

RESPONSABILIDAD BANCARIA - CONTRATOS BANCARIOS - DAÑO PUNITIVO - PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR - DAÑOS Y PERJUICIOS - DAÑO MORAL - DERECHO A LA INFORMACIÓN

Da Rold Andrés Agustín c/ Santander Río S.A. s/ daños y perjuicios p/ daños y perjuicios, Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza 12-nov-2019

Procedencia del daño moral y punitivo ante los reiterados incumplimientos e irregularidades por parte del banco demandado en relación al consumidor reclamante.

Sumario:

1.-Corresponde confirmar la sentencia en cuanto hizo lugar al reclamo del daño moral -aunque elevando su monto-, pues las conductas infractoras de la entidad bancaria son, por sus propias características y por su pluralidad, aptas para producir en cualquiera de sus clientes desasosiego, preocupación e incluso angustia, en términos que superan las incomodidades que normalmente puede generar un incumplimiento contractual.

2.-El daño moral sufrido por el actor se infiere de los reiterados incumplimientos atribuibles a la entidad demandada, que si bien no han tenido gravedad desde el punto de vista cuantitativo, han tenido aptitud para generar en el consumidor un impacto espiritual negativo.

3.-El principio protectorio juega un rol fundamental en los contratos de consumo y se acentúa aún más en los contratos bancarios celebrados con consumidores y usuarios donde, del otro lado de la relación jurídica, se encuentra una entidad bancaria, profesional en la intermediación financiera y cuya finalidad es obtener un rédito en su actividad.

4.-La violación al derecho a la información o a la seguridad, entre otros que asisten a consumidores y usuarios, implica una violación a su dignidad, lo que convierte de por sí en previsible el sufrimiento anímico que padece un usuario que ve quebrantada su confianza, siendo que ésta es la clave del sistema bancario.

5.-Corresponde elevar el monto otorgado en concepto de daño punitivo, ya que la conducta en que incurrió la accionada es grave, no por su magnitud cuantitativa, sino por su reiteración, por su prolongación temporal y por el detrato que ella implicó para el consumidor del servicio bancario,

en términos violatorios de sus más elementales derechos; así, la pluralidad de irregularidades probadas, la infructuosa promoción de reclamos por parte del cliente, la falta de información, el trato indigno al que aquél fue sometido y el peregrinaje judicial que tuvo por delante.

6.-Al incrementarse el monto del daño punitivo se persigue la posibilidad de que, al ser erogada la condena, se producirá un incentivo para que la entidad bancaria corrija las fallas que tuvieron lugar en su seno e impida su reiteración, evitando la promoción de otros pleitos semejantes que, a la postre, podrían terminar verdaderamente minando su economía; además, la función ejemplificadora y disuasiva en lo que concierne a otras entidades bancarias que, precavidas de estas consecuencias, esperablemente se inclinarán por adoptar los recaudos necesarios para prevenir el daño en casos del estilo.

Fallo:

En la Ciudad de Mendoza, a doce días del mes de noviembre de dos mil diecinueve, reunidas en la Sala de Acuerdo las Juezas de Cámara Silvina Miquel, Marina Isuani y Alejandra Orbelli trajeron a deliberar para resolver en definitiva los autos nº 55.039/252.634, caratulados: "DA ROLD, ANDRÉS AGUSTÍN C/ SANTANDER RÍO S.A. P/ D. Y P." originarios del Cuarto Tribunal de Gestión Judicial Asociada Civil y Comercial de la Primera Circunscripción Judicial, venidos a esta instancia en virtud del recurso de apelación interpuesto por el actor a fs. 488/508, contra la sentencia de fs. 467/84 y su aclaratoria fs. 487.

Practicado el sorteo de ley, queda establecido el siguiente orden de estudio: Juezas de Cámara Miquel, Isuani, Orbelli.

En cumplimiento de lo dispuesto por los arts. 160 de la Constitución Provincial y 141 del CPCCT, se plantean las siguientes cuestiones a resolver.

Primera cuestión: ¿Es justa la sentencia apelada?

En su caso, ¿qué solución corresponde?

Segunda cuestión: costas.

Sobre la primera cuestión propuesta la Sra. Jueza de Cámara Silvina Miquel dijo:

I.- En primera instancia se hizo lugar parcialmente a la demanda por daños y perjuicios promovida por el Dr. Andrés A. Da Rold contra el Banco Santander Río S.A.; en consecuencia, se condenó a la demandada a pagar al actor la suma de PESOS NOVENTA Y TRES MIL QUINIENTOS DIECINUEVE (\$ 93.519), con más intereses. Asimismo, se ordenó que la accionada deberá, en el plazo de 10 días, dejar de cobrar o percibir una comisión no autorizada por el actor. Se impuso costas y se reguló honorarios.

Para resolver de tal modo, el señor juez de grado dispuso aplicar el Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCCN)- en especial lo establecido en los artículos 1378, 1379, 1384, 1385 y 1386- y la Ley 24.240, entre otras disposiciones.

En este marco, rechazó la excepción de falta de acción opuesta por la demandada y resolvió acerca de los reclamos denunciados por el actor. En adelante, se pronunció acerca del reclamo por daño moral incoado por el damnificado. Explicó que el daño puede presuponerse, dado que se ha afectado o frustrado la posibilidad del accionante de obtener la entrega de una vivienda. Aseveró que el daño surge de los hechos mismos, que indican que al cliente se le violó sus derechos como consumidor y debió soportar varias irregularidades, que lo llevaron al hartazgo, que generaron desmedros en sus tiempos y pérdidas dinerarias y que le impusieron extremar cuidados para evitar que le siguieran realizando descuentos inadecuados y no autorizados.

Especificó que el desequilibrio emocional lo han generado las sucesivas irregularidades que tuvo la institución bancaria con su cliente, a pesar de que el monto de los reclamos, en general, es bajo. Destacó que por todo lo expuesto el pretensor se ha visto obligado a litigar por dos años.

Consideró la suma que el accionante peticionó al demandar y la actualizó teniendo en cuenta la evolución del dólar desde la fecha de la demanda. En base a ello, estimó prudencialmente la condena, en concepto de daño moral, en \$ 30.000, con más sus intereses.

