

Constitución de la Provincia de Buenos Aires y 263 del Código Procesal), resultó que la votación debe tener lugar en el siguiente orden: Doctores Peralta Mariscal, Mercado y Restivo, resolviéndose plantear y votar las siguientes

CUESTIONES

1) ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada, dictada el 30/04/2024?

2) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DR. PERALTA MARISCAL DIJO:

A- El asunto juzgado.

A.1- María De Los Ángeles Costa promovió demanda de daños y perjuicios contra Prisma Medios De Pago (PRISMA) e Industrial And Commercial Bank Of China Argentina S.A. (ICBC).

Relató que operó con la Banca privada, dentro del circuito bancario y financiero del Banco ICBC, Sucursal Bahía Blanca, siendo titular, desde hace varios años, de la Cuenta VISA N°0159180514. Que, en el mes de agosto del año 2016, empezaron a efectuársele débitos indebidos y dolosos, que le fueron atribuidos a su tarjeta (titular), así como también a las extensiones a nombre de su hermana -María Soledad Costa- y su pareja -Eduardo Enrique Goyeche-. Que, inmediatamente, reclamó ante la Sucursal mencionada y ante VISA, como emisora de la tarjeta de crédito. Que las instituciones le efectuaron el “cambio de plástico”, como respuesta a su reclamo *“en forma sucesiva y en más de una renovación”*.

Manifestó que, pese a ello, los débitos siguieron generándose, imputándose -incluso- a tarjetas que nunca habían sido habilitadas ni se había pedido su habilitación; que, al recibir los resúmenes, debió reclamar.

Expresó que, desde entonces, ha realizado reclamos insistentemente ante la actitud ilegal y perjudicial a sus intereses que se mantuvo a través del tiempo única y exclusivamente por la inactividad, falta de trato digno, de previsión, de interés para con ella y de diligencia de las demandadas.

Expuso que era desesperante observar que estos débitos indebidos y compras no efectuadas por ella se sucedían, debiendo observarlos en cada resumen de tarjeta; análisis exhaustivo que le insumía mucho. Que el perjuicio más significativo correspondió al resumen vencido el 09/03/2017, en el que *“se hicieron figurar unos cuarenta débitos incorrectos”*, que, luego de su queja, se anularon y los importes indebidamente debitados se acreditaron, a excepción de cuatro consumos en particular.

Señaló que los plásticos fueron cambiados en tres oportunidades, siendo uno de ellos -el N°4423128000029306- usado aun antes de ser activado. Sostuvo que “algún tipo de mano negra”, de alguna de las empresas accionadas, tuvo acceso a sus números antes de que ella reciba y active la tarjeta. Que llamó a VISA (el día 11/02/2017 a las 12:20 hs -aproximadamente-), donde procedieron a bloquear y dar de baja la tarjeta, y desconoció los consumos. Que hizo lo propio comunicándose con ICBC (donde fue atendida por “Ayelen”, el 02/03/2017 a las 10:30 hs -aproximadamente-).

Alegó que creyó que, frente a estos hechos, las demandadas habrían efectuado la denuncia penal; empero, al consultarles, nunca le contestaron, pues -sostuvo- no la habían hecho.

Responsabilizó a las accionadas por la omisión de 1) brindarle una respuesta “tranquilizadora”; 2) tomar una decisión en procura de evitar que se repitieran los falsos consumos; 3) llevar a cabo actividades a fin de conocer por qué había aquello sucedía; y, 4) denunciar ante la autoridad.

Explicó que la falta de respuesta de las demandadas la llevó a realizar la denuncia penal, de trámite ante la Fiscalía Federal N°2 (caso 4488).

Detalló los consumos cuestionados que quedaron pendientes de ser reconocidos y reintegrados, con más sus accesorios: 1) por el importe de U\$S 657,29, realizado el 17/08/2016, a **Air Europa** y en la tarjeta N°4423128000006593 (conforme se muestra en el resumen de vencimiento del 08/09/2016). Explicó que lo desconoció mediante “exclusive banking”, llamando al 0800-555-3925, tal como informa el propio Banco en su página web y lo detalla el comprobante del sistema -que acompañó impreso- y que dice “...En caso de que registres cargos no habituales en tus tarjetas por compras que no realizaste, podrás desconocerlas comunicándote a ICBC hola desde cualquier lugar del país al 0810...o desde tu celular...”. Que el monto se le cobró -en pesos-, cargándose multas e impuestos, y que ello no le fue devuelto, pese a que lo había desconocido. Que, no obstante los requerimientos efectuados a las demandadas, incluso ante la OMIC, nunca le fue devuelto el cargo ni se le brindó información respecto a por qué se decidieron por el rechazo de su reclamo. Que ICBC, en la Justicia Penal, se limitó a informar que el consumo había sido cuestionado, pero no dijo nada del resultado de la investigación; 2) por el importe de U\$S 111,16 del 04/02/2017, a **Ryanair** (conforme se muestra en los resúmenes de vencimiento del 09/03/2017, 04/05/2017 y 08/06/2017). Explicó que desconoció la suma que inicialmente se le cobró, que luego figuró como cuestionado provisoriamente y, finalmente, se le volvió a cobrar en el último resumen mencionado. Señaló que las demandadas, faltando a la verdad, sostuvieron ante la OMIC y en la causa penal que el consumo le fue devuelto; pero que ello no fue así, pues volvió a cobrarsele con más los accesorios, conforme surge del resumen de vencimiento del 08/06/2017; y 3) los cuatros consumos -cuyo desconocimiento fue rechazado- que se le cargaron

en el *“exorbitante e ilegítimo resumen que vencía el 09/03/2017”*. Estos son: 3.1) por el importe de **U\$S 385,89** del 27/12/2016 a **Iberia** (reclamo ICBC 6471821); 3.2) por el importe de **U\$S1820,12** del 29/12/2016, a **Air Europa** (reclamo ICBC 6471873); 3.3) por el importe de **U\$S 83,22** del 29/12/2016, a **Air Europa** (reclamo ICBC 6471864); y 3.4) por el importe de **U\$S 101,33** del 05/01/2016, a **Delena** (reclamo ICBC 6471987).

Manifestó que, cansada de no tener respuesta favorable, envió sendas cartas documento a las demandadas; las que fueron recibidas, pero no contestadas, así como tampoco se resolvió el problema.

Expuso que en la instancia ante la OMIC las accionadas dijeron que cerraban las cuentas a causa de la existencia de mediación prejudicial; la que finalizó sin arreglo. Indicó que cerró su cuenta VISA en el ICBC y, con dinero prestado, saldó la deuda bajo protesto. Que, en el acta del 05/07/2018, suscripta ante la OMIC, ICBC sentó posición diciendo que *“...VISA es la administradora de la tarjeta y los reclamos por el desconocimiento de cupones son responsabilidad de Prisma, de conformidad y en los términos de la normativa aplicable. En caso de resolución favorable de cualquiera de los desconocimientos, el banco ajusta los intereses y demás cargos que se hayan generado por los consumos desconocidos...se proceda al archivo del expediente”*. Sostuvo que el Banco faltó a la verdad y a su compromiso, generando una grave confusión en perjuicio del consumidor. Argumentó que, en su página web, la entidad bancaria sugiere a sus clientes llamar al 0810 para desconocer el consumo.

Indicó que, de los 96 consumos que cuestionó, quedaban estos 6 -antes referidos- por devolver. Que, ante la OMIC, ninguna de las codemandadas informó clara, concreta y acabadamente sobre los consumos detallados en los puntos 1 y 2. Que, sin embargo, en relación a los cuatro individualizados en el punto 3, primero negaron la devolución y, luego, Prisma acogió el reclamo de dos de ellos, los correspondientes a los montos de **U\$S 1820,12** y **U\$S 101,33**; aclara que no sabe por qué *“quedando a mitad de camino”* receptó favorablemente el reclamo solo sobre dos de ellos, instruyendo -mediante la nota del 20/02/2019- al ICBC devolver dichos montos y hacerse cargo de los accesorios. Recordó que el Banco dijo ante la OMIC que, si Prisma decidía favorablemente, devolvería los intereses y cargos. Señaló que la intimó a ello y que se negó, ofreciéndole -de manera extorsiva-, devolver esos **U\$S 1921** *“o nada”*; importe que cobró el 08/05/2019, firmando bajo protesto.

Aclaró que los cuatro consumos mencionados en el punto 3, fueron rechazados por Visa por plazo vencido. Detalló cómo realizó los desconocimientos y sostuvo que lo hizo en tiempo y forma. Dijo que el cuestionamiento fue contemporáneo a aquellos efectuados por operaciones que sí le fueron devueltas y que se resolvieron favorablemente.

Se preguntó qué necesidad tendría de incurrir en una conducta al desconocer 4 consumos genuinos, siendo que negó y reclamó anteriormente por otros 96.

En virtud del principio de la carga dinámica de la prueba, que rige en las relaciones de consumo -como la presente-, solicitó que se intime a las codemandadas a acompañar todo el material en su poder (investigaciones internas, llamados telefónicos, entre otros).

Seguidamente, liquidó los rubros indemnizatorios reclamados.

Pidió la restitución de los importes de **U\$S 657,29**, **U\$S 111,16**, **U\$S 385,89** y **U\$S 83,22**, con más los intereses y cargos, hasta el día del efectivo pago. Respecto a los dos consumos devueltos el 08/05/2019 por ICBC -a instancias de Prisma-, es decir la suma de **U\$S 1921** -correspondientes a los consumos de **U\$S 1820,12** y **U\$S 101,33**-, solicitó que se condene a las codemandadas a abonarle el monto de intereses y accesorios, que se determinarán en la etapa oportuna.

Destacó que el dinero que Prisma mandó a devolverle, ICBC lo depositó en su cuenta VISA, que ya -para el 02/08/2018- había cerrado. Que fue una conducta de parte de entidad bancaria el desatender el cierre. Que acompañó la presentación que realizó el 29/03/2019 ante ICBC denunciando que se le había vuelto a abrir la cuenta y emitir el resumen; acto que calificó de abusivo. Que debió impugnarlo y dar cuenta ante la OMIC. Transcribió la nota que remitió a la entidad bancaria cuestionando el resumen, intimándola a informar el modo en que devolvería la suma de **U\$S 1921,45** y reservándose el derecho a reclamar los demás rubros.

Manifestó que, conforme fuera explicado, fueron varios los consumos cuestionados sobre los que las coaccionadas resolvieron favorablemente, y sobre los que el Banco informó en la causa penal (bajo el punto 8), respecto de los cuales no le fueron reintegrados los intereses que se le habían debitado. Por lo que, esgrimió que ello la lleva a reclamarlos por esta vía, debiendo determinarse y liquidarse por el perito contador.

Por otra parte, reclamó una indemnización en carácter de daño moral, que estimó en \$100.000, o en lo que en más o menos justiprecie el sentenciador.

Finalmente, pidió que se disponga un resarcimiento en concepto de daños punitivos (art. 52 bis Ley 24240). Realizó consideraciones relativas a la finalidad de este rubro y dejó al arbitrio del sentenciador determinar el monto.

A.2- Prisma Medios de Pago S.A. contestó la demanda, solicitando su rechazo.

Negó los hechos relatados por la actora y brindó su versión de lo acontecido.

Sostuvo que la totalidad de los consumos desconocidos en tiempo y forma por la accionante, ante el ICBC, fueron procesados y acreditados en su resumen de tarjeta VISA, emitida por dicha entidad bancaria; tal como surge de los resúmenes que aquella misma aportó.

Respecto al consumo de **U\$S 111,16**, del 04/02/2017, a Ryanair, explicó que le fue devuelto, pero que se reintegró en dos oportunidades y fue por ese motivo que se volvió a cargar una vez más -para compensar aquella situación-. Indicó que ello surge de los resúmenes de vencimiento del mes de mayo y junio del año 2017. Que en el de mayo figura la devolución y en el de junio -en la parte superior- se lo devuelven nuevamente; por eso, en la parte final de éste se lo vuelven a cargar, con la leyenda "Devolución realizada anteriormente".

Esgrimió que aquellos que no le fueron devueltos, no fueron desconocidos en tiempo y forma, esto es dentro de los 30 días de recibido el resumen. Expresó que, ya sea que se deba a una falta de cuestionamiento por la accionante ante el ICBC, o bien haya sido un error de la entidad bancaria, tal cuestión la excede y no puede ser responsabilizada. Que la actora dijo que los desconocimientos los hizo ante el Banco y que ella solo procesó los que éste le envió.

Seguidamente, explicó cómo funciona el sistema de tarjeta de crédito. En lo sustancial, alegó que el sistema de medios de pago de la marca VISA, es de aquellos que se llaman "abiertos", donde quienes contratan con los usuarios son los emisores y quienes contratan con los comercios son los bancos pagadores, en algunos casos. Que ella no tiene ninguna relación con los usuarios, siendo exclusiva (la relación) entre el ICBC y la accionante.

Expuso que el emisor es la entidad bancaria -ICBC-, que contrata con los usuarios la emisión de Tarjetas del Programa VISA, percibe de aquellos los importes correspondientes a los consumos realizados con las tarjetas por ella emitidas. Que ella (Prisma) limita su actuación a realizar el procesamiento de datos de las tarjetas de crédito emitidas en el país a favor de los emisores que la contratan y explotan la marca VISA, a partir de una licencia que le otorga VISA Internacional, únicos con los cuales se vincula.

Refirió que dentro del procesamiento de datos puede mencionarse el otorgamiento de autorizaciones de ventas por cuenta y orden de los bancos, a través de los centros de autorizaciones instalados al efecto, y el clearing de liquidaciones entre entidades pagadoras y emisoras. Que las autorizaciones de ventas se otorgan según existan denuncias de hurto o pérdidas de tarjetas o sobre los límites de crédito de las tarjetas y su situación de pago y vigencia; datos que se encuentran en cabeza de los Bancos y éstos se los proporcionan a ella.

Sostuvo la inexistencia de los presupuestos de la responsabilidad civil. Alegó que no existió conducta antijurídica de su parte, pues quien efectuó el consumo habría sido una tercera persona, quien lo autorizó fue el comercio que figura en el resumen, quien no constató su identidad, y el

Banco fue quien facturó y cobró los consumos desconocidos por la actora -no todos ellos- y devueltos. Que no hay vinculación contractual entre ella y la accionante y que el envío y pago de los resúmenes de la tarjeta VISA lo hace ICBC, ante quien efectuó el desconocimiento. Que debe eximirse de responsabilidad en virtud de lo dispuesto por los artículos 1021 y 1022 del Código Civil y Comercial, que disponen que los contratos no pueden perjudicar, oponerse ni invocarse contra terceros, salvo excepción legal en contrario; que no existe en el presente caso.

Esgrimió que no hay factor de atribución de responsabilidad, pues ella no contrató con la actora, ni le facturó los consumos. Que la accionante no es su cliente, y que ella solo se vincula con las entidades bancarias. Entendió que no puede aplicársele la Ley 24240, pues, en todo caso, la relación de consumo se presenta entre el Banco y la demandante. Que no resulta de aplicación al caso lo previsto por el artículo 40 de dicha norma, en relación al daño causado al consumidor, pues ella no prestó servicio alguno a la actora al no tener vinculación contractual. Agregó que en el caso se limitó a procesar los desconocimientos en favor de la actora. Que no es titular de la marca VISA, por lo cual tampoco resulta de aplicación la última parte de la cadena de responsabilidad solidaria que el estatuto del consumidor establece.

Manifestó que no existió relación de causalidad entre el daño y el hecho imputado, pues, en este caso, la causa eficiente de los pretensos daños serían los consumos desconocidos ante el Banco; y éstos le fueron reintegrados. Asimismo, señaló que quedó demostrado que quien los cobró fue el ICBC y también fue quien la intimó a abonar.

Finalmente, sostuvo que no existió un daño. Argumentó que, más allá de no estar demostrado que la actora pagó los importes desconocidos, debe ser el ICBC, en su caso, quien reintegre las sumas; pues ella no percibió dinero alguno por parte de la actora, por lo que no puede restituir lo que no recibió.

Se opuso a la procedencia del daño moral y de los daños punitivos.

A.3- Industrial and Commercial Bank of China (Argentina) S.A. (ICBC) contestó la demanda, solicitando su rechazo.

Negó los hechos expuestos por la actora y brindó su versión de lo sucedido.

Explicó el funcionamiento del sistema de tarjeta de crédito. En lo sustancial, señaló que tiene licencia para la utilización del sistema y marca de titularidad de "VISA". Que emite el plástico a los clientes que lo solicitan, otorgándoles límite y asistencia crediticia para la concreción de operaciones comerciales con la utilización de dicha tarjeta de crédito, en los comercios que hayan acordado su vinculación al sistema con "VISA". Que VISA es la administradora del sistema, contando con el sistema de registración de las operaciones realizadas, incorporación de los cargos al resumen de cuenta, compensación de saldos con los comercios, etcétera. Que él es el

encargado de pagar las compensaciones que arroje el sistema (conforme indique VISA) y percibir del cliente los importes correspondientes a la financiación otorgada.

