



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 acercaríamos 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.