Posteriormente, desestimó la inconstitucionalidad planteada por Santander Río S.A. en cuanto al art. 52 bis de la Ley 24.240. En lo sucesivo, consideró los requisitos exigidos para que proceda la aplicación del daño punitivo. Entendió que en la causa se dan los presupuestos necesarios para la imposición de la pena, dado que la demandada incumplió deliberadamente sus obligaciones. Dijo que primero omitió acreditar el producido de venta de acciones y luego no lo hizo dentro del plazo, sino tras un reclamo realizado por el usuario, en octubre del 2016. En segundo lugar expuso que, por un problema de sistema del Banco, el 24 de enero de 2017 no se le permitió al actor realizar operaciones de compra venta de acciones en el momento en que quiso efectuarla, aunque no quedó

acreditado que se le haya impedido hacerlo en otro momento del día o que al día siguiente se haya tornada mucho más onerosa la operación o bien que no la haya podido realizar. Dijo que también se le realizaron descuentos por cobros no autorizados, tales como del beneficio Santander Río y comisiones por tenencia valorizada y recordó, por último, que el día que el cliente concurrió a una sucursal del Banco no fue atendido debidamente, excediendo el tiempo de atención que se dispone reglamentariamente (30 minutos, como máximo).

Ponderó de modo conjunto estas irregularidades y consideró que se dan los presupuestos necesarios para la condena, según la jurisprudencia y normativa que citó. Precisó que la actora se vio obligada a realizar el reclamo en reiteradas oportunidades y tuvo que litigar por dos años para llegar a la solución, mientras el Banco no intentó solucionar ninguno de sus reclamos. Por ello, consideró que la conducta de la accionada puede ser encuadrada como violatoria de las normas de consumo, primordialmente la del art. 8 de LDC, que conducen a la aplicación del art. 52 bis LDC.

Al cabo de estas consideraciones, estimó el daño punitivo en el doble de los rubros reconocidos, por un total de \$ 62.346, con más sus intereses.

II.- A fs.488/508 la apelante funda agravios.

Objeta el recurrente el tratamiento que se dio en la sentencia apelada acerca del rubro "daño moral". Expone que el juez de primera instancia consideró la conversión de las sumas reclamadas a dólares billetes estadounidenses, pero luego, a pesar de no haber sido lo reclamado y sin dar motivos suficientes, fulminó la pretensión fijando la suma de \$ 30.000, sin justificar adecuadamente cómo ella puede cumplir la función satisfactiva que desempeña el dinero, teniendo en cuenta que ese monto, a la fecha de la presentación, sólo alcanza para comprar un pasaje aéreo con un destino turístico fuera del país.

Dice que del expediente se desprende su situación socio económica actual; que es abogado en ejercicio liberal de la profesión y que tiene 40 años, por lo que la suma concedida no resarce los daños ocasionados, salvo que se pretenda que, mediante la compra de un televisor, se suplan los inconvenientes, angustias morales y la afeción en el espíritu que le causó la demandada.

Alega que los hechos probados hacen mella en su persona, a lo que se suma la impotencia que genera sentirse forzado a transitar múltiples e infructuosos caminos por el errático comportamiento "doloso" de quien debió actuar con lealtad y buena fe; invoca el pesar que le genera tener que acudir a la vía judicial y apunta que, aunque se dirima la cuestión en la órbita contractual, si el perjuicio está suficientemente acreditado debe ser plenamente resarcido.

Aclara que al no haber contemplado el sentenciador las circunstancias particulares del caso (condiciones personales de la víctima; edad, condición socio económica; profesión; etc), ni explicar cómo la suma concedida cumpliría en el caso una función de satisfacción, se hace mucho más difícil atacar el fallo. Agrega que el decisorio tampoco se remitió a precedentes similares, lo cual hubiese dado mayor seguridad jurídica, evitando arbitrariedades, y permitiendo confrontar y juzgar con mayor rigor lo sentenciado.

Cuestiona el monto otorgado en concepto de daño moral por el primer hecho demandado, por el cual solicitó en la etapa de alegatos la suma de \$40.000. Cita un caso similar y solicita se condene a la demandada por ese monto, que es representativo de unos 800 dólares, que alcanzarían para comprar entre el 60% y 70% de un pasaje aéreo para un destino turístico en el exterior, algo que puede compensar en el caso concreto al damnificado, conforme los lineamientos del art 1741 CCyCN.

Impugna la cantidad fijada por daño moral por el tercer hecho demandado, estimada al momento de alegar en la suma de \$ 40.000. Manifiesta que los temerarios y dolosos hechos de la demandada han sido contundentemente probados y, por ello, la suma reclamada resulta adecuada para cumplir, aunque sea mínimamente, la función de compensaciones sustitutivas que generen placer, con la cual comprar entre el 60% y 70% por ciento de un pasaje aéreo para un destino turístico en el exterior, y ser acompañado por su pareja. Cita jurisprudencia. Refiere que reiteradamente la doctrina y jurisprudencia ha sido contestes en la aplicación del art. 1725, primer párrafo, del CCCN, en estos casos.

Ataca el importe otorgado por daño moral con relación al cuarto hecho demandado. Plantea que el juez que previno valoró en conjunto todos los sucesos, en lugar especificarlos individualmente indicando cómo la suma otorgada en concepto de indemnización por daño moral puede cumplir el fin de otorgar "placer" para compensar los abusos, excesos atropellos y humillaciones provocadas por el demandado. Dice que debió ponderar cada uno de ellos en particular, explicando cómo la suma de dinero concedida podía ser utilizada para mitigar el padecimiento sufrido. Expone que, por este último hecho, se debe condenar a la demandada por la suma de \$50.000, que serviría para compensar de algún modo los padecimientos y para completar el pago de un ticket de avión en relación a los dos hechos anteriores y el disponible para abonar tres noches de hotel.