Esgrimió que, conforme lo dispone el artículo 26 de la Ley 25065 (que regula el sistema de tarjetas de crédito), el titular puede cuestionar la liquidación dentro de los 30 días de recibida. Que el contrato que celebró con la actora también establece el procedimiento de impugnación (ver página 25) en los mismos términos, exigiendo la presentación de una nota, que gira a la administradora para su proceso. Que es obligación del titular de la tarjeta impugnar el resumen o los cargos por escrito, mediante una nota girada al Banco. Que no se le escapa que, en la operatoria habitual, se le facilita a los usuarios la intervención mediante centros telefónicos de la administradora o de los propios Bancos emisores, para diversas gestiones vinculadas a sus productos. Que esta operatoria respecto del ICBC está prevista en el contrato (página 22) donde se estipula que el cliente otorga un mandato al Banco para la realización por su cuenta y orden de determinados actos. Que esta herramienta de gestión no exime al cliente del cumplimiento de las formalidades correspondientes como en el caso requiere la ley para la impugnación: presentación del reclamo en tiempo oportuno. Que, ante la falta de cuestionamiento en tiempo y forma, la administradora del sistema pierde la posibilidad de retener el importe que por el consumo se gira al comercio adherido; siendo este último el que se enriquece por el importe no cuestionado.

Refirió al contrato que suscribió con la actora.

Indicó que la accionante le informó, en el mes de agosto del año 2016, que comenzaron a incluirse en el resumen de su tarjeta una cantidad de débitos que consideraba indebidos. Que no es ella quien incluye los consumos o se beneficia de ellos, y que desconoce quién o quiénes los han realizado. Brindó hipótesis al respecto. Dijo que la actora inició los desconocimientos de los consumos antes del cierre del resumen, por lo que puede observarse en el de vencimiento del 04/08/2016, que ya se cargan los adelantos transitorios para compensar los importes cuestionados. Que algunos se reintegran en el resumen siguiente mediante créditos (ver parte superior del resumen). Destacó que, en algunas oportunidades, los consumos impugnados han sido en cuotas, aunque los adelantos se compensan por el total de ellas. Expresó que, en ese resumen y sus siguientes, se generaron gran cantidad de consumos que fueron desconocidos por la actora y que casi la totalidad de ellos recibieron adelantos transitorios para compensar los cargos y casi la totalidad recibieron respuesta favorable por parte de la administradora (VISA); es decir, aplicando los créditos para anular los cargos realizados. Que, mientras se sucedieron los desconocimientos, se anularon las tarjetas de crédito de la titular y de sus adicionales; emitiéndose nuevos plásticos.

Refirió que son 6 los consumos que la demandante sostiene que no tuvieron respuesta favorable y explicó su versión de lo acontecido con cada uno de ellos. En relación al importe de **U\$S 657,29**, señaló que tuvo respuesta desfavorable de la administradora al no haberlo ratificado

el cliente por escrito. Respecto al consumo de **U\$S 111,16**, explicó que fue acreditado en forma transitoria en el resumen de vencimiento del 04/05/2017 (ver página 4/10) y vuelto a cargar al recibir la resolución de la administradora en el resumen de vencimiento del 08/06/2017 (página 02/06). En lo atinente al monto de **U\$S 385,89**, indicó que tuvo respuesta desfavorable de la administradora por falta de ratificación del cliente. En cuanto al importe **de U\$S 1820,12**, dijo que, inicialmente, tuvo respuesta desfavorable porque el cliente no ratificó. Pero que el reclamo se reingresó y VISA resolvió acreditarlo. Destacó que, pese haber sido abonado en pesos, fue reintegrado en dólares a una cotización de \$46. Respecto al consumo de **U\$S 83,22**, indicó que tuvo respuesta desfavorable por falta de ratificación. Finalmente, en lo relativo al importe de **U\$S 101,3**, señaló que, inicialmente, tuvo respuesta desfavorable por omisión de ratificación, pero que, se reingresó el reclamo y Visa decidió acreditar el importe. Reiteró lo dicho en relación a que se devolvió en dólares.

En relación a los 2 consumos reintegrados, aclaró que se realizaron conforme las resoluciones adoptadas por la administradora y con cargo al Banco, es decir, que fue él quien aportó los fondos. Que de los de los 4 restantes no se efectuaron reintegros al no haberse cumplido con las formalidades requeridas para su impugnación.

Sostuvo que no existe responsabilidad de su parte pues no hubo ningún tipo de incumplimiento contractual o extracontractual respecto a la actora. En lo sustancial, señaló que la relación contractual se ajustó a derecho, teniendo en cuenta las disposiciones pactadas y la normativa reglamentaria del BCRA. Que, en los casos en que los desconocimientos tuvieron resolución favorable al cliente, los cargos le fueron acreditados inmediatamente. Que, cuando Visa le informó la resolución desfavorable, lo fue por el plazo vencido para la ratificación del cuestionamiento; es decir, que el cliente no cumplió con el recaudo de realizar el reclamo dentro del plazo de 30 días de recibido el resumen de cuenta.

Respecto a los 2 consumos devueltos, destacó que la actora los cobró en efectivo y en dólares. Que éstos habían sido cargados en su resumen en dólares y se habían convertido a pesos al día del vencimiento y pago. Que, al impactar en pesos en la cuenta de la demandante, ésta realizó el pago en dicha moneda, con una cotización vigente de U\$S 1 = \$16,45. Que el reintegro se hizo en dólares, el 08/05/2019, cuando la moneda cotizaba a \$46; por lo que, entendió, el reintegro supera lo pagado por la actora en pesos, con más los intereses y cargos correspondientes.

Se opuso al daño moral y daño punitivo reclamado.

B- La solución dada en primera instancia.

B.1- Comenzó señalando que el presente ha sido encuadrado como una relación de consumo y que ninguna de las partes ha cuestionado tal calificación. Que la presente acción fue iniciada de conformidad con la Ley 24240 de Defensa del Consumidor y con la caracterización de la actora como consumidora, lo que no ha sido cuestionado por la demandada.

Destacó que la preocupación del legislador, respecto a la regulación de esta materia específica, ha quedado reflejada en la clarísima previsión del artículo 42 de la Constitución Nacional y el artículo 38 de la Constitución Provincial; cuya finalidad es obtener la efectividad en la protección del consumidor -principio también plasmado en el artículo 1 de la Ley 24240-.

Resaltó lo dispuesto por los artículos 1, 2 y 3 de la Ley de Defensa del Consumidor. Realizó una serie de consideraciones relativas a este tipo de vínculo y la protección del consumidor.

Aclaró que no está obligado a analizar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, así como tampoco a ponderar todas las pruebas agregadas; sino solo aquellas que resulten dirimentes para resolver el caso.

B.2- Entendió acreditado que la actora ha contratado en la forma que fuera denunciada en la demanda con la accionada; que hay un vínculo contractual.

Expuso que, tratándose de una relación de consumo, rige la teoría de la carga dinámica de la prueba (art. 53 LDC) y que las empresas demandadas -atento a su profesionalidad (arts. 1725 y concordantes del Código Civil y Comercial), son quienes están en mejores condiciones para acreditar ciertos extremos.

Expresó que resulta de plena aplicación a este tipo de vínculos el principio de buena fe, que se ve reflejado en el marco procesal de los litigios consumeriles, desde que el propio artículo 53, párrafo tercero, de la Ley 24240, impone a los proveedores el deber de *“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”*. Explicó en qué consiste esta teoría y sus implicancias en el litigio.

B.3- Refirió que es público y notorio que en las empresas de alta eficiencia y optimización de recursos y ganancias -como las accionadas- las decisiones que se toman no son aleatorias, ya que tienen plena conciencia de que cada una de ellas tendrá consecuencias institucionales y económicas.

Manifestó que las accionadas decidieron no aportar los elementos pertinentes. Que así lo expuso la perito contadora Lorena R. Martín Veras -informe pericial del 04/05/2020- al indicar que solo la demandada Prisma Medios de Pago los exhibió, aunque fueron insuficientes para realizar

acabadamente su informe pues, al responder a los puntos “d” y “e”, refirió a la falta de documental aportada que avale lo que se le informa. Que también, al responder al punto “a”, señaló que no había podido constatar la totalidad de los libros.

Destacó que, asimismo, la perito contadora Ana María Petryszyn -en su peritaje del 04/07/2023- manifestó que ICBC -entidad sobre la que tenía que realizar el informe- no puso a su disposición los libros contables y que, de los resúmenes de cuenta -que sí le exhibió-, faltaban algunos periodos. Agregó que *“...en cuanto a los números de reclamos se le exhibió parte de la documentación, no brindando la información completa al responder al punto 6 de la pericia ya que solo se le proporcionó respecto de dos de los tres sujetos que se le requería, como así también la omisión de exhibir documentación expuesta por la profesional en los puntos 7) y 12) al señalar que no se le brindó información sobre los intereses cargos y demás accesorios debitados por cada una de las operaciones registradas que fueran impugnadas con resolución favorable calculados hasta la fecha de producción del informe (punto 11)”*.

Señaló que lo expuesto se constituye en una pauta que afecta la obligación legal referida *supra* con su consecuente presunción de certeza sobre los hechos en que se sustenta la demanda, lo cual resulta contrario a lo establecido en el artículo 53 de la Ley 24240. Que las accionadas estaban en mejor posición, o en una posición dominante en el mercado, respecto de la actora, lo que se presume en todas las relaciones de consumo, y que no han cumplido con la carga de colaboración impuesta en el dispositivo normativo citado.

Expuso que los peritajes analizados llegan firmes a esta instancia, al no haber sido cuestionados -en lo pertinente- por ninguna de las partes; por lo que, no encuentra motivo para apartarse de aquellos (art. 474 Código Procesal).

Concluyó en que, no habiendo cumplido las demandadas con la carga impuesta, se torna aplicable la presunción en su contra -prevista en el artículo 386 del Código Procesal-, y su consecuente presunción de certeza sobre los hechos en que se basa la acción.

Manifestó que nada de esto puede interpretarse como la imposición de producir prueba en su contra, pues, siendo una relación de consumo, las accionadas debieron, con criterio prudente y a fin de proteger sus intereses, proporcionar toda la documentación que les fuera requerida a fin de deslindar responsabilidades sobre los daños que se le adjudican en la demanda; generando ello una presunción desfavorable a sus intereses.

Entendió que lo expuesto lleva a considerar que se ha violado lo prescripto por el artículo 53 de la Ley de Defensa del Consumidor, resultando de aplicación lo normado por el artículo 3 de dicha Ley y el artículo 1094 del Código Civil y Comercial de la Nación, que prevé que, en caso de duda, debe estarse a la interpretación de ley a favor del consumidor.

Agregó que este tipo de vínculo contractual, en la práctica, se halla constituido por un intercambio de datos por medios electrónicos relacionados con la actividad comercial habitual del proveedor, como ser compraventa de bienes, la prestación de servicios, las tratativas - negociaciones- precontractuales y la prosecución de las mismas, lo que engloba la celebración del contrato y el pago electrónico.

Expuso que el cumplimiento de los denominados “deberes de conducta” y, en especial, el de información, constituye el factor de mayor incidencia para definir esta responsabilidad. Se refirió al cumplimiento de este último en los contratos predispuestos, celebrados por adhesión y en los de consumo. Dijo que su violación genera no solo consecuencias resarcitorias sino también, en algunos casos, de invalidez total o parcial. Explicó la importancia de la buena fe en cualquier etapa del contrato. Destacó que la S.C.B.A. ha dicho que el derecho a una información adecuada y veraz es una de las prerrogativas fundamentales reconocida a los particulares en las relaciones del consumo (contracara del deber que se colca en cabeza del empresario). Se explayó al respecto.

En lo atinente al caso *sub examine*, explicó que el deber de información exigible al proveedor de servicios financieros no puede quedar circunscripto únicamente al negocio principal crediticio, sino que debe extenderse también a todos aquellos contratos conexos o situaciones generadas que mediata o inmediatamente repercuten en los intereses económicos del cliente bancario. Que la actora aclaró que los consumos -objeto de autos- corresponden a sus adicionales, que operan sobre la cuenta que ella titulariza -de lo que da cuenta el peritaje informático del 06/12/2022- y que, ante su desconocimiento, fueron resueltos desfavorablemente, por corresponder a consumos efectuados por la tarjeta adicional; informe que llega firme -entendió- por no haber sido cuestionado por las partes-.

Resaltó que con el reclamo cursado ante la OMIC a las demandadas (fs. 73/78 -expediente OMIC 00001125/2017-0-0-) la accionante reiteró su cuestionamiento respecto a los consumos indebidamente atribuidos e incorporados en su cuenta Visa, sin haberse arribado a una solución favorable.

Señaló que del análisis de la Investigación Penal Preparatoria no surgieron elementos que arrojaran mayor claridad al asunto, por lo cual se dispuso su archivo. Que *“...se encuentra fuera de debate ya que no fue desconocido por las demandadas y a su turno merituado por el Sr. Agente Fiscal interviniente en la IPP citada supra, que el reclamo está encausado contra la entidad bancaria emisora de las tarjetas de compras/crédito a las cuales se les imputara consumos desconocidos por la actora y que los consumos desconocidos resultan ser por operaciones llevadas a cabo con la tarjeta de Crédito Visa del Banco ICBC n° 4423 1280 0002 2004 extendida a nombre Señor Eduardo E. Goyeneche, que se encontraba vinculada a la cuenta*

VISA n° 0159180514 de titularidad de la actora, quien resulta ser la obligada al pago por el saldo deudor ante el Banco ICBC”.

Destacó lo explicado por la perito contadora Lorena R. Martín Veras -en el punto “B” de su informe- en relación a la operatoria comercial que vincula a los distintos sujetos intervinientes en estas operaciones comerciales. Indicó que Prisma no mantiene relación con los usuarios de las tarjetas de crédito, ya que éstos se vinculan con las entidades bancarias que otorgan créditos para consumo y asumen los riesgos, limitándose la nombrada en primer lugar a procesar los resúmenes de cuenta de los usuarios y las liquidaciones de pago de los comercios. Consideró que se desprende de lo peritado que Prisma no tiene vínculo directo con la actora, pero lo mantiene con la entidad bancaria ICBC, interviniendo en la cadena de comercialización de los consumos de la tarjeta de crédito; por lo cual se encuentra alcanzada en los términos del artículo 40 de la Ley 24240.

Concluyó en que *“se encuentra acreditada la relación contractual a mérito de la cual se le han atribuido a la actora diversos consumos que por ésta fueran desconocidos y; por su parte, las demandadas han tácitamente reconocido gran parte de éstos como indebidamente incorporados en diversas liquidaciones de la tarjeta de compras al reintegrársele los importes pertinentes. Asimismo, a mérito de la posición dominante en la que se encuentran las demandadas, quienes no han acreditado por medio alguno que las operaciones llevadas a cabo con la tarjeta de Crédito Visa del Banco ICBC n° 4423 1280 0002 2004 extendida a nombre Señor Eduardo E. Goyeneche, que se encontraba vinculada a la cuenta VISA n° 0159180514 de titularidad de la actora, hayan sido efectivamente llevadas a cabo por el usuario de la tarjeta, limitándose su negativa al reintegro a cuestiones meramente formales, que el reclamo no lo efectuaba el usuario de la tarjeta adicional, cuando lo efectuaba la propia titular de la cuenta -la actora-, lo que trae aparejado un desmedro en el patrimonio de la Sra. Costa que merece ser reparado”.*

Por ello, entendió procedente la pretensión actoral e hizo lugar a la demanda.

B.4- Seguidamente, se expidió sobre los rubros indemnizatorios reclamados.

B.4.a- *Restitución de la suma de \$US 1237, 56:* comenzó indicando que el artículo 40 bis de la Ley 24240 conceptualizó como daño directo a todo perjuicio o menoscabo del derecho del usuario o consumidor, susceptible de apreciación pecuniaria, ocasionado de manera inmediata sobre sus bienes o persona, como consecuencia de la acción u omisión del proveedor de bienes o prestador de servicios. Que, en el caso, la acción asumida por la demandada -descrita a lo largo de la presente- causó un perjuicio a la actora que debe ser reparado.

Expuso que el daño causado a la reclamante consistió en el importe que debió abonar por consumos desconocidos y no reintegrados -cuyos montos detalló en la demanda- y que surgen

tanto de la documental como del peritaje realizado por la contadora Ana María Petryszyn.

Consideró que correspondía admitir el rubro, entendiendo que las accionadas deben abonar el importe citado, más sus intereses, que se calcularan desde la fecha en que cada pago fuera efectuado, y hasta su efectiva percepción, a la tasa que cobra el Banco de la Provincia de Buenos Aires por sus operaciones de descuento; ya que se trata de incumplimiento de un contrato que entraña un típico acto de comercio, lo que torna a la cuestión de índole comercial y así lo resolvió (arg. arts. 375, 384, 474 y conc. del C.P.C.C.; arts. 765, 768 y conc. del Cód. Civil y Comercial de la Nación).

Aclaró que el monto será considerado en pesos. Ello dado que, explicó, si bien los consumos fueron incorporados en dólares, éstos eran convertidos a pesos que se debitaban de la cuenta de la actora, conforme surge de la documentación aportada por la demandada a fs. 130 -y que no fuera desconocida por la actora-, donde se aprecia que la forma de pago convenida era por débito automático, pago total, sobre la caja de ahorros en pesos, que era la cuenta vinculada. Que se efectuará según la cotización oficial del dólar al momento de cada uno de esos pagos, que se efectivizaba mensualmente a la fecha del cierre de los consumos generados en cada periodo.

