

DA ROLD ANTONIO ADOLFO CONTRA BBVA BANCO FRANCES POR PROC DE CONSUMO P/ PARA DICTAMEN

105936168

En la Ciudad de Mendoza, a los once días del mes de noviembre del año dos mil veintidós, se reúnen en la Sala de Acuerdos las sras. Juezas de la Excma. Quinta Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, Paz y Tributario, y traen a deliberación los autos 35401/56118 DA ROLD ANTONIO ADOLFO CONTRA BBVA BANCO FRANCES POR PROC DE CONSUMO originaria del Tercer Juzgado en lo Civil, Comercial y Minas de la Tercera Circunscripción Judicial, venida a esta instancia en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia definitiva de primera instancia

Llegados los autos al Tribunal se ordena expresar agravios, por lo que sustanciado el recurso y habiendo dictaminado la Sra. Fiscal de Cámaras, quedó el expediente en estado de dictar sentencia. Practicado el sorteo de ley arrojó el siguiente orden de estudio: Dras. Patricia Canela, Carla Zanichelli y Beatriz Moureu.

En cumplimiento de lo dispuesto por los Artículos 160 de la Constitución Provincial y 141 del C.P.C.C. y T. se plantearon las siguientes cuestiones:

PRIMERA CUESTIÓN: ¿Es justa la sentencia apelada?

SEGUNDA CUESTIÓN: Costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN LA Dra. PATRICIA CANELA DIJO:

I. La sentencia recurrida hizo lugar a la demanda por daños y perjuicios interpuesta por el actor, sr. Antonio Adolfo Da Rold y condenó a BBVA Banco Francés a abonarle la suma \$ 2.262.645 con más los intereses que fijó, imponiéndole las costas del proceso.

Relató el actor que fue cliente del Banco demandado por más de 30 años y que decidió dar de baja a todos los productos que tenía con la accionada como tarjetas de crédito, caja de ahorro y cuenta corriente, caja de seguridad, etc., lo que ocurrió el día 17/12/2019, habiendo dado por terminada toda relación con el banco.

Sostuvo que diecisiete meses después la entidad comienza a reclamar una deuda que no tenía a través de mensajes de texto, email, whats app y llamadas donde lo

injurian, le exigen y lo extorsionan con el pago de algo inexistente e ilegal, todo lo cual le ocasionó consecuencias morales y económicas, a lo que debe agregarse la inclusión en la base de datos de morosos del Banco Central de la República Argentina y Veraz. Y que como consecuencia de ello perdió la oportunidad de compra como inversión de un departamento en pozo, que luego es revendido a la misma empresa constructora, lo que ya había realizado con anterioridad y nuevamente la iba a realizar el día 30 de mayo del año 2021, pero que la empresa constructora le rechazó la operación por encontrarse incluido en la base de datos como moroso. Reclamó daño emergente, daño moral, daño punitivo y aplicación del art. 208 del Código Procesal Civil, Comercial y Tributario de Mendoza.

La accionada compareció al proceso y dio su versión de los hechos resistiendo la pretensión.

La sentenciante aplicó el Código Civil y Comercial, como asimismo la Ley de Defensa del Consumidor, consideró acreditado los daños y admitió la demanda por la suma arriba referida a cuyos fundamentos me referiré al tratar los agravios de la apelante y en la medida en que hayan sido cuestionados por ésta.

II. Al fundar su recurso manifiesta el mandatario judicial de la accionada que la sentencia está basada en consideraciones dogmáticas, alejadas de la realidad de los hechos y que se basa además en prueba notoriamente inválida, en afirmaciones carentes de fundamentación que ha colocado a su parte en estado de indefensión, tachándola de arbitraria por estar basada exclusivamente en la voluntad del magistrado de primera instancia.

