámara Nacional De Apelaciones En Lo Comercial, SALA F, 23/8/2012, "Cabrera, Norma Noemi c. Nuevo Banco Del Chaco S.A. y Otro s/amparo", Información Legal Thomson Reuters Cita Online: AR/JUR/42997/2012)

Por otro lado, nuestros tribunales han analizado la situación del consumidor frente al entramado de vínculos derivados del uso de la tarjeta de crédito, postulando que "la entidad organizadora del sistema no puede eximirse de responsabilidad frente al usuario, alegando no haber contratado directamente con él, cuando de las condiciones generales del contrato de



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

adhesión suscripto surge su calidad, no pudiendo soslayar su intervención directa en las relaciones jurídicas que se generan en torno de la emisión y uso de la tarjeta. En consecuencia, menos aun puede eximirse al banco que contrató directamente con el usuario. Su intervención es directa y decisiva al lucrar con su actividad, asumiendo el riesgo que el negocio supone (CNCom., sala B "in re" "Rodríguez Luis María y otro c. Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. y otro", 26/04/2001 -La Ley, 2001-2-1257-). En autos, el banco emisor demandado intervino en el otorgamiento de la tarjeta de crédito persiguiendo una finalidad comercial, debiendo disponer a tal fin de una organización humana y técnica idónea, congruente con los compromisos que contrajo. Por ende, no puede alegar la masividad del sistema de tarjetas de crédito o pretender deslindar responsabilidades, poniéndolas en cabeza de la administradora del sistema. Esta defensa, son inatendibles y no son consecuentes con el principio de defensa del consumidor (arts. 1, 2, 3, 40 y concs., ley 24.240 y sus modificaciones) (CNCom., sala C "in re" "Cannizzaro Juan C. c. Banco Mercantil Argentino S.A.", 30/09/97, JA, 1998-III-536 -La Ley, 1998-B, 656; DJ, 1998-1-789-) (Cámara Nacional De Apelaciones En Lo Comercial, sala A, 26/6/2003, "Torres Carbonell, Mario c. Citibank N.A. y otro", Información Legal Thomson Reuters Cita Online: AR/JUR/1302/2003).

De este modo, y a mi modo de ver, la entidad bancaria no puede deslindar sus responsabilidades inherentes a haber contratado directamente con el consumidor, ni mucho menos pretender trasladarlas a la administradora de la tarjeta de crédito.

Incluso hay algo mas: la condición de adulto mayor del accionante.

Al respecto hemos dicho (causa MO-12821-2014, R.S. 36 /2019) que **"es necesario tener presente que el colectivo de la ancianidad es uno de aquellos que, por imperio constitucional, resulta destinatario de una mayor protección (art. 75 inc. 23 Constitución Nacional).-**

Este necesario respeto -y resguardo- de sus derechos no tiene



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

como sujeto pasivo -en mi concepción- únicamente al Estado, sino a todas las personas integrantes del conglomerado social.-

En alguna ocasión anterior (causa 58.317 R.S. 82/11) desde esta Sala se ponía de manifiesto que cuando la cuestión involucraba a niños, no era solo el Estado quien debía velar por sus derechos, sino todas las personas vinculadas a la cuestión.-

Pues bien, desde mi punto de vista, cuando se trata de adultos mayores (y mas aun cuando portan algún problema de salud) sucede exactamente lo mismo.-

El respeto hacia los mayores (los miembros mas antiguos de la comunidad) ha sido, a lo largo de los tiempos, una cuestión de relevancia en las sociedades; aunque, al parecer, en las épocas mas modernas (con todos los cambios que se han ido desarrollando) esto se ha ido diluyendo.-

No obstante ello, desde el orden normativo han aparecido diversas normas específicas, en las que necesariamente debemos abreviar.-

Fundamentalmente, la Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores (ley 27.360).-

