PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Causa: 1-72929-2024-

"GULLON DIEGO C/ BANCO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES S/ REPETICION SUMAS DE DINERO"
JUZGADO EN LO CIVIL Y COMERCIAL Nº 1 - TANDIL

En la ciudad de Azul, reunidos en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Cámara de Apelaciones Departamental -Sala I- Doctores, Yamila Carrasco, Lucrecia Inés Comparato y Esteban Louge Emiliozzi, para dictar sentencia en los autos caratulados: **"GULLON DIEGO C/ BANCO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES S/ REPETICION SUMAS DE DINERO", (Causa Nº 1-72929-2024)**, se procede a votar las cuestiones que seguidamente se enunciarán en el orden establecido en el sorteo oportunamente realizado (arts. 168 de la Constitución Provincial, 263 y 266 del C.P.C.C.), a saber: **Doctores COMPARATO - CARRASCO - LOUGE EMILIOZZI.**-

Estudiados los autos, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

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

1ra.- ¿Es justa la sentencia dictada el día 1.08.2024?

2da.- ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

-V O T A C I O N-

A LA PRIMERA CUESTION: la Señora Jueza Doctora **COMPARATO** dijo:

I.a) Con fecha 23/08/2023 se presenta DIEGO GULLÓN reclamando al Banco de la Provincia de Buenos Aires la devolución de sumas de dinero por consumos no autorizados con su tarjeta de débito, más daño moral, daño punitivo e intereses y costas.

Dice que el día 27/12/2022 advirtió que había extraviado la tarjeta de débito, por lo que se comunicó telefónicamente con el banco para gestionar la reposición de un nuevo “plástico”. Que el 29/12/2022 al ingresar al home banking del Banco Provincia en relación a la cuenta de su titularidad, advierte la existencia de una serie de consumos entre los días 24 al 26 de diciembre del 2022 por un total de $ 229.970. Que conforme art. 26 de la ley 25.065 avisó al Banco a través de la línea 0800 habilitada al efecto, a los fines de dejar expresa constancia de la inexistencia de tales operatorias negando haberlas hecho a título personal. Solicita se intime a la demandada a denunciar los comercios en los que se realizaron dichos consumos, para que estos acompañen los cupones emitidos por el “posnet” en los cuales figuren las firmas de la persona que utilizó la tarjeta, o la identidad de la misma, y eventual prueba pericial caligráfica. A modo de colaboración con la demandada, y en base a averiguaciones practicadas enumera algunos de los comercios donde se habrían efectuado las erogaciones impugnadas. Que ante el reclamo efectuado, el banco demandado, en fecha 03/01/2023 depositó en su cuenta personal el importe devengado por cada uno de los consumos denunciados, bajo el concepto “cred. consumo a verificar”, siendo tal operatoria de carácter meramente provisoria, hasta tanto el banco realizara las averiguaciones correspondientes. Que posteriormente, en forma unilateral, el banco procedió a debitar cada uno de los importes depositados, alegando que según la investigación realizada los consumos cuestionados habían sido realizados por el actor.-

Que ante ello, realizó denuncia ante la OMIC de Tandil, iniciándose el expediente 0209/2023 “GULLON DIEGO C/ BANCO PROVINCIA S/ PRESUNTA INFRACCION LEY 24.240”, sin arribar a acuerdo en la audiencia del 27/04/2023 por mantener el banco su postura y sin aportar prueba que la sustente.

b) El día 27/09/2023 se presenta el Dr Diego Salsamendi en el carácter de apoderado del BANCO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, y contesta demanda. Manifiesta que ante el desconocimiento formal de los débitos efectuado por el actor el 29/12/2023 fue elevada consulta a la procesadora PRISMA MEDIOS DE PAGO SA, recibiendo como respuesta – previa acreditación provisoria - que los mismos habían sido realizados por el actor habida cuenta que en los comercios se transaccionaron las operaciones munidos del plástico y de la identificación de usuario. Solicita como medida preliminar se oficie a PRISMA MEDIO DE PAGO SA para que informe cada uno de los comercios donde se realizaron las transacciones desconocidas, y a los efectos que se cite a los mismos para su intervención obligada habida cuenta las obligaciones inherentes que le caben.

Señala que el usuario y/o consumidor de bienes (productos) y servicios gozan de derechos "más ello concibe una contrapartida que son los deberes de diligencia asimilables a las del buen hombre de negocios, en cuanto a informarse sobre la periodicidad con la que debe controlar sus cuentas, y con ello adelantarse o impedir sufrir perjuicios." Señala que "En caso de robo o extravío – situación denunciada por el actor – la procesadora (PRISMA) debe verificar si el comercio cumplió con las normas de seguridad, esto es solicitar junto con la tarjeta de débito la identificación del cliente. En tal caso resulta posible realizar al comercio lo que se denomina “contra cargo”, que no es otra cosa que debitarle de su cuenta las sumas reclamadas por el cliente, dado que como comercio tiene obligación de verificar liminarmente la identidad del mismo, dentro de los cánones normales.”

