

Defensa Del Consumidor Telefono Celular Trato Indebido Dano Moral Danos Punitivos

JURISPRUDENCIA

Con fecha 10 de Septiembre de 2020,

celebrando Acuerdo telemático en los términos de los arts. 5, 7 y 8 de la Ac. 3975 de la SCBA -teniendo en cuenta lo dispuesto por el art. 1º apartado b.1.1. de la Res. 10/2020 y 3 de la Res. 480/2020 como así también el hecho de encontrarse los suscriptos incluidos dentro de las previsiones de la Res. 165/2020, todas de la SCBA- los Señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Segunda, del Departamento Judicial de Morón, Doctores José Luis Gallo y Roberto Camilo Jorda, con la presencia virtual del Sr. Secretario, Dr. Gabriel Hernán Quadri y utilizando para suscribir remotamente la presente sus certificados de firma digital, almacenados en los dispositivos que han sido conectados -para este acto- por el personal de guardia en los equipos informáticos obrantes en la sede del tribunal (Morón, Provincia de Buenos Aires), para pronunciar sentencia definitiva en los autos caratulados: ?GARCIA HERNAN FEDERICO C/ FRAVEGA S.A.C.I.E.I. Y OTRO/A S/ DAÑOS Y PERJ. INCUMP. CONTRACTUAL (EXC. ESTADO)? Causa N° MO-15472-2018 , habiéndose practicado el sorteo pertinente -arts. 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires- resultó que debía observarse el siguiente orden: JORDA-GALLO, resolviéndose plantear y votar la siguiente: CUESTION ¿Es ajustada a derecho la resolución apelada? VOTACION A LA CUESTION PROPUESTA EL SEÑOR JUEZ DOCTOR JORDA, dijo: I.- Antecedentes 1) El Sr. Juez Titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial nro. 6 Departamental con fecha 11 de Octubre de 2019 dictó sentencia en las presentes actuaciones, haciendo lugar parcialmente a la demanda, con los alcances que surgen de tal decisorio. 2) Contra tal forma de decidir se alzó el actor, interponiendo recurso de apelación con fecha 18 de ese mes y año, el cual fue concedido con fecha 22 de Octubre (concesión rectificada con fecha 8 de Junio de 2020), presentándose el día 10 de ese mes y año la pertinente fundamentación, la cual fue replicada con fecha 17 de Julio de 2020 por SAMSUNG ELECTRONICS ARGENTINA SA. A los términos de sendas presentaciones cabe remitirse, en homenaje a la brevedad. 3) Con fecha 20 de Agosto de 2020 se llamó "AUTOS", providencia que al presente se encuentra consentida, procediéndose al sorteo del orden de estudio y votación, el 1 de Septiembre de 2020, dejando las actuaciones en condición de ser resueltas.- II.- La solución desde la óptica del suscripto a) Previo a todo trámite, entiendo necesario efectuar alguna consideración en cuanto al pedido de pronto despacho que ha formulado, con fecha 8 de Septiembre de 2020, la parte actora. Reflexiono al respecto que es totalmente lógica, y compartible, la preocupación por los plazos procesales, como así también la necesidad de que los procesos se ventilen en tiempo razonable (art. 15 Const. Pcial.). Nada obsta, entonces, que frente a alguna demora, las partes hagan lo pertinente para que los procesos avance y se resuelvan; y si estamos demorados, nos haremos cargo de ello, actuando lo necesario para definir los temas pendientes. Ahora, en dicha presentación, la parte actora habla de la necesidad de que el actor perciba su crédito y de evitar demoras innecesarias. Quisiera destacar, en tal sentido, el errático trámite procesal en primera instancia, derivado no de la actuación del juzgado sino de la propia parte actora, lo cual generó que el expediente demorara algo menos de un año, desde el dictado de la sentencia hasta su venida a Cámara; lo cual -por cierto- acontece en un contexto de emergencia en el cual, como es lógico, algunas cuestiones pueden demorarse un poco mas. Por lo demás, nada hubiera obstado (por el tipo de proceso, la normativa aplicable y por proceder el recurso con efecto devolutivo) a que se avanzara con el cumplimiento o ejecución de la decisión apelada. Así que, insisto, la demora en cuestión dista mucho de ser atribuible a este tribunal, siendo