Sostiene que incurre en un error sobre los hechos controvertidos, porque tiene por afirmado que el actor concurrió al banco demandado a finalizar la relación comercial el día 17 de diciembre de 2019, lo cual no resulta cierto, puesto que su parte sostuvo algo distinto; que aquél probó que cerró sus cuentas bancarias, caja de ahorros y cuenta corriente, pero no realizó la baja de la tarjeta y cuenta Visa ya que no existe prueba de ello en el expediente y que su parte no podía acercar esta prueba porque no realizó la solicitud de dicho producto, ni surge la misma de ninguno de los instrumentos sin relación con los hechos y que se endilga a su mandante no haber acompañado.

Refiere que al no estar dada de baja la tarjeta de crédito generó cargos que por estar impagos motivaron la radicación de la deuda en el sector recuperación crediticia del Banco y la derivación a Agencia para el intento extrajudicial de cobro, pero que el banco atento a que no había consumos y lo exiguo de la deuda, dio de baja a ésta y se lo informó al actor, que la sentencia sin ninguna fundamentación, interpreta esto como no cierto, que antes de la demanda no existía la deuda ni el banco lo informaba como deudor el BCRA.

Expresa que su mandante concurrió al proceso de buena fe y claramente indicó que a la fecha de la demanda no lo había informado y acompañó la prueba de acceso público

emitida por la central de deudores que claramente demuestra ello y que resulta contradictorio la antijuridicidad que se asigna en el comportamiento de su mandante, cuando por otro lado la misma sentencia entiende que no existen motivos para condenar a las obligaciones de hacer reclamadas.

Se queja por la condena al pago de la suma de \$ 70.000 correspondiente a los honorarios que el sr. Da Rold padre, habría abonado a su hijo abogado para la confección de la demanda, ya que la jueza considera acreditado el pago por la sola emisión de la factura, aunque no exista constancia alguna del pago real de los mismos y que estando frente al daño emergente éste debe estar probado y no sólo invocado debiendo el juzgador analizar con mayor detenimiento el rubro, en la búsqueda de la verdad real y que de acuerdo a la jurisprudencia la factura es prueba de la celebración de un contrato, pero la prueba del pago de la factura es el recibo y no la factura misma además de la normativa que exige la instrumentación del pago mediante intervención bancaria cuando se supera un mínimo.

Cuestiona que se haya otorgado el 100% del rubro lucro cesante basándose en una prueba no válida ya que no reúne la entidad que la norma y el sentido común exigirían para darle valor de prueba única y definitiva, pues el actor reclamó la suma de u\$s 8.000 en base a unas supuestas pérdidas por la no realización de un negocio que dice no pudo realizar con un fideicomiso al que describe como un asunto económico o de compraventa, pero que en definitiva es un negocio financiero no acreditado, donde lo que refleja es que un inversor prestaría dinero a un fideicomiso o a un constructor y este le proporcionaría como garantía la obligación de que construido un departamento y vendido a un tercero, el fideicomiso devolverá el prestamista inversor la suma dada con un reconocimiento de intereses; y que este relato pretende que se le crea que el mutuario, quien recibiría el dinero de contado en el caso u\$s 45.000, con quien también afirma el actor habría celebrado con el mismo una operación similar en el pasado, en el caso lo rechazó, porque quien presta el dinero aparentemente tiene una deuda de tarjeta de crédito de \$ 4.900 con un Banco, entonces este mutuario se niega a recibir el préstamo, que le permitiría construir y celebrar la operación.

Dice que para probar esto ofreció el accionante como prueba un oficio a la empresa que sería su socio en el referido negocio a la cual su parte se opuso ya que las preguntas en él formuladas tenían como finalidad ofrecer una prueba testimonial oculta, protegida de las posibilidades de repreguntas del tribunal y de la contraria y liberando a quien responde de siquiera decir la verdad, toda vez que no existe el juramento de ley previsto para recibir cualquier testimonio.

