

G., M. F. c/ Banco de Galicia y Buenos Aires s/ Daños y perjuicios Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires 11/8/2020

ACUERDO

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, de conformidad con lo establecido en el art. 4 del Acuerdo n° 3971, procede al dictado de la sentencia definitiva en la causa C. 120.989, "G., M. F. contra Banco de Galicia y Buenos Aires. Daños y perjuicios", con arreglo al siguiente orden de votación (Ac. 2078): doctores Genoud, Soria, Kogan, Pettigiani, Torres.

ANTECEDENTES

La Sala II de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Lomas de Zamora modificó el fallo de primera instancia que, a su turno, había estimado parcialmente la demanda (v. fs. 366/378 vta. y 512/527).

Se interpusieron, por la actora y el demandado, sendos recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley (v. fs. 580/585 y 534/574 vta.).

Oído el señor Procurador General (v. fs. 614/623), dictada la providencia de autos y encontrándose la causa en estado de pronunciar sentencia, la Suprema Corte resolvió plantear y votar las siguientes

CUESTIONES

1ª) ¿Es fundado el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por el demandado?

En su caso:

2ª) ¿Lo es el deducido por la actora?

VOTACIÓN

A la primera cuestión planteada, el señor Juez doctor Genoud dijo:

I. No es a esta altura objeto de debate que alrededor de las 20:00 hs. del día 26 de noviembre de 2008, en ocasión de encontrarse la actora operando con un cajero automático de la red "Banelco", ubicado en la sucursal Banfield del accionado -en Avenida Hipólito Yrigoyen n° 7.839- fue atacada por un asaltante que aparentaba operar con otro de los cajeros contiguos. Con motivo de dicho violento abordaje, la señora G. cayó al suelo sufriendo fractura de cadera y demás daños derivados que precisó al demandar.

En su escrito de inicio, caracterizó a la responsabilidad del banco como de eminente naturaleza contractual (v. fs. 42 vta.), endilgándole el incumplimiento del deber de seguridad (arts. 5 y 6, ley 24.240) al no haber adoptado los recaudos adecuados y necesarios para garantizar su seguridad psicofísica en ocasión de operar con el cajero automático. Déficit que describió del siguiente modo: "...me hallé a merced de un delincuente dentro de un habitáculo sin defensa, ni protección alguna, sin la existencia de un guardia que controle el lugar en horario no bancario o la contratación de una empresa de seguridad que abarque la zona cuando, mediante cámara de seguridad se detecta el acto delictual, nada de ello existió en la ocasión del hecho, evidenciando un incumplimiento del deber de seguridad, notorio por parte de la entidad..." (fs. 44 vta. y 45; el destacado figura en el original).

Al responder la acción entablada en su contra, el accionado reconoció el carácter de clienta de la actora, más adujo que la respectiva vinculación contractual no lo obligaba a adoptar medidas de seguridad extraordinarias. Aseguró cumplir con la totalidad de la normativa regulatoria de su actividad, especialmente dictada por el Banco Central de la República Argentina (v. fs. 72).

Destacó, también, que el ilícito alegado por la señora G. se mostraba como un hecho ajeno que revestía las características de la fuerza mayor, habiendo sido perpetrado por un tercero por el cual no debía responder (v. fs. cit.).

Precisó, a su vez, que la problemática de la seguridad constituía una materia propia e indelegable del Estado que no podría, por tanto, ser suplida por su parte y que las medidas de seguridad extraordinarias sugeridas por la reclamante solo podían ser exigibles a partir de la sanción de una ley o disposición que así lo estableciera (v. fs. 72 vta.).

En su momento, el juzgado de origen responsabilizó a la institución bancaria en función de los contratos de caja de ahorro y cuenta corriente reconocidos por las partes, de los que -a su entender- derivaba la obligación de seguridad ínsita en la operatoria cuyo servicio había ofrecido brindar a su cliente (v. fs. 368 vta. y 369).

Con cita doctrinaria, puso de relieve que la normativa administrativa que imponía el Banco Central de la República Argentina (BCRA) y que se expresaba en la Comunicación "A" 3390/01 refiere a las condiciones mínimas necesarias para autorizar a una entidad financiera a implementar un servicio, quedando al exclusivo criterio y responsabilidad de cada una de ellas la adopción de todos los recaudos de seguridad adicionales que correspondan y la pongan a cubierto de las responsabilidades contractuales que adquiere con sus clientes (v. fs. 370 y vta.).

Siguiendo este derrotero, arribó a la conclusión de que el banco debía responder por los daños sufridos por la actora, habida cuenta -reitero- del incumplimiento del deber de seguridad comprendido en la relación contractual, no habiendo adoptado las medidas pertinentes tendientes a brindar a su cliente un ámbito físico en el cual pudiera realizar las gestiones propias de la operatoria en cajeros automáticos. Fijó importes resarcitorios en concepto de daño físico -comprensivo del daño estético-, daño psicológico, daño moral y daño punitivo, con más intereses a la tasa pasiva del Banco de la Provincia de Buenos Aires desde la fecha del hecho a la de la sentencia, y de allí hasta el efectivo pago, a tasa activa, con costas del pleito, haciendo a su vez extensiva la condena -en los límites de la póliza contratada- a Allianz Argentina Compañía de Seguros S.A. citada en garantía (v. fs. 366/378 vta.).

II. Apelada la decisión, la Sala II de la Cámara de Apelación departamental la modificó respecto de los importes indemnizatorios -reduciendo el reconocido por daño punitivo y elevando los correspondientes a daño físico y estético, psíquico y moral, estableciendo asimismo que los intereses de condena se liquidaran a la tasa pasiva "digital" publicada por el Banco oficial de la Provincia y, durante los períodos en que la misma no hubiera existido,

a la tasa pasiva "clásica" de dicha entidad-, confirmándola en lo restante que fuera materia de apelación (v. fs. 512/527).

Para así decidir, en lo que aquí interesa destacar, expuso preliminarmente que a tenor de su art. 7, el Código Civil y Comercial de la Nación en vigor desde el día 1 de agosto de 2015 "No será aplicable entonces a las relaciones o situaciones jurídicas -y sus consecuencias- consumad[a]s, agotad[a]s o extinguid[a]s con anterioridad a su vigencia, excepto cuando, claro está, exista disposición legal en contrario o sean las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo..." (fs. 515).

Seguidamente, ponderó que sin perjuicio de que la relación jurídica obligacional en la que se fundaba el reclamo de autos había nacido al momento de producirse el daño –el día 26 de noviembre de 2008- lo cierto era que en el sub lite se apreciaba una clara y concreta relación de consumo entre los contendientes, circunstancia que venía a abastecer el supuesto de excepción previsto en el citado precepto, con la consiguiente aplicación del novel ordenamiento sustantivo (v. fs. cit.).

Luego de precisar este marco de subsunción normativa, y ya en la concreta labor de analizar la endilgada responsabilidad bancaria, comenzó por señalar la no controvertida vinculación contractual habida entre las partes, poniendo a la vez de especial relieve la preferente tutela de usuarios y consumidores (art. 42, Const. nac.), elevada al rango de principio informador del orden jurídico de derecho privado que impone a los jueces interpretar y aplicar la normativa especial con sus valoraciones inherentes y sus soluciones tuitivas (v. fs. 515 vta. y 516).

