

**SENTENCIA NÚMERO: 116**

En la Ciudad de Córdoba a los 02 días del mes de octubre del año dos mil diecinueve, siendo las 11,30 horas se reunieron en Audiencia Pública los Señores Vocales de esta Cámara Quinta de Apelaciones en lo Civil y Comercial, en presencia de la Secretaria autorizante, a los fines de dictar sentencia en estos autos caratulados: **“QUIROGA CRESPO, CARLOS GUIDO JOSE C/ BANCO ITAU ARGENTINA S.A. – ORDINARIO- DAÑOS Y PERJ. - OTRAS FORMAS DE RESPONS. EXTRA CONTRACTUAL – EXPTE. N° 6079690”**, venidos en apelación del Juzgado de Primera Instancia y 10° Nominación en lo Civil y Comercial a cargo de la Dra. Silvana Castagno de Girolimetto, quien mediante Sentencia número 271 del 14/9/2018 (fs. 1627/1661), resolvió: ***“I) Hacer lugar parcialmente a la demanda interpuesta por el Sr. Carlos Guido Quiroga Crespo contra el Banco Itaú Argentina S.A. En consecuencia, condenar a la entidad demandada a abonar el accionante la suma de pesos ciento noventa y seis mil trescientos noventa (\$ 196.390,00), comprensiva de: a) daño material por la suma de pesos seis mil trescientos noventa (\$ 6.390,00); b) daño moral por la suma de pesos cuarenta mil (\$ 40.000); y daño punitivo por la suma de pesos ciento cincuenta mil (\$ 150.000), con más los intereses establecidos en el Considerando respectivo. II) Imponer las costas en un 90% a la parte demandada y en un 10% a la parte actora. Regular los honorarios profesionales del Dr. Hugo N. Lafranconi en la suma de pesos veintisiete mil ciento noventa y dos con 47/00 (\$ 27.192,47), con más la suma de pesos dos mil cuatrocientos sesenta con 87/00 (\$ 2.460,87), equivalente a 3 jus, en virtud de lo establecido en el art. 104 inc. 5 de la ley 9459. Regular los honorarios del Dr. Martín Juárez Ferrer en la suma de pesos cuarenta mil setecientos ochenta y ocho con 72/00 (\$ 40.788,72). Regular los honorarios profesionales de la Dra. Magdalena Allende en la suma de pesos cuarenta mil quinientos setenta y uno con 64/00 (\$ 40.571,64). Regular los honorarios del Sr.***

*Perito contador oficial Cr. Gustavo Arnau en la suma de pesos equivalentes a 12 jus, esto es: \$ 9.843,48, con más la suma de pesos novecientos ochenta y cuatro con 35/00 (\$ 984,35) correspondientes a los aportes a la Caja de Previsión de Ciencias Económicas, según lo establecido por el art. 7 inc. b) 2 de la ley 8349. Regular los honorarios de la Perito oficial en informática Lic. Ariadna Dacci Piccoli, en la suma de pesos equivalentes a 12 jus, esto es: \$ 9.843,48. Regular los honorarios de los peritos de control Cr. Marcos Patiño y Cr. Nicolás Striützke en la suma de pesos \$ 4.921,74, los cuales serán a cargo de sus proponentes. III) Rechazar el pedido de imposición de multa en términos del art. 83 del CPC formulado por la parte actora, por los fundamentos expuestos en el Considerando respectivo. Protocolícese, hágase saber y dése copia”.-*

Realizado el sorteo de ley, la emisión de los votos resultó de la siguiente manera:

**Joaquín Ferrer, Claudia E. Zalazar y Rafael Aranda.-**

Este Tribunal en presencia de la Actuaria, se planteó las siguientes cuestiones a resolver: 1º) **¿Procede el recurso de apelación de la demandada?**

2º) **¿Procede el recurso de apelación de la actora?**

3º) **En su caso, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?**

**EL SEÑOR VOCAL JOAQUÍN FERRER A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA DIJO:**

1) Contra la sentencia de primera instancia, cuya parte resolutive ha sido transcripta precedentemente, la parte demandada interpuso recurso de apelación, el que concedido, hizo radicar la causa en esta instancia. Corrido traslado a la contraria, la parte no lo evacúa por lo que se le da por decaído el derecho dejado de usar a fs. 1729. La Sra. Fiscal de Cámaras, por su parte, emite su dictamen a fs. 1735/1748. Firme y consentido el decreto de autos queda la causa en estado de ser resuelta.

2) La sentencia apelada contiene una relación de causa que satisface las exigencias del art. 329 del CPCC, por lo que a la misma me remito, en honor a la brevedad.

La Dra. Magdalena Allende, por la parte demandada, expresa agravios a fs. 1706/1725. Cuestiona como **primer agravio** que el fallo dictado determine que existe incumplimiento contractual del Banco. Critica que se descarte el hecho dirimente de que el actor reconoció haber abonado la deuda con el Banco el 06/05/2014 mediante transferencia bancaria, consintiendo y reconociendo la deuda. Se queja, asimismo, de los testimonios que han sido valorados en la causa. Postula que el Sr. Buteler continúa siendo cliente de su entidad y que el Sr. Rodríguez Junyent es completamente imparcial. Sostiene que la jueza ha hecho la vista gorda a que este testigo ha deliberadamente ocultado la verdadera relación íntima que tiene con el actor. Rechaza que se dispense, avale y justifique el ocultamiento que hizo el testigo de la verdadera relación que lo vincula con el actor. Enfatiza que en un momento el testigo menciona que conoce al actor por gente en común y años más insiste en una mera relación abogado-cliente. Expresa que el día anterior de la audiencia se había enterado de un viaje compartido entre el actor y el testigo con sus parejas a Estados Unidos, por lo que lo cuestionó al testigo en este sentido, siendo reconocido por éste la existencia del viaje. Alude que si su parte no se hubiera enterado del viaje el testigo no hubiera reconocido su existencia. Lamenta la existencia de testigos truchos sin consecuencias penales. Acota que la Juzgadora menciona el principio de buena fe en todo el fallo, pero olvida que el mismo rige para todas las partes. Refiere que este tipo de testigos obstaculiza la justicia. Peticiona que se descarte el testimonio de Rodríguez Junyent.

Critica que se tenga por probado que el Banco acudió a modos de actuación para la concertación de contratos similares con diversos sujetos. Señala que la Jueza tiene por probada esta circunstancia por tres testimonios: el de Rodríguez que debe descartarse; el de Vega que dijo recibir la oferta por correo postal y del Buteler que no ha tenido problema con el Banco. Concluye que la jueza tiene por cierto que el Banco acudió a diversos métodos de concertación de contratos por solo un testigo,

que no fue visitado por personal alguno del Banco sino que se le envió vía correo postal y no tiene relación con la modalidad denunciada por el actor en su demanda.

Esgrime que no hay un solo elemento en autos que permita inferir la existencia de práctica abusiva, de publicidades con inexactitudes u ocultamientos susceptibles de inducir a error, engaño o confusión por parte del Banco.

Señala, en otro punto, que el juez tiene por cierto que el actor nunca recibió el resumen de cuenta con el anexo de cambio de condiciones al domicilio de La Rioja. Reconoce que el resumen fue enviado por correo postal simple a ese domicilio. Refiere que el actor nunca denunció otro domicilio pero no hay elementos en autos que permitan acreditar que el actor hubiera denunciado otro distinto. Destaca que la pericia informática producida en el amparo, verifica que de los sistemas informáticos del Banco resulta que el domicilio registrado por el cliente es el de La Rioja. Solicita que se valore que no hay ningún elemento en autos que permita al juez apartarse de tener por acreditado que el domicilio denunciado era el de La Rioja.

Denuncia que el juez cae en un vicio de razonamiento ya que hace un increíble esfuerzo para mejorar la débil situación jurídica en que se encontraba el actor. Señala que toma como válido y suficiente para probar el modo de actuación del Banco el envío por correo postal de la supuesta publicidad del paquete de servicios, pero considera abusivo e insuficiente el envío de resumen de cuenta al domicilio del actor.

Añade que en la pericia informática (que no fue impugnada por el actor) surge que de la documentación anexa se le notifica al actor que las comisiones entrarían en vigencia el 01 de enero de 2014. Destaca que tal notificación fue enviada en octubre de 2013 como un anexo del resumen de cuenta. Agrega que en este último apartado y bajo el texto en imprenta mayúscula y destacado “IMPORTANTE” se les hacía saber a los firmantes de Convenios las condiciones para 2014. Enfatiza que el actor

quedó notificado tres meses antes de que entraran en vigencia las comisiones dispuestas por el Banco. Insiste en que el actor recibió el resumen de cuenta, quedando notificado en tal acto de las modificaciones a partir de enero de 2014. Invoca que Quiroga no efectuó rechazo alguno al nuevo régimen de comisiones, consintiendo la modificación.

Arguye que no estaba el actor obligado a aceptarla, ya que se le había informado que podía rescindir el contrato en cualquier momento y sin penalidad alguna. Insiste en que el actor no hizo observación alguna a tal comunicación ni hizo uso de su derecho a rescindir el contrato por lo que las notificaciones quedaron tácitamente aceptadas por el mismo.

Sostiene que el hecho de que una entidad haga una determinada publicidad en un momento dado y fije bonificaciones extraordinarias no significa que el cliente que acepte tenga un derecho de por vida a gozar de tales beneficios. Considera que allí reside el error de la Jueza. Afirma que así como se le informó al actor este tenía derecho a rescindir el contrato sin penalidad alguna, lo que no hizo. Insiste en que no hubo comportamiento irregular del Banco.

Arguye que de la misma manera que el actor tenía derecho a rescindir el contrato, el Banco tenía derecho a modificar sus condiciones. Refiere que el actor en su demanda confesó que de buena fe no se preocupó por recibir los resúmenes de cuenta y que por culpa de los ecologistas los consumidores no pueden acceder a sus resúmenes. Indica que pese a proclamarse un asesor letrado de varias tarjetas y hombre de negocios invoca su propia torpeza y pide que un Banco lo indemnice por no haberse preocupado por recibir los resúmenes de cuenta.

Alega que, siendo que la demanda se basó en que el Banco envió los resúmenes a un domicilio que no correspondía o que el actor no se anotició de tales liquidaciones, cae absolutamente cuando el actor reconoce la deuda y la abona más allá de las reservas, las que entiende no están acreditadas. Postula que cualquier impugnación a

una liquidación debe hacerse por medio fehaciente y no por un supuesto correo electrónico no acreditado.

Critica que la Jueza ponga en cabeza del Banco desacreditar tal comunicación. Indica que no existió tal comunicación, por lo que no sería posible realizar prueba negativa.

Cuestiona que pese a ser el actor una persona de derecho con amplios conocimientos en la materia, la Magistrada entienda que ha sido engañado en su buena fe, omitiendo valorar toda la prueba ofrecida por su parte. Añade que la Jueza no ha valorado el art. 902 del C.C. Enfatiza que siendo una persona especialista en la materia no podía invocar desconocimiento y buena fe.

Insiste en señalar que el actor consintió el cambio de condiciones, cumplió con el pago de los cargos devengados, sin ejercer ninguno de los derechos que la ley le otorga, entre ellos el de resolver el contrato. Refiere que la Magistrada ha obviado el principio general de la doctrina de los actos propios. Transcribe el art. 316 del CPCC, en el que entiende se recepta tal principio. Refiere que la conducta de las partes es un medio de convicción para el juzgador. Efectúa manifestaciones vinculadas al alcance del principio. Alega que en el caso de autos una primera conducta es que el actor acepta el cambio de condiciones y abona los cargos mensuales, sin ejercer su derecho de resolver el contrato sin costo o penalidad. Señala que esta conducta es total y absolutamente contradictoria con la asumida.

Sintetiza que la *A quo* no ha dado real valor a las conductas de las partes cumplidas con anterioridad a la interposición a la demanda, sin elemento probatorio alguno, dado por sentado múltiples circunstancias de las cuales no existe una sola probanza. Concluye que no habiendo su parte incumplido obligación contractual alguna, la totalidad de la sentencia debe revocarse.

En un **segundo agravio**, de modo subsidiario, se queja de la admisión del daño emergente, gastos de gestiones y de juicio. Señala que el accionante no tiene

derecho a reclamar el reembolso de los \$ 540 pagados, ya que fue realizado dentro de una relación contractual y sujeta a sus términos. Destaca que durante todo este tiempo el actor contó con todo el paquete de servicios contratados por lo que no procede su restitución. Enfatiza que los cargos fueron realizados por una relación contractual consentida. Arguye que siendo el actor abogado pudo plantear su rechazo a dicha modificación, o haber ejercido su derecho a resolver el contrato.

En relación a la suma de pesos cinco mil, afirma que la Jueza ha reconocido expresamente que tal suma no se acreditó en autos, al tiempo que no se acompañaron los comprobantes de gastos denunciados. Indica que al contestar la demanda negaron que hubiera pagado \$ 5.000 a su abogado por el juicio de habeas data. Considera llamativo que el actor siendo abogado no hubiera exigido una factura a su letrado. Cuestiona que el actor exprese que los abogados no extienden factura o recibo por sus tareas.

Califica de absurdo que el actor, siendo abogado, pida asesoramiento a un primo hermano para iniciar un juicio de amparo. Critica que la Jueza sostenga que su parte no desvirtuó tal afirmación, obligándolo a una prueba negativa. Añade que resulta llamativo que su abogado haya sido su primo hermano, quien a la fecha de la demanda trabajaba en su estudio como empleado.

Agrega, en relación a la suma de \$ 850 por el acta de constatación que, si bien se acompaña la factura, esta no ha sido reconocida en juicio, por lo que deberá rechazarse su procedencia. Refiere que la única manera de probar la autenticidad de un instrumento privado es mediante prueba testimonial.

Afirma que el carácter de consumidor no lo exime de probar los daños reclamados, como así tampoco el carácter de demandado del Banco lo pone en una posición de abonar daños que no han sido acreditados. Sostiene que el principio es que quien alega un daño debe probarlo. Califica de arbitraria la resolución del Tribunal.

En un **tercer agravio** cuestiona el daño moral mandado a pagar. Cuestiona tal

condena pese a la absoluta orfandad probatoria. Afirma que la Jueza no indica que elementos de valor probatorio son tomados en autos para poder llegar a tal conclusión. Critica que se tome como ejemplos acuerdos arribados con el Banco en otras causas los cuales no tienen sentencia y han sido suscriptos sin reconocimiento de hechos ni derechos. Precisa que las sumas acordadas lo fueron en todo concepto.

Insiste en que la actora no rindió prueba alguna del daño moral sufrido. Expresa que se limitó a citar a terceras personas que reiteran sus propios problemas. Sostiene que no hay un solo elemento que acredite las circunstancias personales del actor, lo que constituye una negligencia probatoria de su parte.

Insiste en señalar que su parte fue diligente en todo momento y actuó honrando el contrato y la buena fe. Afirma que no se ha valorado que los supuestos daños reclamados tienen su origen no en un supuesto cambio de condiciones contractuales sino en el incumplimiento intempestivo del actor sin mediar reclamo alguno de las obligaciones a su cargo. Refiere que esa es la causa del daño. Reitera su calificación de arbitrario de lo decidido por el Tribunal.

Peticiona subsidiariamente que se morigere el monto del daño moral por las razones invocadas.

Como **cuarto agravio** critica que se haya admitido el daño punitivo. Considera que no hay conducta abusiva, contraria a la buena fe y a la lealtad comercial, ambiciosa de su parte. Cuestiona que se haya considerado que su parte no tuvo intención de resolver el diferendo. Se queja de que se obligue a informar toda tratativa de arreglo, so riesgo de considerarlo una valoración en su contra. Apunta que el ámbito de aplicación del art. 52 de la Ley 24240 son las conductas anteriores no las desplegadas durante el litigio. Califica de absurda y arbitraria la justificación dada para conceder daño punitivo. Rechaza que se sostenga que la accionada ha incurrido en innumerables incumplimientos.

Señala que su parte sostuvo la no aplicación de la norma por considerarla

inconstitucional. Repasa los argumentos desplegados.

Entiende que la cuestión debatida no tiene la entidad suficiente a criterio de la doctrina y jurisprudencia para hacer admisible la procedencia del rubro. Destaca que ante un cobro indebido de \$ 540 el actor pretende hacerse con \$ 596.670. Considera que ello equivale a ganarse la lotería.

