

## Danos Y Perjuicios Incumplimiento Contractual Dano Moral Dano Punitivo Procedencia Defensa Del Consumidor

### JURISPRUDENCIA

Daños y perjuicios. Incumplimiento contractual. Daño moral. Daño punitivo. Procedencia. Defensa del consumidor

Se elevan las sumas otorgadas en concepto de daño moral y daño punitivo, ante la manifiesta despreocupación y desinterés de la accionada en dar pronta solución al problema técnico, que se traducían en la emisión de facturas indebidas e intimaciones para el pago por deudas inexistentes, pese a la baja del servicio por parte del actor.

NEUQUEN, 22 de Agosto del año 2017 Y VISTOS: En acuerdo estos autos caratulados: ?TRIEMSTRA ANDRES CLAUDIO C/ TELMEX ARGENTINA S.A. S/ D. Y P. DERIVADOS DE LA RESP. CONTRACTUAL DE PARTICULARES? (JNQCII EXP 507617/2015) venidos en apelación a esta Sala I integrada por los Dres. Cecilia PAMPHILE y Marcelo MEDORI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Estefanía MARTIARENA, y de acuerdo al orden de votación sorteado la Dra. Cecilia PAMPHILE dijo:

1.- Ambas partes apelan la sentencia dictada en autos. La demandada, en el entendimiento que el actor no acreditó la conexión causal entre la conducta infraccional atribuida a su parte y los daños que dice haber padecido. A su criterio, no surge de prueba alguna, ni siquiera de las declaraciones testimoniales de sus compañeros de trabajo, que el actor hubiera sufrido de manera concreta perjuicio alguno. Señala que la jueza incurre en contradicción, al haber condenado a su parte a resarcir daños y perjuicios reclamados por el actor, pese a haber dejado sentado su falta de acreditación y/o insuficiencia de los medios probatorios ofrecidos. Concluye que el daño moral no puede ser objeto de resarcimiento si no reviste entidad tal que justifique un enriquecimiento para el actor. En segundo lugar, se agravia de que la sentencia no haya hecho lugar al pedido de imposición de costas proporcionales a la actora, en la medida en que la demanda solo prosperó por un importe significativamente inferior al reclamado. Considera que ello resulta una clara injusticia e incentiva a cualquier persona a reclamar lo que le plazca so pretexto de contar con beneficio de litigar sin gastos. Por su parte el actor, sostiene que la sentencia no tiene ningún argumento bajo el cual pueda revisarse el razonamiento lógico mediante el cual arribó a la suma fijada en concepto de daño moral. Esgrime que ella incurre en una autocontradicción evidente, pues mientras afirma que va a analizar el caso a la luz de los derechos de Defensa al Consumidor, inmediatamente después se refiere a molestias que exceden lo tolerable, lo cual es un contrasentido pues significa que el trato digno previsto en la Constitución Nacional puede afectarse en un límite tolerable. Así entonces, para tener por probado el daño moral, la jueza acudió a consideraciones propias del Derecho del Consumidor pero para medirlo, se apartó de lo anterior y acudió a las mismas pautas de los inconvenientes propios del mundo de los negocios. A su entender, el análisis desde el mundo de los negocios, explica la escasa suma indemnizatoria otorgada. En su segundo agravio, plantea que la sentencia evidencia un claro desconocimiento del sistema normativo que protege al consumidor en su situación de vulnerabilidad frente a la demandada. Afirma que los Derechos de los Usuarios y Consumidores han sido incorporados en la Constitución Nacional, en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y en la última reforma de la ley 24.240, generando un crecimiento y fortalecimiento de los mismos, por lo que los jueces deben cambiar el foco a la hora de resolver un caso donde hay un consumidor en juego, parte frágil y débil y garantizar la aplicación de estos lineamientos a través del único recurso con suficiente poder disuasivo, la condena. Por último, se queja de la mensuración del daño punitivo, ya que la afectación a su dignidad -gravemente vapuleada- y que hace a la gravedad del hecho, estuvo ausente en su cálculo. Sostiene que la fijación de una suma dineraria extremadamente baja, como la aplicada, lesiona gravemente el concepto de justicia y quita todo efecto disuasivo a la multa civil aplicada. Recuerda que el daño punitivo no solo cumple una función sancionatoria y reparadora, sino también preventiva. La idea es que frente al riesgo de sufrir la sanción, deje de ser económicamente atractivo enriquecerse a costa de vulnerar derechos ajenos. Las réplicas a ambos agravios, se agregan en las hojas 960/964 vta. y 966/969 vta.

