

**Datos del Expediente**

**Carátula:** LOPEZ WALTER EDGARDO C/ RED LINK S/ DAÑOS Y PERJ. INCUMP. CONTRACTUAL (EXC. ESTADO)

**Fecha inicio:** 16/08/2019

**N° de Receptoría:** SN - 5959 - 2017 **N° de Expediente:** SN - 5959 - 2017

**Estado:** Fuera del Organismo - En Juz. Origen

**Pasos procesales:** Fecha: 24/10/2019 - Trámite: SENTENCIA DEFINITIVA - Foja: 255/262

[Anterior](#) 24/10/2019 - SENTENCIA DEFINITIVA [Siguiete](#)

**REFERENCIAS**

**Sentencia - Folio:** 763

**Sentencia - Nro. de Registro:** 213

**Sentido de la Sentencia** MODIFICA

**Texto del Proveído**

----- Para copiar y pegar el texto seleccione desde aquí (sin incluir esta línea) -----

En la ciudad de San Nicolás de los Arroyos, a veinticuatro de octubre de dos mil diecinueve, reunidos los señores Jueces de la Excma. Cámara Primera de Apelación para dictar sentencia en los autos caratulados: "**LOPEZ, WALTER EDGARDO c/RED LINK s/ DAÑOS Y PERJUICIOS. INCUMP. CONTRACTUAL (EXC. ESTADO)**", del Juzgado Civil y Comercial N° 1, del Departamento Judicial San Nicolás, habiendo resultado del sorteo correspondiente que la votación debía realizarse en el siguiente orden: Dres. José Javier Tivano, Amalia Fernández Balbis y Fernando Gabriel Kozicki, y estudiados los autos se resolvió plantear y votar las siguientes:

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

1ª.- ¿Se ajusta a derecho la sentencia de fs. 196/205?

2ª.- ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

**A LA PRIMERA CUESTIÓN**, el Sr. Juez Dr. Tivano dijo:

L- Como consecuencia de la pretensión formulada por Walter Edgardo López tendiente a obtener indemnización y multa por incumplimiento contractual contra Red Link S.A. y Banco de la Provincia de Buenos Aires, la Sra. Jueza de la instancia primera accedió a la pretensión deducida y condenó a pagar a los demandados la suma de cincuenta mil pesos, por los siguientes conceptos: veinte mil pesos como daño moral, y treinta mil pesos como daño punitivo, más intereses y costas.

Para así decidir, consideró en resumidas cuentas que: a) de acuerdo con la documental que individualizó, lo relatado por Red Link no se ajustó a la realidad de los hechos y quedó plasmado que tomó una decisión tras un análisis equivocado de la situación, sin extremar los recaudos para verificar si se trataba de un fraude o si efectivamente la tarjeta de débito en cuestión era utilizada por el cliente del Banco; b) el Banco de la Provincia de Buenos Aires no demostró que hubiera cumplido con el deber de información comunicando fehacientemente que la tarjeta sería inhabilitada, precisando el motivo cierto y exacto en que se basaba tal determinación, evitando un disgusto mayor al cliente, quien había informado debidamente el viaje al exterior, que ninguna prueba ofreció en tal sentido y menos aún agregó a autos.

En tal contexto, el monto final determinado como reparación motivó la apelación de la actora, quien vino a nuestra sede a tenor de los agravios vertidos a fs. 219/222, en los que postuló que el importe no resultó abarcativo de la reparación integral y plena del art. 1740 del C.C. y C. Se confirió el correspondiente traslado del memorial a fs. 223, contestando las demandadas a fs. 226/229 y 230/232.

Por su parte, el Banco de la Provincia de Buenos Aires expresó agravios a fs. 237/238 vta., solicitó que la sentencia fuera revocada, y en subsidio, que se morigeraran los montos de condena. Corrido el pertinente traslado a fs. 239, lo contestó la actora a fs. 246.

A fs. 245 se declaró desierto el recurso interpuesto por Red Link S.A., toda vez que el memorial se presentó extemporáneamente.

El dictamen del fiscal se agregó a fs. 250. A tenor de lo expuesto, quedaron los presentes autos en estado de decidir, por lo que a continuación me aboco a su tratamiento.