que incluso no están vencidos los plazos para que dictemos sentencia (art. 34 inc. 3 y 496 inc. 6 CPCC). Todo ello, además, para el abordaje de un recurso que, en su mayoría y como ya lo veremos, no sortea siquiera mínimamente las exigencias del art. 260 del CPCC. b) Dicho esto, y a fin de dar respuesta a la cuestión planteada cabe analizar, antes que nada, la solvencia técnica del escrito con el que pretendió fundamentarse el recurso. Al respecto es dable recordar que esta Sala ha sustentado reiteradamente que es imprescindible, a los efectos de abrir la posibilidad revisora de los Tribunales de Alzada, que el apelante exponga claramente las razones que a su juicio tornarían injusta la solución adoptada por el Juzgador de la instancia anterior, a cuyo fin debe proveer a la instancia revisora de argumentos contrapuestos a los invocados por el Juzgador, para poder cotejarlos y así ponderar el error de juzgamiento, que -en el caso concreto- se atribuye al sentenciante (conf. Causas nros. 24.783, R.S. 178/90; 27.537, R.S. 74/92; 31.702, R.S. 147/94, entre otras).- El embate contra la sentencia de Primera Instancia llevado a cabo por medio del memorial -o expresión de agravios, en su caso- debe ser concreto, preciso y claro; en una palabra, suficiente, dado que en el sistema dispositivo que nos rige, esta pieza procesal se erige como cuña que tiende a romper el fallo atacado, pero, para ello, atento el adagio tantum devolutum quantum appellatum, hace falta que el quejoso ponga de manifiesto los errores de la providencia impugnada.- Si este embate no se cumple, o se lleva a cabo en forma

deficitaria, el decisorio deviene firme, ya que es el atacante quien a través de su expresión de agravios fija el ámbito funcional de la Alzada, la que no está facultada constitucionalmente para suplir los déficit argumentales, ni para ocuparse de las quejas que éste no dedujo (Causa n° 22.242, R.S. 44/89).- La apuntada carga procesal supone la demostración del agravio, no correspondiendo al Juzgador suplir en esa tarea al justiciable, por ser un imperativo del propio interés del peticionario en un asunto que es de su exclusiva incumbencia.- Para tener por satisfechos los fines legales de dicho escrito, deben concretarse punto por punto los déficit fundamentales que se atribuyen al fallo atacado, ya sea en la aplicación del derecho o, en su caso, en la apreciación de los hechos y su prueba (conf. Hitters en "Técnica de los Recursos Ordinarios", págs. 442/446).- Se exige al apelante una exposición sistemática, tanto en la interpretación del fallo recaído -en cuanto juzgado erróneo- como en las impugnaciones de las consideraciones decisivas. Deben precisarse parte por parte los errores, omisiones y demás deficiencias que se atribuyen al fallo recurrido, especificándose con toda exactitud los fundamentos de las objeciones, sin que las afirmaciones genéricas y las impugnaciones de orden general -dentro de las que se hallan las meras citas doctrinarias o jurisprudenciales- puedan llegar a reunir los requisitos mínimos indispensables para desvirtuar la solución realmente dotada de congruencia (conf. Causa n° 22.549, R.S. 89/89).- La ley requiere así, con la finalidad de mantener el debate en un plano intelectual antes que verbal, que la crítica dirigida a la sentencia sea concreta, lo cual significa que la parte debe seleccionar del discurso del Magistrado aquel argumento que constituya estrictamente la idea dirimente y que forme la base lógica de la decisión. Efectuada esa labor de comprensión, incumbe luego a la parte la tarea de señalar cual punto del desarrollo argumental mismo ha incurrido en una errata a sus referencias fácticas o en su interpretación jurídica, que llevara al desacierto ulterior concretado en la sentencia (Cám. Nac. Com., Sala D, 24/4/84, L.L. 1.985, v. A, p. 309; esta Sala, Causa n° 31.349, R.S. 52/94).