



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Expte. n°: JU-2724-2017 ANDREOLI GUSTAVO FABIAN C/ MONTANARI S.A. Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJ. INCUMP. CONTRACTUAL (EXC. ESTADO)

N° Orden: 210

Libro de Sentencia n°: 60

En la ciudad de Junín, a los 17 días del mes de Octubre del año dos mil diecinueve, se reúnen en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Junín, Doctores JUAN JOSE GUARDIOLA, RICARDO MANUEL CASTRO DURAN y GASTON MARIO VOLTA, en causa n° JU-2724-2017 caratulada: "ANDREOLI GUSTAVO FABIAN C/ MONTANARI S.A. Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJ. INCUMP. CONTRACTUAL (EXC. ESTADO)", a fin de dictar sentencia, en el siguiente orden de votación, Doctores: Guardiola, Volta y Castro Durán.-

La Cámara planteó las siguientes cuestiones:

1a.- ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

2a.- ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez Dr. Guardiola, dijo:

I.- En la sentencia dictada a fs. 353/362 la Sra. Jueza Dra. Ragazzini hizo lugar a la demanda promovida por Gustavo Fabian Andreoli contra Montanari SA y Autoahorro Plan VW condenándolos a entregar la unidad reclamada equivalente a un vehículo VW Amarok 0Km. -High line pack 4x4 caja automática, espejos rebatibles eléctricos, luces de xenón y tapizado de cuero, actualmente high 4x4 automática MY 1; haciendo lugar también a la indemnización de daño moral por la suma de \$100.000, por daño punitivo en la suma de \$150.000, con más intereses y al pago de la cláusula penal establecida en el art. 7 del contrato de adhesión. Impuso las costas a las codemandadas vencidas.

Apelaron el actor a fs. 373 y la apoderada de Volkswagen SA de Ahorro para fines determinados Dra. Tayar (presentación electrónica de fecha 21/12/18)

Concedidos los recursos en relación y con efecto devolutivo, expresaron sus agravios el primero por memorial que corre a fs. 400/406 y la codemandada por el libelo de fs. 389/398.

No habiendo ejercido las partes el derecho a réplica, oído que fuera el Sr. Fiscal General (art. 52 ley 24240; ver fs. 417) y reanudado el llamamiento de autos para sentencia que fuera suspendido por trámites vinculados a la ejecución de la sentencia (ver resoluciones de fs. 418,419 y 445; presentación electrónica del 17/4/190) las actuaciones están en condiciones de ser resueltas (art. 270 CPCC).

II.- En esa tarea, es de señalar que si bien la codemandada no cuestiona específica y concretamente la responsabilidad atribuida, al reseñar el fallo como introducción a sus agravios sobre los rubros de la indemnización y al solicitar la modificación de la imposición de costas introduce objeciones a dicho aspecto de lo resuelto en la instancia de origen.

Sobre el asunto es dable puntualizar que "el interés y la causa fin tenida en miras al contratar se alzan como el centro de unión de toda la operatoria, permitiendo atribuirles obligaciones concretas a los diferentes integrantes del sistema, más allá de su posición en el negocio. Es un fenómeno conocido en el mundo de los negocios como "conexidad contractual, que adquiere relevancia para interpretar los grupos de contratos donde existe una finalidad supracontractual que inspira su celebración. Por ese motivo, el deslinde de responsabilidad de las partes de cada uno de los negocios debe apreciarse con estrictez, pues el incumplimiento de las obligaciones contractuales no se agota en sus efectos bilaterales, sino que puede repercutir en todo el sistema. De allí que se sostenga que la responsabilidad alcanza a todo aquel que se beneficia con el negocio y no solamente a quien entabla una relación directa con el consumidor. Y la consecuencia de tal conclusión es que estos sujetos -en tanto participan de una misma actividad organizada- deben asumir una responsabilidad de carácter "solidario" (CNCom Sala A 3/4/2018 Martini Guido Ignacio c/ Volkswagen SA de Ahorro p/fines determinados s/ Ordinario). Es que "en definitiva, la pretendida



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

desvinculación total entre la administradora y la concesionaria desconoce el fenómeno de la conexidad contractual ya que es innegable la vigencia del elemento de base causal o teleológica que la conexidad reclama, vale decir, la mediación de un necesario nexo funcional, un propósito legal que no se agota ni puede ser cumplido a través de un vínculo negocial singular, sino que lo trasciende, involucrando uno o más contratos" (Barreiro Rafael F. "Practicas abusivas en el sistema de ahorro previo para la adquisición de automotores. Sobre la prevención y disuación" La Ley 2019-C,218).