Sostiene que la Sentenciante olvida que para que proceda el daño punitivo no solo debe tratarse de un simple incumplimiento sino que debe ser grave. Expone que ninguno de los requisitos de procedencia del daño se configuran en autos. Añade que no existe incumplimiento contractual, ni trascendencia social o repercusión institucional. Apunta que el incumplimiento es del actor. Refiere que todos los testigos que han declarado son actuales clientes del Banco por lo que no les ha generado desconfianza alguna.

Rechaza que la Sentenciante se refiera a conductas ilegales de la demandada con el actor. Explica que es el Banco el que está en este pleito por una clara maniobra especulativa. Puntualiza que no existe ni está probado en autos que haya habido una conducta desaprensiva para con el actor. Cita jurisprudencia y doctrina.

Continúa señalando que el Banco ningún beneficio económico consigue del problema con el actor. Expone que solo recibió algo más de \$ 540, pero que en contrapartida tuvo que soportar los gastos de manutención de cuentas y productos, el envío de resúmenes, la carga en los sistemas, el personal. Pone en duda cuál es su ganancia.

Califica de irrazonable los valores mandados a pagar por daño punitivo. Refiere que a caballo de esta norma se están empezando a verificar demandas temerarias donde se reclaman montos absolutamente injustificados y carentes de razonabilidad, con el único fin del lucro. Tras citar doctrina, concluye señalando que la sentencia es errada cuando reconoce daño punitivo porque estamos ante una situación individual que es resarcida mediante el daño moral. Considera que la sentencia es inmotivada

en este punto y pide que se deje sin efecto la condena por daño punitivo.

Como un **quinto agravio** critica la imposición de costas en un 90% a su parte. Expresa que la aplicación de los porcentuales de las costas debe hacerse siguiendo un cálculo aritmético. Sostiene que el juez fijó la imposición de costas al demandado en un 90% sin analizar los términos de la demanda, su ampliación en los alegatos y lo resuelto. Efectúa cálculos para advertir que la demanda prosperó por una cifra del 23% del valor reclamado. Refiere que el proceso judicial debió avanzar hasta la sentencia por lo desmedido de los valores objeto de reclamo. Explica que los reclamos desmedidos constituyen una de las causas por la que los juicios proliferan y es muy difícil llegar a acuerdos razonables. Arguye que si la demanda prosperó por un 23% de lo peticionado no resulta justo ni razonable que su parte soporte un 90% de las costas. Señala que, de ese modo, se premia y estimula que los juicios se inicien por montos indemnizatorios elevados. Tras citar jurisprudencia entiende que no hay motivo o causa para apartarse del art. 132 de la Ley 8465. Peticiona que las costas se impongan en un 40% a su parte y en el 60% restante al actor.

Formula reserva del caso federal.

Corrido traslado a la contraria, ésta no lo evacúa, razón por la cual a fs. 1729 se le da por decaído el derecho dejado de usar. La Sra. Fiscal de Cámaras por su parte emite dictamen a fs. 1735/1748.

**3) Como una cuestión preliminar** debo señalar que no se encuentra controvertido que el actor contrató con la demandada un paquete de servicios bancarios, en el marco de un convenio que la entidad financiera había celebrado con el Colegio de Abogados de Córdoba. Tampoco se encuentra discutido que el mencionado paquete era primeramente gratuito (sin costo de mantenimiento o de otra índole) para el cliente y que luego las mencionadas condiciones iniciales fueron modificadas unilateralmente por la entidad bancaria.

Sobre esta base el actor invocó en su demanda que este cambio de las condiciones,

que generó un cobro de comisiones, no le fue oportunamente comunicado de modo apropiado, lo que le generó un saldo deudor en su cuenta que debió cancelar y que se tradujo en una calificación negativa en el Banco Central, que tuvo publicidad a través de algunas páginas de reporte de riesgos.

La demandada, por su parte, invocó que las condiciones fueron debidamente comunicadas al domicilio constituido por el actor ante el Banco y que, por lo tanto, su cobro resultaba legal. Agrega también que el pago por el actor de las sumas adeudadas importó un reconocimiento de la deuda y que el proceder de la entidad financiera se ajustó en todo momento a las normativas vigentes y a la buena fe.

La Jueza de primera instancia, en el pronunciamiento impugnado, ha receptado la demanda interpuesta por el actor por considerar acreditado que se configuró un incumplimiento contractual y una conducta indebida por el Banco demandado. Contra dicho pronunciamiento ambas partes interponen recurso de apelación. Siendo que el recurso del actor se circunscribe a los daños mandados a pagar, y el de la demandada comprende también la cuestión sustancial relativa al acogimiento de la demanda, por razones de orden metodológico, nos avocaremos primeramente al tratamiento de este último recurso.

#### **4) Primer agravio (parcial): relevancia del pago de la deuda por el actor.**

Cuestiona como **primer agravio** el recurrente que el fallo dictado determine que existe incumplimiento contractual del Banco, sin que se valore como hecho dirimente que el actor reconoció haber abonado la deuda con el Banco el 06/05/2014 mediante transferencia bancaria, consintiendo la deuda.

Asiste razón al recurrente de que el actor en su demanda relató haber abonado la deuda que se había generado en el Banco a partir del cambio de condiciones. Sin embargo, no comparto que tal pago pueda ser tomado como un consentimiento de la deuda y del cambio de condiciones unilateralmente dispuesto por el Banco.

Ha señalado la doctrina y se comparte que el reconocimiento de deuda es un “*acto*

*jurídico unilateral por medio del cual se emite una declaración de voluntad destinada a producir ciertos efectos jurídicos y, concretamente, admitir la existencia de una obligación, para estar de tal modo, a las consecuencias que conforme derecho se correspondan...*” (cfr. Pizarro- Vallespinos. “Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones”. Pág. 437). Se ha indicado así, que uno de los requisitos para su validez es que exista voluntad de reconocer por parte del sujeto. Este recaudo debe ser valorado con mayor estrictez, en el caso de que estemos ante un reconocimiento tácito. En este supuesto “...*debe resultar de un comportamiento del deudor que revele de manera indudable y categórica la intención de reconocer la deuda...*” (Cazeaux, citado por Pizarro- Vallespino, ob. cit, pág. 438), agregándose que “...*es de interpretación estricta, en cuanto conduce a presumir la existencia de una obligación o a tenerla por acreditada. De allí que, en caso de duda habrá que estar por la inexistencia de reconocimiento...*” (autor y ob. citada, pág. 440). En igual sentido, Llambias ha señalado que “...*el reconocimiento tácito es aquel que surge de los hechos de conducta obrados por el deudor, si persuaden con certidumbre acerca de su voluntad de admitir la existencia de la obligación...*”. En este contexto, no considero que al pago efectuado por el actor pueda asignarse el valor de un reconocimiento tácito de la deuda, ni mucho menos de su legitimidad. En efecto, mediante copia de correo acompañada a fs. 38 el actor acredita que el mismo día que hizo el pago, cuatro minutos más tarde de efectuarlo, remitió a una empleada del Banco un correo que rezaba textualmente “...*De acuerdo a lo conversado personalmente en la sucursal, adjunto constancia de transferencia de saldo a los fines de cancelar la deuda habida por las renovaciones de la tarjeta de crédito para el posterior cierre de la cuenta y de todos los servicios en el Banco a mi nombre. Te pido por favor que hagas el reclamo correspondiente a fin de eliminar cualquier información que me vinculara con una deuda con Banco Itau ya que estoy realizando una operación comercial y me puede perjudicar seriamente.*”

*Asimismo, como te explicara voy a realizar los trámites correspondiente a fin de solicitar el reintegro de las sumas abonadas atento que las mismas no corresponden sean cobradas...”* (resaltado agregado, fs. 38).-

No cabe dudas que el accionante realizó el pago con el fin de lograr el cierre de la cuenta y de todos los servicios habilitados a su nombre. Resulta de público conocimiento que tal cierre no puede realizarse si existe deuda pendiente. Es con esta finalidad, expresamente consignada en el correo, que el accionante abona las sumas que figuraban adeudadas. Queda claro, asimismo, del texto del correo que el actor estaba preocupado de que la deuda con el Banco pudiera perjudicar sus operaciones comerciales y que expresamente informó que iba a solicitar el reintegro de las sumas por considerar que las mismas “...no corresponden que sean cobradas...”.

De esta manera, a tenor del correo remitido no cabe dudas que no puede interpretarse el pago efectuado como un reconocimiento tácito de las deudas existentes y del cambio de las condiciones contractuales y su legitimidad.

La demandada rechaza la veracidad de tal correo electrónico, cuestionando que la dirección de mail al que se dirigió se corresponda a una empleada del Banco. Sin embargo, existen indicios que habilitan a tener por cierta tal veracidad. Por una parte, debemos tener en cuenta que la terminación del correo coincide con la que figura en la tarjeta comercial de la empleada que gestionó la afiliación del actor (cfr. fs. 38 y 23 vta).

A ello, cabe agregar que días después de ese correo la cuenta del actor fue efectivamente cerrada (cfr. Certificado fs. 1197) lo que permite tener por cierto lo manifestado en relación a la causa por la cual se realizó el pago y al pedido que se formulara en el mail.

Finalmente, y en aplicación del principio de cargas dinámicas de la prueba, cuya vigencia había advertido la Jueza en el proveído inicial (fs. 49), hubiera podido la

demandada producir prueba tendiente a acreditar que la mencionada persona no era su empleada y que el correo no había sido recibido por la misma.

En este contexto, entiendo que resulta acertado considerar que el correo fue efectivamente remitido y que no puede asignarse al pago efectuado por el actor el carácter de reconocimiento de deuda ni de consentimiento del cambio de condiciones impuesto por el Banco.

De otro costado, el cierre de la cuenta por parte del actor tras el pago resulta un comportamiento claramente contrario a cualquier conformidad con el accionar del Banco.

Por estas razones el agravio debe ser desestimado.

#### **5) Primer agravio (parcial): valoración de las testimoniales**

El recurrente cuestiona en otro punto de su primer agravio la valoración que se ha realizado de las testimoniales rendidas en la causa, especialmente la relativa al Abogado Rodríguez Junyent.

Asiste razón a la recurrente respecto de que el testigo en cuestión ha incurrido en contradicciones respecto de cuál es su relación con el actor, las que ciertamente repercuten en la valoración que corresponde efectuar de su testimonio. En efecto, si bien tales discordancias no constituyen falso testimonio si afectan el valor de los dichos del testigo.

Se ha señalado que “...*en caso que el testigo mienta sobre las generales de la ley, no cometerá falso testimonio (art. 275 CP) porque estas falsedades están fuera de la descripción de los comportamientos prohibidos por la norma, ya que estas preguntas tienen por fin individualizar a la persona y no constituyen parte de la deposición sobre los hechos. Todo ello sin perjuicio de constituir un indicio de una posible mendacidad en la deposición...*” (resaltado agregado, cfr. Díaz Villasuso, Mariano, “Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba”. Ed. Advocatus. Tomo II, pág. 183).

En este contexto, considero que asiste razón a la recurrente en relación a que no es factible acordar al testimonio del Ab. Rodríguez Junyent valor convictivo alguno. Sin perjuicio de ello, por las razones que se expondrán, entiendo que la ausencia de este testimonio no es suficiente para cambiar la suerte de la demanda impetrada y modificar el resultado al que se ha arribado.

#### **6) Primer agravio (parcial): el proceder de la entidad demandada**

Cuestiona también en su primer agravio la recurrente que se tenga por probado que el Banco acudió a determinados modos de actuación para la concertación de contratos similares con diversos sujetos. Señala que la Jueza tiene por probada esta circunstancia por tres testimonios: el de Rodríguez Junyent que debe descartarse; el de Vega que dijo recibir la oferta por correo postal y el de Buteler que no ha tenido problema con el Banco. Concluye que la Jueza tiene por cierto que el Banco acudió a diversos métodos de concertación de contratos por solo un testigo, que no fue visitado por personal alguno sino que se le envió vía correo postal y no tiene relación con la modalidad denunciada por el actor en su demanda.

No comparto tales manifestaciones. Por el contrario, aun cuando no se tenga en cuenta el testimonio del Ab. Rodríguez Junyent, existen otras probanzas en la causa que permiten concluir que el Banco efectivamente ofreció unas condiciones en base al convenio celebrado con el Colegio de Abogados con invocación de su carácter “permanente” y luego procedió a modificarlas unilateralmente, sin haber informado al actor en debida forma de tal cambio. También que tal oferta se dio mediante el contacto al futuro cliente fuera del ámbito de la propia entidad, en el estudio jurídico del accionante.

En efecto, tengo por acreditado que existió entre la entidad demandada y el Colegio de Abogados un convenio, cuya copia obra agregada a fs. 412, que en su cláusula segunda establece: “*Los abogados asociados al COLEGIO podrán acceder a una cuenta Card Express o VIP sin cargo de mantenimiento*”.

También tengo por probado que, en base a este convenio, la entidad demandada comenzó con una política de captación de nuevos clientes. Ello ha quedado acreditado no solo por la testimonial de Vega como menciona la recurrente sino por otras pruebas existentes en la causa.

Por una parte, debe mencionarse la testimonial del Sr. Buteler, quien expresamente refiere “... *fueron al estudio jurídico para preguntarle si quería tener una cuenta o ser cliente del Banco...*”, señalando que la empleada del Banco que fue se llamaba Sofía Rodríguez. Refiere el testigo que “ *esta persona le dijo que tenían un convenio con el Colegio de Abogados y que las cuentas y las tarjetas de crédito serían gratuitas y por esa razón se hizo cliente del Banco...*”. Declaró, asimismo, que la persona no le aclaró sobre plazos de duración de la oferta. La demandada cuestiona el valor de este testimonio señalando que es todavía un “feliz” cliente del Banco. Sin embargo, amén de que no surge de prueba alguna que el mencionado se encuentre complacido con su pertenencia al Banco, el hecho de que continúe siendo cliente no obsta a que su testimonio sirva para probar que la entidad realizaba oferta de sus productos mediante la visita a los letrados. Tampoco es óbice para que su testimonio sea válido para tener por acreditada las condiciones ofrecidas inicialmente.

Obra también en autos la declaración testimonial del Dr. Tufih Sahade quien relató, en forma similar al Dr. Buteler que “ *fue contactado hace varios años atrás, no recuerda exactamente, por un representante del Banco Itaú quien le ofreció en su calidad de abogado y en virtud del convenio suscripto entre el Banco y el Colegio de Abogados de Córdoba un paquete que se denominaba en su momento “paquete VIP” o “VIP Expresse” que consistía en conceder a todos los matriculados en el Colegio de Abogados un servicio bancario compuesto de cuentas corrientes, cajas de ahorro en pesos y dólares y tarjetas de crédito y de débito, todo lo cual tenía como beneficio exclusivo la bonificación de todo costo, cargo por utilización de tales servicios y bonificación de por vida en renovación y gastos de mantenimiento*

*por la utilización de todo ello... ”. Reconoció que “...era de por vida, que esto fue aclarado verbalmente y en la folletería del contrato que el Banco emitió al momento de la suscripción...” (fs. 1232).*

Amén de estos dos testimonios que relatan condiciones de oferta similares a las que menciona el actor, resulta clave para tener por acreditado este extremo, la declaración de la empleada del Banco, Sofía Rodríguez. La mencionada, en el marco de la acción de habeas data interpuesta por el actor en contra de la demandada, declaró que no recordaba haber visitado al actor “*debido al gran número de clientes que tiene...*” (fs. 931). Resulta destacable considerar que la declarante no niega que la operatoria del Banco consistía en visitar a los eventuales clientes para ofrecerles los paquetes, limitándose a señalar que no recordaba al actor porque tenía una gran cantidad de clientes. Esta exposición es a mí entender determinante, en conjunto con las declaraciones anteriores, para tener por cierto que la modalidad del Banco era ponerse en contacto o visitar a un eventual cliente para ofrecer sus servicios. La habitualidad de tal operatoria resulta de la propia declaración de la Sra. Rodríguez, ya que manifiesta no recordar al actor porque eran muchos los clientes a los que había visitado.