Sobre el tema, la doctrina ha señalado que el derecho de la vejez, denominado también derecho de la ancianidad, es una nueva especialidad transversal destinada al estudio de la condición jurídica de las personas mayores, de 60 años de edad en adelante, en el derecho interno, regional e internacional. Este derecho se propone también el reconocimiento de las situaciones de aminoración, vulnerabilidad, discriminación, inestabilidad o abusos que puedan padecer estos sujetos, por el hecho de ser "viejos". Pero además, aborda el análisis de las herramientas jurídicas que permiten



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

legítimamente la intervención y restitución de la autonomía, la libertad, la igualdad, la participación o la dignidad dañada en el caso. Por ello, en este marco se consideran tanto los principios y reglas, institutos, relaciones jurídicas, derechos y obligaciones, como los sistemas de protección y las garantías, en cuanto se vinculan con el fenómeno demográfico del envejecimiento y de la vejez de cada persona, en particular.

La ratificación de la ley 27360 constituye, en la actualidad, la culminación de todo un complejo movimiento de visibilización de los adultos mayores como sujetos de derechos y de búsqueda de una mayor protección de sus derechos, así como también se instituye en un instrumento que representa el punto de partida de un proceso de reformas normativas e institucionales orientadas a que este nuevo enfoque termine impactando en la realidad y la vida de las personas mayores (ROBINO, Alejandro D., Análisis de la ley 27360. Convención interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores, Temas de Derecho de Familia, Sucesiones y Bioética, Erreius, Junio 2018, p. 397).-

También se ha dicho que en la sociedad actual los adultos mayores conforman un colectivo social vulnerable. Ello por cuanto el concepto de vulnerabilidad se refiere a las personas o grupos de personas que son más susceptibles de ser lastimadas o heridas, ya sea en lo físico, psicológico o económico, o de cualquier otra forma, o por cualquier otro medio. En el caso de las personas mayores, producto del proceso de envejecimiento, experimentan cambios biológicos, fisiológicos, psicosociales y funcionales que pueden ser de diferente intensidad. Es decir, es frecuente observar una disminución en las funciones físicas, psicológicas y sociales, lo que suele colocarlas en situación de mayor vulnerabilidad. En el Derecho



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Internacional se produjo el denominado proceso de especificación de los derechos humanos consistente en la elaboración de diferentes convenciones y tratados dirigidos a los miembros de los considerados grupos vulnerables -v. gr., mujeres, niños, personas en situación de discapacidad-. Este proceso de especificación distingue grupos de personas a los que reconoce derechos especiales en función de su situación, cuando se detecta la inoperancia de los derechos generales. En síntesis, es un proceso que tiene por objeto paliar la situación de desventaja social que atraviesan estas personas y que no resulta reparable mediante la igualdad formal en derechos, requiriendo en consecuencia la afirmación de derechos de grupos como herramienta para la eficacia de los derechos individuales. Dentro de estos grupos de sujetos en situación de vulnerabilidad se incluyen los adultos mayores.

Agregando que, por ello, en el ámbito internacional se observó que la problemática de las personas mayores que determinaba que en muchas ocasiones que se encontraran en situación de vulnerabilidad era una problemática con causas y características propias, que por lo tanto requerían un marco normativo que diera soluciones adecuadas a una realidad específica de este grupo social.

Así, en el año 2015 se aprobó en el seno de la OEA la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, resultando este el primer instrumento internacional que regula sus derechos y que, conforme el artículo 75, inciso 22), de nuestra Constitución Nacional gozan de jerarquía superior a las leyes.