Indicó que, a los fines de determinar el importe, corresponde convertir a pesos la suma de U\$S 1237,56, tomando para su cálculo la cotización oficial emitida por el Banco de la Nación Argentina, tipo comprador, en las oportunidades indicadas en el párrafo anterior (ver www.bna.com.ar). Que "... por el consumo de: 1º) U\$S 657,29, la fecha de cotización es la del vencimiento del resumen del día 8/9/16 que resultó ser de \$ 15,25, lo que arroja un saldo de \$10.023,67; 2º) por U\$S 385,89, la fecha de cotización es la del vencimiento del resumen del día 9/3/17 que resultó ser de \$ 15,75, lo que arroja un saldo de \$ 6.077,76; 3º) por U\$S 83,22, la fecha de cotización es la del vencimiento del resumen del día 9/3/17 que resultó ser de \$ 15,75, lo que arroja un saldo de \$ 1.310,71; y 4º) por U\$S 111,16, la fecha de cotización es la del vencimiento del resumen 9/3/17 que resultó ser de \$ 15,75, lo que arroja un saldo de \$ 1.750,77".

Así, admitió el rubro por la suma de \$19.162, 91 (Artículo 165 Código Procesal).

B.4.b- *Daño moral*: realizó una serie de consideraciones genéricas relativas a este rubro y su cuantificación.

Explicó que esta lesión debe ser interpretada con criterio restrictivo, siendo carga de quien la invoca demostrar su existencia; no bastando las generalizaciones y debiendo revestir particular entidad, gravedad o jerarquía, sin que la circunstancia de estar regida la materia por la ley del consumidor, excluya el deber de acreditar su existencia.

Indicó que resulta procedente estimar el monto a otorgar a la época de la sentencia, independientemente del determinado por la actora al demandar.

Dijo que, en el presente caso, debe tenerse en cuenta que la demandante es clienta del ICBC “...entidad que por su obrar antijurídico incumplió con las obligaciones que la LDC le impone, ya que efectuó la indebida incorporación en las liquidaciones mensuales de consumos por el uso de la tarjeta de crédito y que tácitamente reconoció al reintegrar gran parte de ellos. Por ello, es que la actora realizó varios reclamos -lo que no fuera desvirtuado por la mencionada- habiendo materializado el último de ellos ante la OMIC y que no obstante ello la situación persistió; arrojando tal situación a mi criterio la convicción suficiente para acreditar la afección moral cuya reparación reclama”.

Expresó que no duda de que dicha circunstancia ha producido en la actora molestias íntimas susceptibles de herir sus sentimientos, afecciones y tranquilidad de espíritu y su fuero personal, que exceden del riesgo normal de cualquier contingencia comercial. Que las propias circunstancias del caso le permiten colegir la entidad de las angustias, sinsabores y frustraciones que los hechos descriptos debieron provocar en el ánimo de la reclamante, lo que torna procedente el daño moral.

Otorgó el monto de \$500.000 por este rubro.

B.4.c- *Daño punitivo*: se refirió a la incorporación de este instituto, a través del artículo 52 bis de la Ley 24240, y efectuó una serie de manifestaciones relativas a él.

Entendió que, en el presente caso, corresponde que se apliquen a las codemandadas. Argumentó que han actuado de manera gravemente negligente, persistiendo en su conducta sin ofrecer una reparación satisfactoria a la actora, ni ninguna solución para poner fin al conflicto, aun ante los reclamos en la OMIC. Que han incumplido los deberes y obligaciones a su cargo y han tenido una actitud despectiva hacia la reclamante y sus derechos como consumidora.

Esgrimió que la cuantificación de este rubro es un aspecto complejo y efectuó consideraciones al respecto. Que es necesario utilizar una fórmula matemática para obtener mayor certeza en el cálculo que se realiza. Para ello, se valió de la propuesta por el académico Marías Irigoyen Testa, la que -indicó- ya ha sido utilizada por esta Alzada local (“Castelli”, expediente N° 141404, res. del 28/8/2014, NO 132).

Aclaró que no se le escapa que la conveniencia de utilizar fórmulas matemáticas para arribar a un resultado fundado, choca con la necesidad de establecer algunos de los valores a través de presunciones *hominis*, pero se trata de un método, al menos, explícito y que podrá ser objeto de crítica razonada.

Explicó que la fórmula es la siguiente:

$$D = C \times [(1 - P_c) / (P_c \times P_d)]$$

En ella:

“D” = es el importe de daño punitivo a determinar;

“C” = la cuantía de la indemnización compensatoria por daños provocados;

“P_c” = la probabilidad de ser demandado y consecuentemente condenado a pagar indemnización compensatoria de los daños provocados;

“P_d” = la probabilidad de ser sentenciado por daños punitivos, condicionada a la existencia de una condena por resarcimiento compensatorio.

Reemplazando las variables:

$$C = \$519.162,91.-$$

P_c = 0,03 ya que -estimó- que la probabilidad de ser demandado y, consecuentemente, condenado a pagar la indemnización compensatoria de los daños provocados es 3 en 100; la que así determinó. Consideró que tres personas de cada cien estarían dispuestas a iniciar un juicio, contratando un abogado y obteniendo sentencia favorable por el daño provocado; teniendo en cuenta la relación entre los gastos que ello le ocasionaría y el poderío económico del sujeto a demandar.

P_d = 0,9, considerando que si se arriba a una condena por indemnización compensatoria la probabilidad de ser condenado por daños punitivos es del 90%.

$$D = C \times [(1 - P_c) / (P_c \times P_d)]$$

$$D = \$519.162,91 [(1 - 0,03) / (0,03 \times 0,9)]$$

$$D = \$519.162,91 \times [0,97 / 0,027]$$

$$D = \$519.162,91 \times 35,92$$

$$D = \$ 18.648.331,72.-$$

Expresó que el cálculo de la multa civil asciende a la cantidad de \$18.648.331,72; debiendo cumplir -en el caso sometido a análisis- una función sancionatoria así como disuasiva propia del daño punitivo, equivalente a 29,70 canastas básicas total para el hogar 3, que publica el Instituto Nacional de Estadística y Censos de la República Argentina (INDEC) (art.165 del C.P.C.C. y arts. 47 inc. b, 52 bis y cc. de la Ley 24.240) (v. www.indec.gob.ar).

Admitió el rubro por la suma de \$18.648.331,72.

B.5- Seguidamente, estableció que el monto total que debe abonarse a la actora es de \$ 19.167.494,63, con más los intereses. Indicó que éstos se calcularan, para el importe por daño patrimonial, desde la fecha en que cada pago fuera efectuado y hasta su efectiva percepción, a la tasa que cobra el Banco de la Provincia de Buenos Aires por sus operaciones de descuento, ya que se trata del incumplimiento de un contrato que entraña un típico acto de comercio, lo cual torna a la cuestión de índole comercial.

Respecto a la suma en concepto de daño moral, indicó que se devengarán desde la primera oportunidad de manifestación del daño -fecha de la denuncia de la actora de las irregularidades del día 04/08/16, según liquidación de fs. 30- y hasta la del efectivo pago del resarcimiento, de conformidad a la tasa que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta días.

Dispuso que, para liquidarlos, debe utilizarse el criterio sentado por la SCBA en la causa 119.176 “*Cabrera*”; es decir, tomar la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta (30) días.

Determinó que en lo que respecta al monto fijado en concepto de daño punitivo, al tratarse de una multa y no de un resarcimiento, no corresponde adicionar intereses, a menos que se incurra en mora, en cuyo caso se liquidaran a la tasa ordenada precedentemente y a partir del vencimiento del plazo acordado para el cumplimiento del mismo (arts. 768 y 886 Código Civil y Comercial).

B.6- Finalmente, rechazó la reparación de las consecuencias patrimoniales por los intereses de los montos generados por los consumos que fueran reintegrados, ya que de las constancias de autos no se ha producido prueba al respecto; en lo particular no se ha ofrecido entre los puntos de pericia contable ya analizada.

B.7- Así las cosas, hizo lugar a la demanda condenando a las demandadas a pagar solidariamente a la actora la suma de \$19.167.494,63, más sus intereses. Asimismo, impuso las costas solidariamente a las accionadas vencidas.

C- La articulación recursiva.

Contra dicho resolutorio se alzaron las codemandadas, interponiendo recurso de apelación mediante las presentaciones del 06/05/2024 y 07/05/2024.

Prisma expresó agravios el 13/08/2024, los que fueron replicados por la actora en fecha 16/08/2024.

Por su parte, ICBC expresó agravios el 18/08/2024, los que fueron contestados por la accionante el 21/08/2024.

El Fiscal General contestó la vista conferida el 16/12/2024 y entendió que debe confirmarse la sentencia recurrida.

D- Los agravios.

D.1- Los agravios de Prisma.

D.1.a- En primer lugar, sostiene que no establece vínculos contractuales con los usuarios de las tarjetas; que ese lazo lo entabla el usuario con el banco emisor -en el caso, ICBC-, quienes suscriben el contrato. Que se limita a realizar el procesamiento de datos de las tarjetas de crédito a favor “*del Nación*” -único con quien se vincula- otorgando autorizaciones de ventas, según existan denuncias de hurto o pérdidas de las tarjetas o sobre los límites de créditos de aquellas y su situación de pago y vigencia; datos que se encuentran en cabeza de los bancos emisores y se los proporcionan a ella. Que ella se encarga de realizar el clearing de liquidaciones entre las entidades pagadoras y emisoras y realiza el análisis de fraudes.

Esgrime que el *a quo* entendió que hubo negligencia de parte de las demandadas, toda vez que no brindaron soluciones a la actora. Que se agravia de que se la haya condenado solidariamente, pues la propia demandante reconoció que contrató con el Banco emisor y que realizó una compra voluntaria “*en el comercio citado precedentemente*”. Entiende que las afirmaciones realizadas por el sentenciador resultan gravemente equivocadas, ya que ella no tiene vínculo contractual con los usuarios.

D.1.b- En segundo lugar, se queja de que el magistrado de origen le haya atribuido daños que no pudo producir, pues no emitió la tarjeta, sino que ello lo hizo la entidad bancaria.

Insiste en que no existe documental alguna firmada entre ella y la actora pues no hay relación contractual. Que no hay prueba de esto último y que el sentenciador omitió este elemento que excluye su responsabilidad del presente reclamo.

Señala que el *a quo* dijo que la actora se vio perjudicada por la inclusión de operaciones en su cuenta, débito de fondos, y demás; todas medidas que -a su entender- son consecuencia de acciones tomadas por el Banco y no por ella, pues no tiene potestad para tomar dichas decisiones comerciales sobre clientes de las entidades bancarias. Que la condena en su contra es injusta y que el sentenciador se pronunció sobre la solidaridad de los Administradores, sin hacer mención al caso en concreto, analizando genéricamente el sistema de tarjetas de crédito y la relación entre las partes, pero sin dar mayor precisión al presente litigio; careciendo de fundamento los supuestos daños que habría ocasionado a la demandante.

D.1.c- Se duele de la condena por daño material, argumentando que no pudo producirlo pues no percibió los fondos; fue el Banco quien lo hizo. Que no debe pagar un monto del que nunca fue beneficiaria.

Fundamenta que no tiene potestad para realizar el débito de los consumos y no se ha probado que exista relación contractual con el actor.

Dice que el sentenciador obró con falta de criterio, arbitrariedad y que no cumplió con la sana crítica. Que es irrazonable que haya considerado que se encuentra en el mismo peldaño que la codemandada y que deben ser condenadas solidariamente.

D.1.d- En cuarto lugar, se duele de que sentenciador haya omitido -a su entender- considerar el “*funcionamiento del Programa Visa y Términos y Condiciones*”. Esgrime que aquel no puede obviar la preexistencia de los sistemas de contratos coligados que existen entre las partes interesadas.

Señala que en el informe pericial contable se confirma que se dedica a prestar servicios de procesamiento y clearing a los Bancos emisores y/o entidades financieras comercializadoras de tarjetas de crédito, que explotan la marca Visa, a partir de la licencia que otorga Visa Internacional y que no le pertenece; ello, sin mantener relaciones contractuales con los usuarios. Que no es titular de la marca Visa, por lo cual no le es de aplicación la última parte del artículo que establece la cadena de responsabilidad solidaria del estatuto del consumidor. Que no es acreedora ni deudora de los saldos generados por los tarjetahabientes.

Reitera cuestiones relativas a las partes intervinientes en el sistema de tarjetas de crédito y los vínculos que las unen entre sí.

Dice que la jurisprudencia citada por el juez de grado anterior no le es aplicable. Que en la sentencia no existe un solo fundamento que justifique su condena, siendo todas manifestaciones genéricas.

D.1.e- Manifiesta que se agravia de que se haya hecho lugar al daño moral, que asciende a \$500.000.

Esgrime que el *a quo* no da mayores argumentos para determinar la recepción del rubro.

Explica que, ante el desconocimiento, ella efectuó la investigación de rigor, cumpliendo con su labor. Que no es ella quien financia los consumos ni quien percibe los fondos. Que el sentenciador no efectúa ninguna referencia a ella y, sin embargo, la condena.

Entiende que la acción se dirige, en todo momento, a cuestionar el desempeño del ICBC, que fue quien realizó el débito de los consumos cuestionados, incumpliendo con sus obligaciones

contractuales.

Insiste en que ella cumplió con sus obligaciones. Dice que no puede presumirse que la actora padeció de su parte un trato indigno o que hubiera un incumplimiento del deber de información. Que la reclamante sufrió un fraude y que no puede sostenerse que sus reclamos hayan sido desoídos; al menos no en lo relativo a ella. Reitera que no es con ella con quien contrató la actora y los demás argumentos expuestos en lo relativo a la responsabilidad.

Considera que no puede inferirse el daño moral que se le reclama y que para que un incumplimiento contractual lo genere debe trascender las alternativas e incertidumbres propias del mundo de los negocios, pues su existencia debe ser apreciada con carácter restrictivo. Que, en materia contractual, el daño moral no se presume y debe ser probado.

Insiste en que es el Banco quien desatendió a la demandante.

Finaliza diciendo que la suma *“de \$2.000.000 resulta completamente desproporcionada”*.

D.1.f- También se queja de que se haya hecho lugar al daño punitivo.

Esgrime que el sentenciador fijó *“un monto exorbitante”*, sin desarrollar cuales fueron las acciones u omisiones que lo justifican.

Expresa que, en lo que a ella respecta, no hay una sola conducta que amerite la multa civil.

Insiste en que ella no contrató con la actora y en los demás argumentos que ya ha esbozado en relación a que no es responsable por los daños y perjuicios; los que omitiré reseñar nuevamente, en honor a la brevedad, pese a que serán analizados al resolver.

Manifiesta que los daños punitivos tienen un propósito netamente sancionatorio y realiza consideraciones al respecto. Entiende que la figura no es aplicable a este litigio, pues no existe una conducta que lo justifique.

Destaca que la acción se promovió en el año 2016 y que el monto máximo que podía aplicarse por este rubro era de \$5.000.000; que, sin embargo, el a quo aplicó una multa de \$18.000.000.

Indica que existe desproporcionalidad entre el monto otorgado en concepto de multa civil y el daño material. Que la multa ha sido *“mal aplicada”* en el caso.

D.1.g- Finalmente, alega que el sentenciador violó el principio de congruencia y defensa en juicio y falló *ultra petita*.

Destaca que la pretensión actoral ascendía a U\$S 1237,36, con más intereses y costas, y que el *a quo* dictó un fallo incoherente e incongruente con los hechos y pruebas aportadas en la causa.

Refiere que el artículo 163, inciso sexto, del ordenamiento procesal establece que la sentencia debe contener la decisión expresa, positiva y precisa, de conformidad con las pretensiones deducidas en juicio. Que entre los elementos de aquellas se encuentra su objeto y su causa. Que, en el presente caso, hay un doble objeto constituido por una declaración de nulidad y un reintegro de dinero; y que la causa está fundada en la presunta falta de contraprestación de la comisión cuestionada y la eventual distorsión del ahorro que el cobro de la misma generaría.

Expone que, con relación a la causa, el resolutorio debe adecuarse a la situación de hecho invocada por ambas partes a fin de delimitar los términos de su pretensión u oposición. Que los hechos que no están en el escrito de demanda no están en el proceso. Que insólitamente la sentencia incurrió en tal vicio al excederse en la pretensión de la actora, lo que la convierte en nula e invalida, debiendo ser revocada íntegramente. Continúa realizando referencias genéricas a esta cuestión y a los requisitos necesarios para que una sentencia sea válida.

Insiste en que la resolución apelada decidió de forma excesiva al objeto reclamado y consideró circunstancias ajenas al proceso.

D.2- La réplica de la actora a los agravios de Prisma.

Primeramente, señala que el recurso en análisis no contiene una crítica concreta y razonada del fallo apelado. Destaca las parcelas de la memoria que lo demuestran. Señala que en algunas oportunidades refiere cuestiones ajenas a este juicio.

En lo sustancial, esgrime que es la propia Prisma quien refiere que “*estamos frente a un sistema y contratos coligados*” y que es claro que intervino en la cadena de comercialización; encontrándose alcanzada por el artículo 40 de la Ley 24240.

Resalta que la apelante dijo que “*la actora sufrió un fraude*” y que esta circunstancia reconocida debió conllevar a que Prisma procediera, dentro de la investigación, a efectuar los contracargos a quienes habían sido los destinatarios del dinero de las operaciones cuestionadas; lo que no hizo.

Entiende que la recurrente no se hizo cargo del argumento de la sentencia relativo al principio de la carga dinámica de la prueba y su falta de aporte de ellas, así como tampoco de la conexidad entre los contratos; lo que justificó la condena solidaria.