- Es que la función de la Cámara es revisora, pues no se trata de un nuevo juicio, y aquélla encuentra su límite en la existencia y extensión de los agravios, que deben constituir la crítica concreta y razonada de los fundamentos del fallo de Primera Instancia con lo que se disconforma, demostrando cuales son los errores en él incurridos, pues, de lo contrario, la insuficiencia de la queja conlleva a la deserción del recurso, y si bien es cierto que la corriente general de la jurisprudencia es que basta un mínimo de crítica, ello no significa que pueda el órgano jurisdiccional sustituir o subsidiar la actividad propia del recurrente (arts. 260, 261, 34, inc. 5°, pto. c), del Cód. Procesal; Causa n° 32.277, R.S. 228/94).- Trasladando estos conceptos al caso de autos, vemos que la argumentación del quejoso en modo alguno llega a satisfacer los recaudos técnicos enunciados; ni aun aplicando un criterio de suma elasticidad, en resguardo a ultranza del derecho de defensa de las partes (arts. 18 Const. Nac., 15 Const. Pcial.), sortea el umbral de técnica recursiva que posibilita la apertura de la segunda instancia.- Es que una cosa es que en caso de duda nos inclinemos por considerar técnicamente suficiente la argumentación recursiva y otra, bien diversa, es que sustituyamos la actividad de la parte e ingresemos en el análisis de cuestiones acerca de las cuales no existe ni siquiera un mínimo de crítica técnicamente computable.- En tales casos no solo arrasáramos con las normas procesales de los arts. 260 y 261 del C.P.C.C. sino que también, al asumir incumbencias propias de las partes (y fundamentalmente de su asistencia técnica, arts. 56 C.P.C.C.), quebraríamos el trato isonómico e igualitario que debemos dispensar a ambos litigantes (art. 34 inc. 5° ap. c C.P.C.C.) por mandato constitucional (arts. 16 Const. Nac., 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos y demás normas concordantes).- En este sentido, son varios los aspectos del fallo que objeta la parte actora. Inicialmente, y en cuanto al rechazo de la pretensión respecto de la co accionada SAMSUNG ELECTRONICS ARGENTINA SA es bien clara la sentencia en cuanto a los motivos en virtud de los cuales la desestima; puntualmente indica que no existe constancia de recepción de la Carta Documento que la actora dice haberle cursado. Pues bien, tal fundamento (basal) es totalmente soslayado por la actora en su memorial, lo que denota la insolvencia técnica de su argumentación en este aspecto, circunstancia que la propia co demandada hace notar en su réplica. Lo propio sucede con el segundo agravio. La actora se disgusta en cuanto al monto fijado por daño emergente, pero solo exterioriza una discrepancia subjetiva de criterio en relación a la suma que se ha establecido (que es la del costo del aparato adquirido), argumentación que solo consta de unos pocos párrafos, en los cuales incluso confunde conceptos, pues entremezcla lo atinente a este rubro, con lo relativo a los gastos en que incurrió (lo cual tiene que ver con la imposición de costas procesal). El fallo es claro en cuanto efectúa tal delimitación, pero la actora soslaya, abiertamente, aquellos argumentos. Lo propio sucede en cuanto al daño moral (en verdad, daño extrapatrimonial, en el contexto del CCyCN); aquí solo se traen dos párrafos. Y si bien es cierto que la etiología de esta parcela podría complejizar la tarea de fundamentación, ello se ha superado -en cierto modo- frente al categórico imperativo del art. 1741 del CCyCN y sus directrices en lo que hace a la cuantificación de la parcela. Por cierto, la actora no enfoca bien el planteo en dicha norma y, como lo decía, su fundamentación aquí solo trasunta la mera discrepancia de criterio. Me queda por abordar lo atinente a la cuantificación del daño punitivo, ello no sin señalar que -en lo que hace a los intereses respecto de este rubro- el recurso es también insuficiente, pues trasunta -aquí también- la mera discrepancia de criterio con los postulados del fallo al desatender, totalmente, la puntual naturaleza de esta parcela, su carácter extraresarcitorio y el hecho de surgir la obligación de la decisión judicial que las impone. Decía anteriormente que me quedaba

