

En la ciudad de General Roca, a los 14 días de noviembre de 2023. Habiéndose reunido en Acuerdo los Señores Jueces de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro con asiento en esta ciudad, con la presencia de la señora Secretaria actuante, para dictar sentencia en los autos caratulados: "**ACUÑA CLAUDIA JANET C/ DIRECTV ARGENTINA S.A. S/ SUMARISIMO**" (**Expediente RO-31406-C-0000**), venidos de la Unidad Jurisdiccional CINCO, previa discusión de la temática del fallo a dictar procedieron a votar en el orden de sorteo practicado, transcribiéndose a continuación lo que expresaron:

EL SR. JUEZ DR. DINO DANIEL MAUGERI DIJO: 1.-Objeto del presente: Conforme surge de la nota de elevación, vienen los presentes para resolver los recursos de apelación interpuestos por la actora con fecha 30/08/2023 y por la demandada con fecha 31/08/2023, ambos contra la sentencia definitiva dictada en autos con fecha 23/08/2023, los que han sido concedidos con fecha 04/09/2023.

2.-Aclaración previa: Antes de ingresar al desarrollo de mi voto, aclaro que, toda vez que me refiera a la Constitución Nacional la identificaré como CN; a la Constitución Provincial como CPRN; al Código Civil derogado como CC; al Código Civil y Comercial como CCC; al Código Penal como CP; a la Ley de Defensa del Consumidor 24.240 como LDC; a la Ley de Seguros 17.418 como LS; a la Ley de Defensa del Consumidor 24.240 como LDC; a la Ley de Sociedades 19.550 como LGS; a la Ley de Concursos y Quiebras 24.522 como LCQ; al Código Procesal, Civil y Comercial local como CPCC; a la Ley Arancelaria para Abogados y Procuradores G 2212 como LAAP; a la Ley Arancelaria de los Peritos Ley 5069 como LAP.

3.-Antecedentes del proceso. Contenido: Se trata en el presente del reclamo de los daños y perjuicios en el marco de una relación de consumo.

La misma es receptada en los siguientes términos: "... I.- HACER LUGAR a la demanda interpuesta por la Sra. Claudia Janet Acuña, y en su mérito condenar a Directv Argentina S.A., a abonar a la actora la suma de \$ 800.000.- en concepto de indemnización por daño moral, y el equivalente en pesos a diez (10) canastas básicas total para el hogar 3, que publica el INDEC, más los intereses establecidos los considerandos, en el plazo de DIEZ (10) días de notificados de la presente, bajo apercibimiento de ejecución.- Disponer que, una vez firme la presente sentencia, se comunique al área de Prensa del Poder Judicial Provincial para su difusión.- II.- IMPONER las costas a la demandada en su condición de vencida (art. 68 del CPCC.)..."

4.-Contenido de las expresiones de agravios que será considerado. Alcance: Tal como venimos exponiendo reiteradamente: “Siendo que los jueces no estamos obligados a seguir a las partes en todas sus argumentaciones, sino tan sólo pronunciarnos acerca de aquellas que estimemos conducentes para sustentar nuestras conclusiones (CS, doctrina de fallos 272:225; 274:113; 276:132; 280:320) y por razones de brevedad, he de omitir transcribir o referenciar con precisión lo expuesto en dicho escrito, remitiéndome a su lectura , sin perjuicio de las menciones que realice más adelante. Ello por otro parte, consustanciado con la celeridad que cabe imprimir a este tipo de procesos. Las partes conocen lo que tales piezas dicen y los restantes operadores del servicio que les toque intervenir en la causa tienen acceso a las mismas, con lo que hasta podría considerarse totalmente innecesaria la referencia”.

5/6.-De los agravios y de su respuesta:

5.1.-La actora incorpora sus agravios con fecha 12/09/2023, exponiendo: “Consideramos bajo el monto de condena por daño punitivo, en tanto que en los autos "LOPEZ JOSE GUILLERMO C/ DIRECTV ARGENTINA S.A. S/ SUMARISIMO (DERECHO DEL CONSUMIDOR)” (EXP. RO-20343-C-0000), del registro de esta Unidad Jurisdiccional N° 3, sentencia de fecha 28/8/2023 se impusieron a la misma demandada, teniendo en cuenta su reincidencia y antecedentes negativos, un total de 20 canastas básicas. Es que, como bien se menciona en la sentencia, la demandada resulta reincidente en casi idéntica situación causada por la cual ha sido condenada en los autos "MARTINEZ CRISTINA ROSA C/ DIRECTV ARGENTINA S.A S/ SUMARISIMO”, Expte N° B-2RO-300-C1-18, Se. 138/2019 del 28/10/2019, dictada por el Juzgado Civil, Comercial y de Minería N° 1, donde quedó acreditado que la demandada impuso una contratación a la actora siendo desconocida por esta última. Siendo que en el caso la actitud especulativa de la demandada se mantiene incluso con su apelación hasta la fecha -la actora realizó el envío de una CD, acudió a la oficina de Defensa del Consumidor y tuvo que transcurrir todo un proceso judicial cuando la parte demandada ni siquiera ha acompañado documental necesaria-, el antecedente de condena por un caso similar, la cantidad de reclamos informados por la Oficina de Defensa del Consumidor que constan como prueba, la sanción impuesta en la sentencia que se ataca no puede configurar una sanción ejemplificadora para esta demandada que viene avasallando los derechos de consumidores en forma manifiesta. Por lo expuesto, se requiere que al igual que el caso de "LOPEZ JOSE GUILLERMO C/ DIRECTV ARGENTINA S.A. S/ SUMARISIMO (DERECHO DEL CONSUMIDOR)” (EXP.

RO-20343-C-0000), del registro de esta Unidad Jurisdiccional N° 3, se imponga a la demanda la cantidad de 20 Canastas Básicas para el Hogar Tipo 3, a la cual se requiere se eleve el monto de daño punitivo y en definitiva se revoque la sentencia en crisis en lo que resulta este agravio”.

5.2.-Ordenada la sustanciación de esos agravios los mismos no son respondidos por la contraria.

6.-La demandada incorpora sus agravios con fecha 11/09/2023.

6.1.1.-En su primer agravio ataca la sentencia por arbitraria por no responder al contexto fáctico ni a las probanzas producidas.

Alude luego a la innecesariedad del contrato escrito surgiendo acreditada la contratación por la acreditación de la recepción y pago por la actora de las facturas emitidas por su parte desde el año 2017 al 2019, tal como surge de la pericial contable. Agrega que acompañó en autos todos los elementos probatorios que se encontraban en su poder.

Concluye que debe concluirse en la existencia de una contratación del servicio por parte del actor.

6.1.2.-Se agravia luego por la cuantía del daño moral alegando que la actora reclamó \$ 600.000.- y se le ha concedido más de lo pedido no habiéndose acreditado el daño.

6.1.3.-En su siguiente agravio impugna la procedencia y cuantía del daño punitivo aludiendo a que no existió ni intencionalidad ni beneficio económico para su parte.

6.1.4.-Por último se alza contra la imposición de las costas a su cargo aludiendo que pudo considerarse con derecho a cobrar el precio del servicio y con respecto a los intereses fijados en la sentencia predica que duplican el monto reclamado.

6.2.-La actora da respuesta a esos agravios con fecha 18/09/2023.

6.2.1.-Con referencia al primer agravio alude que la recurrente se encontraba en mejor posición para acreditar los hechos y que la recepción de las facturas en modo alguno acredita la existencia de la contratación del servicio no habiéndose acreditado que ellas hayan sido abonadas por su parte.

6.2.2.-Luego entiende que no existe violación al principio de congruencia en tanto sujetó el daño a lo que en más o en menos determine el juzgador adecuándose la indemnización concedida por daño moral a los casos similares existentes.

6.2.3.-Considera infundado su reproche a la procedencia y cuantía del daño punitivo entendiendo que la segunda se funda en su reincidencia.

6.2.4.-Por último entiende que la condena en costas responde al principio objetivo de la derrota.

7.-Pase a resolver y sorteo: Pasan los presentes a resolver con fecha 27/09/2023 practicándose el sorteo del orden de votación con fecha 20/10/2023.

8.-Tratamiento de los recursos. Análisis y solución del caso: Ingresando al tratamiento del recurso lo haré iniciando por el de la demandada y luego por el del actor, respetando el orden de sus agravios.

8.1.-Su primer agravio referido a la responsabilidad que se le atribuye no puede ser atendido.

