



REGISTRADA BAJO EL N°

Fo.

**Expte. N° 170031
Comercial N°11**

Juzgado Civil y

En la ciudad de Mar del Plata, reunida la Excma. **Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Sala Segunda**, en acuerdo ordinario a los efectos de dictar sentencia en los autos caratulados **“LASA, PATRICIA ESTHER C/ PLAN OVALO S.A. DE AHORRO PARA FINES DETERMINADOS S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO”**, habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los artículos 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial, resultó que la votación debía ser en el siguiente orden: Dres. Ricardo D. Monterisi y Roberto J. Loustaunau.

El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes

CUESTIONES

1ª) ¿Es justa la sentencia definitiva dictada el 01 de abril de 2020?

2ª) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión planteada el Sr. Juez Dr. Monterisi dijo:

I. a. La sentencia dictada el 01 de abril de 2020 dictada por la Jueza titular del Juzgado Civil y Comercial N°11 viene a conocimiento de este Tribunal de Alzada con motivo del recurso de apelación interpuesto por la parte actora (escrito electrónico N°29718987 del 19/05/2020).

En lo que aquí interesa destacar, la jueza hizo lugar a la demanda por cumplimiento de contrato y daños y perjuicios promovida por Patricia Esther Lasa contra “Plan Ovalo S.A. de ahorro para fines determinados”, extendiendo la condena contra el tercero citado Balcarce Autos S.A., y condenando a éstos últimos en forma solidaria a abonar a la actora la suma de \$327.605,96 con más intereses y costas.

Para así decidirlo, explicó que de los escritos constitutivos surge incontrovertido que el 4 de julio de 2008 la Sra. Lasa celebró un contrato de



ahorro previo para adquirir un automóvil Ford Modelo KA Fly Plus en 84 cuotas. Dicho negocio fue celebrado en la concesionaria Balcarce Autos S.A. y la empresa administradora sería "Plan Ovalo...". Coincidieron las partes también en que: *i)* Lasa abonó 77 de las 84 cuotas, lo que fue además verificado en la pericia contable y *ii)* la demandada rescindió unilateralmente el contrato, alegando la falta de aceptación de las adjudicaciones por parte de la actora.

La controversia -señaló la colega- radicó en los siguientes tópicos: la legitimidad de la decisión de la demandada de rescindir el contrato y la cantidad de dinero que tenía derecho a percibir la accionante en virtud de esa rescisión.

Luego de explicar el derecho que debía regir el diferendo, apuntó que, según se desprende de las cláusulas del contrato, la administradora se encontraba facultada para rescindir el contrato si el adherente no aceptaba cinco adjudicaciones por sorteo. La adjudicación por licitación, en cambio, se regulaba en otro apartado en el que no se consigna la prerrogativa rescisoria.

Consideró por ello prematura la rescisión del contrato dado que fueron solo cuatro las oportunidades en las que la adjudicación fue por sorteo, y las restantes obedecen a procesos licitatorios. Sumó a ello que los resultados de los sorteos no fueron comunicados a través de su publicación en un diario de gran circulación del país, como lo prevé la cláusula 6 numeral IV del contrato, y que la administradora no anotició por nota a la actora su determinación de dar por rescindido el contrato.

En lo que respecta al monto a restituir, consideró que ascendía a \$107.605,96, resultante de multiplicar el valor de la cuota pura por el número de cuotas abonadas por la actora que era de 77), sin que quepa realizar ningún tipo de descuento o penalidad en virtud de una rescisión que se declara ilegítima.



Seguidamente, consideró admisible la intervención de la firma “*Balcarce Autos S.A.*” y la juzgó responsable por el incumplimiento contractual de la demandada. Consideró que la firma formó parte de la cadena de comercialización del sistema de ahorro al que se adhirió la actora.

En cuanto a los rubros resarcitorios, admitió el reclamo por daño moral por un total de \$70.000 y también la sanción civil regulada en el art. 52 *bis* de la Ley 24.240. Consideró que se acreditó una “grave conducta de la demandada” que justifica la aplicación de la figura de daño punitivo, por violación al deber de información y trato digno. La multa fue tarifada en un total de \$150.000.