Respecto al agravio relativo a que la condena por daño punitivo supera el límite legal, esgrime que la cuestión ha sido resuelta por esta Sala en la causa "Vélez", expediente N°158.926, donde se resolvió dejarlo de lado.

En cuanto a la queja relativa a la violación del principio de congruencia, resalta que reclamó el capital, intereses, daños y perjuicios morales, punitivos y costas.

En lo demás, no aporta elementos novedosos que merezcan ser reseñados pese a que serán considerados para resolver.

D.3- Los agravios de ICBC.

D.3.a- En primer lugar, se queja del juicio de responsabilidad efectuado por el sentenciador y de que haya considerado que ella no logró acreditar que las operaciones efectuadas con la tarjeta del adicional Eduardo Goyeneche hayan sido efectuadas por él mismo. Esgrime que no comparte las premisas desde las que partió el *a quo* ni las conclusiones a las que arribó.

Entiende que acreditó lo que afirmó al contestar la demanda en relación al funcionamiento del complejo contractual del sistema de tarjetas de crédito; ello, conforme el dictamen pericial llevado adelante sobre Prisma -respuesta al punto B del peritaje-, y que, además, encuentra respaldo legal en la Ley 25065.

Expone que acreditó que la demandante solicitó una tarjeta de crédito Visa, firmando el contrato en el cual se detallaron las cláusulas y condiciones que lo regulaban. Que se desprende del propio sistema que no es él quien carga los consumos a la cuenta, por lo que mal podría ser responsabilizada por una presunta carga indebida.

Alega que, en el caso de que los consumos no hubieren sido efectuados por el adicional, pudo ocurrir que alguien obtuviera los datos de la tarjeta, haciendo una utilización indebida de los mismos, entre otras hipótesis que también proyectó al contestar la demanda. Que podría constituir un indicio en contra de la actora el hecho de que los consumos correspondan a operaciones con empresas de transporte aéreo y/o turismo en general, siendo que ella declaró ser comerciante y tener una agencia de turismo denominada Destinos Turísticos. Que es posible que haya cargado los datos de su tarjeta en sitios que no respetan estándares de seguridad mínimo. Que es imposible para ella acreditar que dicha circunstancia fue lo que ocurrió. Que, por ello, se encuentran previstos canales de impugnación, que han sido incumplidos en este caso.

Entiende que resulta gravoso que con desapego a todo lo acreditado se haya concluido que el hecho de que la mayoría de las impugnaciones hayan sido reconocidas por Visa -y los montos reintegrados-, permite presumir que los consumos objeto de este juicio han sido indebidamente cargados. Que, para arribar a tal conclusión, el sentenciador desestima el hecho

de que la actora incumplió con la carga impuesta por el artículo 26 de la Ley de Tarjeta de Crédito y por el contrato suscripto, que prescriben un plazo para impugnar los resúmenes de cuenta y la necesidad de que el cuestionamiento se realice por escrito y por quien titula el plástico. Esgrime que no comparte que se trate de simples cuestiones formales y brinda los argumentos de tal medida. Agrega que la actora ya conocía el procedimiento y sabía que debía realizarlo el adicional pues ya había cuestionado consumos anteriormente.

Expresa que tampoco comparte que se haya considerado que él violó el artículo 53 de la Ley 24240 y que deba estarse a la presunción del artículo 1094 del Código Civil y Comercial. Sostiene que aportó toda la documentación en su poder y que realizó las impugnaciones del resto de la documental requerida por la actora y que no existía en su poder. Señala que las acompañó en cada una de las instancias en las que se le requirió formalmente: ante la OMIC, la Fiscalía General y ante el Ministerio Público Fiscal de la Provincia. Que la colaboración surge de la instrumental agregada en autos y que la conclusión de que violó lo previsto por el artículo 53 aparece distorsionado con las constancias de la causa. Destaca que reconoció los resúmenes agregados por la actora y que los exhibidos a la perito contadora coinciden con los primeros.

Concluye en que cumplió cabalmente con el deber de colaboración y aportó toda la prueba en su poder. Que respetó fielmente el principio de la carga dinámica de la prueba pero que no puede llevarse al extremo de producir una inversión de la carga probatoria. Y que, menos aún, entiende, puede importar condenar a su parte por el hecho de que la actora incumpliera con el deber de impugnar en tiempo y forma los resúmenes cuestionados.

D.3.b- Se queja de la procedencia y monto del daño moral.

Esgrime que en materia contractual debe analizarse con criterio restrictivo.

Expone que el sentenciador no determinó cuáles son los placeres compensatorios tenidos en cuenta para la cuantificación. Que ello afecta su defensa, pues le impide impugnarlo. Que el pronunciamiento en este sentido es nulo.

Agrega que la suma determinada no guarda relación con los importes fijados por la Alzada local en casos más sensibles. Ejemplifica.

D.3.c- Se agravia de los daños punitivos.

D.3.c.I- En primer lugar, refiere que al tiempo en que ocurrieron los hechos y que se trabó la *litis*, la multa civil poseía un tope legal indemnizatorio previsto en el artículo 47, inciso b, de la Ley 24240 (según modificación de la Ley 26361), que lo establecía en \$5.000.000. Que resulta inaplicable la Ley 27701 pues previo a su entrada en vigencia la relación objeto de autos ya se había consolidado.

D.3.c.II- En segundo lugar, se queja de la cuantificación del rubro; particularmente, de la utilización de la fórmula de Irigoyen Testa.

Aclara que no cuestiona la validez de la fórmula en sí misma, sino la composición de las variables que la integran y que pueda aplicarse al presente. Que no desconoce el valor que tienen las fórmulas, pero que se necesita que las variables sean precisas porque, de lo contrario, no se consigue la objetividad intentada.

Refiere a su utilización para calcular la indemnización por incapacidad sobreviniente y entiende que, en ese caso, las variables son objetivas; por lo que, el resultado reviste el mismo carácter. Considera que, por el contrario, en el presente caso, las variables no encuentran respaldo objetivo (o, al menos, no aparece referido).

Dice que no comparte lo sostenido por el *a quo* en relación a las virtudes de su aplicación. Que el empleo de fórmulas compuestas por variables ancladas únicamente en lo que se estima prudente termina por desvirtuar el objetivo de su aplicación y lo desaconseja.

Manifiesta que el único guarismo cierto es el de la cuantía de la indemnización por daños compensatorios.

Sostiene, respecto a la variable "PC" (probabilidad de ser demandado y condenado), que desconoce cuál es la razón por la cual el sentenciador estimó que 3 de cada 100 personas iniciarían un juicio al Banco. Que se podría estimar un número mayor o menor "*con la misma simplicidad*". Que la variable fue determinada de forma infundada. Señala que Irigoyen Testa, al exponerla, ha dicho que puede recurrirse a estadísticas para completarla; lo que -entiende- no hizo el *a quo*.

En relación a la variable "PD" (probabilidad de ser condenado por daño punitivo), esgrime que tampoco cuenta con respaldo objetivo. Refiere que los registros de la MEV, en lo que respecta al Departamento Judicial de Bahía Blanca, parecen desautorizar el guarismo que propone la sentencia, ya que este caso es la primera condena por daños punitivos que ella ha tenido, en su larga trayectoria girando en la plaza.

Expresa que registra dentro del Departamento Judicial de Bahía Blanca apenas cuatro (4) pleitos en contra, y brinda los datos de éstos. Señala que en dos de ellos se rechazó la demanda, encontrándose apelada solo en uno; que el tercero se encuentra abierto a prueba y el cuatro es el presente. Que estos antecedentes no fueron considerados por el magistrado de origen, dado que, si así hubiere sido, las variables deberían haber sido reemplazadas por números mucho más favorables a ellas. Que lo expuesto revela que la aplicación de la fórmula resulta inapropiada y que los porcentajes de las variables carecen de fundamento.

Transcribe un voto en disidencia del Dr. Ribichini, en un expediente de la Sala I de esta Alzada, relativo a las dificultades que trae aparejada la utilización de la fórmula.

Manifiesta que el uso de fórmulas matemáticas para cuantificar esta multa no surge de la legislación vigente. Que las únicas directrices se encuentran en el artículo 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor y que establece que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso. Entiende que la norma descarta la aplicación de fórmula alguna y manda a graduar la sanción conforme aquellos parámetros.

Señala que, a todo evento, solicita que *“se tengan en cuenta las particularidades de la causa, a saber: la escasa cuantía del daño material reclamado que revela la mínima gravedad del hecho, el hecho de que la presunta infracción cometida... no puede caracterizarse como un proceder generalizado en contra de sus clientes (extremo que aparece reflejado por la inexistencia de reclamos similares en el fuero local -como ya se vio-), circunstancia que descarta que el banco obtenga réditos o ahorros económicos, y evidentemente que mi mandante tenía válidas y sólidas razones para considerarse con derecho a mantener su postura, con base a las normas que rigen el funcionamiento del sistema de tarjeta de crédito”*.

D.4- La réplica de la accionante a los agravios de ICBC.

Primeramente, sostiene que el recurso no constituye una crítica concreta y razonada del fallo en crisis. Argumenta al respecto.

En lo sustancial, señala que la recurrente no probó que el adicional realizó los consumos. Que no explica cómo pudo haber sucedido que la tarjeta fuera utilizada antes de ser activada. Que tampoco se hizo cargo de explicar por qué emitió un nuevo resumen cuando ella ya había pagado bajo protesta y dado de baja el servicio de tarjeta de crédito, sometiéndola a tener que controlar e impugnar el nuevo, por un producto que había dado de baja. Que tampoco se hizo cargo de indicar por qué no proveyó la documentación que fue intimada a agregar a la causa y a poner a disposición del perito contador y del informático.

Esgrime que es falso que el desconocimiento deba hacerse por escrito y por el sujeto a quien se le atribuye. Que ello resulta del manual de prácticas bancarias y de la propia información publicada por el Banco (ver documental de fs. 7 del documento de un total de 33 fs. -agregado el 14/08/2019-). Que es aquel mismo quien facilita un número telefónico para que se realice el desconocimiento.

Destaca que en las expresiones de agravios las codemandadas se atribuyen la responsabilidad recíprocamente y resalta lo que cada una menciona en relación a quien carga los consumos y/o las acreditaciones.

Refiere a la relación de consumo entre las partes y la red contractual entre ellas.

Replica las quejas relativas al daño moral y punitivo.

En lo demás, no aporta elementos novedosos que ameriten ser reseñados pese a que serán considerados para resolver.

E. El análisis de la sentencia apelada en función de los agravios.

E.1- Liminarmente, cabe decir que los recursos en análisis contienen una crítica concreta y razonada del resolutorio en crisis, superando la valla dispuesta por el artículo 260 del Código Procesal, pese a que algunas de sus parcelas sí se encuentren desiertas, lo que así se declarará en cada caso.

E.2- En primer lugar, corresponde analizar el agravio de las codemandadas en torno al juicio de responsabilidad efectuado por el *a quo*, pues su suerte condiciona la de los restantes.

E.2.a- Es menester señalar que el presente caso debe ser analizado a la luz de la normativa protectoria del consumidor, cuyos derechos han sido expresamente reconocidos por la Constitución Nacional, que en su artículo 42 dispone: *“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. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control”*.

Por su parte, la Ley 24.240 prescribe, en su artículo 1, que su objeto es *“la defensa del consumidor o usuario”*; pues el legislador ha entendido que aquel es el sujeto débil del vínculo y ha intentado, a través de la normativa específica, compensar tal circunstancia. La situación cuadra también en el art. 1092 y siguientes del Código Civil, en cuanto regulan la relación de consumo. En el caso en análisis, resulta palmaria la disparidad de hecho que existe entre la actora y las codemandadas; por lo que, la necesidad de resolver el litigio a la luz de la normativa que rige la materia resulta ser absolutamente necesario.

La Ley de Defensa del Consumidor prevé expresamente que *“...En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al*

consumidor...” (artículo 3); que “El proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización.- La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada en soporte físico, con claridad necesaria que permita su comprensión. Solo se podrá suplantar la comunicación en soporte físico si el consumidor o usuario optase de forma expresa por utilizar cualquier otro medio alternativo de comunicación que el proveedor ponga a disposición” (artículo 4); y que “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...” (artículo 8 bis).

Sumado a ello, el Banco demandado ha adherido al Código de Prácticas Bancarias (ver punto 1 del peritaje informático realizado por Bruno Alberto González), cuya finalidad es *“... contribuir a afianzar los derechos del usuario de servicios y productos financieros acrecentando, al mismo tiempo, la transparencia de la información provista por las instituciones financieras a sus clientes y los lazos de quienes proveemos servicios financieros y la comunidad a la que pertenecemos... contribuirá a que los derechos del consumidor, de reciente recepción legal en nuestro ordenamiento jurídico, se sigan consolidando hasta convertirse en una tradición que prevalece más allá del marco legal que la regula”* (prefacio), entre otras manifestaciones relativas al compromiso de las entidades financieras -en este caso ICBC- en relación a garantizar los derechos de sus usuarios.

Entre otras cláusulas -que tienen la misma finalidad protectoria-, el Código de buenas prácticas revela el compromiso de las entidades adherentes de *“Actuar frente al cliente de manera leal, diligente, justa y transparente en relación con los productos y servicios ofrecidos...”* (capítulo II: compromisos con los clientes, punto 2.1.1); *“Informar al cliente de manera veraz, objetiva, adecuada, completa y precisa acerca del funcionamiento de los productos y servicios...”* (punto 2.1.2); y *“Responder y recibir diligentemente cualquier reclamo y/o queja que los clientes realicen a la Entidad Adherente mediante sistemas de recepción de reclamos y quejas, y mecanismos correctivos para su adecuada gestión”* (punto 2.1.3); entre otros.

En lo relativo a la atención al cliente (capítulo IV), el Código prescribe que *“Las Entidades Adherentes ofrecerán líneas de atención al cliente para cualquier consulta que éstos deseen efectuar”* (punto 4.1); *“El acceso a dichas alternativas de ayuda podrá realizarse en forma personal, por escrito, por vía telefónica o por Internet, si este canal estuviera disponible”* (punto 4.2.); y *“Entre las funciones de las líneas de atención al Cliente se encuentra la de evacuar cualquier duda que ellos pudieran tener, incluyendo sin limitación las cuestiones relativas a lo previsto bajo el presente Código”* (4.3).

Teniendo especialmente presente este marco jurídico, procederé a expedirse sobre el presente litigio.

E.2.b- Adelanto que las codemandadas han sido correctamente condenadas, de conformidad a lo previsto por el artículo 40 de la Ley 24240. Tal dispositivo legal dispone *“Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor, y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio...”*. Agrega que *“La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena”*.

Por su parte, el artículo 40 *bis* explica en qué consiste el daño directo, prescribiendo que *“...es todo perjuicio o menoscabo del derecho del usuario o consumidor, susceptible de apreciación pecuniaria, ocasionado de manera inmediata sobre sus bienes o su persona, como consecuencia de la acción u omisión del proveedor de bienes o del prestador del servicio...”*.

Como adelanté, entiendo acreditado que la actora -usuaria del servicio de tarjeta de crédito- ha sido dañada como consecuencia de la relación de consumo a la que se encontraba expuesta y las codemandadas, como prestadoras del servicio que lo generó, son responsables solidarias y deben resarcir el perjuicio causado.

Ambas demandadas integraban la cadena de comercialización del servicio, por lo cual solo podían eximirse probando la causa ajena; lo que no hicieron y, por ello, deben ser condenadas. En el caso de ICBC no existen dudas respecto a que lo unía un vínculo contractual con la reclamante -lo que ha admitido expresamente- y, en el caso de Prisma, resulta claro que integró la cadena de comercialización de la tarjeta de crédito. Como ella misma lo calificó -en su memoria-, el producto engloba un conjunto de *“contratos coligados... entre las partes interesadas”*, independientemente de si ella firmó o no un contrato de forma directa con la clienta de la entidad bancaria. Sea cual fuere la función que tenía en el procesamiento de datos y en el ofrecimiento del servicio, el hecho de que formara parte del sistema la coloca dentro de la órbita de lo previsto por el artículo 40 de la Ley 24240 y está obligada a resarcir el daño que el servicio le causó a la consumidora; más allá de las acciones que, en un futuro, pueda, si así lo desea, entablar en contra del Banco accionado, con quien sí admitió tener un vínculo.

Teniendo en cuenta lo dicho, todas las manifestaciones de las demandadas relativas al funcionamiento del sistema y consistentes en achacarse la responsabilidad la una a la otra, resultan inidóneas para desbancar lo decidido. Todas estas cuestiones podrán ser reeditadas en una futura acción de regreso; principalmente, aquellas que giran en torno a quien cobró y percibió el dinero de la actora, pero ante la actora deben responder inexcusablemente de manera solidaria.

No solo no resulta “irrazonable”, como sostiene Prisma, que el *a quo* las haya colocado en un mismo peldaño y condenado solidariamente en el marco de esta causa, sino que, además, es lo que la Ley manda; es decir, que lo razonable o irrazonable ni siquiera es relevante, en tanto resulta un desiderátum legalmente determinado. Y no interesa, como señala la nombrada, si es o no titular de la marca Visa; lo que la condena es haber participado en la cadena de comercialización del servicio que provocó el daño a la consumidora.

E.2.c- Nos dice ICBC que no es cierto que no haya logrado acreditar que las operaciones con la tarjeta de crédito las realizó el mismo Eduardo Goyeneche. El embate no prospera. Primero, porque no existen constancias en autos que así lo demuestren; y, segundo, porque no ha indicado en qué elemento de la causa se apoya para realizar tal afirmación; dejando así desierta esta parcela del recurso (artículo 260 del Código Procesal).