Es que su postura resuelta absolutamente huérfana de sustento en tanto no se hace cargo de las afirmaciones contenidas en la sentencia respecto de su conducta, tales como haber adjuntado facturas de un homónimo con domicilio en Misiones en tanto el actor reside en esta localidad, la acreditación eventual de que esas facturas pertenecen en verdad al actor, etc.

Expone el magistrado en la sentencia: "...Tal como surge del análisis de la demanda y contestación, el primer hecho controvertido a esclarecer es la celebración y existencia del contrato de servicio de televisión satelital, por cuanto la actora niega haber contratado y la demandada sostiene que el servicio se solicitó, se abonó parcialmente, y luego se generó la deuda que expone en su defensa y justifica su proceder.- Siendo que la prueba debe ser aportada al proceso en los términos del art. 53 de la Ley 24.240, debió ser la demandada la que acredite la celebración del contrato de servicio con la actora; sin embargo, del análisis de las prueba obrante en autos considero que dicha parte no acreditó tal contratación.- Así, en primer lugar, nada dice dicha parte sobre la modalidad de contratación, esto es, si fue presencial, a distancia, fuera del local comercial, o mediante medios electrónicos tal como lo regulan los arts. 1104 y siguientes del CCyC.- En segundo lugar, tampoco adjunta documentación alguna sobre la celebración del contrato al momento de contestar la demanda; luego, en el período probatorio, fue debidamente intimada por la actora para que adjunte la documental en su poder, y específicamente la solicitud del servicio y soportes, registros de reclamos efectuados por la actora, contrato y toda documentación que obre en su poder relacionada con la presente causa, pero no cumplió con tal carga y se hizo efectiva la presunción emergente del art. 388 del CPCC en fecha 27/03/2023; en cuanto a la pericia contable sólo refleja los asientos en la contabilidad de la demandada, pero sin informar ni acompañar la documentación sobre la que se basa el informe, motivo por el cual me aparto de sus conclusiones; y por último, las facturas que obran en autos corresponden a un servicio que se habría brindado en la localidad de Godoy Cruz, provincia de

Mendoza, y la actora -según declara la testigo Paez- nunca vivió en tal lugar.- En consecuencia, tengo por cierto que la demandada no acreditó la celebración del contrato con la actora; por ello y ante el desconocimiento de la misma, es que considero que asiste razón a esta parte cuando manifiesta que no contrató el servicio. Y al no existir contrato entre las partes, la facturación, la deuda y la información brindada por la demandada a la base de datos de deudores, -tal como lo manifiesta en su contestación de demanda- carece que causa legítima que la avale.- IV.- Conclusión.- Por lo expuesto es que considero acreditados los elementos que configuran la responsabilidad civil de la demandada, por mediar una conducta antijurídica (alegar una contratación inexistente para generar facturación indebida e información a base de datos de deudores), que tiene aptitud según el curso normal y ordinario de las cosas para causar los daños que se analizarán en el capítulo siguiente.- Tal conducta es atribuible a la demandada en los términos del art. 40 de la Ley de Defensa del Consumidor, por cuanto constituye a todas luces una prestación de servicios viciosa, no apta para su destino, al no realizar el contrato de la forma que correspondía y, con ello, facturar cargos por servicios no prestados a la actora.-...”

En tanto no ha atacado concreta y precisamente el contenido expuesto de la sentencia que cuestiona, su agravio no puede prosperar.

8.1.1.-Respecto a su segundo, tercero, cuarto y quinto agravio en el caso del daño moral cierto es que la actora demandó \$ 600.000.- o 600 Jus al iniciar este proceso el 19/03/2021, de modo que cierto es también como se expone en la sentencia que dicho importe actualizado al momento de su dictado ascendía a la suma de \$ 2.623.000.- siendo dable recordarle al recurrente que en un país con la nefasta inflación que padecemos resulta ilusorio comparar cifras nominales sin hacerse cargo de esa depreciación. En ese aspecto su recurso no se sostiene.

La procedencia de los rubros daño moral y punitivo se encuentra asentada en la grosera negligencia e indiferencia evidenciada en el obrar de la recurrente -a tenor de los fundamentos expuestos en la sentencia que no son debidamente rebatidos-, encontrándose reunidos los presupuestos requeridos de conformidad con la doctrina legal obligatoria para la procedencia tanto del daño moral (“DAGA, PABLO C/CUOTAS DEL SUR S.A. S/SUMARISIMO S/CASACION”, Expte. N° B-2RO-311-C2018, Se. 28/06/2021) como el punitivo (“COFRE, NICOLAS SEBASTIAN C/FEDERACION PATRONAL SEGUROS S.A. S/SUMARISIMO S/CASACION”, Expte. N° B-4CI-204-C2015, Se. 04/03/2021), a cuya lectura en su integridad remito al

recurrente.

Respecto a la acreditación del daño moral resulta plenamente aplicable el criterio emergente de la doctrina legal obligatoria, que ha expuesto: “Por último, en relación al argumento defensivo de que en autos el daño moral no ha sido acreditado, es dable señalar que este Superior Tribunal de Justicia, en reiteradas ocasiones ha entendido que en los supuestos de responsabilidad que provenga de un acto ilícito (aquiliano) el daño moral no requiere de prueba específica alguna y debe tenérselo por presumido (in re ipsa) por el sólo hecho de la acción antijurídica, correspondiendo la prueba en contrario al sindicado o sindicados como responsables. Máxime, cuando el bien jurídico lesionado fuese un derecho de la personalidad, o intereses ligados a la dignidad de la persona humana, donde la presunción del daño cobra un significado pleno. Así este Cuerpo tiene dicho que: ‘En cuanto a su procedencia, cabe expresar que: ‘la reparación del daño moral cumple una función de justicia correctiva o sinalagmática que conjuga o sintetiza a la vez la naturaleza resarcitoria de la indemnización del daño moral para la víctima y la naturaleza punitiva o sancionatoria de la reparación para el agente del daño. El daño moral se caracteriza por los padecimientos de quienes lo sufren, que configura una prueba ‘in re ipsa’, puesto que surge de los hechos mismos, que consiste en el desmedro o desconsideración que el agravio pueda causar en la persona agraviada o los padecimientos físicos, la pena moral, las inquietudes o cualquier otra molestia que pueda ser consecuencia del hecho perjudicial, sin que ello pueda significar que se constituya en una fuente de beneficios o enriquecimiento injusto, y cuya valoración no está sujeta a cánones estrictos, correspondiendo a los jueces de la causa, establecer su procedencia y el quantum indemnizatorio, tomando en consideración para ello la gravedad de la lesión sufrida y el hecho generador de la responsabilidad -STJRN. Se. N° 94/10, in re: “O., H. c/ CONSEJO PCIAL. SALUD PUBLICA y Otros s/ DAÑOS Y PERJUICIOS-” (“GARCIA SANCHEZ, Edgar A. J. c/ANZOATEGUI, Felipe y Otros s/ DAÑOS Y PERJUICIOS ORDINARIO- s/CASACION”, Expte. N° 25821/12-STJ-). Criterio que ha sido reiterado, entre otros, en autos “BAVASTRO, Enrique c/ ANZOATEGUI, Felipe y Otro s/DAÑOS Y PERJUICIOS (ORDINARIO) s/CASACION” (Expte. N° 27354/14-STJ-).

La impugnación referida a la cuantía de ambos rubros no puede ser atendida en tanto posee un déficit de fundamentación evidente puesto que no esgrimen precedentes que demuestren el exceso en su ponderación por la magistrada y en el caso del daño punitivo no se cuestionan los fundamentos expuestos por la magistradas para sustentar

su cuantía. Sabido es que, en el caso del daño moral, este tribunal aplica el señero precedente “Painemilla c/ Trevisan” (J.C. T°IX, págs. 9/13) que exige la carga de invocar casos similares para demostrar tanto lo reducido como lo excesivo de la partida. Además de ello se comparte -por intermedio del Colegio profesional- con los profesionales regular y periódicamente los archivos referidos a la cuantificación de ambos rubros lo que permite cumplir con esa carga.