Agrega que en este último acontecimiento es más que notorio el "dolo" de la demandada; que no sólo le provocó angustia y padecimientos importantes durante la relación de consumo, sino que también procedió con notable mala fe procesal, al afirmar que estaban autorizados a cobrar algo que es indebido y que el consumidor no había autorizado. Alude a que se trata de conductas gravemente disvaliosas, por las cuales se obligan al usuario a arbitrar mecanismos de control

permanente, reclamos y soportar cobros ilegales, con el consiguiente sentimiento de impunidad que ello provoca, máxime teniendo en cuenta que el banco, como entidad financiera profesional, tiene el deber de actuar con buena fe, evitando por todos los medios los cobros ilegales y un actuar doloso y abusivo. Cita jurisprudencia.

También manifiesta el apelante su objeción con respecto a la suma establecida por daño moral, vinculada con el quinto hecho. Aclara que si bien en los alegatos pretendió la suma de \$40.000, teniendo en cuenta precedentes provinciales por casos análogos, en esta etapa cuantifica en menos su pretensión (\$20.000). Insiste en que el tribunal inferior debió explicar cómo cumpliría la suma otorgada las funciones que manda el CCCN, dado que ella tampoco encuentra respaldo en compensaciones otorgadas en situaciones análogas. Precisa que, de algún modo, la suma que reclama le daría la posibilidad de adquirir entre 2 y 3 noches de hotel con pensión completa para dos personas en algún destino turístico.

A su turno, se agravia por el monto de condena en concepto de daño punitivo. Alega que, si los otros agravios son procedentes, con mayor razón lo es su queja relativa al monto impuesto como sanción o multa civil. Arguye que la condena constituye un aliciente para que el demandado siga adelante con sus abusos y fortalece "la impunidad", ya que le resultará negocio y gran provecho económico seguir abusando, menospreciando y humillando a los consumidores y usuarios. Afirmo que la demandada actuó y sigue actuando de manera deshonesto e inmoral, con el objetivo de obtener importantes ganancias económicas por la sumatoria de micro daños. Pone en relieve que se pueden observar las ganancias por comisiones de nueve mil millones de pesos, según se desprende de la respuesta a la pregunta 6º de la pericia y la correspondiente aclaración del perito contador, en cuanto a que la suma es en miles de millones; que las ganancias por margen financiero y demás comisiones superaron los treinta mil millones de pesos (respuesta a la pregunta 10º, para el año 2017, con un dólar a 14 pesos).

Objeta que en el fallo apelado no se explicó cómo el monto dispuesto por la sanción (daños punitivos) cumpliría el objetivo de desalentar las conductas del banco demandado, al no haber analizado la multa en consideración a las ganancias. Cuestiona, además, que no se aplicó fórmula alguna. Advierte que, si bien no es obligatorio la utilización de fórmulas, ellas son cada vez más empleadas para disminuir la arbitrariedad y permitir el pleno ejercicio del derecho de defensa. Agrega que las fórmulas, sin ser imbatibles, siempre son perfectibles y mejorables.

Esgrime que al momento de los alegatos, cuando contaba con la seguridad de haber demostrado la magnitud de los abusos dolosos de la demandada, pudo realizar una correcta cuantificación en base a la prueba reunida, teniendo en cuenta especialmente la acreditación del "dolo"; que ello le permitió estimar el monto, con la finalidad que el art 52 bis LDC cumpla el propósito de disuadir a la accionada, para que no vuelva a incurrir en la misma conducta, siendo una empresa líder en su rubro, que tiene miles de usuarios, ganancias extraordinarias y exorbitantes por su actividad.

Rechaza que un monto de \$ 62.346 pueda cumplir una función disuasiva para la demandada conforme los hechos rayanos al delito. Cita jurisprudencia y dice que 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; aduna que uno de los métodos para la cuantificación es lograr una suma que hubiera correspondido a todos los consumidores que se encuentran en igual situación que el reclamante, pero que no estuvieron dispuestos a iniciar el reclamo resarcitorio, dada la falta de incentivos que el sistema le ofrece, por la enorme cantidad de costos en que debe incurrirse para lograr un beneficio singularmente reducido. Expone, en adelante, que, de aplicar la fórmula de Polinsky y Shavell, conforme los montos por los cuales solicita prospere el recurso de apelación, la cuenta sería la siguiente: Daño moral más daño Emergente \$ 151.173. De ahí que se multiplica 151.173×9 -que son las personas que presumimos se encontraban en iguales condiciones en este caso (9)- resulta una suma de \$ 1.360.557 (151.173×9). Aclara que, de aplicar como viene haciendo constante jurisprudencia la fórmula aritmética propuesta por el académico Matías Irigoyen Testa, la suma resultante es mucho mayor.

Explica que, en el procedimiento matemático, en este caso, se obtendrá como resultado la ausencia de daño punitivo (cuantificación en cero) si existe 100% de probabilidad de que en todos los casos el infractor sea condenado a resarcir el total del daño materialmente provocado a las víctimas y 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.

Considera 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 y también del actor, que puede aportar parámetros en este derrotero. Concluye en que fue tan grotesca la situación por la que tuvo que transitar y tan evidente la gravísima conducta dolosa del demandado, que la probabilidad de que a la condena principal se agregue otra por daño punitivo cabe estimarla en un 98%, es decir, existe un 2% de probabilidades de que algún tribunal se abstenga de fijar un daño punitivo en circunstancias análogas. Con base en estos parámetros y partiendo de las indemnizaciones solicitadas con carácter resarcitorio (\$151.173 en concepto de daño moral y daño emergente) llega a un daño punitivo de \$7.558.650., mediante el cálculo que determina.

En cuanto al monto máximo establecido en el art.52 bis LDC (\$ 5.000.000) dice que el mismo ha quedado claramente desactualizado, con lo cual, hasta que se modifique, habrá que analizar cada caso concreto y, eventualmente, cuando los parámetros constitucionales y jurisprudenciales del test de la razonabilidad así lo indiquen, se deberá decretar su inconstitucionalidad, para el caso concreto, atento que al momento de la sanción del art 52 bis LDC, los \$ 5.000.000 equivalían a más de un millón trescientos mil dólares aproximadamente con un valor del dólar a \$ 3,70. Siguiendo con el razonamiento expuesto, destaca- que en la actualidad la multa máxima debiera ser alrededor de \$ 60.000.000, para equipararse al valor del momento de la sanción de la norma. Cita jurisprudencia.