Tras puntualizar los pormenores fácticos del hecho ilícito descrito en la demanda, introdujo a su análisis la noción de la responsabilidad objetiva por "actividad riesgosa" en los términos del art. 1.757 del Código Civil y Comercial, que consideró de aplicación al sub lite. Sobre este piso de marcha, acotó que en nuestra jurisprudencia se decidió que es actividad riesgosa, entre otras, el transporte de dinero porque es previsible la irrupción de ladrones, situación que estimó análoga al supuesto bajo estudio (art. 384, CPCC; v. fs. 516 vta. y 517).

Subsumida así la responsabilidad bancaria en el régimen de la responsabilidad objetiva, rigiendo todos los requisitos aplicables al riesgo o vicio de la cosa (las eximentes, la carga de la prueba, etc.), a renglón seguido descartó los argumentos de la citada en garantía

llevados ante esos estrados, concernientes al supuesto quiebre del vínculo causal ocasionado por la conducta observada por la propia víctima (v. fs. 517 vta. y 518).

Con pie en estos elementos de análisis, confirmó la responsabilidad endilgada a la entidad accionada (v. fs. 518 vta.).

III. Contra este último pronunciamiento se alza el Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. mediante recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, en el que denuncia infracción de los arts. 3, 1.113, 1.109, 1.068 y 901 a 906 del Código Civil; 7, 1.757, 1.737 y 1.740 del Código Civil y Comercial; 375, 384, 163, 266, 165, 34 inc. 4 y 474 del Código Procesal Civil y Comercial; 40, 52 bis y 53 de la ley 24.240; 163, 15, 168, 171, 31 y 10 de la Constitución provincial y numerosa doctrina legal de esta Corte que menciona. Hace reserva del caso federal (v. fs. 534/574 vta.).

Se agravia, en síntesis, por la errónea aplicación retroactiva del nuevo Código Civil y Comercial; por la supuesta inversión de la carga de la prueba; por el absurdo evidenciado en el carácter riesgoso atribuido al servicio de cajero automático, en la atribución objetiva de responsabilidad, en la relación de causalidad y en la estimación y cuantificación de los rubros; y por la vulneración de diversa doctrina legal de esta Corte (v. fs. cit.).

IV.1. Asiste razón al recurrente en cuanto denuncia una indebida aplicación retroactiva del Código Civil y Comercial de la Nación, especialmente en su art. 1.757 (v. fs. 547/548 vta.).

En efecto, y conforme surge de lo reseñado, el Tribunal de Alzada incurrió en una franca confusión hermenéutica al asumir que la excepción concerniente al derecho supletorio en materia de consumo contenida en el último párrafo del art. 7 del citado ordenamiento recae sobre el principio de irretroactividad de la ley cuando, en rigor, lo hace sobre el de aplicación inmediata, jugando, además y en todo caso, la noción de "consumo jurídico".

En el párrafo en cuestión, este precepto establece que "Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo..." (art. 7 in fine, Cód. Civ. y Com.).

Del propio texto transcrito se desprende que lo que el legislador ha tenido en mira es que las leyes de protección de consumidores, sean supletorias o imperativas, se apliquen en forma inmediata. Diversamente, nada allí se dice en cuanto a su eventual aplicación retroactiva.

Confrontando su parecer con el de quienes han sostenido que "...esta norma asigna 'efecto retroactivo de los principios que rigen a las relaciones de consumo a los contratos celebrados con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley' (Kandus y Rodríguez Pería, El derecho transitorio en el proyecto de reforma del Código Civil y Comercial cit. n° 2, 2012, p. 21)", la doctora Kemelmajer de Carlucci ha expresado -en criterio que comparto plenamente- que "En mi opinión, la norma no dispone la aplicación retroactiva de la nueva ley sino su aplicación inmediata. Fundo mi posición no sólo en las palabras de la ley que en el párrafo tercero se refiere a la aplicabilidad inmediata, sino en el parágrafo segundo que impide la aplicación retroactiva, sean o no de orden público..." (Kemelmajer de Carlucci, Aída; La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes, Rubinzal Culzoni, 2015, pág. 61; el destacado me pertenece).

Concordante y concernientemente también ha dicho la doctrina que "Es sabido que el punto de inflexión en el principio de la autonomía de la voluntad en materia de contratos está dado, precisamente, por las relaciones de consumo, donde campea el principio de protección al consumidor, entendido como la parte más débil de la negociación de esas características, de ahí, que se haya consagrado una excepción al régimen que rige en general para los contratos y se haya dispuesto la aplicación inmediata de las leyes que consagran disposiciones más favorables al consumidor, aún, para las consecuencias de aquellos contratos que se encuentran en curso de cumplimiento, siempre claro está, que por las circunstancias del caso ello no importe una indebida aplicación retroactiva de las nuevas leyes a actos ya consumidos con valor jurídico propio en el pasado..." (Uzal, María Elsa; "Nuevo Código Civil y Comercial: la vigencia temporal, con especial referencia al Derecho Internacional Privado", RCCyC 2015, julio, 1-07-2015, cita online: AR/DOC/2005/2015; el destacado me pertenece).

Pues bien, siendo entonces que el principio de irretroactividad de la ley rige en el caso sin ambages, y que el hecho ilícito ubicado en la base del reclamo de autos tuvo lugar en el año 2008, es decir, mucho antes de la entrada en vigor del nuevo ordenamiento fondal, considero que la eventual responsabilidad de los protagonistas, así como la determinación de los daños y su correlativa cuantía reparatoria han quedado atrapados en el ámbito normativo vigente al tiempo de ocurrencia del evento dañoso (doctr. art. 7 cit.).

Estimo oportuno agregar que no obstante que la "teoría del riesgo creado" fue receptada en nuestro ordenamiento positivo con mucha anterioridad a la sanción de la ley 26.994, y que la jurisprudencia fue consolidando el concepto de "actividad riesgosa" en el análisis de la responsabilidad civil "sin culpa", de ello no se sigue sin embargo que esta Corte tenga el deber de acompañar y cohonestar un análisis jurídico y eventual atribución de responsabilidad llevados a cabo en base a un ordenamiento que, más allá de analogías y similitudes, resulta evidentemente inaplicable por imperativo legal, máxime cuanto tal error ha sido objeto de concreta impugnación de la recurrente.

Va de suyo entonces que esta descalificación respecto de la parcela del fallo concerniente a la atribución de responsabilidad torna inoficioso el abordaje de los agravios vinculados a la procedencia y cuantía de los rubros que porta el recurso bajo examen.

Concluyendo, cabe decir que la relevada impropiedad en la labor de subsunción normativa -sobre la que se edificó el razonamiento inculpatario desplegado por el a quo- lógicamente conduce -sin más aditamento- a la casación del fallo impugnado (arts. 279 y 289 inc. 1, CPCC).

IV.2. Despejado lo anterior, y ya en ejercicio de la competencia positiva reglada en el art. 289, inc. 2 del digesto adjetivo, anticipo que habré de propiciar el rechazo de la demanda, al no encontrar comprometida la responsabilidad de la entidad bancaria por los daños y perjuicios reclamados en autos. Veamos:

IV.2.a. Permítaseme volver a remarcar que en su presentación liminar la señora G. alegó el incumplimiento contractual del accionado, particularmente en lo que hace al deber de seguridad ínsito en los contratos de caja de ahorro y cuenta corriente bancaria de su titularidad (v. fs. 41).

