

59268-2014 -

"ZAMPIERI, MIGUEL ANGEL C/ BANCO DE GALICIA SUCURSAL TANDIL
S/DAÑOS Y PERJ. INCUMP. CONTRACTUAL (EXC. ESTADO) (80)"
JUZGADO EN LO CIVIL Y COMERCIAL Nº 3 - TANDIL

Nº Reg.

Nº Folio

En la Ciudad de Azul, a los22..... días del mes de Diciembre de 2014 reunidos en Acuerdo Extraordinario los Señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelaciones Departamental -Sala I- Doctores Ricardo César Bagú y Esteban Louge Emiliozzi, encontrándose ausente la Dra. Lucrecia Inés Comparato (Art. 1 Acuerdo 3270), para dictar sentencia en los autos caratulados: **"ZAMPIERI, MIGUEL ANGEL C/ BANCO DE GALICIA SUCURSAL TANDIL S/DAÑOS Y PERJ. INCUMP. CONTRACTUAL (EXC. ESTADO) (80) ", (Causa Nº 1-59268-2014)**, se procedió a practicar la desinsaculación prescripta por los arts. 168 de la Constitución Provincial, 263 y 266 del C.P.C.C., resultando de ella que debían votar en el siguiente orden: **Doctores LOUGE EMILIOZZI - COMPARATO - BAGU .-**

Estudiados los autos, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

- C U E S T I O N E S -

1ra.- ¿Corresponde declarar la deserción del recurso interpuesto a fs. 189 y fundado a fs. 209/215?

2da.- ¿Es justa la sentencia de fs. 182/188?

3ra.- ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

- V O T A C I O N -

A LA PRIMERA CUESTION, el Señor Juez Doctor **ESTEBAN LOUGE EMILIOZZI**, dijo:

Si bien al tratar la siguiente cuestión haré una reseña de lo actuado en este proceso, basta mencionar, a los fines que ahora interesan, que en oportunidad de contestar la demandada a fs. 227/231 los agravios vertidos por la actora a fs. 209/215 solicita en primer término la declaración de deserción del recurso, fundando su petición en que la contraparte introduce ante esta instancia cuestiones novedosas.

El art. 260 del C.P.C.C. prescribe que *"el escrito de expresión de agravios deberá contener la crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considere equivocadas"*, y la norma que le sigue dispone que *"si el apelante no expresare agravios o no lo hiciera dentro del plazo o no lo hiciera en la forma prescripta en el artículo anterior, se declarará desierto el recurso y la sentencia quedará firme para él"*. Como es sabido, estas exigencias también rigen para el memorial del art. 246 del mismo Código.

Analizada la pieza recursiva de fs. 209/215 bajo tales parámetros, se advierte en términos generales y “prima facie” que la misma contiene una crítica concreta y razonada de la sentencia apelada. En todo caso, si se constata que el apelante introduce algunas cuestiones novedosas en esta instancia deberá evaluarse si las mismas deben ser examinadas (doctr. art. 266 del C.P.C.C.), tarea que reviste cierta complejidad pues es sabido que existen supuestos de “flexibilización” de la congruencia ante la alzada. Por otro lado, si algún pasaje del memorial no cumple con la exigencia establecida en el art. 260 del Código de rito, sólo corresponderá declarar una deserción parcial y acotada a ese aspecto.

Además, es dable recordar que este Tribunal ha venido aplicando un **criterio amplio en la apreciación de los requisitos que debe satisfacer el memorial** y aunque el mismo diste de exhibir una adecuada suficiencia técnica –lo que no se afirma que ocurra en este caso-, siempre que se exteriorice, aunque mínimamente, el agravio o el esbozo de la crítica, se abre la función revisora en miras de asegurar más adecuadamente el derecho de defensa (causas n° 43894, “Ane”, del 20.02.02; n° 49665, “Adami”, del 16.03.06; n° 51438 “Bonnat”, del 29.11.07; n° 51278, “Valerio”, del 06.12.07.; n° 53.567, “Bruni”, del 28.10.09.). En esa senda también se ha dicho que los principios y límites en esta materia deben ser aplicados en su justa medida bajo riesgo de caer en rigorismo excesivo por apego a las formas, no querido por el ordenamiento legal (conf. causa n° 44262 “Banca Nazionale del Lavoro S.A.” del 17.05.02).

En virtud de lo expuesto, entiendo que no cabe en este caso declarar la deserción del recurso.

Así lo voto.-

El Señor Juez Doctor **Bagú** **adhirió** por los mismos fundamentos **al voto precedente.-**

A LA SEGUNDA CUESTION, el Señor Juez Doctor **ESTEBAN LOUGE EMILIOZZI**, dijo:

I.a) El presente proceso es iniciado por el **Sr. Miguel Angel Zampieri**, quien acciona contra el “**Banco de Galicia y Bs. As. S.A.**” en procura de la indemnización de los daños y perjuicios que afirma haber sufrido como consecuencia de un deficiente asesoramiento brindado por la entidad demandada que le produjo inconvenientes con la utilización de su tarjeta de crédito en un viaje en el exterior. Solicita, además, la aplicación de daños punitivos.

Refiere el actor en el escrito de inicio (fs. 27/35) que ha sido titular de la tarjeta de crédito Visa otorgada por el ente demandado desde hace casi veinte años, identificada con el número de cuenta 0009154326-cr0104, de la cual su cónyuge Alicia Mabel Monti detentaba una extensión.

Agrega que en tal carácter y a raíz de un proyectado viaje a Europa -que concretó en septiembre de 2012 junto a su esposa- fue que concurrió a la Sucursal local del Banco demandado entre fines de julio y

principios de agosto para asesorarse respecto al uso del crédito, peticionando en un principio una ampliación del límite que tenía asignado.

Explica que durante varios días realizó gestiones en la entidad, siendo atendido en casi todas las ocasiones por el agente bancario Guillermo J. Puyaltó, quien se identificó en los mails posteriormente intercambiados como "Oficial de Negocios y Pymes". Finalmente se le manifestó que sólo se le podría otorgar una ampliación acotada, que no resultaba útil frente a los gastos previstos para el viaje, entre otras cosas porque las certificaciones y constancias de sus ingresos obrantes en la carpeta respectiva, no permitían habilitar márgenes mayores.

Fue entonces –afirma el actor- que el mencionado empleado jerárquico le sugirió como solución el depósito de dinero en efectivo en la misma cuenta, para de tal modo contar con un saldo a favor que le permitiera la utilización de la tarjeta hasta el límite del depósito, con más el crédito habitual que ya disponía; también se le informó que en el caso de no llegar a gastar el total, la devolución sería automática, a su solo requerimiento.

Fue por ello –continúa diciendo- que efectuó dos depósitos de \$ 10.000. cada uno, comenzado a aparecer el total de \$ 20.000. en el resumen posterior como "saldo"; también dio aviso formal sobre la futura utilización de la tarjeta en el exterior por ser exigencia motivada en razones de seguridad.

Refiere que estando ya en Europa comenzó a recibir rechazo del uso como "denegado" con la lógica zozobra que tan inexplicable situación le generaba, además de los inconvenientes de no disponer de posibilidad de pago. Por tal motivo comenzó una serie interminable de llamadas telefónicas a su costo y remisiones de mails a la Sucursal local durante varios días, recibiendo como respuesta que era "imposible" que ello ocurriera dado que en la pantalla aparecía gráficamente el saldo a su favor, por lo que el funcionario del banco seguía insistiendo en la supuesta disponibilidad del margen para gastar. Hace una mención específica a un mail enviado por el mismo empleado –cuya impresión obra a fs. 14-, de fecha 10.09.12., que textualmente dice así: *“Buen día Alicia, respondiendo al llamado de Miguel, te cuento que investigué y la tarjeta está ok y en estado normal (con código 20 que es como tiene que ser) tanto la tuya como la de Miguel. / En el adjunto te detallo los disponibles actuales ya que se ve que tenés un disponible de un poco más de \$ 21.000 para consumo todavía, equivalente a unos 3500 euros aproximadamente. / En teoría no debería tener más problemas, probá ahora que no debes tener drama. / Cordialmente”.*

Continúa diciendo que al día siguiente y ante la continuidad del rechazo envió un nuevo mail (cuya impresión obra a fs. 15), solicitando al agente bancario la realización del reclamo ante Visa, ya que la empresa le había informado que se había agotado el crédito otorgado y no podía utilizar los adelantos que habían pactado. Refiere que la situación se había tornado desesperante ya que para ese entonces toda previsión de gastos e incluso las compras proyectadas se veían desbaratadas.

Prosigue narrando que con fecha 16-6-2012, vía e-mail (cuya impresión obra a fs. 16) el Banco respondió que su reclamo había concluido indicando un número de teléfono para obtener mayor información. Que por último fue anoticiado a través de una telefonista de Visa, que "...en Tandil deberían haber sabido que las tarjetas de crédito no se utilizan como cajas de ahorro o cuentas bancarias, por lo que el uso que pensaba darle fue imposible siempre...".

Continúa relatando que al regreso concurrió al banco a pedir alguna explicación, manifestándole el gerente su sorpresa por lo ocurrido como si se tratara de personal ajeno y desvinculado a la cuestión, por cuya razón y ante la actitud evasiva, envió con fecha 15-10-2012 Carta documento (obrante a fs. 5/6) sintetizando los hechos relatados y reclamando un monto resarcitorio por los daños sufridos.

Aclara que en ese momento aún no había intentado retirar los \$ 20.000 depositados, y que fue esta la razón por la cual no hizo referencia a esta cuestión en la misiva. Pero luego, al intentar la extracción, se le informó que no era posible puesto que se trataba de dinero de cuentas Visa.

Prosigue diciendo que el banco respondió la CD remitida con la previsible "negativa" respecto del asesoramiento e indicación del depósito y con relación a este último, luego de sucesivos intentos, concurrió en compañía del notario Alejandro Agustín Zubiaurre, con quien efectivizó el Acta de Constatación de fecha 29-10-2012 (obrante a fs. 18) de la que surge que uno de los Contadores del banco, Sr. Fabricio Garberi, quien atendió en la ocasión al escribano, manifestó que el dinero no sólo estaba retenido, sino que en ese momento sólo se le devolvía la suma de \$ 12.200 y el saldo 12 días después sin dar explicaciones al respecto.

Argumenta que la actitud asumida por la demandada revela una grave impericia, improvisación, ignorancia e incapacidad manifiestas ya que no se trataba en su caso de una situación rara o excepcional, sino simplemente una consulta de cómo ampliar los márgenes de gastos con el uso de la tarjeta en el exterior, algo común y habitual que en modo alguno podía dar lugar al absurdo asesoramiento recibido.

Reclama daño material por la suma de \$ 30.000, daño moral por la suma de \$ 20.000 y daños punitivos (fundado en el art. 52 bis de la ley 24.240) por el monto que el juez determine.

Funda en derecho, ofrece prueba y solicita que oportunamente se haga lugar a la demanda intentada en todas sus partes.

b) A fs. 36 se bilateralizó la demanda bajo el cauce del proceso sumarísimo, presentándose a contestarla el Banco accionado a fs. 49/59, solicitando su rechazo.

Luego de negar general y pormenorizadamente todos los hechos allí expuestos por la contraparte, admite que es cierto que el actor resulta titular de la tarjeta de crédito Visa 4546-4080-0029-3314; que en su momento solicitó la ampliación del límite del crédito, habiendo sido atendido en

casi todas las ocasiones por el Sr. Guillermo Puyalto informándosele que las certificaciones y constancias de ingresos obrantes no habilitaban a efectivizar un margen del crédito mayor.