Como conclusión entiende que, siendo que el tribunal ha considerado "probado" los cinco hechos (entre ellos tres de carácter doloso con obtención de beneficios económicos y dos con culpa grave) y que, por la fórmula Polinsky y Shavell se llega a una suma de \$ 1.360.557 -como piso- y aplicando la fórmula Irigoyen Testa -como techo- da un total de \$ 7.558.650, la suma de \$2.000.000 puede cumplir con la función disuasiva que está destinada a cubrir el instituto en trato, conforme los lineamientos dados por la jurisprudencia en casos análogos. Pide que se tenga en cuenta que el capital requerido no impacta en la situación patrimonial y financiera de la demandada, probada en autos, más las ganancias obtenidas por comisiones, ni en su equilibrio económico, pero sí puede desalentar objetivamente sus conductas dolosas, máxime cuando tome estado público vía jurisprudencia.

Por último, se agravia por cuanto entiende que el sentenciador omitió aplicar el art 208 del CPCCT, que sanciona la actitud procesal del proveedor consistente en negar o declarar desconocer los hechos invocados por el consumidor o usuario injustificadamente, si se hace lugar a la demanda.

Interpreta que la ley sanciona la negativa injustificada, la mala fe o la temeridad al contestar demanda, teniendo un carácter protectorio congruente con la Constitución de 1.994 y el estatuto consumeril. Agrega que la disposición es el complemento necesario del art 207 que lo precede, y es consecuencia del principio de moralidad del proceso, que obliga a las partes a actuar con probidad y lealtad (art 22 del CPCCT), en función del cual la sanción debe ser aplicada de oficio por los jueces.

Especifica que esta sanción no debe confundirse con los daños punitivos, pues el art 52 bis LDC mira la conducta desplegada antes del juicio, en cambio el art 208 sanciona la conducta desplegada durante el proceso judicial.

Pone en relieve que en autos se acreditó la mala fe de la demandada al negarle todas las pruebas al perito, obstaculizando su trabajo como auxiliar de la Justicia (ni siquiera le brindaron la documentación ofrecida por la propia demandada), amén de hacerlo circular por distintas sedes para lograr reunir los elementos de juicio que se habían solicitado en la pericia. A ello suma la consideración de otras conductas procesales desleales de la demandada, consistentes en pretender confundir a las partes y al juez, introduciendo documental que no tenía nada que ver con el proceso.

Por las razones señaladas, pide que se aplique el art 208 CPCCT ponderando la sanción dentro de los parámetros establecidos por el propio artículo, debiendo valorarse la actividad procesal y probatoria desplegada por el Banco Demandado.

III.- A fs.515/26 la accionada contesta la expresión de agravios.

IV.- A fs. 529 Fiscalía de Cámaras toma intervención en esta instancia (Ley de defensa del consumidor).

V.- La solución.

V. a. Consideraciones preliminares.

La Corte Federal ha sentado que el principio protectorio juega un rol fundamental en los contratos de consumo y "se acentúa aún más en los contratos bancarios celebrados con consumidores y usuarios donde, del otro lado de la relación jurídica, se encuentra una entidad bancaria, profesional en la intermediación financiera y cuya finalidad es obtener un rédito en su actividad". También ha resuelto el Máximo Tribunal de la Nación que estos contratos, "debido a su celebración mediante la adhesión a condiciones generales predispuestas, provocan un contexto propicio para las cláusulas y prácticas abusivas". Por virtud de ello ha concluido en que, en estos casos, la legislación y el control judicial juegan un rol preponderante, "para hacer operativo el derecho previsto en el art. 42 de la Constitución Nacional" (CS, 14/03/2017, 717/2010 (46-P) /CS1 Recurso de Hecho, "Prevención, Asesoramiento y Defensa del Consumidor c/ BankBoston NA s/ sumarísimo").

La sentencia dictada en el grado se pliega a los lineamientos previos y traduce una aplicación razonada del derecho vigente, conforme constancias de marras (arts. 42 y 75 inc. 22 CN; arts. 52, 1738, 1740, 1041, 1092, 1097, 1098 y cc. CCCN; arts. 8 bis, 40 y cc.Ley 24.240). Así lo han entendido las partes en lo que atañe a la atribución de responsabilidad a cargo de la accionada, quedando de tal modo limitado el debate a la justipreciación del daño.

Anticipo que, a mi juicio, lleva razón el recurrente.

V. b. Daño extrapatrimonial.

El menoscabo surge en esta esfera de los hechos mismos y la reparación a cargo de la demandada no se ve impedida ni mermada por tener origen en un incumplimiento contractual. Rige en lo pertinente la tesis amplia que impera en el ámbito del derecho del consumo en resguardo de los derechos del sujeto más vulnerable de la relación.

Me hago cargo, de tal modo, de la asimetría que existe entre las partes, del carácter protectorio del derecho del consumo y de la primacía que adquieren en el caso valores tales como la seguridad y la confianza depositada por el cliente, en orden a la adquisición o la utilización de un bien o de un servicio que satisface una necesidad (TAMBUSSI, Carlos E. "Responsabilidad de la empresa de telefonía celular por modificación unilateral del plan contratado. Daño moral y punitivo", LA LEY 18/09/2017, 5, Cita Online: AR/DOC/2470/2017). Junto con lo anterior, considero que la violación al derecho a la información o a la seguridad, entre otros que asisten a consumidores y usuarios, implica una "violación a su dignidad". Esto convierte de por sí en previsible el sufrimiento anímico que padece un usuario que ve quebrantada su confianza, siendo que ésta es "la clave del sistema bancario" (LOVECE, Graciela I., "Las relaciones de consumo. La prevención, la seguridad y el riesgo empresario" LA LEY 2016-D, 549, Cita Online: AR/DOC/2349/2016)

La jurisprudencia también ha admitido en casos similares que la sola realización del hecho dañoso lleva a presumir la existencia de la lesión moral en los damnificados. Desde esta óptica, se traslada a la demandada la carga de destruir dicha presunción, mediante prueba en contrario que, en autos, no se ha rendido (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D, "Amato, Carlos D. c/ Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. s/ ord.", 29/08/2013, LL 2013-F-438; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala F, "Colucci, Jorge Ricardo c/ Compañía Financiera Argentina y otro S.A. s/ Sumarísimo", 23/10/2012, R.C. y S. 2013-III, 191; entre otros).