Insiste que dicha prueba no es idónea o pertinente en los términos de nuestro ordenamiento procesal y resulta agravante del derecho constitucional de defensa en juicio, cuestionando que la jueza se basara exclusivamente en ella para otorgar una cifra millonaria de indemnización por el rubro ya que el monto del daño surge de un supuesto informe

donde no figuran fechas, detalles de la supuesta obra construida, si se construyó o no, ni indica en qué calidad y formas de pago ingresaba el Sr. Da Rold prestamista o inversor, que no se acompaña el supuesto manual que menciona o qué comprobantes de las ventas e inversiones realizadas ya que menciona que se actuó en base a lo dispuesto por un escribano que no identifica ni prueba con documental la supuesta ganancia que habría obtenido el actor, siendo absurdo que no pueda concretar una operación de U\$S 45.000 por una supuesta deuda de tarjeta de crédito por \$ 4.900.

Expresa que la jueza comete dos errores, uno que en el afán de menoscabar la posición del banco demandado sostuvo que éste al contestar la demanda adujo que no informó al actor como deudor en el BCRA, lo cual no es cierto, ya que acompañó la prueba de los meses que sí informó de ello. Y el segundo que, con el afán de beneficiar a la actora, trata de responsabilizar al banco de la orfandad probatoria del rubro cuando ello correspondía a ella, aduciendo que era éste quien podía haber ofrecido prueba testimonial, arbitrariedad que no está avalada por el ley de defensa del consumidor y que ha habido abuso del derecho y en especial abuso procesal.

Se agravia de la condena a pagar el daño punitivo. Con cita jurisprudencial y doctrinaria señala que el rubro tiene una finalidad sancionatoria, destacando que la sentencia contiene afirmaciones dogmáticas realizando una creación de los hechos al sostener que el banco no advirtió al Sr. Da Rold cuando fue a dar de baja sus productos, que también debía dar de baja a la tarjeta Visa, por un trámite extra, lo que no se basa en prueba alguna, ni siquiera en los dichos de la demanda y que es una falta de conocimiento sostener que no es común que un cliente cierre caja de ahorros y cuenta corriente y deje la tarjeta abierta cuando por el contrario ello sí es común y se ha incrementado mas aun en estas épocas de crisis económica; que carece de probanza que lo haya “llenado de mails” como aduce la *a quo* y critica que se le adjudique una conducta reprobable por haber dado de baja a la tarjeta en cuestión en el mes de mayo de 2021; que en todo momento se indicó que era deuda del producto de tarjeta de crédito que el propio actor reconoce le fue informado, careciendo de relevancia respecto de la prueba que dice que no acompañó su parte sobre el monto de la deuda y su origen.

Dice que la sentencia es contradictoria al rechazar las obligaciones de hacer que la accionante reclamó al banco porque ya no estaba informada la deuda, por lo que solicita el rechazo del rubro teniendo en cuenta que no existe deuda a la fecha de la demanda, ni conducta alguna que corresponda desplegar al Banco con relación la deuda.

Cuestiona el otorgamiento del rubro daño moral aduciendo que la realidad de los hechos invalidan la pretensión y en su caso la suma asignada por él que considera abultada y arbitraria .

Sostiene que el actor conocía la respuesta del banco informando la baja de la cuenta y tarjeta Visa y que la demanda fue iniciada como el propio actor reconoce a

sabiendas de la baja de la deuda y de la información pública de la base de datos del BCRA, todos hechos y elementos que no han querido ser tenidos en cuenta en la sentencia por no compadecerse con la elaboración dogmática y arbitraria en que se basa.

Se queja porque se admitió la condena que prevé el art. 208 del CPCCyT, basándose en que sólo se ofreció como prueba de su parte un informe del BCRA al que se consideró insuficiente y por no acompañar el legajo crediticio del actor, siendo éste último irrelevante toda vez que sostiene que se ha reconocido la existencia de una deuda por tarjeta de crédito, los motivos de la misma, la inclusión del actor en central de deudores del BCRA, no siendo todo ello motivo de discusión sino si había mediado obrar antijurídico del banco y las indemnizaciones pretendidas.

Expresa que no ha litigado sin razón valedera como le endilga la sentencia cuando lo que ha hecho es defenderse de una pretensión millonaria.

III.- Al contestar los agravios el actor solicita se rechace la apelación a cuyos argumentos me remito en mérito a la brevedad.