Lo importante, se dice, de esta Carta Internacional es que establece un marco regulatorio propio, tomando en cuenta la realidad particular de las personas mayores y proponiendo una nueva mirada sobre el proceso de envejecimiento.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Indicando que la aprobación de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores constituye un hito en la materia de tutela de los derechos de los adultos mayores, por cuanto antes de dicha Carta este colectivo social debía recurrir a la protección mediante las normas de carácter general para todas las personas, no teniéndose en cuenta los rasgos diferenciales de su realidad. Hoy con el instrumento internacional se cuenta con una herramienta específica que observa las diferentes problemáticas por las cuales se puedan ver vulnerados los derechos de las personas mayores, observando sus propias causas y por lo tanto promoviendo soluciones adecuadas (SANJUAN, Alejandro, Tutela jurídica de los adultos mayores: vulnerabilidad y protección legal a partir de la convención interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores, Temas de Derecho Laboral y de la Seguridad Social, Erreius, Mayo 2018, Cita digital: IUSDC285846A).

Coincido totalmente con esas lúcidas reflexiones.

Desde esta Sala, se ha puesto de manifiesto la necesidad de atender la particular situación de los adultos mayores.

Se decía en la causa N° MO-40548-2011 (R.S. 246/2017) que

"las situaciones de edad avanzada son presupuestas -en nuestro confrado constitucional- como desniveladoras respecto de las personas mas jóvenes (art. 75 inc. 23 Const. Nac., 36 Const. Pcial.).-

En efecto: los adultos mayores son, o deberían ser, en nuestro ámbito jurídico destinatarios de una especial protección estatal.-

Ello involucra todos sus estamentos (poderes administrador, legislativo y poder judicial); en lo específicamente jurisdiccional, ello se dará en los diversos casos que el juzgador tenga para resolver y su



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

materialización dependerá de cada cuestión que se presente y sus exigencias específicas.-

Quiero significar, con esto, que la especial protección a este particular grupo etéreo (al igual que acontece con niños, niñas y adolescentes) es obligación específica del Estado, impuesta por la Constitución, incluso ya antes de la suscripción de la Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores (y actualmente reforzada por dicha Convención).-

Ahora, cómo se la materialice, dependerá de las circunstancias del caso.-

En algunos supuestos, mediante tutelas diferenciadas (para hacer mas pronta o específica la prestación jurisdiccional); en otros, mediante los ajustes procedimentales razonables; y, finalmente, cuando se encuentren involucradas cuestiones de fondo como las que aquí se debaten, teniendo muy presentes -al juzgar- las puntuales circunstancias del caso en lo que hace a la subjetividad de las personas.-

Esto, en realidad, no es mas que la aplicación de la directriz del art. 171 in fine de la Constitución Provincial, en cuanto nos manda a aplicar la ley teniendo presente las concretas -y vivificantes- circunstancias del caso.-

¿Qué quiero significar con esto?

Que no puede tratarse (so pena de violentar el principio de igualdad) un caso que involucre a un adulto mayor sin tener presente tal circunstancia".-

Incluso, el Dr. de Lázzari en uno de sus votos ha expresado la necesidad de reconocer el valor intrínseco de todas las etapas vitales y auspiciar la contemplación de los flancos vulnerables de los adultos mayores, su protagonismo e interacción en base a los derechos que,



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

como ciudadanos plenos les asigna la Constitución (su voto en causa B 65072 fallo del 29/12/2008, "Rojas, Angel Gualberto c/Caja de Retiros, Jubilaciones y Pensiones Policía Prov. Bs. As. s/Amparo").-

De este modo, entiendo que -en el caso de los adultos mayores- el enfoque consumeril se afina incluso un poco mas, y los deberes a cargo del prestador de los servicios -especialmente los de información y trato digno, arts. 42 Const. Nac., 4 ley 24.240- se intensifican y deben adaptarse a la puntual condición del destinatario.

En tal contexto, y por todas las razones expuestas, poniendo en juego incluso el principio de interpretación mas favorable al consumidor, entiendo que la sentencia apelada, en cuanto admite la demanda, merece nuestra confirmación.

Cabe, ahora, ingresar al cuestionamiento vinculado con el monto de condena.

En primer lugar, vemos que se condena a la demanda a reintegrar la suma de \$ 90.361,56.

Ello agravia a la accionada y, entiendo, aquí le asiste razón.

