

Expediente Nro. 146984

Número de Orden:

Libro de Sentencia Nro.

En la ciudad de Bahía Blanca, provincia de Buenos Aires a los 06 días del mes de octubre del año 2016 reunidos los señores Jueces de la Sala Uno de la Excma. Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial de este Departamento Judicial, doctores Leopoldo L. Peralta Mariscal, Guillermo E. Ribichini y Abelardo A. Pilotti para dictar sentencia en los autos caratulados: "**CASTAÑO MARIA ALEJANDRA C/ BANCO CREDICOOP COOPERATIVO LIMITADO S/DAÑOS Y PERJ. INCUMP. CONTRACTUAL (EXC. ESTADO)**", y practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código Procesal), resultó que la votación debía tener lugar en el siguiente orden: Dres. Pilotti, Peralta Mariscal Y Ribichini, resolviéndose plantear y votar las siguientes

C U E S T I O N E S:

1º) ¿Se ajusta a derecho la resolución apelada de fojas 242/250?

2º) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

V O T A C I O N

A LA PRIMERA CUESTION EL SEÑOR JUEZ DOCTOR PILOTTI, DIJO:

I.- María Alejandra Castaño promovió demanda contra el Banco Credicoop Cooperativo Limitado con el objeto de que se lo condene a resarcirle el daño que le provocó con su accionar, que estimó en \$64.000, discriminado de la siguiente manera: \$ 4.000 por daño emergente, \$10.000 por daño moral y \$50.000 por daño punitivo, sujeto a lo que en más o en menos resulte del criterio jurisdiccional.

Contó que el día 18 de marzo de 2014 se dirigió al Banco demandado con el objetivo de realizar un depósito por la suma de \$ 4.743 en la caja de ahorros 027-024765-1 correspondiente al Sr. Gustavo Daniel Grisolía, ello en virtud de una deuda que mantenía con el nombrado y habiendo pactado dicha modalidad de pago, utilizando de manera contingente los servicios del demandado. Continuó relatando que frente a la gran cantidad de gente que utilizaba el servicio de caja le recomendaron que realizara el depósito mediante los cajeros automáticos que se encontraban en dicha entidad, y frente a la restricción con relación al monto permitido por operación, la que por entonces poseía un límite de \$ 4.000 siendo la obligación a su cargo superior a dicha suma, tuvo que realizar dos operaciones, una por \$ 743 y otra por \$ 4.000, registradas respectivamente como transacción n° 7173-02 y 7172-02. Manifiesta que dichos depósitos fueron efectuados sin inconveniente alguno, habiendo recibido como comprobantes los tickets que se emiten al finalizar la operatoria. Luego de ello se comunica con el Sr. Grisolía para informarle de los depósitos, a lo que el nombrado comunica -pasados unos días- que sólo se le había acreditado en su cuenta un depósito por la suma de \$ 743 pero que en ningún momento se había acreditado el restante depósito por la suma de \$ 4.000. Y a fin de demostrar sus dichos le remite a la actora un resumen de su cuenta.

Así las cosas, la accionante se dirige a la sucursal bancaria donde realizó la operatoria para efectuar el correspondiente reclamo, y manifiesta al respecto que desde un primer momento se la trató con total desprecio y falta de información manifestándole con total

liviandad que no tenían ninguna respuesta para darle y otras evasivas. Narra que dicha situación le generó una preocupación y un malestar no sólo por tener que concurrir una y otra vez al banco sino también por generar una discusión con su acreedor por la desconfianza respecto del destino final de los fondos.

Agregó que tras haber efectuado los reclamos tanto en forma personal como por vía digital a la dirección de calidad de servicio del Banco Credicoop, efectuó otro reclamo ante la Oficina Municipal de Información al Consumidor (O.M.I.C.), formándose el Expediente 767/2014. En el marco de dichas actuaciones se celebraron dos audiencias sin arribar a un acuerdo que satisfaga a la actora por lo que se hizo necesaria la promoción de la presente acción. Expresó que en el caso se configura la responsabilidad objetiva del proveedor de servicios financieros por la utilización de cajeros automáticos dado que los mismos serían cosas riesgosas, fundando así su reclamo por el daño emergente en la suma de \$ 4.000. A su juicio, también hay responsabilidad del Banco Credicoop por haberla colocado en una situación dudosa y vergonzante, faltando la entidad a dispensarle un trato digno, por ende es innegable y justifica tanto la indemnización requerida por daño moral como la aplicación de la multa prevista por el art. 52 bis de la ley 24.240.