2.- Inicialmente, debo señalar que el plazo en que se dedujeron ambos recursos de apelación no resulta óbice para su tratamiento en esta instancia, pese a la nueva doctrina del TSJ en ?SMG LIFE SEGUROS DE VIDA S.A. s/ QUEJA?, AC. 33/16. Ello así, toda vez que el actor solicitó expresamente se computen cinco días (ver hoja 943, punto I), y la contraria nada dijo al respecto en su responde. Por ello, aún cuando el criterio de la suscripta es que corresponde al Tribunal que emitió el pronunciamiento -en el caso, nuestro TSJ- sentar la línea divisoria para el obrar de la nueva jurisprudencia (ver en extenso mi voto en ?ACUDEN c/ ACTUAL S.A.?, JNQCIS EXP 501319/2014), en este caso, al no haber mediado cuestionamiento específico sobre el punto, me abocaré al análisis de ambos recursos deducidos.

3.- Como surge del resumen de agravios que precede, las dos partes en litigio se quejan del tratamiento realizado con respecto al daño moral. La actora por estimar bajo su monto y la demandada, en el entendimiento que no resulta procedente, ante la inexistencia de nexo causal y acreditación del daño. Daño moral: Tal como se ha señalado en numerosos

precedentes de todas las Salas de esta Cámara, debe descartarse la posibilidad de la tarificación del daño moral, lo que significa que debe efectuarse una diferenciación según la gravedad del daño, a las particularidades de la víctima y del victimario, a la armonización de reparaciones en casos semejantes, a los placeres compensatorios y a las sumas que pueden pagarse dentro del contexto económico del país y el general "standard de vida". Entre los factores que pueden incidir en la cuantía, se admite la índole del hecho generador, en función del factor de atribución (cfr., entre otros Ps: 2011-N°238- T° VI F°1167/1171- Sala II, 28/10/11). En este contexto, el análisis de este rubro refiere a una cuestión de prueba y reglas presuncionales. Esto es así por cuanto, cuando se dice que el daño moral no requiere de acreditación, sólo se alude a la imposibilidad de la prueba directa y, como consecuencia de ello, se dota de eficacia probatoria a las presunciones (medio de prueba indirecto) que emergen de determinadas situaciones, acordes con las reglas de la experiencia. Pero ello no obsta a que el daño moral tenga que estar íntimamente relacionado con los daños, padecimientos o sufrimientos ocasionados, directa o indirectamente, por el hecho motivo de la causa. Justamente, por esta razón, la índole y la entidad de la lesión y las circunstancias atinentes a la víctima pueden servir para inducir la existencia y magnitud del daño moral y se sostiene que los indicios extrínsecos constituyen una segura senda de aproximación al dolor sufrido (cfr. Zavala de González, Matilde, Daños a la personas, Integridad Psicofísica, Hammurabi, 1990, pág. 486/487). Valgan estas explicaciones como respuesta a los cuestionamientos de la accionada en punto a la prueba del daño moral. En el caso, además, y como reclama la parte actora, la cuestión debe analizarse desde el prisma de los derechos del consumidor y su natural posición desigual, como parte más débil en el vínculo que lo une con una empresa de servicios masivos, en el caso prestadora del servicio de telefonía e internet.

3.1.- Ahora bien, tal como lo hemos señalado en otras oportunidades, "la jurisprudencia asigna un carácter restrictivo a la reparación de esta clase de daño en materia contractual, criterio que tiende esencialmente a excluir de este ámbito las pretensiones insustanciales, basadas en las simples molestias que pueda ocasionar el incumplimiento del contrato (conf. Guillermo A. Borda, "La reforma de 1968 al Código Civil", p. 203; Ed. Perrot, Bs. As., 1971). También hemos ponderado que esa razonable restricción no puede erigirse en un obstáculo insalvable para el reconocimiento del agravio moral cuando el reclamo tiene visos de seriedad suficientes y encuentra base sólida en los antecedentes de la causa (ver CNCom., Sala C, in re: "Giorgetti Héctor R. y otro c. Georgalos Hnos. S.A.I.C.A. s. ordinario", del 30.6.93; in re: "Miño Olga Beatriz c. Caja de Seguros S.A. s. ordinario", del 29.5.2007). Puntualmente, se ha sostenido que "se puede sufrir un daño moral (afectación de los sentimientos) por causas contempladas en la L.D.C. específicamente, omisión de información; trato indigno; mera inclusión de cláusulas abusivas, etc. y en segundo lugar, estas causas sólo pueden constituir una afectación de los sentimientos, es decir, daño moral autónomo del derecho económico" (Ghersi, Carlos A., "Los daños en el derecho de consumo", en comentario a fallo LA LEY 07/07/2011, 5; LA LEY 2011-D, 160, LA LEY ONLINE AR/JUR/4981/2011). Y lo que se trasluce en esta causa es, justamente, la manifiesta despreocupación y desinterés de la accionada en dar pronta solución al problema técnico, reconocido en su responde, que se traducían en la emisión de facturas indebidas e intimaciones para el pago por deudas inexistentes, pese a la baja del servicio. En otros términos, no se le dio una solución razonablemente pronta y acorde al trato digno que merecía el consumidor. La prueba documental arrojada da cuenta de un sistemático acoso comercial que, como dije, incluyó el envío de intimaciones de pago improcedentes y la emisión de facturas por supuestas deudas que jamás existieron por más de un año. También significó de parte de la accionada, haber hecho oídos sordos a los reclamos prejudiciales, tanto ante la empresa prestadora, como ante los órganos administrativos -CNC y Defensa del Consumidor-, ante los cuales se vio obligado a acudir el actor, frente a la negativa de Telmex en cesar su conducta, claramente desaprensiva. A su vez, las testimoniales de hojas 488/489 y 490/491 revelan el estado anímico del actor, quien durante el tiempo en que se prolongó la facturación indebida, sintió preocupación e impotencia frente a la situación generada.