Es que el sistema de contrato de ahorro previo para fines determinados se diferencia claramente de la compraventa simple y básica, configurando una unión externa de contratos que define este particular sistema de adquisición que integra en su parte organizativa al fabricante, a la sociedad administradora y al concesionario y por la otra parte al ahorrista adquirente del bien en una típica relación de consumo (Ricardo L. Lorenzetti "Tratado de los Contratos Parte Especial" To. I p. 733; arts. 1073 y 1074 CCyCN).

En ese entramado, y siendo que la causa del contrato celebrado entre la sociedad administradora y el adherente es la obtención de un determinado bien por parte del ahorrista, la primera responsabilidad de aquella es entregar al suscriptor adjudicado el bien adquirido al fabricante. Es deber de la sociedad como mandataria de los integrantes de cada grupo, realizar las diligencias conducentes a la concreción del objeto principal (autores y publ. citados ; CNCom Sala B 14/6/2017 Callejo Diego A c/ Volkswagen SA de Ahorro p/fines determinados" La Ley 2017-E-639 el

Y tal es así que en el contrato bajo análisis, en el apartado VII del artículo 2 se establece que *"Las sociedades administradoras de planes de ahorro para fines determinados deben cuidar de la debida promoción y celebración de los contratos que constituyen su objeto, así como de su*

correcta y leal ejecución hasta la entrega del bien y liquidación final: su responsabilidad se extiende a las consecuencias de los actos de los concesionarios, de los fabricantes e importadores de los bienes a adjudicar, en cuanto se refieran al sistema en cualquiera de sus aspectos" (el entrecomillado encierra copia textual).

Por ello la sociedad administradora no puede invocar como eximente de la obligación de entrega las demoras en que incurra ni el fabricante ni el concesionario (Lorenzetti idem p. 736; CNCom Sala B 29/5/97 "Autolatina Argentina c/ IGJ S7 Denuncia" JA del 29/10/97 p. 68; CC0101 MP 107776 RSD-321-1 S 21/12/2001 Juba B1352450; CNCom Sala C 12/02/2015 "Fernández, Héctor O. c. Volkswagen S.A. de Ahorro para fines determinados y otros s/ sumarísimo" La Ley 2015-D , 84)

La posibilidad de que el adjudicatario ejerciera la opción de cambio de concesionario ante la no entrega oportuna y satisfactoria de la unidad, con cómputo de un nuevo plazo de 30 días y notificación fehaciente a la Administradora de esa alternativa facultativa (ver fs. 161), no puede ser esgrimida como eximente, siendo exclusiva responsabilidad de la Administradora frente al pertinaz incumplimiento del agente por ella elegido para que actúe en su interés, arbitrar todos los mecanismos necesarios para remover cualquier impedimento y efectivizar el débito contractual. Lejos de así proceder, tal como se verá al abordar la cuestión del llamado daño punitivo, la recurrente ha contribuido a título propio al desinterés y desprecio en la ejecución del negocio hacia elementales principios que rigen la vinculación con quien se encontraba en una posición de inferioridad y vulnerabilidad.

Ello es razón más que suficiente para que deba soportar también las costas de este proceso, en su condición de solidariamente responsable y vencida en un litigio al que injustificadamente dio lugar (arts. 1, 2, 3, 40 y conc. ley 24.240; 961, 1716, 1724 y ccs. CCyCN; art. 68 CPCC).

III.- Objeta también la codemandada la procedencia - al considerarlo no acreditado- y cuantificación del daño moral, que la sentenciante de grado tal como indiqué estableció (al 6 de marzo de 2016 conforme intereses que ordena aplicar) en \$ 100.000, apreciando



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

la importante dilación en la entrega del vehículo y las vicisitudes que tuvo que transitar el actor.