El banco demandado respondió la acción incoada en su contra a fs. 74/86 negando pormenorizadamente los hechos vertidos en demanda y realizando una explicación propia de la operatoria y de los acontecimientos acaecidos. Cuestiona también la existencia del daño así como su responsabilidad en lo atinente al deber de seguridad y el carácter objetivo de la misma. Niega por último que se haya dispensado un trato indigno a la contraria. Cuestiona los rubros reclamados y peticona por último que la demanda sea rechazada.

Producida la prueba, la señora juez a quo dictó sentencia haciendo lugar a la demanda pero sólo en lo atinente al daño emergente por \$ 4.000 y a los daños punitivos, los que estableció en la suma de \$ 72.000, y rechazó el reclamo por daño moral por no encontrar configurados los presupuestos del mismo en el presente caso, e impuso las costas del proceso a la demandada vencida.

Contra ese pronunciamiento se alzaron tanto la demandada a fs. 251 como la actora a fs. 255, remedio que se les otorgó en relación a fs. 271 y 256 respectivamente, pero respecto de la demandada a fs. 293 se decreta la deserción de su recurso. La parte actora expuso sus críticas a fs. 262/265 y la réplica de la demandada obra a fs. 274/275. La actora primeramente señala que la sentencia en crisis, en cuanto al rechazo del daño moral, no consideró toda la actividad que tuvo que desplegar como consecuencia de un depósito bancario desconocido por la entidad (tanto en sede administrativa como judicial), sumado a la perturbación y la intranquilidad espiritual basada en las molestias e impotencia generada por la circunstancia vivida, y la duda sobre su honor y su buena fe. Expone que toda la actividad que debió desplegar infructuosamente es prueba de cuánto la afectó la injusta situación, por lo que pide que en esta instancia se haga lugar a lo reclamado respecto de este ítem.

Con relación a los daños punitivos, se disconforma con el monto de condena, y asevera que dicha suma no sirve ni para "hacerle cosquillas" a la demandada por tratarse de uno de los bancos más importantes del país y latinoamérica, y mucho menos para desalentarla en su accionar.

Por último se disconforma con la tasa de interés aplicada, y que la misma sea sólo sobre el daño emergente. Requiere entonces que se aplique la tasa indicada en el art. 565 del Cód. de Comercio y que, además, sea actualizado dicho monto al aplicarse como variable a fin

de determinar los daños punitivos. Al contestar los agravios, la demandada pide en primer lugar la confirmación de lo resuelto en tanto rechaza el reclamo por daño moral, y respecto del daño punitivo, alegando la doctrina de los actos propios entiende que no existe agravio para la apelante habida cuenta que la sra. juez de grado al hacer lugar a dicho reclamo le otorga una suma superior a la peticionada, en consecuencia, pide que se rechace la procedencia de este ítem con costas. Finalmente, contesta el agravio relativo a la tasa de interés, alegando primero que la aplicación de la tasa activa sobre la totalidad de los rubros reclamados no fue esgrimida oportunamente por la actora por lo que no constituyó materia litigiosa, y en segundo lugar, dice que tampoco cuadra el argumento en torno a la comercialidad de los actos de su mandante para la procedencia de dicha tasa, dado que la actora se sindicó como consumidora y no como integrante de un sinalagma comercial. Y en el otrosí digo, recusa sin causa a los magistrados integrantes de la Sala II de esta Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Dres. Leopoldo L. Peralta Mariscal, María Cristina Castagno y Abelardo A. Pilotti.

II.- Tratando en primer lugar la recusación efectuada, tal como ya se ha resuelto en el recurso de queja interpuesto por la demandada (Expte. n° 146.972 Inteloc. del 28/06/16), con respecto a la Dra. Castagno es dable recordar que la misma se ha acogido a los beneficios jubilatorios el día 01 de mayo del corriente por lo que la recusación a su respecto deviene evidentemente abstracta. Y con relación a los restantes magistrados, claramente prescribe el art. 14 del C.P.C.C. en su último párrafo que no procede la recusación sin expresión de causa contra los jueces de las Cámaras de Apelaciones, por lo que corresponde desestimar de plano la recusación antedicha. Y ya adentrándonos en el recurso en sí, el primer tópico a tener en cuenta es el relativo al daño moral rechazado en la instancia de grado.