Esto último no es una cuestión menor, me refiero a la impotencia que genera sentirse forzado a transitar múltiples e infructuosos caminos por el errático comportamiento de quien debió subsanar con prontitud el error cometido, hasta tener que acudir como última alternativa a la vía judicial. Esas vicisitudes -acreditadas con la prueba documental, informativa y testimonial- permiten colegir la entidad de las angustias, sinsabores y frustraciones provocadas en el ánimo del reclamante y tornan procedente elevar el monto reconocido en concepto de daño moral, teniendo en cuenta las indemnizaciones otorgadas en otros supuestos resueltos por esta Cámara, a la suma de \$20.000. 4.- Daño punitivo: También se disconforma el accionante en relación con el monto establecido en concepto de daño punitivo, ya que considera que el fijado es insuficiente para cumplir con la finalidad disuasiva y preventiva, a fin de desalentar que en el futuro el accionado reitere dicha conducta. El art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240, según modificación introducida por la ley 26.361, incorporó a nuestro derecho positivo la figura del daño punitivo. Expresamente contempla 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. Aquí, la cuestión se aleja del ámbito reparatorio, para centrarse, fundamentalmente, en la función preventiva de la responsabilidad civil (o, como prefieren otros

señalar, del derecho de daños). Así, ¿...el denominado daño punitivo es una pena privada que consiste en una suma de dinero suplementaria o independiente de la indemnización que le pueda corresponder a la víctima para reparar los daños sufridos que tiene por finalidad castigar una grave inconducta del demandado, hacer desaparecer los beneficios obtenidos a través de ella y prevenir su reiteración en el futuro? (cfr. Barreiro, Rafael F. ¿La aplicación de la nueva ley a las relaciones jurídicas anteriores a su vigencia y las relaciones de consumo?. El daño punitivo, Publicado en: RCCyC 2016 (junio), 185 RCyS 2016-XI, 199). En efecto ¿...La función preventiva de los daños punitivos no es desconocida en general por la doctrina autoral o jurisprudencial, sea alcanzada por el medio que pudiere utilizarse. Si se asigna a los daños punitivos una función preventiva, que comparte con la responsabilidad civil como categoría más amplia y continente de aquellos, aguardar a que se provoque un daño resarcible podría frustrar esa finalidad... De tal modo, la introducción de los daños punitivos implica reconocer que la responsabilidad civil, al lado de su función típica que sin dudas consiste en reparar, también puede y debe cumplir finalidades complementarias a los fines de la prevención y punición de ciertas conductas. Irigoyen Testa señaló que la función de los derechos punitivos habilita a distinguir un aspecto principal y otro accesorio: el principal es la disuasión de los daños conforme con los niveles de precaución deseables socialmente; y, por otra parte, la accesoria es la sanción del dañador ya que toda multa civil, por definición, tiene una finalidad sancionatoria por la circunstancia fáctica de ser una condena en dinero extracompensatoria?. ¿Chamatropulos cree que la finalidad primordial es la disuasión, y que el aspecto sancionatorio es sólo un medio o una herramienta que se utiliza para llegar a aquélla. Esta visión presenta la cuestión desde una muy interesante perspectiva confiriendo prevalencia al aspecto preventivo -acorde con la novedosa regulación de la responsabilidad civil- en relación a la punición, que no tendría un propósito exclusivo y único en sí misma sino que sólo sería el vehículo para arribar a una finalidad que se estima socialmente valiosa...? (cfr. Barreiro, ya citado). Es que, como señalara en la causa ¿MARTINEZ C/ COCA COLA POLAR ARGENTINA S.A.? (EXP N° 476113/2013): ¿...debemos decir con Brodsky, que ¿...La prevención es hoy un objetivo crucial del Derecho Civil. Han pasado ciento