Precisó en tal contexto que ese especial incumplimiento se había evidenciado en la inexistencia de recaudos tales como proveer una guardia que controlara el lugar en horario no bancario o contratar una empresa de seguridad que abarcara la zona cuando mediante cámara de seguridad se detectase el acto delictual por parte de la entidad (v. fs. 41 vta.).

Enfatizó, asimismo, su especial condición de "consumidora" en los términos de la ley 24.240, poniendo particularmente de relieve el deber de seguridad en cabeza del prestador del servicio de cajero electrónico (arts. 5 y 6, ley cit.; v. fs. 41 vta./45).

Al contestar la acción entablada en su contra, la entidad demandada reconoció la vinculación contractual esgrimida, aunque negó que tales contratos la obligaran a adoptar medidas extraordinarias o generales o específicas sobre el cajero, más allá del cumplimiento de las obligaciones emergentes de la Ley de Entidades Financieras 24.526 y la normativa dictada por el Banco Central de la República Argentina (v. fs. 72).

Adujo, eventualmente, que la actora pretendía imputarle las consecuencias dañosas de un hecho de fuerza mayor, provocado por un tercero ajeno por el que su parte no debía responder, siendo en todo caso la autoridad pública la encargada de velar indelegablemente por la seguridad ciudadana (v. fs. cit.).

IV.2.b. En su hora, el magistrado de intervención dio por probado el violento episodio protagonizado por la actora (v. fs. 367 vta./368 vta.) y, haciéndose eco del enfoque contractual y normativo emergente del reseñado contrapunto, consideró que las medidas de seguridad alegadas por la entidad financiera y no contradichas por la accionante (instalación de vidrios transparentes que posibilitaban la visión del exterior, adecuada iluminación para operar en horario nocturno y la existencia de un supuesto sistema de filmación), resultaron de por sí insuficientes (v. fs. 371/372).

Agregó que fuera del horario bancario los clientes se encontraban expuestos a las básicas y rudimentarias medidas referidas y que las regulaciones dictadas por el Banco Central constituían un mínimo que los propios bancos podrían superar, adoptando otras medidas para mejorar la seguridad de la operatoria y de sus clientes (v. fs. 372).

Señaló también que no obstante ser el Estado el principal responsable de la seguridad, ello no importaba desconocer el deber de seguridad contractual que a su vez pesaba sobre la entidad (v. fs. 372 y vta.).

Desestimó que el mayor costo comprendido en la contratación de seguridad adicional fuera un obstáculo para el negocio bancario y que la conducta de la actora pudiera ser calificada de negligente (v. fs. 472 vta. y 473).

Destacó también el precario sistema de acceso al ámbito donde se ubican los cajeros, el ruido de salida del dinero que expondría -aún más- al cliente ante la eventual presencia de potenciales delincuentes y el aliento y promoción de las entidades financieras al uso de esa tecnología por parte de sus clientes (v. fs. 373).

En base a estos elementos de juicio, concluyó que la accionada había incumplido el deber de seguridad derivado de la relación contractual establecida con la actora, al no haber adoptado las medidas pertinentes tendientes a brindarle un ámbito físico en el cual pudiera llevar adelante las básicas operaciones correspondientes a la gestión de los cajeros automáticos (v. fs. 373 vta.).

IV.2.c. La decisión fue recurrida por ambos contendientes y por la compañía citada en garantía (v. fs. 423/431; 432/459 y 460/483).

El banco y la aseguradora cuestionaron la atribución de responsabilidad resuelta en el fallo. La actora, por su parte, se agravio por los -a su entender- exiguos montos resarcitorios reconocidos (v. fs. cit.).

IV.2.d. En lo que aquí interesa poner de relieve, en su escrito de expresión de agravios la entidad cuestionó los motivos tenidos en cuenta por el juzgador para endilgarle incumplimiento en el deber de seguridad para con su cliente. En tal sentido, calificó de absurda y arbitraria la decisión, enfatizando la circunstancia de que al haber su parte cumplido -tal como se lo reconociera en la sentencia- las pautas para la instalación y funcionamiento de los cajeros automáticos establecidas por la Comunicación "A" 3390 emitida por el Banco Central de la República Argentina, ninguna conducta omisiva podía razonablemente reprochársele. Destacó que todas las entidades financieras del país se encontraban sujetas a las mismas regulaciones y estándares de seguridad dispuestos por la autoridad de aplicación y que las omisiones que el fallo le imputaba no provenían de imposición legal o reglamentaria alguna sino de simples especulaciones del juzgador sin sustento objetivo, y que aún en la eventualidad de cumplirlas ello no habría igualmente evitado la súbita irrupción dañosa causada por el delincuente. Subrayó, asimismo, que era función indelegable del Estado -y no de su parte- el velar por la seguridad de los ciudadanos (v. fs. 433 vta./439 vta.).

Puso asimismo de relieve que el hecho por el cual la actora formuló el reclamo resultaba independiente de la condición de cliente del banco -pues el daño podría igualmente haberse perpetrado contra quien no lo fuese-, no encontrándose en relación causal con la operatoria observada en el banco. En esta línea de pensamiento precisó que el daño sufrido por la señora G. no provenía de la inejecución de la obligación de seguridad creada por el contrato bancario sino de un suceso extraño al negocio jurídico -no obstante su producción en ocasión del mismo- que además revestía los caracteres de inevitable e irresistible, siendo el delincuente el único responsable al infringir el deber general de no dañar impuesto por la ley. Tratándose de un hecho ajeno ocurrido en la órbita extracontractual, el responsable directo del daño debía ser considerado como un tercero por el que su parte no debía responder (doctr. art. 1.113, Cód. Civ.; v. fs. 440 y vta.).

IV.2.e. Antes de ahora, he tenido oportunidad de acotar que los presupuestos que habilitan la acción de resarcimiento por incumplimiento contractual son: i] antijuridicidad, manifestada en el incumplimiento de la prestación debida; ii] factor de atribución, subjetivo -culpa, dolo, malicia- u objetivo; iii] nexo de causalidad entre la conducta asumida por el contratante deudor y las consecuencias negativas generadas al cocontratante y iv] daño resarcible -patrimonial o extrapatrimonial- (conf. en extenso, Lorenzetti, Ricardo L.; "Tratado de los contratos. Parte general", Capítulo XIX, 3ra. parte, pág. 595 y sigs.; causa C. 109.879, "Consortio de Propietarios del Complejo Edificio Bristol Center", sent. de 15-VII-2015).

No siendo a esta altura objeto de debate la comprobada existencia de un daño resarcible sufrido por la reclamante, un lógico derrotero de análisis nos ubica inmediatamente frente al primero de los elementos propios de la responsabilidad civil enumerados: la antijuridicidad de la conducta imputada al banco.

Así, cabe ponderar que en su contestación de demanda y al apelar la decisión de fondo ante la Cámara, el banco sostuvo, entre otros argumentos, que su parte no había incumplido obligación alguna en la esfera contractual, particularmente en lo que hace a la consabida obligación de seguridad, así como que el hecho dañoso había sido perpetrado por un sujeto absolutamente extraño y ajeno a su esfera jurídica revistiendo el mismo los caracteres propios del casus (v. fs. cit.).

Sustancialmente, comparto tales alegaciones esgrimidas por la entidad como líneas de defensa (art. 384 y concs., CPCC).