por tratar lo relativo a la cuantía del daño punitivo. Aquí sí existe, desde mi punto de vista, suficiente crítica. El Sr. Juez de Grado ha fijado en este punto la suma de \$5.000. La actora pretende que cuantifiquemos el rubro mediante el uso de la fórmula que detalla. Al tema nos hemos referido con anterioridad. Hemos dicho en la causa MO-42256-2016 (R.S. 40/2020) que "el art. 52bis de la ley 24.240 establece que "al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan".- Es la figura de los daños punitivos.- Tratándose de una cantidad de dinero que se ordena pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños experimentados, cuya teleología es la de sancionar la conducta de los proveedores de bienes y servicios, como así también la de prevenir hechos similares en el futuro. Precisamente, conviene puntualizar que, dada la funcionalidad que tiene el daño punitivo -como se dijo punitiva y disuasoria de la realización de conductas perjudiciales para el consumidor- su importe es independiente de otras indemnizaciones que se fijen (esta Sala en causa MO 36.304 15 R.S. 326/2019).- (...). El tema de la cuantificación de los montos por daños punitivos es complejo y lo hemos abordado en esta Sala con anterioridad.- Se decía en la Causa MO-7262-2015 R.S. 218/2017 cuando se pretendía la cuantificación del rubro mediante el uso de una fórmula matemática que "la tesis del apelante está siguiendo alguna jurisprudencia que se ha expedido sobre el particular (C. Civ. y Com. Bahía Blanca, sala 1º, 20/4/2017, "Peri, Daniel Alberto contra Banco Supervielle S.A. y otro sobre daños y perjuicios") Allí el Dr. Peralta Mariscal (que quedó en minoría) sostuvo una posición como la que esboza el apelante, mientras que sus colegas -en tesis que comparto- optaron por la no utilización de la fórmula matemática pretendida; sus razones son elocuentes y voy a reproducirlas aquí: "Disiento de lo que se propone respecto de la multa aplicada como "daño punitivo". Como he señalado recientemente en el Expte. 147273, "Aparicio Leandro c/ Telefónica de Argentina", su determinación se complica desde el vamos por la naturaleza híbrida de la figura y la poca claridad del legislador al perfilarla. Se trata, indudablemente, de una sanción o pena civil -el texto del art. 52 bis la define como "una multa civil a favor del consumidor"-, por lo que como toda sanción, ha de guardar una razonable adecuación o proporcionalidad con la gravedad de la falta cometida. A mayor lesión mayor castigo y viceversa. Claro que la pena -toda y cualquier pena- tiene también una inherente función disuasoria. No solo se busca castigar, sino también disuadir al infractor -y a quienes pudieran llegar a serlo- de reiterar conductas como la sancionada. Y a este respecto, desde una mirada que privilegie la eficiencia, se afirma que esa función preventiva sólo se satisface cabalmente si el monto de la pena es tal, que implique internalizar el costo social oportunamente cargado a todos los demás lesionados que ya se ha calculado no van a reclamar (v. COOTER, Robert y ULEN, Thomas, Derecho y economía, Fondo de Cultura Económica, ps. 442/447). La pregunta pertinente es, entonces ¿Cuánto de retribución puramente sancionatoria, y cuánto de disuasión preventiva "eficientista", tiene la figura que el legislador acuñó en el art. 52 bis de la ley 24240? Mas allá de los anhelos que se hayan expresado en los fundamentos del proyecto u otros antecedentes de su sanción, y de las entusiastas conclusiones que se vierten en los congresos nacionales e internacionales, si nos detenemos en el texto concreto de esa regla, advertimos que parece privilegiar, claramente, la primera finalidad por sobre la segunda. Al punto que esta última ni siquiera figura, expresa y específicamente, entre las pautas a tener en cuenta para determinar la pena. Efectivamente, se enuncia allí que "el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso" (El destacado en negrilla me corresponde). Es decir, que el único criterio recogido "expressis verbis" en la ley, es el de la proporcionalidad entre la entidad de la multa y la gravedad del hecho. La internalización de los costos sociales que el proveedor impone a los consumidores, al calcular que la responsabilidad eventualmente asumida será solo una fracción del daño efectivamente causado, debería entenderse -en el mejor de los casos- incluida en el cajón de sastre de las "demás circunstancias del caso". La idea de que prevalece la finalidad sancionatoria retributiva proporcional al agravio causado al consumidor reclamante, aparece reforzada por la circunstancia de que la multa se impone "a favor del consumidor", en vez de tener un destino social o colectivo, o por lo menos mixto. Repárese, en cambio, la diferencia que se advierte entre el texto actualmente vigente, y el que fuera frustráneamente proyectado como nuevo art. 52 bis -en línea con el también proyectado art. 1714 del Código Civil y Comercial- que finalmente no vio la luz: "Sanción pecuniaria disuasiva. El juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos del consumidor. Su monto se fija prudencialmente tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas. La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada" (La negrilla nuevamente me corresponde). Como bien se advierte, aquí sí aparecen contemplados en pie de igualdad ambas finalidades, la sancionatoria en función de "la gravedad de la conducta del sancionado", y la disuasiva sobre la base de "los beneficios que obtuvo o pudo obtener". En concordancia con ello, en el texto proyectado era el juez quien asignaba el destino de la multa por resolución fundada, con lo que no

tendría por qué revertir la misma -enteramente, al menos- en favor del consumidor individual reclamante. Luego, si al menos de "lege lata", prevalece la finalidad sancionatorio retributiva de la multa -que reclama, entonces, inexorablemente, su adecuación proporcional con "la gravedad del hecho" por imperio del mismo texto legal considerado, y de una restricción deontológica de fuente constitucional como el "principio de razonabilidad"-el monto fijado en primera instancia, e incluso el menor propuesto por el estimado colega que me precede, se revelan excesivos. No paso por alto, claro, que esos guarismos surgen de la aplicación de una fórmula que, supuestamente, dotaría de objetividad y transparencia a su determinación. Me permito poner en duda ese aserto. No porque cuestione el valioso auxilio que las técnicas de matemática financiera pueden prestarnos a la hora de establecer, por ejemplo, el quantum indemnizatorio que corresponde determinar en los casos de muerte o incapacidad permanente. Al igual que el colega, he defendido y utilizado esas herramientas sin vacilación alguna a lo largo de toda mi carrera como juez, tanto en primera como en esta segunda instancia. En ese entendimiento, he aplicado la conocida fórmula polinómica que permite obtener el valor presente de una renta futura no perpetua, porque estoy convencido de que su empleo -ahora devenido deber funcional a partir de lo prescrito por el art. 1746 del CCiv.Com constituye el medio más idóneo para evitar la arbitrariedad judicial, en tanto explicita clara y objetivamente las variables consideradas y el cálculo efectuado, garantizando de ese modo el mas pleno ejercicio del derecho de defensa en juicio de todos los involucrados (v. ACIARRI, Hugo e IRIGOYEN TESTA, Matías, "La utilidad, significado y componentes de las fórmulas para cuantificar indemnizaciones por incapacidades y muertes", en LL-2011-A, ejemplar del 9/02/2011). Claro que las inapreciables virtudes que se derivan de la utilización de esa fórmula, no asientan solo en la adecuada composición de su estructura algebraica, sino también -y necesariamente-, en el muy razonable grado de certeza con que pueden precisarse sus variables. Así, para los ingresos perdidos por la víctima -o por los familiares a los que proveía sustento-, partimos de los que se encuentren debidamente acreditados en el expediente, o en su defecto, del