cuarenta años desde la entrada en vigor del Código de Vélez Sarsfield, y mucho ha cambiado desde entonces. Por ejemplo, ha cedido la noción liberal según la cual no hay responsabilidad civil sin culpa, frente a una noción más solidaria, centrada en el daño y en el perjudicado, acompañada de factores objetivos de atribución de responsabilidad. Pues bien, lo mismo debe abandonarse la idea de que el Derecho Civil existe únicamente para compensar un daño individual ya causado, puesto que en la sociedad actual, en su avanzado estadio de globalización y desarrollo tecnológico, es imprescindible prevenir al máximo la causación de futuras lesiones. Y especialmente debe procurarse desalentar aquellas conductas que pueden virtualmente dañar a la sociedad en su conjunto o a una vasta pluralidad de individuos, como es el caso del consumo. En este orden de ideas, señalan Pizarro y Vallespinos que ¿la función preventiva del derecho de daños ha agigantado su importancia en los últimos tiempos. Esta aptitud, de corte netamente disuasivo, se presenta como un complemento idóneo de las tradicionales vías resarcitorias. Tanto desde el punto de vista de la víctima cuanto del posible responsable, la prevención del daño es siempre preferible a su reparación. [...] un adecuado régimen de sanciones puede erigirse en un factor de prevención de consecuencias dañosas, ante el temor que generan para potenciales dañadores el incurrir en las conductas previstas por la Ley?. Con igual criterio se ha indicado que ¿teniendo en vista ciertos daños particularmente graves [...], que son muchas veces irreversibles, ya no alcanza con tratar de repararlos a posteriori, sino que deben ponerse todos los medios para prevenir que ellos se produzcan. La idea de responsabilidad aparece como el telón de fondo de estos nuevos desafíos que le toca vivir a la sociedad moderna?. En el fallo dictado en la causa ¿Cañadas Pérez María c/ Bank Boston N.A.?, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil señaló que el daño punitivo se impone ante ¿una conducta que se aparta gravemente de aquellos niveles de precaución deseables socialmente? y que su función principal es la disuasión de daños conforme con dichos niveles...?. Es que justamente, el punto central es la finalidad preventiva y disuasoria del daño punitivo, la que ¿...en definitiva, es la que da cuenta de la verdadera naturaleza de la figura. De acuerdo a la exposición desarrollada, sostenemos que el propósito de la institución bajo estudio es doble: prevenir futuros daños e impartir justicia en relación a perjuicios ya causados. Y como vimos, el Derecho Civil, independientemente de su tradicional corte resarcitorio, no es extraño en absoluto -más bien al contrario, debe perseguir también- a estas funciones...? Concluyéndose: ¿...A esta altura del desarrollo científico en la materia, es unánime el consenso en que el consumidor se encuentra en una posición de inferioridad frente al proveedor. La relación de consumo no vincula a sujetos en pie de igualdad con absoluta libertad de negociación y contratación -como en el clásico esquema del codificador-, sino a personas que se hallan en planos desiguales. Por un lado, desde un punto de vista económico o material, el patrimonio del proveedor resulta por lo general mucho mayor que el del consumidor. En consecuencia, aquél suele contar con asesoramiento profesional en áreas contables, jurídicas y técnicas a las que el consumidor difícilmente tiene acceso, por carecer de los recursos necesarios para ello. Por otra parte, desde una perspectiva subjetiva, el consumidor no puede -sin sufrir un importante menoscabo- dejar de consumir bienes y servicios: debe alimentarse, vestirse, trasladarse, adquirir medicamentos; puede necesitar un teléfono, una computadora o de acceso a Internet para desarrollar su actividad laboral, etc. Los ejemplos son incontables... Es por ello que, antes de abordar en detalle el tratamiento legal