IV. La solución.

a) Bajo el paraguas normativo del art. 42 de la Constitución Nacional, tanto la ley 24.240 y su modif., como la normativa del C.C. y C. (arts. 1092 a 1192) tienden a la protección de usuarios y consumidores y aspiran a lograr equidad en las relaciones de consumo. En líneas generales, la normativa citada agrava las obligaciones y las responsabilidades de los proveedores de bienes y servicios, tendiendo a proteger y privilegiar a los consumidores de esos bienes.

Y en especial, el CCyC ha incluido normas concretas respecto a los consumidores bancarios (art. 1384 y ss.) estableciendo que se aplicarán a los contratos bancarios celebrados por consumidores o usuarios, todas las disposiciones aplicables a los contratos de consumo en general, de conformidad con el art. 1093 de dicho cuerpo legal. De la simple lectura de estas normas se recalcan los principios protectorios, derechos y obligaciones que se hayan en la ley 24.240 y que las comunicaciones del BCRA A-5460 y A 5491- dictadas en el año 2013- sobre el régimen de protección de los usuarios de servicios financieros, profundizan.

Así, podemos afirmar que el microsistema consumeril se adecua e integra con el sistema o régimen general de la responsabilidad civil y la teoría general de daños que se posa en nuevas regulaciones sobre protección de las víctimas, todo sin perjuicio de los efectos propios que producen las acciones de daños en las relaciones de consumo, como por ejemplo lo es la función sancionatoria (art. 52 de la LC).

La sra. jueza de grado ha enmarcado el conflicto en la referida normativa, cuestión no discutida por las partes, debiendo recordar que el caso traído a conocimiento se da en el marco de una posición dominante de facto por parte de la entidad crediticia con una fuerte asimetría del sinalagma a favor de ella y en perjuicio al usuario de los servicios bancarios. En tal sentido se ha expresado que “ no puede ignorarse que el fundamento último del régimen tutelar del consumidor reside en la vulnerabilidad que lo afecta en el marco de un mercado caracterizado por fallas estructurales y por estar dirigido preponderantemente por la actividad de los empresarios o profesionales”, entendidos éstos como profesionales del mercado. (Conf. Hernández, Carlos y Frustragli, Sandra “ Daños al Consumidor en las relaciones de consumo: el impacto del CCyC de la Nación”. En Tratado de Derecho de Daños, Sebastián Picasso y Luis Sáenz, directores, Tomo III, pág. 1071. Ed. La Ley, Bs.As. Agosto 2019).

Hecha esta breve introducción, considero que la accionada no ha conseguido probar su falta de responsabilidad en relación a los principales incumplimientos contractuales que ha acusado el actor a pesar de sus quejas ante esta alzada, debiendo aquí destacar que al respecto se ha limitado a reiterar los argumentos desplegados en su contestación de demanda sin criticar razonadamente los argumentos de la sentencia que ha puesto en crisis, expresando meras discrepancias, no pudiendo dejar de considerar la actitud por ella asumida, limitándose a negar todo mas no produjo prueba alguna de carácter extintiva sobre su responsabilidad, cuestión que la *a quo* adecuadamente meritó respecto del deber de probar que le cabía a la accionada en la causa para deslindar aquélla, pues estamos frente a un proceso de consumo de cuya esencia misma es de aplicación la denominada concepción dinámica de la carga de la prueba. En efecto, el [art. 53 de la LDC](#) establece que en las acciones judiciales de consumo la carga probatoria grava más al proveedor que al consumidor. Se le impone al proveedor la obligación de colaborar con el esclarecimiento del debate, aportando las pruebas que obren en su poder, es decir, directamente dispone que esa carga pese sobre el proveedor y no sobre el usuario o consumidor.