II. La actora expresó sus agravios mediante la presentación electrónica n°30172940 del 8 de junio de 2020, mereciendo la réplica de la demandada (escrito n°32450795 del 18/08/2020) y la tercera citada (escrito n°32211685 del 11/08/2020). Sus puntos de crítica pueden sintetizarse de la siguiente manera:

(i) Consideró bajo el monto del daño punitivo. Entiende que una suma exigua impide que el instituto cumpla adecuadamente sus fines (en particular, la disuasión para que la demandada no incurra nuevamente en el comportamiento reprochado). Destaca la envergadura económica de la accionada, la cantidad de clientes que maneja y la presencia de la marca en el mercado nacional e internacional. Solicita se eleve la multa a la suma de \$1.000.000 o lo que este Tribunal considere adecuado.

(ii) Con similares razones, objeta también la cuantía del daño moral, por considerar insuficiente la indemnización reconocida en primera instancia. Reclama un total de \$150.000.

III. Tratamiento de los agravios.

El recurso de la actora debe prosperar.

III.1. Tiene razón la accionante al calificar de escasa la indemnización del daño moral.



Como ya señaláramos en numerosos precedentes de esta Sala (expte. Nº 120.648 S. 13-9-07 Reg. 903, 34.728 S. 14-10-07 Reg. 951-S, 135.718 S. 29-4-08 Reg. 138-S, 134.149 S. 3-7-08 Reg. 350-S con voto del suscripto, entre otros) la fijación del monto de la reparación siempre queda, en última instancia, librada al prudente arbitrio judicial, no obstante en la actualidad tiene mayor aplicación la tendencia que obliga a indicar, en la sentencia, las pautas objetivas que permitieron arribar a la suma de condena (Zavala De González, Matilde "Resarcimiento de Daños", t. 5-a, "Cuanto por daño moral", Buenos Aires: Editorial Hammurabi, Bs. As. 2005, ,pág. 80 y sig.).

Se suma a ello que el Código Civil y Comercial expresamente prescribe en su artículo 1741 que el monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas, superando de ese modo aquel criterio que sostenía que la reparación del daño extrapatrimonial importaba asignar un precio al dolor. Se trata, en cambio, y como explica Galdós, de establecer *el precio del consuelo*: la mitigación del dolor de la víctima a través de bienes deleitables que conjugan la tristeza, la desazón o las penurias, proporcionándole a la víctima recursos aptos para menguar el detrimento causado y permitiéndole acceder a gratificaciones viables que le brinden alguna forma de alivio (Galdós, Jorge M., en "Código Civil y Comercial de la Nación, comentado" dirigido por Ricardo Luis Lorenzetti, 1ra ed., Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2015, t. VIII, pág. 503).

Desde esta óptica, he ponderado las mismas variables que ha tenido en cuenta el juez en su sentencia, incluyendo las características que ha tenido el diferendo entre las partes, la conducta asumida por la demandada y, muy especialmente, el modo en que ha sido resuelta la controversia. He reparado especialmente en el sinsabor, el enojo y la impotencia que debió generar en la actora la rescisión ilegítima dispuesta por la demandada —por cierto, violando múltiples cláusulas de un contrato que ella misma había predispuerto— seguido de una pretensión de restitución que contemplaba



un monto que, según surge de parcelas de la sentencia hoy pasadas en autoridad de cosa juzgada, representan una ínfima parte de lo que finalmente fue condenado a reintegrar a la ahorrista ilegalmente excluida del grupo. Todo ello además en un contexto en el que la ahorrista había abonado más del 90% de las cuotas y el círculo estaba próximo a finalizar.

Todo ello me lleva a concluir, como dije al inicio, que la indemnización reconocida en primera instancia es insuficiente para reparar el perjuicio ocasionado. Es por ello que considero que corresponde elevar el resarcimiento por daño moral a la suma pretendida en el memorial de la actora; esto es, **\$150.000** (art. 522 del CC; 1741 del CCyC).