de los daños punitivos, nos parece apropiado finalizar esta parte del trabajo señalando un hecho fundamental: debido a las características propias de la relación de consumo, la vigencia de instituciones preventivas y aptas para dismantelar los efectos de las conductas dañosas es indispensable. Desde luego, en todo el ámbito civil aquéllos son propósitos deseables y necesarios; pero en el Derecho del Consumo, dado que los sujetos se hallan genéticamente en una situación muy desemejante y que las conductas lesivas de los proveedores pueden afectar a toda la sociedad o a una gran masa de personas, los daños punitivos resultan verdaderamente imprescindibles...? (cfr. Brodsky Jonathan M., Daño punitivo: prevención y justicia en el derecho de los consumidores. Lecciones y Ensayos, Nro. 90, 2012, ps. 277-298, <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/90/brodsky.pdf>). 4.1.- Ahora bien, tal como lo hemos indicado en otras oportunidades, para que proceda el daño punitivo es necesario que exista un factor de atribución calificado. Así, Pizarro habla de "graves inconductas?"; Kemelmajer de Carlucci, de "un hecho particularmente grave y reprochable?". Hemos aludido a un grave reproche sobre la conducta del deudor, siendo necesario un análisis exhaustivo de la conducta del responsable, a efectos de desentrañar, por ejemplo, si ha mediado un desinterés manifiesto por los derechos de terceros. En suma, se trata de un serio reproche subjetivo al autor, ya sea a título de dolo o de culpa grave (cfr. "SUHS CONTRA ARMORIQUE MOTORS S.A. S/ SUMARISIMO ART. 321?", Expte. N° 402344/9, "JOURBERT c/ IRUÑA S.A. Y OTRO s/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO?", JNQC14 EXP 506902/2015, entre otros). En este caso, la inconducta se presenta en el marcado desinterés en dar la solución al consumidor urgiendo debidamente los actos necesarios para ello: pese a que el cliente dio de baja el servicio, la empresa continuó facturando durante aproximadamente un año y medio un servicio que había dejado de prestar, y exigiéndole mediante carta documento el pago de los saldos vencidos. No desconozco que, en forma intercalada a las intimaciones, se emitieron sendas notas de crédito "para ajustar los importes facturados?", pero a más de que esa metodología no solucionaba el error de base, puesto que el servicio debía figurar inactivo o dado de baja, lo cierto es que igualmente el actor continuó recibiendo nuevas facturas impagas y avisos de deuda (véase el propio informe emitido por la accionada, agregado en la hoja 494/5, CD de hojas 31 y 204 e informe de hojas 361). Se presenta nítida la falta de respuestas y el ostensible desinterés para procesar la baja del servicio y evitar daños absolutamente innecesarios, lo que configura la hipótesis de daño punitivo prevista en el art. 52 bis de la LDC. Considero configurada aquí una "grave indiferencia" o como refiere Pizarro un "menosprecio del dañador hacia el resultado y por las consecuencias que genera su accionar, aun cuando en el caso concreto pueda no haber mediado beneficio económico derivado del ilícito." (citado por Picasso, Sebastián en "Ley de Defensa del consumidor comentada y anotada" Picasso, S. y Vázquez Ferreyra A., Ed. LA LEY, 2009, p. 602 en nota 1332). El actuar desaprensivo es dirimente pues el desprecio a los derechos de la contraparte, el aprovechamiento económico de los obstáculos procesales que hacen reducido el número de reclamos, la existencia de "microdaños" (daños ínfimos para cada consumidor perjudicado que, sumados, resultan jugosas ganancias ilícitas para el proveedor) y toda conducta que violenta desdeñosamente el derecho del consumidor o usuario es pasible de la aplicación de los daños punitivos, variando únicamente su cuantía (cfr. Álvarez Larrondo, Federico M., "Los daños punitivos y su paulatina y exitosa consolidación?", La Ley, 29/11/2010). En cuanto a su valuación, teniendo en consideración la reprochabilidad de la conducta, el tedioso peregrinaje del actor, magnitud del daño individual y el posicionamiento de la demandada en el mercado, entiendo que el daño punitivo debe elevarse a la suma de \$40.000,00. Esta suma, a su vez, resulta acorde a los importes que arroja la utilización de una fórmula matemática financiera, cuyos cálculos he tenido en cuenta de modo orientativo, como una pauta más de referencia. Pero sobre este tema, creo necesario realizar mayores precisiones en el apartado siguiente. 4.2.- Uno de los aspectos más controvertidos de los daños punitivos es, sin lugar a dudas, el de su cuantificación. Nuestra Ley de Defensa del Consumidor no brinda pautas claras para calcular el monto de la "multa civil" intensificando, de este modo, el debate doctrinal. En efecto, el art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor ofrece parámetros sumamente genéricos a la hora de guiar al juez en la difícil tarea de estimar el importe de los daños punitivos. Vemos de este modo que la cuantificación de este instituto se caracteriza por una amplia discrecionalidad por parte de nuestros tribunales (MARTINOTTI, Diego F., "La cuantificación de los daños punitivos?", RCCyC 2016 (julio), 194 ? RCyS 2016-X, 61). El dilema actual en dicha materia, transita entre quienes entienden que corresponde utilizar la estima razonable y fundada para fijar el monto de esta multa, y por el otro lado, quienes -desde el análisis económico del derecho- defienden la aplicación de fórmulas matemáticas. Una síntesis de los posicionamientos en uno y otro sentido, puede verse en la reciente sentencia de la Cámara 1ra de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca, Sala I, en autos "Castaño, María Alejandra c. Banco Credicoop Cooperativo Limitado s/ Daños y Perj. - Incump. contractual (exc. Estado)" (Cita Online: AR/JUR/70973/2016). Entre aquellos que conciben conveniente contar con una fórmula matemática que exteriorice el modo de cuantificar el daño punitivo a fin de evitar cuestionamientos sobre la posible irrazonabilidad del monto determinado, también se hallan quienes admiten que, con fórmula matemática o sin ella, no existe otra alternativa que acudir a presunciones hominis derivadas del sentido común y la experiencia del juzgador, aunque señalan que lejos de constituir una fisura, descubre una virtud, como permitir un debate suficiente -en el marco de eventuales recursos- que permita un acabado ejercicio del derecho de defensa. En