Al fundar la procedencia y cuantía del daño punitivo se expuso: “...Tal como se señalara a lo largo del presente decisorio, tengo por acreditado que en el caso de autos la demandada ha incurrido en incumplimiento a las obligaciones legales para con la actora, y a los deberes de información y trato digno de origen constitucional y legal, obrando con menosprecio de los derechos individuales de esta última.- Ello por cuanto generó facturas por un servicio que no fue solicitado ni contratado por la actora; luego la consideró deudora e incluyó en una base de datos de deudores; y para completar el cuadro, se agrega la falta de respuesta a los reclamos extrajudiciales fehacientes, la alegación de argumentos no acreditados en el proceso, y la ausencia de alternativas de solución al reclamo efectuado que no se daba por finalizado con haber ajustado a \$ 0 la deuda que se pretendía, y con rectificar la información brindada a la base de datos.- Por tal motivo considero que estamos en un "supuesto de particular gravedad", que evidencia cómo mínimo "culpa grave" del proveedor, por cuanto no resulta atendible que este genere una deuda en cabeza de una persona con quien no contrató. Tal situación implica que si el contrato efectivamente hubiera existido, lo que no podremos averiguar porque no se adjuntó al proceso, el mismo habría sido celebrado con una persona distinta a la actora, lo que evidencia fallas en la verificación de la identidad de la co-contratante que no pueden permitirse a una empresa profesional como la demandada, que cuenta con todos los medios técnicos, económicos y jurídicos suficientes para adoptar las precauciones del caso; si el contrato directamente no se celebró, la situación sería aun más grave porque la deuda se habría generado sin causa alguna con el riesgo que ello conlleva para la población en general que podría ser víctima de este tipo de situaciones.- En definitiva, sea que se contrató con quien no era la actora, o que no se contrató e igualmente se generó el crédito y la deuda, la situación no se condice con la profesionalidad que es dable esperar de la demandada, lo que evidencia su obrar con culpa grave.- Luego, el menosprecio de los derechos individuales se observa en la falta de respuesta y de información hacia la parte actora, a quien se la ignoró en la etapa prejudicial, y se le brindó una información que de ningún

modo fue acreditada en la etapa judicial, al afirmarse que el servicio había sido contratado y la deuda era válida.- También tengo a la vista la respuesta brindada por el Departamento de Defensa del Consumidor de esta provincia, que en fecha 06/03/2023 expresó que "...según consta en Registro de esta Jurisdicción -Localidad de Chichinales a Catriel- : 1).-Existen setenta y nueve (79) reclamos ingresados ante este Organismo contra la firma DIRECTV ARGENTINA S.A.; 2).- Registra la firma DIRECTV ARGENTINA S.A. una (1) Sanción Multitoria en Exp. BUCK LUIS C/ DIRECTV ARGENTINA S.A. N° 011661-DCI-06, por infracción a los Arts. 19° de la Ley N° 24.240 y Art. 6° de la Ley N° 4139;...".- Es por tales motivos que considero acreditados en autos los requisitos para que proceda la sanción en los términos exigidos por la doctrina legal de autos "Cofré".-A los fines de merituar la cuantificación, he de tomar como parámetro antecedentes de la Cámara de Apelaciones local dictados en situaciones similares a las presentes (contratación no solicitada, facturación y deuda indebida y falta de respuesta a los reclamos) de los que surge lo siguiente: a) en autos "MARTINEZ CRISTINA ROSA C/ DIRECTV ARGENTINA S.A S/ SUMARISIMO", Expte N° B-2RO-300-C1-18, Se. 138/2019 del 28/10/2019, sanción por daños punitivos fijada por el Juzgado Civil, Comercial y de Minería N° 1 de esta ciudad en la suma de \$ 300.000.- a la fecha de la sentencia, que actualizadas a la fecha asciende a \$ 2.150.000.-; y b) en autos "MIRANDA DIEGO C/ TELEFÓNICA MÓVILES ARGENTINA S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (ORDINARIO), Expte N° A-2RO-1462-C1-18, sentencia de fecha 20/11/2019, confirmada por la alzada mediante sentencia N° 75/2021: Daños punitivos: \$ 300.000.- al 20/11/2019, que actualizada a la fecha del presente decisorio asciende a \$ 2.080.000.-...Es por lo expuesto que, ponderando las variables señaladas, los fallos tomados como pauta comparativa y las sumas que la actora ha abonado y la demandada retenido, he de aplicar a la demandada la sanción por daños punitivos que se fija en diez (10) canastas básicas total para el hogar 3, que publica el Instituto Nacional de Estadística y Censos de la República Argentina (INDEC) a favor de la actora, fijados a la fecha del efectivo pago la presente sentencia, la que devengará un interés a la tasa activa determinada en la doctrina obligatoria del STJ en "Fleitas" desde el momento en que queda firme la sentencia. (STJRNS1, Se. N° 17/2020 del 04/05/2020 en autos: "GUIRETTI, DENISE MARIANA c/GUSPAMAR S.A. Y OTROS S/SUMARISIMO S/CASACION" (Expte. N° 24949/16 // 30611/19-STJ)-...) Insisto, nada ha sido cuestionado.

Respecto del cuestionamiento de la cuantía entiendo que tampoco le asiste la razón. En

efecto, recientemente nuestro máximo tribunal provincial se ha expedido al respecto en un precedente ("BARTORELLI, EMMA GRACIELA C/BANCO PATAGONIA S.A. S/DAÑOS Y PERJUICIOS S/CASACION", Expte. N° VI-31306-C-0000, Se. 17/10/2023) en el que, en el voto rector del Dr. Apcarián, se expuso que a más de las pautas del art. 49 LDC la cuantificación debiera guardar algún grado de proporcionalidad con relación al daño compensatorio entendiendo que el punitivo no debiera exceder en más de un dígito a aquél. En el caso representa 4 veces más que el daño compensatorio lo que frente a las circunstancias de estos autos no me resulta excesivo.

Tampoco puede ser de recibo la referida a la imposición de las costas, la que no resiste mayor análisis toda vez que se encuentra fundada en el principio objetivo de la derrota (art. 68 CPCC), el que en el caso no es rebatido.

La impugnación acerca de los intereses aplicables y emergentes de la doctrina legal obligatoria ("Fleitas") en tanto no se impugna la misma, no puede ser recepcionada, omitiendo además la recurrente considerar que de conformidad a lo dispuesto por el art. 1748 del CCC "El curso de los intereses comienza desde que se produce cada perjuicio".

Por lo que llevo expuesto corresponde entonces rechazar el recurso de la accionada con costas a su cargo (art. 68 CPCC).

8.2.-Ingreso ahora al tratamiento del recurso de la actora.

Según se ha colacionado el rubro ha sido cuantificado en 10 canastas básicas totales para el hogar 3, que publica el Instituto Nacional de Estadística y Censos de la República Argentina (INDEC), fijados a la fecha del efectivo pago. De modo que a la fecha el importe de condena es representativo de la suma de \$ 3.359.620.- (valor canasta básica total hogar 3, \$ 335.962.- (https://www.indec.gob.ar/uploads/informesdeprensa/canasta_10_230073639E21.pdf).

El presente guarda muchas similitudes con el caso "LOPEZ JOSE GUILLERMO C/DIRECTV ARGENTINA S.A. S/ SUMARISIMO (DERECHO DEL CONSUMIDOR)", RO-20343-C-0000, siendo la actora, aquí también, informada por la accionada en los registros de deudores (Veraz, Nosis, etc.), afectando de tal modo su credibilidad crediticia. Por otro lado este caso guarda sucesividad fáctica con aquél de modo que se verifica que la accionada reincide en sus prácticas que han sido descalificadas. Por último se han comprobado en autos las numerosas denuncias (79) que en el ámbito administrativo consumeril posee la accionada (aun cuando se

desconozcan los motivos de cada una de ellas).

En atención a lo expuesto he de proponer elevar la cuantía de esa indemnización a 12 canastas básicas total para el hogar 3 que publica el Instituto Nacional de Estadística y Censos de la República Argentina (INDEC), las que serán valoradas a la fecha de su efectivo pago, devengando una tasa de interés del 8 anual desde la mora y hasta su efectivo pago.

De modo que con el alcance expuesto, he de propiciar el acogimiento del recurso de la actora, imponiendo las costas a la accionada toda vez que aun cuando no controvirtiera el recurso debió la actora recurrir a esta instancia para el reconocimiento de su derecho (art. 68 CPCC).

9.-La decisión propuesta: Por lo que llevo dicho propicio al acuerdo se rechace el recurso de la accionada con costas a su cargo (art. 68 CPCC) y se haga lugar al de la actora, elevando el daño punitivo del modo propuesto en el punto 8.2 de mi voto, con costas a la accionada (art. 68 CPCC).