**II.-** En forma liminar y antes de adentrarme al análisis que nos viene propuesto a esta instancia revisora, he de advertir que como jueces no nos encontramos obligados a realizar el tratamiento de la totalidad de las argumentaciones propuestas por las partes, sino que basta que se haga mérito de aquellas que se consideren más adecuadas para sustentar sus conclusiones (cfr. CS, 8 de noviembre de 1981 in re "Dos Arroyos S.C.A. c/ Ferrari de Noailles", Actualización de Jurisprudencia, N° 1440, LL, 1981-D- pág. 781). Tales cuestiones esenciales son esas que, según las modalidades del caso, resultan necesarias para la correcta solución del pleito y vienen constituidas por puntos o capítulos de cuya decisión depende directamente el sentido y alcance del pronunciamiento y que –por su naturaleza- influyen preponderantemente en el fallo (cfr. SCBA, Ac. 21917, DJBA, T III, pág. 15, en igual sentido Ac. 35221 in re "Ramos Pagella c/ Escot", 22 de abril de 1986) y con la salvedad de que la obligación de tratar las cuestiones esenciales no ha de conllevar la de seguir a las partes en la totalidad de las argumentaciones (cfr. SCBA, Ac. 51.443; Ac. 84.270 y Ac. 89.683, entre varios de su registro).

**III.-** Primeramente pongo de resalto que medió entre las partes una relación de consumo que se enmarcó en las reglas de la Ley 24.240 y sus modificaciones de la Ley 26.361, lo que no fue motivo de agravio. Tampoco está cuestionado que los demandados sean proveedores en los términos del art. 2 de la norma consumeril.

El supuesto exhibido es el propio de un incumplimiento del contrato por el proveedor -además del incumplimiento del deber de información del art. 7 LDC-, que faculta al consumidor a accionar por daños y perjuicios. En el marco del artículo 10 bis de la ley 24.240 la obligación del proveedor tiene el carácter de una obligación de resultado y la responsabilidad es de naturaleza objetiva (cfr. CC0102 MP 167120 173-S S 16/07/2019 y la doctrina allí citada, Base Juba B5062375).

Según surge de la demanda, el incumplimiento contractual se produjo porque el actor no pudo operar con su tarjeta que resultó inhabilitada, ni retirar los fondos de su cuenta bancaria (que fueron inmovilizados por un lapso de tiempo), sin aviso (incumplimiento del deber de información) ni motivo suficiente, todo ello encontrándose el actor de vacaciones fuera del país.

**IV.1.-** Corresponde principiar, por razones de orden metodológico, por el análisis de los agravios expresados por el co-demandado Banco de La Provincia de Buenos Aires, en cuanto solicitó se revoque la sentencia.

En tal contexto, debo aclarar que este Tribunal ha sostenido con reiteración que el portal por el cual se accede a nuestra tarea revisora sólo ha de franquearse mediante un embate puntual, concreto y razonado del que sea posible extraer una crítica al juzgamiento que, a su vez, convenza de un error manifiesto o de un injusto decidir que deba ser por nosotros enmendado (cfr. RSD-148-2002; RSD-252-2005; RSI-128-2006 entre varios de los registros de esta Cámara). En tal sentido, la norma del art. 260 del C.P.C. y C. no deja espacios para lo opinable por lo que, de configurarse la situación en que tales recaudos no hubieren sido observados convenientemente, la sanción de deserción que de ello deriva deviene insorteable (cfr. art. 261 del C.P.C. y C.).

En lo concreto que el caso exhibe, la co-accionada en el punto primero de su memorial (que llamó "primer agravio"), se ciñó solamente a quejarse en forma genérica, pero no manifestó qué análisis probatorio hubiera sido el correcto, ni cuál era la observación más abarcativa de los hechos que debió hacer la magistrada, ni de dónde se obtendría la justificación respecto al profesionalismo y operatividad invocados de su parte (que manifestó que no fueron tenidos en cuenta por la magistrada); y así, se encuentran incumplidos los recaudos previstos por el art. 260 del C.P.C. y C.

En las condiciones prevertidas, corresponde se aplique la sanción imperativamente contenida en el art. 261 del ritual, declarando desierto el recurso de apelación en cuanto al agravio apuntado, y bastaría con ello para tener por confirmada la sentencia en cuanto hace lugar a la acción.

Sin perjuicio de lo expuesto, y por razones de orden metodológico, trataré a continuación el "tercer agravio" de la demandada, que tiene relación con la procedencia de la acción impetrada.