valor actual del salario mínimo, vital, y móvil. Si no es el caso de muerte, computamos el porcentaje de incapacidad parcial y permanente que haya sido establecido en la pericia médica rendida en la causa, controlado sobre la base de los baremos usualmente aplicables desde hace muchísimos años. La expectativa de vida probable de la víctima, nos es suministrada por las tablas estadísticas de mortalidad que confecciona y actualiza el INDEC con cada censo poblacional, discriminando esa información por sexo, edad y provincia involucrada. Por último, la tasa de interés histórica y tradicionalmente empleada fue la del 6 % anual, pero hace ya muchos años que -al menos en nuestro caso- venimos computando una del 4 %, dada la realidad del mercado financiero nacional e internacional. En este escenario, la discrecionalidad del juzgador es mínima, y la garantía del derecho de defensa máxima. Porque los litigantes y sus letrados, no solo pueden reconstruir el modo en que se arribó a la cifra final del monto indemnizatorio fijado, sino que además -y en esto asienta lo nuclear de esa tutela- pueden perfectamente impugnar ese resultado, cuando el mismo no se ajusta al corolario matemático forzoso de las variables ciertas que corresponda computar en cada caso.

II. Como he señalado recientemente en el Expte. 146984 "Castaño, María Alejandra c/ Banco Credicoop Cooperativo Ltda. s/ daños y perjuicios", no hace falta argumentar demasiado para advertir que en el supuesto de la fórmula que se propone para determinar la multa por daño punitivo, la situación es harto diferente, al punto de ubicarse en sus antípodas. No porque la fórmula esté mal estructurada, pero tampoco porque se presente "un problema jurídico". El verdadero y único problema -pero ¡qué problema!- es estrictamente fáctico, y consiste en la absoluta orfandad informativa acerca de las magnitudes concretas con que deben reemplazarse las variables abstractas de esa fórmula. Para empezar, no tenemos la menor idea de cuántos episodios como el que motiva este juicio se presentan en algún período determinado -por ejemplo anualmente-, en relación a un cierto universo de clientes de bancos. ¿Serán 1 de cada 1000, de cada 10000, de cada 50000 clientes? No lo sabemos. ¿Y cuántos de esos indeterminados afectados que no consienten el atropello, pasa de la mera protesta verbal a un reclamo más formal? (hace una presentación escrita ante el banco; envía una carta documento con el asesoramiento de un letrado; ocurre por ante algún organismo de defensa del consumidor; etc): tampoco lo sabemos. A su turno, ¿cuántos de estos desconformes activos, deciden dar un paso más y formular un reclamo judicial? Otro misterio. ¿Tenemos, acaso, estadísticas confiables y disponibles, acerca del porcentaje de condenas judiciales que se pronuncian en reclamos de consumidores contra bancos, en supuestos similares o asimilables al de autos? Tampoco. ¿Y en cuántas de esas ignoradas condenas se aplican, además, daños punitivos? Menos que menos. ¿Para qué seguir? En este contexto de absoluta incerteza, decir que ocho personas de cada diez estaría dispuesta a iniciar un juicio, es una afirmación tan azarosa y al mismo tiempo tan válida como decir cuatro de cada diez, seis de cada diez o nueve de cada diez. Lo propio ocurre con la probabilidad de que a la condena principal se añada otra por daño punitivo. ¿De dónde sale el 50 %? ¿Por qué el 50 y no el 33, el 29, el 64 o el 72 %? Nadie puede impugnar, fundadamente, ninguna de esas -u otras imaginables- magnitudes, y nadie puede defenderlas, tampoco, fundadamente. A su turno, nadie puede resolver, fundada y objetivamente, quién tiene razón. Si para muestra basta un botón, la tenemos acá mismo. Aplicando la misma e idéntica fórmula, la señora juez de primera instancia arribó a la suma de \$ 450000, en tanto que mi colega deriva, de ese cálculo, la suma de \$ 180000 (¿?). El premio consuelo de que al menos se puede reconstruir el modo en que se arribó a ese fatalmente discrecional resultado, es bien poca cosa.