Pese a haberse modificado el monto base resulta innecesario proceder a una nueva regulación de los honorarios profesionales toda vez que el magistrado, con buen criterio, ha asignado porcentajes y no sumas dinerarias.

Por la actuación en esta instancia y a cargo de la accionada regular los honorarios de los Dres. Andrea Suárez, Dante Cauquoz y Diego Janavel, apoderados y patrocinantes de la actora, en conjunto, en el 30 % y los del Dr. Tomás Emilio Silva, en el doble carácter por la accionada, en el 25 %, en ambos casos con referencia a los asignados a cada representación letrada en la instancia anterior (art. 15 LAAP). Por lo que llevo dicho propicio al acuerdo se haga lugar al recurso de la actora elevando el daño moral y punitivo a las sumas que surgen de los puntos 7.1 y 7.2 de mi voto con más los intereses allí determinados.

Así lo voto.

10.-Parte resolutive de ser receptado mi voto: Si mi propuesta fuere receptada FALLO:

10.1.-Rechazar el recurso de la accionada con costas su cargo (art. 68 CPCC).

10.2.-Hacer lugar al recurso de la actora elevando el daño punitivo del modo propuesto en el punto 8.2 de mi voto, con costas a la accionada (art. 68 CPCC).

10.3.-Por la actuación en esta instancia y a cargo de la accionada regular los honorarios de los Dres. Andrea Suárez, Dante Cauquoz y Diego Janavel, apoderados y patrocinantes de la actora, en conjunto, en el 30 % y los del Dr. Tomás Emilio Silva, en el doble carácter por la accionada, en el 25 %, en ambos casos con referencia a los

asignados a cada representación letrada en la instancia anterior (art. 15 LAAP).

10.4.-Regístrese, notifíquese, oportunamente vuelvan.

EL SR. JUEZ DR. GUSTAVO ADRIAN MARTINEZ DIJO: 1.- He de adherir al voto del estimado colega que me precediera en el orden de exposición, mas entiendo necesario discrepar en torno a la mención del caso "BARTORELLI C/ BANCO PATAGONIA S.A". (sentencia de fecha 17/10/2023 correspondiente al Expte. N° VI-31306-C-0000) y más precisamente del voto del Dr. Aparian, señalando como un criterio a seguir.

Concretamente que como expone el Dr. Maugeri, el cimero tribunal provincial hubiere establecido allí que "la cuantificación debiera guardar algún grado de proporcionalidad con relación al daño compensatorio entendiendo que el punitivo no debiera exceder en más de un dígito a aquél".

En mi opinión, además de la inconveniencia -probablemente en la mayoría de los casos- de seguir una pauta de tal tipo que abrevia en fallos de la Corte Suprema de los EEUU que parte de un marco normativo muy distinto, no es posible considerar que así se hubiere expedido el STJ y que ello constituya doctrina legal obligatoria. Doy razones.

2.- De la referencia que realiza el primer votante -Juez Aparian- a los antecedentes del caso, no surge claramente que se haya cuestionado el modo de cuantificar el daño punitivo, sino que la demandada se ha centrado en la procedencia de éste, de modo que los comentarios que se realizan luego al respecto podrían ser más bien a modo de "obiter dictum" (dicho al pasar), lo que mal podría considerarse doctrina legal en los términos del art. 42 de la ley 5.190.

Es más, aun cuando no hemos podido tener acceso a los escritos recursivos, de la lectura de la sentencia de Cámara que cabe recordar rechazó el recurso de apelación interpuesto por Banco Patagonia contra la sentencia de primera instancia, surge del voto ponente que los únicos agravios planteados por Banco Patagonia S.A. fueron -copio textual-: "EXPRESIÓN DE AGRAVIOS: La entidad crediticia expresa agravios en un extenso escrito presentado en fecha 21/02/22, fundando su postura recursiva en siete ítems puntuales; Ruptura del nexo causal. Entiende que la víctima fue quien al facilitar su clave y usuario para operar el sistema aportó la conducta que posibilitó que fuera perjudicada. Alcance del deber de seguridad. Indica que no se ha violado ninguna norma de seguridad impuesta por el organismo regulador a las entidades bancarias, pues el préstamo fue solicitado con la clave y usuario de la actora. Alcance del deber de

información y advertencia. Cuestiona que la sentencia desconozca la legalidad de la contratación en forma electrónica de préstamos bancarios -art. 1106 y cc del CCyC-. Violación de trato digno. Sostiene que se aparta de la prueba obrante en autos, toda vez que el trato dispensado entiende que fue el adecuado. Nulidad del contrato de préstamo. Asegura que en la sentencia se tiene por cierto, sin pruebas que así lo demuestren, que el préstamo no fue voluntariamente contratado por la actora. Daño punitivo. Afirma que en el caso no se dan los presupuestos del artículo 52 de la Ley de Defensa del Consumidor. Honorarios de los letrados de la parte actora. Observa que la regulación practicada se aparta de los porcentuales contenidos en el artículo 8 último párrafo de la ley G 2212 y la doctrina legal del STJ”.

Surgiría claro entonces que el modo de cuantificar el daño punitivo no integró los términos de la relación procesal, lo que puede verificarse además con la lectura íntegra de dicho voto, así como el de la Dra. Filipuzzi -segunda votante- que ni siquiera refirieron a la cuantía del daño punitivo, y mucho menos al método de cuantificación.

De allí que sin hesitación alguna podemos decir que el Dr. Apcarian en su caso habría violado doctrina legal que precisamente con votos suyos se ha construido y mantiene el Superior Tribunal de Justicia respecto a la violación del principio de congruencia que celosamente debemos resguardar. Refiero entre otros a su voto en el Expte. N°27014/14 (sentencia de fecha 29/7/2014) en el que entre otras consideraciones expresó: “La llamada ‘litis contestatio’ que en la moderna doctrina ha sido reemplazada por la ‘relación procesal’, es el fundamento y principio del juicio; esto es, la columna del proceso, base y piedra angular del juicio. Dicha relación procesal, con prescindencia de situaciones especiales, se integra con los actos fundamentales de la ‘demanda’ y su ‘contestación’. En tanto el primero de ellos determina la persona llamada a la causa en calidad de demandado, la naturaleza de la pretensión puesta en movimiento y los hechos en que ésta se funda (art. 330, Código Procesal), el segundo delimita el ‘thema decidendum’ y concreta los hechos sobre los que deberá versar la prueba (art. 356, Código citado), quedando de tal modo precisada la esfera en la que ha de moverse la sentencia (arts. 34, inc. 4° y 163, inc. 6° del mismo cuerpo legal). Integrada la relación procesal, el Juez conserva sin embargo plenas facultades para determinar el derecho aplicable; porque su pronunciamiento debe decidir la viabilidad de las pretensiones deducidas en el juicio ‘calificadas según correspondiere por ley’ (art. 163 inc. 6*, cit.). Esto es que, en tanto no se alteren los presupuestos de hecho de la causa, al Juez

incumbe determinar el derecho aplicable, inclusive con prescindencia de los planteos efectuados por las partes, como lo resume el proloquio latino *‘iuria curia novit’* (conf. Corte Suprema, Fallos: 273:358; 274:192, 459; 276:299; 278:313, 10.-346, entre muchos otros). Sin embargo, lo que no puede hacer el juzgador es, so pretexto de suplir el derecho erróneamente invocado, introducir de oficio cuestiones o defensas no planteadas (Fallos: 300:1015; 306:1271, entre otros), o introducidas tardíamente. Bien se ha precisado que la facultad-deber de los Jueces de determinar el régimen pertinente - con prescindencia de los argumentos jurídicos expresados por las partes- *‘ha sido reconocida en tanto no se modifiquen los elementos del objeto de la demanda o de la oposición’* (Fallos: 307:1487, La Ley, 1986-A, 363); principio que se complementa con la doctrina de base constitucional que establece que la sentencia, en materia civil, no puede exceder el alcance de lo reclamado en la demanda (Fallos: 256:363; 258:15; 259:40; 261:193; 262:195; 268:7, y muchos otros)...”.

Mas, por otra parte, está claro que el modo de calcular el daño punitivo y más aún, si cabría poner como límite de éste, que no pueda llegar a diez veces el daño económico producido en cada caso -lo que estaría estableciendo el primer votante como recaudo para no considerar arbitraria la determinación-, estuvo fuera del debate del Superior Tribunal de Justicia.

Y es que lo que en definitiva se discutió fue si cabía mantener la sentencia de condena de primera instancia que había sido confirmada por la Cámara de Apelaciones, o sí por el contrario había que hacer lugar al recurso de la demandada que pretendía se le exonerara de responsabilidad en el caso.