Aplicando los lineamientos previos considero que en el presente caso el daño se infiere de las circunstancias probadas, entre las que cuentan las que ponen en evidencia reiterados incumplimientos atribuibles a la entidad demandada. Aquéllos, aunque no han tenido gravedad desde el punto de vista cuantitativo, han tenido aptitud para generar en el consumidor un impacto espiritual negativo. Dicho en otras palabras, los hechos acreditados o, incluso, reconocidos, involucran aspectos vinculados con el trato digno, la seguridad, la previsión y la confianza que el cliente ha visto menoscabados, en términos que, previsiblemente, han debido proyectarse al plano de sus afecciones legítimas (artículos 42 de la Constitución Nacional y arts. 1738, 1740, 1741 y cc. del CCCN).

El deber que pesa sobre la accionada, en orden a reparar el daño extrapatrimonial es, por todo lo expuesto, una realidad fijada.

Dice el actor que el juzgador erró cuando justipreció el daño sin reconocer un monto distinto por cada uno de los incumplimientos probados. No comparto ese cuestionamiento. Considero, por el contrario, que lo importante es que todos los hechos lesivos fueron en la sentencia de grado ponderados. Por eso, mantendré el criterio seguido en la decisión impugnada, sin perder de vista las particularidades que tuvo cada uno de esos hitos a los que el accionante atribuye virtualidad dañadora.

El actor demandó sobre la base de cinco ítems, de los cuales sólo cuatro fueron considerados aptos para generar reparación en concepto de daño material, conforme el siguiente detalle: a) falta de acreditación oportuna de la suma de \$ 6.837 correspondiente a la venta de acciones, que generó el reclamo Nro. 13293337. En este caso, el rubro prosperó por \$ 198, con más sus intereses; b) débito indebido por rubro "Sorpresa Santander Río", sujeto al reclamo Nro. 361303401. La reparación se admitió por \$537, con más sus intereses; c) débito indebido en concepto de comisión por tenencia valorizada de cuenta de custodia. El planteo judicial prosperó por \$ 338, con más sus intereses; d) violación manifiesta de la tolerancia de espera fijada por resolución DDC 102/15, el día 11/04/2017. La condena se despachó por \$ 100, con más sus intereses.

Todos estos aspectos fueron considerados por el juzgador, cuando evaluó el impacto de los hechos en la faz extrapatrimonial.

El recurrente resultó vencido en cuanto a la alegada imposibilidad de comprar o vender acciones existentes en cuenta de custodia, debido a que el sistema on- line telefónico para operar en Bolsa de valores estuvo caído todo el día 24/01/2017. Aun así, el juez de primera instancia reconoció incidencia nociva al mencionado inconveniente, en el ámbito del rubro analizado.

Sobre la base de esta plataforma se elaboró el pronunciamiento en crisis, en términos que el quejoso no ha cuestionado. Las objeciones del apelante transitan por otros carriles argumentativos, que en lo sucesivo abordaré.

En primer lugar, admito el impacto que previsiblemente pueden acarrear los hechos lesivos en la sensibilidad de cualquier persona y, en particular, en quien los sufrió. En tal sentido, pongo en valor que las conductas infractoras de la entidad bancaria son, por sus propias características y por su pluralidad, aptas para producir en cualquiera de sus clientes desasosiego, preocupación e incluso angustia, en términos que superan las incomodidades que normalmente puede generar un incumplimiento contractual. Correlativamente, asumo que aquellas conductas acarrearán consecuencias nocivas, en concreto, para el accionante. Las vicisitudes que le tocó vivir no se agotan en los cinco puntos o cuestiones ya mencionados. Por el contrario, los sucesivos incumplimientos dieron lugar a distintos reclamos extrajudiciales, que formuló el Dr. Da Rold, sin éxito. De allí surgió para el consumidor la necesidad de transitar un planteo judicial que se ha dilatado en el tiempo e insumido ya dos instancias, con todos los vaivenes que son propios de este tipo de trámites.

El actor es un abogado de mediana edad que no ha acreditado ingresos o datos concretos sobre su situación socioeconómica, pero ha aportado elementos de juicio que permiten inferirla. Las propias características de las operaciones que llevó a cabo el demandante ante la entidad bancaria

demandada y su condición de letrado son muestras de una relativa solvencia patrimonial. Indudablemente, la condición de profesional del accionante es digna de ser considerada en orden a la cuantificación del perjuicio, pero esto, que funciona en términos positivos, también obra como contrapeso. Según mi parecer, el Dr. Da Rold pudo presumiblemente minimizar la tensión o penurias que los hechos le provocaron, contrariamente a lo que podrían haberle ocurrido a un lego que, enfrentado a ellas, debería haber requerido asesoramiento profesional, sea para paliar los efectos nocivos, sea para lograr una reparación por vía judicial.

A su turno, asumo que no surge de la causa una especial vocación de disfrute del accionante, que pudiera ser especialmente ponderada para estimar el rubro. Nada dijo al respecto el actor en su demanda. Ahora bien, la ausencia de datos concretos no me impide utilizar, como referencia, algunas de las pautas que normalmente pueden ser ponderadas en casos de este tipo.

En tren de fijar la gratificación compensatoria y sustitutiva de bienes perdidos que el damnificado merece, puedo considerar, por ejemplo, la posibilidad que la indemnización le sirva al sujeto dañado para realizar un viaje. A esto hace referencia el apelante en su queja, en términos que me parece válido considerar, al menos a título referencial.

La traducción del monto indemnizatorio a dólares estadounidenses es otra posible variante que, complementaria o autónomamente, permite concretar los mismos fines. Desde este punto de vista, tomo en consideración que, a la fecha de la sentencia de primera instancia, la cotización del dólar era de \$ 43,50 para la venta, por unidad. Conforme este dato, si la indemnización se fijara en la suma de \$ 65.000, estimada a esa fecha, el resarcimiento equivaldría, aproximadamente, a U\$S 1.500, y podría servir, por ejemplo, para costear un pasaje de ida y vuelta a algún lugar turístico de la preferencia del accionante e, incluso, para cubrir una breve estadía, según el destino que él escoja.