Dicho monto sale de considerar la suma indicada por el perito como derivada de los débitos cuestionados, por los últimos dos años (ver pericia de fecha 18/9/2019).

Ahora bien, si computamos lo sostenido en el escrito de demanda (vinculado con la fecha en la que el actor solicitó el cese de los débitos) vemos que la nota solicitando el cese data del 14 de Agosto de 2018 y el actor ha reconocido que los débitos los había activado su cónyuge, continuando el mismo con los pagos, sin objeción.

Con lo cual, y desde mi punto de vista, la fecha de cómputo para calcular el monto por el que prospera la demanda debe ser la del **14 de Agosto de 2018** (fecha en la que debían haber cesado los débitos) y no una anterior, cuando -insisto- el actor ha reconocido que los débitos habían sido adheridos por su esposa y no tenemos ninguna constancia de que se haya



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

pedido la baja con anterioridad.

De esta manera, y computando la liquidación que efectúa el perito, quedan fuera de la misma los débitos de Garantía Plus, pues el último que informa es de Agosto de 2018.

Por lo demás, y siguiendo el mismo criterio, en relación al servicio de Direct TV **que no estaba mencionado en aquella primera nota sino que recién se incluyó en la del mes de Diciembre de ese año**, se observa que el perito computa débitos hasta el 3/12/2018. Luego, esta parcela no debe integrar el monto de condena.

De este modo, y a la luz de lo expuesto, se computarán -y solo parcialmente- los débitos de **IMPASSIST.COM.AR, MICROJURIS.COM** y **CAR SECURITY S.A.**, debiendo reducirse la suma de condena a la de \$ **10.601,89**.

Me queda por abordar lo tocante a los daños punitivos.

La actora se agravia de su monto, mientras que la demandada lo hace en cuanto a su procedencia.

Respecto del tema, hemos dicho en la causa MO-42256-2016 (R.S. 40/2020) que

"el art. 52bis de la ley 24.240 establece que "al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan".-

Es la figura de los daños punitivos.-

Tratándose de una cantidad de dinero que se ordena pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños experimentados, cuya teleología es la de sancionar la conducta de los proveedores de bienes y servicios, como así también



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

la de prevenir hechos similares en el futuro.

Precisamente, conviene puntualizar que, dada la funcionalidad que tiene el daño punitivo -como se dijo punitiva y disuasoria de la realización de conductas perjudiciales para el consumidor- su importe es independiente de otras indemnizaciones que se fijen (esta Sala en causa MO 36.304 15 R.S. 326/2019).-

(...)

El tema de la cuantificación de los montos por daños punitivos es complejo y lo hemos abordado en esta Sala con anterioridad.-

Se decía en la Causa MO-7262-2015 R.S. 218/2017 cuando se pretendía la cuantificación del rubro mediante el uso de una fórmula matemática que "la tesis del apelante está siguiendo alguna jurisprudencia que se ha expedido sobre el particular (C. Civ. y Com. Bahía Blanca, sala 1°, 20/4/2017, "Peri, Daniel Alberto contra Banco Supervielle S.A. y otro sobre daños y perjuicios")

Allí el Dr. Peralta Mariscal (que quedó en minoría) sostuvo una posición como la que esboza el apelante, mientras que sus colegas -en tesis que comparto- optaron por la no utilización de la fórmula matemática pretendida; sus razones son elocuentes y voy a reproducirlas aquí:

"Disiento de lo que se propone respecto de la multa aplicada como "daño punitivo". Como hube señalado recientemente en el Expte. 147273, "Aparicio Leandro c/ Telefónica de Argentina", su determinación se complica desde el vamos por la naturaleza híbrida de la figura y la poca claridad del legislador al perfilarla. Se trata, indudablemente, de una sanción o pena civil -el texto del art. 52 bis la define como "una multa civil a favor del consumidor"-, por lo que como toda sanción, ha de guardar una razonable adecuación o proporcionalidad con la gravedad de la falta cometida. A mayor lesión