Por esta razón resulta aplicable lo dispuesto por el 32 de la Ley 24240: “*Venta domiciliaria. Es la oferta o propuesta de venta de un bien o prestación de un servicio efectuada al consumidor fuera del establecimiento del proveedor. También se entenderá comprendida dentro de la venta domiciliaria o directa aquella contratación que resulte de una convocatoria al consumidor o usuario al establecimiento del proveedor o a otro sitio, cuando el objetivo de dicha convocatoria sea total o parcialmente distinto al de la contratación, o se trate de un premio u obsequio. El contrato debe ser instrumentado por escrito y con las precisiones establecidas en los artículos 10 y 34 de la presente ley. Lo dispuesto precedentemente no es aplicable a la compraventa...*”.

Tengo por cierto, en consecuencia, que esta era la modalidad empleada por el Banco para la oferta del paquete contratado por el actor, en el marco del Convenio del Colegio de Abogados. Al mismo tiempo la declaración de la empleada del Banco resulta crucial para tener por cierto que lo ofertado era un *“paquete bancario que tiene una cuenta, que puede ser una caja de ahorro en pesos, dólares y/o cuenta corriente y una tarjeta de crédito bonificada...”* (fs. 931), agregando, más adelante, que *“la bonificación era permanente...”*. Estos aspectos “gratuidad” y “bonificación permanente” han sido destacados también por los otros testigos, tal como resulta de las transcripciones precedentes.

En este contexto, del repaso efectuado, puede advertirse que no resulta procedente el agravio expresado por la recurrente de que es un único testigo el que conduce a tener por cierto que el Banco utilizó modalidades de contratación similares a las denunciadas por el actor en otros casos.

#### **7) Primer agravio (parcial): actuación del Banco**

Esgrime a continuación la apelante que no hay un solo elemento en autos que permita inferir la existencia de práctica abusiva, de publicidades con inexactitudes u ocultamientos susceptibles de inducir a error, engaño o confusión por parte del Banco.

No comparto tales apreciaciones. Como extensamente lo ha señalado la Jueza *A quo* y resulta de los testimonios anteriormente transcritos, la entidad demandada había ofrecido a sus potenciales clientes, en razón del convenio celebrado con el Colegio de Abogados un paquete de servicios bancarios de carácter gratuito. La gratuidad de tal paquete era, según lo ofertado –reitero-, permanente.

Así lo relatan no solo los testigos Buteler y Sahade sino la propia empleada del Banco quien en su declaración señala que lo ofertado era un *“paquete bancario que tiene una cuenta, que puede ser una caja de ahorro en pesos, dólares y/o cuenta corriente y una tarjeta de crédito bonificada...”* (fs. 931), agregando más adelante

que “*la bonificación era permanente...*”.

De esta manera, y tal como lo señala la Magistrada, resulta razonable que quienes aceptaron el paquete propuesto hubieran tenido la legítima expectativa de que sus servicios iban a ser sin cargo en forma indefinida. Reitero que eso fue justamente lo ofertado por la entidad financiera. Recordemos que “...*el consumidor tiene la facultad de exigir las prestaciones propias de cada producto o servicio, incluyendo las expectativas generadas por la publicidad...*” (cfr. Junyent Bas – Molina Sandoval- Garzino- Heredia Querro, “Ley de defensa del consumidor comentada, anotada y concordada”. Ed. Errepar, Buenos Aires: 2013, pág. 102).

De esta manera, podemos advertir que la demandada ha incurrido en diversas vulneraciones a la Ley de Defensa del Consumidor, a saber:

**a) Vulneración del art. 32 de la ley de Defensa del Consumidor –omisión de cumplir con la entrega de un contrato por escrito en ventas fuera del establecimiento**

Señala el art. 32 de la Ley 24240, que indicamos se aplica al caso de autos, el contrato concertado debía ser instrumentado por escrito y con las precisiones establecidas en los artículos 10 y 34 de la presente ley. En razón del primero de estos el documento debía tener expresamente detallado:

*a) la descripción y especificación del bien (en este caso el paquete de servicios ofrecido).*

*b) Nombre y domicilio del vendedor.*

*c) Nombre y domicilio del fabricante, distribuidor o importador cuando correspondiere.*

*d) La mención de las características de la garantía conforme a lo establecido en esta ley.*

*e) Plazos y condiciones de entrega.*

*f) El precio y condiciones de pago.* En este punto debe incluirse que el consumidor

debió ser expresamente informado sobre cual eran los alcances de la bonificación ofertada y la posibilidad de que esta pudiera ser dejada sin efecto por el Banco.

*g) Los costos adicionales, especificando precio final a pagar por el adquirente.*

*h) La redacción debe ser hecha en idioma castellano, en forma completa, clara y fácilmente legible, sin reenvíos a textos o documentos que no se entreguen previa o simultáneamente. Cuando se incluyan cláusulas adicionales a las aquí indicadas o exigibles en virtud de lo previsto en esta ley, aquellas deberán ser escritas en letra destacada y suscritas por ambas partes. Este inciso determina que el contrato debía contener que el alcance de lo ofertado estaba sujeto al convenio con el Colegio de Abogados. Debía incluirse de este modo expresamente la norma contenida en la Cláusula Décima del mencionado convenio que textualmente reza “...Si por cualquier motivo se interrumpiese la vigencia de este contrato, el Banco mantendrá el servicio de Tarjeta Visa respecto a los matriculados del COLEGIO ajustándolos a las condiciones normales que rigen para el resto de sus clientes...”*

*i) Deben redactarse tantos ejemplares como partes integren la relación contractual y suscribirse a un solo efecto.*

El artículo 34 LDC, por su parte, regula la “revocación de la aceptación”, aspecto que conforme establece el art. 32 debía estar expresamente contenido en el contrato celebrado entre actor y demandado.

No obra en la causa las copias del contrato originariamente suscripto por el accionante. El actor acompaña un contrato estándar de tarjeta de crédito, pero de este no surge que se hayan explicado ninguno de estos alcances especiales de la bonificación ofrecida.

Una revisión de las constancias obrantes permite advertir que nunca se presentó a la causa el legajo del actor obrante en el Banco, ni el contrato originalmente suscripto por él. Esta documentación, que obraba en poder de la entidad, debió ser aportada por éste para acreditar que el accionante fue debidamente informado de que las

condiciones originales de contratación, determinadas por la gratuidad, podían ser modificadas por el Banco. La falta de estas constancias perjudica la posición de la entidad financiera, ya que estando en mejores condiciones de aportar la documentación que solo obra en su poder, no lo hizo.

El art. 53 de la LDC consagra el principio del “solidarismo probatorio” e impone a las partes el deber de probar a quien se encuentre en mejores condiciones de hacerlo respecto a los diversos hechos de la causa. Concretamente, la norma impone a los proveedores: “...aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio”.

El fundamento de dicha manda se encuentra en el desequilibrio estructural entre las partes de la relación de consumo, es decir, la profesionalidad del proveedor, que es precisamente quien posee toda la información respecto al bien o servicio que comercializa, por lo que, es quien se encuentra en mejores condiciones de acreditar todo lo relativo a éstos, constituyendo una prueba “diabólica” para el consumidor que no tiene acceso a dicha información ni a los registros, archivos ni expertos con que sí cuenta aquél.

Con relación a las cargas dinámicas de la prueba Berizone aclaró que: “*El objetivo que se persigue es el de asegurar o, al menos, propender al esclarecimiento de la verdad de los hechos que resulten decisivos para la más justa solución de los conflictos*” (ARAZI, Roland; BERIZONCE, Roberto O.; PEYRANO, Jorge W.; Cargas probatorias dinámicas, LA LEY 01/08/2011, 3).

En igual sentido, Chamatrópulos destacó que el art. 53 de la LDC obliga a los proveedores a aportar al proceso todas las pruebas que se encuentren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, y además, le impone una obligación adicional de carácter genérico: prestar la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en juicio (CHAMATROPULOS, Demetrio

A., Estatuto del Consumidor Comentado, Tomo II, Buenos Aires, La Ley, 2016, pág. 367).

De este modo, no se advierte que se haya cumplido con la obligación de instrumentar por escrito los alcances particulares del contrato bancario ofrecido y celebrado, que incluyeran las cláusulas que permitan al cliente conocer con claridad cual era el tenor de lo que estaba contratando y la duración de la gratuidad ofrecida. Tampoco se ha probado que se hubiera informado mediante su inclusión en el contrato celebrado que el mismo estaba supeditado a la duración del Convenio con el Colegio de Abogados en relación al mantenimiento de las condiciones propuestas. De esta manera surge de autos que el Banco incumplió las obligaciones emergentes del art. 32 de la LDC.

**a) Violación al deber de información. Publicidad con inexactitudes u ocultamientos susceptibles de inducir a error, engaño o confusión por parte del Banco.**

Uno de los derechos fundamentales del consumidor, de raigambre constitucional ya que surge del propio texto del art. 42 de la Carta Magna, es el derecho a la información; así como también de los artículos 4, 8, 10, 10bis, 19, 20 y 36 de la LDC. Este aspecto está íntimamente vinculado con la libertad de contratación y la protección de los intereses económicos del consumidor.

Este derecho determina la propia validez del contrato consumeril, ya que no puede considerarse que el consumidor que no ha sido debidamente informado haya podido prestar un consentimiento válido al negocio propuesto. En efecto, es por todos conocidos que no puedo consentir, aceptar lo que no conozco o comprendo. Al mismo tiempo, resulta indispensable para un efectivo ejercicio del derecho a la libertad de contratación (también receptado en el art. 42 de la C.N) que el eventual cliente tenga pleno conocimiento de los alcances de lo que me está siendo ofrecido y las opciones que tiene. Si la información ha sido retaceada o recortada el

consentimiento prestado no puede considerarse pleno o libre.

Hemos dicho con anterioridad, que el fundamento del deber de información radica en la necesidad del consumidor de conocer cuáles son las condiciones contractuales, sus consecuencias, riesgos, beneficios, formas de uso, deberes y facultades, etc., ante el desequilibrio que rige entre las partes de la relación de consumo, pues es el proveedor quien accede a la información relativa al bien o servicio, forma de uso, seguridad, riesgos, etc. (OSSOLA, Federico A., VALLESPINOS, Carlos G., La obligación de informar, Córdoba, Advocatus, 2001, pág. 19).

Este deber impone al proveedor analizar el nivel de comprensión del consumidor a fin de adecuar la información que le brinda. En efecto, la información a brindar debe ser “culturalmente aceptable”. Esto es, debe tener en especial consideración las circunstancias particulares de su destinatario, su nivel de formación, su capacidad de comprensión de los alcances de lo ofrecido.

El deber de información rige durante todo el iter contractual, y especialmente en la etapa precontractual, pues lo que se protege en este tipo de contratos bancarios es precisamente el consentimiento informado, que garantice que quien adquiere o contrata un paquete de productos con una entidad conozca cabalmente las condiciones y los costos que tendrá.

En el caso de autos, a tenor de lo expuesto anteriormente es dable tener por cierto que al actor se le ofreció un paquete de productos que iba a ser gratuito en forma “permanente” y que, en base a ello, tuvo la legítima expectativa de que ello se mantuviera de este modo. Destaco que la propia empleada del Banco ha reconocido expresamente que la bonificación era ofrecida con carácter permanente.

La Real Academia entiende por “permanente” en su primera y segunda acepción “*Del lat. permānens, -entis. 1. adj. Que permanece. 2. adj. Sin limitación de tiempo....*” (cfr. Real Academia Española, <https://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=permanente>).

En base a ello, podemos señalar que el ofrecimiento de una bonificación por el Banco, podía válidamente ser interpretado que era “sin limitación de tiempo”.

El art. 8 de la LDC –texto vigente al momento de la contratación- establece “*Las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor...*”.

Como corolario de ello, si lo que el Banco en realidad quería ofrecer era un producto inicialmente gratuito, pero que luego podía estar sujeto a comisiones (sea por la caída del Convenio con el Colegio o por otra decisión de la entidad) así debía ser expresamente informado al cliente.

No se ha probado en la causa que se le haya informado al actor que las condiciones originales de gratuidad podían cambiar. Por el contrario, además de los dichos de la propia empleada del Banco, de la documentación aportada por el actor a fs. 23 resulta en la parte superior el carácter “vitalicio” del Convenio y que la bonificación era en un 100% de forma “permanente”, lo que es indicado en dos puntos.

De este modo, coincido en tener por acreditado que la entidad demandada le ofertó oportunamente con la modalidad denunciada por el actor un paquete de servicios cuyo costo iba a estar plenamente bonificado en forma permanente. Esta oferta obligaba a la entidad (art. 8 LDC), más cuando no se ha probado que se informara que en realidad la permanencia de tal gratuidad estaba condicionada o era limitada en el tiempo (art. 32, 10 y 19 LDC).

De este modo, se advierte que se ha incurrido en vulneración del deber de información al consumidor, ya que no solo no se ha cumplido con la entrega por escrito de las condiciones de contratación, sino que la publicidad ofrecida fue engañosa e incompleta, con la finalidad de obtener la aceptación del consumidor.

Una publicidad es engañosa cuando contiene inexactitudes u ocultamientos que pueden inducir a la confusión del destinatario sobre los alcances y características del

producto o servicio, o las condiciones de la comercialización. Aida Kemelmajer establece pautas para el juez para colaborar con la determinación de cuando una publicidad puede ser catalogada de engañosa. “...el juez deberá: a) atender a la capacidad intelectual de los consumidores a la que está destinada, destacando en este aspecto que el bajo nivel de conocimiento técnico es el que facilita el engaño y máxime cuando se trata de personas humildes que no están en condiciones de conocer adecuadamente el producto o servicio ofrecido o publicitado; b) en igual sentido, debe hacerse prevalecer la significación que le otorgan los destinatarios de aquellos que pretenden puntualizar los que la concibieron, a tal fin, debe tenerse en cuenta el contexto social económico y cultural en que se desarrolla la promoción: c) también debe tenerse en cuenta el principio de indivisibilidad del anuncio, que no permite su descomposición en las diversas partes integrantes y, mucho menos, su análisis separado y d) finalmente que es potencialmente engañoso el mensaje que tiene varios significados...” (Junyent y otros, ob. citada, pág. 104).

Conforma publicidad engañosa cuando se ha omitido algunos aspectos, características o condiciones claves del producto o servicio ofrecido, a los fines de obtener una aceptación, como es el caso de autos.

En efecto, en el supuesto bajo estudio, es claro que la oferta estaba destinada a un público con una formación jurídica adecuada y lo engañoso de la misma estuvo determinado por la falta de aclaración de que las condiciones originales de gratuidad ofertadas no iban a mantenerse en el tiempo indefinidamente. Ello con el fin de obtener la contratación del paquete ofrecido.

No hay dudas que la oferta de que un paquete plenamente bonificado con carácter permanente constituyó una publicidad inexacta y engañosa.

De este modo, tengo por cierto que el Banco incurrió en ocultamiento susceptible de inducir a error, engaño o confusión, ya que al no advertir originariamente cuál era el verdadero alcance del término “permanente” hizo caer al futuro cliente en el error o

engaño de considerar que el beneficio se extendería indeterminadamente.

### **c) Vulneración de lo dispuesto en el art. 19 de la LDC**

De igual manera, y vinculado con lo expuesto, se ha configurado una vulneración de lo dispuesto en el art. 19 de la LDC, que expresamente prevé: “...*Quienes presten servicios de cualquier naturaleza están obligados a respetar los términos, plazos, condiciones, modalidades, reservas y demás circunstancias conforme a las cuales hayan sido ofrecidos, publicitados o convenidos....*”.

En el caso de autos, la entidad bancaria no ha cumplido con tal obligación, ya que no ha respetado la bonificación del 100 por ciento de los servicios que ofreciera.