Afirma que el límite de compra con la tarjeta era de \$ 12.000 que el actor no ignoraba, y resulta reprochable que pretenda volver contra sus propios actos, ya que reconoció que el Banco lo único que pudo hacer era duplicar su límite de compra, habida cuenta los ingresos acreditados, los que no permitían a su mandante otorgar una extensión del límite del consumo más allá de dicha cifra.

Explica que con relación al reintegro de la suma depositada por el actor en la cuenta de Visa, existe un procedimiento para extornar el depósito que demanda tiempos operativos, por lo que mal puede trasladar a su mandante la responsabilidad por la indisponibilidad de la que él mismo es responsable.

Agrega que el actor, malogrando la presunción de certeza que pesa sobre su persona por su calidad de consumidor, pretende circunscribir los hechos a su arbitrio, ya que ni siquiera ha intentado probar su viaje al exterior, sin embargo tanto el actor como su esposa, realizaron consumos durante su viaje en el exterior por un monto aproximado de \$ 12.000 con absoluta normalidad y dentro de los límites autorizados.

Enfatiza que lo contratado por el actor con su mandante se circunscribe a prestar el servicio de tarjeta de crédito mediante el cual él y su esposa utilizan mensualmente las mismas para gastos o consumos y a fin de mes los cancela, abonando los mismos por ventanilla o mediante depósito en la cuenta N° 0009154326-Cr0104, relacionada a la Tarjeta VISA N° 4546-4080-0029-3314, lo que significa que no existe entre las partes otro producto comercial ni otro tipo de contratación bancaria. Que al manifestar el actor que realizaría un viaje al exterior y solicitar un aumento del límite de la aludida tarjeta, el Banco accedió haciendo una atención comercial, habida cuenta que el límite que tenía asignado hasta ese momento -que se correspondía con los ingresos mensuales que existían certificados ante la entidad bancaria- era de \$ 6.000. mensuales.

Afirma que el Sr. Zampieri realizó los depósitos en la cuenta Visa por su propia voluntad a fin de sortear el cepo cambiario imperante en la materia, puesto que así como no podía acreditar mayores ingresos frente a su mandante a fin de obtener la ampliación del límite de la tarjeta, tampoco lo podía hacer frente a la AFIP a fin de conseguir la autorización que le permita comprar un mayor monto en divisas extranjeras.

Sostiene que su parte prestó un servicio idóneo y congruente con los compromisos asumidos por el Sr. Zampieri, reiterando que la tarjeta de crédito operó con total normalidad y en ningún momento hubo rechazo alguno por parte de Visa Argentina S.A. (administradora), en tanto que el actor ante la imposibilidad de ampliar su margen o límite de compra por no poder acreditar ingresos, pretendió engrosar su capacidad de compra en el exterior

realizando un depósito en la referida cuenta y, frustrada tal maniobra, acudió con el escribano Zubiaurre a solicitar extornar dicho depósito de la cuenta aludida.

Alega que lejos de pretender el Banco quedarse con el dinero del actor, se les explicó que existe un procedimiento al efecto ya que la cuenta no es ni del banco ni del cliente, sino que fue imputado como crédito a favor del actor al pago de futuros eventuales consumos.

Funda en derecho, impugna por improcedentes los rubros indemnizatorios pretendidos y ofrece prueba.

c) A fs. 72 se abrió la causa a prueba y a fs. 76 se proveyeron los medios ofrecidos por las partes. Culminada esta etapa se arribó al dictado de la sentencia de fs. 182/188, cuya apelación genera la actual intervención de este tribunal.

II) En el mentado decisorio se admitió parcialmente la demanda, condenándose a la accionada a abonar a la actora la suma de \$ 25.000, con más los intereses que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones comunes de depósito (tasa pasiva) desde la fecha de la mora que acaeció al momento del primer gasto que el actor se vio privado de realizar (09.09.12.) hasta el efectivo pago. Impuso las costas a la demandada vencida y difirió la regulación de honorarios para la oportunidad prevista por el art. 51 de la Ley 8904.

Las premisas medulares –de hecho y de derecho- que llevaron a la anterior sentenciante a resolver del modo anticipado, fueron las siguientes:

a) Tuvo por reconocida la relación contractual que vinculó a las partes. También encontró acreditado mediante los dichos de las partes y el informe pericial contable que el límite de compras para los meses de agosto, septiembre y octubre del 2012 fue de \$ 12.000, para el mes de noviembre del mismo año, de \$ 6.000. y de diciembre de 2012 a enero de 2013, de \$ 10.000.- y que en el mes de agosto de 2012 el actor realizó dos depósitos en la cuenta Visa N° 009154326-Cr0104, de su titularidad, correspondiente a la tarjeta aludida por la suma total de \$ 20.000.

b) Afirmó que resultan de aplicación al caso las prescripciones respecto de las obligaciones y contratos en general emergentes de los arts. 505, 506, 511, 512, 519, 522, 1197, 1198 del Código Civil, las disposiciones de la ley 25.065 de Tarjeta de Crédito (arts. 1º, 2, 3, 4, 6 y ccdtes.) y la ley 24.240 (con sus modificatorias) de Defensa al Consumidor.

c) Explicó –con citas de diversos precedentes de la Excma. S.C.B.A.- que la actora debe probar el hecho del dependiente, la relación de dependencia respecto de la demandada, el daño acaecido y la relación de causalidad entre el hecho y el daño.

Valorando los escritos constitutivos de la litis y la prueba producida en autos desde esa perspectiva, expresó que la demandada reconoció la dependencia laboral del Sr. Guillermo Puyaltó –sin perjuicio de que ello también resultó probado-, más no que éste le hubiera indicado al accionante

realizar los depósitos en cuestión a fin de poder realizar compras en el exterior hasta su tope, como así tampoco la existencia y entidad del daño que se alega padecido en consecuencia.

d) Respecto al primer extremo fáctico no reconocido (el hecho del dependiente), con la absolución de posiciones rendida por el Sr. Claudio Javier Avalle (fs. 93) tuvo por probado que el actor y su cónyuge realizaron desde España por vía telefónica y a través de correos electrónicos sucesivas consultas vinculadas a la imposibilidad de utilización del dinero así depositado, que las consultas fueron evacuadas por el Sr. Puyaltó, y que éste remitió por mail la respuesta obrante a fs. 14 (transcripto en el apartado I.a de la presente resolución).

Agregó que el contenido de este correo también resultó reconocido por el propio Puyaltó al declarar como testigo (fs. 101/103), y que pese a sus esfuerzos por otorgar al mismo un sentido distinto al proporcionado por los accionantes, su texto corrobora la versión de los hechos aportados en la demanda en cuanto a que el actor fue inducido a efectuar los depósitos en la inteligencia de contar con la posibilidad de efectuar compras en el extranjero con la tarjeta de crédito referida hasta la concurrencia de su importe.

En base a ello, concluyó que el asesoramiento incorrecto existió y que ello importó una infracción al deber de información al consumidor generadora de responsabilidad.

e) Ingresando al análisis de los rubros indemnizatorios, efectuó las siguientes consideraciones:

i. Comenzó refiriéndose a la suma de \$ 30.000 reclamada por la actora (conf. demanda fs. 32vta.) por la imposibilidad de afrontar gastos comunes, limitación en los traslados y desplazamientos previstos durante el viaje, anulación de posibilidad de compras y recurrencia a recursos tendientes a subsanar la indisponibilidad dineraria, con su consecuente costo.

Calificó a ese reclamo como **daño patrimonial** (doctr. art. 163 inc. 6to. del C.P.C.C.) y proporcionó su concepto extraído de los arts. 519, 1068 y 1069 del Código Civil.

Sin embargo, concluyó que el mismo no podía prosperar, ya que ninguna de las circunstancias apuntadas por el actor en la demanda encuadran en tal concepto, o no fueron debidamente explicadas (doctr. art. 330 inc. 4to. del C.P.C.C.), o debidamente probadas (art. 375 2do. párr. del Cód. cit.).

ii. En relación al **daño moral**, entendió que el mismo se halla debidamente acreditado en autos (prueba informativa rendida a fs. 123, 155/156 y testimoniales de los Sres. Grandio y Pequeño de fs. 98 y 99), y que las frustradas expectativas de gozar de distintas distracciones y efectuar compras, gastos o realizar paseos vinculados al disfrute que las personas planifican para realizar durante un viaje de vacaciones, resulta económicamente resarcible de conformidad con lo dispuesto por el art. 522 del C. Civil.

Como corolario de ello, cuantificó este rubro en la suma de \$ 20.000.

iii. Respecto a los daños punitivos, luego de referirse a la norma que contempla la figura (art. 52 bis de la ley 24.240), afirmó que encontraba altamente reprochable la conducta de la parte demandada, pero no en virtud de la errónea información y asesoramiento brindados al actor, sino por la conducta asumida con posterioridad, esto es, negar rotundamente que el actor hubiera sido asesorado en el sentido que quedó demostrado, desoyendo los reclamos extrajudiciales efectuados y sosteniendo la misma posición a lo largo del proceso.

En virtud de tales consideraciones, estimó prudente fijar la suma \$ 5.000 por tal concepto.

III) El decisorio reseñado en el apartado anterior fue apelado por la actora (fs. 189) y por la demandada (fs. 192), recursos ambos que se concedieron libremente (fs. 190 y 193, respectivamente).

Recibidas las actuaciones en esta alzada se modificó la forma de concesión del recurso, disponiéndose que debía serlo en relación, y como consecuencia de ello se puso el expediente en Secretaría para que las partes presenten los memoriales respectivos (doctr. art. 271 del C.P.C.C.).

La actora cumplió con dicha carga a fs. 209/215, obteniendo respuesta a fs. 227/231, mientras que la demandada hizo lo propio a fs. 217/225, sin obtener réplica (conf. informe de Secretaría de fs. 233).

Las críticas del Sr. Zampieri versan sobre el monto de la condena y comprenden puntualmente los siguientes aspectos:

a) Se desconforma por el rechazo del daño patrimonial, afirmando que es un absurdo y una sobreexigencia que se imponga a su parte la carga de acreditar qué cosas no pudo hacer como consecuencia de la imposibilidad de utilizar el dinero.

b) Considera insuficiente la suma otorgada en concepto de daño moral, ya que si bien coincide con la reclamada en la demanda (fs. 32 vta.), ésta –naturalmente- fue estimada antes de su contestación, por lo que no se pudieron prever las frases agraviantes e injuriantes que la accionada introduciría en su responde, y que también resultan configurativas del daño moral.

El recurrente admite que esta pretensión que trae a la alzada podría ser considerada como una modificación –en rigor, ampliación- de su pretensión inicial, pero considera disvalioso que se obligue a un consumidor a iniciar un nuevo juicio para reclamar por tal daño. A todo evento, entiende que esta circunstancia podría ser merituada a los fines de la cuantificación del daño punitivo. También señala que los dichos contenidos en la contestación de demanda exceden la temeridad y malicia (art. 45 del C.P.C.C.) ya que afectan su honor en forma elocuente.

c) Finalmente, el actor también se agravia del monto fijado en concepto de daño punitivo. Sin embargo, de su formulación (fs. 215 y

vta.) no queda claro si es verdaderamente un agravio autónomo o es una continuación del anterior, tema sobre el cual volveré en caso de corresponder.

Las críticas de la parte demandada recaen sobre los siguientes aspectos:

- a. En relación a la responsabilidad que se le atribuye, sostiene que no ha sido demostrado que su dependiente haya informado a la actora sobre la posibilidad de ampliar el límite de compra de la tarjeta mediante depósitos en la cuenta, ya que “no existe prueba directa o indirecta que permita arribar a tal conclusión” (fs. 218). Sobre tal base, afirma que la sentencia es una entelequia violatoria de las reglas de la sana crítica.

No obstante ello, en pasajes posteriores se refiere a la prueba que valoró la Sra. Juez de grado –en especial el mail del día 10.09.12.-, afirmando que el mismo ha sido descontextualizado y que su verdadero sentido queda aclarado con el mail enviado desde el mismo Banco y por el mismo empleado al día siguiente.

También alega que la valoración del testimonio del testigo Puyaltó atenta contra el principio de indivisibilidad de la prueba, ya que el mismo explicó que el correo electrónico tenía un alcance interpretativo muy diverso al atribuido por los accionantes.

Añade que otra pauta de la incoherencia de la sentencia está dada por el cómputo de los intereses, ya que al no poder demostrarse cuándo se proporcionó la información indebida se toma como “dies a quo” la fecha de la primera compra frustrada.

b) El segundo agravio de la demandada está referido a la procedencia del daño moral.

En sustento de esta crítica comienza por señalar que al no haberse probado el hecho del agente es imposible que exista relación de causalidad entre éste y el eventual daño.

En segundo término alega que en materia contractual el daño moral debe ser analizado con criterio restrictivo, y en este caso no se ha probado su existencia.

En tercer lugar afirma que la Sra. Juez “a quo” condenó a su parte a pagar por este rubro la suma de \$ 20.000 sin dar fundamento alguno para establecer tal cuantía, lo que constituye una arbitrariedad.

c) Finalmente el accionado se agravia de la procedencia del daño punitivo, por entender que el caso en análisis presenta particularidades que no se condicen con los presupuestos de aplicación del instituto, y –en subsidio de lo anterior- también por su cuantificación.

IV) A fs. 235/237 dictaminó el Sr. Fiscal General, quien entiende que debe confirmarse la sentencia en lo principal que decide y revocársela respecto a la procedencia del daño punitivo.

V) A fs. 238 se llamaron autos para sentencia y a fs. 239 se practicó el sorteo de ley, por lo cual –luego de haberse requerido e

integrado el depósito previo al que se refiere el art. 29 de la ley 13.133- las actuaciones se encuentran en estado de resolver.

VI.a) Por evidentes razones metodológicas comenzaré refiriéndome al primer agravio vertido por la demandada, por el cual –como vimos- se desconforma de la atribución de responsabilidad a su parte.

En esa faena, advierto que la Sra. Juez de grado efectuó un correcto encuadre jurídico del caso y se refirió extensamente a los parámetros que rigen la responsabilidad bancaria. Por otra parte, al expresar agravios la entidad bancaria no cuestiona esas consideraciones jurídicas, sino que denuncia una errónea valoración de la prueba. Así las cosas, siendo que esta primera crítica incursiona en cuestiones de hecho y no de derecho (doctr. art. 266 del C.P.C.C.), en honor a la brevedad me abstendré de efectuar una introducción dogmática al tema –como sí lo he hecho en otros precedentes que versaban sobre responsabilidad bancaria- y abordaré directamente los agravios.

Siendo el sistema procesal de la apreciación de la prueba en nuestro Código Procesal, el de la **sana crítica** (art. 384), es conveniente recordar los conceptos expresados por Couture, quien las describe diciendo que *“son ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. Ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado puede analizar la prueba (ya sea de testigos, de peritos, de inspección judicial, de confesión en los casos que no es lisa y llana) con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas. El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente. Esta manera de actuar no sería sana crítica, sino libre convicción. La sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento” (...)* *“Las máximas de experiencia de que ya se ha hablado, contribuyen tanto como los principios lógicos a la valoración de la prueba. El juez, nos permitimos insistir, no es una máquina de razonar, sino, esencialmente, un hombre que toma conocimiento del mundo que le rodea y la conoce a través de sus procesos sensibles e intelectuales. La sana crítica es, además de lógica, la correcta apreciación de ciertas proposiciones de experiencia de que todo hombre se sirve en la vida”* (“Fundamentos del Derecho Procesal Civil”, págs. 270 y sig., cit. por esta Sala en causas n° 54.661, “Basílico”, del 23.12.2010; n° 55.573, “De Lorenzo”, del 15.12.11.; n° 57.601, “López Osornio” del 09.04.13.; n° 57.893, “González”, del 01.08.13., entre otras; puede verse también a Ondarcuhu, “Sana crítica. Lógica, experiencia y sentido común” en LL del 28.05.13.).

La valoración de la prueba adquiere matices especiales en los casos de pruebas “difíciles”. Al respecto, son sumamente ilustrativas las palabras vertidas por el Dr. De Lázzari en un precedente de la S.C.B.A. (“L. d. A., L. c/ Transportes Metropolitanos Gral. Roca y otros”, del 20.08.2008, en LLBA-2008-967) al afirmar que *“Es correcto sostener que, en los casos de grave dificultad probatoria, el juez debe apreciar el alto grado de probabilidad (no la*

seguridad absoluta) de que los hechos ocurrieran de cierta manera, como también lo es el que debe reunir la mayor cantidad de datos graves, concordantes, precisos, inequívocos, no contradichos, que le permitan inferir una inequívoca conclusión, etc. En otras palabras: se requiere al juzgador que, a través de pruebas directas o indirectas (como las presunciones), obtenga la certeza (así, sin adjetivación alguna) sobre cómo acaecieron los hechos.”

En esa misma orientación, afirmó el reconocido procesalista Jorge W. Peyrano en un reciente trabajo que en los casos de “prueba difícil” debe existir una flexibilización del rigor probatorio, cobran especial importancia las pruebas indirectas y puede también haber eventuales dispensas de la falta de cumplimiento de cargas probatorias. En definitiva –sostiene- en estos casos se torna irrazonable reclamar una conducta probatoria más exigente por ir ello contra el sentido común y la fuerza de las cosas (aut. cit., “Manifestaciones procesales del principio de no exigibilidad de otra conducta”, en La Ley del 29.09.14.).

De todos modos, aún en estos casos de “pruebas difíciles” los jueces no pueden basar sus razonamientos sobre juicios “extremadamente presuntivos” (esta Sala, causa n° 55651, “Patronelli”, del 02.07.13., primer voto del estimado colega Dr. Ricardo Bagú, con cita de la Excma. S.C.B.A. en Ac. 81311, “V.M.A.”, del 04.08.04.), por lo cual la sola circunstancia de estar ante un supuesto de dificultad probatoria no habilita a tener por probados sin más los hechos alegados por las partes.

Aplicando estos principios al caso de autos, se encuentra reconocido, probado y no cuestionado ante esta instancia que el actor se disponía a viajar a Europa junto a su esposa en septiembre de 2012, y que por tal motivo concurrió a la sucursal Tandil del banco demandado entre fines de julio y principios de agosto para asesorarse respecto al uso de la tarjeta de crédito, en especial para ampliar el límite disponible. También está acreditado que en esas oportunidades fue atendido por el Sr. Guillermo J. Puyaltó, y que efectuó dos depósitos de \$ 10.000 cada uno en la cuenta correspondiente a su tarjeta con fechas 06.08.12. y 13.08.12.

Desde luego que no se cuenta con un registro del asesoramiento que el Sr. Puyaltó brindó al actor, pues el mismo se produjo a través de un contacto personal y no, por ejemplo, vía e-mail. Esta es –y resulta casi innecesario aclararlo- la circunstancia que imprime a la presente causa un cierto grado de dificultad probatoria.

De todas maneras, la circunstancia de haberse probado que el actor recibió asesoramiento de un empleado del banco y que procedió a efectuar los mentados depósitos constituye al menos una presunción de que el asesoramiento estuvo orientado en ese sentido (doctr. art. 163 inc. 5to. del C.P.C.C.). De lo contrario sólo cabría pensar que el actor es una persona obstinada que procedió a efectuar los depósitos pese al consejo contrario de su asesor, lo cual no es acorde a lo que acontece según el curso normal y ordinario de las cosas.

Pero, si alguna duda quedara, entiendo –en consonancia con la Sra. Juez de grado- que la misma se despeja totalmente mediante el contenido del e-mail obrante a fs. 14, enviado por el Sr. Puyaltó a la cónyuge del actor el día 10.09.12., y que fuera reconocido por la entidad bancaria al absolver posiciones (fs. 93, respuestas 8va. y 9na.) y por el propio Sr. Puyaltó al declarar como testigo (fs. 101/103, respuesta a la tercera ampliación).

Recordemos que el texto de ese correo electrónico es el siguiente: *“Buen día Alicia, respondiendo al llamado de Miguel, te cuento que investigué y la tarjeta está ok y en estado normal (con código 20 que es como tiene que ser) tanto la tuya como la de Miguel. / En el adjunto te detallo los disponibles actuales ya que se ve que tenés un disponible de un poco más de \$ 21.000 para consumo todavía, equivalente a unos 3500 euros aproximadamente. / En teoría no debería tener más problemas, probá ahora que no debes tener drama. / Cordialmente”*.

Las expresiones utilizadas en ese texto, e inclusive la “conversión” de pesos a euros, no dejan ningún margen de duda de que hasta ese día el Sr. Puyaltó seguía convencido de que el actor podía utilizar la tarjeta de crédito hasta agotar todo el dinero depositado. De otra manera carecerían de todo sentido las expresiones tales como *“... tenés un disponible de un poco más de \$ 21.000 para consumo todavía, equivalente a unos 3500 euros aproximadamente. En teoría no debería tener más problemas, probá ahora que no debes tener drama.”*. Y, si al 10 de septiembre el dependiente de la accionada seguía persuadido de que el actor podía utilizar todo el monto depositado en su cuenta, no es difícil inferir que el asesoramiento previo que él mismo había brindado estuvo orientado en la misma dirección.

Asiste razón a la entidad demandada al afirmar que el mail que manda el mismo Sr. Puyaltó al día siguiente, cuya impresión obra agregada a fs. 15, en respuesta a un nuevo reclamo efectuado por el actor – puede vérselo impreso en la misma foja 15- es de distinto tenor, ya que en el mismo se hizo constar lo siguiente: *“Buen día Miguel, recién llamé y el disponible autorizado es de \$ 12.000, por favor desde el exterior comunícate al número que VISA te dio y consúltale porque no es una decisión comercial del banco que tu tarjeta esté bloqueada, todo lo contrario me figura con estado normal y con límite disponible para consumo.”*

Sin embargo, en el mejor de los casos, este segundo correo electrónico enviado el día 11 de septiembre por el Sr. Puyaltó da cuenta de que recién en ese momento advirtió que VISA no permitía utilizar más dinero que el disponible autorizado (en el caso, \$ 12.000). Pero aun así atribuye esa circunstancia a una decisión comercial de VISA que no es compartida por el Banco, con lo cual queda en claro que el Sr. Puyaltó persistía en su error e inclusive colocaba al actor en la incomodidad de comunicarse –desde el exterior y en pleno viaje- con VISA.

El argumento según el cual la valoración que la “a quo” efectuara del testimonio del Sr. Puyaltó viola el principio de “indivisibilidad de la

prueba” (fs. 219vta.) tampoco es de recibo. En primer término, porque no existe un principio general de “indivisibilidad de la prueba”, sino que el mismo es un instituto que solo se aplica –y con importantes excepciones- a la prueba confesional (art. 422 del C.P.C.C.). Como consecuencia de ello, es frecuente y ajustado a las reglas de la sana crítica que los jueces consideremos valiosos algunos aspectos de la prueba pericial y descartemos otros, o hagamos lo propio con las pruebas testimoniales. En relación a éste último medio –que es el que aquí interesa- puntualmente se ha dicho que “... el juzgador (...) puede separar aquellas partes de la declaración que le parezcan sinceras, de otras que considere erradas o mendaces, porque no hay indivisibilidad en el testimonio (art. 384, 456 del C.P.C.)” (CC0202 LP B 83993 RSD-355-96 S 10/12/1996, “Santa Cruz de Urriozola”, disponible en base JUBA).

Idéntica suerte ha de correr el argumento según el cual otra pauta de la incoherencia de la sentencia está dada por el cómputo de los intereses, ya que –según entiende el recurrente- al no poder demostrarse con prueba directa o indirecta cuándo se proporcionó la información indebida se fijó como “dies a quo” la fecha de la primera compra frustrada. En primer lugar entiendo que esta argumentación falla por su propia base, ya que un eventual error en la fijación de la fecha de inicio de los intereses, o inclusive la incertidumbre –que ciertamente aún se mantiene- sobre la fecha exacta del asesoramiento incorrecto, no puede llevar a afirmar que el mismo nunca existió. Con el mismo razonamiento, un depositante no podría reclamar los daños producidos en la cosa al depositario negligente, o el locador de cosa al locatario, si no probaran la fecha exacta en que los mismos se produjeron. Pero, a mayor abundamiento, el proceder seguido por la Sra. Juez de grado fue correcto, porque los intereses correspondientes a los rubros indemnizatorios deben liquidarse desde el momento en que se produjo el perjuicio objeto de la reparación, tal como se afirmó en un precedente similar al presente en el que era demandado el mismo banco y también VISA (CNCom., Sala C, “Duronto, Guillermo Vicente y otro c/ Visa Argentina S.A. y otro s/ ordinario”, del 01.06.12., elDial.com – AA7975). En el caso de autos, el perjuicio no se produjo cuando se proporcionó el asesoramiento erróneo –esa fue la causa del perjuicio y no el perjuicio mismo- sino cuando la tarjeta de crédito comenzó a ser “rechazada”.

Por último, tampoco puede tener favorable acogida el argumento reiteradamente esgrimido según el cual la tarjeta funcionó correctamente y de acuerdo a lo estipulado, o que ni siquiera se agotó el límite disponible. En cuanto a lo primero, el actor no quería utilizar la tarjeta de acuerdo a lo estipulado –es decir, con un límite de \$ 12.000- sino por un monto mayor, y fue por eso que acudió al Banco en búsqueda de asesoramiento. Respecto a lo segundo, es comprensible que una persona que está en el exterior y se encuentra con la desagradable sorpresa de que su límite es exiguo no lo utilice todo y reserve cierto monto para alguna contingencia; por lo demás, el informe de VISA obrante a fs. 155/156 demuestra que existieron varios intentos de pago rechazados por “Disponible insuficiente”, con lo cual es claro que el disponible no utilizado habría de ser insignificante.

Por todo lo expuesto, concluyo que este primer agravio no puede prosperar, por lo que seguidamente abordaré los expresados por ambas partes en relación a los distintos rubros indemnizatorios.

b) En el escrito de inicio, y más puntualmente al precisar el monto del reclamo (fs. 32vta./33), el actor –en lo que aquí interesa– expresó lo siguiente: *“Conforme la sucesión de hechos gravosos generados por la exclusiva responsabilidad del Banco, enmarcables en desbaratamiento de expectativas, anulación de posibilidad de compras previstas, imposibilidad de afrontar gastos comunes con motivo del viaje, limitación en los desplazamientos y traslados previstos, recurrencia a recursos tendientes a subsanar la indisponibilidad dineraria, con su consecuente costo, etc., se dimensionan los daños y perjuicios en la suma de \$ 30.000”*.

Como vimos en la reseña inicial, la Sra. Juez de grado calificó a ese reclamo como daño patrimonial (doctr. art. 163 inc. 6to. del C.P.C.C.) y proporcionó su concepto extraído de los arts. 519, 1068 y 1069 del Código Civil. Pero seguidamente concluyó que el mismo no podía prosperar, ya que ninguna de las circunstancias apuntadas por el actor en la demanda encuadran en tal concepto, o no fueron debidamente explicadas (doctr. art. 330 inc. 4to. del C.P.C.C.), o debidamente probadas (art. 375 2do. párr. del Cód. cit.).

Contra lo así decidido se alza la parte actora, alegando –sustancialmente– que ha de presumirse que la mera privación de uso de la tarjeta produce daños patrimoniales, tal como ocurre con la privación de uso de un automotor. También afirma que es un absurdo y una sobreexigencia que se imponga a su parte la carga de acreditar qué cosas no pudo hacer como consecuencia de la imposibilidad de utilizar el dinero.

Entiendo –y así lo anticipo al acuerdo– que las particulares circunstancias del caso, que a continuación referiré, determinan que este agravio no sea de recibo.

Tal como lo ha dicho reiteradamente esta Sala, el daño constituye un eje central en la responsabilidad civil actual (causas n° 53.731, “Loggia” del 11.02.10.; n° 53.799, “Veiga” del 25.02.10.; n° 58.795, “Arouxet”, del 06.05.14., entre otras).

El art. 1067 del Código Civil dispone que *“No habrá acto ilícito punible para los efectos de este Código, si no hubiese daño causado, u otro acto exterior que lo pueda causar; y sin que a sus agentes se les pueda imputar dolo, culpa o negligencia”*.

En palabras de Zavala de González, el daño es *presupuesto esencial* de la responsabilidad civil. Y es requisito *infaltable* en la responsabilidad resarcitoria: sin daño no hay qué indemnizar. Desde una perspectiva práctica y metódica, es el *primer presupuesto*, pues el problema del resarcimiento recién comienza a plantearse a partir de la producción de un perjuicio. Continúa diciendo la prestigiosa jurista que en la actualidad el daño no es sólo “uno” de los elementos de la responsabilidad civil, sino su “centro de gravedad”. De tal modo –prosigue– se ha desplazado la mira axiológica desde la

injusticia del acto lesivo hacia el acto mismo: no interesa tanto el injustamente causado como el injustamente sufrido (coment. al art. 1067 en “Código Civil...”, Bueres (director) Highton (coord.), Hammurabi, T. 3 A, pág. 96).

En la misma orientación, algunos autores llegan a afirmar que el daño es el elemento o presupuesto más importante de la responsabilidad civil. Y de ello extraen la siguiente consecuencia: si no hubiera perjuicio alguno, por ausencia de interés, base de todas las acciones, resultaría superfluo investigar la existencia o inexistencia de los otros elementos de la responsabilidad civil; ello así, por cuanto no existe una responsabilidad civil abstracta, porque el derecho no se agota en abstracciones, a no ser una ciencia estéril o puramente especulativa, ni su objeto es realizar consideraciones morales sobre la intención de actos que no han generado consecuencias dañosas (Trigo Represas, Félix y López Mesa, Marcelo “Tratado de la Responsabilidad Civil”, La Ley, T. I, págs. 394/395, con sus numerosas citas).

La Excma. Suprema Corte provincial también ha asignado al daño un rol preponderante en el esquema de la responsabilidad civil, en los siguientes términos: *“En nuestro derecho la responsabilidad civil está directamente supeditada al daño causado y no cabe imponer la sanción resarcitoria donde éste no exista pues en tal caso no hay nada que reparar (art. 511 y 1067, Cód. Civ. y su doctrina). El perjuicio se constituye entonces, en el presupuesto central de la responsabilidad civil, puesto que sin él no puede suscitarse ninguna pretensión resarcitoria; sin daño –como bien se ha señalado– no hay responsabilidad civil, lo cual no es más que una aplicación del principio más general según el cual sin interés no hay acción”* (C. 91376 “Bartoszevich...” del 25.02.09.). En la misma orientación, dijo el Superior Tribunal provincial que *“La responsabilidad civil tiene en miras el perjuicio resarcible del que surge la obligación de reparar. El daño es el presupuesto esencial y primario, así lo establece el art. 1067 del Código Civil ‘No habrá ilícito punible para los efectos de este Código, si no hubiese daño causado, u otro exterior que lo pueda causar...’, sólo ante él comienzan a indagarse los demás elementos de la responsabilidad...”* (C 99513, “Videla...”, del 06.05.09.).

Es casi innecesario aclarar que lo expuesto es plenamente aplicable al ámbito de la responsabilidad contractual, respecto al cual específicamente se ha dicho que si quien reclama no acredita el daño padecido no es necesario continuar indagando los otros presupuestos, pues no habría responsabilidad civil (Nicolau, Noemí L., “Fundamentos de Derecho Contractual”, La Ley, T. I, pág. 359).

He traído a colación estos conceptos pues –tal como lo señalara la Sra. Juez de grado– en el escrito de demanda se enuncian en algunos casos hechos que no producen *per se* un daño patrimonial, o no se explica claramente en qué consistieron los perjuicios sufridos, y menos aún se los ha acreditado (doctr. arts. 330 inc. 4to. y 375 del C.P.C.C.). Es más, no es ocioso aclarar que la sola deficiencia en el cumplimiento de la carga de alegar ya es motivo suficiente para el rechazo de la demanda, ya que, como bien dice Isidoro Eisner, antes de la carga de probar existe la carga de afirmar, de modo

que el juez no podría, al dictar sentencia, tener como ciertos hechos que las partes no hubieran afirmado, aun cuando indebidamente se hubiera producido pruebas sobre ellos (“La prueba en el proceso civil”, págs. 20/21, cit. por esta Sala en causa n° 52373, “Gabarrot”, del 11.03.09., entre otras).

En efecto, el “desbaratamiento de expectativas” al que se alude en la demanda es una expresión genérica de la cual es imposible inferir daño material alguno.

La “anulación de posibilidad de compras previstas” podría dar lugar a un daño material si se alegara y probara, por ejemplo, que en el país de destino había precios muy convenientes, circunstancia que no ha sido alegada ni probada.

La “imposibilidad de afrontar gastos comunes con motivo del viaje” y la “limitación en los desplazamientos y traslados previstos” también son circunstancias de la que no se puede inferir daño patrimonial alguno.

Finalmente, la “recurrencia a recursos tendientes a subsanar la indisponibilidad dineraria, con su consecuente costo” (como por ejemplo contraer un crédito en el exterior, si ello fuera posible) sí podría dar lugar a un daño patrimonial, pero ello requiere de una carga de alegación y prueba que en el caso se encuentra incumplida.

Desde luego que no ignoro que la situación por la que atravesó el actor da lugar a un sinnúmero de molestias y frustraciones, o –como él dice- “desbaratamiento de expectativas”, pero ellas son resarcibles a través del daño moral. Por eso es frecuente que en los reclamos de esta naturaleza sólo se reclame daño moral, tal como surge de precedentes que citaré en el apartado que sigue.

Aun así, quiero dejar claramente expresado que no desconozco que en ciertos casos la privación de uso de tarjeta de crédito en el exterior puede dar lugar a daños patrimoniales, y de hecho así lo admití en los párrafos precedentes para las “compras” y para la “recurrencia a recursos tendientes a subsanar la indisponibilidad dineraria, con su consecuente costo”. Pero ello ocurrirá en la medida en que los hechos generadores de estos daños hayan sido debidamente alegados y probados (doctr. arts. 330 inc. 4to. y 375 del C.P.C.C.), lo que no ha ocurrido en el presente caso. Corroborando esta idea –es decir, que en algunos casos son precedentes los daños patrimoniales por la privación de uso de la tarjeta de crédito en el exterior- puede apreciarse que en el precedente antes citado (CNCom., Sala C, “Duronto, Guillermo Vicente y otro c/ Visa Argentina S.A. y otro s/ ordinario”, del 01.06.12., eDial.com – AA7975) se reconoció daño material a los actores por dos circunstancias: el costo de los llamados telefónicos realizados desde el exterior –rubro que en este caso no fue reclamado- y la imposibilidad de sumar puntos al programa “Aerolíneas Plus” ya que éstos se acreditaban con la utilización de la tarjeta.

Tampoco quiero soslayar que en ese mismo precedente –en el que es codemandado este mismo Banco- se citan otros precedentes de la

CNCom. –en los que también es demandado el Banco de Galicia- que consideran que la mera privación de uso de la tarjeta ocasiona a su usuario un daño que es resarcible, pues, según razonan los magistrados que emiten el fallo, ha de presumirse que quien tiene una tarjeta de crédito la utiliza para satisfacer una necesidad. Aplicando ese criterio, en el caso “Duronto” se concede a los actores la suma de \$ 500 por este rubro, que se adiciona a los otros daños patrimoniales (esto es, los ocasionados por las llamadas desde el exterior y por la no acreditación de puntos al programa “Aerolíneas Plus”).

Sin embargo, pese a la alta consideración que me merece el fuero comercial más prestigioso del país, he de decir que no comparto tal criterio.

En efecto, si hacemos un paralelismo con la privación de uso de un automóvil –tal como lo propone el recurrente en su pieza recursiva- esta Sala ha dicho reiteradamente la privación del uso del automotor constituye una **lesión a un interés de la víctima** que se erige en **presupuesto** de diversos daños, más frecuentemente **patrimoniales**, pero en excepcionales ocasiones también de naturaleza **moral**. Dentro de los primeros, debe distinguirse el **daño emergente** que se verifica cuando se demuestra o es presumible que el damnificado ha debido recurrir a medios de transporte sustitutos para reemplazar la función que cumplía el automóvil propio, del **lucro cesante** que se configura cuando el automotor era instrumento de despliegue de una actividad productiva, que no ha podido continuarse desarrollando, con la consiguiente frustración de ganancias. Estos distintos menoscabos patrimoniales pueden presentarse de manera alternativa o acumulativa (Zavala de González, Matilde “Resarcimiento de daños”, T. 1, “Daños a los automotores”, págs. 90 y sig.; esta Sala, causas n° 51.028, “Sarachu”, del 20.09.07.; n° 52.167 “Sánchez”, del 15.04.09.; n° 52.775, “Bianchi”, del 30.06.09.; n° 54.339 “El 34.899 S.R.L.” del 21.12.10.; n° 55.573, “De Lorenzo” del 13.12.11.; n° 56.328, “Kirsch” del 03.07.12.; n° 56.368, “Blua” del 23.08.12.; n° 57.741, “Iglesias”, del 07.11.13., entre otras).

Como puede apreciarse a través de las enseñanzas de tan prestigiosa autora, la “privación de uso” no es un daño en sí mismo, sino una lesión a un interés de la víctima (o daño en sentido “naturalístico” según otros autores) que se erige en presupuesto de diversos daños, que pueden ser patrimoniales o morales.

De modo que al actor incumbe alegar y probar tanto la privación de uso como sus consecuencias adversas en el campo patrimonial y moral. No desconozco que en algunos casos estos daños pueden ser “presumidos”, por lo cual estarían exentos de prueba; así lo explica la propia Zavala de González en el pasaje de su obra arriba citado (“... cuando se demuestra o es presumible ...”).

En el caso de los automotores, cierto es que tras una ardua evolución jurisprudencial llegó a admitirse que el daño emergente derivado de su privación de uso no requiere de prueba acabada, ya que es presumible que

el damnificado ha debido recurrir a medios de transporte sustitutivos para reemplazar la función que cumplía el automóvil propio (puede verse esta evolución jurisprudencial en la sentencia de esta Sala en causa n° 57.741, "Iglesias", del 07.11.13.).

Sin embargo, esta doctrina es en principio aplicable solo a los automotores, y para los casos en que éstos son dañados y en consecuencia deben ingresar a un taller para su reparación. Por lo cual no sería aplicable sin más a supuestos distintos, como podría ser el de la concesionaria que demora la entrega del automóvil cero kilómetro pero permite que el cliente conserve en su poder el automóvil usado que entregará en parte de pago.

Del mismo modo, cada uno de nosotros tiene en su casa innumerables artículos destinados a ser usados (electrodomésticos, artículos de electrónica, elementos para practicar deportes, vestimentas, etc...) cuya privación de uso –por cualquier causa que fuere- no provoca *per se* un daño patrimonial. Desde luego –y lo diré una vez más aún a riesgo de ser reiterativo- que en ciertas circunstancias esa privación de uso sí podría ser presupuesto de un daño patrimonial (ej: una persona que es privada del uso de su cocina y necesita comprar comida hecha), pero eso debe ser alegado y en principio probado, más allá de que se aligere la carga probatoria mediante presunciones.

Volviendo al caso de la tarjeta de crédito, no encuentro que su sola privación de uso produzca por sí misma un daño patrimonial que pueda ser presumido, por lo que es necesaria la carga de alegación y prueba que en este caso se encuentra incumplida.

Por todo lo expuesto, he de proponer al acuerdo el rechazo de este agravio.

c) Abordaré ahora los agravios de ambas partes referidos al daño moral, comenzando –por evidentes razones metodológicas- por las críticas de la demandada que cuestionan la procedencia misma de este rubro.

i. Un primer argumento que emplea el accionado se sitúa en el plano de la relación causal, ya que sostiene que no se encuentra acreditado el incumplimiento contractual adjudicado a su parte, y por añadidura mal podría existir relación de causalidad entre esa falta –que a su juicio no existió- y el daño moral que se alega haber sufrido.

Resulta claro que este primer argumento queda respondido –en sentido adverso al recurrente- con la conclusión a la que se ha arribado precedentemente, en el sentido de que sí se ha acreditado el incumplimiento contractual que el actor achaca a la demandada.

En otro orden, el accionado esgrime que en materia contractual el daño moral debe ser analizado con criterio restrictivo, y requiere de una alegación concreta.

En relación a lo primero, esta Sala tiene reiteradamente dicho que las diferencias de régimen que a primera vista parecerían desprenderse de la distinta redacción de los arts. 522 y 1078 del Código Civil son más aparentes que reales, ya que la primera de esas normas no debe ser

interpretada en el sentido de otorgar al Juez facultades arbitrarias para conceder o no la indemnización, de lo que se sigue que de comprobarse una lesión a un interés espiritual (ya sea por prueba directa o por presunciones) el Juez deberá conceder la reparación del daño moral (puede verse in extenso la causa de esta Sala n° 56681, “Armendano”, del 27.09.12., con sus citas, en especial de la S.C.B.A.; ídem Vázquez Ferreyra, “Los presupuestos del deber de reparar”, La Ley 2012-C, 671).

Haciendo aplicación de dicho criterio esta Sala ha considerado procedente el daño moral contractual en una innumerable cantidad de precedentes, entre los cuales se encuentra un caso en el que también era demandado un banco y la tarjeta de crédito Visa, aunque los problemas no se habían originado con motivo de un viaje al exterior (causa n° 56003, “Lalli”, del 30.03.12., con ilustrado primer voto de mi estimada colega Dra. Lucrecia Comparato en el que se profundizan diversos aspectos del daño moral contractual).

Como ya anticipé, un repaso de los precedentes jurisprudenciales también da cuenta de diversos casos en los cuales se consideró procedente el daño moral por problemas surgidos con motivo de la utilización de la tarjeta de crédito en el exterior (CNCom., Sala D, “M., N. B. c/ Diners Club S.A.”, del 23.08.2000, LL-2001-B-280; CNCom., Sala A, “Tramezzani, Juan H. c/ American Express Argentina S.A.”, del 13.07.2001, LL-2001-F-681; CNCom., Sala C, “Duronto, Guillermo Vicente y otro c/ Visa Argentina S.A. y otro s/ ordinario”, del 01.06.12., eIDial.com – AA7975).

También es interesante traer a colación que en un reciente precedente la Excma. Suprema Corte provincial entendió que es procedente la indemnización del daño moral cuando ha quedado demostrado que el automóvil de alta gama adquirido por el actor no reunía las características ofrecidas en el instructivo y que el consumidor tuvo que transitar por diversas vicisitudes para hacer valer la garantía (C. 115.486, “Capaccioni”, del 30.09.14.).

Por otro lado, si bien la demanda no es excesivamente descriptiva sobre las circunstancias del viaje –duración, destinos, gastos ya pagados con anterioridad, etc...-, sí contiene algunas referencias a las situaciones que el actor junto a su cónyuge debió atravesar, tales como el rechazo de pagos que se pretendieron hacer con la tarjeta (con la lógica vergüenza y zozobra que ello genera), la necesidad de comunicarse con el banco demandado y con VISA desde el exterior, la imposibilidad de efectuar compras, la limitación de desplazamientos, etc... Además, si bien no es necesaria una prueba directa de estas molestias y perturbaciones, ellas han quedado acreditadas con los mails obrantes en autos (en los que también se hace referencia a los llamados telefónicos, lo que corrobora que existieron), las declaraciones testimoniales del matrimonio que viajó junto al actor y su cónyuge (fs. 98 y 99) y la respuesta de Visa que da cuenta de ocho rechazos de pagos en España por “Disponible insuficiente” (fs. 155).

Por otra parte, no debemos olvidar que el reclamo de daño moral también se sustenta en las contingencias que debió afrontar el actor a su regreso de Europa, derivadas del hecho de que el banco accionado, además de no reconocer su error, no le devolvía inmediatamente el dinero depositado, so pretexto de que ya estaba ingresado en una cuenta de Visa, y debió recurrir a los servicios de un Escribano para dar cuenta de ello (conf. fs. 32vta.). Lo primero –es decir, que el Banco no reconocía su error- surge de la contestación a la carta documento enviada por el actor (fs. 7), de la contestación de demanda y de los propios agravios de la accionada. Lo segundo –es decir, que el banco se negaba a devolver el dinero, al menos de manera inmediata- surge de la explicación que se intenta suministrar en la contestación de demanda (fs. 56 y vta.), donde se afirma que como el dinero depositado en la cuenta ya no era ni del banco ni del cliente existía un procedimiento que cumplir para su devolución. Entiendo que esta explicación podría ser considerada razonable en un marco de “normalidad”, es decir, si realmente hubiera sido el cliente quien cometió el error. Pero si es el banco el que indujo a error al cliente debe al menos encontrar la solución para agilizar la devolución del dinero (doctr. art. 902 del Código Civil).

Es interesante advertir que en sentencias recaídas en el marco de relaciones de consumo se ha tenido en cuenta no sólo la falta “primaria” que se imputa al proveedor de bienes y servicios –en este caso la información errónea- sino también el comportamiento ulterior de dicho proveedor o las molestias ocasionadas al consumidor. Así, por ejemplo, y como antes vimos, en la sentencia de la Excm. S.C.B.A. citada precedentemente (C. 115.486, “Capaccioni”, del 30.09.14.) se ponderó que *“con la adquisición de un auto BMW de alta gama no se reunieron las características ofrecidas en el propio instructivo del vehículo, además de todas las vicisitudes que el consumidor tuvo que transitar para hacer valer la garantía”*. Del mismo modo, en un reciente y muy interesante precedente de la Sala II de la Cámara de Apelaciones de Bahía Blanca, en el que también era demandado este mismo Banco, se tuvo en cuenta –tanto para fijar daño moral como daños punitivos- la cantidad de circunstancias adversas que tuvo que atravesar la accionante hasta lograr que cesara la publicidad de su calificación como deudora morosa, aún después de que la actora efectuara innumerables reclamos y formulara una denuncia ante la O.M.I.C. Se hace alusión en un pasaje de ese ilustrado fallo a la *“... impotencia que genera sentirse forzado a transitar múltiples e infructuosos caminos por el errático comportamiento de quien debió subsanar con prontitud el error cometido ...”* (“C., M. C. c/ Banco de Galicia y Bs. As. S.A. s/ Nulidad de acto jurídico”, del 28.08.14., LL del 08.10.14., con comentarios –en el mismo ejemplar- de Bernardo Saravia Frías “Determinación del monto de los daños punitivos” y Matías Irigoyen Testa “Aplicación jurisprudencia de una fórmula para daños punitivos”).

Por todo lo expuesto, entiendo que este primer agravio vertido por el actor no es de recibo, lo que equivale a decir que el daño moral es procedente.

ii. Sentado lo anterior, corresponde que me aboque ahora al tratamiento de los agravios de ambas partes que juzgan inadecuada – naturalmente que en sentidos inversos- la cuantificación de este rubro.

Comenzando por las críticas del actor, hemos de recordar que éste admite que la suma otorgada en la sentencia coincide con la reclamada en la demanda (fs. 32 vta.). Sin embargo, esgrime que la misma fue estimada antes de la contestación de demanda, por lo que no se pudieron prever las frases agraviantes e injuriantes que la accionada introduciría en su responde, las cuales –a su entender- también resultan configurativas del daño moral.

Conforme lo explica prestigiosa doctrina, al indicar la cosa demandada (art. 330 inc. 3ro. del C.P.C.C.) se debe concretar la causa por la que se pide (*causa petendi*); es decir, el hecho jurídico que se invoca como fundamento de la pretensión, el fundamento inmediato del derecho que se ejerce (Fenochietto-Arazi, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, Astrea, T. II, pág. 153, con cita de jurisprudencia, y citado por esta Sala en causa n° 58450, “Enrique”, del 10.04.14.).

Inclusive –se señaló en dicho precedente- la *causa petendi* es fundamental para delimitar los límites del juzgador impuestos por el principio de congruencia (arts. 34 inc. 4 y 163 inc. 6to. del C.P.C.C.), ya que “*toda sentencia debe versar sobre las cuestiones planteadas por los justiciables, recaer sobre el objeto reclamado y pronunciarse en función de la causa invocada*” (Fenochietto-Arazi, “Código...”, cit., T. I, pág. 138).

Ahora bien, como fuera anticipado al tratar la primera cuestión, el principio de congruencia admite ciertas flexibilizaciones, y una de las manifestaciones de este fenómeno tiene que ver con la flexibilización en materia fáctica (De los Santos, Mabel “Flexibilización de la congruencia”, en LL ejemplar del 22.11.2007).

La situación que se plantea en autos guarda analogía con la que se presenta en los juicios de divorcio con las llamadas “injurias vertidas en juicio”, respecto a las cuales la doctrina y la jurisprudencia son contestes en que pueden ser merituadas para atribuir culpabilidad al cónyuge que las expresó, en la medida en que carezcan de justificación. Estas pueden tener lugar en cualquier momento del proceso (demanda, contestación, reconvencción, absolución de posiciones, alegato, expresión de agravios, etc...), y se ha admitido la posibilidad de invocar la existencia de estas injurias en primera instancia hasta el momento de presentar el alegato o bien aducirlo como hecho nuevo en la expresión de agravios (Azpiri, Jorge O., “Juicios de divorcio vincular y separación personal”, Hammurabi, págs. 89/91; Sambrizzi, Eduardo A. “Tratado de derecho de familia”, La Ley, T. IV, pág. 285/291).

Ahora bien, entiendo que esta amplitud temporal con la cual se ha evaluado la posibilidad de hacer valer las injurias vertidas en juicio debe guardar relación con el momento procesal en el cual las mismas son vertidas. Así, por ejemplo, si las injurias están contenidas en la misma demanda, es dable esperar que el demandado las haga valer en la contestación de

demanda y/o reconvencción, y no que aguarde a plantearlas al expresar agravios. A la inversa, si las injurias son vertidas por uno de los cónyuges al formular su alegato, sólo cabría a la contraria introducir la cuestión como hecho nuevo al expresar agravios, por estar ya precluída la posibilidad de articularlo en primera instancia (arts. 255 inc. 5to. apartado “a”, 363 y conc. del C.P.C.C.).

Del mismo modo, entiendo que el cónyuge que invoca las injurias vertidas por la otra parte en el proceso no solo debe ser clara al hacer referencia a ese “hecho nuevo” (la injuria), sino también al formular su pretensión, esto es, debe pedir en términos claros y expesos que se pondere la injuria como causal de atribución de culpabilidad a su ex cónyuge.

En el caso de autos, y tal como se señala al expresar agravios (fs. 213vta.), luego de tomar conocimiento del contenido de la contestación de demanda el actor efectuó una nueva presentación (obrante a fs. 65/66) en la que hizo alusión a los “nuevos hechos” articulados por la demandada, subsumiéndolos en el art. 484 3er. párrafo del C.P.C.C., al tiempo que amplió la prueba oportunamente ofrecida, tal como lo autoriza la citada norma. Asimismo, en un párrafo de esa presentación (fs. 65vta.) expresó que “... *el agravio moral que esto genera también deberá ser objeto de reparación en los presentes, sin perjuicio del ejercicio de otras acciones que reservaré.*”

Ese escrito fue proveído a fs. 67, resolución en la que la Sra. Juez “a quo” entendió –en lo que aquí interesa- que no se verificaba el supuesto previsto por el art. 484 apartado 3 del C.P.C.C., toda vez que en la contestación de demanda no se introdujeron hechos diversos a los articulados en la demanda. Como corolario de ello, se desestimó el pedido de ampliación de prueba.

Este análisis permite concluir que con la providencia de fs. 67 quedó clausurada la posibilidad de debatir y decidir la cuestión en estos obrados.

Por todo lo expuesto, concluyo que las frases empleadas por la accionada al contestar demanda no pueden ser tenidas en cuenta para evaluar un eventual incremento del daño moral, sin perjuicio –claro está- de las acciones que el actor se crea con derecho a deducir.

Por otro lado, tampoco puede recalificarse esa pretensión bajo la figura de la temeridad y malicia (art. 45 del C.P.C.C.), ya que el propio actor se opone expresamente a ello por entender que se está ante ofensas de contenido moral que exceden largamente esa figura (fs. 214vta.). Entiendo que –por analogía- el actor tampoco se conformaría con el encuadre de su pretensión en el art. 35 del C.P.C.C. (facultades disciplinarias de los jueces).

Por último, el Sr. Zampieri entiende que el contenido de la contestación de demanda también podría incrementar el monto fijado por daños punitivos (fs. 214). Dejaré la consideración de esta posibilidad para el apartado siguiente, donde me ocuparé de los agravios vertidos contra la procedencia y cuantificación de este rubro.

Pasando a las críticas de la parte demandada, ésta se agravia del monto concedido en concepto de daño moral, alegando que la Sra. Juez de grado lo fijó en \$ 20.000 sin dar fundamento alguno a la hora de determinar su cuantía, lo que constituye una arbitrariedad. También alega que el daño moral no ha sido probado y que tampoco se verifican los restantes presupuestos de la responsabilidad civil.

Dado que estos últimos argumentos ya han sido respondidos precedentemente, a continuación me ocuparé de abordar el primero.

Esa crítica introducida por la accionada nos sitúa frente a un tema sumamente arduo, como es el de la cuantificación del daño moral.

En el reciente precedente de la Cámara bahiense antes citado (“C., M. C. c/ Banco de Galicia y Bs. As. S.A. s/ Nulidad de acto jurídico”, del 28.08.14.), el vocal preopinante –Dr. Leopoldo Peralta Mariscal- aborda con su habitual profundidad esta cuestión, y lo hace en un sentido idéntico al que aquí propugna el recurrente.

En efecto, el aludido magistrado comienza por señalar que el daño moral es uno de los rubros indemnizatorios más difíciles de cuantificar, porque se carece de cánones objetivos.

Frente a tal dificultad plantea –al igual que el recurrente- que es criticable el proceder empleado en la mayoría de los fallos, en los cuales se fija el daño moral que se considera “medido”, “prudente” o “razonable”, como así también los que se basan en casos análogos, pues –en esta última hipótesis- en el mejor de los casos se llegará al “promedio de distintas discrecionalidades”. Y sugiere, como alternativa superadora, encontrar sucedáneos que produzcan placeres y alegrías que logren compensar los padecimientos sufridos, es decir, remedios para la tristeza y el dolor. En ese caso concreto –que también versaba sobre responsabilidad bancaria- la Cámara bahiense ponderó que los sinsabores sufridos por la actora podrían compensarse con un viaje de buen nivel durante un fin de semana largo y en compañía de otra persona, o con la compra de un producto suntuario como un televisor de alta tecnología, afirmándose finalmente que a cualquiera de esas cosas se podría acceder con la suma de \$ 20.000, que es la que finalmente se fijó como indemnización para este rubro (paradójicamente, la misma que fijó la Sra. Juez “a quo” en este caso).

La solución adoptada en ese fallo está más que sólidamente fundada y es compartida por prestigiosa doctrina que allí aparece citada. Es, además, la tesitura que adopta el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, aprobado por la ley 26.994, que en principio comenzaría a regir el 01.01.2016, ya que en el último párrafo del art. 1741 –referido a la indemnización de consecuencias no patrimoniales- dispone que *“El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas”*.

Sin embargo, y tal como se señala en esa misma sentencia, debemos reconocer que la jurisprudencia mayoritaria no suele recurrir

a ese criterio para cuantificar el daño moral, aunque es de esperar – naturalmente- que la situación cambie cuando entre en vigencia el nuevo Código. En tal sentido, podemos traer como ejemplo –entre los miles y miles que podrían hallarse- un precedente muy relevante y reiteradamente citado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación fallado en única instancia, en el que se dijo que para la fijación del quantum de este rubro ha de tenerse en cuenta su carácter resarcitorio, la índole del hecho generador de la responsabilidad y la entidad del sufrimiento causado, como así también que no tiene necesariamente que guardar relación con el daño material pues no se trata de un daño accesorio a éste, tras lo cual se lo fijó en \$ 28.000, es decir, sin trazarse paralelismo alguno con el costo de algún placer compensatorio (“Mosca, Hugo A. c/ Provincia de Buenos Aires y otros”, del 06.03.2007, LL, 2007-B, pág. 259 y sig.; también puede verse del mismo Superior Tribunal la causa “Migoya, Carlos A. c/ Provincia de Buenos Aires y otros s/ Daños y Perjuicios”, del 20.12.2011, LL 09.03.12.). De modo que no es *prima facie* descalificable un fallo por el hecho de no acudir al criterio de los “placeres compensatorios” para fijar el daño moral.

Admito que podría sostenerse que el argumento vertido en el párrafo anterior es “de autoridad”. Ello es exacto, pero no solo reparo en la autoridad jerárquica sino también en la autoridad intelectual de los magistrados que conforman nuestro cimero Tribunal nacional.

Por otro lado, la tesis de los placeres compensatorios también tiene sus puntos criticables o dificultades, tal como se admite –en un noble gesto de honestidad intelectual- en la propia sentencia de la Cámara de Bahía Blanca.

Uno de ellos se verifica en los supuestos de “daños irreparables”, como es el caso paradigmático de la muerte del hijo. Sin embargo, hemos de convenir que esta es una limitación que enfrenta cualquier método de cuantificación del daño moral, pues, como se señala en dicha sentencia, en estos casos “... *el resarcimiento necesariamente debe ser infravalorado ya que la cuantificación del daño tiende al infinito ...*”. En idéntica orientación, se señala en los Fundamentos del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación que a la hora de fijar la indemnización hay limitaciones difíciles de superar, como ocurre, por ejemplo, con la indemnización dineraria que nunca puede conformar la desaparición de un ser querido.

Por otro lado, y tal como se explica en esa misma sentencia, la tesis de los placeres compensatorios exige necesariamente –a la hora de cuantificar el daño moral- tener en cuenta la condición económica y social de la víctima, de modo que la indemnización habrá de ser menor o mayor en función de dicha circunstancia. Si bien el razonamiento lógico es inobjetable para quienes adhieren a esta tesis –si una persona adinerada recibe una suma “modesta” no podrá procurarse placeres compensatorios que remedien su padecimiento, como sí ocurriría si se tratara de una persona muy humilde-respetuosamente no lo comparto. Por el contrario, entiendo que si dos personas de condiciones socioeconómicas muy distintas sufren un daño moral similar (podemos pensar inclusive en dos personas que son víctimas de un mismo ilícito)

la reparación ha de ser en principio igual, y si difieren podría ser por circunstancias distintas a esa diferencia socioeconómica. Así, por ejemplo, si dos familias son víctimas de un mismo corte de suministro eléctrico que se extiende por varios días o semanas, estimo valioso tener en cuenta para fijar el daño moral la cantidad de miembros que integran cada familia, sus edades, su mayor necesidad de suministro eléctrico en razón de alguna situación especial (ej: personas ancianas que no pueden bajar o subir escaleras), más no la situación socioeconómica de ambas familias. Inclusive la estrechez económica podría ser un elemento para incrementar la indemnización del daño moral, ya que la familia humilde no tiene –en el ejemplo dado- la posibilidad de alojarse en un hotel mientras dura el apagón, o de ir en auto a un supermercado para adquirir alimentos frescos. Estas reflexiones me traen a la memoria precedentes de este tribunal que se remontan a varios años atrás, en los que los estimados ex integrantes de esta Sala sostenían –con cita de Zavala de González- que la pérdida de chance por la muerte de un hijo ha de generar una indemnización mayor cuando la familia es de condición modesta (causas n° 48.994, “Da Costa Fiusa”, del 08.02.06., primer voto del Dr. Ojea; n° 51.598, “García”, del 19.06.08., primer voto del Dr. Céspedes).

Por otro lado, si bien las sentencias que fijan el daño moral acudiendo a parámetros que se consideran “justos”, “prudentes” o “razonables” pueden ser sospechadas de arbitrariedad, entiendo que no debe confundirse arbitrariedad con subjetivismo. En tal sentido, afirma el eminente jurista Ramón Pizarro en su clásica obra que la determinación del quantum indemnizatorio del daño moral está presidida de una marcada dosis de subjetivismo, y que la propia entidad extrapatrimonial del perjuicio y la inexistencia de un mercado de valores espirituales afectados impide una calibración exacta en términos económicos. Y a continuación añade que el cartabón para medir el daño moral es diferente que el que rige en materia de daño patrimonial, ya que *“es el metro de la mente y del espíritu el que brinda la solución”* (aut. cit., “Daño moral”, pág. 385).

Asimismo, no debemos olvidar que la razonabilidad es un principio que nutre de sentido común al sistema, al punto que ha sido defendido su empleo como criterio de individualización de la norma y de fundamento de la decisión judicial (Patti, Salvatore “La razonabilidad en el derecho civil”, LL 2013-B-1034).

En síntesis, los dos sistemas expuestos son los que suelen utilizarse para mensurar el daño moral; como bien se afirma en la sentencia de la Cámara bahiense, no se conocen otros, más allá –agrego- de que ambos han sido formulados con diferencias de matices. Autores de la talla de Pizarro afirman que en definitiva todo ha de quedar librado al prudente arbitrio judicial pero teniendo en cuenta toda una serie de circunstancias, tales como la gravedad objetiva del daño causado; que el daño moral se determina en función de la entidad que asume la modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, y por la repercusión que tal minoración provoca en el modo de estar de la víctima; la

índole del hecho generador y demás circunstancias del caso (personalidad del ofensor y de la víctima, los sufrimientos y molestias padecidos, etcétera). Otros autores, del prestigio de Mosset Iturraspe, admiten la tesis de los “placeres compensatorios” (un panorama completo puede verse en el “Tratado de la Responsabilidad Civil” de Félix Trigo Represas y Marcelo López Mesa, La Ley, T. I pág. 546 y sig. y de la misma obra el tomo final, “Cuantificación del daño”, pág. 114 y sig.).

Ello me lleva a concluir –en respuesta concreta al agravio de la demandada- que la metodología utilizada por la Sra. Juez de grado para cuantificar el daño moral no es en sí misma objetable, máxime si tenemos en cuenta que para hacerlo definió el rubro en cuestión y se refirió a las molestias concretas que debió soportar el actor (fs. 187), lo que revela que fijó una suma que consideró “justa” en atención a las particularidades del caso.

Para finalizar, creo que es muy ilustrativo reiterar que la suma que en este caso fijó la Sra. Juez de grado por considerarla “justa” coincide exactamente con la fijada por la Cámara de Bahía Blanca, y ambas sentencias recayeron en casos que tienen algunas analogías fácticas, por tratarse de molestias ocasionadas a clientes con motivo de operaciones bancarias vinculadas a tarjetas de crédito.

Por todo lo expuesto, entiendo que el agravio no es de recibo, lo que me lleva a propiciar la confirmación de este aspecto del fallo.

d) Resta, para finalizar, considerar los agravios de ambas partes relacionados con el daño punitivo que -como ya vimos- la Sra. Juez “a quo” fijó en \$ 5000.

Tal como quedó reflejado en la reseña inicial, la parte demandada se agravia de la procedencia de este rubro y, en subsidio, de su cuantificación (fs. 224/225).

Por su parte, la actora solicita el incremento del daño punitivo, fundando su pretensión, en primer término, en la gravedad de los dichos empleados por la accionada al contestar demanda. Sin embargo, en los párrafos finales de su memorial emplea fórmulas más amplias (fs. 215 últimos dos párrafos y fs. 215vta.), lo que permite interpretar que también considera insuficiente dicha condena por las faltas originarias cometidas por el Banco.

i. Comenzando por el agravio de la accionada relativo a la procedencia del daño punitivo, recordemos que el art. 52 bis de la ley 24240 dispone que *“Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. 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 artículo 47, inciso b) de esta ley.”*

La doctrina más calificada ha dicho que en atención al carácter punitivo de la figura no basta el mero incumplimiento, sino que es necesario que se trate de una conducta particularmente grave, caracterizada por la presencia de dolo (directo o eventual) o, como mínimo, de una grosera negligencia (Lorenzetti, Ricardo Luis, "Consumidores", 2ª edición, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2009, pág. 563, citado por la Cámara Civil y Comercial de Bahía Blanca en autos "C., M. C. c/ Banco de Galicia y Bs. As. S.A. s/ Nulidad de acto jurídico", del 28.08.14.).

También es muy ilustrativo el desarrollo que se hizo sobre los presupuestos para la procedencia del daño punitivo en un precedente de la Sala II de esta Cámara, cuyos párrafos pertinentes me permitiré transcribir a continuación (causa n° 57494, "Rossi", del 11.06.13., con primer voto del Dr. Galdós):

"Dado que se cuestiona la procedencia del instituto cabe –brevemente- puntualizar que el daño punitivo previsto en el art. 52 bis de la L.D.C. (...) consiste en adicionar al dañador un "plus" de condenación pecuniaria sancionando su grave inconducta, lo que repercutirá con efectos ejemplificadores con relación a terceros" ("Daños punitivos. Diálogos de la Doctrina" Llamas Pombo, Eugenio - Mayo, Jorge A. - Galdós, Jorge: L.L. 2011-E, 1155; "Los daños punitivos. Su recepción en el Código Civil de 1998. Primeras aproximaciones", RCyS, 1999-23 y "Daño moral colectivo. Daños punitivos y legitimación procesal activa", Revista de Derecho de Daños n 6-Daño Moral, p. 133.). Señala Pizarro que los daños punitivos "son sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinadas a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro" (Pizarro Ramón, "Derecho de Daños-Segunda Parte-Homenaje al Dr. Profesor Félix A. Trigo Represas", pág. 291). Kemelmajer de Carlucci acota "que "los punitive damages" se conceden para sancionar al demandado (el sujeto dañador) por haber cometido un hecho particularmente grave y reprobable con el fin de disuadir o desanimar acciones del mismo tipo" (Kemelmajer de Carlucci, Aída "¿Conviene la introducción de los llamados "daños punitivos" en el derecho Argentino?" N°. 3). (...)"

"Pese a las críticas vertidas a la regulación del instituto que efectúa el art. 52 bis L.D.C., lo cierto es que esa norma es objeto de interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales correctoras. La configuración de los daños punitivos requiere de dos requisitos: uno subjetivo y otro objetivo. El elemento subjetivo exige algo más que la culpa y debe concurrir una conducta deliberada, culpa grave o dolo, negligencia grosera, temeraria, actuación cercana a la malicia; es decir si se trata de "una subjetividad agravada en la conducta del sujeto pasivo (dolo o culpa grave)" y "proceden únicamente en casos de particular gravedad que trasuntan menosprecio" por los derechos ajenos (conf. "Daños Punitivos. Prólogo de Doctrina" cit. L.L. 2011-E, 1155). "La condena por daños punitivos es procedente sólo ante la presencia de un hecho doloso o gravemente culpable" (López Herrera Edgardo "Los daños punitivos en el

Derecho Argentino art. 52 bis. Ley de Defensa del Consumidor” Lexis N° 003/013877). La jurisprudencia al interpretar el art. 52 bis de la ley 24240 siguió ese criterio de considerar insuficiente la culpa como factor de atribución subjetivo exigiéndose: “grosera indiferencia” (Cám. Civ. y Com. Salta Sala I, 13/4/11 “P., D.H. c/ Telecom Personal S.A.” con nota aprobatoria de Ondarcuhu, José “Los daños punitivos vienen marchando en la jurisprudencia nacional” L.L. 2011-C-123); haber “actuado con desdén” (Cám. Civ. Com. y Minería Gral. Roca, 26/03/10 “Ríos Juan Carlos c/ Lemano SRL”, RCyS 2010-225); mediar “abuso de posición de poder del proveedor que evidencia un menosprecio grave de derechos individuales y de incidencia colectiva” (C.C. Com. Mar del Plata Sala II, 27/5/09, “Machinandiarena Hernández c/ Telefónica de Argentina” cit. L.L. 2009-C-647); “graves inconductas de los proveedores de bienes y servicios” (C.C. Com. Rosario Sala II, 29/07/10 “Rueda Daniela c/ Claro Amx Argentina S.A.”, LL 2010-F, 397); “una conducta particularmente grave” (Cám. Nac. Com., 26/04/11 “Fasan Alejandro c/ Volkswagen S.A., elDial.com-AG21ED); un “daño causado con malicia, mala fe, grosera negligencia” (Cám. Civ. de 1ª Nominación de Córdoba, 27/10/11 “Navarro c/ Gilpin”, cita online: AR/JUR/69904/2011). Se advierte claramente que la interpretación correctora del texto legal se inclina mayoritariamente por no aplicar la multa civil ante el mero incumplimiento (Rúa María Isabel “El daño punitivo a la luz de los precedentes judiciales”, J.A. 09/11/2011 fasc. 6, pág. 10; citar Abeledo Perrot N°: 0003/015640).”

“Con relación al segundo requisito, el elemento objetivo, consiste –en lo conceptual- en una conducta que produzca un daño que supere un piso o umbral mínimo y que le confiera, por su trascendencia social, repercusión institucional o por su gravedad una apoyatura de ejemplaridad (conf. “Daños Punitivos. Diálogos de la Doctrina” cit. L.L 2011-E, 1155). La Suprema Corte de Buenos Aires la admitió cuando confirmó el “leading case” de la Cámara de Mar del Plata en la que se juzgó un supuesto de grave conculcación del trato digno del consumidor (Cám. Civ. y Com. Mar del Plata, Sala H, 27/05/2009 cit. L.L. 2009-C-640). Sostuvo la Suprema Corte que “al examinar la admisibilidad de la multa civil puede repararse en la relación de consumo, puesto que de la comisión de un hecho ilícito –el acto discriminatorio- pueden originarse diferentes consecuencias o efectos jurídicos, más aún cuando los reclamos no son incompatibles entre sí (doct. art. 499, 896, 1066 y concs. Cód. Civ.; arts. 1, 3, 8bis, 52 bis, ley 24.240)” (S.C.B.A. Ac. C109005, 06/11/12 “Marchinandiarena Hernández Nicolás c/ Telefónica de Argentina S.A.”, con nota de Carlos A, Ghersi “La importancia del daño punitivo y la reparación integral”, L.L.B.A. dic.2012 pág.1175).”

Aplicando estos principios al caso de autos, entiendo que la multa civil es procedente, en consonancia con lo decidido por la Cámara bahiense en el precedente antes citado, el cual –como ya dije- guarda algunas analogías con el presente.

Es que, como allí lo afirma el Dr. Peralta Mariscal en su primer voto, “el banco es un profesional que se relaciona con profanos y a los cuales debe informar, y este deber es genético y funcional” (Lorenzetti, Ricardo

Luis, “Consumidores”, 2ª edición, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2009, pág. 445), por lo que resulta inadmisibile que haya informado al cliente con los errores que he señalado en el presente voto, los que, a mi modo de ver, son configurativos de una grosera negligencia. Pero –coincidiendo con la Sra. Juez de grado- resulta más censurable aún que el Banco demandado no haya reconocido su error de inmediato, ya que luego de tomar conocimiento de la situación a través del cliente siguió insistiendo en que el error era atribuible a éste y opuso trabas burocráticas a la pretensión de la actora de retirar el dinero inútilmente depositado.

ii. Sentado lo anterior, resta incursionar en la cuestión atinente a la cuantificación de este rubro, sobre la cual –como antes vimos- convergen los agravios de ambas partes.

Como punto de partida, creo necesario dejar aclarado que el fundamento primario vertido por la actora para lograr el incremento de este rubro –es decir, el contenido supuestamente ofensivo de la contestación de demanda- no puede ser admitido. Arribo a tal conclusión por los mismos argumentos vertidos “ut supra” en relación al daño moral, a los cuales remito en honor a la brevedad. Sí creo pertinente agregar que en un reciente precedente de esta Sala se puso de resalto que, conforme surge del propio art. 52 bis de la ley 24240, el daño punitivo procede a instancias del damnificado, lo que también implica someterlo a su impulso procesal y a su diligencia probatoria (causa n° 58867, “Credil”, del 22.05.14., con cita –en ese aspecto- de Junyent Bas, Francisco A.; Varizat, Andrés Federico y Garzino, María Constanza “Destinatario de la multa en el daño punitivo”, La Ley, 2013-B, pág. 696; nuestro fallo es comentado por Carlos Hernández, “Breves reflexiones sobre un interesante fallo que da cuenta de la agenda actual del Derecho del Consumidor: acerca de daños punitivos, prácticas abusivas y pagarés de consumo”, en Revista de Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa, LL, 2014-5, págs. 120 a 128). Ello corrobora que no es posible que este tribunal emita opinión sobre el contenido de la contestación de demanda y su eventual incidencia en el monto del daño punitivo, dado que –como ya vimos- la providencia de fs. 67 clausuró definitivamente tal posibilidad.

Aclarado lo anterior, el art. 52 bis de la ley 24240 dispone que la multa debe graduarse considerando la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, con independencia de las otras indemnizaciones que correspondan, agregándose como pauta de interpretación por la doctrina la índole del hecho generador, proporcionalidad de la sanción con la gravedad de la falta, su repercusión social, peligro de la conducta del accionado en los términos del beneficio que obtiene, perjuicio que la infracción genera en el consumidor, grado de intencionalidad, gravedad de los riesgos o afectaciones sociales generados, existencia de reincidencia, etc. (Mosset Iturraspe, Jorge y Wajtraub, Javier “Ley de Defensa del Consumidor”, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008, pág. 278 y sig.; citado por la Cámara Civil y Comercial de Bahía Blanca en autos “C., M. C. c/ Banco de Galicia y Bs. As. S.A. s/ Nulidad de acto jurídico”, del 28.08.14.). También se dice en un párrafo de este fallo que fijar el monto de los

daños punitivos es una tarea delicada, siendo premisas ineludibles: a) que no es un resarcimiento; b) que es una sanción; c) que tiene incidencia la gravedad de la falta; d) que no tiene relación directa y lineal con los rubros indemnizatorios; e) que debe cumplir una función preventiva disuadiendo al infractor de reincidir en conductas análogas.

En el precedente de la Sala II de esta Cámara antes citado (causa n° 57494, “Rossi”, del 11.06.13.) se pasó revista a los montos fijados en precedentes de distintos tribunales, tomándose como base un trabajo doctrinario en el que se llevó a cabo tal investigación (Chamatrópulos, Demetrio Alejandro “Aplicación Jurisprudencial de los Daños Punitivos” La Ley 03.09.2012). Como lo explica el Dr. Galdós al emitir el primer voto, este cotejo puede resultar conveniente con la finalidad de procurar en esta materia –como en los restantes supuestos de daños a las personas- cuantificaciones homogéneas que le confieran predictibilidad al instituto. Sin embargo, también reflexiona el distinguido colega que la disparidad de montos que se advierte en ese cotejo, si bien obedece a las singularidades de cada caso, también pone de relieve que a la intrínseca dificultad para cuantificar los daños materiales y morales a las personas se le añade aquí una más: la naturaleza sancionatoria y disuasiva de la multa civil que no constituye un resarcimiento de daños. Es ilustrativo señalar que en ese precedente –en el que se probó que la actora había sido inducida a error al comprar una heladera de alta gama, pues la publicidad llevaba a pensar que había sido íntegramente fabricada en Estados Unidos, pero roto el motor se comprobó que el mismo era de fabricación brasileña, aunque fue reemplazado- se fijó como daño punitivo la suma de \$ 11.000, la que se consideró adecuada de acuerdo a las circunstancias del caso y a que ya se había aplicado una multa de \$ 2000 en sede administrativa.

Por su parte, en el precedente de la Sala II de la Cámara de Bahía Blanca que tantas veces he mencionado a lo largo de este voto (“C., M. C. c/ Banco de Galicia y Bs. As. S.A. s/ Nulidad de acto jurídico”, del 28.08.14.) se afirmó, como premisa inicial, que *“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, postura que ha sido aprobada por unanimidad en el citado Tercer Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores...”*. Sentada tal premisa, el tribunal bahiense explicó que resultaba conveniente atenerse en cuanto fuere posible a modelos matemáticos, y empleando una fórmula propuesta por el también bahiense Matías Irigoyen Testa –que se explica acabadamente en el fallo y en su comentario efectuado por el mismo autor- se fija la suma de \$ 1.000.000 (un millón) por este concepto.

Como puede apreciarse, en materia de daños punitivos existe un dilema similar al que se presenta con la cuantificación del daño moral, ya que se discurre entre dos métodos posibles: el primero –utilizado en la mayoría de los precedentes jurisprudenciales- que cuantifica el daño punitivo en

una suma que se estima razonable en atención a una serie de particularidades que presenta el caso, y el segundo –utilizado en el precedente de la Cámara bahiense- que emplea fórmulas matemáticas.

Si bien el método de las “fórmulas matemáticas” responde al loable propósito de evitar arbitrariedades –al igual que la tesis de los “placeres compensatorios” para el daño moral-, para su utilización es necesario acudir a presunciones hominis derivadas del sentido común y de la experiencia del juzgador, pues –por ejemplo- uno de los datos que hay que incorporar a esa fórmula es qué cantidad de consumidores afectados por una situación semejante estarían dispuestos a iniciar un reclamo y qué posibilidades tendrían de coronar el mismo con una resolución favorable.

En razón de ello, estimo que si bien los criterios matemáticos podrían ser útiles en aquellos casos en los que se cuente con cifras confiables –vgr., conocer cuántos automóviles con un determinado defecto produjo una fábrica que luego se abstuvo de informar sobre el mismo a los adquirentes-, los mismos pueden conducir a resultados azarosos cuando esos datos surgen de la estimación del juzgador. Ciertamente, no me siento autorizado para estimar cuántas personas se encuentran en situación similar a la del Sr. Zampieri, cuántas estarían dispuestas a iniciar un proceso, cuántas obtendrían éxito en el mismo, etc. Por otro lado, las máximas de la experiencia me indican que en nuestro Departamento Judicial no son tan pocos los juicios iniciados con sustento en infracciones a la Ley de Defensa del Consumidor, y además sabemos que en muchos casos los reclamos se solucionan extrajudicialmente o después de una denuncia ante la Oficina Municipal de Información al Consumidor (O.M.I.C.).

Por todo lo expuesto, teniendo en cuenta –como dato que ha de gravitar a favor de la demandada- que el ilícito provocado por el Banco de Galicia no persiguió un enriquecimiento incausado a costa del cliente ni causó un daño con repercusión social, pero, como contrapartida, que consistió en un acto de grave negligencia que colocó a su cliente en una situación angustiante como lo es la de encontrarse en el exterior sin poder utilizar su tarjeta de crédito, y además –y muy especialmente- que nunca reconoció su error ni allanó el camino para que el cliente recuperara el dinero inútilmente depositado, propongo aumentar este rubro a la suma de \$ 60.000 (arts. 52 bis de la ley 24.240 y 165 tercer párrafo del C.P.C.C.).

Si ello es compartido, el monto de condena se elevará a \$ 80.000, al que se le aplicará el régimen de intereses dispuesto en la instancia de origen.

Así lo voto.-

El Señor Juez Doctor **Bagú adhirió** por los mismos fundamentos **al voto precedente.-**

A LA TERCERA CUESTION: El Señor Juez Doctor **LOUGE EMILIOZZI** dijo:

Atento lo acordado al tratar las cuestiones anteriores, propongo al acuerdo:

I) Desestimar el planteo de deserción del recurso interpuesto a fs. 189 y fundado a fs. 209/215.

II) Confirmar en lo principal que decide la sentencia apelada de fs. 182/188, elevando el monto de condena a \$ 80.000, al que se le aplicará el régimen de intereses dispuesto en la instancia de origen.

En atención al éxito de los recursos, propongo que las costas correspondientes a esta instancia sean soportadas en un 20% por la actora y en un 80% por la demandada (arts. 68, 71 y conc. del C.P.C.C.), difiriéndose la regulación de honorarios para la oportunidad del art. 31 de la ley 8904.

Así lo voto.-

El Señor Juez Doctor **Bagú adhirió** por los mismos fundamentos **al voto precedente.-**

Con lo que terminó el acuerdo dictándose la siguiente

• **S E N T E N C I A-**

POR LO EXPUESTO, demás fundamentos del acuerdo y lo prescripto por los arts. 266 y 267 del C.P.C.C., **se Resuelve:** **I)** Desestimar el planteo de deserción del recurso interpuesto a fs. 189 y fundado a fs. 209/215; **II)** Confirmar en lo principal que decide la sentencia apelada de fs. 182/188, elevando el monto de condena a \$ 80.000, al que se le aplicará el régimen de intereses dispuesto en la instancia de origen. Con costas de alzada en un 20% a la actora y en un 80% a la demandada (arts. 68, 71 y conc. del C.P.C.C.), difiriéndose la regulación de honorarios para la oportunidad del art. 31 de la ley 8904. Notifíquese y devuélvase.