nuestro país, la fórmula aritmética más conocida es la propuesta por el Dr. Irigoyen Testa, quien revisó y adaptó la fórmula tradicional utilizada en los Estados Unidos de Norteamérica para calcular daños punitivos (IRIGOYEN TESTA, Matías, Fórmulas para cuantificar los daños punitivos, Cita Online: 0003/015353), 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) 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. En el carril contrario, están quienes no participan de la idea de acudir a fórmulas matemáticas para conmensurar el quantum del daño punitivo, puesto que entienden que sus variables dependen, en última instancia, de la subjetiva e improbable estimación discrecional de quien la aplica, de lo cual resulta que si todas las variables son pura y absolutamente discrecionales, la discrecionalidad sigue estando presente en la mensuración (cfr. BILVAO ARANDA, Facundo M., ¿La discrecionalidad judicial en la fijación del monto del daño punitivo?, AR/DOC/534/2017). Sin desconocer estos reparos, habré de tomar la fórmula señalada, solo de modo orientativo. Como se indicara en el fallo ¿Castaño? ya citado, ¿La fórmula a aplicar, es la siguiente:  $D = C \times [(1 - Pc) / (Pc \times Pd)]$  En ella: ¿D? = daño punitivo a determinar; ¿C? = cuantía de la indemnización compensatoria por daños provocados; ¿Pc? = probabilidad de ser condenado por la indemnización compensatoria de daños provocados; Pd = probabilidad de ser sentenciado por daños punitivos, condicionada a la existencia de una condena por resarcimiento compensatorio?.

Sobre estas bases, y a fin de ¿llenar? las variables de la fórmula, considero la posibilidad de que entre tres y cuatro consumidores -de cada diez que se encuentren en situación similar al actor- obtengan una condena judicial para que se resarzan los daños ocasionados por conductas como las que se ventilan en autos (ponderando para ello la baja predisposición de los particulares para acudir al sistema de justicia). También, la probabilidad de que se añada a la condena principal otra por daño punitivo, he de estimarla en un 80% (pese a la claridad de su procedencia, habrá quienes entiendan que se puede tratar de un mero error o simple incumplimiento contractual). Con apoyo en estos parámetros y partiendo de la indemnización fijada en autos con carácter resarcitorio (\$20.000 en concepto de daño moral) se llega a un daño punitivo de \$37.500, cifra acorde a la estimada con anterioridad. En el ejemplo que sigue, se consideraron 4 de cada 10 consumidores: El cálculo para cuantificar ¿D? (daño punitivo) es el siguiente:  $D = C \times [(1 - Pc) / (Pc \times Pd)]$   $D = 20.000 \times [(1-0,4) / (0,4 \times 0,80)]$   $D = 20.000 \times [0,6 / 0,32]$   $D = 20.000 \times 1,87$