Reitera que solicita la medida preliminar y hace reserva de citación de terceros, ya que la procesadora - administradora del sistema - consideró que los consumos fueron propios – esto es que se realizaron munidos del plástico y su identificación, de ello que considera necesaria la participación de los comercios que se encuentran en la cadena de seguridad de las transacciones. Que el reclamo de la actora encauzado como repetición de sumas de dinero es erróneo ya que el banco no es deudor ni se obligó a entregar la cosa o dar la cosa obligada. Alega culpa de la víctima, y subsidiariamente solicita se determine la cuantía de la obligación de reparar en función de la concurrencia de causas.

c) Contesta el actor oponiéndose a la medida preliminar pretendida por el demandado, afirmando que el banco tiene los mecanismos informáticos suficientes para corroborar en qué comercios fue utilizada de manera fraudulenta la tarjeta de débito. Y que se opone a la citación de los comercios por entender que ninguna responsabilidad “prima facie” les cabe. Que lo reclamado tiene como causa el vínculo contractual con el Banco y es dicha entidad quien debe hacerse cargo en caso de que los comercios adheridos al uso de la tarjeta incumplan con la ley 25.065, pudiendo eventualmente repetir y/o iniciar la acción legal que estime pertinente contra quienes resulten co-responsables de lo sucedido.

d) Mediante resolución del 20/10/2023 se rechazó el pedido de intervención de terceros. Ello fue apelado por el banco demandado. Concedido el recurso, no se advierte que se diera cumplimiento con lo normado por el art. 246 primer parte del Cpcc, más tampoco se declaró la deserción del recurso, continuando los autos sin definirse tal situación.-

e) Una vez producida la prueba dictó sentencia el Sr. Juez de la instancia de origen con fecha 1.08.2024, allí resolvió: “1. Haciendo lugar a la demanda de daños y perjuicios promovida por DIEGO GULLÓN contra el BANCO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, por la suma de PESOS DOS MILLONES CIENTO VEINTINUEVE MIL NOVECIENTOS SETENTA ($ 2.129.970.-). Y en consecuencia, condenando al banco al pago de la

suma referida, en el plazo de diez días de quedar firme la liquidación respectiva que incluya intereses conforme Considerando 4. y costas, bajo apercibimiento de ejecución.- 2. Imponer las costas a la parte vencida (art. 68 del CPCC).-3. Diferir para su oportunidad la regulación de los honorarios de los profesionales letrados intervinientes conforme pautas de la ley arancelaria (arts. 51 de ley 14.967)".-

f) Tal sentencia fue apelada por el banco demandado.- Una vez llegados los autos a la Alzada expresó agravios con fecha 7.10.2024, los que fueron contestados por el actor con fecha 29.10.2024. Con fecha 19.11.2024 dictaminó el Sr. Fiscal General.- Es así que, concluidos los pasos procesales pertinentes, se procedió al sorteo de ley encontrándose los autos para resolver.-

II) Tal como quedó expuesto el banco demandado se agravia de lo resuelto en la instancia de origen. Referiré brevemente los agravios relativos a la procedencia de la acción (remitiéndome a la lectura total al escrito de expresión de agravios), toda vez que aquello que se decida al respecto incidirá en el tratamiento de los restantes agravios que tienen que ver con la procedencia de los daños y sus montos.-

Esencialmente dice que no se tuvo en cuenta la ruptura del nexo causal oportunamente alegado. Que el actor omitió hacer denuncia penal siendo que le habían robado su tarjeta de débito y su DNI. Que no se analizó la conducta del actor quien resulta culpable de lo sucedido, entre otras cuestiones porque no solo no realiza la denuncia penal lo cual hubiera clarificado la cuestión aquí debatida, sino que difiere en el tiempo la denuncia ante el banco del robo de su tarjeta y del DNI, como así también difiere en el tiempo el control de sus gastos. Que en la sentencia de grado se elude enunciar que la mayoría de las transacciones se realizan en forma puramente electrónica y que por tal razón no se cuenta con cupones, de modo tal que pretender que se adjunten los mismos resulta una prueba diabólica.- Agrega que el sentenciante concluye que se ha violado el deber

de seguridad desplazando todos los elementos constitutivos del hecho, y considerando una responsabilidad objetiva aislada de su contexto.-

A fin de abordar los agravios, es dable decir que, tal como lo plantea el apelante en la sentencia de grado no se trató la cuestión atinente a la eximición de responsabilidad alegada por el banco demandado. Ello puede ser abordado por medio del recurso de apelación interpuesto, toda vez que el mismo abarca el de nulidad (art. 253 del Cpcc).-

No se encuentra discutido en autos la legislación aplicable, esto es que la solución del caso ha de analizarse en orden a lo prescripto por la ley de defensa del consumidor.- En ese orden no se encuentra tampoco cuestionado que el art. 40 de la ley 24.240 consagra un sistema de responsabilidad (objetivo) en el cual el factor de atribución es el vicio o riesgo de la cosa (o el vicio o riesgo del servicio prestado), de manera tal que la víctima sólo debe acreditar el daño sufrido y la relación de causalidad entre este último y la cosa (o servicio) en cuestión, prescindiendo de la prueba de la culpa del legitimado pasivo (conf. Farina, Juan M., “Defensa del consumidor y del usuario”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2000, p. 453).

Es así que, para hacer jugar la responsabilidad indicada, el consumidor damnificado debe probar el defecto, el daño y la conexión causal entre el defecto y el daño (conf. Pizarro, D., Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa, Buenos Aires, 2007, t. II, pp. 381/382). De su lado, para exonerarse de esa responsabilidad, total o parcialmente, el presunto responsable debe probar “...que la causa del daño le ha sido ajena...” (art. 40 in fine de la ley 24.240), esto es, debe acreditar la culpa de la víctima, el hecho de un tercero por quien no debe responder (no siendo terceros entre sí todos los que intervienen en la cadena de producción y comercialización), o el caso fortuito ajeno al producto o cosa que fracture la relación de causalidad (Farina, J., ob. cit., p. 454; Ghersi, C. y otros, Derechos y responsabilidades de las empresas y consumidores, Buenos Aires, 1994, pp. 126/127; Pizarro, Ramón Daniel “Responsabilidad civil por riesgo creado y

de empresa –Contractual y Extracontractual–", T. II, pág. 384/385, editorial La Ley, Buenos Aires, 2007, Alvarez Larrondo "Manual de derecho del consumo", pág. 676 y ssgtes.).-

Conforme lo antes dicho, es dable señalar que, el hecho de que la responsabilidad emergente del artículo 40 de la Ley de Defensa del Consumidor pueda ser reputada como de naturaleza objetiva no implica concluir, que frente a la sustracción o pérdida de una tarjeta de débito, el banco incumplió el deber de seguridad que sobre éste pesaba o en su caso que recaiga sobre el mismo toda la responsabilidad.

Veamos, el día 27/12/2022 el Sr. Diego Gullón comunicó telefónicamente al banco demandado que había extraviado su tarjeta de débito, dos días después, esto es el día 29/12/2022 dijo que ingresó a su home banking y observó que se habían realizados gastos que no eran de su autoría. Ese mismo día hizo saber al banco demandado tal situación, los gastos desconocidos se habían realizado los días 24, 25 y 26 de Diciembre, todos claro está con anterioridad a denunciar la pérdida de su tarjeta.

Es así que el banco demandado procedió a depositar los importes desconocidos en forma provisoria hasta tanto se verificara la situación denunciada.-

Tales conceptos luego fueron debitados nuevamente, aludiendo el demandado al contestar demanda: *"Que la actora en su descripción de los hechos indica que con fecha 29/12/2022 revisó sus movimientos por homebanking y así es que decide llamar del al Banco y fue en esa instancia que desconoce los débitos que enuncia en la presente demanda. Que dicho desconocimiento formal de los débitos cuestionados, fue elevado a la procesadora PRISMA MEDIOS DE PAGO SA, recibiendo como respuesta – previa acreditación provisoria - que los mismos eran propios – habida cuenta en los comercios se transaccionó munidos del plástico y de la identificación de usuario. Ahora, bien, más allá que en el desarrollo de esta contestación mi mandante va a solicitar se oficie como MEDIDA*

PRELIMINAR (art. 323 CPCC) a PRISMA MEDIO DE PAGO SA a los efectos que informe cada uno de los COMERCIOS donde se realizaron las transacciones desconocidas, y a los efectos que se cite a los mismos para su INTERVENCIÓN OBLIGADA (art. 92 CPCC), habida cuenta las obligaciones inherentes que le caben en todas las transacciones. Todo lo expuesto a los efectos que VS pueda analizar si efectivamente se cumplieron con las medidas, y si es atribuible al Banco la ausencia de contralor de los movimientos de la misma COMO ASÍ EL DEBER DE SEGURIDAD que le imputa incumplido.".-

Frente a tan categórica respuesta, esto es que las compras se habían realizado con la tarjeta de débito y el documento del actor, éste solo se negó a que se citara a los comercios y a Prisma Medio de Pago S.A..- Es cierto que en la instancia de grado se hizo lugar a la negativa del actor y se desestimó la intervención de los comercios y de Prisma, también es cierto que el demandado cuestionó dicha resolución por intermedio del recurso de apelación el que fue concedido en relación y con efecto "devolutivo", no constando en autos la formación del cuadernillo de apelación como así tampoco que se decretara la deserción del recurso interpuesto, de modo tal que interpreto ha quedado firme tal decisión, más nada dijo el actor respecto de la pérdida o sustracción de su documento.

Es así que, frente a tal afirmación, debió referirse -el actor- a los fines de producir la prueba pertinente.- No debemos olvidar que, como bien decía Isidoro Eisner, antes de la carga de probar existe la carga de alegar, ("La prueba en el proceso civil", págs. 20/21, cit. por esta Sala en causa n° 52373, "Gabarrot", del 11.03.09.; n° 60289, "Perrotta", del 13.08.15.; n° 63551, "Cos", del 27.12.18., nº 65.766 "Sucesores…" del 6.08.2020 entre muchas otras). En nuestro Código Procesal esta carga está impuesta en el art. 330 inc. 4, que dispone que la demanda debe contener "(l)os hechos en que se funde, explicados claramente", dable es decir que en la demanda nada dice al respecto, máxime que en orden a lo manifestado por el demandado ello se lo hizo saber al actor al momento de rechazar las

observaciones a los débitos cuestionados.- Reitero, al haberse dado traslado del pedido de citación de terceros con fundamento en la utilización de la tarjeta de débito y el documento al momento de realizarse las compra cuestionadas, el actor no solo se negó a la citación de tales terceros sino que nada alegó respecto de la utilización del documento (art. 356 primer párrafo aplicado analógicamente).-

A ello cabe adunar que, conforme surge de la documentación adjuntada al momento de iniciar la demanda, específicamente observando el documento del actor que el mismo se encuentra emitido con fecha 28/12/2022, esto es el día siguiente de la denuncia de pérdida de la tarjeta realizada ante el banco demandado.-

Queda claro entonces que el actor no solo omitió el deber de custodia de su tarjeta sino que también ha sido reticente en cuanto a la alegación de los hechos, que no brindó información suficiente al banco demandado al momento de denunciar el extravío de su tarjeta (esto es que también había extraviado su documento de identidad), como así tampoco a lo largo de este proceso brindó información alguna al respecto.-

No está demás decir que es deber del tarjeta-habiente custodiar la tarjeta, que asimismo el cumplimiento por parte del titular de una tarjeta (ya sea de crédito o débito) de su obligación de notificar a la entidad emisora el acaecimiento de una situación de riesgo de empleo ilegítimo de la tarjeta se produce cuando el referido usuario despliega para la realización de dicha conducta, la diligencia que corresponde a una persona que toma las precauciones adecuadas y actúa con una celeridad razonable para el caso específico de que se trate. La diligencia en el cumplimiento de esta obligación se encuentra relacionada con la que el titular debe prestar en la conservación y cuidado de la tarjeta, puesto que, si no hace esto en forma adecuada puede demorarse la notificación indicada por el hecho de no conocer el titular la sustracción, el extravío o la situación de riesgo que se produzca. En estos casos, habrá que determinar, caso por caso, la

diligencia debida por el titular…" (conf. Andres Mariño Lopez "Responsabilidad por utilización indebida de tarjetas de crédito" pág. 289).-

En el sub lite tal como antes señalé, el actor no ha sido mínimamente diligente si se tiene en cuenta el momento en el que denuncia la pérdida de la tarjeta y luego el momento en que desconoce los consumos, esto que percibe y en consecuencia denuncia al menos al cuarto día que no tenía su tarjeta y luego demora dos días más en verificar los movimientos de su cuenta y esencialmente ha sido reticente en la información al no decir que también le habían sustraído o había extraviado su DNI.-

Ahora bien, es también cierto que al contestar la demanda el banco demandado expresamente señaló (nuevamente trascribo una parte pertinente de la contestación de demanda): *"Que dicho desconocimiento formal de los débitos cuestionados, fue elevado a la procesadora PRISMA MEDIOS DE PAGO SA, recibiendo como respuesta – previa acreditación provisoria -* ***que los mismos eran propios – habida cuenta en los comercios se transaccionó munidos del plástico y de la identificación de usuario. Ahora, bien, más allá que en el desarrollo de esta contestación mi mandante va a solicitar se oficie como MEDIDA PRELIMINAR (art. 323 CPCC) a PRISMA MEDIO DE PAGO SA a los efectos que informe cada uno de los COMERCIOS donde se realizaron las transacciones desconocidas"*** (el resaltado me pertenece).-

Es dable señalar que desde el Juzgado se ofició a Prisma solicitando la siguiente información (cabe aclarar que el oficio en ciernes en la audiencia de vista de causa se ordenó como prueba del banco demandado): *"1) Informar respecto de los comercios que intervinieron en las transacciones que se realizaron entre los días 24 al 26 de Diciembre del 2022 con el Sr. GULLON DIEGO, D.N.I N°* [redacted]*, titular de la cuenta bancaria N°* [redacted]*. 2)* ***Informe sobre las transacciones cuestionadas y motivo por el cual rechazó el reclamo formulado por el Sr. DIEGO GULLON****. 3) Acompañe los tickets firmados por el Sr. DIEGO GULLON correspondientes a las transacciones cuestionadas"* (el resaltado

me pertenece), a ello y tal como lo señala el Sr. Juez de la instancia de origen en la sentencia cuestionada, Prisma responde: *“En virtud de lo solicitado se informa que lo pedido resulta de imposible cumplimiento toda vez que lo que el oficio solicita, es información de movimientos de una tarjeta de débito de la RED LINK a la cual esta parte no tiene acceso. Reiteramos que RED LINK y PRISMA son dos entidades completamente distintas. Sugerimos requerir a dicha entidad la información.”*.-

Tal respuesta no mereció ninguna apreciación por parte del banco demandado, lo cual pone en duda el argumento esgrimido al contestar la demanda y antes expuesto en relación a las averiguaciones realizadas a fin de rechazar el reclamo del actor.- Es dable también señalar que la respuesta de Prisma fue citada y tenida en cuenta en la sentencia de grado y nada mencionó en los agravios al respecto.

Posteriormente, el representante del actor oficia a Red Link en los mismos términos que oportunamente por medio del Juzgado se oficiara a Prisma, la respuesta en lo que aquí interesa fue la siguiente: *“Tal y como surge del informe TLF mencionado previamente, las operaciones fueron procesadas por la empresa VISA BAPRO y Asoc., que es la encargada de administrar el sistema de compra mediante utilización de tarjetas de débito. Por todo ello, cabe referir que la información referida deberá ser consultada a los comercios adheridos y/o a VISA BAPRO y Asoc. y/o la entidad bancaria con la cuál el Sr. Gullón mantiene relación contractual (siendo esta, Banco de la Provincia de Buenos Aires) para que estas entidades den las explicaciones del caso conforme sus registros. … Por último, ponemos en su conocimiento que Red Link es sólo una transmisora y teleprocesadora de datos que las entidades cargan o comunican al computador central de mi representada a fin de llevar a cabo las operaciones que se cursan por la Red. En virtud de ello, no es propietaria de los cajeros automáticos y/o Terminales de Punto de Ventas (POS), ni responsable de su mantenimiento, recarga de efectivo y/o balanceo, filmaciones, etcétera,*

limitándose su función a autorizar o denegar las transacciones solicitadas por los 2 clientes de las entidades adherentes mediante una tarjeta y PIN válidos, conforme los límites y saldos de las cuentas de los usuarios informados por la entidad emisora de la tarjeta. Por todo lo anteriormente expuesto, los tickets requeridos deberán ser solicitados a los comercios adheridos y/o a VISA BAPRO y Asoc en su carácter de administradora del dispositivo POS."

Nuevamente frente a dicha respuesta ninguna apreciación realizó el banco demandado y tampoco hizo alusión alguna en los agravios habiendo sido citada tal respuesta por el Sr. Juez de grado a fin de fundar su sentencia.-

Asimismo y antes de recibirse tal respuesta, por auto de fecha 22.03.2024, se hizo efectivo el siguiente apercibimiento: *"no habiendo la parte demandada acompañado la documentación referida en el punto B y brindado la información requerida en el punto A, conforme lo dispuesto en auto de fecha 30/11/2023, hágase efectivo el apercibimiento del Art. 386 CPCC, lo que será merituado en su oportunidad"*. Es dable recordar en lo que respecta al punto B) que se solicitó al banco demandado acompañe todas las actuaciones sobre la resolución del reclamo incoado y en el punto A) que denunciara los comercios en los que se habían realizado las transacciones cuestionadas.-

Resulta así que, más allá de la responsabilidad del actor en cuanto a la custodia de su tarjeta y documento, es lo cierto que el banco demandado no se ocupó y menos preocupó en averiguar cómo habían sido tales transacciones, eludiendo así el deber de seguridad.-

Tardíamente señala en los agravios que en la fecha de las transacciones cuestionadas no se emitían cupones (ello lo señala en los agravios más no al contestar demanda), lo cual además no probó. De todos modos, por resultar usuaria de tarjetas de débito, puedo decir que en algunos comercios se emiten cupones y en otros no, que asimismo en

algunos se requiere la firma y en otros no, más en la fecha de los hechos de autos lo habitual aún seguía siendo la emisión de cupones y se requería la firma (art. 384 del Cpcc).-

Así las cosas puede decirse que ambas partes contribuyeron a la causación del daño, el actor por no haber custodiado debidamente su tarjeta, como así también por no haber controlado más asiduamente los movimientos de su cuenta (recuérdese que los gastos cuestionados fueron realizados durante tres días) y por no haber puesto en conocimiento que también había extraviado o le habían sustraído el DNI; y el banco demandado -en orden a lo probado en autos- por no haber extremado los recaudos pertinentes a fin de dilucidar qué había sucedido con las transacciones cuestionadas, habiendo podido objetar oportunamente tales transacciones si hubiera llevado a cabo todas las diligencias que le correspondían (arts.40 in fine de la ley de defensa del consumidor y art. 1729 del CCyC).-

Al respecto en un fallo que tiene algunos años pero que igualmente resulta vigente se resolvió en los siguientes términos: “En este sentido, entiendo que las consecuencias de la eventualidad dañosa sufrida deben ser asumidas por partes iguales por los litigantes, accionante y codemandados, quienes deberán abonar al actor el 50% del monto resarcitorio en virtud de las culpas concurrentes de ambas partes (entre otros, esta Sala, 4 de marzo de 2003, en “García Alicia Olga c/ BankBoston N.A. s/sumario, L.L. 24/12/03 pág.15 y jurisprudencia allí citada). La actuación cumplida por las partes ante el evento que motiva este juicio revelan la existencia de un accionar objetable de ambas, por lo que corresponde considerar que el reintegro que se pretende en el escrito inicial se origina en un crédito cuya existencia se debió a actuaciones reprochables de ambas partes, una perdió negligentemente la tarjeta, la otra, pagó a terceros sumas que podría haber objetado.- V.- Esta conclusión lleva a considerar -como ya se dijo- que esta concurrencia incidirá en la distribución de las consecuencias gravosas del crédito reclamado y, por

ello, provocará la disminución del monto a resarcir por los accionados, solución esta que si bien no está prevista expresamente por nuestro ordenamiento legal ha sido receptada tanto por la jurisprudencia como por la doctrina (entre otros, esta Sala, 1°/II/2002, en “Flores Gustavo Ildefonso c/Citibank N.A.”; ídem, 31/VIII/1993, en “Bardaro Horacio Alberto y otra c/Ponce Alejandro y otro”; Bustamante Alsina “Responsabilidad civil”, 5ªed. Bs.As.1987, n° 689 a 691 pág.257; Llambías y otros “Código Civil anotado”, Bs.As.1979, t.II-B pág.443 n° 8; Belluscio y otros “Código Civil comentado”, Bs.As.1984, t.5 pág.396 n° 8)” (Lerman, Salomón c/Argencard S.A. s/sumario” Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial - Sala C, Fecha: 11-05-2004, Cita Digital: ED-V-7).-

En el sumario publicado por ED en relación al fallo antes citado se señala: “en virtud del proceder negligente del banco que aceptó las liquidaciones presentadas por los comerciantes, sin controlar quién efectuaba las compras, no parece aceptable que se pretenda trasladar al usuario de la tarjeta la totalidad de la responsabilidad de los gastos indebidos efectuados. Por otra parte se puede también formular observación basada en la conducta negligente seguida por el usuario al olvidarse el plástico en un comercio. En este sentido, las consecuencias de la eventualidad dañosa sufrida deben ser asumidas por partes iguales en virtud de las culpas concurrentes de ambas partes. La actuación cumplida por las partes ante el evento que motiva este juicio revelan la existencia de un accionar objetable de ambas, por lo que corresponde considerar que el reintegro que se pretende en el escrito inicial se origina en un crédito cuya existencia se debió a actuaciones reprochables de ambas partes, una perdió negligentemente la tarjeta, la otra, pagó a terceros sumas que podría haber objetado.”

A modo de cierre me permito agregar lo dicho en la causa nº 72.476 “Barbieri…” y, en la causa n° 68.074 “Cuenca…” del 3.08.2023, en las que cité también la causa nº 68543 “Cristaldo…” del 23.08.2022, en las que citando un artículo que se encuentra referenciado al final de la transcripción:

“Sin perjuicio de lo argumentado hasta aquí no podemos dejar de remarcar que la regla "in dubio pro consumidor" en modo alguno significa consagrar un bill de indemnidad a favor del consumidor, tutelando cualquier tipo de reclamo. Para concluir este punto enfatizamos dos cuestiones. En primer lugar, que si bien las relaciones de consumo se rigen por la Ley de Defensa al Consumidor y sus reglamentaciones, también resultan aplicables otras disposiciones legales en función de la actividad que el proveedor lleve a cabo y; además, que el principio in dubio pro consumidor se aplica sólo en caso de existir una situación de hecho o de derecho dudosa, ya que caso contrario no será posible inclinar la balanza en favor del consumidor”… “Respecto de la carga de la prueba señala: “El artículo 53 de la LDC no consagra una inversión de la carga de la prueba, sino el principio de carga dinámica. Ello implica en términos sencillos que aquel que se halla en mejores condiciones de probar ciertos extremos del litigio debe aportar los elementos necesarios, aun si conforme los criterios tradicionales de distribución de la carga de la prueba no se encontraba obligado a ello…”. (conf. Vinti, Ángela M. “La carga dinámica de la prueba en la Ley de Defensa del Consumidor. Las consecuencias de la frustración de la prueba”, Publicado en: LLBA 2016 (febrero), 17 - DJ28/09/2016, 13, cita TR LALEY AR/DOC/363/201, en el mismo sentido puede leerse en la obra de Alvarez Larrondo “Manual de derecho de consumo” págs. 997 y sgtes.).

En orden a lo expuesto, estimo que corresponde hacer lugar parcialmente a los agravios del demandado y en consecuencia distribuir la responsabilidad en un 50% a cada parte (arts. 1717, 1726, 1729 y cctes. del CCyC, 5, 6, 40 y cctes. de la ley de defensa del consumidor).-

III) Se agravia el demandado de la procedencia del daño moral.- En primer lugar señala que no corresponde hacer lugar a la indemnización fundado en su falta de responsabilidad en el acaecimiento del daño.- Luego en otro acápite señala que el daño moral cuando tiene origen contractual debe ser considerado con rigor y que es a cargo de quien lo reclama su prueba concreta. Que tiene carácter resarcitorio y no sancionatorio. Reitera

que no existe nexo causal con el hecho generador alegado por el actor toda vez que no hubo un actuar omisivo de su parte.-

En cuanto a las cuestiones atinentes a la responsabilidad del apelante ya me referí en el apartado anterior.- En cuanto a la prueba y el rigorismo con el que debe analizarse tal daño en las cuestiones contractuales, reiteradamente hemos dicho: “es dable destacar (conf. sostuvo esta Sala en las causas n° 65592, “Rigada…” del 11/08/2020; n° 71.131, “Muller Wandelt” del 13/9/23, nº 71554 “Coronel…” del 27.03.2024, entre otras) que el Código Civil y Comercial ha consagrado la unidad de la responsabilidad contractual y extracontractual, así lo expresa el art. 1716: “Deber de reparar. La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme las disposiciones de este Código”. Asimismo el art. 1082 dice: “Reparación del daño. La reparación del daño, cuando procede, queda sujeta a estas disposiciones: a) el daño debe ser reparado en el caso y con los alcances, establecidos en este capítulo en el Título V de este libro y en las disposiciones especiales para cada contrato…”.En ese sentido en la obra “Código Civil y Comercial comentado, Director Ricardo Luis Lorenzetti, T° VIII, págs. 349/350, Sebastián Picasso dice: “Siguiendo el pensamiento ampliamente predominante de la doctrina argentina, el Código ha unificado la responsabilidad civil. Como lo dispone el artículo en comentario (se refiere al art. 1716), cualquiera sea la fuente del deber de reparar el daño (la violación del deber general de no dañar, o el incumplimiento de una obligación), la responsabilidad se rige, en principio, por las mismas reglas. Concordantemente, y a salvo las excepciones…, las normas que integran el presente capítulo (arts. 1078 a 1780) se aplican indistintamente a la responsabilidad contractual y extracontractual”.

Por su parte Mosset Iturraspe y Miguel Piedecasas en su obra “Responsabilidad por daños-Código Civil y Comercial de la Nación”, T° II-A dicen: “En el Código Civil y Comercial hay que conjugar el art. 1082 con las normas generales en materia de responsabilidad a las que remite, y en

particular dentro de éstas, en materia de daño moral o consecuencias no patrimoniales, debemos estar al artículo 1741 del Código Civil y Comercial, el que desde nuestra perspectiva debe ser también complementado con el artículo 1747 y las normas especiales para cada uno de los contratos o situaciones que se puedan plantear…".De lo expuesto resulta claro que más allá de resultar una cuestión atinente a la órbita contractual es dable reclamar los daños no patrimoniales siempre que se encuentren afectados los sentimientos y la moral del reclamante, toda vez que como es sabido el daño moral importa una lesión a las afecciones legítimas, entre otras, la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, el honor, la integridad física, los afectos familiares hallándose vinculado con el concepto de desmedro extrapatrimonial o lesión en los sentimientos personales (esta Sala, causas nº 65.920, "Pereyra" del 10/11/20; y n° 66.742, "Izarra" del 8/6/21).Asimismo, en otros precedentes de esta Sala se dijo que "cuando se trata del daño moral contractual (art. 522 del C.C., arts. 1716, 1740, 1741 y cctes. CCyC), la reparabilidad debe consultar razones de equidad, en relación al incumplimiento, quedando diferida la condena al prudente arbitrio judicial, aunque no procede frente a cualquier molestia... y por tanto no cubre el riesgo propio al mundo de los negocios, para lo cual será importante determinar la naturaleza particular tanto del daño como de las personas que quedan vinculadas al mismo" (causas nº 52.599 "Tifner..." del 18.02.09. y nº 52.518 "Johnston..." del 26.03.09.; n° 66.742, "Izarra" del 8/6/21; n° 71.131, "Muller Wandelt" del 13/9/23, nº 71050 "Martens…" del 5.12.2023 entre muchas otras).

Por último no está demás agregar que en relación a la procedencia del daño moral en las relaciones de consumo, en las causas ya citadas reiteradamente hemos dicho: "cabe agregar que tratándose de una cuestión derivada de una relación de consumo el incumplimiento de la accionada conlleva "per se" la presunción de molestias, incomodidades, aflicciones padecidas por la actora (conf. arts. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 8bis, 10bis, 13, 17, 18, 37, 38, 40 y concs. L.D.C.; arts. 1066, 1067, 1078, 1083 y concs. Cód. Civ.;

arts. 1741 y concs CCCN. Esta Sala, causa n° 63536 Tagliani" del 2/7/2019; y Sala II, causa n° 62.827, “Barcelonna”, del 05.06.2018, conceptos reiterados en causa nº 69491 “Coitiñho…” del 21.03.2023, entre muchas otras).

Clarificada la cuestión en relación a la procedencia del daño moral, y que los padecimientos del actor resultan claros y contundentes, y además no han sido cuestionados en ese aspecto por el apelante al expresar agravios, corresponde sin más desestimar el agravio en ciernes.-

IV) Se agravia el apelante de la procedencia del daño punitivo. Manifiesta que no hubo incumplimiento grave, que tampoco en la sentencia se refirió respecto de otros incumplimientos similares, que la conducta del actor resultó reprochable, entre otros argumentos.-

Nuevamente señala que nada incumplió y que el incumplimiento fue de la víctima.- Tal argumento ya fue tratado en el apartado II) de modo tal que al mismo me remito.-

Respecto de la procedencia del daño punitivo en la causa nº 71050 “Martens…” del 5.12.2023, luego reiterado en causa nº 71.220 “Rocha…” , en la causa nº 71554 “Coronel…” entre otras, señalaba: “Esta Sala se ha pronunciado en numerosos antecedentes respecto de su procedencia receptando la doctrina legal de la Suprema Corte (puede verse en detalle, y entre otros, causa n° 63.536, “Tagliani”, del 2/7/19; n° 67654, “Pérez”, del 15.03.22; n° 71.131, “Muller Wandelt” del 13/9/23).Sin pretensiones de exhaustividad y a los solos fines de consignar los presupuestos que condicionan la procedencia de los daños punitivos, me permito señalar que la S.C.B.A en la causa “Castelli”, C. 119.562, del 17.10.2018, señaló consideraciones muy precisas a su respecto, orientándose, claramente, hacia un criterio amplio en su recepción. En efecto, en el voto del Dr. de Lázzari se hace referencia a las pautas establecidas en el art. 52 bis de la ley 24.240 en estos términos: “La norma es clara en cuanto a que exige para su aplicación un solo requisito: que el proveedor no cumpla sus

obligaciones legales o contractuales con el consumidor". Esta disposición, apartándose de las sugerencias efectuadas a nivel doctrinario, no exige un grave reproche subjetivo en la conducta del dañador ni un supuesto de particular gravedad caracterizado por el menosprecio a los derechos del damnificado o a intereses de incidencia colectiva ni a los supuestos de ilícitos lucrativos. Sólo dispone que procede cuando se incumplen obligaciones legales o contractuales (conf. Lorenzetti, Ricardo L., Consumidores, 2ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, págs. 562/563; Mosset Iturraspe, Jorge y Wajntraub, Javier H., Ley de Defensa del Consumidor, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, págs. 278/279; Fernández, Raymundo L.; Gómez Leo, Osvaldo R. y Aicega, María Valentina, Tratado Teórico-Práctico de Derecho Comercial, Abeledo Perrot, t. II-B, Buenos Aires, 2009, pág. 1197; Conclusiones de la Comisión 10, XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Santa Fe, 1999, publicadas en Congresos y Jornadas Nacionales de Derecho Civil, ed. La Ley, pág. 196)." (conf. esta Sala, causas n°69.591, "Aranaga" del 18/4/23; y n° 71.131, "Muller Wandelt" del 13/9/23).

En honor a la verdad y tal como lo señala Aída Kemelmajer de Carlucci en el profundo y exhaustivo artículo de doctrina "Los daños punitivos y la responsabilidad civil de entidades bancarias hacia los clientes consumidore. Visión jurisprudencial", public. en LL 01/02/2023 refiriéndose al fallo "Castelli" citado: "No es la tendencia que predomina en jurisdicciones diferentes a la bonaerense; en general, los jueces del resto del país no se aferran a una lectura literal de la norma ("proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales" con el consumidor), sino que atienden a una interpretación sistémica y finalista, aunque en algún caso, por inadvertencia de los abogados, razones procesales impusieron al tribunal de alzada dejar firmes penas impuestas sobre la base del mero incumplimiento". Más como quedó expuesto no es tal la doctrina de nuestra Suprema Corte de Justicia.- Más allá de esta apreciación, en el artículo mencionado nos ilustra con un profundo análisis casuístico de la cuestión

aquí debatida al que me remito para su lectura a fin de no extender el presente voto.-

Es así que, comprobado el incumplimiento del apelante en cuanto al deber de seguridad por no haber extremado las medidas necesarias a fin de corroborar cómo se habían llevado a cabo las transacciones cuestionadas y en su caso proceder a impugnarlas, y, ponderando concretamente los fundamentos para la solución que propuse al Acuerdo que llevaron a confirmar la sentencia de grado respecto a la procedencia de la acción, gravitan para la resolución de este rubro a fin de desestimar el agravio.-

V) Se agravia el apelante en relación a la fecha de inicio de curso de los intereses, dice que deben fijarse desde la mora y que en este caso resulta desde que fueron reconocidos en la sentencia, no desde el acaecimiento de los hechos. En relación al daño moral dice que no aplica interés alguno.-

En la causa nº 71554 ya citada, en la que coincide el apelante de autos dije: “En cuanto a los intereses, resulta redundante decir que corresponden desde el hecho dañoso (sin que se encuentre excluido el daño moral), es que la claridad del art. 1748 del CCyC no admite más explicaciones, a tal fin transcribo el mismo: “Curso de los intereses. El curso de los intereses comienza desde que se produce cada perjuicio”, sin distinción si tales perjuicios provienen de una relación contractual o extracontractual...”, conforme ello corresponde sin mas desestimar en un todo el agravio en ciernes, sin que corresponda me refiera a la fecha determinada del daño toda vez que ésta no fue específicamente cuestionada.-

VI) En cuanto a las costas impuestas en la instancia de origen y en orden a lo normado por el art. 274 del CPCC, cabe decir que no corresponde modificarlas toda vez que la circunstancia de que la demanda no prospere en su totalidad en razón de la atribución de responsabilidad

concurrente no quita al demandado la calidad de vencido a los efectos de las costas (S.C.B.A., por mayoría, C. 90.630, “Farías” del 27.02.2008 y C. 120.628, “Hospital”, del 08.03.2017; esta Sala, causas n° 53.758, “Rebollo” del 03.02.10.; n° 55.358 “Strosio” del 01.12.11.; n° 62.783, “Brun”, del 21.06.2018, nº 62674 “Gonzalez…” del 29.06.2018 entre otras).-

En cuanto a las costas de Alzada sabido es que rigen otros parámetros ya que ha de estarse al resultado del recurso (S.C.B.A., C. 89.530, “Díaz…”, del 25.02.09., entre muchas otras; esta Sala, causa n° 53.223, “Orella…”, del 21.10.09., entre muchas otras). Por lo tanto, considero pertinente fijarlas 70% al demandado y 30% al actor (art. 68 del Cpcc).-

Así lo voto.-

La Señora Jueza Doctora **CARRASCO** y, el Señor Juez Doctor **LOUGE EMILIOZZI, adhirieron** al voto precedente por los mismos fundamentos.-

A LA SEGUNDA CUESTION: La Señora Jueza Doctora **COMPARATO** dijo:

Atento lo acordado al tratar la cuestión anterior, propongo al acuerdo: 1) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por el demandado modificándose la sentencia de grado distribuyendo la responsabilidad en el 50% a cada parte, 2) Los montos de condena deberán retraerse en el 50%, 3) Confirmándose en todo lo demás la sentencia en ciernes, 4) Imponer las costas de Alzada en el 70% a cargo del demandado y 30% a cargo del actor (art. 68 del CPCC), difiriéndose la regulación de honorarios para su oportunidad (arts. 31 y 51 de la ley 14.967).-

Así lo voto.-

La Señora Jueza Doctora **CARRASCO** y, el Señor Juez Doctor **LOUGE EMILIOZZI adhirieron** al voto precedente por los mismos fundamentos.-

Con lo que terminó el acuerdo dictándose la siguiente:

- S E N T E N C I A –

POR LO EXPUESTO, demás fundamentos del acuerdo y lo prescripto por los arts. 266 y 267 del CPCC, **se RESUELVE**: **1)** Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por el demandado modificándose la sentencia de grado distribuyendo la responsabilidad en el 50% a cada parte, **2)** Los montos de condena deberán retraerse en el 50%, **3)** Confirmándose en todo lo demás la sentencia en ciernes, **4)** Imponer las costas de Alzada en el 70% a cargo del demandado y 30% a cargo del actor (art. 68 del CPCC), difiriéndose la regulación de honorarios para su oportunidad (arts. 31 y 51 de la ley 14.967).-

Regístrese, notifíquese en forma electrónica (conf.art.10 del Reglamento para presentaciones y notificaciones electrónicas (SCBA. Ac.4039 del 14/10/2021) y oportunamente **devuélvase**.-

[redacted]@NOTIFICACIONES.SCBA.GOV.AR

[redacted]@BAPRO.NOTIFICACIONES

MRAMIREZ@MPBA.GOV.AR

MODIFICA

REFERENCIAS:

Funcionario Firmante: 06/05/2025 13:08:22 - COMPARATO Lucrecia Ines - JUEZ

Funcionario Firmante: 06/05/2025 13:10:52 - LOUGE EMILIOZZI Esteban - JUEZ

Funcionario Firmante: 06/05/2025 13:11:30 - CARRASCO Yamila - JUEZ

Funcionario Firmante: 06/05/2025 13:56:38 - IRIGOYEN Dolores - SECRETARIO DE CÁMARA

Domicilio Electrónico:



248300015003719785

CAMARA DE APELACION EN LO CIVIL Y COMERCIAL SALA I - AZUL

NO CONTIENE ARCHIVOS ADJUNTOS

Registrado en REGISTRO DE SENTENCIAS el 06/05/2025 13:56:39 hs. bajo el número RS-84-2025 por IRIGOYEN DOLORES.