Ello está en consonancia con lo dispuesto por el Código Procesal Civil, Comercial y Tributario de Mendoza, que ha creado un proceso especial para dirimir conflictos derivados de tales relaciones y el cual es claro al establecer en su art. 207 referido a la carga y valoración de la prueba : “Sin perjuicio de la distribución de la carga de la prueba que pueda realizar el Juez, los proveedores demandados deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio. En caso de duda sobre la interpretación de los hechos y de la valoración de la prueba, prevalecerá la más favorable al consumidor.” Así, hay una presunción legal de que el proveedor tiene los medios necesarios para dar una respuesta sensata a los planteos del consumidor, conforme lo expresa Gerónimo Gil Di Paola (Comentarios al Código Procesal Civil, Comercial y Tributario de Mendoza. Ed. Aguaribay, pág. 594. 2019)(SCJM, 03/05/2018, “Alonso, Esteban..” www.jus.mendoza.gov.ar).

A lo que cabe agregar que expresamente la magistrada de grado hizo saber a las partes que aplicaría dicho principio en base a lo normado por el referido art. 207 del CPCCyT (auto de fs. 56).

Además, el art. 2 inc. I ap. i) del referido cuerpo legal, ha consagrado expresamente el deber de colaboración de las partes y que sin dudas es una visión solidaria del proceso que se emparenta directamente con el principio de buena fe, que mira el desempeño y la conducta de aquéllas cuya finalidad es el resultado útil de la actuación de la jurisdicción.

Va de suyo entonces, que tanto la normativa de fondo como la procesal actual exigen que el Juez valore la conducta de colaboración asumida por el proveedor de servicios, resultando que del material probatorio incorporado a la causa no se advierte la incorporación de prueba aportada por la demandada de manera que amerite concluir que dicha conducta fue asumida y cumplida dentro de los parámetros legales referidos.

Así, en un relato confuso, desarrollado tanto al contestar la demanda como al fundar los agravios, se advierte contradicciones de la quejosa al referir que los hechos no son como los expresara el actor, desconociendo haber informado al BCRA la situación de deudor de riesgo cuando ella misma aportó un informe que acredita lo contrario y el resto de las afirmaciones que realiza respecto de las cuales nada prueba. Por el contrario, la prueba de los hechos constitutivos fueron aportados por el accionante de la cual resulta la generación de una deuda sin causa, la inclusión del mismo en registro de morosos con alto grado de calificación, las intimaciones cursadas mediante mails y whats app para que cancelara la misma y la falta de respuesta del banco frente a los reclamos que aquél le hiciera por carta documento.

Y su falta de colaboración se evidencia aún más al no poner a disposición de la perito contadora la documentación pertinente para que ella realizara la pericia encomendada, prueba que fuera aceptada por el Tribunal y no cuestionada por la accionada. Por otro lado, tampoco cumplió con el compromiso asumido en la audiencia inicial de acompañar el legajo del actor en un plazo de diez días, pues su queja de que tal legajo era innecesario es una ponderación que debe hacer el juzgador y no la parte, siendo tal actitud una muestra más de la falta de cooperación.

Por lo expuesto y dada la ausencia de crítica contra el argumento central de fallo respecto de la responsabilidad de la accionada es que debe desestimarse el agravio.

b) Analizaré ahora las quejas referidas a los rubros concedidos y en tal sentido propiciaré la admisión parcial del recurso.

Considero que los rubros daño emergente, daño moral y daño punitivo deben ser confirmados, no sí el lucro cesante.

Respecto del primero el cuestionamiento no es más que una reiteración de lo manifestado en primera instancia en relación a que una factura no acredita el pago.

A tal fin el actor acompaña una factura tipo “C”, emitida el 04 de junio de 2021 por el dr. Andrés Da Rold por la suma de \$ 70.000, consignándose en la misma que es en concepto de “Honorarios por redacción de carta documento, asistencia, consultas y actos preparatorios para la defensa y acción en Causa de Proceso de Consumo contra BBVA Banco Francés, por hechos originados en la sucursal de Rivadavia, cobros ilegales”.

Si bien la confección de una factura implica que se ha realizado determinada operación pero no el pago en sí y que éste se acredita con un recibo que respalde el pago total o parcial de una operación que fue documentada mediante la emisión de facturas, ello no es óbice para ignorar que el gasto se ha generado y el hecho que no lo haya cancelado no implica que no haya surgido la obligación de pagar los honorarios al abogado que lo asesoró en el conflicto habido con la entidad emisora.