Sin dejar de considerar que la noción de daño moral o extrapatrimonial en tanto se identifica con una lesión en los sentimientos personales o en las afecciones legítimas, no es equiparable a las simples molestias o inquietudes que puede llegar a provocar la no disponibilidad de una cosa o la demora en el cumplimiento de un contrato propia de una contingencia negocial (doctr. arts 1721. 1724, 1725 del CCiv; CNCom. sala C "Nill, Carlos O. c. Compañía Interamericana de Automotores S. A" 10/06/1997 Cita Online: AR/JUR/1419/1997), cuando las vicisitudes y contrariedades trascienden la normal tolerancia y paciencia de una persona con sensibilidad promedio afectando su tranquilidad y vida normal, de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso, el resarcimiento del perjuicio se torna procedente.

Y ello es lo que acontece cuando, como en el sublite sucedió, más allá de las lógicas ilusiones de acceder a un automotor 0 km por vía de un plan de ahorro - lo que en principio hace suponer una espera y esfuerzo económico que en los casos de adquisición al contado no está presente- , se le suman los numerosos intentos que realizó para que las demandadas cumplieran con la entrega y las negativas o excusas dilatorias que recibió como respuesta (Cám. Apel. en lo Civil y Comercial de Salta, sala III, 11/04/2019 "Acosta, Martín Enrique c. Horacio Pussetto SA; Volkswagen SA de ahorro para fines determinados s/ acciones Ley de Defensa del Consumidor " RCyS 2019-VIII , 106).

Dicho esto, la traducción dineraria del mismo es una tarea extremadamente difícil, porque precisamente el dolor y afecciones de la índole en consideración son reacias a su medición económica.

Desde hace tiempo - como en toda la materia de daños - se viene tratando de acotar, obviamente en la medida de lo factible, el margen de discrecionalidad en la decisión judicial. En función de ello el art. 1741 del CCyCCN ha incorporado expresamente el parámetro de las "satisfacciones sustitutiva y compensatorias" (precio del consuelo), para lo cual se debe considerar además de la extensión temporal del perjuicio la naturaleza del hecho generador y su repercusión espiritual, debiendo siempre el juzgador velar por un trato igualitario para situaciones parecidas (aunque el elenco de posibilidades no se agoten en la realidad, su catálogo en cierta medida nos acercara a ella).

Con estas premisas y teniendo por norte no consagrar un enriquecimiento indebido para ninguna de las partes, permitiendo que el reclamante perciba más o los deudores abonen menos de lo debido, y conjugando también la fecha de su estimación y valores establecidos por este tribunal en algunos precedentes análogos o parecidos de este tribunal (exptes 4030/2012; 6635/2014; 2438/2014; 6364/2016; 1936/2013; 6621/2013; 632/2012 entre otros) propongo reducir el importe fijado por este ítem a \$ 70.000.

IV.- La cuestión que plantea el actor en el punto B de su memorial sobre la unidad a entregar ha perdido toda vigencia al haber acordado las partes en expte. sobre ejecución de sentencia CA-1487 (presentaciones de fs. 28,37 y electrónica de fecha 8/4/19) el reemplazo de la misma por el importe dinerario correspondiente a su valor de mercado de \$ 1.916.862.

V.-a) Por último está el tópico del mal legalmente denominado "daño punitivo" (art. 52 bis ley 24240 ref. ley 26361), sobre el que median agravios de ambos apelantes.

La apoderada de la Administradora cuestiona su procedencia sosteniendo que esta penalidad requiere del reproche subjetivo individual del agente: dolo, culpa de cierta entidad, desaprensión hacia los derechos de terceros u omisión deliberada de ciertos cuidados o precauciones exigibles, que de su parte no existieron, siendo contrario al instituto concederlo ante el mero incumplimiento, cuando de su parte no hubo una conducta reprochable. Invoca doctrina y jurisprudencia en aval de su postura. Culmina solicitando se revoque la sentencia en este aspecto y subsidiariamente se disminuya la suma otorgada por resultar



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

irrazonable según los parámetros a considerar (perjuicio sufrido, gravedad de la infracción, etc)

En sentido obviamente opuesto, Andreoli -con cita y parcial transcripción del fallo de la Sala II de la CCiv.yCom. Bahía Blanca "Castelli María Cecilia c/ Bco. Galicia" del 6/10/16 y del Ac. 119.562 SCBA que desestimó el recurso de inaplicabilidad de ley que por el mismo se interpusiera-, solicita la elevación de la suma de \$ 150.000 fijada, entendiendo que la aplicación de la fórmula allí empleada y la valoración de la conducta durante el proceso, conducen a esa solución.