Por otro lado, su defensa -al contestar la demanda- giró en torno a sostener que la titular de la cuenta no había cumplido en tiempo y forma con las exigencias que requería la impugnación de los consumos que desconoció. No intentó acreditar en ningún momento que aquellos fueran verídicos, así como tampoco demostró -ni intentó hacerlo- que se tratara de la acción de un tercero ajeno a él; hipótesis sobre las cuales teorizó, pero que no probó siquiera remotamente. Insisto: no ha probado causa ajena por la cual pueda eximirse de responsabilidad, limitándose a brindar hipótesis que no tienen sustento en constancias de la causa.

Lo que aquí resulta dirimente y sella la suerte de la pretensión actoral, resulta ser que la titular de la tarjeta -la demandante- ha acreditado que desconoció en tiempo y forma (sobre lo que me expediré más adelante) los consumos que le fueron consignados en su tarjeta de crédito, y que, de todos modos, aquellos importes le fueron debitados y no reintegrados. Este es el daño directo al que se refiere el artículo 40 *bis* de la Ley 24.240.

El Banco sostiene que no es él quien carga los consumos. Nuevamente, no resulta relevante cuál de las accionadas era la que se ocupaba de tal labor; y ninguno de ellas sostiene que sea un tercero no demandado quien lo hacía, sino que se endilgan la responsabilidad la una a la otra.

Para que quede claro, las coaccionadas no han postulado correctamente, ni mucho menos probado, que hubiere existido una causa ajena susceptible de quebrar el nexo de causalidad y liberarlas de responsabilidad. Por ejemplo, la entidad bancaria alega que la actora tenía una agencia de turismo y que el hecho de que los consumos impugnados correspondieran a empresas de aquel rubro, podría ser un indicio de que cargó los datos de su tarjeta en páginas que no cumplían con las medidas de seguridad. Ello podría ser un indicio si se complementara con otros elementos probatorios que permitieran arribar a tamaña conclusión; empero, las demandadas no se esforzaron en acreditar ninguna de las hipótesis que livianamente “arrojaron

sobre la mesa” y que, por sí solas, son meras especulaciones, “manotazos de ahogado”. No está acreditado que fueran consumos de terceros, ni derivados de los servicios prestados por la actora, por lo que cabe presumir que la tarjeta la usaba para sí y era, por ende, consumidora.

Tampoco es cierto que las accionadas, grandes empresas de reconocida trayectoria, se encontraran imposibilitadas de corroborar las teorías que esbozaron. Primero, porque ni siquiera lo intentaron. Segundo, porque, fuere o no dificultoso, es claro que estaban en mejores condiciones para hacerlo que una simple usuaria, quien carece de los recursos económicos, técnicos y profesionales con los que sí cuentan las condenadas, importantes empresas del rubro en cuestión. Como sea, no acreditaron causa ajena y, por ello, no pueden eximirse de responsabilidad por el daño que la prestación de su servicio causó.

Tanto ICBC como Prisma se han limitado -a lo largo del proceso- a achacarse la responsabilidad la una a la otra y postular hipótesis sobre lo que pudo haber sucedido, mas sin ofrecer ni producir prueba al respecto. Debe recordarse que expresar agravios no consiste en demostrar que el juez pudo haber decidido de otro modo, sino en convencer a la alzada que era imperativo que lo hiciese. Como dije, ambas codemandadas son parte de la cadena de comercialización del servicio de tarjeta de crédito, que provocó un daño a la actora – consumidora-, y, por ello, son responsables solidarias frente a ella y deben reparar el daño causado. Ello, sin perjuicio de las acciones de repetición que puedan interponerse en un futuro.

La amplitud en la legitimación pasiva -que ha sido prevista en el artículo 40 de la Ley 24.240- busca, precisamente, evitar que los sujetos intervinientes en la prestación del servicio se eximan de responsabilidad, culpándose el uno al otro, y dejen desamparada a la parte más débil de la relación, el consumidor. Por ello, deja la discusión entre los proveedores para un proceso distinto y posterior, procurando que el reconocimiento del derecho del consumidor no quede supeditado a cuestiones que le son ajenas.

E.2.d- Las codemandadas no han podido explicar cómo fue que existieron consumos en una tarjeta que aún no había sido activada; así lo sostuvo la actora y por maniobras obstruccionistas de las demandadas, que omitieron poner a disposición de los expertos la documentación contable necesaria, ello no pudo salir plenamente a la luz, lo que determina que deba darse crédito a la versión de la actora. En efecto, teniendo en cuenta que nos encontramos en el marco de una relación de consumo y que eran las firmas demandadas quienes estaban en mejores condiciones para demostrar que ello no era así o, mínimamente, exhibir la documentación correspondiente a los peritos, cabe entender que lo alegado por la actora resulta cierto. Por ejemplo, la demandante requirió al perito en sistemas que informe sobre la fecha de activación de una de sus tarjetas. El experto Bruno Alberto González, respondió que la información solicitada se encuentra depurada desde VISA y por tal motivo ya no está disponible; por lo que no pudo evacuar la consulta (ver respuesta a los puntos 4 y 5).

Por su parte, la perito contadora Ana María Petryszyn dejó asentado, en su dictamen, que ICBC no puso a disposición los libros contables (ver respuesta al punto 1 ofrecido por la actora); y que faltaban los resúmenes de cuenta de algunos períodos entre el 19 de mayo del año 2016 y el 21 de septiembre del año 2019 (ver respuesta al punto 2 ofrecido por la actora). Asimismo, al ser consultada en torno a la activación de tarjetas de crédito VISA emitidas a nombre de María De Los Ángeles Costa, Eduardo Goyeche y María Soledad Costa, en un determinado período, expresó que la demandada solo le había exhibido dos capturas de pantalla -que adjuntó-. De las mismas no surge la información requerida por la actora; la entidad bancaria no aportó una información tan valiosa y dirimente como es la fecha de activación de las tarjetas de crédito. Finalmente, y, sumado a todo ello, la experta, al contestar el punto 17, por medio del cual se le consultó -ahora sí expresamente- *“si se han efectuado débitos relacionados con alguna de las tarjetas emitidas a nombre de los mencionados cuando los plásticos respectivos no habían sido entregados o habilitados y en caso afirmativo detalle cada una de esas operaciones”*, indicó *“En relación con lo que se solicita no me fue exhibida documentación por parte de la demandada”*.

El artículo 53 de la Ley 24.240, prevé expresamente que *“Los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio”*. No habiéndolo hecho las codemandadas, o bien, no habiendo cumplido acabadamente -por acción u omisión, deliberada o no- con dicha carga, corresponde entender que lo postulado por la actora aconteció de la manera en que lo expuso. Pues la consumidora se encuentra en una posición desfavorable frente a las proveedoras del servicio que contrató para acreditar sus dichos; exigirle que lo demuestre se transformaría en una prueba diabólica. Además, el ordenamiento jurídico expresamente prevé que en este tipo de relaciones el proveedor esté obligado a aportar todos los elementos que estén en su poder para dilucidar la verdad de los hechos controvertidos.

Por lo dicho, la manifestación de ICBC relativa a que sí cumplió con la carga prevista en el artículo 53 de la Ley 24240, resulta inidónea para cambiar la solución. Es que, haya o no aportado todos los elementos que tenía en su poder, aquellos que no exhibió hubieran permitido dilucidar hechos controvertidos. Sea que no los aportó porque los ocultó, porque omitió preservarlos en su momento o bien porque directamente nunca registró la información que se le solicita, era ella quien estaba en mejores condiciones de demostrar que lo sostenido por la actora no era cierto. Una entidad financiera no solo debe actuar con diligencia, sino que debe hacerlo con la máxima posible (art. 1725, Código Civil y Comercial).

Entonces, no habiéndose podido probar lo postulado por la consumidora por faltar la documentación que aportaría luz al asunto, ello importa un incumplimiento de las codemandadas al deber de colaboración, ya sea porque actuaron con dolo o negligencia, pues el resultado es el

mismo: no contamos con información que permita dilucidar cuándo se activaron las tarjetas y si se realizaron consumos con anterioridad a ello.

E.2.e- ICBC expresa que le agravia que el sentenciador concluya que el hecho de que la mayoría de las impugnaciones hayan sido reconocidas por Visa y los consumos reintegrados, autoriza a presumir que los importes objeto de este juicio también fueron indebidamente cargados. Más allá de que tal presunción es ciertamente antojadiza y, en todo caso, carece de respaldo legal, lo cierto es que impugnados que fueron los consumos, debían las demandadas demostrar que fueron realizados por la actora y, al no haberlo hecho, deben soportar con las consecuencias de su omisión (art. 375, Código Procesal). Y no solo no demostraron que eran auténticos, sino que además se los cobraron y no se los reintegraron, generándose el consecuente daño por la prestación del servicio.

No es cierto que la reclamante haya incumplido con lo previsto por el artículo 26 de la Ley de Tarjeta de Crédito y/o en el contrato suscripto por las partes. El dispositivo normativo citado establece que *“El titular puede cuestionar la liquidación dentro de los treinta (30) días de recibida, detallando claramente el error atribuido y aportando todo dato que sirva para esclarecerlo por nota simple girada al emisor”*. Por su parte, el contrato prevé el mecanismo de impugnación en los mismos términos (ver página 25, conforme el propio Banco indica).

Es decir, es el titular quien puede y debe impugnar el resumen; no siendo un requisito legal ni contractual -como sostienen las codemandadas- que sea el adicional quien lo realice.

Por otro lado, tampoco es cierto que sea necesario realizar el desconocimiento mediante un escrito presentado ante las entidades. La normativa refiere a *“nota simple girada al emisor”*; no menciona en qué soporte o de qué forma debe hacerse. Es de público y notorio conocimiento que hoy en día la gran mayoría de las empresas -lo que incluye a todos los bancos comerciales- cuentan con canales de comunicación telefónicos y digitales. Es más, hay muchas firmas que ni siquiera tienen una sede física; y si bien ese no es el caso del ICBC, sí que demuestra que la norma no puede entenderse en el sentido que deba presentarse un escrito en papel o que el reclamo debe hacerse de forma presencial, pues en muchos casos regidos por la Ley 24.240 ello es materialmente imposible. Tampoco es cierto el que dispositivo normativo imponga que debe efectuarse algún tipo de ratificación en relación al cuestionamiento, nada de ello dicen las normas, con lo que el motivo esgrimido en este sentido decae.

Finalmente, cabe decir que los desconocimientos de los consumos reclamados en este proceso se realizaron oportunamente. Veamos. El propio ICBC nos dice en su memoria que reconoció los resúmenes de cuenta que acompañó la actora en su demanda; los que, además, confrontó el perito informático con los que obraban en el sistema de la entidad Bancaria, y dictaminó que eran idénticos (ver respuesta al punto 2 del peritaje presentado el 06/12/2022).

El consumo de **U\$S 657,29** aparece incorporado al resumen que vencía el 08/09/2016 (fs. 33/35) y fue desconocido el 27/09/2016; lo que se desprende de la captura del reclamo que realizó el perito informático -página 5, N°6197092-, cuyo número ha sido reconocido por ICBC cuando -al contestar la demanda- explicó los motivos por los cuales aquel tuvo resolución desfavorable. Por lo cual, se realizó en plazo.

El importe de **U\$S 111,16** se incorporó al resumen de cuenta que vencía el 09/03/2017 (fs. 48/49). La actora refiere que, primero, se le reconoció y, luego, se le volvió a cobrar. Frente a ello, Prisma sostiene que en el resumen con vencimiento en mayo del año 2017 se le reintegró y que en el de junio se le volvió a reintegrar al inicio del resumen y, por ello, al final de aquel se le cobró nuevamente.

De los resúmenes de cuenta agregados a la causa (tanto los de la actora, como los acompañados por ICBC) no surge que sea correcto lo sostenido por Prisma. En el resumen con vencimiento en mayo del año 2017 se consigna el crédito de la siguiente manera "*fecha: 17 de marzo; comprobante 23; referencia: RYANAIR 00000 111,16 TC 15,4500 (CRÉDITO PROV. CONSUMO CUEST.- TJ 9306) \$1.717,42*". En el siguiente resumen, de junio del año 2017, en la parte inferior se realiza el débito en los siguientes términos: "*fecha: 17 abril; comprobante 20; referencia: RYANAIR 00000 (REVOL. REALIZADA ANTERIORMENTE TAR 9306) U\$S 111,16*". Lo que alega Prisma es que ello se debió a que, en la parte superior de dicho resumen, se acreditó nuevamente (es decir, dos veces) y, por ello, abajo se restó. Ello no se desprende de la lectura del resumen en cuestión ni ha sido acreditado con otro elemento probatorio. Véase que el crédito de RYANAIR que figura en la parte superior no se corresponde con el importe en pesos (\$1.717,42) al que se convirtió el consumo en dólares objeto de este proceso (U\$S 111,16); sino que es mucho menor, de \$135,88. Sumado a tal incongruencia, surge del peritaje contable que este último importe mencionado ha sido uno de los consumos cuestionados por la actora, pero que no han sido objeto de este juicio. Entonces, cabe entender que el monto que figura en la parte superior de \$135,88 no solo no se corresponde con el que es objeto de este litigio, sino que coincide exactamente con la suma cuestionada por la actora en otra oportunidad (ver peritaje de la Cr. Petryszyn, último renglón del cuadro ilustrativo obrante en la respuesta a la pregunta "D" del ICBC, monto \$135,88).

Así las cosas, no tratándose del mismo consumo y habiendo admitido la demandada que el importe de U\$S 111,16 debía ser reintegrado, corresponde la admisión del mismo; ya que ha sido incorrectamente cobrado en la segunda oportunidad.

El consumo de **U\$S 385,89** aparece consignado en el resumen que vencía el 09/03/2017 (ver. fs. 48/49) y fue desconocido el 02/03/2017 (ver página 7 del dictamen pericial del 06/12/2022). Por lo cual, se impugnó en plazo.

Finalmente, la suma de **U\$S 83,22** aparece consignada en el resumen que vencía el 09/03/2017 (ver. fs. 48/49) y su reclamo fue el 02/03/2017 (ver página 7 y 8 -informe pericial del 06/12/2022-); encontrándose su desconocimiento en plazo.

Aclaro que solo me refiero a estos cuatro consumos que la actora alegó que no le fueron reintegrados, pues los intereses y accesorios que requirió respecto a los que sí le fueron devueltos es un planteo que ha sido rechazado por el *a quo* y ha llegado firme a esta instancia, pues no ha sido materia de agravio.

Así las cosas, la actora impugnó en tiempo y forma los resúmenes de cuenta.

A mayor abundamiento, es menester destacar que el Código de Prácticas Bancarias -al que adhirió ICBC-, prevé, en su capítulo V "*Reclamos de clientes*", que las Entidades Adherentes informarán sobre todos los canales de atención y recepción de reclamos disponibles y atenderán los reclamos de Clientes diligentemente, conforme las circunstancias del caso. Que, en el caso que un Cliente desee presentar un reclamo, lo podrá realizar en forma personal, telefónica o por correo. También se podrá realizar a través del sitio de Internet o por correo electrónico, si la Entidad Adherente hubiera habilitado dichos canales de atención, para la recepción de reclamos. Que las Entidades Adherentes registrarán los reclamos de los Clientes a fin de facilitar su seguimiento, e informarán el código de identificación de dicho reclamo. Que, excepto que una norma legal estableciera un plazo diferente, dentro de los treinta (30) días corridos de recibir un reclamo, las Entidades Adherentes deberán tener (i) la respuesta final al reclamo efectuado; o (ii) de no poder darle una respuesta final al vencimiento de dicho plazo, le comunicarán de manera fundada la extensión del plazo antes mencionado, el cual no podrá ser mayor de veinte (20) días corridos. En los casos que la respuesta sea negativa la Entidad Adherente notificará al Cliente por la vía más adecuada. Los plazos antes mencionados no obstarán a que la Entidad Adherente emita una respuesta final en el menor plazo posible, teniendo en cuenta las posibilidades de comunicación con el Cliente, el lugar de su domicilio y distancia respecto de donde se radicó el reclamo. Que las Entidades Adherentes se comprometen a ejercer una supervisión constante del estado de los reclamos presentados a fin de asegurar una pronta respuesta.

Sumado a ello, en la sección II, capítulo II, punto 5, bajo el título "tarjeta de crédito", dispone "*La Entidad Adherente se compromete a resolver las impugnaciones al resumen que presente el Cliente, en el menor plazo posible y dentro de los plazos que estipule la Ley*" (5.2.4).

Surge del peritaje informático que el Banco accionado no cuenta con un sistema de audios o grabación relacionado a los reclamos recibidos. Para la actora -cliente- resulta sumamente dificultoso, por no decir imposible, demostrar el contenido de tales comunicaciones. Por el contrario, es la demandada -en este caso, ICBC- quien estaba en mejores condiciones de probar lo sostenido, es decir que la actora no realizó los reclamos en tiempo y forma. Por ejemplo, a

través de dichas grabaciones, podría haber corroborado que a su clienta le fue exigida documentación adicional que no presentó. Nada de ello ha sido acreditado.

Lo que sí se probó es que los consumos fueron desconocidos dentro del plazo de 30 días (lo que surge de confrontar la fecha de vencimiento de los resúmenes de cuenta con la fecha en que figuran los reclamos -ver peritaje informático-) y que la vía que utilizó para realizarlos fue suficiente. Esto último, dado que no surgen formalidades adicionales del ordenamiento jurídico, así como tampoco del contrato celebrado entre las partes.

Además, no se trata de un solo desconocimiento, sino que fueron muchísimos los que debió realizar (ver punto "d", ofrecido por ICBC, del peritaje realizado por la Cr. Petryszyn); por lo cual, de ninguna manera puede cargarse a la usuaria con el peso de tener que efectuar presentaciones adicionales o ratificaciones. Bastaba con impugnarlo de la forma en que lo hizo, máxime si tenemos en cuenta el contexto en el que se cuestionaron los créditos objeto de esta causa.

Las codemandadas debieron tomar cartas en el asunto; demostrar que los consumos los hizo la actora o reintegrarlos y, además, brindarle una respuesta inmediata a la clienta, nada de lo cual hicieron.

También surge del peritaje informático (punto 3) la enorme cantidad de reclamos que debió realizar la actora, que van del año 2016 al 2019 ¿Cuánto más puede exigírsele? ¿Cuántas formalidades adicionales debía cumplir? Ninguna y, de hecho, la ley no establece que debiese hacerlas (Ley 25065). Respecto a la documentación y requisitos adicionales que se mencionan en las capturas de pantalla que acompañó el perito informático, cabe decir que no sabemos a qué se refieren y, además, como ya dije, la norma que regula el procedimiento no requiere ningún tipo de documento adicional. Y, cargar a la consumidora con la obligación de tener que realizar una enorme cantidad de trámites burocráticos extras por una acción u omisión antijurídica de las aquí demandadas, resultaría ser un abuso (art. 10, Código Civil y Comercial) que atenta con lo previsto por la Constitución Nacional y las Leyes que regulan la materia. Además, no han demostrado las firmas accionadas que las solicitudes de información adicional hayan llegado a conocimiento de la usuaria.

En virtud de lo expuesto, propongo confirmar el juicio de responsabilidad realizado por el *a quo*, así como también lo resuelto en relación al rubro "restitución de la cantidad de U\$S 1237,56", en lo que ha sido materia de agravio.

E.3- Las codemandadas se quejan de que el sentenciador haya hecho lugar al daño moral y, además, consideran que el monto otorgado es excesivo (\$500.000). No se me escapa que

Prisma refiere a la suma de \$2.000.000, lo que no se condice con lo resuelto en el caso. Sin embargo, habiendo ICBC recurrido la cuantificación, me expediré al respecto.

E.3.a- En cuanto a su procedencia, ICBC nos dice que debe interpretarse restrictivamente en este tipo de asuntos. Tal manifestación no constituye una crítica concreta y razonada del fallo en análisis, pues no explica de qué forma aquella directriz podría haber llevado a una conclusión distinta. Por lo que, en este punto, el recurso de ICBC se encuentra desierto (artículo 260 Código Procesal).

Por su parte, Prisma reitera argumentos relativos a que no es responsable por los sucesos ocurridos y que ha cumplido con su labor, llevando adelante las investigaciones de rigor. Ya he explicado en el punto anterior, y a lo allí dicho me remito -en honor a la brevedad-, que ambas codemandadas son responsables solidarias por el daño que el servicio que comercializaban generó en la víctima y que, además, no han acreditado causa ajena que les permita eximirse de resarcirla. Por lo expuesto, entiendo que estos embates -que propone la recurrente- son inidóneos para impugnar este rubro, pues se limitan a insistir en que se encuentra eximida de responsabilidad y no se dirigen a cuestionar si, además del daño patrimonial directo, la reclamante sufrió uno de carácter extramatrimonial.

Ahora bien, sobre el final de la argumentación de este agravio, esboza una serie de manifestaciones que merecen ser tratadas.

Prisma nos dice que, en los casos de incumplimiento contractual, el daño moral debe trascender las alternativas o incertidumbres propias del mundo de los negocios y que su existencia debe ser apreciada con carácter restrictivo. Si bien no hay razón para la apreciación restrictiva que propone, pues no está determinada por la ley y nos encontramos en el marco de una relación de consumo, lleva la razón la impugnante en que el daño debe trascender las incertidumbres propias de los negocios, pero, ¡vaya que los excedió! Se desprende del relato de la actora, de los dichos de las propias codemandadas, así como también de los distintos peritajes que se realizaron en autos, que la actora ha tenido que realizar una enorme cantidad de desconocimientos, a lo largo de varios años. ¿Cómo podría sostenerse que esta es una molestia propia del mundo de los negocios? Uno, dos o tres reclamos, podrían ser “molestias propias del mundo de los negocios”; lo cual tampoco puedo asegurar *a priori*, pues depende de las circunstancias del caso. Ahora bien, el tener que realizar veintinueve desconocimientos, a lo largo de varios meses y años (ver puntos 3 y 4 del informe pericial de la Cr. Pertyszyn) importa una molestia mayúscula y grotesca. A ello se suma la incertidumbre de no saber cuáles serán los montos que mes a mes aparecerán consignados en los distintos resúmenes de cuenta, así como también el esfuerzo, tiempo y sacrificio que la consumidora debió invertir en controlar cada uno de ellos. Claro que esta lesión, en este tipo de casos, no se presume -como bien destaca Prisma-; pero las constancias de la causa y los hechos acreditados son prueba más que

suficiente para tenerlo por demostrado, pues evidencian el daño que impacta de lleno en cualquier persona media.

Por ello, propongo confirmar su recepción.

E.3.b- En lo atinente a su cuantificación, el Banco nos dice que no puede impugnarlo pues el juez de origen no ha justificado la suma concedida en placer sustitutivo y compensatorio alguno; considera que lo resuelto al respecto es nulo. Asiste razón al recurrente en cuanto advirtió que el sentenciador ha fijado la suma sin brindar explicaciones al respecto. La doctrina y jurisprudencia mayoritaria, y -principalmente- este Tribunal, se han esforzado en explicar por qué la forma más adecuada de estimar este rubro en particular es utilizar la teoría de los placeres compensatorios, que hoy impone el ordenamiento vigente en el art. 1741 con la expresión “satisfacciones sustitutivas”.

Incluso antes de que entrara en vigencia el nuevo ordenamiento de fondo, este Tribunal - con distinta integración- venía empleando inveteradamente, a efectos de cuantificar este ítem, la teoría de los placeres compensatorios (ver en este sentido expediente n°132.269 -voto del suscripto al que adhirió el Dr. Pilotti-, LS N°29, NO 219), entre muchísimos otros.

Al respecto, he explicado innumerables veces que, a fin de transformar en dinero el resarcimiento por daño moral, resulta pertinente utilizar un modelo donde aparezca una fuente tal que permite trocar el sufrimiento por alegría o placer y producir nuevamente la armonización perdida; se trata de encontrar un sucedáneo al estado negativo del sujeto que prevalezca y se vuelva estable en situación de dominación respecto de la estructura en que interactúa (Gherzi, Carlos Alberto: *Daño moral y psicológico*, 2ª edición, Astrea, Buenos Aires, 2002, pág. 179/181); hallar causas externas que produzcan placeres y alegrías que logren compensar los padecimientos sufridos: remedios para la tristeza y el dolor.

Es razonable bucear, a tal fin, entre distintos placeres posibles, a saber: el descanso, las distracciones, las diversiones, los juegos, escuchar buena música, placeres de la gastronomía, etc. (Iribarne, Héctor Pedro: *“La cuantificación del daño moral”*, en Revista de Derecho de Daños n° 6: Daño Moral, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1999, pág. 185 y siguientes).

En la tarea de cuantificar es relevante la condición económica y social de la víctima. Poniendo un ejemplo hipotético suficientemente esclarecedor, cabe suponer un daño moral “x” causado a una persona “n”. Ese padecimiento puede ser, por ejemplo, una importante lesión con arma blanca que se curó en forma relativamente rápida, sin dejar secuelas. Si ese daño lo sufre alguien que recibe escasísimos ingresos, nunca tuvo automóvil ni aspira razonablemente a adquirirlo durante el curso de su vida, una suma que le permita comprar un auto nuevo modesto seguramente será una buena indemnización pues le generará una verdadera gratificación y,

aunque imperfectamente, verá compensado su dolor. Si, en cambio, ese daño se produce en una persona que tiene varios automóviles importados último modelo, la misma indemnización será inapropiada sencillamente porque no cumplirá su finalidad: el dañado no tendrá placeres compensatorios que remedien el padecimiento; porque dada su condición socioeconómica, subirse a un automóvil modesto cero kilómetro no le representaría ningún placer, y la utilización de esa cantidad de dinero en otro tipo de bien o servicio de su gusto podría producirle alguna satisfacción, pero ínfima en comparación al daño sufrido.

Estas reflexiones se encuentran avaladas por prestigiosa doctrina que ha señalado, entre otras consideraciones de interés, que *“La idea central es presentar un modelo abstracto, con los fundamentos teórico-pragmáticos científicos que hemos formulado, y que sirva de referenciamiento para abogados y magistrados. El modelo estructural tiene tres variables que deben combinarse: a) la ubicación temporal del damnificado, en cuanto a su edad cronológica, o mejor aún, determinados períodos de su vida; b) la ubicación en el espectro económico, social y cultural, es decir, la clase social de pertenencia e identidad, y c) la medición de la intensidad del daño moral por medio de los síntomas... Estas tres variables coordinadas determinan un campo de encuentro, que de alguna manera nos da la posibilidad de medir el daño moral y, en virtud de ello, establecer la comparación con su contradictorio (alegría-satisfacción)...”* (Gherzi, Carlos Alberto: *Daño moral y psicológico*, 2ª edición, Buenos Aires, Astrea, 2002, pág. 194/195).

El goce concreto con que debe buscarse compensar a cada damnificado está directamente relacionado con los placeres específicos con que acostumbra a regocijarse, los que resultan un elemento importante a tener en cuenta a fin de acercarse a la ansiada pero imposible objetividad a la hora de fijar una indemnización justa. Porque como dice Gherzi, *“la disponibilidad de recursos para satisfacer su placer o descanso vacacional, encontrará el límite en aquellos recursos de su clase social”* (Gherzi, Carlos Alberto: *Daño moral y psicológico*, 2ª edición, Buenos Aires, Astrea, 2002, pág. 197).

Admito que el modelo utilizado para determinar el resarcimiento por este rubro indemnizatorio no elimina ni restringe la discrecionalidad judicial; no obstante, objetiviza la decisión y minimiza el margen de arbitrariedad, permitiendo un mayor control de la actividad jurisdiccional, lo que no es poco, máxime cuando no existe -o por lo menos no conozco- una alternativa mejor.

Ello así, mi colega de la instancia anterior debió explicar y fundar el monto otorgado; lo que no hizo. Y, siendo que el recurso de apelación incluye al de nulidad, este Tribunal se encuentra habilitado a declarar la nulidad parcial y proceder a establecer un nuevo monto; pese a lo cual -adelanto- propondré una solución idéntica.

Veamos.

Considero que el placer compensatorio que mejor se adecúa a las características de la víctima y las circunstancias de este caso, sería una estadía de siete noches en Playa del Carmen, México, en un hotel con régimen *all inclusive*, categoría cinco estrellas, en base doble. Un producto de estas características, en la agencia de viajes Despegar, ronda los \$3.000.000. Entiendo que aquel es el placer que mejor se adapta, teniendo en cuenta que fue la propia codemandada quien señaló que los consumos se correspondían a agencias de turismo y que la actora se dedicaba a dicho rubro. Que las molestias que causó en la actora la situación de tener que controlar cada uno de los resúmenes de su cuenta, realizar los trámites de impugnación, abonar consumos cuestionados y no recibir de parte de las firmas demandadas una solución rápida, efectiva y definitiva, podrían ser compensadas con una semana de descanso en el Caribe en un hotel de las características señaladas, donde la consumidora dañada podrá disfrutar y relajarse, utilizando las distintas prestaciones y comodidades que aquellos hoteles brindan.

Ahora bien, sin perjuicio de ello, no se puede perder de vista que la actora no ha apelado y, entonces, no podría modificarse la sentencia en contra de las únicas recurrentes -las codemandadas-, de conformidad al principio que prohíbe la *reformatio in peius*. Es decir, no puede este Tribunal aumentar la suma determinada por el sentenciador por este rubro (\$500.000), aunque sea susceptible de ser declarada nula por falta de argumentación. Es que no existe la nulidad por la nulidad misma, sino que debe existir un perjuicio para quien la plantea. Y, en el caso, ha sido postulada por una de las condenadas, por lo que no podría fijarse un monto resarcitorio que sea superior al fijado en la parcela anulada del fallo de la instancia anterior. Las facultades de este Tribunal se ciñen al tratamiento de los agravios propuestos por los apelantes y no se encuentra habilitado a modificar lo recurrido, si ello importa un perjuicio en contra de quien sí ha alzado y en beneficio de quien no lo ha hecho; pues, respecto a este último, lo decidido se encuentra consentido y no puede esta Alzada ir en contra de la voluntad de quien no se quejó.

Así las cosas, propongo fijar la indemnización por daño moral en \$500.000, dado que los límites de los recursos articulados no autorizan a establecer una cantidad mayor.

E.4- Prisma se queja de la procedencia y monto del daño punitivo, en tanto ICBC se duele únicamente de su cuantificación (\$18.648.331,72). No se me escapa que, si bien esta última menciona -en su memoria- que “...*esta parte impugnó la procedencia total del rubro...*”, no obra en aquella pieza recursiva fundamentación alguna de tal queja, por lo que está desierta (artículo 260 Código Procesal).

E.4.a- En cuanto a las quejas de Prisma, reitero lo dicho al analizar sus manifestaciones relativas a la recepción del daño moral. La demandada insiste en que obró diligentemente y que no tiene vínculo contractual con la actora; todo lo cual resulta inidóneo para desbancar la procedencia de la multa civil. Ya expliqué que las cuestiones consistentes en la operatoria interna entre ambas codemandadas serán materia de análisis en la respectiva acción de reintegro -si

llegara a deducirse-, pero no en este juicio. Aquí ambas son responsables solidarias del perjuicio que el servicio que comercializaban causó en la consumidora y su resarcimiento no puede estar condicionado a cuestiones que le son ajenas y que escapan a su conocimiento como simple usuaria. Y ello es así porque la propia Ley 24240 lo dispone de tal manera.

E.4.b- Ambas codemandadas sostienen que debió aplicarse el tope legal previsto -para esta indemnización- por la normativa vigente (artículo 47, inciso b, de la Ley 24240, modificación por Ley 26361) a la época de interposición de la acción (año 2016). Que aquel era de \$5.000.000 y que el *a quo* lo superó.

Nos dice ICBC que no debe aplicarse el que rige actualmente, de acuerdo a la modificación introducida por la Ley 27.701. El embate no prospera. Este Tribunal ya ha tenido oportunidad de expedirse al respecto y ha resuelto -con voto preopinante del estimado colega que me precede en este orden de votación, Dr. Mercado- que, tratándose la Ley 27.701 de una cuestión de derecho debe ser aplicada y abordada en virtud de lo previsto por el artículo 7 del Código Civil y Comercial, que dispone “*A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes...*” (expediente nro. 158926, “*Vélez contra Arias Hermanos S.A. y otro/s sobre resolución de contratos civiles/comerciales*”, resol. del 14/03/2023).

Nótese que el daño punitivo se fija al momento de la sentencia cuando ya se encuentra aplicable la nueva normativa, de modo que no es dudoso que no corre el límite que establecía la normativa derogada. Así las cosas, entiendo que debe estarse al nuevo límite previsto por el artículo 47 de la Ley 24240, modificado mediante el artículo 119 de la Ley 27.701, que se encontraba vigente al momento de dictarse la sentencia recurrida. Y, siendo que el monto fijado por el *a quo* no supera el límite máximo, teniendo en cuenta el valor de la canasta básica total para hogar 3, para el mes del dictado del resolutorio, la queja de las demandadas no prospera.

E.4.c- Dicho esto, corresponde analizar el agravio del Banco condenado en relación a la utilización del sentenciador de la fórmula “Irigoyen Testa” para estimar la multa correspondiente. Reconoce el valor del método, pero sostiene que no puede aplicarse al caso; argumenta que las variables que la integran no encuentran respaldo objetivo y, por ello, el resultado tampoco reviste tal carácter.

La queja no es de recibo.

En primer lugar, corresponde señalar que el apelante cuestiona la objetividad del resultado al que se arriba mediante el uso de tal fórmula, empero no propone un método más adecuado. Es decir, no menciona cuál sí hubiera sido una herramienta aún más objetiva que la empleada por el

magistrado de origen y que quite por completo la subjetividad, o por lo menos lo haga en mayor medida.

Consecuentemente, toda su queja no deja de ser una mera discrepancia infundada con el método empleado.

El hecho de que el apelante haya podido impugnar cada uno de los porcentajes con los cuales el *a quo* completó aquellas variables, más que confirmar su postura, la desbancan. Es que, precisamente, el principal método de toda fórmula de cuantificación es ese; “hacer visible” el razonamiento que realiza el sentenciador para arribar un monto determinado.

En oportunidad de expedirme al respecto, en los autos caratulados “*Castelli, María Cecilia contra Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. sobre nulidad de acto jurídico*” (expediente número 141.404, resol. del 28/08/2014, NO 132, NR 667), he señalado que fijar el monto del daño punitivo es una tarea delicada, siendo premisas ineludibles: a) que no es un resarcimiento; b) que es una sanción; c) que tiene incidencia la gravedad de la falta; d) que no tiene relación directa y lineal con los rubros indemnizatorios; e) que debe cumplir una función preventiva disuadiendo al infractor de reincidir en conductas análogas.... Postulé también que el *quid* de la cuantificación del daño punitivo radica en una cantidad encuadrable en el concepto de sanción con función estrictamente preventiva que no sea inferior ni superior a la suma necesaria para generar incentivos económicos suficientes en el infractor como para disuadirlo de incurrir en conductas análogas, postura que ha sido aprobada por unanimidad en el Tercer Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores bajo la siguiente fórmula: “*De lege lata se interpreta que la multa civil no debe ser inferior ni exceder el monto necesario para cumplir con su función de disuasión*”.

Se trata de que el deudor internalice las consecuencias de la baja probabilidad de condena, lo que se logra obligándolo a pagar a un damnificado los daños provocados a los demás afectados que no hicieron el reclamo ante la autoridad jurisdiccional; se compensa con daños punitivos la escasa probabilidad de ser sentenciado.

No debe ser una cantidad inferior a la indicada porque se fomentaría el “incumplimiento eficiente”, situación que se presenta cuando el infractor tiene incentivos económicos para desviarse de la conducta debida. Ello ocurre si la condena esperada por el daño a los miles de consumidores que se encuentran en situación análoga a la de la actora es inferior a las ganancias ilícitamente obtenidas por su intermedio.

Como impecablemente se ha dicho, “*no estamos aquí ante una indemnización o reparación por daño alguno sufrido por la víctima, sino ante un instrumento preventivo sancionador, que ha elegido como destinatario a la víctima, con la sola finalidad de fomentar la denuncia de prácticas*

lesivas del orden económico integral... Es que al conocer el consumidor que su reclamo de escaso monto puede recibir además un plus producto de la sanción al obrar violatorio de todo el ordenamiento económico (por cuanto el mismo distorsiona las reglas del mercado, perjudicando a los competidores ajustados a la ley), éste tendrá mayor interés en iniciar el arduo camino de un proceso judicial, y ante el incremento de los reclamos, las empresas que actúan como la aquí demandada descubrirán que el negocio de lesionar los derechos de sus clientes deja de ser rentable para convertirse en deficitario, y en consecuencia, comenzarán a resolver los inconvenientes directamente en su propia sede, descargando de esa manera el costo de gestión de conflictos que hoy trasladan masivamente al Estado a través de sus oficinas de Defensa del Consumidor...” (Álvarez Larrondo, Federico M., “Los daños punitivos y su paulatina y exitosa consolidación” La Ley, 29/11/2010).

Tampoco debe tratarse de una suma superior a la necesaria para generar incentivos suficientes que disuadan al infractor de incurrir en conductas análogas, porque si bien el daño punitivo es una sanción, su finalidad es estrictamente preventiva y, por ende, resultaría excesiva una cantidad mayor.

Asimismo, señalé que, en búsqueda de la mayor objetividad posible a la hora de fijar el *quantum* punitivo, debemos atenernos, en cuanto resulte posible, a modelos matemáticos. Cuando me incorporé como magistrado a este cuerpo, hace ya casi veinte años, descreía de este método, pues pensaba que las condenas tenían que representar la concreción de la justicia como fruto de la aplicación del derecho, y no el resultado de la matemática. Pero con el tiempo me fui convenciendo de que se trata de un auxilio eficaz para el juez a la hora de lograr la ansiada objetividad, con la decisiva ventaja correlativa de permitir la reconstrucción del razonamiento que lleva a fijar una suma indemnizatoria y no otra, lo que permite a su vez a las partes ejercer de manera mucho más amplia su derecho de defensa en juicio (art. 18 de la Constitución Nacional), pues para individualizar el yerro de fundamento les bastará demostrar ante un tribunal superior que la fórmula utilizada es inadecuada, que no se la aplicó correctamente o que una o varias de las variables son equivocadas (lo que, paradójicamente, no se hizo en este caso). Mucho más difícil es persuadir a un tribunal revisor del error en la determinación de una suma que se considera “prudente”, “acorde a las circunstancias del caso” o que se valida con una alocución similar. Lo “prudente”, lo “mesurado”, es más opinable -y por ende irrefutable- que los parámetros cuánticos de una fórmula aritmética. Una teoría que no es refutable por ningún suceso concebible (como la fijación de una cantidad indemnizatoria por ser “prudente”, “razonable” o “mesurado”) no es científica. La irrefutabilidad no es una virtud de una teoría (como se cree a menudo) sino un vicio (Popper, Karl Raimund: *Conjeturas y Refutaciones*, Buenos Aires, Paidós, 1991, pág. 61).

Ha dicho en este sentido la Suprema Corte de Buenos Aires que el empleo de fórmulas financieras o actuariales para el cálculo de indemnizaciones, o al menos el conocimiento de los

resultados que arrojan, es útil para no fugarse ni por demasía ni por escasez del área de la realidad y brindar, cuanto menos, un piso de marcha apisonado por la razonabilidad y objetividad que pueden extraerse de esos cálculos (S.C.B.A. *in re "Domínguez"*, Ac. 83.961, del 1 de abril de 2004, JUBA). Más genéricamente ha señalado que los tribunales no se encuentran eximidos de brindar los fundamentos y razones que justifican la fijación de determinado importe y no otro pues es esta la manera de conocer la legalidad de los fallos (S.C.B.A. *in re "Nicola"*, Ac. 50.529 del 10/5/1994, JUBA). Es que "...para fijar el monto del resarcimiento no basta con mencionar las pautas que se tuvieron en cuenta, sino que una vez que se establecieron es preciso analizarlas e interrelacionarlas puesto que apreciar significa evaluar y comparar para decidir, proporcionando los datos necesarios para reconstruir el cálculo realizado y los fundamentos que demuestran por qué el resultado es el que se estima más justo..." (S.C.B.A. *in re "Nicola"*, Ac. 50.529 del 10/5/1994, JUBA).

Debe darse crédito al destacado jurista local Hugo Acciarri cuando dice que la utilización de fórmulas matemáticas es muy superior al lenguaje retórico para obtener cálculos complejos con variables interrelacionadas, pues las fórmulas aportan una claridad a la argumentación que si bien no restringe la discrecionalidad, limita la arbitrariedad judicial (Acciarri, Hugo A.: *"¿Deben emplearse fórmulas para cuantificar incapacidades?"*, en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, La Ley, año IX, n° V, mayo de 2007).

He de confirmar la fórmula aritmética utilizada por el juez de grado anterior, propuesta por el también brillante académico bahiense Matías Irigoyen Testa (*"Cuantificación de los daños punitivos: una propuesta aplicada al caso argentino"*, en Castillo Cadena, Fernando y Reyes Buitrago, Juan -coordinadores-: *Relaciones contemporáneas entre derecho y economía*, Coedición Grupo Editorial Ibáñez y Universidad Pontificia Javeriana, Bogotá, 2012, págs. 27 a 61; trabajo acreedor de un prestigioso premio internacional -Asociación Latinoamericana y del Caribe de Derecho y Economía, año 2011, <http://www.derechouns.com.ar/?p=3912->), quien mejoró la fórmula tradicional propuesta en los Estados Unidos de Norteamérica para calcular daños punitivos (Cooter, Robert D., *"Punitive Damages for Deterrence: When and How Much?"*, 40 Ala. L. Rev. 1143 1988-1989), en la que se tiene en cuenta el resarcimiento por daños reparables que corresponden a la víctima y la probabilidad de que un damnificado decida transitar todo el periplo necesario y logre una condena resarcitoria por los padecimientos infligidos, que incluya daños punitivos. Nótese que estamos ante un doble condicionamiento: por un lado, debe tenerse en cuenta la probabilidad de que la víctima decida iniciar un proceso judicial y obtenga éxito en él, a lo que debe agregarse que bajo ese contexto el dañador sea condenado a pagar daños punitivos.

En el citado precedente Castelli expliqué, y reitero ahora, que en el procedimiento matemático de la fórmula en cuestión se obtiene como resultado la ausencia de daño punitivo (o su cuantificación en cero, que es lo mismo) si existe un cien por ciento de probabilidad de que en

todos los casos el infractor sea condenado a resarcir el total del daño materialmente provocado a las víctimas. Contrariamente, la multa civil comenzará a existir cuando ese grado de probabilidad sea menor que el cien por ciento, y aumentará cuanto menor sea la probabilidad de que se produzca. La fórmula referida, ponderando que la cuenta indemnizatoria se integra con los daños reparables que proceden, es la siguiente: $D = C \times [(1 - Pc) / (Pc \times Pd)]$ En ella: “D” = daño punitivo a determinar; “C” = cuantía de la indemnización compensatoria por daños provocados; “Pc” = probabilidad de ser condenado por la indemnización compensatoria de daños provocados; Pd = probabilidad de ser sentenciado por daños punitivos, condicionada a la existencia de una condena por resarcimiento compensatorio. La constatación de las probabilidades que constituyen dos de las variables de la fórmula (“Pc” y “Pd”) es un problema de gran dificultad, aunque no concierne a la técnica de cálculo sino a la engorrosa acreditación de la cuestión de hecho que constituye su presupuesto; es un problema jurídico y no matemático que, en el caso, consiste en determinar la probabilidad de que un banco sea sentenciado a resarcir los daños provocados a los clientes a través de actitudes antijurídicas como la constatada en autos (que producen daños económicos individualmente irrisorios pero en conjunto generan ganancias suculentas), a lo que se suma la probabilidad de que en esa resolución se añada la condena accesoria a pagar daños punitivos. No es este un inconveniente que aparece únicamente cuando se utiliza una fórmula matemática; se trata de una dificultad inexorable a la hora de cuantificar el daño punitivo aunque aparezca solapada bajo el manto de una argumentación retórica que siempre desemboca en anodinas fórmulas como “resulta equitativo”, “deviene mesurado”, “es conforme a las circunstancias del caso”, etc..

Es decisivo tener en cuenta que con fórmula matemática o sin ella, no existe otra alternativa que acudir a presunciones hominis derivadas del sentido común y la experiencia del juzgador (arg. art. 165 del Código Procesal Civil y Comercial) ...”. Es cierto que el porcentaje de probabilidad que, respectivamente, se incluyan como variables en la fórmula aritmética, son relaciones opinables y que la actora encontrará razones para argumentar que se ha sobreestimado la probabilidad y la demandada, por el contrario, que se ha subestimado. Pero hacer explícito el razonamiento del juez -y por lo tanto permitir su cuestionamiento por ambas partes-, lejos de constituir una fisura, descubre una virtud, cual es permitir un suficiente debate - en el marco de eventuales recursos- que permita un acabado ejercicio del Derecho de defensa (art. 18 de la Constitución Nacional). Recuérdese la frase citada de Popper: la irrefutabilidad de una teoría no es un mérito, sino un demérito; una teoría que no es refutable por ningún argumento concebible no es científica. No debe dejar de advertirse que, por callarlos, los fundamentos no se tornan inexistentes: si el juez de primera instancia hubiera dicho, simplemente que estima “mesurado, prudente y acorde a las circunstancias del caso” fijar un daño punitivo de \$18.648.331,72, habría tenido en cuenta esos mismos porcentajes probabilísticos aunque sin explicitarlos, y lo único que hubiera logrado es hacer más inatacable la sentencia con la

inaceptable contrapartida de respetar en menor medida el derecho de defensa en juicio. Porque es obvio que es menos cuestionable la “mesura” o “prudencia” de \$18.648.331,72 de cuantificación de una multa civil que las probabilidades que he decidido incluir en la fórmula de matemática financiera, pues en este caso basta la demostración de que el guarismo es erróneo mientras que en aquél la discusión se perderá en argumentaciones retóricas que solapadamente hallarán cobijo en lo recóndito de lo opinable.

Las condenas por daños punitivos, cuando se hacen públicas, producen un impacto suficiente como para incentivar la promoción de acciones análogas, pero he aquí otra virtud de la utilización de la fórmula aritmética: una vez ejecutoriada esta sentencia, ya por quedar firme o por ser confirmada en instancias superiores, la probabilidad de una condena análoga aumentará - como ha aumentado desde que este tribunal ha sentenciado en el recordado caso “Castelli”, que no solo ha sido citado por las partes de este proceso, sino que ha adquirido notoriedad en la doctrina y jurisprudencia nacional- y, proporcionalmente, la sanción por daños punitivos deberá disminuir debido al cambio de las variables funcionales. Esa tendencia se proyectará al infinito con un daño punitivo final igual a “cero”, al que se llegaría en la teórica situación en que exista un cien por ciento de probabilidad de que las víctimas de conductas análogas obtengan una reparación integral con los accesorios que correspondieren. Es evidente que esta hipótesis es utópica, pero puede llegarse a una altísima probabilidad de condena que lleve el daño punitivo a cantidades irrisorias... De ello se sigue que una sentencia que fija daños punitivos con bases ciertas beneficiará, indirectamente, a todos los consumidores que se hallan en situaciones similares, actuales o potenciales, lo que constituye uno de los fines específicos del daño punitivo. Esto es particularmente valioso porque, a la hora de tomar una decisión, los jueces no debemos prescindir de las consecuencias que naturalmente habrán de derivarse, toda vez que su valoración constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la interpretación y aplicación del Derecho (Corte Suprema de Justicia de la Nación; Fallos: 302-1284)”.

En virtud de todo lo expuesto, y para que quede claro, entiendo que las directrices que propone el apelante al final de este agravio son muchísimos más subjetivas -y, por ende, arbitrarias- que aplicar la fórmula en cuestión. De modo que ni de lejos se trata de un argumento serio para estimar el agravio.

Siendo que -como expliqué- entiendo que el método utilizado por mi colega de la instancia anterior es el correcto, y que el apelante se limitó a cuestionar los porcentajes que aquel utilizó para completar las variables “PC” y “PD”, empero no propuso cuáles sí considera adecuados, no me encuentro habilitado a expedirme respecto a aquellos, pues la queja -en este punto- está desierta, al no constituir una crítica concreta y razonada del resolutorio en crisis (artículo 260 Código Procesal). La utilización de la fórmula le permitió a los impugnantes justamente explicar

por qué razón los porcentajes elegidos por el juez no son correctos, y cuáles lo serían y por qué, pero dejaron pasar la oportunidad y deben cargar con las consecuencias respectivas. Si el apelante pretendía que este Tribunal emplee otros porcentajes, debió decir cuáles eran y, de esta forma, se podría analizar si resultaban más certeros que los empleados por el *a quo*.

Así las cosas, propongo confirmar el monto concedido en concepto de daño punitivo.

E.5- Respecto al agravio de Prisma titulado "*Violación del principio de congruencia. Fallo ultra petita. Violación de la garantía de la defensa en juicio*", considero que se encuentra desierto. No se desprende del escrito argumentación alguna en relación a qué puntos de la sentencia incurrirían en aquellas violaciones. La quejosa se limita a realizar manifestaciones genéricas, sin referir de forma clara y concreta al fallo en crisis, ni mucho menos a constancias de la causa que lo desbanque.

Por tales motivos, esta queja no resulta ser una crítica concreta y razonada de la resolución apelada, por lo cual se encuentra desierta (artículo 260 Código Procesal).

E.6- Siendo que no es deber de este Tribunal expedirse respecto a todos los embates propuestos por las partes, sino únicamente sobre aquellos que resulten dirimentes para resolver el litigio, lo dicho hasta aquí resulta suficiente para inclinarme por la afirmativa.

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DR. MERCADO DIJO:

Adhiero al voto y a los fundamentos expuestos por el estimado colega que abrió el acuerdo, salvo en cuanto aborda los argumentos esbozados por Prisma -sobre el final de su memorial- en relación a la procedencia del daño moral; y en cuanto propone confirmar la aplicación de la fórmula elaborada por el Dr. Irigoyen Testa para determinar la cuantía de la multa por daños punitivos.

I. En cuanto al daño moral, entiendo que la parcela de la queja analizada en el voto preopinante se encuentra desierta.

Recordemos que el art. 1744 del CCC exige que el daño sea acreditado por quien lo invoca, excepto que la ley lo impute o presuma, o que surja notorio de los propios hechos.

Compartible o no, esto último es lo que, a entender del *a quo*, ocurre en el supuesto juzgado; concretamente, dijo al sentenciar que "*... En el caso de autos debe repararse que la accionante resultó ser cliente del Banco ICBC, entidad que por su obrar antijurídico incumplió con las obligaciones que la LDC le impone, ya que efectuó la indebida incorporación en las liquidaciones mensuales de consumos por el uso de la tarjeta de crédito y que tácitamente reconoció al reintegrar gran parte de ellos. Por ello, es que la actora realizó varios reclamos –lo que no fuera desvirtuado por la mencionada- habiendo materializado el último de ellos ante la OMIC y que no*

*obstante ello la situación persistió; arrojando tal situación a mi criterio la convicción suficiente para acreditar la afección moral cuya reparación reclama. Atento lo expuesto, entiendo reprochable el actuar de la demandada, quien por su obrar antijurídico, la actora resultó afectada, generando en virtud de ello la interposición de la presente demanda. **No dudo que dicha circunstancia ha producido en la parte actora molestias íntimas susceptibles de herir sus sentimientos, afecciones y tranquilidad de espíritu y su fuero personal, que exceden del riesgo normal de cualquier contingencia comercial. En consecuencia, las propias circunstancias del caso en estudio permiten colegir la entidad de las angustias, sinsabores, frustraciones, etc, que los hechos descritos debieron provocar en el ánimo de la reclamante, lo que torna a mi juicio procedente el daño moral pretendido; por lo que entiendo que ha quedado configurado el mismo, y en este sentido, fijo prudencialmente por el presente rubro la suma de pesos quinientos mil (\$ 500.000) como justa recomposición a su reclamo (art. 1738, 1741 y ccdtes. del Cód. Civil y Comercial de la Nación y art. 165 del C.P.C.)...***" (los destacados me pertenecen).

Entonces, entendió configurado el perjuicio a partir de "las propias circunstancias del caso", haciendo especial hincapié en el "reprochable el actuar de la demandada" Banco ICBC, que colocó a la actora en la necesidad de efectuar varios reclamos y finalmente demandar, fundando su decisión en la normativa pertinente del Código Civil y Comercial, y del Código Procesal.

A su turno, el representante de Prisma argumenta que *"... mi mandante actuó con total diligencia respecto al reclamo incoado por la actora toda vez que efectuó el análisis correspondiente, remitiendo la resolución al banco emisor del producto. Resolvió los consumos cuestionados a su favor, siendo labor de la entidad bancaria acreditar los fondos en su cuenta. Los motivos por los cuales el emisor demoró en acreditar los fondos en la cuenta del actor son ajenos a mi representada. De ningún lado del relato de la actora se puede inferir mínimamente el daño moral reclamado a mi mandante y para que un incumplimiento contractual conlleve un daño moral resarcible es preciso que la afectación íntima trascienda las alternativas o incertidumbres propias del mundo de los negocios, y su existencia debe ser apreciada con criterio restrictivo (artículo 522, Código Civil)... No debemos soslayar que en los casos de responsabilidad contractual, quien petitiona el resarcimiento debe acreditarlo toda vez que no se presume, siendo potestativo del magistrado fijar el mismo. Conforme a lo establecido por el art. 522 del Código Civil, en materia de responsabilidad contractual, el daño moral no se presume y quien lo invoca debe alegar y probar los hechos que determinaron su existencia toda vez que, el mero incumplimiento no basta para admitir su procedencia... Así en el caso de marras además de no haber mediado incumplimiento contractual atribuible a mi mandante, el daño moral reclamado -cuya sanción recordemos es potestativa del juez (art. 522 del Código Civil)- no advierte consecuencias espirituales para la actora ni menos aún lesiones en su estado de ánimo, en lo que respecta a la actuación de mi mandante. Reiteramos nuevamente que la actitud antijurídica achacada por la actora se refiere concretamente a la aparición de consumos no realizados pero puntualmente al*

débito de fondos de su cuenta y a la mala atención recibida por el BANCO. Ambas circunstancias son completamente ajenas a mi mandante...".

Como se aprecia, con fundamento en legislación no aplicable al caso, postula de manera genérica que "... para que un incumplimiento contractual conlleve un daño moral resarcible es preciso que la afectación íntima trascienda las alternativas o incertidumbres propias del mundo de los negocios, y su existencia debe ser apreciada con criterio restrictivo...", sin siquiera afirmar que las contingencias que debió afrontar la actora constituyan "incertidumbres propias del mundo de los negocios".

Luego, acudiendo nuevamente al art. 522 CC, sostiene que "...el daño moral no se presume y quien lo invoca debe alegar y probar los hechos que determinaron su existencia toda vez que, el mero incumplimiento no basta para admitir su procedencia...", soslayando que el nuevo ordenamiento civil y comercial, en su art. 1716, unifica las órbitas contractual y extracontractual en la responsabilidad civil (siguiéndose de ello que, tanto la violación del deber genérico de no dañar como el incumplimiento de una obligación asumida, da lugar a la reparación del daño causado, equiparando así la regulación de los efectos de las otrora llamadas obligaciones extracontractuales con los del incumplimiento de un compromiso de fuente contractual); y que el art. 1744 del CCC exige que el daño sea acreditado por quien lo invoca, excepto que la ley lo impute o presuma, o que surja notorio de los propios hechos; habiendo hecho explícito el juzgador que, a su entender, el perjuicio se deriva de "las propias circunstancias del caso".

En tal contexto, teniendo en cuenta lo sentenciado y la normativa aplicable al caso, debió argumentar porqué las contingencias que debió atravesar la actora no permiten concluir que se vio afectada en su fuero íntimo, en lugar de formular postulaciones en abstracto a partir de exigencias que imponía la legislación anterior.

Para peor, orientó sus mayores esfuerzos a convencer de que obró diligentemente, procurando separarse de la actuación atribuible al Banco ICBC; argumentos que nada aportan en este estadio de análisis, pues ya quedó definido el juicio de responsabilidad.

Recordemos que la función del apelante no es manifestar su desacuerdo con lo decidido por el juzgador, para luego -y sin más- procurar imponer sus propias ideas, sino que debe postularlas y explicarlas, analizando las premisas y conclusiones contenidas en la sentencia y exponiendo por qué entiende que resultan equivocadas o injustas (ver al respecto: Gozaíni, Osvaldo: Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires, L.L., 1era. ed., t. I, Buenos Aires 2003, págs. 516 y ss.; en similar orientación: Hitters, Juan Carlos: Técnica de los recursos ordinarios, LEP, 2da. edición, Buenos Aires, 2004, págs. 470 y ss.).

En tal sentido, la Suprema Corte de Justicia Provincial ha explicado que expresar agravios supone, como carga procesal, una exposición jurídica en la que, mediante el análisis razonado y crítico del fallo impugnado, se evidencie su injusticia; requiere así, una articulación seria, fundada, concreta y objetiva de los errores de la sentencia, punto por punto, y una demostración de los motivos para considerar que ella es errónea, injusta o contraria a derecho (SCBA, sent. del 19/12/1995, "Seel"; 16/7/2003, "Giménez"; 13/12/2006, "Labati"; 17/6/2009, "Ortiz", entre otras, base de datos Juba B22970).

II. En segundo lugar, para exponer mi desacuerdo con la fórmula empleada para cuantificar el daño punitivo, me valdré de los argumentos expuestos por el Dr. Guillermo Ribichini, ex magistrado de este cuerpo, en autos "Castaño" (expte. N° 146.984, sent. del 6/10/2016), donde explicó, con destacable claridad, que:

"No coincido, en cambio, con lo que se postula para hacer lo propio respecto de la multa civil impuesta al demandado en concepto de "daño punitivo". No porque cuestione el valioso auxilio de las técnicas de matemática financiera para determinar –lo más objetiva y transparentemente posible- el quantum indemnizatorio que corresponda establecer en cada caso... he aplicado la conocida fórmula polinómica que permite obtener el valor presente de una renta futura no perpetua, porque estoy convencido de que su empleo –ahora devenido deber funcional a partir de lo prescrito por el art. 1746 del CCiv.Com- constituye el medio más idóneo para evitar la arbitrariedad judicial, en tanto explicita clara y objetivamente las variables consideradas y el cálculo efectuado, garantizando de ese modo el más pleno ejercicio del derecho de defensa en juicio de todos los involucrados (v. ACIARRI, Hugo e IRIGOYEN TESTA, Matías, "La utilidad, significado y componentes de las fórmulas para cuantificar indemnizaciones por incapacidades y muertes", en LL-2011-A, ejemplar del 9/02/2011).

Claro que las inapreciables virtudes que se derivan de la utilización de esa fórmula, no asientan solo en la adecuada composición de su estructura algebraica, sino también –y necesariamente-, en el muy razonable grado de certeza con que pueden precisarse sus variables... En este escenario, la discrecionalidad del juzgador es mínima, y la garantía del derecho de defensa máxima. Porque los litigantes y sus letrados, no solo pueden reconstruir el modo en que se arribó a la cifra final del monto indemnizatorio fijado, sino que además –y en esto asienta lo nuclear de esa tutela- pueden perfectamente impugnar ese resultado, cuando el mismo no se ajusta al corolario matemático forzoso de las variables ciertas que corresponda computar en cada caso.

II. No hace falta argumentar demasiado para advertir que en el supuesto de la fórmula que se propone para determinar la multa por daño punitivo, la situación es harto diferente, al punto de ubicarse en sus antípodas. No porque la fórmula esté mal estructurada... pero tampoco porque se presente "un problema jurídico" ... El verdadero y único problema –pero ¡qué problema! - es

estrictamente fáctico, y consiste en la absoluta orfandad informativa acerca las magnitudes concretas con que deben reemplazarse las variables abstractas de esa fórmula.

Para empezar, no tenemos la menor idea de cuántos episodios como el que motiva este juicio se presentan en algún período determinado –por ejemplo, anualmente-, en relación a un cierto universo de clientes de bancos. ¿Serán 1 de cada 1000, de cada 10000, de cada 50000 clientes? No lo sabemos. ¿Y cuántos de esos indeterminados afectados que no consienten el atropello, pasa de la mera protesta verbal a un reclamo más formal? (hace una presentación escrita ante el banco; envía una carta documento con el asesoramiento de un letrado; ocurre por ante algún organismo de defensa del consumidor; etc.): tampoco lo sabemos. A su turno, ¿cuántos de estos desconformes activos, deciden dar un paso más y formular un reclamo judicial? Otro misterio. ¿Tenemos, acaso, estadísticas confiables y disponibles, acerca del porcentaje de condenas judiciales que se pronuncian en reclamos de consumidores contra bancos, en supuestos similares o asimilables al de autos? Tampoco, que yo sepa.

¿Para qué seguir? En este contexto de absoluta incerteza, decir que una persona de cada diez estaría dispuesta a iniciar un juicio, es una afirmación tan azarosa y al mismo tiempo tan válida como decir uno de cada ocho, uno de cada veinte o uno de cada cincuenta. Nadie puede impugnar, fundadamente, ninguna de esas –u otras imaginables- magnitudes, y nadie puede defenderlas, tampoco, fundadamente. A su turno, nadie puede resolver, fundada y objetivamente, quién tiene razón.

El premio consuelo de que al menos se puede reconstruir el modo en que se arribó a ese fatalmente discrecional resultado, es bien poca cosa. ¿De qué sirve reconstruirlo si después no puede impugnarse fundadamente, sobre bases objetivas, cognoscibles y compartibles?

Si acudo a un restaurante a cenar y resulta que la carta no consigna el precio de los platos principales, ni el de los postres, ni el de las bebidas, ni el del servicio de mesa, siendo también imposible determinarlo con alguna certeza acudiendo a una fuente externa, las expectativas recíprocas del dueño del comercio y las mías propias al respecto, quedarán libradas a las personales, subjetivas y azarosas estimaciones que se nos ocurran. Así las cosas, al momento de pedir la cuenta, de nada me valdrá disponer de la fórmula algebraica de la suma para impugnar, fundadamente, su monto. Porque yo sumaré mis propias estimaciones y el dueño del restaurante las suyas. Y ningún tercero llamado a resolver el entuerto podrá componerlo aplicando las matemáticas.

Desde luego aprecio la preocupación y el esfuerzo... por dotar de justificación objetiva a una determinación discrecional. Pero no advierto que se logre sobre la base de una fórmula matemática, cuyas variables dependen, en última instancia, de la subjetiva e improbable estimación discrecional de quien la aplica. Si para evitar la discrecionalidad recurrimos a una

fórmula matemática, pero luego resulta que todas sus variables son pura y absolutamente discrecionales, la discrecionalidad que expulsamos por la puerta habrá reingresado por la ventana. Se trata, entonces, de la misma y nuda discrecionalidad, pero bajo una fachada ilusoria de justificación objetiva. Y ello, en mi opinión, flaco favor le hace a la bienvenida utilización de las herramientas matemáticas en el derecho...”.

En función de lo expuesto, debo discrepar con el estimado colega preopinante en cuanto considera que “... El hecho de que el apelante haya podido impugnar cada uno de los porcentajes con los cuales el *a quo* completó aquellas variables, más que confirmar su postura, la desbancan. Es que, precisamente, el principal método de toda fórmula de cuantificación es ese; ‘hacer visible’ el razonamiento que realiza el sentenciador para arribar un monto determinado...”. Es que, lejos de resultar visible el razonamiento seguido, no quedó más alternativa a la entidad bancaria que destacar la imposibilidad de conocer de dónde el juez extrajo las variables que empleó (reconociendo como única cierta a la indemnización fijada por daños compensatorios). A tal punto no resulta visible el razonamiento seguido por el juez para componer las variables que, por ejemplo, en relación a la expresada como “Pd”, como expuso la entidad bancaria, no solo no se explicitaron las estadísticas empleadas para estimarla, sino que, para peor, ni siquiera resulta coherente con la información disponible en la Mesa de Entradas Virtuales, consulta que solo hizo la apelante y que resulta insoslayable -aunque no alcance para obtener la información necesaria- si se pretende estimar la “probabilidad de ser condenado por la indemnización compensatoria de daños provocados” y la “probabilidad de ser sentenciado por daños punitivos, condicionada a la existencia de una condena por resarcimiento compensatorio”.

En definitiva, sin desconocer las virtudes de la fórmula “Irigoyen Testa”, su correcto empleo exige que sus variables se compongan con datos objetivos y verificables. Sin ellos, si se insiste en emplear igualmente la fórmula, no queda más que adivinar o suponerlos, no siendo ello, creo yo, lo que tuvo en miras su prestigioso autor al elaborarla, pues -de ese modo- difícilmente se arribe al resultado deseado; temperamento que, además, como explica el voto transcrito de los autos “Castaño”, agrava la discrecionalidad que se pretende evitar.

Descartada entonces la utilización de la fórmula propuesta por mi colega de Sala, debe fijarse la multa de manera discrecional, atendiendo a “*la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan*” -únicas pautas contenidas en el art. 52 bis de la ley 24240-, a las que pueden añadirse otras formuladas por la doctrina para especificarlas, y que resultan de la finalidad misma del instituto (arts. 1 y 2 CC). Se ha dicho también que, en atención al carácter punitivo de la figura, no basta el mero incumplimiento, sino que es necesario que se trate de un comportamiento grave “caracterizado por la presencia de dolo (directo o eventual) o, como mínimo, de una grosera negligencia”

(Lorenzetti, Ricardo Luis: Consumidores, 2ª edición, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2009, pág. 563), extremos que no encuentro configurados en autos.

Respecto de la gravedad del hecho y de la reprochable conducta de las demandadas, así como de las circunstancias que debió transitar la actora y que culminaron en el presente proceso, remito a la descriptiva reseña y a la valoración efectuada por el distinguido colega preopinante.

Bajo las premisas expuestas, propongo fijar la multa en \$15.000.000 (arts. 47 inc. b y 52 bis, Ley 24.240).

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DR. RESTIVO DIJO:

Adhiero al voto y fundamentos expuestos por el Dr. Mercado. Sin perjuicio de ello estimo necesario dejar expuesta mi opinión con relación a la nulidad parcial decretada sobre la cuantificación del daño moral, la que resulta innecesaria, ello sin dejar de tener presente que se ha alcanzado mayoría con relación al tema.

Entiendo, siguiendo a Hitters (Técnica de recursos ordinarios), que comprendiendo el recurso de apelación al de nulidad por defectos de sentencia, se puede inferir que el ordenamiento ha producido su asimilación, pudiéndose conseguir con la apelación los fines de la nulidad.

Es que resultando el objetivo de esta última dejar sin efecto una resolución por un órgano jurisdiccional de mayor jerarquía, sin posibilidad de reenvío para que otro órgano compusiera positivamente el litigio, claramente de lo que se trata es de una vía de reforma y no de una invalidación. Por ende, la apelación absorbe la nulidad resultando innecesaria su declaración, ya que la revisión que genera la primera subsana cualquier perjuicio defensivo de los litigantes.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DR. PERALTA MARISCAL DIJO:

Atento al resultado arribado al votar la cuestión anterior, corresponde:

I- Revocar la sentencia apelada, fijando el daño punitivo en la suma de \$15.000.000.

II- Confirmar la sentencia apelada en todo lo demás que hubiere sido materia de agravio.

III- Imponer las costas de Alzada en el orden causado, toda vez que la actora pudo considerarse con derecho a defender la fórmula utilizada en primera instancia, conforme al precedente "Castelli" de esta Sala.

IV- Diferir la determinación arancelaria hasta la oportunidad en que se practique la de la instancia anterior.

Así lo voto.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DR. MERCADO DIJO:

Adhiero al voto del Dr. Leopoldo L. Peralta Mariscal por compartir sus fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DR. RESTIVO DIJO:

Adhiero al voto del Dr. Leopoldo L. Peralta Mariscal por compartir sus fundamentos.

Con lo que terminó el acuerdo dictándose la siguiente

SENTENCIA

VISTOS Y CONSIDERANDO: Que en el acuerdo que antecede ha quedado resuelto que la sentencia apelada se ajusta a derecho, a excepción de lo decidido en torno al daño punitivo.

Por ello, el tribunal **RESUELVE:**

- I- Revocar la sentencia apelada, dictada el 30/04/2024, fijando el daño punitivo en la suma de \$15.000.000.
- II- Confirmar la sentencia apelada, dictada el 30/04/2024, en todo lo demás que hubiere sido materia de agravio.
- III- Imponer las costas de Alzada en el orden causado.
- IV- Diferir la determinación arancelaria hasta la oportunidad en que se practique la de la instancia anterior.
- V- Hágase saber y devuélvase.

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



PERALTA MARISCAL Leopoldo Luis
JUEZ

MERCADO Jorge Federico
JUEZ

RESTIVO Marcelo Osvaldo
JUEZ

GUGLIELMI Ingrid Julieta
SECRETARIO DE CÁMARA

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