$D = 37.500,00.-$  Por ende, si se considerara la probabilidad de que entre tres y cuatro consumidores -de cada diez- iniciarían un reclamo judicial y obtendrían condena resarcitoria, la suma que ponderé inicialmente se ajusta a estos valores. En definitiva, propongo al Acuerdo, hacer lugar al recurso de apelación deducido por el actor y, en consecuencia, elevar el monto del daño punitivo a la suma de \$40.000,00. 5.- Costas: En punto a las costas, no encuentro motivos para modificar las impuestas en primera instancia, toda vez que se corresponden con el resultado del pleito, la naturaleza debatida y la extensión de la condena que, en rigor, recepta ambos rubros reclamados y apelados. Además, el actor dejó librada la determinación del quantum al prudente arbitrio judicial, lo cual tiene incidencia -entre otros aspectos- a la hora de ponderar esta cuestión, como explicaré seguidamente. 5.1.- La regla general contenida en el artículo 68 del C.P.C.C. establece que las costas deben imponerse de conformidad al resultado obtenido por los litigantes con relación a las pretensiones deducidas en la causa: la parte vencida es condenada al pago de todas las costas generadas por el juicio, a menos que el Juez encuentre mérito para eximirla total o parcialmente; en este caso, deberá brindar los fundamentos suficientes para sustentar esa decisión, bajo pena de nulidad. El principio objetivo de la derrota, entonces, determina la condena en costas en el proceso civil. Ahora bien, si el resultado del pleito fuere parcialmente favorable a ambas partes, es decir, si hubiese éxitos y fracasos recíprocos, de conformidad a las pautas brindadas por el artículo 71 del Código Procesal, las costas deberán imponerse prudencialmente a cada una de ellas, según el éxito obtenido en las pretensiones deducidas. Tales reglas, sin embargo, deben ser tamizadas por la naturaleza eminentemente resarcitoria del proceso de daños, lo cual ha llevado a una parte de la doctrina y de la jurisprudencia nacional y local, a sostener que las costas deben ser soportadas en su integridad por el causante del menoscabo, aunque no prosperare la totalidad del monto pretendido, sino solamente una parte de él (cfr. ORGAZ, Alfredo, ¿El daño resarcible?, Lerner, 1980, p. 157 y ss, (cfr. C7° CCCba., Sentencia n° 12 del 6/3/07, "Leo Cesar Augusto c/ Institución Técnico Parroquial San Roque y otros-Ordinario", Semanario Jurídico, n° 1609, 2007-A, p. 743CNCiv, Sala D, 20-10-88, ED, 133-97; CNCiv Sala L, 27-10-89, JA, 1990-I- Síntesis; CNCiv Sala C, 19-4-78, Rep. LL, XXXI-A-I-540, 111-S, Sala II de esta Alzada in re ¿Montecinos?, Cám. Nac. Apel. Comercial, Sala C, ¿Noel c/ Banco Hipotecario?, LL on line AR/JUR/39144/2010, entre muchos otros). 5.2.- No obstante ello, tal posición no es unánime y ha sido atemperada, desde una perspectiva, si se quiere, más acorde a la justicia distributiva: ¿...si la pretensión se admite parcialmente -porque sólo se reciben algunos de los ítems indemnizatorios o porque se admiten por montos inferiores a los pedidos- el peticionante debe asumir proporcionalmente las gabelas causídicas del proceso resarcitorio entablado, pues en tales supuestos su éxito no fue total sino meramente parcial... Ahora bien, la imposición distributiva que propiciamos no puede sostenerse de manera radical y absoluta, ofrece matices que inexorablemente deben atenuar su rigor, siempre relacionados con las particularidades fácticas de cada caso