Vale recordar que -tal como hemos sostenido con voto de mi distinguido colega el Dr. Peralta Mariscal, en los autos "Castelli, María Cecilia contra Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. sobre nulidad de acto jurídico" (Expediente número 141.404), Sent. del 28/08/14-, la indemnización por daño moral se sustenta en la doctrina del artículo 1078 del Código Civil, pudiendo ser definido como toda modificación disvaliosa del espíritu generadora de profundas preocupaciones o estados de aguda irritación que afectan el equilibrio anímico de la persona. No constituye un título válido para indemnizar quisquillas ni tiene por finalidad engrosar la indemnización de los daños materiales; busca mitigar el dolor o la herida a los derechos personalísimos más estrechamente ligados a la dignidad de la persona física y a la plenitud del ser humano.

Es cierto que en el ámbito de la responsabilidad contractual la ocurrencia de esta clase de perjuicio debe ser suficientemente acreditada pues, a diferencia de lo que sucede en la órbita extracontractual, en principio no cabe presumirlos in re ipsa. De allí que quien lo invoca debe acreditar no sólo su existencia sino que ha excedido las simples molestias propias de todo incumplimiento contractual, aventando reclamos que respondan a una excesiva susceptibilidad o carezcan de significativa trascendencia jurídica (S.C.B.A., in re "Bernard", Ac. 56.328 del 05/08/1997, JUBA). Sin embargo, se ha sostenido que aun en el marco de esta doctrina legal, "...restricción no es sinónimo de prohibición, y si el perjuicio está suficientemente acreditado, debe ser resarcido" (voto del Dr. Peralta Mariscal que hizo sentencia, in re "Silva", causa 142.635 del 9/4/2014, registro n° 35 del libro n° 35, Rubinzal On Line RC J 2162/14).

En este proceso el daño moral se encuentra suficientemente justificado por vía indiciaria (art. 163, inc. 5°, Código Procesal Civil y Comercial) dada la cantidad de circunstancias adversas que tuvo que atravesar la accionante, durante largo tiempo, hasta llegar a esta

instancia judicial en pos de resarcir el daño que le ocasionó el actuar negligente de la demandada. En efecto, según surge de la denuncia efectuada ante la Oficina Municipal de Información al Consumidor (O.M.I.C.) que obra en copia a fs. 15 y las actas de mediación efectuadas en la misma oficina, la demandante reclamaba por el depósito de \$ 4.000 que no se acreditó y no obtuvo respuesta satisfactoria a su reclamo por parte de la representante legal de la demandada. Tampoco obtuvo respuesta favorable en la mediación prejudicial cuyas actas rolan a fs. 8/10 y su derrotero finaliza en este proceso judicial.

Tengo para mí que el hecho de que no se haya acreditado dicha suma y no haber recibido una respuesta eficaz y rápida por parte de la entidad bancaria, producen de por sí una mella en la persona, habida cuenta que al efectuar dicho depósito estaba cancelando una deuda que por ende siguió vigente con todo lo que ello implica. A ello se suma 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, todo lo cual excede notoriamente las inquietudes propias y corrientes del mundo de los negocios (conf. S.C.B.A. in re “Dos Santos”, Ac. 57.978 del 6/8/1996, JUBA). Esas vicisitudes -acreditadas con la prueba documental agregada en el escrito postulatorio y que no ha sido controvertida- permiten colegir la entidad de las angustias, sinsabores y frustraciones provocados en el ánimo de la reclamante y tornan procedente la reparación solicitada para mitigar el daño moral infligido (art. 522 del C. Civil), porque el derecho no exige actitudes heroicas para que proceda este resarcimiento; no puede prescribirse que las personas soporten situaciones humillantes y desacreditantes que afecten su fuero interno cuando no tienen el deber de hacerlo (arg. art. 19, Constitución Nacional).

En consecuencia, doy mi voto por la NEGATIVA.

Los señores Jueces doctores Peralta Mariscal y Ribichini por los mismos motivos votaron en igual sentido.

A LA SEGUNDA CUESTION EL SEÑOR JUEZ DOCTOR PILOTTI, DIJO:

Teniendo en cuenta el resultado obtenido al votar a la primera cuestión, corresponde ahora abocarnos al daño moral y analizar también el monto de la condena por daños punitivos.