En efecto, el art. 513 del Código Civil velezano -con vocación de aplicación al sub lite- edicta que el deudor no resulta responsable por incumplimiento de la obligación cuando los daños y perjuicios resultaren del caso fortuito o fuerza mayor, concepto que el subsiguiente art. 514 define como aquél que no ha podido preverse, o que previsto, no ha podido evitarse.

La violenta irrupción de un sujeto con propósito de robo al momento en que la señora G. se encontraba utilizando el cajero automático no ha sido, en el caso, un evento indisputadamente previsible, no obstante la pública y notoria situación general de inseguridad social existente al tiempo de ocurrencia del hecho. Con todo, y aun considerándolo "previsible" en alguna medida, es claro que no ha podido el banco encontrarse en posición de evitar la objetiva producción del daño causado a la actora por el violento abordaje circunstancial del delincuente. Ni aún desde la perspectiva otorgada por los arts. 1.198 del Código Civil y 5 de la ley 24.240 -que consagró el deber de seguridad en las relaciones de consumo- desde que conforme emerge del texto mismo de este último precepto, dicha obligación concierne a la seguridad en el suministro de cosas o prestación de servicios "en condiciones previsibles o normales de uso", contingencia evidentemente diversa a la de autos, en donde la prestación "normal" del servicio de cajero automático se vio súbita e inesperadamente interrumpida por una repentina acción perpetrada por un sujeto extraño a la esfera jurídica del banco.

Comparto, también, la idea de que no es posible elastizar la interpretación de la norma, a punto tal de responsabilizar a los bancos por las consecuencias lesivas de hechos ilícitos cuya prevención es primordial resorte de las autoridades públicas. En principio, no resulta razonable esperar que la debida diligencia bancaria se extienda más allá de las obligaciones legales y reglamentarias que gobiernan su actividad específica.

En la especie, no solo no ha sido alegado el incumplimiento de esos deberes "ordinarios" a cargo de la entidad, sino que hasta el propio juzgador de inicio ha dejado establecido que dichos recaudos "mínimos" requeridos por la autoridad de aplicación habían sido abastecidos. Así las cosas, tengo para mí que al no haber sido acreditado incumplimiento alguno del banco en cuanto a los requisitos normativos propios de la habilitación y funcionamiento de los cajeros automáticos de marras, mal podría imputársele un obrar contra legem. Conclusión que no se ve enervada por la eventual omisión de otros recaudos de carácter "extraordinario" -tales como los aducidos por la actora: implementar una guardia en horario no bancario o contratar una empresa de seguridad que abarque la zona donde se produce el ilícito (v. fs. 41 vta.)- ya que no resulta razonable exigir al banco, insisto,

una diligencia tal que, más allá del estándar agravado por su condición profesional (art. 902, Cód. Civ.), directamente le imponga cumplir con un estándar "abierto" de medidas indeterminadas capaces de evitar la producción objetiva de hechos como el que aquí se debate, cuya prevención y control concierne principalmente a las autoridades públicas (doctr. arts. 499 y 1.074, Cód. cit.).

Corolario de lo anterior es que, no pudiéndose reputar como antijurídica la conducta del banco, resulta innecesario pronunciarse respecto de los restantes elementos propios de la responsabilidad civil: nexo de causalidad y atribución de responsabilidad.

V. Por lo expuesto, si mi opinión resulta compartida, corresponderá hacer lugar al remedio extraordinario interpuesto, revocar el pronunciamiento impugnado y, en ejercicio de la competencia positiva que corresponde a esta Corte, rechazar la demanda incoada. Atendiendo a que por las peculiaridades del caso la actora bien pudo considerarse con derecho a reclamar al banco, propongo distribuir las costas de todas las instancias en el orden causado (arts. 68 segunda parte, 279 y 289, CPCC).

Voto por la afirmativa.

A la primera cuestión planteada, el señor Juez doctor Soria dijo:

I. El recurso no prospera.

I.1. En mi opinión, la decisión recurrida debe ser confirmada (art. 289, CPCC), toda vez que la apropiada subsunción del asunto en el régimen jurídico aplicable conduce al acogimiento de la pretensión indemnizatoria articulada en este proceso. Veamos.

I.1.a. Llega incontrovertida a esta instancia la existencia de una relación contractual de prestación de servicios bancarios -de cuenta corriente y caja de ahorro- entre la señora G. y la entidad financiera demandada (conf. fs. 39 vta. y 72).

En el contexto de ese negocio jurídico el banco proveyó a la demandante de una tarjeta de débito que la habilitó a utilizar la red "Banelco" de cajeros automáticos, tanto en sucursales de la propia entidad como en instalaciones de terceros.

I.1.b. El vínculo referido da cuenta de una relación de consumo, regida por el art. 42 de la Constitución nacional y por las normas de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor (LDC). La utilización del cajero automático refleja solo una de las diversas modalidades prestacionales que asume el conjunto de servicios brindados por las entidades bancarias. En tanto el banco presta el mentado servicio a sus clientes, éstos -como la actora- lo utilizan como destinatarios finales, configurándose así los presupuestos que definen los arts. 1 a 3 de la Ley de Defensa del Consumidor. El primero reviste el carácter de proveedor de servicios financieros mientras que la actora es una usuaria.

Pues bien, la primera regla que sienta el mentado art. 42 de la Constitución es aquella que prescribe que "...los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos". Correlativamente, el art. 5 de la Ley de Defensa del Consumidor establece que "...las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios". A su turno, el art. 6 del mismo cuerpo legal dispone que "...las cosas y servicios, incluidos los servicios públicos domiciliarios, cuya utilización pueda suponer un riesgo para la salud o la integridad física de los consumidores o usuarios, deben comercializarse observando los mecanismos, instrucciones y normas establecidas o razonables para garantizar la seguridad de los mismos". Por último, el art. 40 de la Ley de Defensa del Consumidor establece: "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. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio. 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".

Tal como puntualiza el voto del doctor Lorenzetti en el precedente que se registra en Fallos: 329:646 ("Ferreyra", sent. de 21-III-2006, cons. 6), "...una vez calificada la existencia de una relación de consumo, surge un deber de seguridad de fuente constitucional (art. 42, de la Constitución nacional) y legal (art. 5 ley 24.449; ley 24.240)".

En la especie, el suceso que motiva este litigio ha ocurrido en la sede bancaria perteneciente a la accionada, en ocasión de ser utilizado por la demandante el servicio de cajero automático, por lo que el vínculo obligacional derivado del acaecimiento del ilícito en cuestión involucra al banco en el doble carácter de proveedor de los servicios contratados y responsable ante los usuarios de la seguridad en el uso del cajero automático ubicado a esos fines en la sucursal sita en Avenida Hipólito Yrigoyen n° 7.839 de la localidad de Banfield. En otro plano interviene el autor material de las lesiones sufridas por la señora G..

I.1.c. Cierto es que, como acertadamente señala el ponente, se equivoca el a quo al aludir a las normas del Código Civil y Comercial de la Nación, toda vez que -como bien se explica en su voto- ese modo de razonar ha importado una errónea aplicación del art. 7 de la referida legislación civil.

Con todo, las reglas atributivas de responsabilidad en uno y otro supuesto -las que consagra el Código Civil y Comercial de la Nación y las que surgen de la Ley de Defensa del Consumidor- en lo que aquí concierne no ofrecen diferencias sustanciales en orden al resultado al que conducen respecto de la procedencia de la pretensión indemnizatoria esgrimida. Frente al daño causado en el contexto de una relación de consumo y en ocasión de ser utilizados los servicios prestados por el proveedor, aparece incumplido el deber de seguridad inherente a este tipo de vinculaciones. Sindicado responsable, el proveedor debe acreditar, para excluir su responsabilidad, "que la causa del daño le ha sido ajena" (art. 40, LDC).

