

Aplicación jurisprudencial de una fórmula para daños punitivos

(Publicado en Revista Jurídica Argentina La Ley, La Ley 08/10/2014, pp. 6-10,
Tomo La Ley 2014-E, AR/DOC/3569/2014).

Por Matías Irigoyen Testa

I. Introducción^(*)

En la sentencia que comentamos, la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial, sala 2, de Bahía Blanca, declara nula la apertura de una cuenta corriente y condena al Banco Galicia a pagar \$20.000 (veinte mil pesos) por daño moral y \$1.000.000 (un millón de pesos) en concepto de daños punitivos (art. 52 bis, ley 24.240, de Defensa de Consumidor).¹ Durante el juicio se acreditó que la entidad abrió una cuenta corriente sin el consentimiento de la actora, le exigió el pago incausado de gastos administrativos generados por la cuenta y envió informes infundados al Banco Central de la República Argentina y demás organismos de información crediticia, donde se la registró como deudora morosa de “alto riesgo”.

Los magistrados Leopoldo Peralta Mariscal, María Cristina Castagno y Abelardo A. Pilotti, en su fallo por unanimidad (respectivamente, primer voto, adhesión y adhesión con voto ampliatorio), acuden a fórmulas matemáticas para ponderar los

* Este trabajo se enmarca en el ámbito de los Proyectos de Grupos de Investigación (PGI) “Análisis Jurídico y Económico de los Derechos del Derecho del Consumidor” (dirigido por el autor) y “Análisis Económico del Derecho de Daños: Incentivos e Instituciones Jurídicas” (co-dirigido por Hugo A. Acciarri y Andrea S. Castellano), ambos de la Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca, a cuyos miembros se agradecen sus valiosos comentarios. Los errores que persistan son de exclusiva responsabilidad del autor. Correspondencias a: mirigoyentesta@post.harvard.edu

¹ Véase el fallo comentado: “Castelli, María Cecilia v. Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. s/nulidad de acto jurídico” (expediente número 141.404), Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial, sala 2, Bahía Blanca (28/08/2014), *La Ley Online*. Véase también el art. 52 bis de la Ley 24.240 (Adla, LIII-D, 4125), incorporado en marzo de 2008 por la Ley 26.361 (Adla, LXVIII-B, 1295): “Daño Punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el art. 47 , inc. b) de esta ley.” (Es decir, no podrá superar la suma de cinco millones de pesos.)

daños punitivos. A su vez, interpretan que la cuantía solicitada por la actora por esta multa civil² no condiciona a los magistrados para su correcto cómputo,³ que debe ser el necesario (ni mayor ni menor) para cumplir con su finalidad o función principal: disuasión de comportamientos dañosos no tolerables socialmente.

En este comentario, nos limitaremos al análisis teórico de aspectos relevantes para la cuantificación de los daños punitivos, procurando aportar claridad al debate jurídico sobre esta temática. Primero, abordaremos el empleo de fórmulas para el logro de la función principal disuasiva de esta figura. Segundo, examinaremos la esencia de este cómputo ante supuestos de daños reparables: la multa civil debe conseguir que la “*responsabilidad total esperada*” del proveedor iguale al valor de los “*daños reparables esperados*” que proceden de su comportamiento. Tercero, explicaremos sin fórmulas la operación practicada por la Cámara. Cuarto, reproduciremos ese razonamiento valiéndonos de expresiones matemáticas. Quinto, construiremos, paso a paso, la fórmula empleada en el fallo. Sexto, presentaremos algunas consideraciones finales.

II. Empleo de fórmulas para el logro de la función principal disuasiva de los daños punitivos

Acorde con lo expuesto en el fallo, la cuantía de los daños punitivos tiene que ajustarse a la cantidad necesaria para consumir su función o finalidad preventiva. La Cámara entiende que la función principal de esta multa civil es la disuasión de

² La actora solicita \$50.000 por daños punitivos (además de \$20.000 por daño moral), sujeto a lo que en más o menos resulte del criterio judicial.

³ El magistrado Peralta Mariscal expresa: “Comparto, en este sentido, lo que elocuentemente ha señalado Álvarez Larrondo: ‘Es claro que al no ser éste un rubro indemnizatorio sino una sanción de carácter preventivo impuesta por el Magistrado interviniente, el consumidor no puede ni debe mensurar dicho rubro, y de hacerlo, el Juez en modo alguno quedará limitado por dicha petición’ (Álvarez Larrondo, Federico M: ‘Los daños punitivos y su paulatina y exitosa consolidación’, en La Ley, 29/11/2010). En la misma línea, el Tercer Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores (Buenos Aires, 23 a 25 de septiembre de 2010) ha despachado unánimemente por su comisión 5° (‘Principio de prevención. Daños punitivos’) de *lege lata* y de manera unánime, que ‘El consumidor no debe mensurar el daño punitivo al tiempo de su petición, por cuanto su imposición ha sido atribuida exclusivamente al magistrado en cumplimiento de una manda constitucional (art. 42 C. Nac.), y por consiguiente no es pasible de la oposición de la excepción de defecto legal atento a quedar encuadrado en la excepción que impone el art. 330 segundo párrafo del Código Procesal de la Nación y el de la Pcia. de Buenos Aires’. Por ello, el quantum solicitado es irrelevante, sobremanera cuando se lo relativizó en función de lo que más o en menos determine el criterio del tribunal, aunque era innecesario.”

conductas dañinas inadmisibles socialmente.⁴ Esta finalidad primordial se alcanza mediante la sanción (función accesoria de la figura) de comportamientos gravemente reprochables (culpa grave o dolo).

Así, el magistrado Peralta Mariscal explica en su voto que “[e]stas actitudes [bancos que obtienen recursos extras exigiendo el cobro de sumas incausadas] sólo pueden aventarse en el futuro (y este es el fin primordial del ‘daño punitivo’) con sumas en concepto de multa civil que disuadan al infractor de la alternativa de reincidir. (...) Fijar su monto es una tarea delicada, siendo premisas ineludibles: (...) que es una sanción; (...) que debe cumplir una función preventiva disuadiendo al infractor de reincidir en conductas análogas.”