Como vimos, se expresó en primer término el Dr. Apcarian postulando el rechazo del recurso aunque agregando este tema de límites de la cuantificación que incluso estuvo fuera de debate en la primer instancia.

Luego se expidió el Dr. Barotto, quien ni siquiera aborda lo atinente al daño punitivo, pues desde su óptica *“Ni el banco, ni el sistema informático que éste emplea para operar cuentas en la institución coadyuvieron en la consumación del evento dañoso”*, achacando a la consumidora no haber obrado *“con un mínimo de cuidado y previsión”* e incluso no haber obrado *“con la buena fe contractual a que se obligó cuando convino la cuenta”*.

Se abrieron así a partir de estos dos primeros votos, dos posiciones opuestas bien marcadas, adhiriendo los restantes jueces al rechazo del recurso propuesto por el primer votante aunque, a excepción del Dr. Valverde que se abstuvo, motivando

individualmente sus adhesiones.

Así el tercer votante -Dr. Ceci- expresó: “Desde mi perspectiva, los argumentos expuestos en el apartado 4.1. sobre la inexistente ruptura del nexo causal debido a la participación de la víctima en el hecho generador del daño, así como en el punto 4.2. referido a la responsabilidad que le cabe a la demandada en base al incumplimiento del deber de seguridad en cabeza de la entidad bancaria, descartan la presencia de una valoración arbitraria, incompleta o desacertada de los hechos y pruebas de autos. Esta circunstancia luce aun más evidente al examinarse el efímero señalamiento que la accionada realiza en punto al daño moral que deberá asumir, pues si bien no fue materia de agravio, solo se limita a sugerir que la condena por dicho rubro tampoco sería justificable en virtud de que el daño sufrido por la demandante ha sido ocasionado por su única y exclusiva culpa. Así, las razones expuestas hacen que -en este caso- adhiera a la solución propuesta en el voto rector del nombrado colega”.

Y finalmente, la Dra. Piccinini, se expresó en los siguientes términos que también copio: “ Corresponde dar por reproducidos los antecedentes del caso expuestos en el voto que encabeza el presente acuerdo y -a la vez- adelantar que comulgo con las consideraciones efectuadas por el señor Juez Ricardo A. Aparian por lo que he de adherir al temperamento que propicia. Es que en marras, sendos agravios de la demandada, lucen desprovistos de rigor jurídico en orden al correcto encuadre del caso. En cuanto a la atribución de responsabilidad a la víctima, cuya conducta adjetiva como temeraria, lo que conlleva su autopuesta en peligro de sufrir el daño y de ello colegir que la entidad bancaria está eximida por no serle imputable el hecho dañoso; corresponde puntualizar que la demandada como proveedora de un servicio, está obligada a otorgar seguridad a los usuarios (art. 42 C.N.), tal como se ha explicitado en el primer voto. Es ese deber de seguridad, en el caso concreto, el impuesto por el Ente rector de las entidades financieras el incumplido y generador de responsabilidad. Ha sido el banco el que ofreció a la actora un modo de relacionarse comercialmente con él, imponiéndole la realización de trámites y gestiones por vía electrónica o digital, de modo que es el prestador del servicio el que debe procurar la misma seguridad que existiría si la operación se realiza personalmente. Cabe recordar que en las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Mendoza septiembre 2022) la Comisión que diera tratamiento al tema "Derecho de los consumidores, Principios y Proyección del consumo en entornos digitales", entre sus conclusiones destacó el principio protectorio, dada la vulnerabilidad específica de los consumidores expuestos al ambiente virtual y se

señaló que la proyección del principio protectorio garantiza no disminuir los niveles de tutela aplicables en otros modos de comercialización. Y en virtud de tal principio el art. 1107 in fine del CCyC debe ser interpretado en el sentido que es el proveedor quien asume el riesgo de la utilización de medios electrónicos y virtuales. Aledaño a ello, no es posible soslayar la vulnerabilidad estructural del consumidor en el mercado, que en el presente caso se ofrece de modo palmario y se aleja notoriamente del "consumidor medio" a quien le es exigible una conducta atenta y perspicaz, como lo sostiene el Tribunal Europeo. Por consiguiente a la hora de analizar el comportamiento de la víctima y determinar si ha incidido en la ruptura del nexo causal, dicho análisis debe ser restrictivo y corresponde que se demuestre que la ruptura de dicho nexo lo sea respecto de la relación de consumo y no del hecho dañoso en sí mismo. Respecto del agravio centrado en la cuantificación del daño punitivo la demandada recurrente no ha logrado demostrar el absurdo alegado ni la inobservancia de la ley, por consiguiente y tal como se desarrollara en el voto ponente al que he adherido, el rechazo se impone”.

No desconozco que el Dr. Barotto remitió el mismo día en que salía la sentencia, un correo a todos los integrantes de esta Cámara y jueces de esta jurisdicción adjuntando copia de aquella que calificaba de importante para casos de “phishing” o “vishing” y, “además, porque sienta nueva doctrina legal sobre cuantificación del daño punitivo”, pero está claro que no puede extraerse del fallo doctrina legal sobre este último tema, aunque sí claramente respecto de las obligaciones de los bancos y su responsabilidad en este tipo de casos.

Entiendo entonces muy importante dejar en claro lo expuesto precedentemente, fundamentalmente frente a un correo que sin lugar a dudas instala la opinión del Dr. Aparcian como doctrina legal obligatoria con las consecuencias previsibles de ello.

3.- Pero más allá de lo expuesto precedentemente, entiendo necesario que nos detengamos en la limitación que se pretende y que claramente no tiene ninguna fuente legal, ya que la ley ha establecido topes -mínimo y máximo- dejando al juzgador libertad para que cuantifique el rubro dentro de esos límites, del modo que considere más adecuado para que en cada caso concreto, el instituto cumpla su finalidad primordial que no es otra que la de desalentar prácticas que afectan el mercado.

A tal fin copiaré los párrafos centrales del voto del Dr. Aparcian en el que introduce la cuestión, para esclarecer sobre el tema.

Expresa el Juez en su voto: “Es necesario entonces que la labor jurisdiccional de cuantificación responda a pautas orientadoras y mecanismos que, en todos los

supuestos, reflejen la valoración de las circunstancias concretas del caso, así como contribuyan a conseguir los objetivos y fines del instituto. En dicha faena la señora Jueza de grado acudió al criterio de la equidad, descartando el modelo matemático circunstanciado utilizado por la SCJBA en autos "Castelli, María Cecilia c/Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. Nulidad de acto jurídico" causa C. 119.562, 17-10-18). Además, expuso fundamentos suficientes para calcular el monto de la multa impuesta al banco demandado, lo cual, desde mi punto de vista, refuta la alegación de absurdo hecha por el recurrente. Sumado a lo anterior, se observa en este caso una proporción razonable entre el daño compensatorio establecido en favor de la actora y la sanción punitiva impuesta por la misma sentencia [daño punitivo (\$ 500.000) = daño compensatorio (\$ 309.710,37) x 1,61]; relación ésta que en principio descarta una hipótesis de punición excesiva o absurda. Ello así, de acuerdo al parámetro de comparación adoptado por la Corte Suprema norteamericana en diversos precedentes; entre ellos, "State Farm Mutual Auto Insurance vs. Campbell" (2003) y "Philip Morris USA v Williams" (2007). Sostuvo allí el Máximo Tribunal de los Estados Unidos que las cuantificaciones que superen la fórmula aritmética de multiplicar las indemnizaciones regulares por números mayores a un dígito (single digit multipliers), son propensas a caer en excesos. Explica entonces, con un criterio que comparto, que si bien no hay un límite estricto que los daños punitivos no puedan superar, en la práctica pocos laudos que excedan una proporción de un solo dígito entre daños punitivos y compensatorios, en un grado significativo, satisfacen la garantía del debido proceso. Y en esa misma línea de razonamiento, reitera que no existen puntos rígidos de referencia, por lo que proporciones mayores pueden otorgarse válidamente -siempre en orden al debido proceso- cuando un acto particularmente atroz ha resultado en solo una pequeña cantidad de daños económicos”.