El daño moral es uno de los rubros indemnizatorios más difíciles de cuantificar porque se carece de cánones objetivos. Lo más adecuado es utilizar un modelo donde aparezca una fuente que permita trocar el sufrimiento por alegría o placer y producir nuevamente la armonización perdida; encontrar un sucedáneo al estado negativo del sujeto que prevalezca y se vuelva estable en situación de dominación respecto de la estructura en que interactúa (Ghersí, Carlos Alberto: Daño moral y psicológico, 2ª edición, Buenos Aires, Astrea, 2002, pág. 179/181); hallar causas externas que produzcan placeres y alegrías que logren compensar los padecimientos sufridos: remedios para la tristeza y el dolor. Es razonable bucear, a tal fin, entre distintos placeres posibles, a saber: el descanso, las distracciones, las diversiones, los juegos, escuchar buena música, placeres de la gastronomía, etc. (Iribarne, Héctor Pedro: “La cuantificación del daño moral”, en Revista de Derecho de Daños n° 6: Daño Moral, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1999, pág. 185 y siguientes). El goce concreto con que debe buscarse compensar a cada damnificado está directamente relacionado con los placeres específicos con que acostumbra a regocijarse, los que resultan un elemento importante a tener en cuenta a fin de acercarse a la ansiada pero imposible objetividad a la hora de fijar una indemnización justa. Porque como dice Ghersi, “la disponibilidad de recursos para satisfacer su placer o descanso vacacional, encontrará el límite en aquellos recursos de su clase social” (Ghersí, Carlos Alberto:

Daño moral y psicológico, 2ª edición, Buenos Aires, Astrea, 2002, pág. 197).

Desafortunadamente no se ofrecieron ni produjeron pruebas suficientes sobre el nivel de vida de la actora, y mucho menos con relación a los placeres personales con que acostumbra regocijarse; no obstante, sabemos que es una mujer de mediana edad, cabe presumir que pertenece a la clase media y se encuentra acreditado que sufrió una notoria y entendible indignación, prolongada en el tiempo. Juzgo que un fin de semana "largo" de vacaciones con servicios de buen nivel en algún punto turístico tradicional del país, como la costa atlántica, acompañada de su pareja o persona de su afecto, podrían significarle placeres suficientes que actúen positivamente sobre su ánimo como para compensar los sinsabores padecidos por la actitud antijurídica del Banco. A ello se puede acceder por unos veinte mil pesos (\$20.000), con los que también podría optar por adquirir un producto suntuario como un buen televisor, monto por el que propongo acoger este rubro pues, con base en los únicos elementos que se encuentran disponibles en la causa, es la cantidad que reputo adecuada (art. 165 del Código Procesal Civil y Comercial).

También se desconforma la accionante en relación con el monto establecido en concepto de daño punitivo, ya que considera que el establecido por dicho concepto no sirve "ni para hacerle cosquillas" al banco demandado, y por ende no cumple con su función de desalentar a que en el futuro el accionado reitere dicha conducta.

Estimo que es de recibo la crítica, y tal como especifica el artículo 52 bis de la ley 24.240 -y también ha sido dicho en el precedente "Castelli"-, la multa debe graduarse considerando la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, con independencia de las otras indemnizaciones que correspondan, agregándose como pauta de interpretación por la doctrina la índole del hecho generador, proporcionalidad de la sanción con la gravedad de la falta, su repercusión social, peligro de la conducta del accionado en los términos del beneficio que obtiene, perjuicio que la infracción genera en el consumidor, grado de intencionalidad, gravedad de los riesgos o afectaciones sociales generados, existencia de reincidencia, etc. (Mosset Iturraspe, Jorge y Wajntraub, Javier: Ley de Defensa del Consumidor, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008, pág. 278 y sig.). A ello se agrega que, en atención al carácter punitivo de la figura, no basta el mero incumplimiento sino que es necesario que se trate de una conducta particularmente grave, "caracterizada por la presencia de dolo (directo o eventual) o, como mínimo, de una grosera negligencia." (Lorenzetti, Ricardo Luis, Consumidores, 2ª edición, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2009, pág. 563).

En el sub examine, está fuera de discusión la relación de consumo habida entre las partes. En ese contexto, como dice Lorenzetti, "el banco es un profesional que se relaciona con profanos y a los cuales debe informar, y este deber es genético y funcional" (Lorenzetti, Ricardo Luis, Consumidores, 2ª edición, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2009, pág. 445), por lo que resulta inadmisibles que haya actuado de la manera que lo hizo con relación a la actora: no atendió en momento e instancia mediadora alguna el reclamo y, por ende, la obligó a transitar esta etapa judicial. Y además, aún en este estadio siguió desconociendo el derecho que le asistía a la Sra. Castaño.