¿De qué sirve reconstruirlo si después no puede impugnarse fundadamente, sobre bases objetivas, cognoscibles y compartibles? Si acudo a un restaurante a cenar y resulta que la carta no consigna el precio de los platos principales, ni el de los postres, ni el de las bebidas, ni el del servicio de mesa, siendo también imposible determinarlo con alguna certeza acudiendo a una fuente externa, las expectativas recíprocas del dueño del comercio y las mías propias al respecto, quedarán libradas a las personales, subjetivas y azarosas estimaciones que se nos ocurran. Así las cosas, al momento de pedir la cuenta, de nada me valdrá disponer de la fórmula algebraica de la suma para impugnar, fundadamente, su monto. Porque yo sumaré mis propias estimaciones y el dueño del restaurante las suyas. Y ningún tercero llamado a resolver el entuerto podrá componerlo aplicando las matemáticas. Desde luego aprecio la preocupación y el esfuerzo de mi distinguido colega por dotar de justificación objetiva a una determinación discrecional. Pero no advierto que se logre sobre la base de una fórmula matemática, cuyas variables dependen, en última instancia, de la subjetiva e improbable estimación discrecional de quien la aplica. Si para evitar la discrecionalidad recurrimos a una fórmula matemática, pero luego resulta que todas sus variables son pura y absolutamente discretionales, la discrecionalidad que expulsamos por la puerta habrá reingresado encubiertamente por la ventana. Se trata, entonces, de la misma y nuda discrecionalidad, pero bajo una fachada ilusoria de justificación objetiva. Y ello, en mi opinión, flaco favor le hace a la bienvenida utilización de las herramientas matemáticas en el derecho.

III. Descartada, entonces, la utilización de la fórmula propuesta por mi colega, solo nos queda ejercer esa discrecionalidad, atendiendo a "la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso" -que son las únicas y raquíticas pautas contenidas en el art. 52 bis de la ley 24240-, a las que pueden añadirse otras formuladas por la doctrina para especificarlas, y que resultan de la finalidad misma del instituto (arts. 1 y 2 CCiv.Com). Sobre la gravedad que reviste la conducta del demandado y demás circunstancias que jalonaron el mortificante peregrinaje del actor, nada puedo agregar a la ajustada valoración que ya hizo el apreciado colega que formula la ponencia inicial de este acuerdo. Aduno que en este caso, la magnitud del daño individual tiene una entidad intermedia, superior a esos microdaños ínfimos que minimizan el riesgo de litigación individual y justifican, entonces, una abultada multa proporcional al elevado costo social cuya satisfacción evita el sancionado. Al mismo tiempo, debe ponderarse, también, que se trata de un importante banco privado con presencia en todo el país. Finalmente, entiendo que no puede dejar de considerarse, en alguna medida, lo que el propio demandante requirió tres años y medio atrás, porque aunque haya hecho la usual reserva de que estaría a lo que en más o en menos resultara de la prueba a producirse, y aun computando la particular naturaleza sancionatoria y preventiva de la figura, no puede olvidarse que se trata de la estimación del propio agraviado y destinatario final del importe que se fija". Comparto lo allí señalado y, trasladado al caso, vemos que toda la ecuación que formula el quejoso, es llevada a cabo basándose en datos que no encuentran mayor apoyatura en las constancias de la causa sino en las propias afirmaciones (unilaterales) del recurrente". O sea, no existen pautas matemáticas para efectuar la cuantificación (sencillamente porque en este tipo de procesos carecemos de ella), sino que debemos operar con apoyatura en las circunstancias del caso, y especialmente en la gravedad de la situación. En tal contexto, hemos tenido por demostrado el trato indebido al consumidor, la falta de respuesta -tempestiva y efectiva- a sus reclamos. Por lo demás, están claras las molestias y complicaciones que se le generaron, con el envío de múltiples misivas, conciliaciones, realización de trámites e, incluso, la promoción de un proceso judicial para resolver la cuestión. Todo para tener un celular que le funcione correctamente. En tal contexto, entiendo que la aplicación de la figura se torna procedente. Ahora, en cuanto al monto, entiendo -junto al accionante- que el mismo es escaso, aunque no participo -tal lo dicho y por aquellas razones- de la aplicación de la fórmula pretendida. Luego, computando la gravedad de la conducta de la co accionada, las molestias que se le generaron al accionante y el tiempo que insumió la solución del tema, entiendo que el monto fijado ha de elevarse -prudencialmente- a la suma de \$150.000 (ciento cincuenta mil pesos); al efecto he computado (según las máximas de la experiencia) el valor de un teléfono celular de gama alta al día de la fecha; con lo cual, frente al deficiente accionar de la vendedora, tendrá que cargar no solo con los resarcimientos del caso, sino también que abonarle al accionante un buen aparato, a su valor del día de la fecha. Finalmente en cuanto a las costas de Alzada, teniendo en cuenta el resultado propuesto para el recurso, y su éxito solo parcial, deberán quedar impuestas en un 60% a la actora y en un 40% a la co demandada vencida (arts. 68 y 71 del CPCC). Con tales alcances, promoveré la declaración de deserción del recurso de apelación interpuesto, salvo en lo tocante al monto del daño punitivo, el cual habrá de elevarse a la suma de \$150.000 (ciento cincuenta mil pesos); imponiendo las costas de Alzada en un 60% a la actora y en el 40% restante a la co demandada vencida (arts. 68 y 71 del CPCC). Lo expuesto me lleva a votar en la cuestión propuesta **PARCIALMENTE POR LA NEGATIVA** A la misma cuestión, el Señor Juez Doctor GALLO, por iguales consideraciones y fundamentos a los expuestos precedentemente, adhiere votando en el mismo sentido que el Dr. JORDA.- Con lo que terminó el Acuerdo, dictándose la siguiente: **SENTENCIA AUTOS Y VISTOS: CONSIDERANDO:** Conforme al resultado obtenido en la votación que instruye el Acuerdo que antecede, **SE DECLARA DESIERTO** el recurso de apelación interpuesto; salvo en lo referente a la cuantificación del rubro daño punitivo, el cual **SE ELEVA** a la suma de \$150.000 (ciento cincuenta mil pesos). Costas de alzada, en un 60% al

actor y en un 40% a la co demandada Fravega SACIEI (arts. 68 y 71 del CPCC). SE DIFIERE la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. REGISTRESE. REMITASE encomendándose a la Instancia de Origen las pertinentes notificaciones.- REFERENCIAS: Funcionario Firmante: 10/09/2020 11:26:08 - JORDÁ Roberto Camilo - JUEZ Funcionario Firmante: 10/09/2020 11:26:44 - GALLO José Luis - JUEZ Funcionario Firmante: 10/09/2020 11:27:14 - QUADRI Gabriel Hernan - SECRETARIO DE CÁMARA Correlaciones: Peri, Daniel Alberto c/Banco Supervielle SA y otro s/daños y perjuicios - Cám. Civ. y Com. Bahía Blanca - Sala I - 20/04/2017 - Cita digital IUSJU017791E 001882F servados.