I.1.d. Se tiene presente, además, que la actividad de las entidades financieras se encuentra regulada por un conjunto de normas sectoriales que se adicionan para integrar el contenido de las relaciones que traban con sus clientes (art. 3, último párr. in fine, LDC).

En su carácter de autoridad de aplicación de la Ley de Entidades Financieras (ley 21.526, art. 4), el Banco Central de la República Argentina tiene bajo su responsabilidad la regulación del funcionamiento del sistema financiero (art. 4 inc. "a" de su Carta Orgánica, ley 24.144) y, en particular, la de "proveer a la protección de los derechos de los usuarios de servicios financieros" (inc. "h" del mentado art. 4 de su Carta Orgánica).

Con especial relación al asunto que suscita esta controversia, el Banco Central ha dictado la Comunicación "A" 3390/01 (B.O., 3-I-2002), sobre "medidas mínimas de seguridad en entidades financieras".

Vale detenerse en el punto 1.1. de la Sección 1 ("Introducción") del aludido ordenamiento, en cuanto dispone: "Las medidas mínimas de seguridad contenidas en el presente revisten carácter obligatorio para las entidades financieras comprendidas en el régimen de la ley 25.526, quedando al exclusivo criterio y responsabilidad de las mismas la adopción de otros recaudos que estimen necesarios, según surjan de los Estudios de Seguridad que efectúen, con el objeto de proteger a las personas y los valores, sin autorización del Banco Central".

A su turno, la Sección 5 de esa norma ("Disposiciones particulares") reitera en similares términos la aludida regla (ver pto. 5.1., "Medidas mínimas de seguridad en la instalación de cajeros automáticos"), prescribiendo así que "...las entidades financieras que instalen cajeros automáticos deberán ajustarse a las especificaciones y medidas mínimas de seguridad que en cada caso se determinen" (primer párr.), mientras que, a renglón seguido, dispone: "Dichas disposiciones revisten el carácter de mínimas quedando al exclusivo criterio y responsabilidad de las entidades financieras la adopción de otros recaudos que estimen necesarios, según surjan de los estudios de seguridad que efectúen, con el objeto de asegurar la protección de los valores atesorados en cada cajero automático y de los respectivos usuarios".

Los puntos siguientes describen las medidas mínimas "aplicables con carácter general" en el apartado 5.1.1. (requisitos constructivos –pto. 5.1.1.1.-, fijación al piso –pto. 5.1.1.2.-, visibilidad del interior del recinto –5.1.1.3.-, iluminación –5.1.1.4.-, cableado –5.1.1.5.-, etc.); distinguiendo a su turno, aquellas específicas aplicables según la ubicación de los cajeros automáticos o terminales de autoservicio (pto. 5.1.3.), sea que se sitúen "dentro de la sede de la entidad financiera, con funcionamiento sujeto a horario de atención al público" (5.1.3.1.), "en la sede de la entidad financiera con funcionamiento las 24 horas" (5.1.3.2.) o bien "alejados de la entidad con funcionamiento las 24 horas" (5.1.3.3.).

I.1.e. Lo expuesto permite identificar el concreto contenido del deber de seguridad a cargo de la demandada, en los aspectos relevantes para el caso.

A tenor de lo normado en los apartados 1.1. de la Sección 1 y 5.1. de la Sección 5, se desprenden con claridad dos grupos de deberes perfectamente diferenciados. El primero de ellos constituye un catálogo de medidas mínimas que obligatoriamente deben adoptar las entidades regidas por la norma, mientras que, lejos de agotarse allí el plexo de compromisos asumidos por estas instituciones, el restante grupo establece un deber de

conducta indeterminado, sujeto a la específica ponderación de los riesgos previsibles, en base a los Estudios de Seguridad que habrán de efectuar estas instituciones, entre otras finalidades, "con el objeto de proteger a las personas", y cuya adopción queda "a exclusivo criterio y responsabilidad de las mismas".

I.1.f. Se concluye entonces que el cumplimiento del contrato de prestación de servicios bancarios requiere no solo el correcto funcionamiento mecánico de los cajeros automáticos, sino también la seguridad durante, con motivo o en ocasión de su uso, consistente en la especie en que el cliente no se vea afectado en sus intereses materiales y personales en el momento de la utilización. Tal es el interés contractual que -en su íntegra consideración- pretende ver satisfecho el usuario del servicio. Por ende, el incumplimiento del deber de seguridad hace responsable al ente financiero de todos los daños que se encuentren en relación de causalidad adecuada con dicho incumplimiento.

La conducta debida por el banco en este plano, de un lado, consiste en dar satisfacción a todos aquellos requerimientos mínimos impuestos por la normativa reglamentaria emanada del Banco Central. A su turno, queda también "bajo su responsabilidad" la de adoptar "aquellos otros recaudos que estimen necesarios". Pero no ya según un libre criterio de apreciación, sino atendiendo a un patrón de previsibilidad más acentuado; esto es, "...según surjan de los Estudios de Seguridad que efectúen, con el objeto de asegurar la protección de las personas" (conf. Com. BCRA, apartados ya transcriptos).

I.1.g. Va de suyo que el acaecimiento de un hecho delictivo como el padecido por la actora, constituye una eventualidad previsible en el contexto de la operación de extracción de dinero considerada en abstracto (art. 901 y sigs., Cód. Civ.).

Mientras la actora afirma que dicho suceso se encuentra dentro de la esfera de riesgos a cargo de la demandada, esta última insiste en que se trata de un hecho ejecutado por un tercero por quien no debe responder, con virtualidad suficiente para producir el quiebre del nexo causal atributivo de responsabilidad, atento a su irresistibilidad (art. 514, Cód. Civ.).

Se ha dicho que el caso fortuito es el acontecimiento sobreviniente, no imputable al deudor, imprevisible o previsible pero inevitable, que imposibilita el cumplimiento de la obligación a su cargo. El recurrente lo invoca para desembarazarse del deber de responder y, a la par,

aduce el exacto cumplimiento de las medidas de seguridad impuestas por el Banco Central de la República Argentina.

Sobre el punto la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que "...la prueba del caso fortuito está a cargo de quien la invoca y requiere la comprobación fehaciente del carácter imprevisible e inevitable del hecho al que se adjudica la condición de causal exonerante" (CSJN Fallos: 321:1117, M.211.XXIII "Martínez", sent. de 28-IV-1998).

Ahora bien, no es posible soslayar que ni en el escrito recursivo, ni en las fases previas de este proceso, el banco siquiera esbozó argumento alguno en relación con los resultados de los Estudios de Seguridad que la norma del Banco Central manda a realizar respecto de una de las eventualidades que podríamos considerar paradigmáticas en este tipo de operatorias: la acción ilícita de terceros con fines de apropiación de los bienes sustraídos por los usuarios. Tan previsible resulta esta circunstancia que diversos pasajes de esa regulación contemplan provisiones específicas tendientes a su evitación (v.gr. pto. 5.1.1.3., que refiere a las condiciones de visibilidad para "...permitir observar el interior del recinto ('lobby') desde el exterior, para detectar eventuales hechos delictivos, sea contra la máquina o respecto del usuario").