No puedo soslayar que la conducta de la demandada constituye un objetivo incumplimiento de las exigencias de la ley 24.240, a lo que se suma la gran negligencia del Banco, cercana al dolo, en la operatoria que devino en la no acreditación de la suma depositada por la actora y sus consecuencias. Sin obviar la violación de la confianza que pone el consumidor al operar con el medio "automático" del banco, permitiéndole a este agilizar su operatoria con un menor costo. 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 (Conf. Álvarez Larrondo, Federico M., "Los daños punitivos y su paulatina y exitosa consolidación", La Ley, 29/11/2010). Estamos ante una actitud ciertamente reprochable de una entidad bancaria frente a una consumidora que, individualmente, carece de importancia para el proveedor puesto que sus ingentes recursos no los genera cada cliente en particular sino los miles, o decenas de miles de ellos en conjunto. De lo que se trata es de facturar más, de tener más clientes, de proveer más servicios, de otorgar más tarjetas de crédito, más cuentas corrientes, etc., disminuyendo los costos operativos a través de la instalación de terminales de autoservicio y que, frente a alguna falla no responde debidamente obligando al consumidor a que, como ocurrió en el caso, vague por todas las instancias imaginables hasta no quedarle otro remedio que requerir la égida jurisdiccional para lograr que se reconozca su derecho. Esas actitudes pueden no ser casuales y sólo pueden aventarse en el futuro (y este es el fin primordial del "daño punitivo") con sumas en concepto de multa civil que disuadan al infractor de la alternativa de reincidir.

Fijar su monto es una tarea delicada, siendo premisas ineludibles: a) que no es un resarcimiento; b) que es una sanción; c) que tiene incidencia la gravedad de la falta; d) que no tiene relación directa y lineal con los rubros indemnizatorios; e) que debe cumplir una función preventiva disuadiendo al infractor de reincidir en conductas análogas. 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 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 "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). 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...", 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. 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 de antemano la fórmula que utilizaré ni su resultado, 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 a fijar 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 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 - U\$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-Octubre2005/061Juridica01.pdf).

No es nuestro caso, la fórmula que propongo 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 de una actitud del proveedor (Banco Credicoop. Coop. Ltda.) claramente negligente 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 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.

En la demanda, María Alejandra Castaño solicitó que se mensuren en \$50.000 "y/o lo que en más o menos resulte de la prueba a fije el alto criterio" judicial. Entiendo que tal pedido no es vinculante. 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. 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.

En búsqueda de la mayor objetividad posible a la hora de fijar el quantum punitivo, tal como hubiera adelantado, debemos atenernos en cuanto resulte posible a modelos matemáticos. He de valerme entonces -tal como lo hizo el Dr. Peralta Mariscal en su voto al citado fallo "Castelli", al que adherí- de la fórmula aritmética propuesta por el Dr. Irigoyen Testa, 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 y los \$ 4.000 por daño emergente) 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:

$$D = C \times [(1 - Pc) / (Pc \times Pd)]$$

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.

La constatación de las probabilidades que constituyen dos de las variables de la fórmula (“Pc” y “Pd”) 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 pequeños pero en conjunto generan ganancias importantes), a lo que se suma la probabilidad de que en esa resolución se añada la condena accesoria a pagar daños punitivos.

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 diez 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, ponderando en ello la poca predisposición de los particulares para acudir a los estrados judiciales para obtener una reparación que inicialmente (\$ 4.000) resultará cercana a otra suma que le requerirá un letrado para gastos. Obtenida la condena, a diferencia de lo decidido por la a quo, en situaciones como la ventilada en autos, la probabilidad de que a la principal se agregue otra por daño punitivo cabe estimarla en un 80%, pues pese a la claridad de su procedencia (por lo que valoro que es mayor al 50% estimada en primera instancia), habrá quienes entiendan que se puede tratar de un mero error, y no un daño infligido mediante algún método regular de su operatoria -caso "Castelli"-, y por ello no aplicable el art. 52 bis de la ley de defensa del consumidor.

Con base en estos parámetros y partiendo de la indemnización fijada en autos con carácter resarcitorio (\$24.000 en concepto de daño emergente y moral) se llega a un daño punitivo de \$ 270.000 (doscientos setenta mil pesos), cifra con la que propongo sancionar al Banco Credicop Coop. Ltda. en los términos del art. 52 bis de la ley 24.240.

El cálculo para cuantificar “D” (daño punitivo) es el siguiente:

$$D = C \times [(1 - P_c) / (P_c \times P_d)]$$

$$D = 24.000 \times [(1-0,1) / (0,1 \times 0,80)]$$

$$D = 24.000 \times [0,90 / 0,08]$$

$$D = 24.000 \times 11,25$$

$$D = 270.000$$

Re expresado sintácticamente, el Banco podría haber previsto que si existe una baja probabilidad de ser condenado ($P_c = 10\%$, es decir que una persona de cada diez estaría dispuesta a iniciar un juicio, logrando contratar a un abogado y obteniendo sentencia favorable) por el daño total provocado de \$24.000 (que en el caso es emergente y moral), tiene una condena "esperada" por este rubro de solo \$2400 ($\$24.000 \times 10\%$), irrisoria cantidad que resulta insuficiente para disuadirlo de seguir cometiendo este tipo de atropellos a los consumidores y usuarios. Sin embargo, si además puede prever que recibirá una condena de \$270.000 por daños punitivos con una probabilidad del 80% (P_d), condicionada a que exista una condena por daño provocado ($P_c = 10\%$), tendrá una condena extra "esperada" por esta multa civil de \$21.600 ($\$270.000 \times 0,10 \times 0,8$). Cabe entonces colegir que si por cada caso similar en que incurra tendrá una condena total "esperada" (daño provocado más daños punitivos) que asciende a \$24.000 ($\$21.600 + \2.400 -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. Y por último, tenemos el agravio referido a la aplicación de la tasa de interés sobre el daño emergente únicamente, solicitando la accionante que se aplique la que cobra el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones de descuento, ya que la demandada realiza operaciones comerciales. Solicita también que dichos intereses se adicionen a la totalidad del monto de condena, y subsidiariamente requiere confusamente, que de no hacerse lugar a ello se actualice todo el monto sentenciado -incluyendo el daño punitivo- con los intereses correspondientes. Al respecto bien vale aclarar, primero, que respecto de los daños punitivos y teniendo en cuenta el carácter sancionatorio antes expuesto, recién nacen como consecuencia del imperio jurisdiccional, por lo que la adición de intereses a su respecto deviene evidentemente improcedente en este momento.

Pero sí le asiste razón en lo atinente a los intereses por los rubros compensatorios, y como el daño moral se fijó a valores actualizados al día de hoy, los intereses desde el 18 de marzo de 2014 (dies a quo para su cómputo por ser la fecha del depósito "perdido") 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 si bien la S.C.B.A. ha establecido que los intereses aplicables a partir del 1° 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. 1°, 7°, 8° inc. 3° 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). 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 al daño emergente desde el día del depósito no reconocido, y 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 como dije antes 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 EL SEÑOR JUEZ DR. PERALTA MARISCAL DIJO:

Adhiero al voto del distinguido colega que abre el acuerdo.

Solamente daré razones adicionales para sostener la aplicación de la fórmula matemática con que se ha calculado el monto del daño punitivo.

La constatación de las probabilidades que constituyen dos de las variables de la fórmula ("Pc" y "Pd") 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 pequeños, 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, las variables consideradas por el apreciado colega preopinante son correctas. Asumo que las probabilidades que el Dr. Pilotti incluyó en la fórmula aritmética utilizada son relaciones opinables y que la actora encontrará razones para argumentar que se ha sobreestimado la probabilidad y la demandada,

por el contrario, que se ha subestimado. Pero hacer explícito el 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 en el voto que antecede se hubiera dicho simplemente que se estima “mesurado, prudente y acorde a las circunstancias del caso” fijar un daño punitivo de la entidad precedentemente cuantificada, se habrían tenido en cuenta esos mismos porcentajes probabilísticos aunque sin explicitarlos, y lo único que se 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 determinada cantidad de dinero en que se cuantifica una multa civil que las probabilidades que precedentemente se han incluido en la fórmula de matemática financiera, pues en este caso basta la demostración de que el guarismo (o la fórmula misma) 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 estas condenas, cuando se hacen públicas, producen 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 impide que su cuantificación actúe como función del patrimonio del dañador. Empero, aun de admitirse estas posturas, es evidente que el Banco demandado es merecedor 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 irregularidades como la ventilada en autos, evitando 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 incurren en análogos 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).

En suma, no desconozco que la cuantificación de las variables de la fórmula es un problema de seria entidad, en el que se encuentra involucrada la discrecionalidad del juzgador. Pero es ostensiblemente claro que, prescindiendo de la fórmula y sus variables, la discrecionalidad será por lo menos la misma, y además se restringirá el derecho de defensa de las partes, lo que me parece, cuanto menos, inconveniente (art. 18 de la Constitución Nacional).