Como se ve, del modo en que se expresa, permite entender que en la sentencia de primera instancia se introdujo la limitante que comentamos y la referencia a aquellos dos precedentes de la Corte Norteamericana, pero lo cierto es que en modo alguno la Sra. Jueza se plantea esto, así como también que en el citado precedente “Castelli c/ Banco Galicia y de Buenos Aires” -a cuya lectura me remito- la Corte Bonaerense rechazó el recurso interpuesto contra un fallo de la Cámara que aplicó la denominada fórmula Irigoyen Testa para la cuantificación del rubro. Fórmula esta que lejos de establecer un tope como el que se propone, permite multiplicar por varios dígitos el daño material y llegar en no pocos casos al tope máximo previsto por el art. 47 de la ley

24.240.

En modo alguno la Corte Bonaerense introdujo en el debate la limitación expuesta por el Dr. Aparcian, ni mucho menos la referencia a los precedentes extranjeros. Solo el Dr. Pettigiani pretendió una modificación de lo decidido por la Cámara en cuanto a que si bien entendía que correspondía confirmar la cuantificación del daño punitivo, coincidiendo con el dictamen de la Procuración General postulaba que solo el 20% del rubro fuera a manos de la actora y el 80% restante “sea dirigido a medidas de fomento de los derechos de los consumidores en el ámbito provincial, sea en acciones de educación, información y difusión del ordenamiento jurídico protectorio, de las prácticas abusivas usuales, como de los mecanismos de defensa que se encuentran disponibles para su neutralización”. No hubo adhesiones a esta propuesta y en definitiva la Corte confirmó la sentencia de la Cámara de Bahía Blanca.

Entiendo muy importante brindar algunas precisiones más respecto del caso “Castelli” porque evidencian que lo resuelto está muy lejos de lo que postula el Dr. Aparcian proponiendo confirmar una sentencia que se funda en el criterio que allí siguieran los tribunales bonaerenses.

En el caso Castelli se condenó al banco a pagar nada menos que el 28 de agosto de 2014 la suma de \$20.000.- en concepto de daño moral y la suma de \$1.000.000.- (Un millón!!) en concepto de daño punitivo. No hubo condena por daño material porque el Banco le había condonado la deuda a la actora, lo que llevó a que en su demanda ésta reclamara solo daño moral y punitivo, lo que estimó en \$20.000.- y 50.000.- respectivamente.

Ya los simples números muestran una condena de gran significación y con criterios muy alejados de los que propone el Dr. Aparcian, pero en tanto lo que interesa es el valor real o el poder adquisitivo de la moneda para que la inflación no nos engañe al calcular, cabe decir que si actualizáramos aquella condena de Pesos Un Millón a la fecha, ascendería aproximadamente a \$ 4.725.000.- (casi el entonces tope de Cinco Millones). Agrego por otra parte que tan significativa multa se estableció por la apertura por parte de la institución financiera demandada, de una cuenta que nunca solicitó la actora, generando cargos que aunque luego le fueron condonados, igualmente afecto moralmente a ésta.

4.- Queda claro entonces también que los precedentes de la Corte Estadounidense que colaciona el primer votante, no fueron mencionados ni siquiera aludidos en las sentencias de primera y segunda instancia.

Me detendré sobre ellos porque pretender extraer de éstos reglas para casos como el que nos ocupa, entiendo importa un grave error que además de apartarse de nuestro marco normativo, podría desnaturalizar el instituto y frustrar la consecución de sus fines.

Al respecto, por lo pronto estimo necesario hacer hincapié que en los Estados Unidos de Norteamérica, no hay topes legales como ocurre en nuestro país donde el legislador puso límites a los jueces, estableciendo un tope mínimo y otro máximo.

Y, por otra parte, cuestión nada menor, en los precedentes que -sin brindar mayor detalle- colaciona el Dr. Apcarian en su voto, los daños punitivos que se habían establecido eran multimillonarios en dólares; excedían notoriamente el tope máximo previsto por nuestra legislación.

Fernando Shina menciona estos junto a otros célebres precedentes de la Corte Norteamericana, en un interesante artículo (“Daños punitivos. Aspectos constitucionales derivados de su cuantificación. Los casos célebres del derecho norteamericano”, 2/11/2020, www.saij.gob.ar, Id SAIJ: DACF200225).

Respecto del primero de los casos citados, “State Farm Mutual Auto Insurance v Campbell, 2003”, consigna textualmente con adecuadas citas al pie: “i) Presentación. En este caso, la Corte Suprema norteamericana estableció que el criterio más importante para cuantificar los DP es la conducta del agente dañador. En ese orden, volvió a establecer que, si la indemnización total de daños era de un millón de dólares, la aplicación de daños punitivos por un valor de U\$ 145 era violatoria de derechos constitucionales. A fin de establecer cuándo una conducta es reprochable y merecedora de la imposición de DP, la Corte presentó una lista de puntos que deben considerarse: (a) en primer término, se debe analizar si el daño sufrido por la víctima fue de tipo físico o económico; (b) asimismo, se debe examinar el grado de indiferencia que mostró el agente dañador frente a la seguridad y protección de los otros; (c) luego, se debe considerar si la conducta del proveedor es aislada o si es una forma habitual de actuar.;(d) finalmente, los jueces deben evaluar si el daño fue provocado intencionalmente, por negligencia, o por imprudencia. También es importante señalar que, según la doctrina de la Corte Federal americana, los DP constituyen una indemnización excepcional y que los resarcimientos tradicionales son, en principio, suficientes para compensar los daños y perjuicios sufridos por las víctimas. Sin embargo, no resultan inconstitucionales cuando la gravedad de la conducta del agente dañador indique la conveniencia de aplicar un castigo ejemplar para evitar su repetición. El fallo, una vez más, confirma que los daños punitivos deben tener una relación

proporcional y razonable, con los daños compensatorios. En ese orden de ideas, cuando la imposición de DP supere cien veces o más el valor de la indemnización ordinaria son, en principio, excesivos”.

El comentario de Shina respecto del segundo de los casos “Philip Morris USA v Williams”, es mucho más extenso y en razón de ser breve me remitiré a su lectura brindando solo los datos de mayor interés.

Se trató de una persona que había fallecido por su adicción al cigarrillo y demandaba a la fábrica de éstos. Se estableció una indemnización de U\$S 821.000 dólares y los punitivos se fijaron en U\$S 79.5 millones. Se calculó a tal fin la cantidad de personas que habían fallecido como consecuencia de tal consumo en el estado de Oregon.

La decisión de la Mayoría del Supremo de los Estados Unidos (se adoptó 5 a 6), a través del Juez Breyer se expidió en los términos que Shina sintetiza así: “Los aspectos más destacados del veredicto son: (a) Constitucionalidad y puniciones arbitrarias. La Corte Federal viene sosteniendo desde hace mucho que cada Estado provincial puede imponer los daños punitivos que considere adecuados para proteger las relaciones de consumo de sus habitantes. Pero, también ha dicho que no se puede admitir que la aplicación de las condenas punitivas resulte arbitraria al momento de determinar su cuantía. Como ya fuera resuelto en *BMW v. Gore*, y *State Farm v Campbell*, es absolutamente necesario que las personas sean informadas, no solamente acerca de cuál conducta les está prohibida realizar, sino también qué pena le podría corresponder si la cometen. En su defecto, cabría la posibilidad de que se dicten sentencias arbitrarias o caprichosas que poco tienen que ver con la ley. Para el tribunal el hecho de que la parte demandada no pueda conocer la pena que le será aplicable es violatoria del debido proceso y de la defensa en juicio. (b) Cuantificación razonable. Se deben examinar los aspectos constitucionales asociados a la aplicación de los daños punitivos. La Constitución impone ciertas restricciones formales para determinar la necesidad de aplicar DP. También existe un límite a su tasación. La Constitución prohíbe la aplicación de daños punitivos groseramente excesivos. Las cuantificaciones que superen la fórmula aritmética de multiplicar las indemnizaciones regulares por números mayores a un dígito son propensas a caer en excesos”. (c) Las víctimas ajenas al pleito. Computar los daños padecidos por terceras personas ajenas a la litis viola tanto el derecho de la propiedad, como el debido proceso judicial. Si un demandado tiene que pagar una indemnización estimada en base a daños ocasionados a personas ajenas al juicio, es obvio que no pudo ejercer su legítima defensa. Se le impide que oponga las defensas

que eventualmente tuviera contra cada uno de los litigantes...” (d) La conducta del agente dañador. La Corte ya había admitido en *BMW v Gore*, que el más importante de los indicios que sugieren la conveniencia de aplicar daños punitivos es el grado de reproche que merece la conducta del demandado. El hecho de que haya tantas víctimas de enfermedades asociadas al consumo del tabaco es un claro indicio de que la conducta de las tabacaleras es altamente reprochable y, por tanto, merecedora de sanciones igualmente elevadas. El tribunal acepta esa circunstancia como cierta, pero insiste en que no por ello se puede calcular el monto de los daños punitivos multiplicando las compensaciones regulares por el número de víctimas”.