Todo trabajo del profesional del derecho previo a la interposición de una demanda debe ser remunerado, aun cuando se trate de una relación entre padre e hijo, argumentos de la quejosa que no pueden ser atendidos pues no hay norma alguna que exprese que los abogados deben trabajar gratuitamente para sus parientes.

Ante la falta de nuevos argumentos por parte de la apelante considero que el rubro debe confirmarse.

Respecto de los rubros daño moral y daño punitivo, estimo que los mismos también deben confirmarse en tanto los agravios lucen desiertos ya que se limita la apelante a transcribir parte de la sentencia, a invocar jurisprudencia y declamar conceptos, pero nada dice respecto a los fundamentos expuestos en ella para su otorgamiento, por lo que la falta de técnica recursiva me eximen de realizar mayores consideraciones.

Por otro lado propiciaré la admisión de la queja referida al lucro cesante.

La parte actora fundamentó la procedencia del rubro en la frustración de comprar, como inversión, un departamento en pozo a una empresa constructora para luego ser revendido por ésta, señalando que dicha metodología ya la había realizado en el pasado y la iba a realizar nuevamente el 30 de mayo de 2021, pero que fue rechazada la operación por la empresa por el hecho de haber estado incluido en la base de datos de morosos del BCRA y de Veraz. Detallando luego cómo es esa operatoria con un fideicomiso y que de haber podido realizar la misma habría obtenido una ganancia de U\$\$ 8.000. Tal pedido lo fundamentó exclusivamente en un oficio informativo de la referida empresa constructora, prueba que considero insuficiente como para conceder el rubro ya que no me permite llegar a la conclusión sobre la verdad de los hechos invocados para ello.

Es que la prueba en el proceso de daños se encuentra delineada por los requisitos condicionantes del crédito indemnizatorio o, en otras palabras, por los presupuestos sustanciales de la responsabilidad civil que son los que deben ser probados, pues como expresaba Morello los mecanismos y técnicas procesales son los que aseguran, en definitiva, el reconocimiento del derecho, determinando las bases y cuantificación de la condena, así como su ejecución (MORELLO, Augusto, “ El derecho de daños en la Corte Suprema”, en BUERES, Alberto, Director, “ Responsabilidad por daños. Homenaje al Dr. Jorge Bustamante Alsina”, Abeledo-Perrot, Bs. AS., 1998, T.I, pág. 135).

No desconozco que la acreditación del lucro cesante puede presentar dificultades ya que para acreditar las ganancias que el damnificado ha dejado de percibir, la pérdida de ingresos o la frustración de un enriquecimiento patrimonial no siempre se cuenta con pruebas indubitadas que den absoluta certeza, y es por ello que debe recurrirse en la mayoría de los casos a presunciones pero necesariamente debe producirse prueba conducente al efecto, pues deben existir elementos suficientes como para tener por acreditado que el damnificado perdió la posibilidad de obtener una ganancia como consecuencia del obrar antijurídico (art. 1738 del CCy).

Es que el actor se ha limitado a acompañar la contestación de un oficio por él impulsado, firmado por una persona que dice ser presidente de AISA -supuestamente la empresa constructora- que se traduce en un simple informe particular y que no hace más que relatar hechos al igual que los desplegados en su demanda, siendo manifestaciones que refiere a una serie de condiciones y metodologías para realizar operaciones de inversión sin ninguna documentación respaldatoria.

Dicho informe es exiguo e incompleto para conceder lo pedido, a contrario de la valoración que de él realizó la jueza de grado, pues considero que esta prueba debería haberse completado con otras que acreditaran las referidas operaciones anteriores del accionante y de cómo se le frustró el negocio que dice fue a realizar, por ejemplo con un rechazo expreso y fehaciente por parte de la empresa para ingresar a la inversión, o bien por testimonios de personas que participaran también en la operación y que pudieran acreditar el fracaso de la negociación, de modo tal que varios elementos probatorios hilados en el contexto permitieran crear la convicción sobre la veracidad de los hechos invocados, carga que no ha cumplido el actor por lo que debe cargar con las consecuencias desfavorables.