Finalmente, me queda el recurso de apelar al parámetro comparativo que emerge de precedentes dictados en casos análogos, sin perder de vista las variaciones de los valores de cambio existentes entre las fechas en que respectivamente se dictaron los fallos referidos y la data en la que tuvo lugar el pronunciamiento en crisis (CC1: 14/08/2014, autos N° 128.870/50.450, caratulados: "Salinas, María Liliana c/ Banco Columbia S.A. y Ots. P/ D Y P"; 23/05/2013, autos N° 128.903/43.684 caratulados "Naselli Oscar Alberto y ots. c/ Banco de Galicia y Bs. As. p/ d y p", doctrina y jp. citadas, entre otros).

Conjugando los parámetros hasta aquí expuestos, reafirmo mi parecer y juzgo que, el monto de acordado al actor en concepto de daño extrapatrimonial, no cubre, satisfactoriamente, la finalidad que prevé el artículo 1741 del CCCN. Considero que sí responderá estimativamente a esos fines la suma de \$ 65.000, que propongo se admita, a la fecha del fallo de grado, con más sus intereses.

V. c. Daño punitivo.

Con el reconocimiento del daño punitivo se procura punir las conductas reprochables al demandado mediante el pago, a la víctima, de una suma de dinero (art. 52 bis, Ley 24.240).

Sobre el tema mucho se ha escrito y debatido en los foros jurídicos. De ello dan cuenta tanto el pronunciamiento que reviso como el memorial del apelante. Ambos están fundados en cuantiosas citas que, por su pertinencia, me eximen de detenerme en menciones teóricas que serían estériles, por sobreabundantes y porque el punto conflictivo está fijado, exclusivamente, en torno a la graduación del menoscabo.

El apelante reconoce que existen distintas posibilidades de lograr un resultado justo. Incluso admite que sobre el tema media un intenso debate doctrinario, que se replica en la jurisprudencia. Entre otros aspectos, las fuentes discrepan acerca de si, para cuantificar el rubro, es procedente o no la utilización de fórmulas o bien si, en todo caso, ellas deben ser empleadas a título orientativo, pero no como pautas de justipreciación inexorables (JUNYENT BAS, Francisco, "Recaudos de procedencia del daño punitivo. A propósito de la disparidad de criterios en "Teijeiro" y "Esteban", LA LEY 14/08/2017, 7, Cita Online: AR/DOC/2153/2017; en la jurisprudencia: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca, 06/10/2016, "Castaño, María A. c/ Banco Credicoop Coop. Ltda. s/ d y p", Microjuris, cita MJ-JU-M-102090-AR/MJJ102090 y SCJ BS AS., in re "Castelli", 17/10/2018; entre otros).

También se ha establecido, por ejemplo, que para la graduación "deben tomarse en consideración los parámetros que incorpora el art.49 de la ley 24.240" (III Congreso Euroamericano de Protección Jurídica del Consumidor, por unanimidad). Según la doctrina que se hace cargo de esta propuesta, la norma citada, aunque está dirigida a la Autoridad administrativa, puede ser útil para que el juez fundamente y brinde adecuado respaldo a la decisión que adopte, considerando que allí se prevé que, para la cuantificación del rubro, se tendrán en cuenta, entre otros aspectos, el perjuicio que resulta para el usuario o consumidor de la infracción, la posición en el mercado del infractor, la cuantía del beneficio obtenido, el grado de intencionalidad y la gravedad de los riesgos o de los perjuicios sociales derivados de la infracción (ALVAREZ LARRONDO, Federico, "El daño punitivo" en Manual de Derecho del Consumo, Erreius, 2017, página 730).

Otros autores, remitiendo a la jurisprudencia norteamericana, sostienen que en estos casos pesa considerar el grado de reprochabilidad de la conducta, la relación entre la condena de daños reales y los daños punitivos; dicen que se debe comparar, además, lo que han establecido los jueces en

casos similares (WAJNTRAUB, Javier, H., Régimen jurídico del consumidor comentado, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2017, página 314).

Con una mirada parcialmente distinta, más recientemente se ha insistido en que: "lo más importante a la hora de cuantificar los daños punitivos es su función principal, esto es, prevenir que la conducta gravemente reprochable se repita. De ahí la importancia de encuadrarlo dentro de la función preventiva del derecho de daños y no dentro de la punitiva, puesto que esto repercute directamente en la forma de cuantificar. Mientras que en el primer caso se busca el incentivo al proveedor para que adopte aquellas medidas de prevención razonablemente necesarias para evitar daños, en el caso de considerarse una sanción retributiva se buscará castigar al infractor teniendo en cuenta únicamente su culpabilidad y soslayando la prevención de futuros daños y el bienestar de los demás consumidores". Habida cuenta de ello, se agrega, "la cuantificación de los daños punitivos debe estar guiada por la prevención de futuros daños", insistiendo en que, "lo que se busca con los daños punitivos es incentivar a los proveedores a que adopten aquellas medidas razonables de prevención de daños y desalentar aquellas prácticas elusivas de la responsabilidad por abaratamiento en los costos de prevención" (MENDIETA, Ezequiel N., "Cuánto por daños punitivos? A propósito de la fórmula "Irigoyen Testa"", LA LEY 21/02/2019, 4, Cita Online: AR/DOC/16/2019).

Podría extender aún más la mención de las opiniones que el tema ha suscitado, pero no me parece útil ni necesario hacerlo, porque estoy convencida de que, lo que hasta aquí expuesto, arroja con claridad que las fórmulas pueden ser, sin dudas, parámetros útiles, pero no de aplicación exclusiva.