concreto. Resulta imposible en esta materia sostener reglas a priori o en abstracto aplicables de modo indiscriminado a todos los eventuales e hipotéticos supuestos que puede presentar la variada realidad procesal en materia de daños. Y además, la admisión o el rechazo parcial de la demanda tampoco puede implicar una distribución automática, objetiva y matemática de las costas entre las partes contendientes. El criterio matemático debe sustituirse por el jurídico que bajo la prudencial mirada del juez compute diversas circunstancias que pudieron incidir en el resultado parcialmente exitoso o adverso del pleito, para una o para ambas partes. El reparto no estriba en mensurar cuanto se demandó y cuanto prosperó sino, más bien, en analizar la entidad de las pretensiones deducidas y acogidas y, conforme a ellas, fijar la imposición? (cfr. Freytes, Alejandro, "Algunas reflexiones acerca de la imposición de las costas en el proceso de daños y perjuicios" Publicado en: LLC 2012 (mayo), 369. Ver en este sentido, también: "Mosset Iturraspe, Jorge "Sobre temeridad y malicia y acerca de las costas en las derrotas parciales", publicado en: LA LEY 01/07/2009, 4 - LA LEY 2009-D, 310, Zavala de González, Matilde, Resarcimiento de daños 3, El proceso de daños, pág. 390 y ss.). 5.3.- Lo cierto es que no siempre es sencillo establecer quien es el vencedor y quien el vencido en un juicio: a veces, pasa por la simple verificación de que la demanda ha sido acogida; en otros, no lo es tanto; hay casos en que si bien globalmente prospera la demanda, el reclamo no es receptado en forma íntegra, ya sea porque no han sido acreditados los presupuestos para que determinados rubros se acojan o porque los que han prosperado, lo han sido en forma ínfima, presentándose como pretensiones desmesuradas. "De lo que se trata, entonces, es de medir el éxito de la pretensión que es llevada a juicio. Sin embargo, a nuestro modo de ver, no se trata de efectuar una medición cuantitativa y aislada de cada una de las cuestiones decididas sino de valorar la trascendencia de lo admitido y lo desestimado tomado en su conjunto para, de tal modo, considerar la forma como habrán de distribuirse las costas entre los distintos protagonistas del litigio? (cfr. Pettis, Christian R. "Las costas y el vencimiento parcial y mutuo (art. 71 del Código Procesal)", publicado en: DJ 2007-III, 519 - LA LEY 28/11/2007, 8 - LA LEY 2007-F, 669). Sobre estas bases, entiendo que corresponde efectuar un análisis particularizado y conforme a las circunstancias del caso, con las siguientes prevenciones iniciales: a) tanto para la configuración del vencimiento recíproco, como para su evaluación cuantitativa, no corresponde computar aquellos rubros en los que la determinación de la indemnización depende del exclusivo y prudente arbitrio judicial, salvo excepcionales casos de notoria desproporción; b) la ponderación del equilibrio con que cabe aplicar las costas, en consideración a los vencimientos recíprocos, debe practicarse con criterio más jurídico que aritmético; c) en esta última línea, evaluar si el condenado a resarcir negó su responsabilidad y dio causa a la promoción de la acción y si la demasía en el reclamo pudo evitarse (aspectos éstos últimos que se encuentran relacionados con el regular ejercicio de los derechos). En tal orden de ideas y sobre la base de las premisas dadas, entiendo que un análisis de las circunstancias del caso determina que la parte actora no pueda ser condenada en función de las diferencias existentes en orden al monto por el que prospera el daño moral, al estar éste librado al exclusivo y prudente arbitrio judicial. Lo propio ocurre con respecto al daño punitivo, sumado a que, como señala la doctrina, se trata de un rubro donde el arbitrio judicial ha llevado a la aplicación de montos muy dispares. Así, "basta ver los importes que han sido concedidos en concepto de daños punitivos por los tribunales de nuestro país, los cuales da cuenta de la desigualdad de criterios, con importes que van desde los \$1.000 hasta los \$5.000.000? (Barreiro, Rafael F., "La aplicación de la nueva ley a las relaciones jurídicas anteriores a su vigencia y las relaciones de consumo. El daño punitivo", RCCyC 2016 (junio), 185 ? RCyS 2016-XI, 199. Ver también el análisis efectuado por CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro, "Soluciones posibles para la escasa aplicación de los daños punitivos en Argentina", LA LEY 2013-D, 1079.). Por tales razones, el recurso de la accionada tampoco prosperará en este aspecto. En resumidas cuentas, y conforme he desarrollado en los considerandos anteriores, propongo al Acuerdo: rechazar el recurso de la demandada, y acoger parcialmente el del actor, elevando el monto de condena a la suma total de \$60.000.- comprensivo del daño moral y punitivo. Las costas de Alzada, se imponen a la demandada perdidosa (art. 68 CPCC). MI VOTO. El Dr. Marcelo MEDORI dijo: Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo expidiéndome de igual modo. Por ello, esta Sala I RESUELVE: 1.- Rechazar el recurso de la demandada y acoger parcialmente el del actor, elevando el monto de condena a la suma total de \$60.000, comprensivo del daño moral y punitivo. 2.- Imponer las costas de Alzada a la demandada perdidosa (art. 68 CPCC). 3.- Regular los honorarios por la actuación en esta instancia en el ... % de lo que corresponde por la labor en la instancia de grado (art. 15, LA). 4.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y vuelvan los autos a origen. Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Marcelo MEDORI Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA

Correlaciones: Ley 24240 - BO: 15/10/1993 Junyent Bas, Francisco - Garzino, María C., El factor de atribución necesario para la aplicación del daño punitivo, Compendio Jurídico, Agosto 2012 - Cita digital IUSDC282626A Raspanti, Sebastián c/AMX Argentina SA - ordinarios - otros - Cám. 6ª Civ. y Com. -Córdoba - 26/03/2015

020604E