Propongo entonces hacer lugar al agravio y en consecuencia rechazar el rubro lucro cesante.

Por último, y dado como se resuelve el recurso, considero que no es pasible la accionada de la sanción prevista en el artículo 208 del CPCCyT, ya que la resistencia que ejerció se enmarca en su derecho de defensa frente a las pretensiones que no han sido todas acogidas.

La sra. Jueza de grado consideró procedente la aplicación del referido artículo atento a que la demandada había negado los hechos, no había producido prueba ni respetado el deber de colaboración que se exige a las partes y respecto del cual me he referido arriba. Conclusión que además aduna en la concesión de todos los rubros pretendidos.

Todos los argumentos desplegados por la sentenciante ven su reflejo en la condena por daño punitivo, lo cual no debe confundirse con la sanción procesal que establece la norma en cuestión que está prevista para los supuestos en el que el proveedor o prestador de servicios asume una conducta dilatoria y de entorpecimiento en el proceso mismo, no pudiendo equipararse a la falta de colaboración.

La primera implica un hacer constante para evitar el avance del proceso a través de planteos improcedentes o inapropiados que impiden el normal desarrollo de aquél hacia su fin que es la sentencia definitiva. Lo segundo es precisamente lo contrario, es asumir una actitud pasiva frente al deber de contribuir y comprometerse a facilitar el descubrimiento de la verdad en aras de solucionar el conflicto, frente a lo cual la parte nada hace y es lo que ha ocurrido en la especie con la conducta asumida por la entidad bancaria.

Tal pasividad tanto desde el punto de vista sustancial como procesal han tenido su condena al hacer lugar al daño punitivo, el que consiste en las “sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinadas a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro”. (Pizarro, Ramón D., “Derecho de Daños”, 2a. parte, Editorial La Rocca, Buenos Aires, 1993, págs. 291 y siguientes).

La demandada se opuso a todo lo pretendido por el actor y siendo su vencimiento parcial, considero que no es pasible de la sanción procesal prevista en la norma en cuestión , por lo que deberá admitirse la queja.

En definitiva y por todo lo expuesto, deberá revocarse parcialmente la sentencia de primera instancia, prosperando la demanda por la suma total de pesos un millón ciento veinte mil novecientos cincuenta (\$ 1.120.950.-) y rechazarse por la suma de pesos novecientos treinta y seis mil (\$ 936.000.-)

En cuanto a las costas de primera instancia deberán ser a cargo de la accionada por lo que se admite la demanda y en el orden causado por lo que se rechaza el rubro lucro cesante, ya que estamos dentro del marco sustancial del consumo y considerando no sólo que el accionante tenía razones para litigar y buena fe, a lo que además debemos sumar su situación de persona vulnerable por su edad coincidiendo en tal apreciación con la jueza de grado.

En tal sentido se ha dicho que “Las personas en riesgo de exclusión social, las que tienen una mayor falta de autonomía y, por tanto, un mayor grado de dependencia, suelen ser las más vulnerables y más expuestas a abusos y posibles malos tratos tanto físicos como psicológicos. Entre ellas, de las más indefensas y con más factores de riesgo, se encuentran las personas mayores...” (Francisco Vanó Ferré, en la obra colectiva “Personas mayores vulnerables: maltrato y abuso”. Directores: Carlos Ganzenmüller y Carmen Sánchez Carazo. Coordinación Rocío Pérez-Puig González. Consejo General del Poder Judicial. Centro de documentación oficial. Madrid, 2009, pág.9). Es por ello que los adultos mayores por sus condiciones biológicas y sociales se consideran individuos vulnerables socialmente, al vivir en situaciones de riesgo determinadas por la carencia de recursos personales, económicos, del entorno familiar, comunitarios y de acceso a las políticas de protección del Estado. Todas estas cuestiones que fueron ignoradas por la demandada que colocó al actor en una situación de angustia que no tenía por qué soportar a su edad.

Es por ello que considero que debe quedar subsumida la condena en costas por el rechazo del rubro en lo dispuesto por el art. 204 ap. II del CPCCy T.