Me hago cargo de que la utilización de ese tipo de herramientas es polémica y genera incluso conflictos de difícil resolución, cuando, como ocurre en autos, no se cuenta con la totalidad de los datos objetivos que permitirían su empleo acabado. Tengo para mí, en definitiva, que la precariedad de datos confiables conspira contra la utilización de las fórmulas por las que se inclinan algunos tribunales o, lo que es más grave aún, convierte, a la postre, en más azarosos sus resultados. Así las cosas, opino que recurrir a la opción formularia no sería más seguro que efectuar la graduación con ajuste a un criterio discrecional ceñido a la prudencia y a las constancias de la causa y sólo implicaría intentar una justificación objetiva, que no sería tal.

A tono con la convicción que he sentado, juzgo que el resultado que persigue el actor puede fundarse válidamente en el texto legal aplicable y en otros parámetros complementarios, tales como los que propone la jurisprudencia norteamericana en términos que, sin riesgo alguno, está facultado para emplear el juez argentino (WAJNTRAUB, cit. página 314).

Fijado el marco teórico insisto en que la conducta en que incurrió la accionada es grave, no por su magnitud cuantitativa, sino por su reiteración, por su prolongación temporal y por el detrato que ella implicó para el consumidor del servicio bancario, en términos violatorios de sus más

elementales derechos. La pluralidad de hechos que relaté al tratar en el rubro anterior, la infructuosa promoción de reclamos por parte del cliente, la falta de información, el trato indigno al que aquél fue sometido y el peregrinaje judicial que tuvo por delante son, entre otros aspectos, acabada prueba de lo que vengo exponiendo. Todos estos sucesos, en su conjunto, magnifican el impacto dañoso que sufrió el sujeto vulnerable en particular, y, además, permiten inferir, con relativa certidumbre, que hechos del estilo deben haberse replicado, generando para otros clientes de la misma entidad similar nocividad y, como contrapartida, cuantiosos e injustificados beneficios económicos para la proveedora del servicio bancario.

Aunque no está demostrado que sucesos del tipo hayan motivado la promoción de otras demandas similares por el colectivo de los clientes potencialmente afectados, nada impide presumir que esto pudo haber tenido lugar. En todo caso, lo que importa es aceptar que, si las demandas no se produjeron, eso ha implicado un invaluable provecho para la entidad bancaria, por diversas razones: porque ingresaron fondos indebidos a sus arcas, porque no ha debido erogar los costos de su reintegro a los afectados y porque no ha tenido que afrontar el pago de los consecuentes daños, incluidos los punitivos.

No pierdo de vista, en paralelo, que la causa enfrenta a un consumidor con una entidad prestigiosa, con relevante presencia en el mercado nacional. Esto último está, básicamente, apoyado por una profusa publicidad de sus servicios, en la que se hace gala de créditos que contribuyen para que una gran cantidad de usuarios opten por contratar los servicios de la entidad.

Dije ya y lo reitero, que están probados los incumplimientos, irregularidades y destratos que dieron pie a la contienda; también lo está la indiferencia y desidia rayana con el dolo que demostró la entidad, frente a los reclamos de su cliente. Justificado lo anterior, subrayo la doble finalidad preventiva y sancionatoria que tiene el reconocimiento de la multa en trato y, con ello, cierro el círculo de razones que definen mi convicción en el sentido que, la suma reconocida en el grado, apenas mellaría las arcas de la institución, a juzgar por los datos que surgen de la pericial y lo que la realidad misma permite inferir.

Para propugnar el incremento del monto reconocido en la instancia previa, barajo dos cuestiones adicionales. Por un lado, aludo a la posibilidad que, al ser erogada la condena, se producirá un incentivo para que la entidad bancaria corrija las fallas que tuvieron lugar en su seno e impida su reiteración, evitando la promoción de otros pleitos semejantes que, a la postre, podrían terminar verdaderamente minando su economía. Me hago cargo, por último, de la función ejemplificadora y disuasiva que puede tener la condena que propongo en lo que concierne a otras entidades bancarias que, precavidas de estas consecuencias, esperablemente se inclinarán por adoptar los recaudos necesarios para prevenir el daño en casos del estilo (MENDIETA, Ezequiel N., "Los daños punitivos como herramienta de control de los consumidores bancarios", DJ20/07/2016, 1, Cita Online:AR/DOC/817/2016).

Por todo lo expuesto y conforme las pautas que a título comparativo emergen de los precedentes citados (véase, en particular, causa "Castaño", cit.), propicio que se condene a la accionada al pago de la suma de pesos trescientos mil (\$ 300.000) en concepto de daño punitivo, con más sus intereses, según lo establecido en la instancia anterior.

V. d. Sanción por litigar sin razón valedera.

El actor objeta que en la sentencia en crisis se omitió hacer regir el art. 208 del CPCCT. Se trata de una norma que permite que el juez establezca una sanción, hasta un porcentaje determinado, a cargo de la demandada que negare o declarare desconocer los hechos invocados por el consumidor injustificadamente, cuando la demanda promovida por aquél resulte exitosa. Dentro de estos parámetros, considero que lleva razón el apelante, porque están dados los presupuestos para que la aludida sanción se aplique, aun de oficio (FURLOTTI, S.- LEIVA, C., comentario al art. 208 del CPCCT en Código Procesal Civil, Comercial y Tributario de la Provincia de Mendoza, ASC Librería Jurídica, 2da. Edición, Mendoza, 2018, páginas 581/83).

La causa informa que el proveedor del servicio planteó una resistencia basada en una pretendida falta de legitimación, que a todas luces no pudo prosperar, por virtud de las normas y principios que, con acierto, aplicó el juzgador de grado. Además, en su responde la accionada desplegó negativas genéricas y específicas que quedaron, prácticamente en todos los casos, desvirtuadas. También planteó, sin éxito, la inconstitucionalidad del art. 52 bis de la Ley 24.240 y ofreció prueba notoriamente improcedente que, por esa razón, fue desestimada.

Sólo con criterio en extremo flexible podría considerar que la conducta de la demanda que he descripto, se inserta en los límites del ejercicio regular del derecho de defensa. No me detendré, sin embargo, en lo actuado en la etapa inicial y proyectaré mi juicio en orden a verificar cuál fue, a lo largo de las actuaciones cumplidas, el desempeño del proveedor.