A lo largo del fallo, el Tribunal tiene especialmente en cuenta un trabajo de Federico M. Álvarez Larrondo. En esa investigación, el jurista, entre otros,⁵ asevera que: “La principal función de la figura es la prevención. Se busca que en el futuro ni el autor del daño ni el resto de la sociedad cometa este tipo de hechos graves, actuando con un fuerte sentido docente y ejemplificador. La otra finalidad es represiva, busca castigar la comisión de este tipo de hechos.”⁶

Esta concepción ha sido explicitada igualmente en reiteradas oportunidades en sentencias de Tribunales Supremos de Provincia,⁷ de Cámaras de Apelaciones

⁴ Cuando la Cámara alude a la función del instituto, se refiere a la función-finalidad o propósito del instituto según la exégesis del art. 52 bis de la ley 24.240 (con este sentido lo utilizamos durante este trabajo). Para otras posibles acepciones del término función en el Derecho de Daños, por ejemplo, función-relación de las normas, puede consultarse: Hugo A. Acciarri, *La Relación de Causalidad y las Funciones del Derecho de Daños. Reparación, prevención, minimización de costos sociales*, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 2009, p. 169 y ss.

⁵ Por ejemplo, una posición similar fue plasmada explícitamente por los redactores del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (2012) y la reforma propuesta en el Anteproyecto del art. 52 bis de la ley 24.240: “El juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de parte, con **fines disuasivos** , una sanción pecuniaria a quien actúa con grave menosprecio (...)”⁵ [El destacado nos pertenece.] Véase art. 1714 del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación Argentina y Anexo de la Ley de Derogaciones (reforma proyectada del art. 52 bis de la ley 24.240) en: <http://www.nuevocodigocivil.com/textos-oficiales/>

⁶ ÁLVAREZ LARRONDO, Federico M: “Los daños punitivos y su paulatina y exitosa consolidación”, *La Ley*, 29/11/2010, 9 (La Ley Online, p. 4).

⁷ Verbigracia, véase “Borquez Juana Francisca vs. Cía. de Teléfonos del Interior S.A. CTI Móvil s/ Daños y perjuicios” (sentencia n° 939), Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Tucumán, Sala en lo Civil y Penal (6/12/2011), *Iuris Lex*; disponible de forma gratuita en la web oficial del Poder Judicial de Tucumán: www.justucuman.gov.ar/

Nacionales⁸ o de Provincia⁹ y Juzgados de Primera Instancia¹⁰: “La función principal [de los daños punitivos] es la disuasión de daños conforme con los niveles de precaución deseables socialmente (...) La función accesoria de los daños punitivos sería la sanción del dañador, ya que toda multa civil, por definición tiene una función sancionatoria por la circunstancia fáctica de ser una condena en dinero extracompensatoria (...)”¹¹

Esta exégesis también seguida por la Cámara surge de la hermenéutica jurídica nacional (según el art. 16 del Código Civil —o art. 2º del nuevo Código Civil y Comercial, eventualmente, a partir de 2016— y doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación).¹² En particular, *la función o finalidad principal de disuasión*

⁸ Entre otros, véase: “Cañadas Pérez, María c. Bank Boston NA”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, (18/11/2009), LA LEY 23/12/2009, 10, LA LEY 2010-A, 203 RCyS 2010-I, 112 (La Ley Online AR/JUR/45423/2009, p. 2), disponible de forma gratuita en *iProfesional*: www.iprofesional.com.

⁹ Véase “Suhs, Javier Alejandro v. Armorique Motors S.A. s/Sumarísimo Art. 321”, Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería, 1º Circunscripción Judicial, Sala I, Neuquén (20/12/2012), disponible de forma gratuita en la web oficial del Poder Judicial de Neuquén: www.jusneuquen.gov.ar/

¹⁰ Por ejemplo, véase “Pinillos, Pablo Daniel v. Supermercados Mayoristas Yaguar S.A. s/Daños y Perjuicios - Ordinario” (Expte. Nro. 41.445/2010), Juzgado Civil de Primera Instancia nº 96, Ciudad Autónoma de Buenos Aires (7/11/2013), inédito.

¹¹ Esta cita textual se repite en varias sentencias, verbigracia, en los fallos nombrados en las cuatro notas anteriores. La cita completa es la siguiente: “De esta manera, se ha sostenido que se podría distinguir una función principal y otra accesoria. La función principal es la disuasión de daños conforme con los niveles de precaución deseables socialmente. Coincidentemente con lo expuesto, los Fundamentos del Proyecto de Ley y del Dictamen de las comisiones de la Cámara de Diputados destacan que ‘Con el daño punitivo se trata de desbaratar la perversa ecuación que aconseja dejar que se produzca un perjuicio pues, en sí, resulta más económico repararlo en los casos singulares que prevenirlo para la generalidad’. La función accesoria de los daños punitivos sería la sanción del dañador, ya que toda multa civil, por definición tiene una función sancionatoria por la circunstancia fáctica de ser una condena en dinero extracompensatoria -la multa civil es sancionatoria en oposición a la indemnización por daños y perjuicios que es compensatoria- (conf.: Irigoyen Testa, Matías;; ¿Cuándo el juez puede y cuándo debe condenar por daños punitivos?, publicado en Revista de Responsabilidad civil y seguros, La Ley, nro. X, octubre de 2009).” “Cañadas Pérez, María c. Bank Boston NA”, *loc. cit.*