III.2. También es fundada la queja vinculada al monto del daño punitivo.

a. He señalado en otra oportunidad (causa n° 168.199 -“*Gastiaarena...*”- del 10/10/2019) que la tarea de establecer el monto exacto de la sanción regulada en el artículo 52 *bis* de la Ley 24.240 no es sencilla dado la norma que regula el instituto omite brindar pautas de cuantificación claras y precisas. El legislador solo prescribió que la punición «se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan» (art. cit.).

Como punto de partida, debemos recordar que el daño punitivo tiene una finalidad económica que justifica su aplicación: debe funcionar como un elemento disuasivo para que el proveedor de un producto o servicio no continúe, mantenga o repita conductas similares a las que motivaron la multa, destruyendo la denominada “ecuación perversa” conforme la cual al empresario le resulta menos costoso dañar y reparar en el caso individual antes que prevenir y evitar en la generalidad de los casos (Irigoyen Testa, Matías, “¿Cuándo el juez puede y cuándo debe condenar por daños punitivos?”. RCyS 2009-X, 16; Cám.Ap.Civ.Com. de Rosario, Sala IV, “Vázquez Ferreyra, Roberto c. Claro AMX Argentina y otro s/ daños y perjuicios”, del 07/08/2012).



Irigoyen Testa —cuyas ideas nutrirán en gran medida los párrafos que siguen— ha diseñado una herramienta matemática con una sólida base conceptual que permite determinar la cuantía de los daños punitivos en forma tal que no sea inferior ni exceda el monto necesario para cumplir esa función disuasoria y que, tratándose, como en autos, de daños reparables, busca hacer coincidir la responsabilidad total esperada del dañador con los daños reparables esperados que se derivan de su comportamiento.

De ese modo se logra cumplir con la función principal disuasoria (que se ajusta a los niveles de precaución socialmente deseables) y la función accesoria sancionatoria (que implica una multa civil extracompensatoria que se afronta adicionalmente, luego de haberse compensado perfectamente al damnificado) (Irigoyen Testa, Matías, *Monto de los daños punitivos para prevenir daños reparables*, La Ley, DCCyE, 2011 (diciembre), 87).

El autor propone una fórmula superadora de aquella que se han diseñado en el derecho comparado (en particular, las propuestas por la doctrina estadounidense a partir de los desarrollos del Análisis Económico del Derecho) y en la que se revisan los presupuestos de hecho que justifican el cálculo, enmendando variables que descansan en supuestos irreales que carecen de base teórica y práctica que los justifique (v.gr. la coincidencia entre el daño causado y la indemnización fijada en casos de daños irreparables; o la probabilidad del 100% de condena por daño punitivo de existir una condena por indemnización, etcétera).

El cálculo diseñado procura que el costo privado del empresario coincida con el costo social total del producto que ofrece: si además de su condena por indemnización la empresa también posee una condena esperada adicional por daños punitivos entonces en el futuro preferirá corregir su conducta. De ese modo, deja de resultarle provechoso inobservar el comportamiento debido (Irigoyen Testa, *ob.cit.*).

La fórmula es la siguiente: $D = C \times [(1 - P_c) / (P_c \times P_d)]$, donde: D = es la cuantía de los daños punitivos a determinar; C = es la cuantía de la



indemnización compensatoria por daños provocados; p_c = es la probabilidad de ser condenado por la indemnización compensatoria de daños provocados; P_d = probabilidad de ser condenado por daños punitivos, condicionada a la existencia de una condena por indemnización compensatoria.

En el caso, la indemnización de la actora [C] asciende a \$150.000, comprensivo del monto de daño moral según fuera tarifado en el considerando anterior. No computaré en esta variable al monto correspondiente a la restitución (\$107.605,96) dado que dicho parcial no consiste en una indemnización compensatoria (es decir, no tiene por fin reparar un daño injusto) sino que —según surge de párrafos de la sentencia que llegan firmes a esta instancia— constituye la restitución prevista en el contrato para supuestos de ineficacia (sea rescisión o resolución).

La probabilidad de que un ahorrista demande a la administradora de un Plan de Ahorro ante una rescisión ilegítima y obtenga una condena que le procure la restitución integral de lo que le es debido más la reparación de los daños ocasionados [P_c] la estimaré en 20% (o sea que solo dos de cada diez consumidores, frente a una maniobra como la desplegada por la aquí demandada, asumirá los costos y el esfuerzo que implica transitar por el proceso de mediación, iniciar el juicio y esperar su resolución favorable). La probabilidad matemática equivale entonces a 0,2 (20/100). Luego, la probabilidad de condena por daños punitivos [P_d] será fijada en un 80%, teniendo en cuenta la gravedad de las conductas y los perjuicios que generan para el ahorrista (80%=0,8).

Entonces, aplicando al caso la fórmula « $D = C \times [(1 - P_c) / (P_c \times P_d)]$ » resulta que $D = \$150000 \times [(1-0,2)/(0,2 \times 0,8)]$; luego se sigue que $D = \$150000 \times (0,8/0,16)$; finalmente, $D = \$150000 \times 5$. El daño punitivo debe ascender entonces al total de **\$750.000.-**

Tal es el monto con el que, entiendo, se conforman los incentivos adecuados para que la accionada mute su comportamiento en un futuro,



deje de especular con una baja probabilidad de condena derivada de incumplimientos negociales y procure en lo sucesivo no incurrir en conductas socialmente indeseadas como las que aquí han sido objeto de reproche y que importan una violación a los derechos de los consumidores y usuarios (arts. 42 de la CN, 1, 2 y cctes. de la LDC, 1092 y cctes. del CCyC).

b. Es importante destacar que ambas probabilidades contenidas en el cálculo (la de resistir un juicio en el que resultará vencida [Pc], y la de ser condenado por daños punitivos [Pd]) obedecen a estimaciones realizadas sobre la base de la experiencia que, como tales, son completamente opinables. Pero las críticas que pudieren efectuársele a esas consideraciones no son achacables al cálculo matemático propiamente dicho ni a la base conceptual que le da sustento, sino a la operación que he realizado consistente en cuantificar una probabilidad contando con muy poca o ninguna información.

No tengo manera de saber con precisión —sino solo de presumir o estimar— los cálculos especulativos de la accionada con los que analizó los costos y beneficios de uno u otro camino de acción (y a partir de los cuales eligió finalmente la conducta que implicó incumplir el contrato de consumo). De lo único que estoy completamente seguro es que una multa de \$150.000 (como la que fue fijada en primera instancia y que equivale, a septiembre de 2020, al costo de dos heladeras) no cumplirá ninguna función ni generará ningún tipo de incentivo socialmente deseable. Y ello es así sea que se juzgue la suficiencia de ese monto a la luz de los parámetros ya reseñados, o bien atendiendo únicamente al escaso o nulo efecto preventivo que presumiblemente tendrá en una compañía de la envergadura operativa y económica de la demandada, que —según surge de fuentes de información pública— cuenta con una amplia presencia en el país y líneas de crédito en bancos privados de más de 607 millones de pesos (esta información surge de la Central de Deudores del Sistema Financiero del Banco Central de la República Argentina; compúlsese www.bcra.gov.ar, opción «Central de



Deudores», CUIT 30584042741 -fs.216-; último día de acceso 22/09/2020; sobre la relación de la cuantía de la multa con la capacidad patrimonial de quien debe abonarla, aun pronunciándose en contra del uso de fórmulas matemáticas, véase el interesante aporte de Brun Carlos, A. en "*Las fórmulas matemáticas como herramienta para la cuantificación de los daños punitivos*", La Ley, 27/07/2020, 1; sobre el valor promedio de las heladeras y otros electrodomésticos, véase www.mercadolibre.com.ar).

Quiero decir con ello que las objeciones que pudieran hacerse a estas estimaciones no son demostrativas de una debilidad del cálculo sino de una virtud: las variables al ser explicitadas en el fallo pueden ser susceptibles de control. La solución alternativa sería establecer un monto con base en la sola "prudencia" judicial, lo cual consistirá en no más que una capciosa manera de esquivar el problema, omitiendo consignar en el fallo cálculos —conscientes o inconscientes— que necesaria e inevitablemente giran en la mente del juzgador al adoptar una solución y no otra.

He enfatizado en otra oportunidad, y creo necesario reiterarlo aquí, que si una suma de dinero es el resultado de la ponderación "prudente y razonable" de un conjunto de variables, no cabe sino concluir que algún tipo de operación matemática ha tenido lugar en el razonamiento del juez al momento de adoptar su decisión. Ese resultado numérico final es tal respecto de algún cálculo previo que le ha dado sentido.

Y si ello es así, y no dudo que lo sea, el problema no radica en verdad en la disyuntiva de usar o no usar fórmulas matemáticas, sino que el debate pasa por definir qué tipo de cálculos creemos que deben utilizarse para realizar correctamente esa tarea y si acaso consideramos valioso exigirle al juez que motive su decisión explicitando el tipo de operación matemática realizada (que, seguramente, puede ser representada por una fórmula por simple que sea) y detallando el valor que le asignó a cada una de las variables escogidas, posibilitando a las partes corroborar y eventualmente



criticar el resultado obtenido en instancias recursivas (mi voto en causa “Paco Beltrán”, Sala I, c. 164.033, del 21/08/2018).

La Sala Segunda de la Cámara de Apelación de Bahía Blanca ha efectuado reflexiones similares en los distintos fallos en los que ha aplicado esta fórmula para cuantificar multas civiles (“Frisicale, María L. c. Telecom Personal SA”, c. 148.485 del 15/08/2017, “L., R.A. c. E., G.L.” del 24/05/2017 -La Ley, AR/JUR/24659/2017-), uno de los cuales han merecido -en este tópico- la aprobación de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires (causa “Castelli, María C. c. Banco de Galicia”, c. 141.404 del 28/08/2014; SCBA, in re “Castelli...”, C.119.562 del 17/10/2018).

Ha dicho el Tribunal bahiense —en reflexiones que comparto plenamente— que aquellas variables *“son relaciones opinables y que la actora encontrará razones para argumentar que he sobreestimado la probabilidad y la demandada, por el contrario, que la he subestimado. Pero hacer explícito mi razonamiento —y por lo tanto permitir su cuestionamiento por ambas partes—, lejos de constituir una fisura, descubre una virtud, cual es permitir un suficiente debate —en el marco de eventuales recursos— que permita un acabado ejercicio del Derecho de defensa (art. 18 de la Constitución Nacional). No debe dejar de advertirse que, por callarlos, los fundamentos no se tornan inexistentes: si yo hubiera dicho simplemente que estimo “mesurado, prudente y acorde a las circunstancias del caso” fijar un daño punitivo de la misma entidad, habría tenido en cuenta esos mismos porcentajes probabilísticos aunque sin explicitarlos, y lo único que hubiera logrado es hacer más inatacable la sentencia con la inaceptable contrapartida de respetar en menor medida el derecho de defensa en juicio. Porque es obvio que es menos cuestionable la “medida” o “prudencia” de determinada suma con la que se cuantifica una multa civil que las probabilidades que he decidido incluir en la fórmula de matemática financiera, pues en este caso basta la demostración de que el guarismo es erróneo mientras que en aquél la discusión se perderá en argumentaciones*



retóricas que solapadamente hallarán cobijo en lo recóndito de lo opinable” (voto del Dr. Peralta Mariscal en la causa “Castelli” citada).

Estas ideas se acompañan con lo que este Tribunal viene diciendo desde hace más de cuatro años sobre el uso de fórmulas para la cuantificación de daños personales por incapacidad o muerte (Sala II, c. 161.169 -"Ruiz Díaz, J. c. Kreymeyer, I."- del 18/08/2016, entre otros).

La utilización de las fórmulas matemáticas no hace desaparecer la compleja y fundamental tarea de justipreciar concienzudamente la prueba producida por las partes y asignar valor a cada una de las variables que ella contempla. Todo lo contrario, esa carga intelectual y argumental se intensifica enormemente, obligando al juzgador a explicitar en su sentencia todos y cada uno de los pasos que componen su razonamiento: qué variables ha tenido en cuenta, qué valor les ha asignado y cómo las ha interrelacionado a través de un cierto modelo de cálculo.

La virtud de este modelo de decisión consiste entonces en reducir lo máximo posible el margen de discrecionalidad que se genera al momento de determinar el contenido económico de un crédito resarcitorio. Es loable —y socialmente preferible— que los jueces tengamos la carga de argumentar más y mejor nuestras decisiones y debemos buscar y promover herramientas que permitan lograr ese objetivo (mi voto en causa “Paco Beltrán”, Sala I, c. 164.033, del 21/08/2018 y Sala II, causa “Caballero”, c. 168.070, del 08/10/2019). Todo ello no hace más que consolidar el postulado preambular de afianzar la justicia.

En suma, por todo lo dicho hasta aquí, considero que la multa impuesta por el juez de primera instancia es insuficiente. Por ello, a los fines de disuadir a la demandada de reiterar en el futuro comportamientos de esta naturaleza, propondré al acuerdo hacer lugar al agravio formulado por la parte actora y elevar el monto de la sanción pecuniaria disuasiva a **\$750.000.-**



En tal medida se hace lugar al recurso de la Srta. Lasa y se modifica el fallo de primera instancia (arts. 42 de la CN, 1, 2, 52 bis y cctes. de la LDC, 1092 y cctes. del CCyC).

ASÍ LO VOTO

El Sr. Juez Dr. Roberto J. Loustaunau votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada el Sr. Juez Dr. Monterisi dijo:

Corresponde: **I.** Hacer lugar al recurso de apelación de la parte actora y, en consecuencia, modificar la sentencia de primera instancia e incrementando la indemnización por daño moral (a un total de \$150.000.-) y el daño punitivo (a un total de \$750.000.-); **II.** Imponer las costas de segunda instancia a la demandada y la tercera citada, en su carácter de vencidas (art. 68 del CPCBA); **III.** Diferir la regulación de honorarios para el momento procesal oportuno (art. 31 de la Ley 14.967).

ASI LO VOTO

El Sr. Juez Dr. Roberto J. Loustaunau votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

En consecuencia, se dicta la siguiente

SENTENCIA:

Por los fundamentos dados en el precedente Acuerdo, se resuelve **I.** Hacer lugar al recurso de apelación de la parte actora y, en consecuencia, modificar la sentencia de primera instancia e incrementando la indemnización por daño moral (a un total de \$150.000.-) y el daño punitivo (a un total de \$750.000.-); **II.** Imponer las costas de segunda instancia a la demandada y la tercera citada, en su carácter de vencidas (art. 68 del CPCBA); **III.** Diferir la regulación de honorarios para el momento procesal oportuno (art. 31 de la Ley 14.967); **IV. Regístrese y notifíquese personalmente o por cédula (art. 135) y, oportunamente, devuélvase.**



Se procede a firmar digitalmente la presente resolución conforme la acordada 3975/20 de la SCBA.-

REFERENCIAS:

Funcionario Firmante: 08/10/2020 08:36:27 - LOUSTAUNAU Roberto Jose - JUEZ

Funcionario Firmante: 08/10/2020 10:44:15 - MONTERISI Ricardo Domingo -

Funcionario Firmante: 08/10/2020 10:49:12 - TROBO Lucas Mariano - AUXILIAR LETRADO DE CÁMARA DE APELACIÓN

239700478019183423

CAMARA DE APELACION EN LO CIVIL Y COMERCIAL SALA II - MAR DEL PLATA

NO CONTIENE ARCHIVOS ADJUNTOS