En tal sentido pongo en valor que, en la sustanciación, la accionada, que tenía prioritariamente la carga de colaborar con el auxiliar (art. 207 CPCCT), le retaceó información; lo hizo a punto tal que aquél tuvo que solicitar al tribunal de grado que librara un emplazamiento a la entidad bancaria, para que le proporcionara el material necesario para la confección de su dictamen. Esta medida también fue resistida por la demandada, con argumentos inaceptables. A la vez, la orden judicial fue cumplida de manera parcial, tal como lo expuso el experto en su dictamen y en las aclaraciones que con posterioridad evacuó.

En estos términos, juzgo que existió una injustificada infracción al deber de colaboración que le cabía a la apelada que produjo, además, efectos dilatorios en el proceso. Por ello, considero que la conducta procesal desplegada por el Banco Santander Río, al menos en la etapa probatoria, no se ciñó al principio de la buena fe. Desde esta perspectiva, propongo que se subsane la omisión cometida en la instancia anterior y se haga aplicación del ya citado artículo 208 del CPCCT, disponiendo que la sanción alcance al 10 % del total establecido como resarcimiento, a favor del demandante, en concepto de perjuicios adicionales por la tramitación del proceso.

Si mi opinión es compartida, el pedimento del apelante debería prosperar por la suma de \$ 6.617, que cargará los intereses correspondientes desde la fecha en que quede firme el pronunciamiento de primera instancia y hasta el efectivo pago, conforme la tasa prevista por la Ley 9041.

Así voto.

Las Juezas de Cámara Marina Isuani y Alejandra Orbelli adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Sobre la segunda cuestión propuesta la Sra. Jueza de Cámara Silvina Miquel dijo:

Las costas de primera instancia deben mantenerse, porque no medió agravio al respecto.

En cuanto a las costas de alzada, deben imponerse a la vencida en lo que prospera el incremento petitionado en concepto de daño moral y el rubro tratado en el punto V. d. No corresponde imposición en lo que respecta al daño punitivo (véase, de esta Cámara: 31/10/2019, CUIJ: 13-00699905-5 ((010301-54367)), "Baro Vila, Juan Pablo c/ Hospital de Día S.A. s/ Daños y Perjuicios". Véase también: SCJMza., 11/03/2014, autos N° 108.977, "Castillo Julio Daniel en J° 149.520/14.364 Castillo Julio Daniel c/ Banco Patagonia S.A. s/ Daños Y Perjuicios s/ Casación"; 18/10/2106, expediente Nro. 13-00693521-9/1 "Fornetti, Omar Esteban en J° 51.679 Fornetti Omar Esteban c/La Mercantil Andina S.A. p/D. Y P. s/Inc."; 08/05/2018, CUIJ: 13-03633997-1/1((010304-52481)), "Cáceres, Carlos Alberto en J°255.168/52481 "Cáceres, Carlos Alberto c/ América Servicios p/ Daños y Perjuicios p/ Recurso Ext. de Inconstitucionalidad". Arts. 36 y 204 CPCCT).

Así voto.

Las Juezas de Cámara Marina Isuani y Alejandra Orbelli adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Con lo que se dio por concluido el presente acuerdo dictándose sentencia, la que en su parte resolutive dice así:

SENTENCIA:

Mendoza, 12 de noviembre de 2019.

Y VISTOS: lo que resulta del acuerdo precedente, el Tribunal RESUELVE:

1).- Hacer lugar al recurso promovido por la parte actora y, por ende, modificar el fallo de grado, que queda redactado en los siguientes términos: "I.- HACER LUGAR parcialmente a la demanda por daños y perjuicios promovida a fs. 44/60 por el Dr. ANDRES AGUSTÍN DA ROLD contra BANCO SANTANDER RIO S.A.y en consecuencia condenar a la accionada a pagar a la actora en el plazo de DIEZ DÍAS de quedar firme y ejecutoriada la presente sentencia pague la suma de pesos trescientos setenta y dos mil setecientos noventa (\$ 372.790), con más los intereses determinados en los considerandos precedentes. Asimismo, el accionado deberá dar cumplimiento a lo ordenado en el pto. D para que la demandada en el plazo de 10 días deje de cobrar o percibir la comisión no autorizada por el actor respecto a comisión sobre tenencia efectiva en cuenta custodia, debiendo cobrar solamente, la comisión por la operación de compra venta de acciones, derechos de bolsa, y mantenimiento de cuenta única, dejando de lado la comisión de 0,12% por tenencia valorizada, respecto del actor.

II.- Imponer las costas a la demandada por lo que prospera la demanda y por lo que se rechaza en el orden causado.

III.- Regular los honorarios profesionales por lo que prospera la demanda a: Dr. ANDRES A. DA ROLD en la suma de pesos . (\$.), Dra. PAOLA MARIANETTI en la suma de pesos.(\$.); Dr. ROGELIO NAZAR BOULIN en la suma de pesos.(\$.), Dr. RAUL ALBERTO CORREAS en la suma de pesos.(\$.), sin perjuicio de los complementarios que les pudiera corresponder (arts. 2, 4, 13, 3 y 31 ley 9131).

IV.- Regular los honorarios del Perito Contador JOSE ALBERTO ISGRO en la suma de pesos.(\$.) (art. 184 del CPCCyT)".

2).- Regular los honorarios de segunda instancia, por lo que prospera el recurso, a los abogados Andrés A. Da Rold, Raúl A. Correas y Rogelio Nazar Boulin, en las sumas respectivas de pesos .(\$.),.(\$.) y .(\$.) (Arts. 15 y 31, ley 9.131).

3).- Regular los honorarios de segunda instancia, por lo que no prospera el recurso, a los abogados Raúl A. Correas, Rogelio Nazar Boulin y Andrés A. Da Rold, en las sumas respectivas de pesos.(\$.),.(\$.) y . (\$.) (Arts. 15 y 31, ley 9.131).

NOTIFÍQUESE. BAJEN.

DRA. SILVINA MIQUEL

Juez de Cámara

DRA. MARINA ISUANI

Juez de Cámara

DRA. ALEJANDRA MARINA ORBELLI

Juez de Cámara