Puesto a decidir la cuestión, no puedo dejar de señalar lo intensa y fructífera que ha sido la labor doctrinaria -jurisprudencial desde la incorporación normativa en el año 2008 de la figura de los punitive damages, para superar interpretativamente algunos de los aspectos o deficiencias técnicas de su regulación.

Hoy existe amplio consenso en su finalidad preventiva, disuasoria y sancionatoria; en que se distingue claramente del resarcimiento de daños y perjuicios, aunque el daño efectivo al consumidor sea su presupuesto y que consagra un factor subjetivo de atribución agravado, consistente en la culpa grave o dolo del proveedor - categoría en la que encuadran ambos codemandados art. 3 LDC- (ver conclusiones por unanimidad y mayoría de la Comisión 4 de las recientes XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil - UNL Santa Fe 2019). Sintetizando estos conceptos ha dicho el Dr. Galdós que esta "sanción punitiva" (como preferiblemente se la denomina en el art. 118 del Anteproyecto de ley de Defensa del Consumidor) consiste en "adicionar al dañador un "plus" de condenación pecuniaria sancionando su grave conducta, lo que repercutirá con efectos ejemplificadores con relación a terceros. Se trata de una condenación adicional a la estrictamente resarcitoria, que se impone al dañador con carácter esencialmente sancionatorio y disuasivo, autónoma de la indemnización, cuya cuantificación y destino

debe resultar de la ley, respetando los principios de razonabilidad y legalidad, y que rige en caso de daños graves causados con culpa grave o dolo" (ver al respecto además de las publicaciones del autor su voto en CCiv.Com Azul Sala II "O., M. del R. c. AMX Argentina (Claro) SA s/ daños y perjuicios", 28/08/2018 Cita Online: AR/JUR/46959/2018)

Junto con el destino de la multa civil una de las aristas más controvertidas ha sido la responsabilidad solidaria (debió decir concurrente como apunta Chamatropulos " Los daños punitivos...." AR/DOC/2121/2018) que establece el art. 52 bis LDC. Como señalaron oportunamente Pizarro -R.Stiglitz ("Reformas a la ley de defensa del consumidor" La Ley 16/03/2009, 1): "No parece conforme con el buen sentido jurídico que alguien pueda verse obligado solidariamente a indemnizar daños punitivos por el solo hecho de ser co-responsable de un incumplimiento, cuando no se configuren, con relación a dicho sujeto, las exigencias básicas para la procedencia de la punición. La regla de la solidaridad está en pugna con la naturaleza y esencia misma de la figura"; reflexionando en el mismo sentido Chamatropulos (publ. cit.) que aquella sanción "solo puede recaer sobre aquel sujeto de la cadena que haya actuado con un determinado ánimo subjetivo reprochable. Acotando correctamente su alcance, el criterio mayoritario establece tal como se concluyó en las XII Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, Procesal y Laboral (Junín 2009) que "los daños punitivos sólo deben recaer en los proveedores que sean autores del hecho que motiva la sanción, quienes también responden por los actos de sus dependientes. Debe, consecuentemente, interpretarse que la solidaridad entre los proveedores dispuesta por el art. 52 bis presupone autoría o complicidad del sujeto sancionado, por lo que no puede ser condenado al pago de daños punitivos aquel proveedor cuya conducta no encuadre en los requisitos de aplicación de la figura" (en el mismo sentido XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil Córdoba mismo año Conclusión 3.b.v de la Comisión 9)

Y este presupuesto se satisface en el caso que nos ocupa, independientemente que se advierta una mayor entidad en el menosprecio hacia los derechos del actor por parte de la concesionaria Montanari SA, que en todo caso deberá dilucidarse y establecerse en su proporción en la acción de regreso respectiva.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Es que la Administradora frente a los incumplimientos de la Concesionaria por ella elegida, anoticiada de la situación y habiendo sido ella misma emplazada mantuvo una conducta pasiva de indiferencia total y menosprecio hacia los derechos y extenso peregrinar del actor en busca de una solución a su reclamo, permaneciendo inactiva durante el prolongado tiempo transcurrido desde la fecha en que debía entregarse el vehículo, como si fuese un conflicto entre terceros ajeno a su débito contractual, que se pone de manifiesto en las diversas instancias conciliatorias (ver acta de mediación de fs. 41/2, y de audiencias de fs. 109 y 116). Esa coactuación en el hecho dañoso concreto con una negligencia calificada por una grosera negligencia (arts 1097, 1710, 1724 CCyCN) es lo que la hace pasible también de reproche y merecedora de la sanción (v. Junyent Bas, Molina Sandoval y ot. "Ley de Defensa del Consumidor Comentada, anotada y concordada" Errepar p. 432) que es de esperar (frente a la reiteración de su proceder que he tratado de poner en evidencia al citar solo alguno de los precedentes en que fuera condenada) sea disuasiva hacia lo futuro de omisiones vejatorias de los derechos de los suscriptores al sistema de ahorro previo.