A LA SEGUNDA CUESTION, EL SEÑOR JUEZ DOCTOR RIBICHINI, DIJO:

I. Por cierto, adhiero sin reservas a lo propuesto por el apreciado colega que fundamenta el primer voto, en todo lo relativo a la cuantificación del daño moral.

No coincido, en cambio, con lo que se postula para hacer lo propio respecto de la multa civil impuesta al demandado en concepto de “daño punitivo”. No porque cuestione el valioso auxilio de las técnicas de matemática financiera para determinar –lo más objetiva y transparentemente posible- el quantum indemnizatorio que corresponda establecer en cada caso. Al igual que mis colegas, 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. No hace falta argumentar demasiado para advertir que en el supuesto de la fórmula que se propone para determinar la multa por daño punitivo, la situación es hartamente diferente, al punto de ubicarse en sus antípodas. No porque la fórmula esté mal estructurada –y en esto coincido con mis colegas-, pero tampoco porque se presente “un problema jurídico” (y en esto disiento de ellos). El verdadero y único problema –pero ¡qué problema!- es estrictamente fáctico, y consiste en la absoluta orfandad informativa acerca 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, que yo sepa.

¿Para qué seguir? En este contexto de absoluta incerteza, decir que una persona de cada diez estaría dispuesta a iniciar un juicio, es una afirmación tan azarosa y al mismo tiempo tan válida como decir uno de cada ocho, uno de cada veinte o uno de cada cincuenta. Nadie puede impugnar, fundadamente, ninguna de esas –u otras imaginables- magnitudes, y nadie puede defenderlas, tampoco, fundadamente. A su turno, nadie puede resolver, fundada y objetivamente, quién tiene razón.

El premio consuelo de que al menos se puede reconstruir el modo en que se arribó a ese fatalmente discrecional resultado, es bien poca cosa. ¿De qué sirve reconstruirlo si después no puede impugnarse fundadamente, sobre bases objetivas, cognoscibles y compartibles? Si acudo a un restaurante a cenar y resulta que la carta no consigna el precio de los platos principales, ni el de los postres, ni el de las bebidas, ni el del servicio de mesa, siendo también imposible determinarlo con alguna certeza acudiendo a una fuente externa, las expectativas recíprocas del dueño del comercio y las mías propias al respecto, quedarán libradas a las personales, subjetivas y azarosas estimaciones que se nos ocurran. Así las cosas, al momento de pedir la cuenta, de nada me valdrá disponer de la fórmula algebraica de la suma para impugnar, fundadamente, su monto. Porque yo sumaré mis propias estimaciones y el dueño del restaurante las suyas. Y ningún tercero llamado a resolver el entuerto podrá componerlo aplicando las matemáticas.

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

III. Descartada, entonces, la utilización de la fórmula propuesta por mis colegas, 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 de la actora, nada puedo agregar a la muy elocuente descripción y 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 nacional con presencia en todo el país, y que en su condición de banco cooperativo se presenta, en su imagen corporativa, como la “Banca Solidaria”, eslogan al que no ha hecho precisamente honor en el caso de la actora.

Finalmente, entiendo que no puede dejar de considerarse, en alguna medida, lo que la propia demandante requirió dos años 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 es ella la destinataria final del importe que se fije. Sobre la base de las precedentes consideraciones, correspondería establecer, en mi opinión, una multa de pesos DOSCIENTOS MIL (\$ 200000). IV. En cuanto a los intereses moratorios que corresponde fijar para los distintos rubros por los que prospera el reclamo, coincido con el voto mayoritario en cuanto a la tasa pura establecida para el daño moral admitido en este pronunciamiento. No así con la mandada a pagar desde aquí en adelante para este capítulo, para la multa por daño punitivo desde el agotamiento del plazo para su cumplimiento, y para el daño emergente desde la fecha del depósito no reconocido.