En tales condiciones, siendo que el hecho dañoso constituyó un acontecimiento que encuadra entre las situaciones previsibles según el curso natural y ordinario de las cosas, el proveedor del servicio debió demostrar que "la causa le era ajena". Esta carga le imponía acreditar: a) que había realizado los Estudios de Seguridad cuya realización le impone la norma "bajo su responsabilidad"; b) el resultado de tales estudios y c) la adopción de aquellas medidas sugeridas en ellos, y que razonablemente se encontraban a su alcance, de acuerdo a la naturaleza de la obligación asumida.

No hay -insisto- alegación alguna a este respecto, por lo que juzgo que -más allá del fundamento normativo de la decisión impugnada- el recurrente no ha logrado demostrar la eximente de responsabilidad que esgrime (art. 289, CPCC).

I.2. En consecuencia, y de conformidad con los desarrollos que anteceden, la decisión recurrida, en cuanto confirmó la de primera instancia respecto de la responsabilidad civil de la accionada, debe confirmarse (art. 289, CPCC).

II. Resta analizar la crítica que porta la pieza en estudio con relación al tratamiento de los rubros indemnizatorios abordados por el Tribunal de Alzada.

II.1. En primer lugar, el recurrente se agravia por la procedencia y monto condenatorio en concepto de daño punitivo (v. fs. 561 vta./562 vta.).

Para fundar la admisión de este renglón, luego de referirse a las características y condiciones de su procedencia, la Cámara puntualizó que en la especie no se había producido prueba alguna en relación con el cumplimiento de los estándares impuestos por la Comunicación "A" 3390 del Banco Central (v. fs. 521 vta.), lo que el recurrente discute.

Dicho extremo -según se ha dicho- no fue siquiera invocado por el recurrente en su libelo de inicio. De allí que el fundamento de la decisión debe mantenerse enhiesto frente a los agravios que ahora expone en el recurso en torno a lo que entiende es el exacto cumplimiento de sus deberes, extremo que no ha logrado demostrar (art. 289, CPCC).

Para más, el fallo recurrido a la postre confirmó lo decidido en el punto por la decisión dictada por el juez de origen, más allá de la cuantía, que la redujo. La sentencia de primera instancia también se sustentó en motivos cercanos a los que expuse en el apartado anterior. Así, también se encontraron acreditados en autos "...los extremos legales que habilitan la aplicación de la multa civil regulada por el art. 52 bis de la ley 24.240 y sus modificaciones, incluida la dispuesta por la ley 26.361, ya que de acuerdo a lo desarrollado en los considerandos precedentes la accionada incumplió sus obligaciones derivadas del contrato que mantenía con la actora, sumado a ello el hecho que de su planteo defensivo se deriva el convencimiento de que las medidas de seguridad implementadas son las únicas debidas, sin dejar entrever la posibilidad de implementar otras que mejoren aquellas condiciones de seguridad bajo las cuales presta el servicio de cajero automático en el ámbito de una de sus sucursales" (fs. 375 vta.).

Lo expuesto es suficiente para desestimar este tramo del embate (art. 289, CPCC).

II.2. En lo tocante a los reproches dirigidos a cuestionar el monto al que asciende el aludido rubro -y que el Tribunal de Alzada, a su turno, disminuyó en la mitad del fijado en la instancia de origen-, así como cuanto atañe a la estimación de los capítulos resarcitorios cuantificados respecto de la "incapacidad sobreviniente", "daño psicológico y gastos terapéuticos",

"gastos de atención médica, farmacia y demás prácticas" y "daño moral", es del caso recordar que, por vía de principio la apreciación de la prueba y el establecer en función de las circunstancias de cada caso el monto indemnizatorio debido constituyen cuestiones circunstanciales propias de los jueces de las instancias ordinarias y detraídas del ámbito de la instancia extraordinaria en tanto y en cuanto tal ejercicio no resulte irrazonable o absurdo (causas C. 94.210, "Gamero", sent. de 26-X-2010; C. 95.776, "Interagro", sent. de 2-VII-2010; C. 97.882, "L., C. I.", sent. de 13-VIII-2008; Ac. 84.183, "M., O. N.", sent. de 24-V-2006; e.o.), vicio que en la especie el recurrente no logra patentizar (art. 289, CPCC).

Cabe analizar los planteos recursivos con mayor detenimiento.

II.2.a. La regla que establece el art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor no establece parámetros rígidos para estimar el denominado daño punitivo, disponiendo al respecto que su cuantía "...se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan".

El recurrente afirma encontrarse frente a una decisión arbitraria, que no ha brindado fundamentos concretos que justificaran la determinación adoptada (v. fs. 562).

El agravio no es de recibo. La Cámara expresó: "...teniendo en cuenta los presupuestos fácticos que requiere el instituto bajo análisis, para su cuantificación valoro la gravedad del evento y sus consecuencias dañosas, la conducta asumida por la entidad bancaria demandada, su indiferencia frente al reclamo, más su reticencia de toda índole que obligó a la accionante a realizar tramitaciones extrajudiciales, administrativas y judiciales para obtener el reconocimiento y reparación de los daños" (fs. 521 vta. y 522). Añádase que ya el fallo del juez de primera instancia había advertido al demandado sobre su obstinada postura acerca del "...convencimiento de que las medidas de seguridad implementadas son las únicas debidas, sin dejar entrever la posibilidad de implementar otras que mejoren aquellas condiciones de seguridad" (fs. 375 vta.), lo que refuerza la tesis postulada por el Tribunal de Alzada.

Así las cosas, no se advierte que el recurrente logre demostrar el vicio que endilga a la decisión.

Tampoco cambia la suerte de la impugnación la invocación de lo resuelto en el precedente de este Tribunal recaído en la causa C. 109.005, "Machinandiarena Hernández" (sent. de 6-XI-2012), toda vez que en dicho asunto no se ha sentado doctrina alguna en lo que respecta a la cuantificación del daño punitivo.

II.2.b. Por cuanto concierne a lo resuelto acerca del rubro "incapacidad sobreviniente" la impugnante reitera su crítica vinculada con un pretendido déficit de motivación adecuada, dogmatismo y ausencia de conexión de lo resuelto con las concretas y comprobadas circunstancias del caso (v. fs. 562 vta.).

Tampoco lleva razón la crítica.

En lo que al punto interesa, el Tribunal de Alzada señaló: "En la pericia médica obrante a fs. 305/306, el Dr. Mauricio Guillermo Suchecki determinó que la actora, a raíz del accidente, presenta una incapacidad parcial y permanente del 27% de la Total Obrera, como consecuencia de cicatriz quirúrgica que por longitud ancho ubicación características de piel atrófica e hipopigmentada (7%) y como consecuencia de una fractura medial de la cadera izquierda y su posterior reemplazo protésico de cadera con prótesis estable 40%, el cual se reduce un 20% teniendo en consideración la osteoporosis previa (20%)", y añadió que "Tal extremo se encuentra reflejado con las historias clínicas emanadas del Sanatorio Juncal y ante la entidad Swiss Medical. (fs. 255/257 y 259/276). A fs. 316/318, 324 y 325 la parte actora, demandada y la citada en garantía, impugnaron la pericia y solicitaron explicaciones, las cuales fueron respondidas por el experto a fs. 326, 340 y 341, no variando las conclusiones que arrojó el informe primigenio" (fs. 522 vta. y 523).