¹² Véase la jurisprudencia pacífica actual de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Aban, Francisca América c. ANSES” (11/08/2009): “Que es jurisprudencia de este Tribunal que en la interpretación de la ley ha de tenerse en cuenta el contexto general y **los fines que aquélla persigue** (Fallos: 267:215) (LA LEY, 125-293) y que con ese objeto la labor del intérprete debe ajustarse a un examen atento de sus términos que consulte la racionalidad del precepto y **la voluntad del legislador**, extremos que no deben ser obviados por posibles imperfecciones técnicas de la instrumentación legal, precisamente para evitar la **frustración de sus objetivos** (Fallos: 308:2246, entre muchos otros); también ha dicho que en esa tarea no puede prescindirse de las **consecuencias que se derivan** de cada criterio, pues ellas constituyen uno de los índices más seguros para verificar su coherencia con el sistema en que está engarzada la norma (Fallos:

se aprecia explícitamente en los fundamentos del proyecto de ley 26.361 que introducen los daños punitivos (art. 52 bis) en la ley 24.240: “Con el daño punitivo se trata de desbaratar la perversa ecuación que aconseja dejar que se produzca un perjuicio pues, en sí, resulta más económico repararlo en los casos singulares que prevenirlo para la generalidad.”¹³ A su vez, la función accesoria sancionatoria, se desprende de la propia naturaleza jurídica de los daños punitivos: multa civil. Toda multa civil, por definición, es extracompensatoria y, por ende, sancionatoria en oposición a la indemnización por daños y perjuicios que es compensatoria. En este orden de ideas, los fundamentos del proyecto referenciados explican que los daños punitivos “consisten en una sanción de multa.” Así, la Cámara expresa que “si bien el instituto es ontológicamente sancionatorio, tiene una estricta función preventiva”. No se debe sancionar por el solo hecho de aplicar un castigo (corriente retribucionista), sino para cumplir con la función principal de disuasión del instituto.

Consecuentemente, en busca de la cantidad exacta adecuada para disuadir, el Tribunal de Alzada recurre a fórmulas matemáticas. Sobre el particular, clarifica: “El *quid* de la cuantificación del daño punitivo radica en una cantidad encuadrable en el concepto de sanción con función estrictamente preventiva que no sea inferior ni superior a la suma necesaria para generar incentivos económicos suficientes en el infractor como para disuadirlo de incurrir en conductas análogas, (...)” Y más adelante añade: “En búsqueda de la mayor objetividad posible a la hora de fijar el *quantum* punitivo, debemos atenernos en cuanto resulte posible a modelos matemáticos.”

307:1018 y 2200; 324:2107; 331:1262 “*Obra Social para la Actividad Docente (OSPLAD)*”, y sus citas) [La negrita nos pertenece]. Véase “Aban, Francisca América c. ANSES” CS (11/08/2009), *La Ley* 28/08/2009, 7 (*La Ley Online*, p. 7).

¹³ Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en “Banco Central de la República Argentina c. Banco Patricios S.A.” (18/07/2006) sostuvo: “*Que esta Corte ha afirmado reiteradamente que en la tarea de interpretar la ley debe tenerse en cuenta el contexto general y los fines que la informan... La aplicación de tal directriz interpretativa impone adentrarse en la indagación del propósito del legislador exteriorizado en el debate parlamentario (Fallos: 182:486; 296:253; 306:1047).*” [La negrita nos pertenece.] Disponible en *La Ley Online*, p. 4. Véase el Proyecto de Ley iniciado por ante la Honorable Cámara de Diputados de la Nación (expediente n° 1061-D-2006), publicado en: Trámite Parlamentario n° 19 (28/03/2006). (Cámara revisora: Honorable Senado de la Nación, expediente n° 0065-CD-2006.) Disponible en la Web oficial de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación: <http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=1061-D-2006> (p. 22).

Esta posición sigue la interpretación doctrinaria¹⁴ expuesta —al menos— desde hace cuatro años, por ejemplo, en las conclusiones adoptadas por unanimidad en el *XI Congreso Internacional de Derecho de Daños* (2011): “Para que la cuantía de los daños punitivos no sea inferior ni exceda el monto necesario para cumplir con la función de disuasión, sería valioso acudir a fórmulas matemáticas, entre otras herramientas, que permitan cumplir con aquella función.”¹⁵

III. Equivalencia entre la responsabilidad total esperada y el valor de los daños reparables esperados

En investigaciones previas hemos propuesto una fórmula para el cómputo de los daños punitivos ante casos de daños reparables exclusivamente (empleada por la Cámara) y otra para supuestos de daños irreparables (exclusivamente o conjuntamente con daños reparables).¹⁶

En estos últimos supuestos, dado que los perjuicios esperados tienden a infinito (no es posible una compensación perfecta),¹⁷ el monto de la multa civil requerido

¹⁴ Esta postura, que surge en este fallo comentado de la Provincia de Buenos Aires, es seguida explícitamente por la doctrina en distintos puntos del país. Por ejemplo, para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, puede consultarse, entre otros: BAROCELLI, Sebastián (2013), “El valor tiempo como menoscabo a ser reparado al consumidor. Su cuantificación”, *Revista Jurídica de Daños*, IJ-LXVIII-871; BERSTEN, Horacio L., “Procedencia de la multa civil del art. 52 bis LDC”, *LA LEY* 4/02/2013, 6. En la Provincia de Córdoba, verbigracia, véase FALCO, Guillermo E., “Cuantificación del daño punitivo”, *LA LEY* 23/11/2011, 1; además, entre otras provincias, en la Provincia de Santa Fe, por ejemplo, véase: BALLARINI, Luciano A., “Cuantificación De Los Daños Punitivos”, *Editorial Juris - Doctrina [en línea]* - 12/08/2013 (www.editorialjuris.com).

¹⁵ Véanse las *conclusiones* del XI Congreso Internacional de Derecho de Daños, AABA, celebrado en la Universidad de Buenos Aires los días 2 y 3 de junio de 2011; la web oficial de la Asociación de Abogados de Buenos Aires (AABA) es la siguiente: <http://www.aaba.org.ar>

¹⁶ Véase IRIGOYEN TESTA, Matías, “Cuantificación de los daños punitivos: una propuesta aplicada al caso argentino”, en Castillo Cadena, Fernando y Reyes Buitrago, Juan S. (editores académicos), *Relaciones Contemporáneas entre derecho y economía*, Coedición Grupo Editorial Ibañez y Universidad Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia, 2012, págs. 27 a 61 (disponible en <http://www.derechouns.com.ar/?p=3912>). Este estudio ha recibido el premio internacional al mejor trabajo de investigación en la *XV Annual Meeting of the Latin American and Iberian Law and Economics Association*, celebrada en la Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Derecho, Bogotá, los días 3 y 4 de agosto de 2011. Otra versión de esta investigación ha sido publicada como IRIGOYEN TESTA, Matías, “Fórmulas para cuantificar los Daños Punitivos”, *Jurisprudencia Argentina, Número Especial sobre Derecho y Economía*, Fascículo N° 13, Abeledo Perrot, 2011, pp. 83 a 96 (Lexis 0003/015353).

¹⁷ Entendemos por daños irreparables aquellos que luego de producirse, no existe suma monetaria alguna, que pudiera dejar indiferente a sus damnificados entre, por una parte, no experimentar

para disuadir de manera apropiada, es aquel que obtiene la paridad entre la “*responsabilidad total esperada*” del dañador y el “*nivel de precaución o prevención socialmente deseable (inversión en prevención omitida y, según corresponda, beneficios netos adicionales obtenidos por la conducta reprochable), más un porcentaje adicional de este nivel*”.

Por otra parte, cuando se provocan daños reparables exclusivamente (al igual que en el caso comentado y, en general, en la inmensa mayoría de los litigios),¹⁸ para alcanzar la función preventiva de manera acertada, el importe preciso por este instituto debe hacer coincidir la “*responsabilidad total esperada*” del dañador con el valor de los “*daños reparables esperados*” que se deriven de su comportamiento. Cuando se malogre esta concordancia, no se obtendrá la ansiada disuasión adecuada, se distorsionará el mercado y se perjudicarán, en última instancia, a los consumidores o usuarios.

Puntualizando, cuando se impone una cuantía infravalorada por daños punitivos, la “*responsabilidad total esperada*” por el proveedor, será inferior a los “*daños reparables esperados*” a raíz de su accionar. En estos supuestos, como aduce la Cámara, “*el infractor tiene incentivos económicos para desviarse de la conducta debida*”; es decir, no se cumplirá con el propósito básico preventivo y, además, el equilibrio del mercado natural queda alterado. Específicamente, los consumidores sufrirán daños no tolerados socialmente (contrario a la protección de su salud y seguridad del art. 42 CN), existirá un exceso de producción del bien, su precio no reflejará su verdadero costo marginal social, ni la escasez relativa de los bienes,¹⁹

aquellos perjuicios, y, por otra parte, tolerar los mismos y obtener compensaciones dinerarias. Los ejemplos clásicos, son supuestos de incapacidades permanentes graves o muertes. Sin embargo, hay casos que son menos claros, ya que los daños podrían ser irreparables para algunas personas y reparables para otras. Por ejemplo, una persona podría encontrarse indiferente (y otra todavía aumentar su bienestar) entre sufrir una lesión en su rostro (en el que le queda una cicatriz) y recibir cinco millones de pesos; sin embargo, quizás otra persona nunca se sentirá indiferente entre sufrir la misma herida en el rostro y recibir importe de dinero alguno. Para el primer individuo la lesión sería reparable y para el segundo sería irreparable. (Véase también nota siguiente.)

¹⁸ El magistrado Peralta Mariscal explica: “estamos ante un perjuicio típicamente ‘reparable’ dado que, más allá de la dificultad de cuantificarlo [al daño moral de ese caso] con precisión, cabe asumir que puede llegarse a una cifra indemnizatoria que ponga a la víctima en situación de indiferencia entre sufrir el daño y recibir la indemnización, lo que se denomina ‘compensación perfecta’.” (Véase también nota anterior.)

¹⁹ Estas ideas surgen de la llamada teoría economía de bienestar. Arthur C. Pigou (1877-1959) fue pionero en su desarrollo con la publicación del libro (1920) de su autoría titulado *The Economics of*

su calidad será inferior a la óptima, cada producto introducido en el mercado acarreará una pérdida social irrecuperable y los buenos empresarios —que invierten en la prevención correcta— serán expulsados de la actividad afectada, por ofrecer productos más costosos (consecuencias antagónicas a “la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados”, según el art. 42 CN).²⁰

En sentido opuesto, como también se declara en la decisión judicial, tampoco es deseable que la cuantía exceda a la debida. El Tribunal de Alzada aclara que “[t]ampoco debe tratarse de una suma superior a la necesaria para generar incentivos suficientes que disuadan al infractor de incurrir en conductas análogas, porque si bien el daño punitivo es una sanción, su finalidad es estrictamente preventiva y, por ende, resultaría excesiva una cantidad mayor.” En otras palabras, cuando esta multa civil es superior a la adecuada, dado que la “*responsabilidad total esperada*” por el proveedor será mayor a los “*daños reparables esperados*” originados por su actuación, no se cumplirá con función preventiva adicional alguna y, nuevamente, el equilibrio del mercado quedará distorsionado (ahora en sentido opuesto). En concreto, existirá un precio excesivo (contrario a los intereses económicos del consumidor amparados por el 42 CN), un nivel de producción insuficiente y menos consumidores (que la cantidad óptima) podrán disfrutar del bien (opuesto a la manda constitucional de evitar la distorsión de los mercados, art. 42 CN).²¹

Welfare. En aquel trabajo, Pigou explicó que si los proveedores de productos ocasionan externalidades negativas (por ejemplo, daños al medio ambiente), que nunca indemnizarán, entonces, estas se trasladarán a sus precios explícitos y no se reflejará la escasez relativa de los mismos. Véase PIGOU, Arthur C., *The Economics of Welfare*, 4^a ed., Londres, Ed. Macmillan and Co., 1932 (1^a ed., 1920).

²⁰ La Cámara toma estas ideas, citando a Álvarez Larrondo, cuando afirma que: “*Es que al conocer el consumidor que su reclamo de escaso monto puede recibir además un plus producto de la sanción al obrar violatorio de todo el ordenamiento económico (por cuanto el mismo distorsiona las reglas del mercado, perjudicando a los competidores ajustados a la ley), éste tendrá mayor interés en iniciar el arduo camino de un proceso judicial, (...)*” [El destacado nos pertenece.]

²¹ Para profundizar sobre este tema, puede consultarse IRIGOYEN TESTA, Matías, “Monto de los daños punitivos para prevenir daños reparables”, *Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de La Empresa, La Ley*, Año II, número 6, diciembre de 2011, pp. 87-94.

IV. Explicación del cálculo sin fórmulas

Como explicamos en el apartado anterior, la cuantía de los daños punitivos debe lograr la equivalencia de la “*responsabilidad total esperada*” del dañador con los “*daños reparables esperados*” que se deriven de su comportamiento. En otros términos, la Cámara manifiesta que “[s]e trata de que el deudor internalice las consecuencias de la baja probabilidad de condena, lo que se logra obligándolo a pagar a un damnificado los daños provocados a los demás afectados que no hicieron el reclamo ante la autoridad jurisdiccional; (...)” En este apartado, clarificaremos este razonamiento mediante un ejemplo sencillo.

Supongamos que un proveedor puede evitar un daño esperado reparable, por ejemplo de \$10, con una inversión en precaución inferior, verbigracia de \$9; evidentemente, es deseable socialmente que impida el acaecimiento de esos perjuicios (existe una ganancia social agregada de \$1, cada vez que esto ocurre). En términos ideales, los proveedores también prefieren destinar \$9 para prevenir una condena esperada de \$10 (su ganancia “propia” coincide con la ganancia “social”: \$1). Entonces, tienen incentivos suficientes para precaver esos daños.

No obstante, imaginemos que el proveedor conoce que existe una probabilidad de condena por esos perjuicios inferior al 100%, por ejemplo, que solo el 50% (cuya expresión decimal es 0,50) de los casos en que daña, se podrá acreditar la existencia de una relación de causalidad adecuada como presupuesto de su responsabilidad civil (o bien, que solo el 50% de los consumidores, lesionados por microdaños, accionarán judicialmente). Entonces, el proveedor especulará con que su responsabilidad total esperada de \$5 (50% de \$10; es decir $0,50 \times \$10$), es inferior a la inversión requerida (\$9) para evitar los daños esperados aún superiores (\$10). En estos supuestos, los daños punitivos son relevantes y su cuantía debe lograr (tal como se explicó *ut supra*) que la “responsabilidad total esperada” coincida con los “daños reparables esperados” (\$10).

Para obtener esta coincidencia, fácilmente advertimos que si el proveedor paga solo una de cada dos veces (50%) que ocasione un menoscabo de \$10, entonces, cuando pague, se necesita que sea por dos ($\times 2$). En otros términos, si el 50% de los casos es condenado y debe abonar \$20 (el doble, $\$10 \times 2$), entonces, su

responsabilidad total “esperada” (50% de \$20; es decir $0,50 \times \$20 = \10) vuelve a ser equivalente a los daños esperados (\$10). Finalmente, no huelga aclarar, su responsabilidad total de \$20 está conformada por \$10 en concepto de daños reparables ocasionados y, el restante importe, sea el que sea (otros \$10 en nuestro ejemplo), por daños punitivos.

Para detectar (aunque parezca obvio) que se debe multiplicar por 2 cuando existe una probabilidad de condena del 50%, practicamos un razonamiento matemático muy simple, con vistas a neutralizar los efectos negativos de la baja probabilidad de condena: ¿por qué número —entero o fracción— debería multiplicar al 50% de \$10 (su “responsabilidad total esperada”), para que el resultado final sea \$10 (mismo valor que aquel de los “daños reparables esperados”)?

La respuesta es la siguiente: se debería multiplicar por la inversa de esa baja probabilidad; es decir, si la probabilidad decimalizada es 0,50 (50%), se debe multiplicar por su inversa $1/0,50$, que es equivalente a 2 (calculando, obtenemos que $1/0,50 = 2$). La explicación matemática es que todo número multiplicado por su inversa (excepto cero e infinito) otorga como resultado final el número 1 ($0,50 \times 1/0,50 = 0,50 \times 2 = 1$). De esta forma, se neutralizan los efectos negativos de la baja probabilidad de condena (50%). Por lo tanto, en principio, su “responsabilidad total esperada” vuelve a ser de \$10 ($\$10 \times 0,50 \times 1/0,50 = \$10 \times 1 = \$10$).

Notemos que cuando las probabilidades de condena son más bajas (verbigracia, 20% o bien, 0,20), el resultado de su inversa ($1/0,20$), que actúa como multiplicador en el cálculo, es un número más alto (entonces, el daño punitivo será mayor) y viceversa. Por ejemplo, ante una probabilidad del 20% multiplicamos al daño reparable (ocasionado y reclamado) por 5 ($1/0,20 = 5$); del 40% por 2,50 ($1/0,40 = 2,50$); del 60% por 1,67 ($1/0,60 = 1,67$); del 80% por 1,25 ($1/0,80 = 1,25$), etc.

Consecuentemente, bajo el supuesto (imaginario) que el instituto bajo análisis se impone “siempre” que proceda la indemnización compensatoria por daños provocados, entonces, con esta condena de daños punitivos así calculados se logra que la “responsabilidad total esperada” del proveedor (50% de \$20, es decir $0,50 \times \$20 = \10) coincida con los “daños reparables esperados” (\$10) de su

actividad. Así, este vuelve a preferir invertir \$9 para librarse de una condena esperada de \$10.

Sin embargo, no es realista el supuesto asumido al inicio del párrafo anterior. Por el contrario, además de poder existir una baja probabilidad de tener que afrontar la indemnización compensatoria, incluso, luego que proceda esta indemnización, puede haber una probabilidad inferior al 100% de ser sancionado con la figura en estudio. Por lo tanto, debemos también introducir en nuestra operación un múltiplo que contrarreste esta eventual baja probabilidad de condena (ahora por daños punitivos). Por ejemplo, si esta probabilidad es del 80% (decimalizada: 0,80), el número multiplicador debe ser 1,25 ($1/0,80=1,25$) y *tiene que multiplicar al importe que hemos calculado previamente para el instituto analizado* ($\$10 \times 1,25 = \$12,50$). De esta manera, la responsabilidad total para este proveedor debe ser de \$22,50 (\$10 por los daños compensatorios y 12,50 por la multa civil). Ahora sí, su *“responsabilidad total esperada”* $\{0,50 \times [\$10 + (0,80 \times \$12,50)] = \$10\}$ vuelve a coincidir con los *“daños reparables esperados”* (\$10).

Este razonamiento se efectúa explícitamente en la sentencia cuando se indica: “Re expresado sintácticamente, el Banco podría haber previsto que si existe una muy baja probabilidad de ser condenado ($P_c = 2\%$, es decir que dos personas de cada cien estarían dispuestas a iniciar un juicio, logrando contratar a un abogado y obteniendo sentencia favorable) por el daño total provocado de \$20.000 (que en el caso es sólo ‘moral’), tiene una condena ‘esperada’ por este rubro de solo \$400 ($\$20.000 \times 2\%$), irrisoria cantidad que resulta insuficiente para disuadirlo de seguir cometiendo este tipo atropellos a los consumidores y usuarios. Sin embargo, si además puede prever que recibirá una condena de \$1.000.000 por daños punitivos con una probabilidad del 98% (P_d), condicionada a que exista una condena por daño provocado ($P_c = 2\%$), tendrá una condena extra ‘esperada’ por esta multa civil de \$19.600 ($\$1.000.000 \times 0,98 \times 0,02$). Cabe entonces colegir que si por cada caso similar en que incurra tendrá una condena total ‘esperada’ (daño provocado más daños punitivos) que asciende a \$20.000 ($\$19.600 + \400 - proporción de daño punitivo más proporción de daño provocado-), seguramente corregirá su accionar para el futuro (...)”

De esta forma, la Cámara considera que al momento del hecho, cada vez que el banco incurría en un grave comportamiento como el juzgado, existían daños esperados que pondera, al momento de la sentencia, en \$20.000, un 2% de probabilidad de que efectivamente hayan accionado las víctimas judicialmente y se obtenga sentencia favorable²² y, cuando esto ocurra, un 98% de probabilidad de que se impongan daños punitivos.²³ Entonces, con su sentencia, el Tribunal de

²² Sobre el particular, el Tribunal aclara puntualmente que: “Con fórmula matemática o sin ella, no existe otra alternativa que acudir a presunciones *hominis* derivadas del sentido común y la experiencia del juzgador (...)” Posteriormente, explica que: “como máximo un consumidor entre cincuenta que se encuentren en situación análoga a la de la actora obtendrán una efectiva condena judicial a que se le resarzan los daños y perjuicios ocasionados por conductas como las que se ventilan en autos (en realidad, pienso que serían muchos menos, pero la ausencia de parámetros que lo demuestren debe jugar a favor del demandado -arg. arts. 375 del Código Procesal Civil y Comercial y 218 inc. 7° del Código de Comercio-).” A esta conclusión se arriba por presunción *hominis*, a partir de distintos indicios dados por acreditados; entre otros, de los siguientes: “a) que María Cecilia Castelli aparece como titular de la cuenta corriente n° 6840-6082-3 abierta en el Banco de Galicia y Buenos Aires S.A., Sucursal 082-Bahía Blanca (fs. 6 y 13), contrato conexo al de una tarjeta de crédito VISA -solicitada pero no entregada-, no habiendo brindado la legitimada consentimiento para su apertura (fs. 110/111); b) que la demandada comunicó al Banco Central de la República Argentina y a otras entidades privadas de información crediticia la condición de deudora morosa de la actora, por débitos de la referida cuenta corriente; c) que dicha información no se rectificó con posterioridad a la denuncia formulada ante la O.M.I.C. ni al compromiso asumido por la entidad bancaria de subsanarla”; d) “[a] ello se suman posteriores intimaciones por vía telefónica que le indicaban que la supuesta deuda se había transferido a gestión prejudicial (fs. 47)”; e) “infructuosos reclamos efectuados por la accionante durante más de dos años, no sólo a la entidad bancaria sino también ante la O.M.I.C.”; f) “la vía judicial se presentó como la única alternativa que restaba transitar para solucionar la situación irregular que estaba padeciendo la accionante”; g) “el pedido de cese del informe que se cursaba al B.C.R.A., que colocaba a la actora en el grado de deudora irrecuperable (grado 5) y recién acabó con la promoción de este proceso”; h) “[l]a accionada, debidamente notificada, fue declarada en rebeldía a fs. 72, la que cesó ante su presentación de fs. 79. Sin embargo, su comparecencia no retrotrajo los estadios procesales cumplidos, entre los que se encuentran la incontestación de la demanda y la falta de ofrecimiento de prueba.”

²³ La Cámara lo explica así: “es tan grotesca la situación por la que la actora tuvo que transitar hasta llegar a la condena y tan evidente la gravísima negligencia del banco -cercana al dolo-, que la probabilidad de que a la condena principal se agregue otra por daño punitivo cabe estimarla en un 98% (no digo 100% porque ante la novedad del instituto y la escasez de precedentes existe un mínimo de probabilidad razonable -que cuantifico en el 2%- de que algún tribunal se abstenga de fijar un daño punitivo en circunstancias análogas).” A este presunción *hominis*, llega el Tribunal de Alzada luego de tener por acreditados, por ejemplo, los siguientes indicios: a) “[n]o puedo soslayar que la conducta reseñada constituye un grave y objetivo incumplimiento de las exigencias de la ley 24.240, a lo que se suma la grosera negligencia del Banco, cercana al dolo, en toda la operatoria que devino en la declaración de nulidad de la cuenta corriente abierta sin el consentimiento de su titular”; b) “[l]a demandada actuó con] total desvergüenza hacia la situación del consumidor quien, como ocurrió en el caso, debe vagar durante años por todas las instancias imaginables hasta no quedarle otro remedio que requerir la égida jurisdiccional para lograr que se borren las nefastas consecuencias que jamás generó a través de un producto que nunca pidió como la cuenta corriente bancaria”; c) “irrisoria cantidad [de la responsabilidad esperada por daños reparables] que resulta insuficiente para disuadirlo de seguir cometiendo este tipo atropellos a los consumidores y usuarios.”

Alzada consigue que la “*responsabilidad total esperada*” por el banco $\{0,02 \times \$20.000 + (0,98 \times \$1.000.000)\} = \$20.000$ coincida con los “*daños reparables esperados*” a raíz de cada comportamiento reprochable, análogo al juzgado (\$20.000).

V. Cálculo sencillo con fórmulas

La explicación del apartado anterior se puede simplificar, con el empleo de una fórmula que capte el mismo razonamiento. La Cámara utiliza expresiones matemáticas para exponer de manera clara y sencilla las variables que se tienen en consideración, cómo se interrelacionan entre sí y cuáles son los valores juzgados para cada una. Con este fin, utiliza la siguiente ecuación para el cálculo de los daños punitivos, ante supuestos de daños reparables exclusivamente:

$$D = C \times \frac{1 - p_c}{p_c \times p_d}$$

En realidad, el magistrado Peralta Mariscal reescribe la misma fórmula en una sola línea: $D = C \times [(1 - p_c) / (p_c \times p_d)]$

Donde:

D = cuantía de los daños punitivos a determinar;

C = cuantía de la indemnización compensatoria por daños provocados;

p_c = 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.

Conforme con nuestro ejemplo (**C**=\$10; **p_c**=50%; **p_d**=80%), operando con la expresión matemática, obtenemos nuevamente que los daños punitivos deben ser de \$12,50.

$$D = \$10 \times \frac{1 - 0,50}{0,50 \times 0,80} = \$12,50$$

Finalmente, calculando con los valores ponderados por la Cámara para el caso concreto juzgado ($C = \$20.000$; $p_c = 2\%$; $p_d = 98\%$), el resultado es el importe determinado en el fallo ($\$1.000.000$).

$$D = \$20.000 \times \frac{1 - 0,02}{0,02 \times 0,98} = \$1.000.000$$

VI. Construcción resumida de la fórmula empleada por la Cámara

En este apartado explicaremos, de forma simplificada, la construcción matemática de la ecuación empleada por la Cámara. Para su descripción *in extenso* (junto con la construcción de la fórmula para supuestos de daños irreparables) y descargar un archivo Excel que permite operar de manera simple con estas expresiones matemáticas, se recomienda visitar el siguiente sitio web oficial del Departamento de Derecho, Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca: <http://www.derechouns.com.ar/?p=3912>

Siguiendo nuestro ejemplo, imaginemos que finalmente un damnificado (de cada dos) reclama y acredita el daño reparable sufrido ($C = \$10$). Atento a que el proveedor especula con su baja probabilidad de condena por esos daños ($p_c = 50\%$), entonces, para neutralizar sus efectos negativos, se debería multiplicar la indemnización compensatoria por daños provocados (C) por dos ($\times 2$), o bien, por su equivalente, la inversa de esa misma baja probabilidad ($1/p_c = 1/0,50 = 2$). De esta manera, la “responsabilidad total efectiva” (R_t), surge de esa multiplicación.

$$R_t = C \times \frac{1}{p_c}$$

Como sabemos, la “responsabilidad total efectiva” (R_t), a su vez, es el resultado de la suma de la “indemnización compensatoria” (C) y el “importe por daños punitivos” (D); es decir:

$$R_t = C + D$$

Además, debido a que el primer término de cada ecuación coincide (R_t), también se da la igualdad de los segundos términos:

$$C + D = C \times \frac{1}{P_c}$$

Dado que nuestro interés exclusivo es determinar el valor del daño punitivo (D) para los supuestos estudiados (y no las restantes variables) despejamos la variable " D " de la expresión matemática anterior (trasladamos C desde el primer término de la ecuación hasta el segundo, cambiándole su signo de positivo a negativo):

$$D = C \times \frac{1}{P_c} - C$$

Sin embargo, como ya se expuso, incluso la probabilidad de ser condenado por daños punitivos, condicionada a la existencia de una condena por indemnización compensatoria (p_d), puede ser inferior al 100%. Por lo tanto, debemos incluir en nuestra fórmula, nuevamente, un múltiplo que contrarreste también esta eventual baja probabilidad de condena por daños punitivos.

$$D = \left(C \times \frac{1}{P_c} - C \right) \times \frac{1}{P_d}$$

O bien, se puede reescribir de manera más sencilla, por ejemplo, sacando factor común C .

$$D = \left(C \times \frac{1 - P_c}{P_c} \right) \times \frac{1}{P_d}$$

O bien, aun más simplemente, de esta forma:

$$D = C \times \frac{1 - P_c}{P_c \times P_d}$$

O directamente omitiéndose los signos multiplicadores (innecesarios en estas expresiones matemáticas):

$$D = C \frac{1 - P_c}{P_c P_d}$$

De este modo, hemos construido la fórmula que utiliza la Cámara para el cálculo de los daños punitivos, ante supuestos de daños reparables exclusivamente.

VII. Consideraciones finales

Tal como surge de la sentencia, los magistrados Leopoldo Peralta Mariscal, María Cristina Castagno y Abelardo A. Pilotti emplean la fórmula en busca de claridad y objetividad sobre el cálculo adecuado de los daños punitivos.²⁴ En el fallo se resalta también que con este proceder se pretende garantizar mejor el derecho de defensa,²⁵ dar a conocer la legalidad del fallo²⁶ y limitar la eventual arbitrariedad judicial que podría ocurrir para estos supuestos.²⁷

Por otra parte, la Cámara advierte ciertos inconvenientes probatorios que resuelve a través de la presunción *hominis*.²⁸ Explica que no son inconvenientes de la fórmula, sino, cuestiones de hecho (verbigracia, probabilidades de condena) que son necesarias para la correcta ponderación dineraria de los daños punitivos (sea realizada con o sin fórmula). No obstante, esta dificultad queda expuesta con la utilización de las fórmulas y oculta cuando no se exterioriza la operación

²⁴ En la sentencia, se indica que “se trata de un auxilio eficaz para el juez a la hora de lograr la ansiada objetividad” para el cálculo de los daños punitivos.

²⁵ El Tribunal manifiesta que “la reconstrucción del razonamiento que lleva a fijar una suma (...) y no otra, lo que permite a su vez a las partes ejercer de manera mucho más amplia su derecho de defensa en juicio (art. 18 de la Constitución Nacional).”

²⁶ La Cámara afirma: “los tribunales no se encuentran eximidos de brindar los fundamentos y razones que justifican la fijación de determinado importe y no otro pues es esta la manera de conocer la legalidad de los fallos (S.C.B.A. in re “Nicola”, Ac. 50.529 del 10/5/1994, JUBA).”

²⁷ El magistrado Peralta Mariscal cita a Hugo Acciarri y afirma: “la utilización de fórmulas matemáticas es muy superior al lenguaje retórico para obtener cálculos complejos con variables interrelacionadas, pues las fórmulas aportan una claridad a la argumentación que si bien no restringe la discrecionalidad, limita la arbitrariedad judicial (Acciarri, Hugo A.: “¿Deben emplearse fórmulas para cuantificar incapacidades?, en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, La Ley, año IX, n° V, mayo de 2007).”

²⁸ Véase notas 22 y 23 del presente trabajo. Como explica Lino E. Palacio, “[e]xiste una nutrida jurisprudencia demostrativa de la importancia que revisten las presunciones simples [presunciones *hominis*] en determinada clase de juicios, como los de simulación de actos jurídicos, divorcio, filiación, nulidad de matrimonio y daños y perjuicios.” (Véase Palacio, Lino E., *Manual de Derecho Procesal Civil*, 17ª edición, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 2003, p. 508.) Con respecto a esto últimos, se utiliza sistemáticamente por nuestra jurisprudencia, por ejemplo, para tener por acreditado el daño moral, algunos daños futuros (se presume 100% de probabilidad de ocurrencia), la pérdida de la chance (se presume que al momento del hecho antijurídico existía una probabilidad inferior al 100% de que suceda o no algo que hubiese afectado a la víctima, cuya oportunidad queda frustrada), la incapacidad laboral (más allá de los informes de peritos médicos, se presume la pérdida de la capacidad laboral para el futuro en un porcentaje concreto), etc.

practicada. Esta circunstancia, lejos de implicar una debilidad del empleo de ecuaciones, es parte de su fortaleza porque admite el cuestionamiento del valor juzgado para cada variable, a través de un amplio ejercicio del derecho de defensa en juicio (art. 18 CN).²⁹ Por el contrario, cuando se usa el lenguaje retórico para idénticos fines (en lugar de las fórmulas), al inconveniente probatorio anterior (que continúa oculto), se le agrega de manera encubierta la posible arbitrariedad de tomar para el cómputo otras variables sin fundamento alguno, valores al azar para todas las variables y una interrelación aleatoria de ellas; además, se adiciona el problema de restringir el ejercicio del derecho del defensa en juicio, en especial cuando los jueces indican exclusivamente que “acorde con las circunstancias del caso” se considera “prudente” una u otra cuantía.³⁰

Finalmente, si por cualquier motivo se opta por descartar una metodología de cálculo dada, eso no implica que la alternativa utilizada sea correcta o superior.³¹ La demostración de estas particularidades requiere de otro análisis que hasta el momento no se ha ofrecido.

²⁹ Esta circunstancia es advertida por el Tribunal cuando expresa: “La constatación de las probabilidades que constituyen dos de las variables de la fórmula (‘Pc’ y ‘Pd’) es un problema de gran dificultad, aunque no concierne a la técnica de cálculo sino a la engorrosa acreditación de la cuestión de hecho que constituye su presupuesto; es un problema jurídico y no matemático que, en el caso, consiste en determinar la probabilidad de que un banco sea sentenciado a resarcir los daños provocados a los clientes a través de actitudes antijurídicas como la constatada en autos (...), a lo que se suma la probabilidad de que en esa resolución se añada la condena accesoria a pagar daños punitivos. No es este un inconveniente que aparece únicamente cuando se utiliza una fórmula matemática; se trata de una dificultad inexorable a la hora de cuantificar el daño punitivo aunque aparezca solapada bajo el manto de una argumentación retórica que siempre desemboca en anodinas fórmulas como ‘resulta equitativo’, ‘deviene mesurado’, ‘es conforme a las circunstancias del caso’, etc.”

³⁰ En este sentido, en la sentencia se indica: “la reconstrucción del razonamiento que lleva a fijar una suma (...) y no otra, lo que permite a su vez a las partes ejercer de manera mucho más amplia su derecho de defensa en juicio (art. 18 de la Constitución Nacional) pues para individualizar el yerro de fundamento les bastará demostrar ante un tribunal superior que la fórmula utilizada es inadecuada, que no se la aplicó correctamente o que una o varias de las variables son equivocadas. Mucho más difícil es persuadir a un tribunal revisor del error en la determinación de una suma que se considera “prudente”, “acorde a las circunstancias del caso” o que se valida con una alocución similar.”

³¹ Véase este argumento y otros, relacionado con diferentes supuestos del empleo jurisprudencial de fórmulas, en Acciarri, Hugo A.: “¿Deben emplearse fórmulas para cuantificar incapacidades?”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, La Ley, año IX, n° V, mayo de 2007, pp. 9-24.