Y es que, aun pasando por alto la controvertida y controvertible cuestión de la comercialidad de los actos mixtos bajo el Código de Comercio derogado –que aplica en la especie dada la fecha en que fue efectuada la operación (arts. 5, 7, 451 y 452 inc. 2 CCom; 7 CCiv.Com)-, es menester señalar que tampoco la Suprema Corte ha hecho excepción alguna a la doctrina legal referida cuando la obligación en mora fuera de naturaleza comercial y no existiera ni pacto de intereses ni ley expresa. Tal como lo hube destacado recientemente (v. Expte. Nro. 144553 “Comercio Internacional Norpatagónico S.R.L. c/ Connan Fruit S.A.” y Expte. Nro. 146578 “MTU Detroit Diesel – Allison Argentina S.A. c/ Gallego, José María s/ rescisión de contratos Civ/Com”, ambos de la sala uno de este tribunal), en la causa C 104.889 “Ferias del Norte S.A.C.I.A. c/ Grosso Néstor Raúl. Cumplimiento de contrato”, del 6/11/2013, el señor ministro ponente doctor Genoud –cuyo voto concitara la mayoría- manifestó: “En relación a los cuestionamientos plasmados por la accionante en torno de la tasa de interés (pasiva) establecida por el magistrado de primera instancia y su pretensión de aplicar el art. 565, 2ª parte, del Código Mercantil, debe recordarse que, como lo ha sostenido esta Corte, el art. 565 del Código de Comercio no impone que a todas las obligaciones comerciales les sea aplicada necesariamente la denominada tasa activa (conf. Ac. 51.259, sent. del 20-XII-1994 en “Acuerdos y Sentencias”, 1994-IV-470; Ac. 55.356, sent. del 4-IV-1995 en “Acuerdos y Sentencias”, 1995-I-617; Ac. 55.593, sent. del 14-VI-1996 en D.J.B.A., 151-177; Ac. 59.006, sent. del 10-XII-1996; Ac. 61.335, sent. del 18-XI-1997; Ac. 57.803, sent. del 17-II-1998; Ac.

78.860, sent. del 30-VI-2004; C. 94.239, sent. del 30-VI-2010; C. 101.538, sent. del 14-IX-2011). En efecto, la norma en su período inicial es supletoria de la voluntad de las partes respecto de la estipulación de intereses cuando en ésta falte la indicación de su cantidad o tiempo de inicio del curso. En tal situación, que supone necesariamente el pacto de intereses, remite a la tasa activa bancaria. El segundo párrafo, agregado por el decreto 4777/1963 (ratif. ley 16.478), se refiere a una cuestión ajena al tema. Y en el último, ratificando el carácter complementario del precepto respecto de la convención o de la ley expresa, que cuando en ellas se habla de intereses corrientes o de plaza, se entiende los que cobra el "Banco Nación". Al no tratarse de ninguno de los casos referidos, considero que resulta de aplicación en autos la doctrina de esta Corte que establece que a partir del 1 de abril de 1991 corresponde aplicar a los créditos pendientes de pago reconocidos judicialmente, la tasa de interés que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en los depósitos a treinta días, vigente al inicio de cada uno de los períodos comprendidos, y por aquellos días que no alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo será diario con igual tasa (arts. 8, ley 23.928 y 622, Código Civil; conf. causas Ac. 43.448, "Cuadern", sent. del 21-V-1991; Ac. 49.439, "Cardozo", sent. del 31-VIII-1993; Ac. 57.981, sent. del 27-XII-1996; Ac. 68.681, "Mena de Benítez", sent. del 5-IV-2000; L. 80.710, sent. del 7-IX-2005; ver también doct. causas C. 101.774, "Ponce" y L. 94.446, "Ginossi", ambas sentencias del 21-X-2009)". De modo que en función de la doctrina legal de la Suprema Corte, entiendo que para tales rubros corresponde aplicar la tasa pasiva, en su versión plazo fijo digital, como lo tiene reiteradamente resuelto el tribunal.

Con estas reservas, adhiero en lo demás al voto del señor juez doctor Pilotti.

Por lo que se **S E N T E N C I A**

AUTOS Y VISTOS: CONSIDERANDO: Que en el acuerdo que antecede ha quedado resuelto que la sentencia apelada no se ajusta totalmente a derecho y que corresponde hacer lugar a la demanda por daño moral con los alcances precedentemente señalados.

Por ello, el tribunal **RESUELVE:**

1) Revocar la sentencia apelada en cuanto rechazó el rubro por daño moral articulado por María Alejandra Castaño contra el Banco Credicoop Cooperativo Ltda.;

2) Condenar entonces 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 17 de junio de 2014 hasta el día de 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;

3) Aplicar al Banco Credicoop Cooperativo Ltda. una multa civil en concepto de daño punitivo por la suma de doscientos setenta mil pesos (\$270.000) que deberá abonar a la actora conjuntamente con la indemnización por daño moral y daño emergente, 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;

4) Conceder el plazo de diez días para el cumplimiento de la condena;

5) Imponer las costas de ambas instancias a cargo de la parte demandada.

Hágase saber y devuélvase.