ES MI VOTO.

Sobre la misma cuestión, las Dras. Carla Zanichelli y Beatriz Moureu adhieren, por su mérito, al voto que antecede.

Sobre la SEGUNDA CUESTIÓN, la Dra. Patricia Canela, dijo:

Conforme el resultado de la cuestión precedente, corresponde que las costas de segunda instancia sean soportadas por la demandada apelante vencida por lo que se rechaza su recurso y en el orden causado por lo que se lo admite conforme a lo arriba expresado. (arts. 35, 36 y 204 inc. II del C.P.C. C. y T.).

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, las Dras. Beatriz Moureu y Carla Zanichelli adhieren, por su mérito, al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

SENTENCIA:

Mendoza, 11 de noviembre de 2022.-

VISTO:

El resultado del acuerdo precedente, el Tribunal;

RESUELVE:

I.- Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y en consecuencia revocar al sentencia de primera instancia conforme lo expresado en los considerandos respectivos la que quedará redacta de la siguiente forma: “ I.- Hacer lugar parcialmente a la demanda incoada por el Sr. ANTONIO ADOLFO DA ROLD en contra del BANCO BBVA ARGENTINA SA y en consecuencia condenar a este último a pagar al actor dentro del plazo de DIEZ DIAS de firme y ejecutoriada la presente, la suma de pesos UN MILLÓN CIENTO VEINTE MIL NOVECEINTOS CINCUENTA (\$ 1.120.950) con más los intereses establecidos en el punto VIII de esta resolución, hasta su efectivo pago. II.- Rechazar la demanda por la suma de PESOS NOVECEINTOS TREINTA Y SEIS MIL (\$ 936.000) III.- Imponer las costas al Banco demandado vencido por lo que se admite la demanda y por lo que se rechaza en el orden causado (arts. 35, 36 y 204 inc. II del CPCCyT). IV.- Regular los honorarios profesionales de los Dres. Andrés Da Rold, y Guillermo Tripoli por lo que prospera la demanda en la suma de pesos ciento setenta y nueve mil trescientos cincuenta y dos (\$179.352) y ciento ochenta y ocho mil trescientos diecinueve con 50/100 (\$188.319,50) a cada uno respectivamente, sin perjuicio del IVA y honorarios complementarios en caso de corresponder (art. 1, 2, 3 y 31 Ley 9131; y 33 del CPCCYT) V.- Regular los honorarios profesionales de los Dres. Andrés Da Rold, y Guillermo Tripoli por lo que se rechaza la demanda en la suma de pesos ciento cuatro mil ochocientos treinta y dos (\$104.832) y doscientos veinticuatro mil seiscientos cuarenta (\$224.640) a cada uno respectivamente, sin perjuicio del IVA y honorarios complementarios en caso de corresponder (art. 1, 2,3 y 31 Ley 9131; y 33 del CPCCYT)...,”

II.- Imponer las costas de alzada a la apelante vencida por lo que se rechaza el recurso y en el orden causado por lo que prospera. (arts. 35, 36 y 204 II del C.P.C. C. y T.).

III.- Regular los honorarios profesionales por lo que se rechaza el recurso a los Dres. Andrés Da Rold, y Guillermo Tripoli en la suma de pesos ochenta y nueve mil seiscientos setenta y seis (\$89.676) y ochenta y un mil seiscientos cinco con 10/100 (\$81.605,10), respectivamente y sin perjuicio de los complementarios que pudieran corresponder.(arts. 1, 2, 3, 15 y 31)

IV.- Regular los honorarios profesionales por lo que se admite el recurso a los Dres. Andrés Da Rold, y Guillermo Tripoli en la suma de pesos sesenta y tres mil novecientos treinta y cuatro con 92/100 (\$63.934,92) y ciento dieciocho mil setecientos treinta y seis con 28 /100 (\$118.736,28), respectivamente y sin perjuicio de los complementarios que pudieran corresponder.(arts. 1, 2, 3, 15 y 31)

NOTIFÍQUESE y VUELVAN A ORIGEN.