**2.-** Se agravia también respecto a que la sentencia le endilgó falta de colaboración en su obrar (requeridos los movimientos de la cuenta de los meses de enero, febrero y marzo de 2016, el aquí recurrente acompañó completos enero y marzo, y no así febrero), cuando -según su

manifestación- obedeció a una omisión involuntaria, la prueba era insustancial, y en todo caso, debió requerirla la jueza en ejercicio de las facultades que prodiga el art. 36 inc. 2 del C.P.C. y C.

En ese sentido, nuestro máximo Tribunal sostuvo que desde que el art. 53 LDC, tercer párrafo, 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 juicio, en todo procedimiento donde esté en juego una relación de consumo rige lo que se denomina en materia probatoria "cargas dinámicas", que es llevado a su máxima expresión pues el proveedor tiene una obligación legal: colaborar en el esclarecimiento de la situación litigiosa. En consecuencia, todo silencio, reticencia o actitud omisiva, se constituirá en una pauta que afectará dicha obligación legal con la consecuente presunción de certeza sobre la versión que sustenta la pretensión del consumidor (SCBA, Causa C.117.760, in re "G., A.C. contra Pasema S.A. y otros. Daños y Perjuicios", 01.04.2015).

Si el principio de las cargas probatorias dinámicas obliga a arrimar prueba al proceso a quien se encuentre en mejores condiciones para ello, independientemente de que haya alegado o no el hecho a acreditar, no es dificultoso concluir que el art. 53, LDC, termina produciendo ese mismo resultado en la práctica, ya que en la gran mayoría de los supuestos, el proveedor, teniendo en cuenta la dinámica propia de las relaciones de consumo, será quien tiene en su poder gran parte de la prueba que puede ser definitiva en estos litigios. Si se suma a ello el deber genérico de colaboración previsto en dicho precepto, la conclusión es casi obvia, ya que el proveedor que no aporte las pruebas en su poder estará infringiendo su deber de colaboración (Chamatrópulos, Demetrio, Estatuto del Consumidor Comentado, 2° Ed., Tomo II, La Ley, Buenos Aires, 2019, pág. 1242).

Por lo antes expuesto, cabe concluir que la demandada infringe su deber de colaboración al no aportar al proceso el detalle completo de movimientos de la cuenta bancaria en cuestión, ya que se encontraba en mejores condiciones de obtener dicha prueba y aportarla al proceso.

Adunado a ello, pongo de resalto que el Banco de la Provincia de Buenos Aires ninguna probanza ha arrimado al proceso que justifique lo manifestado en su escrito de contestación de demanda; no demostró la anomalía supuestamente detectada, ni que se haya producido alguna de las situaciones previstas en las Comunicaciones citadas (A 5374 y A 6017), ni acreditó el intento de maniobra de fraude electrónico, en el caso que el pin y la banda magnética se hallaren en poder de terceros, y por tanto no se corroboró que haya ajustado su actuar a la disposiciones del BCRA y a las condiciones del contrato de emisión de tarjeta de débito (art. 375, C.P.C. y C.).

Por su parte, el actor ha probado la relación de consumo y los presupuestos de la responsabilidad.

Con ser ello así, no se hace lugar al tercer agravio del Banco de la Provincia de Buenos Aires, y corresponde confirmar la sentencia – adunado a lo expuesto al punto 2- en cuando hace lugar a la acción.

**3.-** Sentado ello, los demás agravios impetrados por la parte demandada y los invocados por la parte actora –que seguidamente pasaré a analizar- refieren a los daños indemnizados y sus montos.

En este punto, el Banco manifestó que la condena a pagar por el concepto de daño moral resultó indiferente a la realidad de los hechos debatidos en autos y a la conducta que le cupo a las entidades demandadas y al propio actor, que en gran medida se produjo por el obrar negligente de López que decidió viajar sin otro medio de pago. Agregó que el obrar de las accionadas lejos estuvo de ser indiferente, que se protegió los fondos confiados por los clientes para su custodia, y que no se justificó la aplicación de una sanción por daño punitivo.

Por su parte, el actor se agravio del monto final determinado como reparación, en tanto adujo que no era abarcativo de una reparación integral y plena según lo establece el art. 1740 del C.C. y C.

Se quejó también, del rechazo del daño emergente, y llevó a cabo una disquisición respecto de las cotizaciones del dólar al tiempo del viaje, a la fecha de la sentencia y en la actualidad, y solicitó tener ello en cuenta a fin de cuantificar el daño. Respecto del daño moral, lo calificó de insuficiente, dado que viajaron cuatro personas, entre ellas un menor bajo la responsabilidad y el cuidado del actor, que se vio impedido del uso de sus recursos económicos, obligándolo a interrumpir sus vacaciones y regresar con dinero prestado.

En cuanto al daño punitivo, estimó irrisorio el monto resuelto, teniendo en cuenta su finalidad de disuadir o desanimar acciones del mismo tipo, y la envergadura de las entidades demandadas.

Trataré a continuación cada uno de ellos.

#### **a.- Daño Emergente**

La Sra. Jueza *a quo* explicó los motivos en los que basó su rechazo. Señaló que, al haber retirado el dinero por una extracción por caja el día 2/3/2016, no hubo un perjuicio patrimonial o daño emergente como reclama el actor, entendiendo por tal al menoscabo a los valores económicos ya existentes, y que la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos de acuerdo con lo normado por el art. 10 del C.C. y C.

Así, pues, ambos extremos no fueron motivo de embate recursivo idóneo por la parte actora (art. 261, CPCC), que no pasó de un mero disentir con tal manera de resolver, además de introducir una cuestión novedosa, que no fuera propuesta en la demanda como es cuantificar el daño teniendo en cuenta la cotización del dólar, disquisición improponible en esta alzada (art. 272, C.P.C. y C.)

Nótese que quien se disconforme con lo fallado puede válidamente interponer recurso de apelación contra una sentencia que le cause agravios, pero ello lo será –indefectiblemente- dentro de los términos en que la *litis* quedó conformada, pues no resulta factible introducir nuevas cuestiones en esta alzada, en clara violación del principio de preclusión y con grave menoscabo al derecho de defensa, lo que hemos tenido oportunidad de señalar en distintos escenarios procesales y que resulta enteramente aplicable al sub examine (de nuestro registro, Expte. N° 3809, RSD-87-01; Expte. N° 9907, RSD-26-11; Expte. N° 10865 RSD-122-15).

En base a lo expuesto, nada corresponde en este punto modificar sobre lo decidido.

#### **b.- Daño no patrimonial**

La magistrada hizo un análisis de los motivos en que basó su concesión. Consideró que la sola circunstancia de haberse visto privado del dinero destinado a las vacaciones en el exterior, cuando lo hacía en compañía de su familia, siendo uno de ellos menor de edad y el actor el mayor del grupo, fue sin duda generadora de un sentimiento de impotencia y malestar que correspondía ser reparado, y no obstó a ello el hecho de que el actor haya contado con otros medios de pago. Teniendo en cuenta tales elementos, estando probado la inhabilitación de la tarjeta de débito, y el incumplimiento en la obligación de brindar información y de extremar los recaudos para evitar un daño, lo fijó en la suma de \$20.000.

Así, pues, los extremos considerados, no fueron motivo de embate recursivo idóneo ni por la parte actora ni por la demandada (art 261, C.P.C. y C.) Ambas partes insistieron en cuestiones que fueron debidamente abordadas, reiteraron viejos argumentos, sin practicar un embate puntual, concreto y razonado del que sea posible extraer una crítica al juzgamiento.

Párrafo aparte merece la consideración introducida por la parte actora relativa a que debió regresar al país con dinero prestado, toda vez que resulta inabordable por novedosa (art. 272, C.P.C. y C.).

Corresponde señalar que si bien en materia contractual este Tribunal ha destacado que el resarcimiento del daño moral debe ser interpretado con criterio restrictivo, no ha puesto debidamente en jaque la demandada los aspectos cardinales del decisorio, enunciados por la magistrada de la instancia primera y que fueron transcriptos *ut supra*, resaltando que tampoco hay de la parte actora un embate suficiente. Tales situaciones revisten inocultable entidad para afectar seriamente la tranquilidad y armonía de espíritu del actor, con los lógicos malestares que de suyo trae aparejado no contar con el dinero previsto, encontrándose de vacaciones y en el exterior (Brasil). Finalmente, la suma no parece insuficiente para dar adecuada reparación al detrimento espiritual, que fuera –a mi juicio- razonablemente justipreciado por la Jueza de la instancia primera (art. 1741, C.C. y C.).

#### **c.- Daño Punitivo**

Cabe tratar seguidamente el daño punitivo, que fue fijado en la suma de \$30.000.

La demandada al expresar agravios, ha hecho hincapié en que el obrar de las accionadas lejos estuvo de ser indiferente, y que la profesionalidad demostrada por éstas le permitió al actor superar las consecuencias de haber resultado víctima del accionar de delincuentes informáticos; que se protegió los fondos confiados por los clientes para su custodia. Por su parte, el actor sostuvo que el importe no cumple con la finalidad de disuadir o desanimar acciones como las que padeció.

Al igual que los anteriores, los daños punitivos deben ser de aplicación excepcional, de interpretación restrictiva y considerarse la gravedad de la conducta del sancionado, repercusión social, beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas (cfr. Lorenzetti, Ricardo, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tomo VIII, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2015, pág. 338).

Están estrechamente asociados a la idea de prevención de ciertos daños, y también a la punición y al pleno desmantelamiento de los efectos de ilícitos que, por su gravedad o por sus consecuencias, requieren algo más que la mera indemnización resarcitoria de los perjuicios causados. Debe mediar para ello, no sólo un vínculo jurídico dentro de la relación de consumo sino un supuesto de particular gravedad, calificados por el dolo o la culpa grave o por la obtención de enriquecimientos indebidos derivados del ilícito, o en casos excepcionales, por un abuso de posición de poder, particularmente cuando ella evidencia menosprecio grave por derechos individuales o de incidencia colectiva (cfr. Rev. Dcho. de Daños, Daño punitivo, Pizarro, Ramón Daniel, “¿Sirven los daños punitivos tal como están regulados en la Ley de Defensa del Consumidor?”, Rubinzal-Culzoni, 2011-2, págs. 468/469).

No se advierte en esta causa que se den razones que autoricen a imponer una sanción punitiva como la pretendida, cuando además, se carece de antecedentes que demuestren que las conductas desarrolladas -la inhabilitación inadvertida de la tarjeta de débito y el incumplimiento del deber de información al respecto- sean habituales de las accionadas (de nuestro registro: causa 13.002, F°185 R°43. 20-03-2018 y Causa 13.398, F° 629 R°209, 22-11-2018).

Postulo, entonces, revoquemos la indemnización fijada en tal concepto (arts. 8 y 52 bis de la LDC, texto de ley 26.361).

Destáquese que lo relativo al cómputo de los intereses, no ha sido motivo de agravios.

**Doy así mi voto.**

Por iguales fundamentos los Sres. Jueces Dra. Fernández Balbis y Dr. Kozicki votaron en el mismo sentido.

**A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Sr. Juez Dr. Tivano dijo:

Atento lo acordado, al votar la cuestión que precede, corresponde rechazar el recurso apelatorio interpuesto por la parte actora, y hacer lugar al interpuesto por la parte demandada sólo en lo relativo al daño punitivo, rechazándolo en cuanto a lo demás; e imponer las costas de alzada a cargo de los recurrentes vencidos por cada uno de sus recursos (art. 68, C.P.C. y C.)

**Así lo voto.**

Por iguales fundamentos los Sres. Jueces Dra. Fernández Balbis y Dr. Kozicki votaron en el mismo sentido.

Con lo que terminó el presente Acuerdo, dictando el Tribunal la siguiente

## **S E N T E N C I A**

Por los fundamentos expuestos en el Acuerdo que antecede, **se resuelve**:

1°.- Rechazar el recurso apelatorio interpuesto por la parte actora, y hacer lugar al interpuesto por la parte demandada sólo en lo relativo al daño punitivo, rechazándolo en cuanto a lo demás.

2°.- Imponer las costas generadas a los recurrentes vencidos por cada uno de sus recursos (art. 68, C.P.C. y C.).

**Notifíquese y devuélvase.-**

**AMALIA FERNANDEZ BALBIS**

**FERNANDO GABRIEL KOZICKI JOSÉ JAVIER TIVANO**

**MARIA RAQUEL MAGGI**

**Secretaria**

----- Para copiar y pegar el texto seleccione hasta aquí (sin incluir esta línea) -----

[Volver al expediente](#) [Volver a la búsqueda](#) [Imprimir](#) ^