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

mayor castigo y viceversa. Claro que la pena -toda y cualquier pena- tiene también una inherente función disuasoria. No solo se busca castigar, sino también disuadir al infractor -y a quienes pudieran llegar a serlo- de reiterar conductas como la sancionada. Y a este respecto, desde una mirada que privilegie la eficiencia, se afirma que esa función preventiva sólo se satisface cabalmente si el monto de la pena es tal, que implique internalizar el costo social oportunamente cargado a todos los demás lesionados que ya se ha calculado no van a reclamar (v. COOTER, Robert y ULEN, Thomas, Derecho y economía, Fondo de Cultura Económica, ps. 442/447).

La pregunta pertinente es, entonces ¿Cuánto de retribución puramente sancionatoria, y cuánto de disuasión preventiva "eficientista", tiene la figura que el legislador acuñó en el art. 52 bis de la ley 24240?

Mas allá de los anhelos que se hayan expresado en los fundamentos del proyecto u otros antecedentes de su sanción, y de las entusiastas conclusiones que se vierten en los congresos nacionales e internacionales, si nos detenemos en el texto concreto de esa regla, advertimos que parece privilegiar, claramente, la primera finalidad por sobre la segunda. Al punto que esta última ni siquiera figura, expresa y específicamente, entre las pautas a tener en cuenta para determinar la pena. Efectivamente, se enuncia allí que "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" (El destacado en negrilla me corresponde).

Es decir, que el único criterio recogido "expressis verbis" en la ley, es el de la proporcionalidad entre la entidad de la multa y la gravedad del hecho. La internalización de los costos sociales que el proveedor impone a los consumidores, al calcular que la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

responsabilidad eventualmente asumida será solo una fracción del daño efectivamente causado, debería entenderse -en el mejor de los casos- incluida en el cajón de sastre de las "demás circunstancias del caso".

La idea de que prevalece la finalidad sancionatorio retributiva proporcional al agravio causado al consumidor reclamante, aparece reforzada por la circunstancia de que la multa se impone "a favor del consumidor", en vez de tener un destino social o colectivo, o por lo menos mixto.

Repárese, en cambio, la diferencia que se advierte entre el texto actualmente vigente, y el que fuera frustráneamente proyectado como nuevo art. 52 bis -en línea con el también proyectado art. 1714 del Código Civil y Comercial- que finalmente no vio la luz: "Sanción pecuniaria disuasiva. El juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos del consumidor. Su monto se fija prudencialmente tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas. La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada" (La negrilla nuevamente me corresponde).

Como bien se advierte, aquí sí aparecen contemplados en pie de igualdad ambas finalidades, la sancionatoria en función de "la gravedad de la conducta del sancionado", y la disuasiva sobre la base de "los beneficios que obtuvo o pudo obtener". En concordancia con ello, en el texto proyectado era el juez quien asignaba el destino de la multa por resolución fundada, con lo que no tendría por qué revertir la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

misma -enteramente, al menos- en favor del consumidor individual reclamante.

Luego, si al menos de "lege lata", prevalece la finalidad sancionatorio retributiva de la multa -que reclama, entonces, inexorablemente, su adecuación proporcional con "la gravedad del hecho" por imperio del mismo texto legal considerado, y de una restricción deontológica de fuente constitucional como el "principio de razonabilidad"-el monto fijado en primera instancia, e incluso el menor propuesto por el estimado colega que me precede, se revelan excesivos.

No paso por alto, claro, que esos guarismos surgen de la aplicación de una fórmula que, supuestamente, dotaría de objetividad y transparencia a su determinación. Me permito poner en duda ese aserto. No porque cuestione el valioso auxilio que las técnicas de matemática financiera pueden prestarnos a la hora de establecer, por ejemplo, el quantum indemnizatorio que corresponde determinar en los casos de muerte o incapacidad permanente. Al igual que el colega, he defendido y utilizado esas herramientas sin vacilación alguna a lo largo de toda mi carrera como juez, tanto en primera como en esta segunda instancia. En ese entendimiento, he aplicado la conocida fórmula polinómica que permite obtener el valor presente de una renta futura no perpetua, porque estoy convencido de que su empleo -ahora devenido deber funcional a partir de lo prescrito por el art. 1746 del CCiv.Com constituye el medio más idóneo para evitar la arbitrariedad judicial, en tanto explicita clara y objetivamente las variables consideradas y el cálculo efectuado, garantizando de ese modo el mas pleno ejercicio del derecho de defensa en juicio de todos los involucrados (v. ACIARRI, Hugo e IRIGOYEN TESTA, Matías, "La utilidad, significado y componentes de las fórmulas para cuantificar



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

indemnizaciones por incapacidades y muertes", en LL-2011-A, ejemplar del 9/02/2011).

Claro que las inapreciables virtudes que se derivan de la utilización de esa fórmula, no asientan solo en la adecuada composición de su estructura algebraica, sino también -y necesariamente-, en el muy razonable grado de certeza con que pueden precisarse sus variables. Así, para los ingresos perdidos por la víctima -o por los familiares a los que proveía sustento-, partimos de los que se encuentren debidamente acreditados en el expediente, o en su defecto, del valor actual del salario mínimo, vital, y móvil. Si no es el caso de muerte, computamos el porcentaje de incapacidad parcial y permanente que haya sido establecido en la pericia médica rendida en la causa, controlado sobre la base de los baremos usualmente aplicables desde hace muchísimos años. La expectativa de vida probable de la víctima, nos es suministrada por las tablas estadísticas de mortalidad que confecciona y actualiza el INDEC con cada censo poblacional, discriminando esa información por sexo, edad y provincia involucrada.

Por último, la tasa de interés histórica y tradicionalmente empleada fue la del 6 % anual, pero hace ya muchos años que -al menos en nuestro caso- venimos computando una del 4 %, dada la realidad del mercado financiero nacional e internacional.

En este escenario, la discrecionalidad del juzgador es mínima, y la garantía del derecho de defensa máxima. Porque los litigantes y sus letrados, no solo pueden reconstruir el modo en que se arribó a la cifra final del monto indemnizatorio fijado, sino que además -y en esto asienta lo nuclear de esa tutela- pueden perfectamente impugnar ese resultado, cuando el mismo no se ajusta al corolario matemático forzoso de las variables ciertas que corresponda computar en cada



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

caso.

II. Como he señalado recientemente en el Expte. 146984 "Castaño, María Alejandra c/ Banco Credicoop Cooperativo Ltda. s/ daños y perjuicios", no hace falta argumentar demasiado para advertir que en el supuesto de la fórmula que se propone para determinar la multa por daño punitivo, la situación es harto diferente, al punto de ubicarse en sus antípodas. No porque la fórmula esté mal estructurada, pero tampoco porque se presente "un problema jurídico". El verdadero y único problema -pero ¡qué problema!- es estrictamente fáctico, y consiste en la absoluta orfandad informativa acerca de las magnitudes concretas con que deben reemplazarse las variables abstractas de esa fórmula.

Para empezar, no tenemos la menor idea de cuántos episodios como el que motiva este juicio se presentan en algún período determinado -por ejemplo anualmente-, en relación a un cierto universo de clientes de bancos. ¿Serán 1 de cada 1000, de cada 10000, de cada 50000 clientes? No lo sabemos. ¿Y cuántos de esos indeterminados afectados que no consienten el atropello, pasa de la mera protesta verbal a un reclamo más formal? (hace una presentación escrita ante el banco; envía una carta documento con el asesoramiento de un letrado; ocurre por ante algún organismo de defensa del consumidor; etc): tampoco lo sabemos. A su turno, ¿cuántos de estos desconformes activos, deciden dar un paso más y formular un reclamo judicial? Otro misterio. ¿Tenemos, acaso, estadísticas confiables y disponibles, acerca del porcentaje de condenas judiciales que se pronuncian en reclamos de consumidores contra bancos, en supuestos similares o asimilables al de autos? Tampoco. ¿Y en cuántas de esas ignoradas condenas se aplican, además, daños punitivos? Menos que menos.

¿Para qué seguir? En este contexto de absoluta incerteza, decir



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

que ocho personas de cada diez estaría dispuesta a iniciar un juicio, es una afirmación tan azarosa y al mismo tiempo tan válida como decir cuatro de cada diez, seis de cada diez o nueve de cada diez. Lo propio ocurre con la probabilidad de que a la condena principal se añada otra por daño punitivo. ¿De dónde sale el 50 %? ¿Por qué el 50 y no el 33, el 29, el 64 o el 72 %? Nadie puede impugnar, fundadamente, ninguna de esas -u otras imaginables- magnitudes, y nadie puede defenderlas, tampoco, fundadamente. A su turno, nadie puede resolver, fundada y objetivamente, quién tiene razón.

Si para muestra basta un botón, la tenemos acá mismo. Aplicando la misma e idéntica fórmula, la señora juez de primera instancia arribó a la suma de \$ 450000, en tanto que mi colega deriva, de ese cálculo, la suma de \$ 180000 (¿?). El premio consuelo de que al menos se puede reconstruir el modo en que se arribó a ese fatalmente discrecional resultado, es bien poca cosa. ¿De qué sirve reconstruirlo si después no puede impugnarse fundadamente, sobre bases objetivas, cognoscibles y compartibles?

Si acudo a un restaurante a cenar y resulta que la carta no consigna el precio de los platos principales, ni el de los postres, ni el de las bebidas, ni el del servicio de mesa, siendo también imposible determinarlo con alguna certeza acudiendo a una fuente externa, las expectativas recíprocas del dueño del comercio y las mías propias al respecto, quedarán libradas a las personales, subjetivas y azarosas estimaciones que se nos ocurran. Así las cosas, al momento de pedir la cuenta, de nada me valdrá disponer de la fórmula algebraica de la suma para impugnar, fundadamente, su monto. Porque yo sumaré mis propias estimaciones y el dueño del restaurante las suyas. Y ningún tercero llamado a resolver el entuerto podrá componerlo aplicando las matemáticas.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Desde luego aprecio la preocupación y el esfuerzo de mi distinguido colega por dotar de justificación objetiva a una determinación discrecional. Pero no advierto que se logre sobre la base de una fórmula matemática, cuyas variables dependen, en última instancia, de la subjetiva e improbable estimación discrecional de quien la aplica. Si para evitar la discrecionalidad recurrimos a una fórmula matemática, pero luego resulta que todas sus variables son pura y absolutamente discretionales, la discrecionalidad que expulsamos por la puerta habrá reingresado encubiertamente por la ventana. Se trata, entonces, de la misma y nuda discrecionalidad, pero bajo una fachada ilusoria de justificación objetiva. Y ello, en mi opinión, flaco favor le hace a la bienvenida utilización de las herramientas matemáticas en el derecho.

III. Descartada, entonces, la utilización de la fórmula propuesta por mi colega, solo nos queda ejercer esa discrecionalidad, atendiendo a "la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso" -que son las únicas y raquílicas pautas contenidas en el art. 52 bis de la ley 24240-, a las que pueden añadirse otras formuladas por la doctrina para especificarlas, y que resultan de la finalidad misma del instituto (arts. 1 y 2 CCiv.Com).

Sobre la gravedad que reviste la conducta del demandado y demás circunstancias que jalonaron el mortificante peregrinaje del actor, nada puedo agregar a la ajustada valoración que ya hizo el apreciado colega que formula la ponencia inicial de este acuerdo. Aduno que en este caso, la magnitud del daño individual tiene una entidad intermedia, superior a esos microdaños ínfimos que minimizan el riesgo de litigación individual y justifican, entonces, una abultada multa proporcional al elevado costo social cuya satisfacción evita el sancionado. Al mismo tiempo, debe ponderarse, también, que se trata



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

de un importante banco privado con presencia en todo el país.

Finalmente, entiendo que no puede dejar de considerarse, en alguna medida, lo que el propio demandante requirió tres años y medio atrás, porque aunque haya hecho la usual reserva de que estaría a lo que en más o en menos resultara de la prueba a producirse, y aun computando la particular naturaleza sancionatoria y preventiva de la figura, no puede olvidarse que se trata de la estimación del propio agraviado y destinatario final del importe que se fija".

Comparto lo allí señalado y, trasladado al caso, vemos que toda la ecuación que formula el quejoso, es llevada a cabo basándose en datos que no encuentran mayor apoyatura en las constancias de la causa sino en las propias afirmaciones (unilaterales) del recurrente".-

O sea, no existen pautas matemáticas para efectuar la cuantificación (sencillamente porque en este tipo de procesos carecemos de ella), sino que debemos operar con apoyatura en las circunstancias del caso, y especialmente en la gravedad de la situación.

En tal contexto, hemos tenido por demostrado el trato indebido al consumidor, la falta de respuesta -tempestiva y efectiva- a sus reclamos, como así también que se trataba de un adulto mayor, merecedor de una respuesta diversa (y diferenciada) que, con claridad y prontitud, resolviera la cuestión planteada.

Por lo demás, están claras las molestias y complicaciones que se le generaron, con el envío de múltiples misivas, realización de trámites e, incluso, la promoción de un proceso judicial para resolver la cuestión.

En tal contexto, entiendo que la aplicación de la figura se torna procedente.

Ahora, en cuanto al monto, entiendo -junto al accionante- que el mismo es escaso, aunque no participo -tal lo dicho y por aquellas razones- de la aplicación de la fórmula pretendida.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Luego, por tales razones, computando la gravedad de la conducta bancaria, las molestias que se le generaron al accionante y el tiempo que insumió la solución del tema, entiendo que el monto fijado ha de elevarse -prudencialmente- a la suma de \$300.000 (trescientos mil pesos).

Con los alcances descriptos, propondré la modificación del fallo apelado, elevando el monto de condena a la suma de \$ 310.601,89 y confirmándolo en lo demás que decide y ha sido materia de agravio.

Las costas de Alzada habrán de quedar impuestas a la demandada vencida (art. 68 del CPCC).

Lo dicho me lleva a votar en la cuestión propuesta

PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA

A la misma cuestión, el Señor Juez Doctor **GALLO** por iguales consideraciones y fundamentos a los expuestos precedentemente, adhiere votando en el mismo sentido que el Doctor JORDA

Con lo que terminó el Acuerdo, dictándose la siguiente:

SENTENCIA

AUTOS Y VISTOS: **CONSIDERANDO:** Conforme al resultado obtenido en la votación que instruye el Acuerdo que antecede, **SE MODIFICA** el fallo apelado, elevando el monto de condena a la suma de \$ 310.601,89 y **CONFIRMANDOLO** en lo demás que decide y ha sido materia de agravio.

Costas de Alzada, a la demandada vencida (art. 68 del CPCC).

REGISTRESE. REMITASE encomendándose a la Instancia de Origen las pertinentes notificaciones.-

REFERENCIAS:

Funcionario Firmante: 03/09/2020 11:17:26 - JORDÁ Roberto Camilo - JUEZ



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Funcionario Firmante: 03/09/2020 11:17:58 - GALLO José Luis - JUEZ

Funcionario Firmante: 03/09/2020 11:18:26 - QUADRI Gabriel Hernan -
SECRETARIO DE CÁMARA



242400416017056519

CAMARA DE APELACION EN LO CIVIL Y COMERCIAL SALA II - MORON

NO CONTIENE ARCHIVOS ADJUNTOS