### **d) Trato digno. Prácticas abusivas**

Ha incurrido asimismo la entidad bancaria en una violación de lo dispuesto por el art. 8 bis del LDC. Este dispositivo expresamente establece: “...*Los proveedores deberán garantizar condiciones de atención y trato digno y equitativo a los consumidores y usuarios. Deberán abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias. No podrán ejercer sobre los consumidores extranjeros diferenciación alguna sobre precios, calidades técnicas o comerciales o cualquier otro aspecto relevante sobre los bienes y servicios que comercialice. Cualquier excepción a lo señalado deberá ser autorizada por la autoridad de aplicación en razones de interés general debidamente fundadas. En los reclamos extrajudiciales de deudas, deberán abstenerse de utilizar cualquier medio que le otorgue la apariencia de reclamo judicial. Tales conductas, además de las sanciones previstas en la presente ley, podrán ser pasibles de la multa civil establecida en el artículo 52 bis de la presente norma, sin perjuicio de otros resarcimientos que correspondieren al consumidor, siendo ambas penalidades extensivas solidariamente a quien actuare en nombre del proveedor....*”

Hemos señalado con anterioridad que el incumplimiento del deber de informar

importa un claro comportamiento contrario con el trato digno y equitativo que expresamente habilita en el art. 8 bis de la LDC. En efecto, al haber ofrecido al actor un paquete de productos bancarios cien por ciento bonificados con carácter permanente, sin haberle advertido que tal bonificación estaba sujeta a la continuidad del Convenio con el Colegio o la posibilidad de su modificación unilateral, claramente se incurrió en un comportamiento inapropiado violatorio del art. 8 bis de la LDC. En efecto, resulta claramente abusivo ofrecer condiciones diversas a las reales que tenía el paquete propuesto.

También resulta abusivo que, pese a ese ofrecimiento inicial, procedió a modificar unilateralmente tales condiciones, sin comunicarlo –conforme se analizará a continuación- en forma debida al accionante. En efecto, la notificación de un cambio de condiciones practicada a un domicilio diverso al del consumidor (aspecto que abordaremos a continuación) constituye claramente un comportamiento violatorio del trato digno y una práctica abusiva por parte de la entidad.

A ello se suma, la actitud posterior del Banco que obligó al accionante a iniciar una actuación judicial para obtener un certificado de libre deuda y cierre de la cuenta y a transitar todo este proceso para la reparación de los perjuicios que su proceder le ocasionó. Esta conducta desplegada por el Banco viola el deber de trato digno y equitativo con que todo proveedor debe tratar a los usuarios y consumidores, tal como expresamente lo ordena el art. 42 de la CN y el art. 8 bis de la LDC.

En este contexto y a la luz de todo lo expuesto, no comparto la afirmación del recurrente de que no es factible tener por probado que el Banco incurrió en práctica abusiva, de publicidades con inexactitudes u ocultamientos susceptibles de inducir a error, engaño o confusión por parte del Banco.

#### **8) Primer agravio (parcial): domicilio del actor.**

Critica, en otro punto, el recurrente que el juez tiene por cierto que el actor nunca recibió el resumen de cuenta con el anexo de cambio de condiciones al domicilio de

La Rioja. Reconoce que fue enviado por correo postal simple a ese domicilio. Refiere que el actor nunca denunció otro domicilio.

La cuestión central a dilucidar para establecer la suerte del agravio es determinar cuál era el domicilio que el actor había denunciado ante la entidad demandada al momento de suscribir la solicitud de los servicios bancarios contratados y el contrato de tarjeta de crédito. Dicha información obra en poder de la hoy demandada, ya que es ella la que tiene (o debe tener) en sus registros físicos el legajo del actor del que resulte cual es el domicilio que denunció al contratar.

No ha aportado la demandada tal probanza a la causa, pese a ser quien estaba en mejores condiciones. En efecto, es el Banco quien tiene o debe tener el legajo del actor en donde debía estar los papeles que suscribió para iniciar su relación con el Banco. En dichos papeles obraba el domicilio que el actor habría denunciado ante la entidad.

El actor señala -y acredita con éxito al acompañar la copia de su DNI, del registro electoral y los diversos carnet profesionales- que su domicilio no estaba en la localidad de La Rioja. La demandada, por su parte, invoca que éste último fue el constituido por el actor ante su entidad. Sin embargo, ninguna prueba aporta en tal sentido.

El hecho de que un perito informático indique que en el sistema del Banco figura tal domicilio, no le da validez como domicilio constituido por el actor; ya que puede suceder que se trate de un error en la carga de la información. Lo que hubiera desentrañado la suerte de este agravio y resulta determinante para la resolución del litigio era conocer cuál fue el domicilio denunciado por el actor al contratar con el Banco, para lo cual hubiera sido necesario valorar los documentos y solicitudes suscriptas por el actor para aceptar la oferta realizada por la entidad bancaria.

Esta documentación, que –insisto- está en poder del Banco, no ha sido aportada en la causa. De este modo, no resulta factible tener por cierto, como pretende la

recurrente, que el domicilio denunciado por el actor estaba en La Rioja y que fue debidamente notificado del cambio de condiciones.

El hecho de que en la pericia informática (que no fue impugnada por la actora) surge que de la documentación anexa se le notifica al actor que las comisiones entrarían en vigencia el 01 de enero de 2014 no es suficiente para tener por cierto tal situación. En efecto, el perito da por cierto que en una documentación anexa al resumen se informaba el cambio de comisiones, pero tal información fue remitida a un domicilio que no se ha acreditado haya sido el que denunció el actor al contratar los servicios con el Banco.

El domicilio cargado en el sistema no es equiparable al que el actor incluyó en los formularios que personalmente rubricó.

En este contexto y a la luz de todo lo expuesto, este agravio debe ser desestimado.

**9) Primer agravio (parcial): posibilidad del actor de rescindir.**

Señala también en su apelación el demandado que no estaba el actor obligado a aceptarla, ya que se le había informado que podía rescindir el contrato en cualquier momento y sin penalidad alguna. Reitera que el actor no hizo observación alguna a tal comunicación ni hizo uso de su derecho a rescindir el contrato por lo que las notificaciones quedaron tácitamente aceptadas por el mismo.

En este nuevo punto del recurso el impugnante insiste en invocar un consentimiento del actor al cambio de condiciones derivado de haber recibido la notificación de las mismas. Sin embargo, como se señaló en el punto anterior no se ha probado que tal cambio en las comisiones hubiera sido debidamente notificado al domicilio constituido por el actor ante la Entidad Bancaria. En este contexto, no puede considerarse que consintió algo que no se probó hubiera conocido.

Iguales consideraciones deben realizarse en relación a que no ejerció su derecho a rescindir.

Primeramente debo señalar que, tal como se apuntó anteriormente, no se ha

acreditado que el actor fuera debidamente informado e incorporada esta información en un contrato escrito, en cumplimiento del art. 32 LDC, de su posibilidad de revocar la aceptación.

De igual modo, aunque en el resumen en el que se hubiera incluido el cambio de condiciones se hubiera hecho mención expresa a su facultad de rescindir, al no conocer el cambio de condiciones y ni la posibilidad de rescindir sin costo, por no haber sido comunicado fehacientemente, ninguna valoración puede realizarse de la conducta del accionante que no realizó tal rescisión.

Finalmente, debo advertir que se ha acreditado en autos que el actor, tras conocer el cambio de condiciones, procedió a solicitar el cierre de las cuentas, abonando la deuda pendiente para que ello fuera posible.

En este contexto no resulta factible asignar a la falta de resolución en enero de 2014 el alcance que pretende el recurrente.

#### **10) Primer agravio (parcial): posibilidad de modificar las condiciones iniciales acordadas**

Sostiene el recurrente que el hecho de que una entidad haga una determinada publicidad en un momento dado y fije bonificaciones extraordinarias no significa que el cliente que acepte tenga un derecho de por vida a gozar de tales beneficios. Considera que allí reside el error de la Jueza.

No comparto tal apreciación. Si el Banco realiza una oferta a la que le adjudica el carácter de “permanente” el cliente que ha contratado sobre esta base, tiene la legítima expectativa que debe ser respetada de que esa situación se mantenga. De lo contrario, debería haber informado originariamente que tales bonificaciones o condiciones no iban a ser “permanentes” sino que estaban sujetas a un plazo, el mantenimiento del Convenio, determinada situación financiera, etc.

Como lo señaláramos, el art. 8 de la LDC establece que la publicidad integra el contrato de consumo celebrado. El art. 19 LDC, por su parte, obliga al proveedor a

respetar “*los términos, plazos, condiciones, modalidades, reservas y demás circunstancias*” ofertadas, publicitadas o convenidas.

En este contexto, no resulta admisible su manifestación de que pese a haber ofertado la gratuidad con carácter permanente podía modificar tal ofrecimiento.

Debemos tener presente que la propia empleada del Banco -que el actor indica que lo contactó para ofrecerle el paquete de servicios- reconoció que las bonificaciones originariamente tenían el carácter de permanentes y que por este motivo se informó con mucha anticipación el cambio de condiciones.

Como ya lo indicáramos anteriormente, el término “permanente” empleado en la oferta razonablemente generó en el actor la legítima expectativa que dicha situación se mantendría mientras durara el vínculo contractual con el Banco.

De no haber sido este el alcance real que el Banco quería darle a su ofrecimiento, debió haber expresado con claridad las limitaciones que tenían la bonificación o la posibilidad de su parte de darle de baja unilateralmente. No se ha probado que se haya informado inicialmente al actor que esta situación original derivada de la oferta podía variar.

No resulta suficiente en este contexto la invocación del Banco respecto a que de la misma manera que el actor tenía derecho a rescindir el contrato, el Banco tenía derecho a modificar sus condiciones. Debemos tener en cuenta que fue la propia entidad financiera la que se ubicó en una posición que limitaba su capacidad de alteración de las condiciones originales ofertadas, al haber sido ofrecidas con carácter “permanente”.

En este contexto, no resulta admisible tampoco su agravio relativo al derecho del Banco de modificar las condiciones contractuales.

### **11) Primer agravio (parcial): calidades personales del actor**

En la parte final del primer agravio la recurrente refiere que el actor en su demanda confesó que de buena fe no se preocupó por recibir los resúmenes de cuenta y que

por culpa de los ecologistas los consumidores no pueden acceder a sus resúmenes. Indica que pese a proclamarse un asesor letrado de varias tarjetas y hombre de negocios invoca su propia torpeza y pide que un Banco lo indemnice por no haberse preocupado por recibir los resúmenes de cuenta.

No resultan suficientes estas manifestaciones para tener por acreditado que el actor contribuyó causalmente con la situación que hoy denuncia. En efecto, no se advierte un proceder negligente del cliente a quien se le ofreció un paquete de servicios sin costo de forma “permanente” por el hecho de no haber ido a reclamar los resúmenes. Resulta razonable que si ningún costo generaba lo contratado, ante su falta de utilización, el cliente no viera necesario concurrir a la entidad a reclamar un resumen que iba a dar cero.

No considero que sea factible endilgar torpeza, negligencia o ausencia de buena fe en el proceder del accionante. Su carácter de asesor, hombre del derecho, no habilita a exigirle que concurriera a la entidad a reclamar resúmenes que no tenía por qué pensar que debían llegarle y no lo hacían. Nótese que según resulta de las pruebas aportadas el actor nunca habría hecho uso de ninguno de los productos contenidos en el paquete contratado.

Por otra parte, la calidad de abogado no obsta a que pueda ser calificado de consumidor, pues la ley no distingue ni lo excluye. Tampoco lo hace la doctrina ni la jurisprudencia. A título ejemplificativo puede mencionarse que en el fallo “Ceballos...” o en el mismo caso “López Quirós” traído por el actor, ambos dictados por la Cámara Octava el consumidor era abogado. Por el contrario, el fundamento de la tutela del consumidor radica no en las condiciones personales del sujeto, sino en su vulnerabilidad estructural en relación con el profesional.

Tampoco resulta suficiente invocar que la impugnación a la liquidación debía hacerse por medio fehaciente. Ello porque –insisto- no se acreditó que las liquidaciones hubieran sido notificadas al domicilio constituido por el actor ante el

Banco. En virtud de ello, no es factible exigirle que hubiera impugnado tales liquidaciones (que nunca recibió) por medio fehaciente.

No se advierten motivos para considerar aplicable a autos la doctrina de actos propios, ya que – insisto- no hay elementos para tener por probado que el actor haya aceptado o consentido el cambio de condiciones.

En definitiva, a la luz de todo lo expuesto, el primero de los agravios vertidos debe ser desestimado.

## **12) Segundo agravio: daño emergente**

Ingresando al segundo agravio, planteado de modo subsidiario, se advierte que el mismo se centra en cuestionar la admisión del daño emergente, gastos de gestiones y de juicio.

Uno de los puntos cuestionados está vinculado con la invocada falta de derecho del actor a reclamar **el reembolso de los \$ 540 pagados**, ya que –según señala el recurrente- fue realizado dentro de una relación contractual y sujeta a sus términos. Destaca el apelante que durante todo este tiempo el actor contó con todo el paquete de servicios contratados por lo que no procede su restitución.

Sin perjuicio de que efectivamente el actor gozó hasta el cierre de la cuenta de los beneficios derivados de tener el paquete de servicios contratados, lo cierto es que ha quedado probado en autos que cuando contrató el mismo lo hizo con el convencimiento de que su utilización iba a estar bonificada en un cien por ciento con carácter permanente. En este contexto, siendo que los cargos abonados se corresponden a comisiones devengadas por un cambio de condiciones que, como se señaló, no fueron debidamente informadas por el Banco, no considero que su cobro pueda considerarse legítimo.

Hemos ya señalado que la circunstancia de que el actor haya efectuado el pago de la deuda que figuraba en la entidad financiera no debe entenderse como un reconocimiento de deuda ni un consentimiento del cambio de condiciones.

En este contexto, no comparto lo expuesto de que los montos se devengaron en el marco de una relación contractual como una legítima acreencia. Por el contrario, si bien se motivaron en la vinculación contractual entre actor y demandado, lo fue atento un cambio de condiciones que no se notificó adecuadamente y por lo tanto no aparece su cobro como legítimo.

A mérito de lo expuesto, considero que no procede el agravio relativo a su reembolso.

En relación a la **suma de pesos cinco mil supuestamente abonada al letrado que le inició la acción de habeas data** planteada contra el Banco, considero que si asiste razón a la recurrente respecto a la improcedencia de este rubro.

En efecto, un repaso de las constancias de la causa permite advertir que mediante Sentencia n° 229 del 25/06/2015 se declaró abstracta la demanda interpuesta por el actor, imponiendo las costas de dicho proceso al Banco demandado y regulando en dicha oportunidad los honorarios correspondientes al Dr. Quiroga Granillo, los que estarían a cargo del accionado. En este contexto y no habiéndose acreditado en la causa que entre actor y el letrado hubiera existido un acuerdo de honorarios por fuera de las costas impuestas en dicho proceso, que hubiera determinado un efectivo pago por las tareas desarrolladas, no resulta procedente el rubro reclamado. Debe destacarse especialmente que en ninguna parte del expediente obra la factura que se librara por el pago de los mencionados honorarios.

Finalmente, en relación **a la suma de \$850 por el acta de constatación**, debo señalar que tal como lo reconoce la recurrente ha sido incorporada a la causa la factura emitida por la escribana que participó en la constatación. Si bien es cierto que la misma no ha sido reconocida, lo cierto es que si se encuentra acreditado en la causa que la tarea se desarrolló (cfr. fs. 44).

Esta Alzada, con su actual integración, ya ha explicado que: “...*aun cuando las facturas que se presentaran para acreditar el daño no estuvieran reconocidas por*

*testigos, era dable reconocer la procedencia del rubro y proceder a cuantificarlo, en tanto resulta contradictorio tener por acreditada la existencia del daño y negar toda compensación solo por no considerar probado su monto. Siendo esto así, se dijo que “proceder a una estimación del monto a resarcir deviene justo y equitativo” (Sent. N.º 141 del 14/08/2015 en autos “Gennaro Noferi, María Fernanda c/ Gorosito Estela Epifania – Ordinario – Daños y Perj. – Accidentes de tránsito – Recurso de Apelación – Expte n.º 2243221/36”).-*

En igual sentido, la Cámara 7<sup>ma</sup> citando a la Corte Suprema señaló que “...*resulta contradictorio tener por acreditada la existencia del daño y negar toda compensación por no considerar probado su monto...*” (Cámara Civil y Comercial de Séptima Nominación en “Demín, Andrés Felipe c/ González, Miguel y otro- Ordinario- Daños y perjuicios- Accidentes de tránsito- Sentencia N° 139-19/10/2004”).-

Resulta razonable entender que habiendo una factura por un acta de constatación notarial que efectivamente surge incorporada a la causa y cuya existencia y producción no ha sido debidamente cuestionada, algún resarcimiento material corresponde-

Siendo esto así y atención a que la suma indicada en la factura resulta un cobro razonable por la tarea desplegada, no resulta procedente el rechazo del rubro por la sola circunstancia de la falta de reconocimiento de la factura. En similar sentido se expide calificada doctrina la cual, al comentar las consecuencias de la no acreditación del daño, expresa que “... *No obstante, corresponde tener presente que se debe evitar la negación de un derecho subjetivo que de algún modo ha sido parcialmente acreditado.- Esto es no perder de vista la télesis del proceso que se orienta a servir de instrumento para la satisfacción de los derechos subjetivos consagrados en la ley de fondo y recordar la vigencia permanente del principio de equidad que debe guiar la facultad discrecional del Juez, atemperando según el*

*criterio de justicia distributiva, el rigor de la letra.- En consecuencia, la correcta aplicación de aquellas normas debe incluir un esmero del Sentenciante por encontrar en las constancias del proceso la forma de llegar de algún modo a fijar la cuantía acudiendo a la utilización del sistema probatorio presuncional y de las cargas dinámicas.- Todas las alternativas serán válidas, de modo tal de agotar las posibilidades y evitar el rechazo de una demanda donde se ha acreditado una conducta antijurídica y el daño consecuente” (CFR: Vénica, Hugo; Código Procesal Civil y Comercial Comentado; T° III, pág. 230/231).-*

En definitiva, considero correcto tener por cierto el daño y su monto.

En consecuencia, el segundo de los agravios vertidos debe ser parcialmente admitido y rechazarse dentro el rubro de daños materiales el reembolso de la suma de pesos cinco mil que el actor denunció haber abonado a su letrado por la tramitación del habeas data. El resto de los ítems incluidos en el rubro, por el contrario, debe ser mantenido.

### **13) Tercer agravio: daño moral**

#### **a) Procedencia del daño:**

En un **tercer agravio** cuestiona el recurrente el daño moral mandado a pagar, por considerar que existió absoluta orfandad probatoria y que la Jueza no indica que elementos de valor probatorio son tomados en autos para poder llegar a tal conclusión.

No comparto tales manifestaciones. Una lectura de la sentencia permite advertir que a fs. 1646 vta./1652 la Magistrada realiza extensas consideraciones relativas a que situaciones la convencen de la existencia de un detrimento moral padecido por el actor. Entre ellas menciona las diversas actuaciones extrajudiciales, la acción de habeas data, la acción de daños y perjuicios, la inclusión como deudor moroso (categoría 3) en los registros de deudores del sistema financiero en atención a la actividad profesional desempeñada. Ha señalado expresamente que “...Las

*molestias y preocupaciones que ha sufrido el actor, sumado a la categorización como deudor moroso y a la frustración de sus legítimas expectativas en lo relativo a la relación comercial que lo unió con la demandada, constituyen indicios claros y concretos respecto de las consecuencias negativas en su espíritu y superan –reitero- las contingencias propias de una contratación como la pactada por las partes...”* (fs. 1648).

De este modo se advierte que no asiste razón a la recurrente cuando indica que no se han explicitado en el fallo los elementos que se han valorado para tener por configurado el daño moral.

De otro costado, ningún cuestionamiento formula el recurrente a los puntos que la Magistrada ha expresamente indicado como valorados para tener por probada la existencia de un menoscabo espiritual. No resulta suficiente la invocación de una orfandad probatoria por la parte actora en este punto, ya que –como indicamos- la Jueza ha indicado cuáles eran los elementos existentes en la causa que fueron valorados como prueba válida de la existencia del daño moral y estos no fueron debidamente criticados por su parte.

#### **b) Cuantificación del daño moral**

En otro punto de su expresión de agravios la recurrente critica el monto tomado por la Magistrada para cuantificar este rubro, cuestionando que se tome como ejemplos acuerdos arribados con el Banco en otras causas los cuales no tienen sentencia y han sido suscriptos sin reconocimiento de hechos ni derechos.

Este punto también ha sido objeto de cuestionamiento por la parte actora en su recurso. La accionante critica el monto mandado a pagar por escueto, considerando arbitraria la fundamentación brindada por la Magistrada. Critica que no se haya tomado el precedente “López Quirós” cuya aplicación solicitó su parte y que se haya recurrido al sistema de tarifación judicial en base a precedentes cuya selección no se ha justificado, sin que se haya tenido en cuenta –por otra parte- que se trata de

valores de épocas distintas.

### **b.1. Las objeciones de la parte demandada al quantum mandado a pagar**

En respuesta a los cuestionamientos de la accionada, debo señalar que considero que aunque los acuerdos no hayan incluido un reconocimiento de hechos ni de derechos, si pueden válidamente ser tomados como pauta referencial idónea para la determinación del monto del daño moral que corresponde mandar a pagar.

Hemos señalado reiteradamente que el punto relativo a la cuantificación del daño moral es uno de los más difíciles de la tarea judicial. Se ha señalado al respecto *“En efecto, la cuantificación del daño moral es un tema que presenta serias dificultades. Ello, porque la valoración depende de dos planos de subjetividades. Una es la del sujeto que lo padece a la que nadie puede acceder —ya que solo cada uno sabe su propia medida— y otra, la del juez quien valorará cómo cuantificará el dolor ajeno sin conocer objetivamente en qué consiste y cuál es su dimensión, salvo lo que él mismo podría sentir (“precio del dolor” y “precio del consuelo”). Pero justo es reconocer que no existe ninguna posibilidad objetiva de comparación, entre múltiples razones porque hay individuos con mayor o menor umbral de tolerancia o mayor posibilidad de aceptación y porque se trata de perjuicios intraducibles al plano monetario...”* (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala M .V., A. C. y otro c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otro s/ daños y perjuicios • 31/10/2018)

En esta tarea la consideración de los valores que han sido acordados en causas similares (aunque no sean idénticas) constituyen parámetros válidos a ser considerados. Más aún si tenemos en cuenta que los reclamos de Sahade y Vega se dirigieron contra idéntica entidad financiera y tuvieron como base contratos bancarios celebrados en base a igual Convenio con el Colegio de Abogados.

Tampoco constituye un impedimento la circunstancia de que las sumas acordadas lo fueron en todo concepto. Ello, porque en el caso de Sahade el único rubro reclamado

fue el daño moral (cfr. fs. 296/298) y en el caso de Vega la suma mandada a pagar que incluye (daño moral y punitivo) era por un monto mayor (\$100.000).

De este modo no se advierte que los argumentos señalados sean suficientes para determinar la improcedencia del rubro ni la morigeración del quantum mandado a pagar.

## **b.2. Los cuestionamientos de la parte actora**

En relación a los agravios de la parte actora vinculados al quantum acordado al daño moral, considero que los mismos tampoco resultan procedentes.

La primera crítica que esboza la apelante puntualmente reside en criticar que se realice una distinción infundada entre este caso y el del Abogado López Quirós, invocado como precedente por su parte. Señala que este precedente era un letrado de la matrícula, el demandado un Banco y que la causa tuvo su origen en la incorrecta inclusión en la base de datos de morosos. Se queja de que se haya mandado a pagar un monto inferior al 20% del valor histórico de lo que se mandó a pagar a López Quirós, con fundamento en que en el precedente habría existido una prolífica prueba testimonial diligenciada sobre el perjuicio sufrido y que la inclusión de López Quirós en el registro habría durado una cantidad prolongada de tiempo.

Considero que, a pesar de los cuestionamientos formulados por el recurrente, la valoración que realiza la A quo sobre la incidencia de dicho precedente en la determinación del daño moral ha sido la adecuada.

En efecto, comparto que no existe entre aquel caso y este la identidad necesaria para que sea una pauta de seguimiento obligatorio como pretende el recurrente. Por una parte, asiste razón a la Magistrada que la actividad probatoria desplegada para la acreditación de la entidad del daño no ha sido idéntica en aquella causa y en esta.

Una lectura del pronunciamiento recaído en dicho precedente permite advertir que al menos nueve testigos (cfr. fs. 717 vta./718) fueron traídos al proceso para relatar la afectación que había ocasionado al Dr. López Quirós las circunstancias que había

tenido que transitar.

Si bien es cierto que la cantidad de testigos no es determinante para la gravedad del daño moral, lo cierto es que la prueba allí rendida permitió dar cuenta de la entidad del menoscabo espiritual padecido.

Ello no ocurrió en autos, donde ningún testimonio se rindió a tal fin. Los testigos aportados ninguna referencia ni mención han hecho sobre el malestar espiritual o angustia atravesada por el actor. Tampoco se ofreció una pericial psicológica.

En este aspecto y si bien comparto con la Magistrada que los hechos que rodearon la causa permiten presumir válidamente el menoscabo espiritual sufrido y de allí la procedencia del rubro, considero que no habilitan a darle igual entidad que al que López Quirós, con éxito logró probar.

De otro costado, cabe señalar que también comparto con la Magistrada que la entidad de las circunstancias vividas por el actor no se asemejan a las del Dr. López Quirós. Por una parte, surge del resolutorio recaído en aquella causa que el hecho dañoso consistió *“en la errónea información dirigida al Banco Central y a la Organización Veraz calificando públicamente (internet) al actor de inhabilitado para operar en cuenta corriente por el BCRA...”* *“...la inhabilitación referida consiste en una incapacidad del actor para operar con cuentas corrientes bancarias, que significa una seria limitación en el desenvolvimiento del crédito, lo que constituye un estigma para un letrado de renombre...”* *“...que el actor debió recurrir a la vía judicial para obtener el cese de la calificación lo que insume – tres años y cinco meses (véase informe de Veraz, fs. 184)...”* (cfr. fs. 718/719).

Queda claro de este extracto que las circunstancias vividas por López Quirós no se asemejan a la del actor. En efecto, mientras el accionante tuvo una calificación 3 que equivale a “con problema/riesgo medio”, el Dr. López Quirós había sido inhabilitado para operar. A esta diversa gravedad cabe aditar que mientras la inhabilitación se prolongó en aquel caso durante casi tres años y medio, en autos el

actor solo figura un mes con una calificación “3” (cfr. fs. 958).

Si bien es cierto que tal información estaría disponible durante dos años, ya que se informa siempre la situación previa con tal extensión, no es lo mismo figurar por dos años que un mes estuvo con una calificación “3” que haber estado inhabilitado para operar por tres años y medio.

Estas circunstancias que resultan de la propia resolución aportada por el actor impiden que se tome tal antecedente como pauta determinante para la fijación del quantum a abonar en concepto de daño moral. Por ello los achaques que en esta sede se desarrollan vinculados con el apartamiento de tal precedente no resultan admisibles.

Igual suerte corren los cuestionamientos vinculados con el método de tarifación utilizado por la Magistrada. Si bien es cierto que la selección de los precedentes a valorar puede dar lugar a situaciones arbitrarias, no ha indicado el recurrente otros precedentes diversos (más allá del de López Quirós) que debieron ser valorados y no lo fueron.

A ello cabe agregar, que el análisis de los precedentes jurisprudenciales análogos ha sido considerado por el TSJ como una pauta adecuada para la ponderación del daño moral.

Finalmente y en relación a que no se considera el valor de la moneda ya que no se han actualizado los montos de condena mandados a pagar en los precedentes mencionados, debo señalar que del propio cuadro esbozado por el recurrente puede advertirse que el promedio mandado a pagar actualizado conforme la Tasa Pasiva más el 16% anual da una suma similar a la que en los presentes se condena.

Sin perjuicio de todo lo expuesto, cabe señalar que aunque prescindiéramos de los precedentes invocados por la Magistrada, la suma mandada a pagar en los presentes en concepto de daño moral resulta razonable y ajustada a derecho a la luz de los hechos que motivan la demanda.

En efecto, considero que resulta de vital consideración los dos acuerdos celebrados con los Dres. Tufih Sahade y Carlos Vega en causas con marcada similitud con las que nos ocupa. De entre los precedentes traídos a consideración, considero que debe darse prioridad a las pautas derivadas de otras situaciones más análogas al actor como fueron las de Vega y Sahade y los daños morales que a estos les reconocieron. De otro costado y aunque los hechos que suscitan la presente causa se configuraron durante la vigencia del derogado Código de Vélez, considero oportuno mencionar que el nuevo Código Civil y Comercial, en su artículo 1741 establece en su párrafo final criterios a tener en cuenta al momento de cuantificar la indemnización a acordar por las consecuencias no patrimoniales sufridas: *“el monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas”*, fijando en el artículo siguiente elementos que pueden servir al juez para atenuar tal indemnización según las circunstancias del caso: el patrimonio del deudor, la situación personal de la víctima y las circunstancias del hecho.

En el caso de autos, si tenemos en cuenta que el monto mandado a pagar de cuarenta mil pesos debe ser actualizado desde la fecha del hecho, advertimos que el monto actualizado de la condena equivale a Pesos Ciento setenta y dos mil ochocientos setenta y cinco, con cincuenta y seis centavos (\$172.875,56). Tal monto resulta razonable para la adquisición de un viaje a algún lugar del país o un país vecino que permita compensar las molestias sufridas por el accionar de la demandada.

En este marco, en base a lo analizado y ponderando los parámetros de la ley, consideramos que la suma condenada puede procurar una debida satisfacción sustitutiva y compensatoria al actor en relación al daño injustamente sufrido.-

Conforme lo expuesto anteriormente, corresponde rechazar el recurso de apelación interpuesto en este punto tanto por el actor como por el demandado.

#### **14) Cuarto agravio: Daño Punitivo**

##### **a) Inconstitucionalidad del daño punitivo**

La demandada solicitó oportunamente que se declarara la inconstitucionalidad de la norma que habilita la aplicación del daño punitivo, aspecto que fuera desestimado por la Magistrada de primera instancia.

En su planteo recursivo la recurrente se queja de tal desestimación, pero sin invocar ni indicar cuál de los argumentos expresados por la Magistrada resulta erróneo o improcedente.

A ello cabe aditarse que la cuestión relativa a la constitucionalidad de la norma ya ha sido resuelta por nuestro Tribunal Superior de Justicia primero en la causa “Defilippo, Darío Eduardo y otro c. Parra Automotores S.A” (Sentencia n° 60 del 10 de mayo de 2016). En dicho pronunciamiento, el Alto Cuerpo, tras señalar que los daños punitivos se enmarcan en el principio protectorio de rango constitucional, que resguarda los derechos de los consumidores y usuarios, y que es el que da origen y fundamenta el Derecho del consumidor, señala “...*No es posible desconocer la relevancia que ha adquirido la protección jurídica a los consumidores, usuarios e, incluso, de quienes se encuentren expuestos en virtud de relaciones de consumo, a partir de la reforma constitucional del año 1994 (con la consagración de tal derecho en el art. 42 de la C.N.) y de la sanción de la ley 24.240. Su rango constitucional y el carácter de preceptos de orden público que le ha asignado el legislador, han producido notables cambios en la interpretación, vigencia y análisis de compatibilidad de otras normas del derecho que hasta el advenimiento de la nueva normativa, se tornaban como reglas o principios inmovibles (Lorenzetti, Ricardo Luis “Consumidores”, edit. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003 pág. 43 y ss.). Cabe reparar que es la propia Constitución la fuente principal del Derecho consumerista, siendo uno de los denominados “derechos civiles constitucionalizados”*” “*La sanción punitiva en el Derecho del consumidor se*

*explica por la función de tutela que la Ley 24.240 atribuye al Estado, a los efectos de disuadir a las empresas proveedores de incurrir en conductas reiteradas que lesionen a los bienes jurídicos protegidos por la ley de Defensa del Consumidor. Tres son, entonces, las funciones de tal instituto: sancionar al causante de un daño inadmisibles, hacer desaparecer los beneficios injustamente obtenidos provenientes de la actividad dañosa, y prevenir o evitar el acaecimiento de hechos lesivos similares al que mereciera la punición (Cfr. Trigo Represas, en “La responsabilidad civil en la nueva Ley de Defensa del Consumidor”, publicada en La Ley on line; López Herrera Edgardo, en “Daños punitivos en el derecho argentino. Art. 52 bis”, en JA, 2008-II-1198). Desde tal perspectiva es posible colegir que existe una total correspondencia entre los objetivos a que tiende el instituto de los daños punitivos, con los diversos propósitos que en la actualidad se asignan al Derecho de Daños, el que además de contener una finalidad resarcitoria, también cumple particular relevancia la faz preventiva, como la faceta punitiva, destinada a sancionar los comportamientos dañosos....” “....Siguiendo a Stiglitz y Bru, podemos concluir que pese a la imprecisa formulación legal el instituto no se presenta incompatible con la Constitución Nacional, ni tampoco con el sistema represivo, sino que por el contrario, resulta una herramienta complementaria y hasta superadora en algunos aspectos, alcanzando (con la aplicación prudente y responsable de los magistrados) el castigo y la prevención de conductas dañosas que generalmente escapan a la Justicia Penal (Stiglitz, Gabriel y Bru, Jorge “Régimen de Responsabilidad Civil por daños al consumidor”, en Manual de Derecho del Consumidor, Dante Rusconi, pág. 389 y sgtes. Abeledo Perrot, 2009). Por otra parte, habiéndose establecido la naturaleza civil de los daños punitivos, es evidente que mal puede ser inconstitucional la inobservancia de garantías penales en materia no criminal.....”*

En igual sentido se ha pronunciado la doctrina al señalar “...la figura cumple con el

*principio de legalidad, pues está expresamente consagrado en el art. 52 bis de la LDC y la doctrina y jurisprudencia han delineado sus principales requisitos que se añaden a los legales; también se cumple con el debido proceso, pues siempre son aplicados en sede jurisdiccional, en un procedimiento en el que se desarrollan todas las etapas, se concede al proveedor el derecho de defensa en juicio y a ofrecer toda la prueba que hace a su derecho, en el que finalmente el juez puede condenarlo al pago del daño punitivo; y por último, existe un juez natural que será el que corresponda a la jurisdicción y competencia que corresponda según el caso, pero no es posible que el daño punitivo sea aplicado en sede administrativa. El cumplimiento de las garantías constitucionales antes referenciadas se desprende especialmente de la conjunción de regulaciones de los arts. 52 bis y 53 de la LDC, éste último dedicado a las normas procesales del derecho del consumidor en la ley de fondo. En consecuencia, el daño punitivo no sólo resulta constitucional sino que existe plena seguridad jurídica en torno a su vigencia y aplicación....” (cfr. Garzino, María Constanza. La constitucionalidad del daño punitivo: una nueva convalidación por el TSJ de Córdoba. Publicado en: LLC 2016 (julio), 5)*

En consecuencia, a la luz de lo expuesto, no resulta procedente la declaración de la inconstitucionalidad de la norma.

#### **b) Procedencia del daño punitivo**

El recurrente cuestiona que se haya admitido el daño punitivo. Considera que no hay conducta abusiva, contraria a la buena fe y a la lealtad comercial, ambiciosa de su parte. Cuestiona que se haya considerado que su parte no tuvo intención de resolver el diferendo, señalando que el ámbito de aplicación del art. 52 de la Ley 24240 son las conductas anteriores no las desplegadas durante el litigio. Califica de absurda y arbitraria la justificación dada para conceder daño punitivo. Rechaza que se sostenga que ha incurrido en innumerables incumplimientos. Entiende que la cuestión debatida no tiene la entidad suficiente a criterio de la doctrina y jurisprudencia para

hacer admisible la procedencia del rubro. Sostiene que la Sentenciante olvida que para que proceda el daño punitivo no solo debe tratarse de un simple incumplimiento sino que debe ser grave. Expone que ninguno de los requisitos de procedencia del daño se configuran en autos. Añade que no existe incumplimiento contractual, ni trascendencia social o repercusión institucional.

Hemos señalado con anterioridad que el daño punitivo es una sanción pecuniaria que la LDC prevé en el art. 52 bis de la LDC que reza: *“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”*.

El daño punitivo tiene una doble finalidad: preventiva y punitiva, tal como lo explicó Pizarro al señalar que se trata de: *“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 destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro”* (Pizarro, Ramón Daniel, Daño Moral, p. 453, Hammurabi, Bs.As., 1996).

La doctrina especializada ha debatido los requisitos que deben concurrir a los fines de la procedencia del daño punitivo, los que Galdós reseña como los siguientes: 1) petición de parte -pues no procede de oficio- es decir por el consumidor dañado; 2) la existencia de un daño efectivo, 3) que exista entre las partes una relación de consumo; 4) la presencia de un elemento subjetivo del dañador, es decir, una culpa agravada (GALDÓS, Jorge M. Los daños punitivos en la Ley de Defensa del

Consumidor, en: Tratado de Derecho del Consumidor, Gabriel Stiglitz y Carlos A. Hernández: Directores, Tomo III, Buenos Aires, La Ley, 2015, pág. 286/290).

Merece especial alusión el requisito del factor de atribución subjetivo respecto a la conducta del proveedor, pues así lo fijó nuestro Máximo Tribunal Provincial.

Concretamente, la Sala Civil y Comercial del Tribunal Superior de Justicia, confirmó el precedente dictado por la Cámara Tercera en “Teijeiro” en donde se resolvió que no basta el sólo incumplimiento para la condena por daño punitivo, sino que es necesario un reproche de índole subjetivo y calificado (CCC 3° de Córdoba, “Teijeiro (o) Teigeiro, Luis Mariano c. Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. y G.”, 17/4/12).

Por su parte, en la doctrina parece haber consenso en afirmar que la aplicación de los daños punitivos se encuentra condicionada a la existencia de una conducta especialmente reprochable y cualquier actuación meramente negligente o culpable no dará lugar a la multa civil prevista en el artículo 52 bis en análisis. Se sostiene que la aplicación del instituto es de carácter excepcional y de naturaleza restrictiva y que solo procede cuando el proveedor incumpla sus obligaciones con dolo, culpa grave, malicia, cuando el comportamiento importe un desprecio inadmisibles para el consumidor" (CNCOM, Sala F, "R., S. A. c. Compañía Financiera Argentina S.A.", 10 de mayo de 2012, elDial AA769F, Otaola, María Agustina, “La Justificación de los Daños Punitivos en el Derecho Argentino”, Publicado en: Revista de la Facultad -UNC- 2014-1 , 135, Cita Online: AR/DOC/1484/2014). Es necesario entonces para la procedencia del daño punitivo, que exista una conducta deliberada por parte del proveedor, es decir, a la luz de un factor de atribución subjetivo calificado (culpa grave o dolo). Tal tesis, como se dijo, es avalada por la doctrina mayoritaria a nivel nacional (López Herrera, Edgardo, "Daños punitivos en el derecho argentino. Art. 52 bis, ley de defensa del consumidor", Lexis n° 0003/013877; Vergara, Leandro, "La multa civil. Finalidad de prevención. Condiciones de aplicación en la

legislación argentina", Revista de Derecho de Daños, 2011-2-329; HERNÁNDEZ, Carlos A. - SOZZO, Gonzalo, "La construcción judicial de los daños punitivos. Antecedentes y funciones de la figura en Argentina", Revista de Derecho de Daños, 2011-2-361; ARIZA, Ariel, "Contrato y responsabilidad por daños en el derecho del consumo", en ARIZA, Ariel (coord.), La reforma del régimen de defensa del consumidor por ley 26.361, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 134/135; ELÍAS, Ana I., "Daño punitivo: derecho y economía en la defensa consumidor", en ARIZA, Ariel (coord.), La reforma..., cit., p. 153; MOISÁ, Benjamín, "Los llamados 'daños punitivos' en la reforma a la ley 24.240", RCyS, agosto de 2008, p. 38; COSSARI, Maximiliano N. G., "Problemas a raíz de la incorporación de los daños punitivos al ordenamiento jurídico argentino", LL, 3/12/2012, p. 3; STIGLITZ, Rubén S. - PIZARRO, Ramón D., "Reformas a la Ley de Defensa del Consumidor", LL, 16/3/2009, p. 4/5; JUNYENT BAS, Francisco - GARZINO, María C., "Daño punitivo. Presupuestos de aplicación, cuantificación y destino", LL, 19/12/2011, p. 4., citados por Picasso, Sebastián en "Objeto extraño en una gaseosa y los "daños punitivos"", Publicado en: LA LEY 25/06/2014, 5 • LA LEY 2014-D, 24 ).

A la luz de los lineamientos señalados procederé al análisis de las constancias obrantes en la causa a los fines de dilucidar si se detectan los presupuestos reseñados.

En primer lugar, existe una relación de consumo derivada de la contratación por el actor de un paquete de servicios bancarios que fueron ofertados en su estudio jurídico, en el marco de un Convenio entre el Banco demandado y el Colegio de Abogados, con carácter gratuito por una bonificación permanente de su costo. También se ha comprobado que estas condiciones originalmente ofertadas (bonificación permanente) no solo no se entregaron debidamente por escrito (art. 32), sino que no se respetaron (Art. 4 y 19), ya que el Banco aplicó unilateralmente las comisiones al actor sin que –además– tal cambio fuera debidamente comunicado.

En efecto, si bien ha quedado probado que la información se envió a un domicilio en La Rioja, no se probó que fuera el que el actor había constituido al contratar con el Banco. Se ha acreditado de este modo la vulneración de los artículos 4, 8bis, 19 y 32 de la Ley de Defensa del Consumidor.

Con respecto al factor de atribución subjetivo que se requiere para la procedencia de la sanción, adelanto opinión en sentido que se verifica en la causa, doy motivos.

La demandada realizó una contratación al domicilio laboral del actor, realizándole una oferta de un paquete de productos cien por ciento bonificados, sin entregar copia escrita del contrato con las precisiones y alcances de la bonificación ofertada; modificó unilateralmente las condiciones originariamente ofrecidas; no las comunicó debidamente al actor. Pese a ello, frente al reclamo del actor, insistió en la legitimidad de su reclamo, obligando al mismo a concurrir ante los Tribunales primero para obtener una constancia del cierre de la cuenta y luego para obtener el reembolso de las sumas indebidamente percibidas y la reparación de los daños ocasionados con su proceder.

Además, incumplió con el deber de trato digno al consumidor –tal como se analizó en apartados anteriores a donde remito en honor a la brevedad- lo que expresamente autoriza la aplicación del daño punitivo: art. 42 CN y 8 bis de la LDC, último párrafo.

A lo dicho cabe agregar la conducta procesal de la demandada, que no prestó la colaboración necesaria para el esclarecimiento de los hechos base de la presente acción, sino que por el contrario, dificultó dicho camino no acompañando prueba dirimente que obraba en su poder y que era de imposible diligenciamiento para el consumidor. Es decir, la demandada no colaboró de modo alguno con la producción de la prueba, máxime cuando expresamente el art. 53 de la LDC impone las cargas dinámicas de la prueba, lo que también importa un menosprecio a los derechos del consumidor.

No asiste razón en este punto al recurrente respecto de que los hechos a valorar sean únicamente los previos al litigio. La conducta desplegada en este último también configura un elemento indispensable a ser meritado para la procedencia –o no- de la sanción.

En definitiva, en el caso bajo análisis, desde el 2014 hasta la actualidad no se ha solucionado el problema del consumidor, quien debió abonar sumas por comisiones que le habían sido ofertadas como bonificadas en un cien por ciento, sin que le haya sido comunicado debidamente el cambio de condiciones. Pese a ello ni la empresa ha ofrecido compensación alguna a éste, sino que por el contrario, con desidia, dextrato e intencionalidad ha obligado al Dr. Quiroga Crespo a recurrir a instancias judiciales para obtener primero la constancia de cierre de su cuenta y luego una respuesta a su reclamo de restitución de los montos indebidamente percibidos.

En consecuencia, de las afirmaciones vertidas se advierte que efectivamente existe una culpa grave y/o dolo por parte de Banco Itau en su accionar respecto a la deficiente prestación de los servicios prestados al actor, es decir, una conducta reprochable subjetivamente que justifica la procedencia del daño punitivo.

No resulta suficiente la invocación de que todos los declarantes son actuales clientes del Banco, extremo que -por otra parte- no ha sido acreditado, para justificar que no se configuró un proceder indebido de su parte frente al actor.

En relación a que su parte no ha percibido ningún beneficio económico del problema del actor, debo señalar que si bien es cierto que solo recibió del actor la suma de \$ 540, también lo es que ha sido acreditado que modificó unilateralmente condiciones que fueron ofrecidas al actor con carácter de permanente y que si bien el daño puntual en el caso del accionante no se profundizó, atento que al poco tiempo de iniciado el cargo de las comisiones el actor se presentó en el Banco y cerró la cuenta, ello no es óbice para catalogar de reprochable el proceder de la entidad bancaria.

La escasa cuantía del monto en lo que efectivamente se lo perjudicó al actor no resulta suficiente para considerar que el proceder del Banco fue menos reprochable. No configura un presupuesto de aplicación de la sanción dispuesta por el artículo 52 bis el hecho de que exista un beneficio acreditado para el proveedor. Por el contrario, el dispositivo expresamente subordina su aplicación a la existencia de un incumplimiento de las obligaciones existentes en cabeza del proveedor. *“Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor”*.

De este modo aunque hubiera sido nulo el beneficio económico para el proveedor si se configuran los recaudos dispuestos procede la aplicación de la multa prevista en el art. 52 bis de la LDC. Ello no impide, como se analizará a continuación, que de existir beneficio económico este sea especialmente considerado al momento de la cuantificación de la sanción a aplicar.

A lo dicho cabe agregar que, en el caso de autos, no debe perderse de vista que lo sucedido con el actor se dio en el marco de un Convenio con el Colegio de Abogados de Córdoba, por lo que el universo de potenciales afectados claramente excede al caso único del actor. En este sentido y si bien no se conoce con exactitud cuántos abogados aceptaron el paquete bonificado que se ofrecía, prueba que fácilmente podría haber aportado a la causa la entidad demandada, sí se ha acreditado que el cambio de las comisiones operó en al menos 603 casos (fs. 1239). En razón de todo lo expuesto, los agravios vinculados a la procedencia del daño punitivo deben ser desestimados.

### **c) Cuantificación del daño punitivo**

En última instancia cuestiona también el recurrente los montos mandados a pagar en conceptos de daño punitivo, calificándolos de irrazonable. Refiere que a caballo de esta norma se están empezando a verificar demandas temerarias donde se reclaman montos absolutamente injustificados y carentes de razonabilidad, con el único fin del

lucro.

El actor por su parte critica también el monto mandado a pagar, cuestionando que se haya utilizado el método de los precedentes análogos y que se haya desestimado el mecanismo propuesto por su parte.

No desconocemos que la cuantificación del monto de la condena por daño punitivo, constituye uno de los capítulos más difíciles para el Juzgador y que justamente determina que en muchos casos el mismo no sea aplicado o lo sea por montos ínfimos que no cumplen con la finalidad para la cual ha sido regulado.

Tampoco desconocemos que en un esfuerzo por aportar cierta claridad y seguridad al tema se han propuesto fórmulas matemáticas (como la de Irigoyen Testa) que buscan establecer cuáles deben ser las variables y parámetros a considerar para cuantificar este daño.

Sin perjuicio de que no comparto la utilización de esta fórmula, sí considero que resulta indispensable la explicitación de las pautas o parámetros que van a ser valorados por el Tribunal para cumplir exitosamente con esta cuantificación.

En esta tarea, entiendo que debemos comenzar por el propio artículo 52 bis de la LDC, que al regular la posibilidad de aplicar una sanción por daño punitivo, expresamente establece que la misma se graduará: “...*en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso...*”.

Indica el dispositivo dos parámetros a tener en cuenta para la cuantificación del daño punitivo: uno concreto (gravedad del hecho) y otro de carácter abierto (demás circunstancias del caso).

Resulta necesario establecer cuáles son las “circunstancias del caso” que se ponderaran para la cuantificación del daño punitivo. En esta tarea, especial valor cabe asignar al listado de recaudos previstos por el art. 49 de la Ley 24.240 para la graduación de las sanciones a aplicarse en sede administrativa. Junto a ellos, hay otros elementos que considero deben ser igualmente ponderados en la tarea de

establecer el monto dinerario que corresponde mandar a pagar.

En este contexto, las pautas que considero deben valorarse para la cuantificación del daño punitivo son:

**a) Gravedad del hecho** (art. 52 bis LDC): se deberá valorar especialmente al momento de tarifar el daño punitivo la gravedad de la conducta desplegada por el proveedor y su alcance.

**b) Perjuicio para el consumidor** (art. 49 LDC, 42 C.N.): se debe tener en cuenta que la intensidad de la afectación de los derechos del consumidor, con especial consideración a aquellos que tengan expresa recepción en la norma constitucional. En efecto, el art. 42 de la Constitución Nacional establece que: “...*Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno...*” (resaltado agregado). Debe valorarse en consecuencia si la conducta desplegada por el proveedor afecta uno de estos derechos especialmente receptados en la Constitución.

También debe considerarse comprendido en este punto el tiempo perdido por el consumidor para obtener el restablecimiento de sus derechos. En este sentido, la doctrina especializada en derecho del consumidor, que se comparte, destacó que: “*Muchas veces, por estas cuestiones, los consumidores deben dejar de atender sus cuestiones personales (trabajo, estudio u otras obligaciones) o renunciar a disponer libremente de su tiempo para embargarse en fatigosos reclamos, llamadas a centros de atención telefónica despersonalizados, cuando no a un verdadero peregrinar a oficinas de atención al cliente, servicios técnicos, organismos de defensa del consumidor, abogados, asociaciones de consumidores, etc., con las consiguientes erogaciones de traslados, costos, llamadas telefónicas, gastos administrativas, entre otros, sumado al preciado bien del tiempo...Entendemos que no resulta necesario*

*fundamentar la importancia de la disposición del tiempo para el desarrollo de actividades productivas que provean el sustento de una persona y su familia en un mercado complejo, competitivo y flexibilizado como el que atravesamos en estos tiempos.”* (BAROCELLI, Sergio S., El valor tiempo como menoscabo a ser reparado al consumidor. Su cuantificación, publicado en: <http://www.acaderc.org.ar/>, el destacado me pertenece).

**c) Posición en el mercado del infractor** (art. 49 LDC). Constituyen elementos que deben ser valorados para la cuantificación del daño punitivo el patrimonio del dañador, su situación en el mercado (por ejemplo si existe monopolio), su proyección nacional o internacional. “...es sabido que una multa de escaso valor para grandes empresas multinacionales no alcanza a generar un cambio en la conducta contumaz y desaprensiva para el consumidor, sino que lo único que consigue es que la corporación pague y siga actuando de idéntica manera” (Cámara 6ª C.C. Cba. 8/4/14, Expte. 2196285/36. Reseñas de fallas en Semanario Jurídico N° 1957, del 29 de mayo de 2014).

**d) La cuantía del beneficio obtenido** (art. 49 LDC). Aunque ya hemos dejado establecido que la ausencia de beneficio (o su carácter ínfimo) no impide la procedencia de la sanción, la extensión del beneficio debe ser valorada al momento de cuantificar la sanción. En efecto, si bien el hecho de que el proveedor no haya obtenido ninguna mejora económica no obsta a que se considere reprochable su proceder y merecedor de la sanción prevista en el art. 52 bis LDC, la circunstancia de que el proveedor haya obtenido un beneficio importante si incide en el monto de la sanción a aplicarse, para evitar que la multa pueda resultar ínfima frente a tal beneficio. Este aspecto entra en íntima vinculación con el siguiente parámetro.

**e) Eficacia de la sanción:** la sanción a imponerse debe cumplir con su finalidad: disuadir al proveedor de incurrir o mantener conductas vulneratorias de los derechos del consumidor. “...corresponde tener presente que la sanción civil impetrada

*tiende a prevenir, por parte de dicha empresa, hechos similares para el futuro. (...) prevenir –ante el temor que provoca la multa- la reiteración de hechos similares en un futuro. Contribuye al desmantelamiento de los efectos de ciertos ilícitos, pero sin acudir a principios o normativas del derecho penal. La idea es, básicamente, que frente al riesgo de sufrir la sanción, deje de ser económicamente atractivo enriquecerse a costas de vulnerar derechos ajenos”* (Cámara 6ª C.C. Cba. 26-3-14, Sentencia N° 24 Expte. 1751961/36. Semanario Jurídico N° 2003 del 7 de mayo de 2015, pag.705

**f) Grado de intencionalidad (art. 49 LDC).** Este parámetro exige la ponderación una vez más de la conducta del proveedor para analizar si existió culpa grave o dolo en su proceder.

**g) Trascendencia social (art. 49 LDC).** El artículo 49 LDC establece expresamente que debe valorarse la “*gravedad de los riesgos o de los perjuicios sociales derivados de la infracción y su generalización*”.

**h) Reincidencia (art. 49 LDC).** Otro elemento que debe ponderarse es la reincidencia del proveedor, abarcando las denuncias que se han formulado en su contra tanto en sede administrativa como en sede judicial, así como los procesos iniciados en su contra y su suerte. Sin perjuicio de ello, debe ser objeto de especial consideración, que en algunos casos el nivel de denuncias o reclamos contra un proveedor puede estar especialmente disminuido por la especial situación de quienes resultan víctimas del proceder reprochable.

En efecto, como se indicará en el punto siguiente, existen ciertos grupos de personas que por sus particulares circunstancias pueden encontrar difícil (sino imposible) la realización de un reclamo tanto en sede administrativa como judicial. Si las víctimas del accionar del proveedor integran alguno de estos grupos, la reincidencia puede válidamente presumirse.

**i) Vulnerabilidad del consumidor:** Las Directrices de las Naciones Unidas para la

Protección del Consumidor, aprobadas por la Asamblea General en su resolución n° 39/248, de 16 de abril de 1985, ampliadas posteriormente por el Consejo Económico y Social en su resolución n° 1999/7, de 26 de julio de 1999 y revisadas y aprobadas por la Asamblea General en su resolución n° 70/186, de 22 de diciembre de 2015, son un conjunto valioso de principios que establecen las principales características que deben tener las leyes de protección del consumidor. En su punto III y bajo el título “Principios Generales” establece que “...Corresponde a los Estados Miembros formular, fortalecer o mantener una política enérgica de protección del consumidor, teniendo en cuenta las directrices que figuran más adelante y los acuerdos internacionales pertinentes. Al hacerlo, cada Estado Miembro debe establecer sus propias prioridades para la protección de los consumidores, según las circunstancias económicas, sociales y ambientales del país y las necesidades de su población y teniendo presentes los costos y los beneficios de las medidas que se propongan. 5. Las necesidades legítimas que las directrices procuran atender son las siguientes: ...**b) La protección de los consumidores en situación vulnerable y de desventaja;**...” (resaltado agregado)

Esta protección especial a estos consumidores en situación de desventaja se encuentra presente en todo lo largo de las Directrices. En la Directriz 37 expresamente se ha establecido que “...Los Estados Miembros deben alentar el establecimiento de mecanismos justos, efectivos, transparentes e imparciales para atender las reclamaciones de los consumidores, por medios administrativos, judiciales y alternativos de solución de controversias, incluidos los casos transfronterizos. Los Estados Miembros deben establecer o mantener medidas legales o administrativas para permitir que los consumidores o, en su caso, las organizaciones competentes obtengan compensación mediante procedimientos oficiales o extraoficiales que sean rápidos, justos, transparentes, poco costosos y accesibles. Tales procedimientos deben tener especialmente en cuenta las

*necesidades de los consumidores en situación vulnerable y de desventaja...*”

(resaltado

agregado,

cfr.

[https://unctad.org/es/PublicationsLibrary/ditccplmisc2016d1\\_es.pdf](https://unctad.org/es/PublicationsLibrary/ditccplmisc2016d1_es.pdf))

No desconocemos que el consumidor en sí mismo se encuentra en una situación de vulnerabilidad frente al proveedor. Así ha sido establecido por el propio anteproyecto de reforma de la LDC quien a lo largo de todo su articulado reconoce la vulnerabilidad estructural de los consumidores en el mercado.

Sin embargo, hay ciertas situaciones en que, además de esta vulnerabilidad propia de la desigualdad existente entre consumidor y proveedor, se incrementa su fragilidad por factores en principio ajenos a tal relación: edad (niños, niñas, adolescentes y adultos mayores); salud o limitaciones físicas o psíquicas (personas con capacidades especiales, personas con capacidad restringida o incapacidad); nivel de formación (analfabetos o personas con una escolaridad incompleta); situación económica (indigentes, personas en situación de pobreza, desocupados); territoriales (refugiados, desplazados, migrantes); personas miembros de pueblos originales.-

Las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, en su artículo 1 define “... *personas en situación de vulnerabilidad...*” señalando que “... *Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad. La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo*

*social y económico.”*

Se trata en estos casos de los “consumidores vulnerables o hipervulnerables” como han sido nominados por la doctrina.

Esta vulnerabilidad incrementada, la que puede ser transitoria o permanente, permite presumir, que a la ya disparidad existente entre proveedor y consumidor, se suman otros factores que afectan el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales. Una de las consecuencias propias de esta fragilidad está dada por una mayor dificultad en el acceso a la justicia que no puede ni debe ser desconocido.

En este contexto, si el actuar lesivo del proveedor tiene como destinatario a personas que integran alguno de estos grupos, el rol del Poder Judicial de desalentar o prevenir este tipo de actitudes se intensifica.

En efecto, si es dable presumir una mayor dificultad de las víctimas pertenecientes a estos grupos en acceder a sede administrativa o judicial para denunciar el proceder del proveedor y obtener una reparación del daño sufrido; lo lógico es que, habiendo tomado conocimiento de tal situación, los Tribunales tomen medidas para enviar un fuerte mensaje al proveedor para evitar la reiteración de este tipo de inconductas. Ello, en cumplimiento de la manda constitucional del art. 42 de la C.N que impone al Poder Judicial (al igual que los otros poderes) tomar medidas concretas de protección al consumidor y, en especial, al hipervulnerable.

La Corte Interamericana de Justicia en el caso “Furlan vs. Argentina” (Sentencia de 31/08/2012, aunque no refiriéndose a los consumidores, realizó consideraciones vinculadas al rol del Estado ante situaciones de grave vulnerabilidad. Señaló que “...*toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos....*”; agregando que no era suficiente con que los Estados se abstengan de violar los derechos de estos grupos, sino que era

indispensable la adopción de medidas positivas para proteger a la persona como sujeto de derecho.

En vistas a ello, cuando el destinatario del accionar del proveedor es una persona perteneciente a alguno de estos grupos la sanción a aplicar debe ser especialmente gravosa. De este modo, la especial vulnerabilidad del consumidor es un parámetro de vital importancia para la cuantificación de la sanción a imponer.

*“La evolución que ha tenido el derecho internacional de los derechos humanos lleva a plantear el avance desde un concepto de igualdad formal, entendida como no discriminación, hacia un concepto de igualdad sustantivo, entendido como protección de derechos de dichos grupo. Es por eso que, como se ha dicho claramente, el derecho del consumidor ha nacido para llevar protección al débil jurídico. Esta situación se refuerza cuando los grupos esencialmente vulnerables, como los niños, ancianos, personas con discapacidad y otros asumen el rol de consumidores. En estos casos la situación es de hipervulnerabilidad, como bien lo ha definido la doctrina, y la protección debe ser maximizada...”* (resaltado agregado, cfr. Junyent Bas, Francisco; Junyent, Patricia María “Los principios que articulan el Estatuto del Consumidor. A propósito del diálogo de fuentes y el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor. Publicado en El derecho, viernes 5 de abril de 2019).

Siguiendo estos lineamientos, el Anteproyecto de Reforma de la LDC, en su artículo 3 establece que *“El principio de protección del consumidor se acentúa tratándose de colectivos sociales hipervulnerables. En tales supuestos, en el marco de la relación de consumo, la educación, la salud, la información, el trato equitativo y digno y la seguridad deben ser especialmente garantizados”*; agregando en su artículo 5 inciso 6 *“Principio de protección especial para situaciones de hipervulnerabilidad. El sistema de protección del consumidor protege especialmente a colectivos sociales afectados por una vulnerabilidad agravada,*

*derivada de circunstancias especiales, en particular, niñas, niños y adolescentes, personas mayores, enfermas o con discapacidad, entre otras...”.*

Debemos señalar finalmente que dentro del concepto de consumidor vulnerable es menester distinguir dos situaciones: el consumidor que conforma un grupo cuya vulnerabilidad puede presumirse (que integra alguno de los grupos anteriormente mencionados) y el caso de los consumidores que normalmente no lo son pero que pueden serlo en ciertas situaciones específicas. No debemos obviar que las propias Reglas de Brasilia en su artículo 1 reconocen que la noción de vulnerabilidad tiene carácter dinámico al establecer que “...*La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico...*”. En este sentido el Parlamento Europeo en la resolución del 22 de mayo de 2012 estableció que “...*el concepto ampliamente utilizado de consumidores vulnerables se basa en la noción de vulnerabilidad endógena y hace referencia a un grupo heterogéneo compuesto por aquellas personas consideradas de forma permanente como tales por razón de su discapacidad mental, física o psicológica, su edad, su credulidad o su género, y que el concepto de consumidores vulnerables debe incluir asimismo a los consumidores en una situación de vulnerabilidad, es decir, los consumidores que se encuentren en un estado de impotencia temporal derivada de una brecha entre su estado y sus características individuales, por una parte, y su entorno externo, por otra parte, teniendo en cuenta criterios tales como la educación, la situación social y financiera (por ejemplo, el endeudamiento excesivo), el acceso a Internet, etc.; considerando asimismo que todos los consumidores, en algún momento de su vida, pueden pasar a ser vulnerables debido a factores externos y a sus interacciones con el mercado, o porque experimenten dificultades para acceder a información adecuada dirigida a los consumidores y entenderla, y, por tanto, precisen de una protección especial...*” (cfr.

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2012-0209+0+DOC+XML+V0//ES>, fecha consulta 20/08/2019).

A título ejemplificativo de esta última categoría podemos mencionar cuando ciertas instrucciones o partes del contrato vienen en un idioma que el consumidor no comprende. O bien ante ciertas dificultades propias de la complejidad inherente al mercado financiero, cuando una persona adquiere productos de servicio financieros de cierta complejidad. También en la actualidad vinculado a las complejidades del comercio en línea y las situaciones que pueden suscitarse.

Estos casos también deben ser especialmente ponderados al momento de establecerse la multa a aplicar.

Las pautas que aquí se mencionan sirven como parámetros para determinar la mayor o menor cuantía que la multa debe tener para lograr el cumplimiento de su finalidad.

#### **d) La cuantificación en el caso de autos**

En vistas a estas pautas, aplicando las mismas al caso de autos, debemos advertir que los hechos configurativos del reclamo revisten el **carácter de grave (art. 52 de la LDC)** ya que la entidad demandada ofreció un paquete con una bonificación a la que adjudicó el carácter de permanente con conocimiento de que no iba a mantener esas condiciones. Nótese que la defensa de la accionada transitó en que no podía esperar el actor que las condiciones se mantuvieran inalterables para siempre. A ello se suma que violando tal oferta inicial, impuso el cambio de las comisiones a abonar por el actor, no notificando debidamente tal mutación y percibiendo las sumas resultantes de esta mutación ilegítima como requisito para el cierre de la cuenta. Finalmente, obligó al accionante a recurrir a la justicia para obtener tanto el certificado de cierre de la cuenta como la devolución de las sumas indebidamente percibidas, no colaborando incluso durante los procesos con el aporte probatorio necesario para el desentrañamiento de la verdad de lo ocurrido.

Se ha causado asimismo con su proceder un claro **perjuicio para el consumidor**

(**art. 49 LDC, 52 C.N.**), que ha afectado derechos expresamente receptados en la Constitución, como el derecho a la información y la libertad de elección (mediante el ofrecimiento de condiciones engañosas que le impidieron una valoración adecuada de sus opciones) y las condiciones de trato equitativo y digno. A ello se añade el tiempo que el consumidor debió invertir en lograr el reconocimiento del proceder indebido del Banco y la falta de reparación de los perjuicios sufridos hasta la fecha.

En relación a la **posición en el mercado del infractor (art. 49 LDC)**, de la pericia contable que se desarrolló en la causa “Estévez, Luciano Miguel c/ Banco Itau” resulta que la utilidad neta del Banco en el período 2014 fue de \$ 555.693.000; período 2015 \$ 701.519.000; período 2016 \$ 815.133.000 (fs. 1503/1504).

La **pauta de la cuantía del beneficio obtenido (art. 49 LDC)**, por su parte, no puede ser valorada debidamente en autos, ya que no ha aportado el Banco demandado, que estaba en mejores condiciones de hacerlo, información suficiente de cuantos nuevos clientes consiguió en base al Convenio con el Colegio de Abogados y cuál fue el monto de su ganancia derivada del cambio de comisiones. La falta de determinación concreta de este ítem configura una pauta desfavorable a la posición de la demandada, atento su falta de colaboración y de cumplimiento de lo dispuesto por el art. 53 de la LDC y genera indicio favorable a la reclamación propuesta (art. 316 CPC).

Respecto del **grado de intencionalidad**, debemos señalar que ha quedado acreditado que el Banco realizó el cambio de condiciones voluntariamente y, pese al reclamo del actor, se mantuvo en su posición indebida obligándolo a litigar para lograr un reconocimiento de su derecho y la reparación de los daños sufridos.

También ha quedado acreditado en autos la **reincidencia** de la entidad demandada en su proceder, ya que se han acreditado varios reclamos fundados en similares situaciones a las del actor (cambio indebido de comisiones) e incluso la

interposición de una acción colectiva con fundamento en hechos similares que los que nos ocupan.

La **trascendencia social**, por su parte, resulta del hecho que la vulneración sufrida tuvo su origen en un Convenio con el Colegio de Abogados por lo que es dable presumir que la afectación producida se ha extendido (o pudo extenderse) a un número más grande de personas. De otro costado, el proceder del Banco se inserta dentro de un ejemplo típico de operatoria bancaria ilegítima por lo que la sanción que aquí se dispone debe servir para evitar que la entidad incurra nuevamente a futuro en situaciones análogas.

Finalmente si bien en el caso de autos no se configura la pauta de la vulnerabilidad ello no es óbice a la procedencia del daño punitivo, ya que –como se señaló– los parámetros mencionados son indicadores a tomar en cuenta en la tarea de tarifación, que contribuyen a establecer si la multa debe ser de mayor o menor importancia para cumplir con su propósito de disuadir al proveedor de incurrir en conductas similares que las que aquí nos ocupan.

En vistas a las pautas referenciadas, y a la luz del caso de autos, considero que asiste razón al actor en relación a que el monto acordado en concepto de daño punitivo es escaso.

Teniendo en cuenta todos los parámetros mencionados, considero que la sanción debe ser aumentada pero fijada prudencialmente la suma propuesta por la Fiscal de Cámara en su rol de fiscal de la ley (art. 52 LDC) porque su petición representa de una manera más objetiva la trascendencia que este caso particular tiene en relación con la transgresión del orden público comprometido, y por ello la indemnización se fija en la de Pesos Trescientos mil (\$300.000).

Debo mencionar que, si bien ha cuestionado el monto acordado en primera instancia, la accionada no logra acreditar que la multa que aquí se fija resulte exorbitante o excesiva.

En función de todo lo expuesto, corresponde rechazar el recurso de apelación de la demandada en cuanto cuestiona la procedencia y monto del daño moral.

#### **15) Quinto agravio: costas de primera instancia**

Como un quinto agravio critica el recurrente la imposición de costas en un 90% a su parte. Expresa que la aplicación de los porcentuales de las costas debe hacerse siguiendo un cálculo aritmético.

Es criterio reiterado de este Tribunal que la imposición de costas debe realizarse siguiendo un parámetro jurídico y no matemático. En este contexto, no resulta factible la contraposición meramente numérica entre lo peticionado y lo mandado a pagar para la determinación de la imposición de costas. En especial en casos como el de autos en donde hay rubros reclamados que, en definitiva, se encuentran librados al prudente arbitrio judicial para su determinación.

En este contexto, debe ponderarse que de los rubros reclamados todos fueron acogidos aunque por montos diversos a los peticionados.

Sin perjuicio de ello y teniendo en cuenta lo que aquí se decide en materia de daño emergente (honorarios de representación) debe modificarse la imposición de costas dispuestas en primera instancia, estableciéndose las mismas en un 85% a la parte demandada y en el 15% restante a la parte actora, debiendo procederse a efectuar nuevas regulaciones de honorarios conforme lo que aquí se decide.

#### **16) La solución del recurso de la demandada. Costas de segunda instancia.**

A la luz de todo lo expuesto, el recurso de la demandada debe ser parcialmente admitido, únicamente en lo relativo al rubro honorarios abonados por la representación en el proceso de habeas data, rubro que debe ser excluido de la condena dispuesta. En su mérito -y no como el resultado del acogimiento del agravio vinculado a las costas de primera instancia- debe modificarse la condena en costas dispuesta en primera instancia.

Como corolario de este acogimiento parcial, debe imponerse las costas por el

recurso a la demandada en un noventa por ciento y a la parte actora vencida en el diez restante, ya que solo uno de los agravios desarrollados ha sido parcialmente admitido; a cuyo fin se establecen los honorarios de la Dra. Magdalena Allende en el treinta por ciento del punto medio de la escala del art. 36 de la Ley 9459, sobre lo que ha sido materia de agravio.

**LA SEÑORA VOCAL CLAUDIA E. ZALAZAR A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA DIJO:** Que adhiere en un todo al voto emitido por el Señor Vocal Joaquín F. Ferrer.-

**EL SEÑOR VOCAL RAFAEL ARANDA A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA DIJO:** Que adhiere en un todo al voto emitido por el Señor Vocal Joaquín F. Ferrer.-

**A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR. VOCAL JOAQUÍN FERRER DIJO:**

1) Contra el resolutorio arriba reseñado también se alza la parte actora, denunciando en un **primer agravio** falta de fundamentación en la cuantificación del daño moral. Critica puntualmente que se realice una distinción infundada entre este caso y el del Dr. López Quirós, invocado como precedente por su parte. Adita que los precedentes mencionados que arrojan sumas parecidas a pagar por el A quo carece de un análisis completo, lo que impide conocer con exactitud el valor de dichas sumas, o si se trata de situaciones fácticas similares.

Denuncia una ausencia de fundamentación en la decisión. Tras repasar los argumentos expuestos por el A quo, indica que el Tribunal distingue entre el caso de autos y el precedente del Dr. López Quirós. Señala que este precedente era un abogado de la matrícula, el demandado un Banco y que la causa tuvo su origen en la incorrecta inclusión en la base de datos de morosos del actor y por ello fue traído por su parte. Se queja de que se haya mandado a pagar un monto inferior al 20% del valor histórico de lo que se mandó a pagar a López Quirós, con fundamento en

que en el precedente habría existido una prolífica prueba testimonial diligenciada sobre el perjuicio sufrido y que la inclusión de López Quirós en el registro habría durado una cantidad prolongada de tiempo.

Refiere, en relación a la duración en el tiempo del vejamen, que el Tribunal no dice cuan prolongada fue tal inclusión, por lo que no es factible realizar comparaciones. Afirma que en la sentencia de aquella causa se indica que el plazo fue de tres años y cinco meses. Alude que en el caso de autos, el registro de Quiroga se mantuvo por todo el tiempo que se informa, esto es dos años. Explica que esto es así porque las centrales de morosos informan sobre incumplimientos en los últimos dos años. Ejemplifica que si una persona estuvo en situación 3 en enero y luego regulariza en febrero, en sus registros aparecerá por 23 meses que en enero tenía situación 3.

Adita que es irrazonable afirmar que las vejaciones del actor no se han prologando en el tiempo, cuando del expediente surge que el problema tuvo lugar en 2014 y que tuvo que promover otro juicio antes que este, de igual modo que López Quirós.

Añade, en relación a la prueba del daño moral, que la afirmación de que no hubo testimonial para acreditar la entidad del daño es arbitraria. Señala que el quantum no depende de la cantidad de testigos. Sostiene que el Tribunal no explica porque considera que Quiroga Crespo sufrió menos que Lopez Quiros o porque necesitaría menos dinero para mitigar su angustia. Afirma que las molestias y el sufrimiento fueron de importancia y prolongadas en el tiempo.

Denuncia en un tercer punto la falta de análisis de los precedentes invocados para justificar la decisión. Apunta que los precedentes invocados son una muestra aleatoria y arbitraria por cuanto toman valores de épocas distintas, de tribunales diversos sin explicar porque fueron seleccionados estos y no otros. Cuestiona la modalidad de elección de la muestra, señalando que el Tribunal decidió excluir el caso más parecido al actor. Agrega que el valor de la moneda argentina y la influencia de la inflación es pasada por alto. Proponen una tabla en la que señalan

se ordena la información para permitir ver cómo ha variado el valor de la moneda. Concluye que la cuantificación hecha por el Tribunal resulta arbitraria e injusta por cuanto la muestra de casos no indica las razones de selección de esos y no otros casos, al tiempo que no toma en cuenta el valor distinto de la moneda, mandado a pagar una suma ostensiblemente inferior a las que arroja la muestra confeccionada por el Tribunal. Indica que los casos traídos como tarifas judiciales indicativas no permiten deducir el quantum de la indemnización mandada a pagar sino que esta debió ser sustancialmente superior.

En un **segundo agravio** denuncia la falta de fundamentación en la cuantificación del daño punitivo, calificando de arbitraria la sentencia en este punto. Critica que se haya utilizado una suerte de tarifación judicial indicativa para establecer el monto del daño moral sin analizar los antecedentes fácticos vinculados al hecho reprochable, ni correlacionar la falta con los parámetros que brinda el art. 52 de la LDC.

Acusa una deficiente tarifación judicial. Indica que se ha hecho una selección de casos sin explicaciones de porque estos han sido los considerados, al tiempo que se toman como si fuera un valor constante de montos en pesos de distintas épocas, por distintas causas y de distintos tribunales.

Considera que la cuantificación del daño punitivo no puede librarse a la tarifación judicial indicativa. Expresa que el art. 52bis de la LDC establece una serie de pautas para cuantificar que nada tienen que ver con casos análogos sino con la gravedad de la conducta y demás circunstancias del caso (envergadura de la empresa, entre otros). Acusa que se ha utilizado un método incorrecto y deficientemente utilizado. Señala una falta de correlación entre circunstancias fácticas del caso y monto de condena por daños punitivos.

Critica asimismo que la sentencia haya desechado el método de cuantificación propuesto por su parte sin mayores explicaciones y pese a que el método incorpora

algunas variables consideradas relevantes por el propio tribunal, tales como la cuantía del beneficio obtenido y la disuasión.

2) Corrido traslado a la contraria, ésta lo evacua a fs. 1694/1700, emitiendo dictamen la Sra. Fiscal de Cámaras a fs. 1735/1748.

3) Atento que los agravios desplegados por el recurrente han sido objeto de tratamiento y resolución en la primera cuestión corresponde estar a lo que allí se decide para evitar inútiles reiteraciones.

#### **4) La solución del recurso del actor.**

En vistas a lo dispuesto en la primera cuestión, el recurso del actor debe ser parcialmente admitido únicamente en relación al monto por el cual procede el Daño Punitivo, el que corresponde sea fijado –por las razones apuntadas- en la suma de Pesos Trescientos mil (\$300.000). No se modificaron las costas de primera instancia, por el incremento de este rubro, porque como quedó dicho, la valoración del vencimiento parcial es jurídico y no estrictamente matemático (art. 132 CPC).

#### **5) Costas de segunda instancia.**

Atento la procedencia parcial del recurso de la parte actora, las costas deben imponerse en un sesenta por ciento a la demandada y en el cuarenta por ciento restante a la parte actora, a cuyo fin se regulan los honorarios del Dr. Martín Juárez Ferrer en el cuarenta por ciento del término medio del art. 36 de la Ley 9459 y los de la Dr. Magdalena Allende en el treinta por ciento del mismo punto y escala, todo sobre lo que ha sido materia de agravio, debiendo aditarse a los correspondientes al Dr. Juárez Ferrer el veintiún por ciento en concepto de impuesto al valor agregado, atento su condición tributaria acreditada.

**LA SEÑORA VOCAL CLAUDIA E. ZALAZAR A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA DIJO:** Que adhiere en un todo al voto emitido por el Señor Vocal Joaquín F. Ferrer.-

**EL SEÑOR VOCAL RAFAEL ARANDA A LA SEGUNDA CUESTIÓN**

**PLANTEADA DIJO:** Que adhiere en un todo al voto emitido por el Señor Vocal Joaquín F. Ferrer.-

**A LA TERCERA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR VOCAL JOAQUÍN**

**FERRER DIJO:** De conformidad con las conclusiones precedentes, propongo: 1) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación del Banco Itaú Argentina S.A. en contra de la Sentencia n.º 271 del 14/09/2018, únicamente en lo relativo a la suma de honorarios abonados para el proceso de habeas data, rubro que en definitiva se rechaza. 2) Modificar la imposición de costas dispuestas en primera instancia, estableciendo en un 85% a cargo de la demandada y en el 15% restante a cargo de la parte actora, debiendo procederse a efectuar nuevas regulaciones de honorarios conforme lo que aquí se decide. 3) Imponer las costas por el recurso de la demandada, a la apelante en un 90% y a la parte actora en el 10% restante; a cuyo fin, se establecen los honorarios de la Dra. Magdalena Allende en el treinta por ciento (30%) del punto medio de la escala del art. 36 de la Ley 9459, sobre lo que ha sido materia de agravio. 4) Admitir el recurso de apelación de la actora, únicamente en relación al monto por el cual procede el daño punitivo, el que se fija en la suma de pesos trescientos mil (\$300.000). 5) Imponer las costas del recurso del actor en un 60% a la demandada y en el 40% restante a la parte actora, a cuyo fin se establecen los honorarios del Dr. Martín Juárez Ferrer en el cuarenta por ciento (40%) del término medio del art. 36 de la Ley 9459 y los de la Dra. Magdalena Allende en el treinta por ciento (30%) del mismo punto y escala, todo sobre lo que ha sido materia de agravio, debiendo aditarse a los correspondientes al Dr. Juárez Ferrer el veintiún por ciento en concepto de impuesto al valor agregado, si mantuviera su condición tributaria acreditada.

**LA SEÑORA VOCAL CLAUDIA ZALAZAR A LA TERCERA CUESTIÓN**

**PLANTEADA DIJO:** Que adhiere en un todo al voto emitido por el Sr. Vocal Joaquín Ferrer.-

**EL SEÑOR VOCAL RAFAEL ARANDA A LA TERCERA CUESTIÓN**

**PLANTEADA DIJO:** Que adhiere en un todo al voto emitido por el Sr. Vocal Joaquín Ferrer.-

Por el resultado de la votación precedente.-**SE RESUELVE:** 1) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación del Banco Itaú Argentina S.A. en contra de la Sentencia n.º 271 del 14/09/2018, únicamente en lo relativo a la suma de honorarios abonados para el proceso de habeas data, rubro que en definitiva se rechaza. 2) Modificar la imposición de costas dispuestas en primera instancia, estableciendo en un 85% a cargo de la demandada y en el 15% restante a cargo de la parte actora, debiendo procederse a efectuar nuevas regulaciones de honorarios conforme lo que aquí se decide. 3) Imponer las costas por el recurso de la demandada, a la apelante en un 90% y a la parte actora en el 10% restante; a cuyo fin, se establecen los honorarios de la Dra. Magdalena Allende en el treinta por ciento (30%) del punto medio de la escala del art. 36 de la Ley 9459, sobre lo que ha sido materia de agravio. 4) Admitir el recurso de apelación de la actora, únicamente en relación al monto por el cual procede el daño punitivo, el que se fija en la suma de pesos trescientos mil (\$300.000). 5) Imponer las costas del recurso del actor en un 60% a la demandada y en el 40% restante a la parte actora, a cuyo fin se establecen los honorarios del Dr. Martín Juárez Ferrer en el cuarenta por ciento (40%) del término medio del art. 36 de la Ley 9459 y los de la Dra. Magdalena Allende en el treinta por ciento (30%) del mismo punto y escala, todo sobre lo que ha sido materia de agravio, debiendo aditarse a los correspondientes al Dr. Juárez Ferrer el veintiún por ciento en concepto de impuesto al valor agregado, si mantuviera su condición tributaria acreditada. Protocolícese, hágase saber y bajen.-