Agrego que en el caso “*BMW of N. Am., Inc. v. Gore*”, que en los debates de los dos precedentes que se citan es traído como antecedente de peso, la Corte Norteamericana cuestionó una sentencia en que frente a un daño material de solo cuatro mil dólares, se había fijado como daño punitivo dos millones; es decir que la proporción había sido nada menos que de 500 a 1.

También estudios amplios de estos casos se pueden ver en la obra Coordinada por el Prof. de la Universidad Yale y la UNAM Carlos De la Rosa Xochitiotzi “Derecho de Daños, Ideas para iniciar el diálogo” (hallable en la Biblioteca de la Suprema Corte de Justicia de México), habiéndome parecido interesante señalar que allí, el Profesor de la Universidad de California Edgardo Muñoz y Rodolfo Vázquez Cabello, refieren a la regla de los dos dígitos como un obiter dictum y no necesariamente lo que podría considerarse estrictamente un directriz emanada de la CS (ver op. Cit. Pág. 51)

Racimo analiza también en profundidad la evolución de los daños punitivos en EEUU (Fernando M. Racimo, “En el intervalo: un estudio acerca de la eventual traslación de los daños punitivos al sistema normativo argentino, hallable en el Repositorio de la Universidad de Palermo). Me parece oportuno traer a colación algunos párrafos de este trabajo. En este sentido destaco que el autor al referir a los objetivos de los DP, luego de referir al sancionatorio, expresa: “El rasgo más característico de los daños punitivos es su imposición a fin de evitar la reiteración de conductas similares. El juez o el jurado que calculen los daños punitivos deben tener en cuenta que el monto que eventualmente establezcan se dirija eficazmente a evitar que se repitan comportamientos igualmente reprochables. Desde esta perspectiva –y en una observación puramente preliminar- el cálculo de los daños punitivos implica la consideración de la riqueza del causante del daño para provocar en éste una reacción de tal entidad que lo lleve a modificar su conducta en el futuro. Existe, en este sentido, un objetivo derivado: la magnitud de los

daños punitivos

impuestos al causante del daño disuadirá eventualmente a otros que se encuentren en una similar situación de proseguir con esos comportamientos reprochables”. Esto es algo en lo que en nuestras sentencias venimos insistiendo, se trata de disuadir la reiteración de conductas reprochables que afectan al mercado de modo que más que el daño estrictamente causado en el caso, importa el establecimiento de una multa que tenga entidad para hacer que al empresario le resulte más redituable cambiar de práctica, para lo que la ponderación de la dimensión y patrimonio de la empresa es fundamental.

En cuanto a los casos que venimos comentando y que fueron citados por el Dr. Apcarian, Racimo los ubica como pertenecientes a la última etapa en la evolución de los fallos de la CS, refiere que el tribunal con ellos “estableció una armazón que buscaba limitar la discreción de los jurados y de los jueces en la determinación de montos exorbitantes por daños punitivos. En particular, ello provocó un efecto a nivel nacional sobre el modo en que debían ser calculados los daños punitivos acentuándose una tendencia en el sentido de que aquellos no podían ser, como principio, superiores a un múltiplo de un dígito en el cociente entre aquellos y los daños compensatorios concedidos en la sentencia”. Pero agrega: “Sin embargo, también resulta claro que existieron tribunales que no consideraron que la Corte hubiera fijado un criterio inequívoco en este sentido, en particular cuando se presentaban conductas socialmente reprochables”.

5.- De lo que he venido exponiendo no debieran surgir dudas entre las diferencias de nuestro sistema y el del país del Norte.

Por lo pronto allí no hay legislación que como en nuestro caso, delimite la sanción (art. 47 ley 24.240). No podría entonces en Argentina predicarse la inconstitucionalidad por no conocer el empresario la sanción que le puede traer aparejada la conducta, que por otra parte, aunque de modo laxo, también es prescripta por la ley.

Los casos en los que se pronunció la Corte Norteamericana fueron todos supuestos en que las condenas eran multimillonarias; muy lejos de las situaciones que aquí se nos presentan. Ni hablar que jamás autorizaríamos la aplicación del daño punitivo sin la comprobación de una conducta verdaderamente reprochable con una relación causal tanto objetiva como subjetiva acreditada (dolo o culpa de las características descriptas por el STJ en “Cofre” que opera hoy como doctrina legal), lo que sí parece haberse dado en alguno de aquellos casos a juzgar por los comentarios que hemos transcripto.

Por cierto que tampoco se nos ocurriría integrar el daño punitivo con la indemnización

correspondiente a otras personas (caso Philip Morris USA v Williams).

Los casos que se nos vienen presentando, al menos en la provincia, son muy otros. En general situaciones donde a veces ni siquiera hay un daño material o económico, o donde este no tiene gran dimensión individualmente. En este sentido se tiene, como el citado caso “Bartorelli”, empresas financieras que abren cuentas o entregan tarjetas de crédito a personas que jamás lo solicitaron, o que realizan descuentos por servicios que jamás contrataron.

Me atrevería a decir que probablemente este último sea el que más se nos ha presentado y para ser más preciso, la situación de los descuentos del Seguro de Accidentes Personales SURA por parte de Banco Patagonia S.A., en circunstancias que conforme las denuncias y resoluciones y sentencias que las han acogido, no fueron contratados por los consumidores afectados, a quienes por otra parte jamás se les entregó póliza o documentación que le permitiere saber en qué consistía el servicio para su eventual uso. Solo aparecían los débitos que se hacían mes a mes en sus cuentas o tarjetas. Ello motivó hasta la actuación de la Defensoría del Pueblo y la aplicación de sanciones administrativas francamente ridículas que seguramente motivaron a los directivos de ambas empresas vinculadas a seguir con una operatoria que debía traerles enormes utilidades.

La situación cambió con un fallo donde tomando un solo caso y frente a un daño material reconocido de solo pesos \$25.000.-, se le fijó el daño punitivo en el equivalente al valor de mil canastas básicas totales tipo 3 del INDEC que en ese momento ascendía a \$ 140.963.000.- y que ya a agosto de este año se había duplicado (refiero a la sentencia dictada el 10 de abril de 2023, en los autos “H. V. M. C/ BANCO PATAGONIA S.A. Y SEGUROS SURA S.A. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (SUMARÍSIMO)” (Expte. RO-20230-C-0000, del registro de la Unidad Jurisdiccional N° 3 de General Roca.).

El fallo evidentemente causó importante revuelo y seguramente movilizó mucho más al Banco y este tipo de empresas, a incrementar la actividad de lobby y contactos en aras de prevenir que no haya riesgos de fallos como éste y limitar significativamente la facultad de los jueces que en rigor de verdad no debiera ser otra que los límites impuestos por la ley, y su sano juicio en orden a las particularidades de cada caso, haciendo del daño punitivo una herramienta útil para el mejoramiento del mercado.

Importes que para algunas empresas ni siquiera son un vuelto, ciertamente llevarían en los hechos a que ni siquiera hubiere casos que lleguen a los tribunales.

Podrá entonces ser de utilidad en algunos casos, una regla como la que “obiter dictum”

postulara el Dr. Aparcian, pero en la mayoría en los que a veces ni siquiera hay daño económico o donde este es bajo, pero los casos son múltiples y suelen ser prácticas habituales como las largas colas de caja o en mostradores faltándole el respecto a la gente; la venta de servicios de telefonía o Internet cuya calidad está muy lejos de la ofertada (algo lamentablemente muy común en nuestra Patagonia); el cobro de intereses usurarios; la cancelación de vuelos o los retrasos de estos cada vez más asiduos, son solo algunas de las múltiples prácticas que hay que corregir y para la que no es posible se tenga maniatados a los jueces.

6.- Estuve siempre a favor de lo que se conoce como el “stare decisis vertical” que fuera propuesto en el Segundo Dictamen del Consejo para la Consolidación de la Democracia, (Consejo para la Consolidación de la Democracia, 1987, 52: “Las decisiones de la Corte Suprema en materia federal serán obligatorias, en cuanto a los principios sentados para decidir casos concretos para todos los tribunales inferiores de la Nación”) que lamentablemente no llegó a introducirse en la reforma constitucional de 1994. He venido viendo entonces con buenos ojos las decisiones del cimero tribunal de la Nación que han venido remarcando la autoridad de sus fallos más allá del obvio valor que tienen para el caso concreto. En nuestra provincial aquel instituto ha sido recepcionado en la modificación de la Carta Orgánica del Poder Judicial, que impulsara el STJ y se concretara en la ley 5.190 que en su art. 42 prescribe: “Los fallos del Superior Tribunal, en cuanto determinen la interpretación y aplicación de la ley, constituyen jurisprudencia obligatoria desde la fecha de la sentencia para los demás Tribunales, Jueces y Juezas”.

Sin lugar a dudas es una herramienta que bien utilizada puede contribuir a la seguridad jurídica, imprescindible para el progreso de toda comunidad, así como también al afianzamiento del derecho de igualdad que hace a la esencia de la Democracia y supone que todos los habitantes de la Nación que se encuentran en similares circunstancias tienen derecho a recibir el mismo tratamiento legal, sin sufrir discriminaciones arbitrarias.

Mas debemos ser conscientes que trae el riesgo de ser una herramienta para afectar el servicio de justicia, o posibilitar la violación sistemática de derechos o la implementación de políticas que los afecten, más allá del riesgo de injusticia siempre latente cuando se brindan soluciones iguales sin advertir las diferencias que cada caso tiene y que muchas veces solo el juez o aquellos que han tenido la responsabilidad de llevar el proceso alcanzan o han podido percibir.

En una excelente decisión ya hace un par de décadas el Poder Judicial Rionegrino incorporó las conocidas como Reglas o Principios de Bangalore, que luego fueron incorporadas legislativamente como anexo III de la Carta Orgánica.

El Primer Valor al que refiere la norma internacional, es la Independencia Judicial. Prescribe al respecto: “Valor 1: INDEPENDENCIA. Principio: La independencia judicial es un requisito previo del principio de legalidad y una garantía fundamental de la existencia de un juicio justo. En consecuencia, un juez deberá defender y ejemplificar la independencia judicial tanto en sus aspectos individuales como institucionales. Aplicación: 1.1 Un juez deberá ejercer su función judicial de forma independiente, partiendo de su valoración de los hechos y en virtud de una comprensión consciente de la ley, libre de cualquier influencia ajena, de instigaciones, presiones, amenazas o interferencias, sean directas o indirectas, provenientes de cualquier fuente o por cualquier razón. 1.2 Un juez deberá ser independiente en relación con la sociedad en general y en relación con las partes particulares de una controversia que deba resolver como juez. 1.3 Un juez no sólo estará libre de conexiones inapropiadas con los poderes ejecutivo y legislativo y de influencias inapropiadas por parte de los citados poderes, sino que también deberá tener apariencia de ser libre de las anteriores a los ojos de un observador razonable. 1.4 Al cumplir sus obligaciones judiciales, un juez será independiente de sus compañeros de oficio con respecto a decisiones que esté obligado a tomar de forma independiente. 1.5 Un juez deberá fomentar y mantener salvaguardas para el cumplimiento de sus obligaciones judiciales, con el fin de mantener y aumentar la independencia de la judicatura. 1.6 Un juez exhibirá y promoverá altos estándares de conducta judicial, con el fin de reforzar la confianza del público en la judicatura, que es fundamental para mantener la independencia judicial”.

La independencia de la que hablamos, en términos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “radica en evitar que el sistema judicial en general y sus integrantes en particular se vean sometidos a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos al Poder Judicial o incluso por parte de aquellos magistrados que ejercen funciones de revisión o apelación”. También ha expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos que “el juez debe aparecer como actuando sin estar sujeto a influencia, aliciente, presión, amenaza o intromisión, directa o indirecta, sino única y exclusivamente conforme a –y movido por– el Derecho”.

La independencia judicial supone entonces la independencia de la Institución, como la

independencia de cada uno de los jueces. Y las injerencias pueden ser exógenas, como provenir del mismo Poder Judicial.

Es necesario que no perdamos de vista la tensión entre la independencia judicial y el denominado “stare decisis”, de modo que ésta cumpla sus objetivos sin mengua de aquella y en definitiva del afianzamiento de la justicia. En una justicia no puede pretenderse “obediencia ciega”, ni jueces temerosos de no expresarse conforme el sentir, criterios o intereses de los tribunales de alzada, siendo propio de la República y la Democracia el respetar la independencia de cada juez, reconociendo que no hay una pirámide de mandado como en un ejército, sino jueces con distinta competencia.

En nuestro país los fallos plenarios de la Justicia Nacional, ha sido la practica con mayor trayectoria la que lleva más de un siglo. De la consulta de los distintos fallos plenarios y sus correspondiente debate, podemos observar que se trata en todos los casos de temas muy puntuales analizados en forma independiente y con la finalidad de sacar una conclusión que cabe expresar en términos muy precisos y sencillos (por caso “La mora se produce desde”, “los concubinos carecen o no de legitimación”, etc., etc.), siempre luego de un debate rico con adecuado análisis doctrinario y jurisprudencial.

Cabría esperar entonces que en cierto modo se tome esa experiencia en nuestra provincia de modo que todos podamos conocer con precisión aquello que estrictamente se considera obligatorio en los términos del art. 42 de la ley 5.190, así como obviamente, su obligatoriedad sea firmemente observada por el STJ, de modo de no dar lugar a dudas respecto de su vigencia. Y digo esto por cuanto, sin salir de cuestiones vinculadas a la ley 24.240, por caso el STJ fijó criterio en cuanto a que por la gratuidad que prevé dicha ley no es posible condenar en costas al consumidor, mas no son pocas las sentencias en la que al rechazar recursos interpuestos por los consumidores, sin explicación alguna, le carga con las costas. También por caso, en el mentado precedente “Coliñir c/ La Campagnola”, no solamente se abordó lo atinente al deber de colaboración de la empresa para el esclarecimiento del caso, sino que además se sostuvo que para la imposición del daño punitivo, no era necesario ni dolo, ni una culpa especial, bastando conforme el texto de la ley el mero incumplimiento de la ley o el contrato para su procedencia. Luego en “Cofre”, se fijó otro criterio sin siquiera decir que se cambiaba. Era como si aquel otro precedente no hubiera existido.

Creo entonces que en defensa de la Independencia Judicial y los Valores establecidos en las denominadas Reglas o Principios de Bangalore, cabe seamos rigurosos a la hora de fallar considerando obligatoria la doctrina en tanto no quepan dudas que efectivamente

lo es, sin tomar como tal simples expresiones contenidas en votos, muchas veces incongruentes o contradictorias. Por cierto es de esperar que los integrantes del Superior Tribunal de Justicia asuman con verdadera responsabilidad ello, observando los límites impuestos por el citado art. 42 y expresándose con absoluta claridad en cuanto a la voluntad de fijar doctrina legal. Ello además de someterse a su doctrina, pues en un Estado de Derecho, nada menos que el autor de la regla debe ser siempre éticamente el primero en sujetarse a ella.

Pido disculpas por la extensión de esta aclaración, mas advierto la situación actual muy preocupante.

Con la aclaración expuesta, reitero mi adhesión a la propuesta de solución del caso que formula el Dr. Maugeri. TAL MI VOTO.

EL SR. JUEZ DR. VICTOR DARIO SOTO DIJO: Que atendiendo a la coincidencia de opinión de los dos primeros votantes, se abstiene de emitir su opinión (artículo 271 C.P.C.).

Por ello y en mérito al Acuerdo que antecede la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería

RESUELVE: 1.-Rechazar el recurso de la accionada con costas su cargo (art. 68 CPCC).

2.-Hacer lugar al recurso de la actora elevando el daño punitivo del modo propuesto en el punto 8.2 de mi voto, con costas a la accionada (art. 68 CPCC).

3.-Por la actuación en esta instancia y a cargo de la accionada regular los honorarios de los Dres. Andrea Suárez, Dante Cauquoz y Diego Janavel, apoderados y patrocinantes de la actora, en conjunto, en el 30 % y los del Dr. Tomás Emilio Silva, en el doble carácter por la accionada, en el 25 %, en ambos casos con referencia a los asignados a cada representación letrada en la instancia anterior (art. 15 LAAP).

Regístrese, notifíquese de conformidad con lo dispuesto en la Acordada 36/2022-STJ, Anexo I, Artículo N° 9 y oportunamente vuelvan.