Bien se advierte que el a quo, realizando un nuevo análisis de la prueba pericial producida en el expediente, entendió -a diferencia de lo juzgado por el magistrado de origen- que no encontraba mérito para apartarse de las conclusiones vertidas por el experto, por lo que entendió prudente incrementar los correspondientes montos resarcitorios -de acuerdo a las pautas que emanan de la aludida experticia-, en ejercicio de facultades que no pueden ser discutidas en esta sede extraordinaria salvo absurdo; vicio que no advierto demostrado en la especie.

Por otra parte, luce inexacta la afirmación del quejoso relativa a la alegada falta de consideración de la osteopenia que padecía la actora antes del evento dañoso, toda vez que

esa dolencia fue expresamente valorada, tal como surge de la decisión en crisis, en el pasaje antes transcripto.

Para cerrar el tratamiento de los agravios postulados en torno a este rubro resarcitorio, cabe señalar que no se configura la violación del principio de congruencia que denuncia a fs. 563, toda vez que si bien la indemnización acordada es superior a la peticionada en el líbello de inicio por el accionante (v. fs. 46), es lo cierto que tal pretensión fue formulada bajo la reserva de que se reconozcan esas sumas y porcentajes "o lo que en más o en menos surja de la prueba a producirse", pues conforme tiene dicho esta Corte, no incurre en demasía decisoria el fallo que condena al pago de una suma mayor a la peticionada en el escrito de inicio si el actor exhibió su intención de no inmovilizar su reclamo al monto peticionado. Dicha intención queda demostrada si al reclamar lo hizo refiriendo "a lo que en más o en menos resulte de la prueba" (art. 163 inc. 6, CPCC; conf. causas C. 118.459, "Liberti", sent. de 15-VI-2016; C. 119.829, cit.; etc.), tal como aquí acontece.

II.2.c. Nuevamente el recurso alega la ausencia de motivación al fallo en orden a la estimación del daño psicológico y gastos terapéuticos (v. fs. 563 vta.), y añade que no ha sido atendido su planteo respecto de la improcedencia de reconocer "...como un rubro autónomo el daño psicológico cuando conforme su naturaleza jurídica dicho ítem no posee autonomía indemnizatoria" (fs. cit.).

En primer lugar, debe descartarse la crítica mencionada en último término desde que -más allá de su acierto u error- el Tribunal de Alzada se encargó de puntualizar que "En lo concerniente al tratamiento del daño psicológico acaecido, es menester indicar que el hecho de que se haya concedido una suma por daño psicológico no es obstáculo para que se otorgue otra para el tratamiento psicoterapéutico dado que no se produce una duplicación de la indemnización que suple la minoración. El tratamiento apunta a evitar el empeoramiento de unos estados psicológicos de gravedad, y en todo caso a conseguir un progreso en la salud, pero no a recuperarla totalmente", y adunó que "...no genera doble indemnización reconocida por el daño psicológico y el tratamiento terapéutico posterior, porque en materia de hechos ilícitos corresponde la reparación integral del perjuicio sufrido por la víctima y, dentro de tal orden de ideas, los desembolsos necesarios para la rehabilitación terapéutica de los actores resultan consecuencias del hecho dañoso y son imputables al responsable del mismo a tenor de lo dispuesto por el artículo 901 y siguientes del Código Civil" (fs. 523 vta.).

El razonamiento así expuesto, más allá de su acierto u error, no ha sido idóneamente atacado en la pieza en tratamiento (art. 279, CPCC).

Tocante a la cuantía de los rubros reconocidos, el recurrente afirma que el yerro del fallo consiste en "...reconocer un daño psíquico sin que existan pruebas en autos que acrediten que la actora sufre un daño permanente en dicha esfera" (fs. 563 vta. y 564). Esa aseveración no es correcta. El pronunciamiento, por el contrario, sostuvo con base en el dictamen pericial de fs. 306/308 que el experto "...diagnosticó para la actora una incapacidad psíquica del 20% parcial y permanente" (fs. 523 vta.), lo que deja sin sustento la base de la crítica así formulada (art. 289, CPCC).

II.2.d. También se cuestiona el monto concedido en concepto de gastos de atención médica, farmacia y demás prácticas (v. fs. 564).

Para fundar la objeción quien aquí recurre señala que la actora cuenta con cobertura de medicina prepaga, no acreditándose que hayan existido erogaciones adicionales. Sin embargo, y aun considerando estas circunstancias, el Tribunal de Alzada interpretó que "...acreditada la existencia de lesiones, debe entenderse que la víctima debió incurrir en gastos de curación, asistencia médico-farmacéutica, implementos de rehabilitación y traslados, criterio que se mantiene aun habiendo sido tratada en instituciones públicas gratuitas, así como la no exigencia de presentación de acreditaciones por tales erogaciones" (fs. 524), de lo que se infiere que el crédito indemnizatorio así reconocido refiere a los conceptos no cubiertos o alcanzados por la aludida cobertura; cuya magnitud ha podido ser establecida por el a quo en ejercicio de las facultades que le confiere el ritual (art. 165 último párr., CPCC), no logrando el recurrente demostrar el vicio lógico del absurdo en su apreciación (art. 289, CPCC).

II.2.e. Por fin, lo que atañe a la disconformidad que exhibe la pieza recursiva en orden a la cuantificación del daño moral, en cuanto -argumenta- no aporta ninguna justificación para comprender cómo ha determinado el quantum indemnizatorio así establecido, tampoco prospera.

Ha sostenido este Tribunal que la determinación de sumas indemnizatorias en concepto de daño moral no está sujeta a reglas fijas. Su reconocimiento y cuantía dependen -en principio- del arbitrio judicial, para lo cual basta con la certeza de que ha existido, sin que sea necesaria otra precisión; constituyendo una típica cuestión de hecho, privativa de los

jueces de la órbita ordinaria que no es revisable en la instancia extraordinaria, salvo que se denuncie y demuestre la existencia de absurdo, carga que en el caso tampoco luce satisfecha (art. 289, CPCC).

III. En consecuencia, no encontrándose acreditados los motivos de casación denunciados, corresponde rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en tratamiento y confirmar la decisión recurrida, con costas (arts. 68 y 289, CPCC).

Voto por la negativa.

La señora Jueza doctora Kogan y los señores Jueces doctores Pettigiani y Torres, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Soria, votaron la primera cuestión también por la negativa.

A la segunda cuestión planteada, el señor Juez doctor Genoud dijo:

I. Conforme ha quedado resuelta la cuestión anterior, corresponde -en consecuencia- analizar el restante recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley mediante el que la actora cuestiona, en síntesis, la reducción del importe reconocido por daño punitivo (v. fs. 580/585).

En tal sentido, aduce que resulta absurdo el razonamiento jurídico seguido por el a quo al exhibir, en esta parcela, una conclusión desligada de las concernientes consideraciones previas que, por lógica, imponían el arribo a un resultado opuesto. Que al así concluir se quebrantaron -a su vez- los arts. 171 de la Constitución provincial y 34 inc. 4, 163 inc. 5, 164, 266 y 384 del Código Procesal Civil y Comercial (v. fs. 581 vta./583).

De otro lado, protesta por la falta de consideración en el fallo de las pautas establecidas en el art. 49 de la ley 24.240 para un razonable establecimiento del quantum de la multa civil. Al fijarlo del modo en que lo hizo, el sentenciante incurrió en la violación de los arts. 2 del Código Civil y Comercial; 47, 49 y 52 bis de la ley 24.240 -conforme ley 26.361- y 28 y 33 de la Constitución nacional (v. fs. 583/584 vta.).