b) Toca entonces analizar si ha sido correcta su graduación pecuniaria.

En relación a esto expresó el Dr. Pettigiani en su voto en la causa "Castelli" Ac 119.562 citado del 17/10/18 que eran factores a considerar "... la índole y gravedad de la falta cometida por el agente dañador en su relación con los derechos conculcados y el perjuicio resultante de la infracción; así como la gravedad de los riesgos o de los perjuicios sociales derivados de la infracción y su generalización; la repercusión social de su conducta o del daño ocasionado (carácter antisocial); la naturaleza y grado de desequilibrio de la relación entre el dañador y la víctima; la existencia de otros damnificados con derecho a reclamación

(pluralidad de víctimas); la cuantía del beneficio o ahorro procurado u obtenido por el agente dañoso con el ilícito (rédito); su situación o solvencia económica (carácter irrisorio); su posición en el mercado (hegemonía, estandarización); el número y nivel de empleados involucrados en la conducta (atribución y fidelidad); la posibilidad que haya tenido el dañador de conocer el peligro y evitar el daño (indiferencia, ligereza, imprevisión); el grado de su intencionalidad (negligencia o dolo); la existencia de antecedentes de sanciones similares impuestas al responsable del daño (reincidencia) o a similares proveedores de bienes o servicios; la posibilidad de reiteración de la conducta reprochada (o similares) si no mediara condena pecuniaria; la actitud del agente dañador con posterioridad al hecho que motiva la pena (mitigación y no agravamiento del daño); la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas (en cuanto la sumatoria pueda conducir a una sanción excesiva o irrazonable); la existencia de precedentes judiciales (homogeneidad en los montos de condena); y las diversas funciones que el instituto está destinado a cumplir (sancionatoria, disuasiva, ejemplificadora, preventiva de futuros daños, etc.; conf. XVII y XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, 1999 y 2007 respectivamente; Proyecto de Código Civil y Comercial, 1998; análogamente, art. 49, ley 24.240)", agregando "es preciso evitar acudir a criterios subjetivos no explicitados, infundados, irreproducibles o inverificables. Y en tal sentido, tal como expresa el doctor de Lázzari en su voto (punto V.2.), el hecho de que los jueces no se encuentren obligados a recurrir a fórmulas matemáticas para cuantificar las indemnizaciones, no implica vedar la utilización de dichas fórmulas ni desconocer su eventual utilidad como un elemento más a considerar (C. 117.926, "P., M. G.", sent. de 11-II-2015) entre las múltiples herramientas a las que pueden recurrir los magistrados para facilitar y objetivar la compleja labor referida (conf. L. 116.477, "Rivas", sent. de 23-XII-2014), en tanto asimismo se computen las circunstancias del caso y las particulares de la víctima y demás damnificados (conf. CSJN, Fallos 329:3403; 329:4944; e.o.; A. 71.574, "Bellomo", sent. de 8-VII-2014)."

Y es precisamente sobre la base de lo resuelto por la Cámara bahiense en ese litigio que el actor reclama recursivamente trasladar la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

evaluación que hizo aplicando la fórmula polinómica ($D \text{ daño punitivo} = C \times [(1-P_c) / (P_c \times P_d)]$; donde C es cuantía de indemnización compensatoria, P_c probabilidad de ser condenado a indemnización compensatoria y P_d probabilidad de ser condenado por daños punitivos) que en el ámbito nacional propone Matías Irigoyen Testa ("Aplicación jurisprudencial de la fórmula para daños punitivos" SJA 3/12/14, 137 AR/DOC/5828/2014; ver también la fórmula de Polinsky y Shavell explicada por Florencia Nallar "Daños punitivos" Cathedra p. 392 y ss.).

Para dar cuenta de cual es mi posición al respecto, estimo útil comenzar analizando algunas de las conclusiones del simposio más importante de la doctrina nacional, que trató como dije en su reciente edición los daños punitivos.

Allí bien se dijo -por unanimidad- que su procedencia no está condicionada a un ilícito lucrativo (punto 7); o sea que no siempre la conducta del dañador está determinada por el beneficio que obtiene a través de ese grosero incumplimiento, o en otras palabras no en todos los casos el reproche obedece a una omisión de la inversión en prevención que aporta un plus ilícito de ganancia (aunque claro está también deberá ser un elemento a computar a la hora de establecer la sanción XVII JNDC también Santa Fe 1999 Comisión 10 punto 11), pudiendo esa actitud desdeñosa tener su explicación vgr. en fallas organizativas o de implementación de la red contractual, injustificables por la profesionalidad del servicio, o simplemente por abuso de la posición dominante.

También se concluyó en el punto 16 (con algunas abstenciones entre ellas las del Dr. Irigoyen Testa) que "para su cuantificación deben ponderarse los parámetros valorativos establecidos en el art. 52 bis de la ley 24240 y en el art. 118 del PDLC" y si bien con matices en la redacción se estimó conveniente "acudir a fórmulas matemáticas", al tratar el siguiente punto (17) por mayoría se dijo que esa cuantificación

"es independiente de la cuantía del daño que eventualmente deba indemnizarse" (que es uno de los factores "compensación de daños y perjuicios" de los que precisamente parte la fórmula mencionada para aplicar los porcentuales de probabilidad de ser condenada a su pago y al de daño punitivos, haciendo que estos en la generalidad de los casos guarden una relación proporcional inversa ya que normalmente cuando los daños reparables son elevados más baja es la probabilidad de que se deje de reclamar)

Asimismo (punto 11) se consideró positiva la valoración de la conducta del proveedor durante el proceso judicial para ponderar la cuantificación; y ese comportamiento no encuentra reflejo en la fórmula matemática.

Dicho esto, sumo a las observaciones que desde mi perspectiva es merecedoras su determinación en base a ese exclusivo cálculo, algunas de las reflexiones que formulara el Dr. Ribichini, como integrante del mismo tribunal bahiense - ahora la Sala I - en los autos "Castaño, María Alejandra c. Banco Credicoop Cooperativo Limitado s/ daños y perj. - incump. contractual" el 06/10/16 (Cita Online: AR/JUR/70973/2016 con nota en el mismo sentido de su voto de Bilvao Aranda "La discrecionalidad judicial en la fijación del monto por daño punitivo" La Ley 2017-A,519) diferenciando el recurso a fórmulas matemáticas para determinaciones indemnizatorias en los casos del art. 1746 - agrego también del art. 1745- CCyCN de la que concita nuestra atención:

Expresó lo que me permito transcribir:

".. 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 hartamente diferente, al punto de ubicarse en sus antípodas. No porque la fórmula esté mal estructurada —y en esto coincidido con mis colegas—, pero tampoco porque se presente “un problema jurídico” (y en esto disiento de ellos). El verdadero y único problema —pero ¡qué problema!— es estrictamente fáctico, y consiste en la absoluta orfandad informativa acerca 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



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

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, que yo sepa. ¿Para qué seguir? En este contexto de absoluta incerteza, decir que una persona de cada diez estaría dispuesta a iniciar un juicio, es una afirmación tan azarosa y al mismo tiempo tan válida como decir uno de cada ocho, uno de cada veinte o uno de cada cincuenta. 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. 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. Desde luego aprecio la preocupación y el esfuerzo de mis distinguidos colegas 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 discrecionales, la discrecionalidad que expulsamos por la puerta habrá reingresado 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."

Algo parecido sostuve al votar el 25/10/2016, "G., M. A. v. D. F., J. M. s/alimentos" al fijar una compensación económica (art. 441 CCyCN).

Para poner en evidencia lo que vengo sosteniendo, si en el sublite sobre la base de una compensación de daños y perjuicios de \$ 1.986.862 (valor automóvil y daño moral) insertamos en la fórmula mencionada como porcentaje de probabilidad de ser condenado por la indemnización el guarismo 98% (por la alta probabilidad de que se obtenga reparaciones de esa índole) con una probabilidad de ser condenado a daño punitivo del 60% la suma a fijarse sería de \$ 67.580, en tanto si por esta última variable entendiera que es del 45% resultaría la suma de \$ 90.107. Y de mantener la última en un 60% y modificar la de ser condenado a la compensación de daños a un 95% la suma a fijar sería de \$ 174.286.

Y todas estas (y otras tantas) posibles combinaciones con resultados notoriamente diversos podrían ser justificadas discursivamente pero sin ningún sustento estadístico, nada más que en base a la "impresión" que se tenga del número de perjudicados que accionando obtendrán ese valor de daños reparables y de los tribunales que aplicaran la sanción punitiva. Estamos simplemente dando un



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

ropaje de objetividad a la discrecionalidad judicial, soslayando que la razonable fundamentación (art. 3 CCyCN) depende de la naturaleza de las cosas y la sana crítica de los magistrados en ejercicio de su función jurisdiccional. Dejaríamos también a un lado muchos de los parámetros que se han consolidado a su respecto (valoración de omisión de controles elementales concomitantes o posteriores al daño resarcible XXII JNDC o sea la actitud del dañador con posterioridad al hecho que motiva la sanción XVII JNDC; aquí de entidad en lo que hace a la Administradora; el caudal económico de los dañadores - al margen del beneficio obtenido- , la repercusión social de su conducta o del daño ocasionado, naturaleza de la relación entre el dañador y el dañado, la reiteración de la conducta vituperable, la existencia de otros damnificados con derecho de reclamación: XVII JNDC).

Así las cosas y compaginando todos esos elementos en lo que hace a las actitudes observadas por ambos proveedores, considero que es prudente fijar la multa civil con que merecen ser sancionados en la suma de \$ 100.000 al momento del ilícito (6/3/2016).

VI.- Las costas de Alzada, en función del éxito obtenido propongo sean soportadas en el orden causado (art. 71 del CPCC)

ASI LO VOTO.-

Los Señores Jueces Dres. Volta y Castro Durán, aduciendo análogas razones dieron sus votos en igual sentido.-

A LA SEGUNDA CUESTION, el Señor Juez Dr. Guardiola, dijo:

Atento el resultado arribado al tratar la cuestión anterior, preceptos legales citados y en cuanto ha sido materia de recurso - artículos 168 de la Constitución Provincial y 272 del CPCC-, Corresponde:

MODIFICAR la sentencia apelada en lo que hace a los montos de daño moral y multa civil (art. 52 bis LDC) que se fijan en las sumas de \$ 70.000 y \$ 100.000 respectivamente. Costas de Alzada en el orden

causado (art. 71 del CPCC). Difiérese la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad (arts. 31 y 51 de la ley arancelaria).

ASI LO VOTO.-

Los Señores Jueces Dres. Volta y Castro Durán, aduciendo análogas razones dieron sus votos en igual sentido.-

Con lo que se dio por finalizado el presente acuerdo que firman los Señores Jueces por ante mí: FDO. DRES. JUAN JOSE GUARDIOLA, GASTOSN MARIO VOLTA Y RICARDO MANUEL CASTRO DURAN, ANTE MI, DRA. CRISTINA L. SANTANNA (Auxiliar Letrada).-

//NIN, (Bs. As.), 17 de Octubre de 2019.

AUTOS Y VISTO:

Por los fundamentos consignados en el acuerdo que antecede, preceptos legales citados y en cuanto ha sido materia de recurso - artículos 168 de la Constitución Provincial y 272 del C.P.C.C.-, **se resuelve:**

MODIFICAR la sentencia apelada en lo que hace a los montos de daño moral y multa civil (art. 52 bis LDC) que se fijan en las sumas de \$ 70.000 y \$ 100.000 respectivamente. Costas de Alzada en el orden causado (art. 71 del CPCC). Difiérese la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad (arts. 31 y 51 de la ley arancelaria).

Regístrese, notifíquese y oportunamente remítanse los autos al Juzgado de Origen.- FDO. DRES. JUAN JOSE GUARDIOLA, GASTOSN MARIO VOLTA Y RICARDO MANUEL CASTRO DURAN, ANTE MI, DRA. CRISTINA L. SANTANNA (Auxiliar Letrada).