II. La impugnación no prospera.

Antes de ahora, en la causa C. 122.044, "Umanzor González" (sent. de 21-VIII-2019), he tenido oportunidad de precisar que el daño punitivo no constituye una indemnización, pues no resarce un daño, sino que tiene la misma naturaleza que una pena (v. Picasso, Vázquez Ferreyra; "Ley de Defensa del Consumidor", 1ra. Edición, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2009, pág. 602; Stiglitz, Gabriel, Hernández, Carlos A.; "Tratado de Derechos del Consumidor", Tomo III, La Ley, Buenos Aires, 2015, pág. 287).

Su cuantificación ha sido impuesta por el art. 52 bis de la ley 24.240 al juez, quien la graduará teniendo en cuenta "la gravedad del hecho y demás circunstancias", pues así surge del texto de la norma.

Dicho lo anterior, y sin ser necesario adentrarnos en una pormenorizada exégesis, lo cierto es que la figura del "daño punitivo" tuvo expreso reconocimiento legal recién a partir de la incorporación del art. 52 bis a la ley 24.240, operada por ley 26.361 (sancionada el día 12 de marzo de 2008 y publicada en el Boletín Oficial de la Nación el día 7 de abril de igual año).

No obstante la modificación al art. 49 del estatuto de usuarios y consumidores actuada a su vez por la misma ley (modificación concerniente al plazo para considerar la reincidencia del infractor), las pautas fijadas por este precepto para valorar las sanciones administrativas previstas en el art. 47 (invocadas por la recurrente para su aplicación al sub lite), en rigor preexistieron a la referida incorporación del art. 52 bis, circunstancia que, sin perjuicio de otras consideraciones, de por sí nos habla de la impropiedad de extender aquel ámbito de aplicación sustancial al de la norma especial sobreviniente destinada a reglar un novel instituto, ciertamente ajeno al procedimiento y sanciones administrativas originariamente previstos en los arts. 45 a 51.

Por otro lado, y siendo que la determinación de la procedencia y cuantía del cuestionado capítulo de condena constituye una típica cuestión de hecho propia de las instancias de mérito y, por ende, ajena a esta instancia de casación, es claro que su eventual revisión extraordinaria se encuentra subordinada a la condigna denuncia y demostración del eventual absurdo incurrido por el juzgador.

En la especie, y como bien lo indica el señor Procurador General en su dictamen de fs. 622 vta., la simple lectura del fallo da cuenta de los elementos de juicio efectivamente ponderados por el a quo para la cuantificación del daño punitivo que también venía siendo discutida ante sus estrados. En este sentido, se destacaron la gravedad del evento y sus consecuencias dañosas, la conducta asumida por la entidad bancaria, su indiferencia frente al reclamo, más su reticencia de toda índole que obligó a la actora a realizar trámites extrajudiciales, administrativos y judiciales para obtener el reconocimiento y reparación de los daños, todo lo cual, evaluado en conjunto, condujo al tribunal a la estimación del respectivo importe (v. fs. 521 vta. y 522).

Habida cuenta de ello, y más allá de cierto margen opinable en la materia que bien puede reconocerse, es claro que la determinación de la respectiva cuantía no provino del puro dogmatismo o arbitrariedad del juzgador, sino de la evaluación -más o menos prudente- de los extremos del caso, en cotejo con las pautas indicadas por el art. 52 bis de especial aplicación al sub lite.

Reiteradamente esta Corte ha expresado que cuando se pretenden impugnar las conclusiones de un pronunciamiento sobre las cuestiones fácticas de la litis, no basta con presentar la propia versión sobre el mérito de las mismas, sino que es necesario realizar un juicio crítico de los razonamientos desarrollados por el sentenciante y demostrar cabalmente que padecen de un error grave, trascendente y fundamental (conf. doctr. causas. C. 107.330, "Violante", sent. de 27-IV-2011; C. 118.443, "La Chara S.A.", sent. de 12-VII-2017; e.o.). Ello, en tanto no cualquier error, ni la apreciación opinable, ni la posibilidad de otras interpretaciones, alcanza para configurar el absurdo, sino que es necesario que se demuestre un importante desarreglo en la base del pensamiento, es decir, una anomalía extrema, una falla palmaria en los procesos mentales, para que se evidencie la irracionalidad de las conclusiones a las que se ha arribado. En definitiva: al recurrente no le alcanza con argumentar que el hecho, la valoración de la prueba, la interpretación de los hechos probados, la relación dialéctica entre los hechos y las normas, etcétera, pudo ocurrir o hacerse de otra forma, tanto o más aceptable; en cambio, le resulta indispensable demostrar que, de la manera que lo afirma la sentencia, no pudo ser (conf. doctr. causas C. 117.714, "Plazos Fijos Com. S.A.", sent. de 6-VIII-2014; C. 118.085, "Faúndez", sent. de 8-IV-2015; C. 120.100, "Colman", sent. de 28-XII-2016; e.o.).

En el caso sub examine, no logra la recurrente demostrar la presencia de los graves errores lógicos y normativos imputados a la respectiva parcela del pronunciamiento, lo cual sella la irremediable suerte adversa del embate (doctr. arts. 279, 289 y 384, CPCC).

III. Por lo expuesto, no habiéndose verificado las infracciones normativas o el absurdo denunciados, corresponderá rechazar el presente remedio extraordinario. Con costas de esta instancia a la recurrente que resulta vencida (arts. 68, 279 y 289, CPCC).

Voto por la negativa.

El señor Juez doctor Soria, la señora Jueza doctora Kogan y los señores Jueces doctores Pettigiani y Torres, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Genoud, votaron la segunda cuestión también por la negativa.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente

S E N T E N C I A

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador General (v. fs. 614/623) se rechazan, por mayoría, el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por la demandada y, sin disidencias, el deducido por la actora. Las costas correspondientes a esta instancia extraordinaria se imponen, en cada caso, a la recurrente vencida (arts. 68 y 289, CPCC).

El depósito previo acreditado a fs. 590/593 queda perdido (art. 294, CPCC), debiendo el tribunal dar cumplimiento a lo dispuesto por los arts. 6 y 7 de la resolución 425/02 (texto según resol. 3.135/13).

Regístrese, notifíquese de oficio y por medios electrónicos (conf. art. 1 acápite 3."c", resol. Presidencia SCBA 10/20) y devuélvase por la vía que corresponda.

Suscripto y registrado por el Actuario firmante, en la ciudad de La Plata, en la fecha indicada en la constancia de la firma digital (Ac. SCBA 3971/20).

REFERENCIAS:

Funcionario Firmante: 07/08/2020 14:35:51 - SORIA Daniel Fernando - JUEZ

Funcionario Firmante: 07/08/2020 17:39:49 - GENOUD Luis Esteban - JUEZ

Funcionario Firmante: 07/08/2020 18:04:22 - TORRES Sergio Gabriel - JUEZ

Funcionario Firmante: 07/08/2020 18:46:06 - KOGAN Hilda - JUEZA

Funcionario Firmante: 10/08/2020 11:09:12 - PETTIGIANI Eduardo Julio - JUEZ

Funcionario Firmante: 11/08/2020 13:12:38 - CAMPS Carlos Enrique - SECRETARIO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA