

ACUERDO

En la ciudad de La Plata, a 17 de octubre de 2018, habiéndose establecido, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 2078, que deberá observarse el siguiente orden de votación: doctores **de Lazzari, Negri, Pettigiani, Soria, Genoud, Kogan, Natiello**, se reúnen los señores Jueces de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa C. 119.562, "Castelli, María Cecilia contra Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. Nulidad de acto jurídico".

ANTECEDENTES

La Sala II de la Cámara Primera de Apelación del Departamento Judicial de Bahía Blanca revocó el fallo de primera instancia que, a su turno, había rechazado la demanda, declarando la nulidad de la cuenta corriente abierta a nombre de la accionante y condenando a la entidad bancaria a abonar la suma de \$20.000 por daño moral, con más los intereses a la tasa pura del 4% anual desde el 1 de diciembre de 2009 hasta la fecha de la sentencia y en adelante a la tasa activa del banco oficial. Asimismo, aplicó al banco demandado una multa civil en concepto de daño punitivo por el importe de \$1.000.000, que deberá abonar a la actora conjuntamente con la indemnización por daño moral, con más los intereses a la última de las tasas señaladas a computarse a partir de los diez días de notificada la sentencia a la accionada (v. fs. 204/224).

Se interpuso, por el apoderado de la parte accionada, recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (v. fs. 241/264).

Oída la señora Procuradora General, dictada la providencia de autos y corrido el traslado a las partes por la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial (ley 26.944, modificada por la ley 27.077), la accionada contestó el traslado y presentó memoria (v. fs. 312/314 vta. y 315/318 vta.). En razón de ello, encontrándose la causa en estado de pronunciar sentencia, la Suprema Corte resolvió plantear y votar la siguiente

CUESTIÓN

¿Es fundado el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley?

VOTACIÓN

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor de Lazzari dijo:

I. En las presentes actuaciones, la señora María Cecilia Castelli promovió demanda de nulidad del acto jurídico por el cual el Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. procedió a la apertura a su nombre de la cuenta corriente n° 6840-6082-3, la que generó un saldo deudor por débitos y comisiones, con motivo de una solicitud de tarjeta de crédito que nunca fue entregada y cuya situación de incumplimiento fue calificada como deudora de alto riesgo. La actora reclama, también, la condena indemnizatoria por daño moral ante la conducta desplegada por el banco, que califica de recalcitrante y la aplicación del daño punitivo contemplado en el art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor (v. fs. 55/66). La reclamada no contestó la demanda ni ofreció prueba, habiéndose declarado su condición de rebelde (v. fs. 72), situación que cesó con la presentación de fs. 79 y vta. (v. fs. 87).

II. El juzgado de primera instancia rechazó las pretensiones de la accionante (v. fs. 169/173 vta.), por considerar que con el informe emitido por el Banco Central -en cuanto a que la señora Castelli no figura como deudora de la entidad demandada- el Banco Galicia dio cumplimiento con el acuerdo homologado por la Oficina Municipal de Defensa del Consumidor (OMIC), por lo que juzgó abstracto resolver sobre la nulidad del acto jurídico (v. fs. 171, último párrafo). Así, entendió que la reclamación del daño moral era improcedente por resultar prematura la pretensión incoada y por no encontrarse acreditada su configuración (v. fs. 172). Por último, desestimó el daño punitivo por estimar que la pretendida cumplió con el acuerdo aprobado por la OMIC (v. fs. 173).

III. La Cámara de Apelación interviniente dejó sin efecto el fallo de la instancia de origen, haciendo lugar a la acción de nulidad de la cuenta corriente bancaria, con más los daños reclamados (daño moral y punitivo), intereses y costas de ambas instancias a la demandada vencida (v. fs. 204/224).

IV. Contra este pronunciamiento el letrado apoderado de la parte demandada interpone recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (v. fs. 241/264), por el cual alega la doctrina pretoriana del absurdo, en lo que respecta a la aplicación del daño punitivo por la suma de \$1.000.000, con más intereses; la violación de los arts. 52 bis de la ley 24.240; 850 y 1198 del Código Civil; 34 inc. 4, 164, 165 y 384 del Código Procesal Civil y Comercial; 17 y 18 de la Constitución de la Nación y 10, 11 y 15 de la Constitución de la Provincia. Hace reserva de caso federal (v. fs. 263 y vta.).

IV.1. En primer lugar, controvierte la aplicación de la sanción punitiva ante "un incumplimiento de un acuerdo particular por parte del Banco" (fs. 245 y vta.).

Al respecto, afirma que resulta irrelevante saber la razón por la que el Banco incumplió el acuerdo dado que no fuera materia de la presente litis (v. fs. 245 vta./246).

Recuerda que en la audiencia del 23 de febrero de 2010 en la OMIC, la entidad ofreció condonar la deuda de la cuenta corriente e informar a las entidades financieras respecto de la inexistencia de la deuda. Dice que en esa sede la actora renunció expresamente a formular cualquier otro reclamo contra el Banco por los hechos denunciados ante dicho organismo, circunstancia que fue ignorada por el *a quo* al restarle virtualidad jurídica a dicho acuerdo, por lo que considera irrazonable la interpretación efectuada por la Cámara (v. fs. 246 y 248 y vta.).

Controvierte la "incidencia colectiva" que el Tribunal de Alzada pretende dar a la cuestión debatida para justificar la procedencia del daño punitivo (v. fs. 246 vta.), puesto que con ello desconoce los presupuestos y finalidades que animan el instituto (así como su verdadera naturaleza, v. fs. 252/254), a la par que omite ponderar que para su aplicación debe fundarse en consideración a la situación del caso individual (v. fs. 247), tal como impone la norma emanada del art. 52 bis del estatuto del consumidor cuando indica que la multa "...se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso" (fs. 247 vta. y 250), con menoscabo del principio de congruencia y, por ende, del derecho de defensa (v. fs. 250/252).

Aduce que la resolución atacada es inconsistente en relación a las consideraciones efectuadas en cuanto a la prueba del daño moral, con vulneración de los derechos de propiedad y defensa en juicio de la demanda (v. fs. 249 y vta.).

IV.2. En segundo lugar, cuestiona la evaluación del daño punitivo y su cuantificación: la aplicación de la fórmula empleada por el *a quo* para calcular su monto (v. fs. 254).

Insiste en que en el caso de autos la conducta imputada al Banco no ha sido más que la de incumplir un acuerdo transaccional individual. En este sentido argumenta en torno a los factores que admiten su procedencia: la índole del hecho generador; la proporcionalidad de la sanción con la gravedad de la falta; su repercusión social; el peligro de la conducta del accionado en los términos del beneficio que se obtiene; el perjuicio que la infracción genera en el consumidor; el grado de intencionalidad; la gravedad de los riesgos o afectaciones sociales generadas y la existencia de reincidencia (v. fs. 254/256).

En lo atinente a la fórmula usada por el *a quo* para determinar la cuantía del daño punitivo, considera que la misma carece de sustento legal, práctico y lógico (v. fs. 257/259). Más allá de la forma de su cuantificación, entiende que el monto estimado es

absurdo y desproporcionado. Realiza una comparación con diversos antecedentes jurisprudenciales (v. fs. 259/262).

IV.3. Por último, considera que la tasa de interés aplicada carece de justificación y de fundamento válido alguno (v. fs. 262 vta.).

V. El recurso no prospera.

V.1. En relación a los agravios relacionados con la aplicación del daño punitivo, corresponde hacer referencia a las normas jurídicas respecto de los hechos aquí ventilados.

V.1.a. En principio cabe señalar que el art. 52 bis de la ley 24.240, incorporado por la ley 26.361 (B.O. del 7-IV-2008), establece que: "Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley".

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 Wajtraub, 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 Velentina, *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).

V.1.b. El encuadramiento de la relación jurídica dentro del estatuto del consumidor, que permitiría la aplicación del daño punitivo, se encuentra fuera de discusión en el *sub*

examine, no sólo por la forma en que ha quedado trabada la litis sino también por los elementos que se hallan presentes en el caso: los sujetos involucrados (una persona física y una entidad financiera) y los objetos sobre los que recae la relación cuestionada (bienes y servicios bancarios relacionados con el crédito en donde la persona física es destinatario final; arts. 1 a 3, ley 24.240).

A ello se añaden los hechos que dieron lugar a la iniciación de la demanda judicial, los que se fundan en la solicitud de una tarjeta de crédito y en la apertura de una cuenta corriente (v. fs. 56 y vta.; arts. 1 a 3, ley 24.240; 60 y 354 inc. 1, CPCC).

V.1.c. Ahora bien, para determinar el sentido y alcance de la norma contenida en el citado art. 52 bis de la ley 24.240, esto es, para interpretar adecuadamente la disposición legal controvertida por el impugnante, resulta necesario precisar el contexto normativo dentro del cual se halla inserta ("microsistema"), a los efectos de dar respuesta a los agravios planteados en el recurso bajo examen.

En esta tarea, de forma liminar se destaca por su jerarquía la garantía protectoria establecida por el art. 42 de la Constitución de la Nación. La manda constitucional dispone: "Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno".

Las prerrogativas consagradas en esta cláusula constitucional, como se puede apreciar con facilidad, resultan fundamentales para el juzgamiento de los hechos denunciados por la señora Castelli, dada la situación de desprotección e inferioridad en que se encontraba como contratante débil frente a la entidad bancaria, y por las características de contratación que presentan las convenciones impugnadas: se trata de contratos por adhesión (v. fs. 6, 8/9 y 13; art. 984, Cód. Civ. y Com.).

Al respecto, cabe apuntar que en virtud de lo normado por el art. 7 del Código Civil y Comercial, las relaciones aquí ventiladas se encuentran alcanzadas por el nuevo ordenamiento, puesto que se aplica tanto "a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes", como a los contratos en curso de ejecución en la medida en que las normas sean "más favorables al consumidor en las relaciones de consumo".

Siendo ello así, devienen aplicables las reglas atinentes a la contratación en el ámbito del consumo y la proscripción de las prácticas abusivas previstas en los arts. 1097 a 1099

del nuevo Código que garantizan el trato digno, equitativo y no discriminatorio, y la libertad de contratar.

A ello se añade la aplicación de las reglas de interpretación de la ley consagradas en el art. 2 del Código citado, que dispone que: "La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento". En el caso, los principios y valores jurídicos en juego no son otros que la misma libertad contractual -la que habilita a determinar el contenido del contrato- y la igualdad que no se limita a la cuestión económica sino que también es técnica-jurídica, por ser una de las partes un profesional en la especialidad bancaria (arts. 16, Const. nacional; 958 y 963, Cód. Civ. y Com.).

V.1.d. Pues bien, todos estos elementos normativos son los que deben ser ponderados armónica y coherentemente para juzgar debidamente los hechos traídos por la actora, en orden a la correcta aplicación del art. 52 bis de la ley 24.240 y a los efectos de emitir una decisión razonablemente fundada (arts. 2 y 3, Cód. Civ. y Com.).

Los hechos y circunstancias que son de importancia destacar en el *sub lite*, en orden a la aplicabilidad del daño punitivo y que, como fuera ya anticipado, no se hallan controvertidos (v. fs. 72; arts. 60 y 354 inc. 1, CPCC) son, por un lado, la falta de información adecuada y veraz a la consumidora, a raíz de la solicitud de la tarjeta de crédito Visa por parte del Banco Galicia y su conexión contractual con la apertura de la cuenta corriente, con las consecuencias que de ello se derivan, y, por otro, la conducta y el proceder reprochable de la entidad, sobre todo teniendo en cuenta la índole profesional de la entidad proveedora de los productos y servicios bancarios (art. 1725, Cód. Civ. y Com.).

En efecto, el Banco Galicia omitió adoptar las diligencias necesarias para conocer la real situación de su cliente, esto es, si efectivamente la solicitud de la señora Castelli había sido aceptada y si el instrumento (la tarjeta de crédito) había sido entregado a la misma. Una actuación acorde con los estándares derivados de la buena fe podría haber evitado no sólo la emisión del saldo deudor de la cuenta bancaria, sino también los múltiples menoscabos de índole espiritual y material (económicos) que se derivaron de los reclamos extrajudiciales por parte del personal del Banco y de la errónea declaración a las entidades de información crediticia (BCRA, Veraz, etc.), así como de la necesidad de acudir en resguardo de sus derechos a la Oficina Municipal de Defensa del Consumidor, instancia en la que de manera desleal no se reconocieron los errores en los que incurrió la

entidad, sino que sólo se limitó a condonar la deuda originada por la cuenta corriente (v. fs. 6, 20/27, 51/54 y 56 vta./59; arts. 384, CPCC; 9, 961 y 1094, Cód. Civ. y Com.).

A estos hechos corresponde agregar otro de singular valor para el análisis y juzgamiento del caso. Conforme surge del acta obrante a fs. 15 y del reconocimiento de la demandada (arts. 60 y 354 inc. 1, CPCC), el acuerdo al que se arribó en la audiencia del día 23 de febrero de 2010, por el que se remitiera la deuda reclamada por la entidad, no fue cumplido en un primer momento por el Banco Galicia, lo que ocasionó que la señora Castelli debiera concurrir nuevamente a la OMIC, ante los nuevos llamados de "aviso de deuda" (v. fs. 58), a fin de denunciar dicho hecho y solicitar una constancia que regularice su situación normal y sus antecedentes frente al BCRA (v. fs. 15).

Como fuera afirmado en la demanda, la señora Castelli se encontraba todavía a la fecha de iniciación de la demanda en un estado de incertidumbre y de vulnerabilidad (económica, cognoscitiva, jurídica y técnica) respecto de su situación ante la entidad bancaria y, lo que es más grave, frente al sistema financiero al ser considerada injustamente como deudora de alto riesgo con nivel 4, en razón de la errónea información comunicada al BCRA (v. fs. 58/59; arts. 354 inc. 1, CPCC; 42, Const. nac.).

V.1.e. En el decisorio atacado se observa que tales hechos y circunstancias fueron considerados en forma expresa y suficiente, tanto para acoger el pedido de nulidad (v. fs. 204/208), como para aplicar la sanción contemplada por el art. 52 bis de la ley 24.240, al apuntar la falta de información adecuada; la ausencia de consentimiento para la apertura de la cuenta corriente; las consecuencias que se acarrearón de ellas -saldos insolutos; información al BCRA; etc.-; el proceder ante la OMIC; el aprovechamiento económico y la indiferencia frente a la situación de la señora Castelli, todo lo cual viene calificado como de "grosera negligencia, cercana al dolo" (v. fs. 213/214).

V.1.f. En atención a todo lo expuesto, no avizoro que el recurrente haya logrado demostrar la violación de las normas legales denunciadas (art. 52 bis, ley 24.240 y sus concordantes), ni el supuesto excepcional del absurdo en la apreciación de las circunstancias de la causa (arts. 279 y su doctrina, CPCC).

V.2. En lo que atañe a la evaluación y cuantificación del monto estimado en concepto de daño punitivo, tampoco advierto que se hayan acreditado los extremos alegados en el recurso, ni que resulten de aplicación los arts. 1714 y 1715 del Código Civil y Comercial de la Nación a los efectos de morigerar o dejar sin efecto la multa (v. fs. 313 vta.; arts. 279 y 384, CPCC).

En primer lugar, por cuanto -como es sabido- la determinación de los montos indemnizatorios (en el caso, de naturaleza disuasoria o punitiva) constituye una típica cuestión de hecho, privativa de los jueces de las instancias ordinarias y ajena -por tanto- a la revisión en esta sede extraordinaria, salvo que se denuncie y demuestre la existencia de absurdo (conf. doctr. causas C. 119.953, "Morinico", resol. de 2-IX-2015; C. 119.791, "Parisi", resol. de 2-IX-2015; C. 117.926, "P., M. G.", sent. de 11-II-2015), hipótesis que no se vislumbra en la especie.

Lo mismo opino en relación a la cuantificación del daño moral, también cuestionado subrepticamente por el impugnante (v. fs. 249 *in fine* y vta.). Al respecto he señalado que la determinación de sumas indemnizatorias en concepto de daño moral no está sujeta a reglas fijas. Su reconocimiento y cuantía depende, en principio, del arbitrio judicial -para lo cual basta la certeza de que ha existido, sin que sea necesaria otra precisión-, y ello constituye una cuestión circunstancial propia de las instancias de grado y detraída, por ende, del ámbito de la extraordinaria si su ejercicio no resulta irrazonable o absurdo (conf. causa C. 107.510, "Zamora", sent. de 11-IX-2013).

En segundo lugar, porque -como ha señalado el Tribunal de Alzada (v. fs. 216 vta.)- para la determinación de la indemnización es útil recurrir a fórmulas de matemática financiera o actuarial como son aquellas contenidas en las tablas de amortizaciones vencidas a interés compuesto y de uso habitual en los Tribunales de Trabajo. Ello ofrece, como ventajas, algún criterio rector más o menos confiable, cierto piso de marcha al formular o contestar reclamos, o el aventamiento de la inequidad, la inseguridad o la incerteza. Pero esas ventajas no deben llevarnos a olvidar que tales fórmulas juegan, por un lado, como un elemento más a considerar -cuando de mensurar un daño y su reparación se trata- junto a un haz de pautas fundamentales ajenas al mundo de las matemáticas y con todas las cuales el juzgador ha de trabajar para aquella determinación. Y por otro lado, que su aplicación desprovista de prudencia puede llevar a verdaderos despropósitos (conf. mi voto en las causas C. 117.926, "P., M. G.", sent. de 11-II-2015; C. 118.085, "Faúndez", sent. de 8-IV-2015).

En el *sub lite*, el *a quo* ha brindado fundamento suficiente para sostener la aplicación del modelo matemático propuesto, circunstancia que impide tener por configurado el vicio del absurdo (v. fs. 216 vta./220; art. 279 cit.).

Efectivamente, he dicho -en reiteradas oportunidades- que el concepto de absurdo, tal como ha ido elaborándose por este Tribunal, hace referencia a la existencia, en la sentencia recurrida, de un desvío notorio, patente o palmario de las leyes de la lógica o a

una interpretación groseramente errada del material probatorio aportado, debiendo aclararse inmediatamente que no cualquier error, ni la apreciación opinable, ni la posibilidad de otras interpretaciones, o supuestos intentos similares, alcanzan para configurar tal absurdo; es necesario, por el contrario, que se demuestre un importante desarreglo desde la base del pensamiento, una anomalía extrema o una falla palmaria en los procesos mentales, de manera que se ponga en evidencia la irracionalidad de las conclusiones a las que se ha arribado. Y ello, por supuesto, debe ser eficazmente denunciado y demostrado por quien lo invoca (conf. causas C. 116.929, "Rimoldi SACIF", sent. de 8-IV-2015; C. 105.045, "Gaude de Pardo", sent. de 14-V-2014; e.o.). Se trata, en suma, de un remedio último y excepcional para casos extremos (Ac. 64.069, "Bernárdez", sent. de 23-III-1999).

V.3. Finalmente, en cuanto a los agravios referidos a la tasa de interés aplicable a la suma de condena (v. fs. 262 vta.), advierto que este capítulo de la impugnación adolece de la debida crítica al fallo impugnado, presentando una insuficiente fundamentación (doctr. arts. 260 y 279, CPCC).

V.3.a. La demandada comienza exponiendo, sin precisarlo, que el *a quo* añadió a la indemnización del daño moral el pago de intereses (moratorios), los que comienzan a devengarse desde el 1 de diciembre de 2009, por ser el primer día en que se manifestó el perjuicio, esto es, cuando se denunciaron las irregularidades ante la OMIC. Dice que la Cámara determinó que estos intereses sean liquidados a una tasa pura del 4% anual hasta el día de la sentencia y desde ese momento -hasta su efectivo pago- a la tasa activa del Banco Provincia.

Con relación a la aplicación de la tasa pura, sostiene que el Tribunal de Alzada no brinda explicaciones de la decisión adoptada, por lo que carece de una mínima justificación. Y, en cuanto a la tasa activa, considera que la fundamentación es absurda por apartarse de la doctrina legal de esta Corte, ya que el tribunal de grado aduce que se trata de una obligación regida por la legislación comercial, en la que cobra plena vigencia el art. 565 del Código de Comercio, no obstante -afirma el recurrente- el hecho de que gran parte de la sentencia versa sobre la aplicación del art. 52 bis de la ley 24.240.

V.3.b. Pues bien, a poco de analizar los fundamentos del fallo, observo que la Cámara -contrariamente de lo sostenido por el impugnante- sí brinda una justificación para aplicar la tasa pura del 4% anual. La motivación radica en que el monto del daño moral fue fijado a "valores actualizados al día de hoy" (al del dictado de la sentencia; v. fs. 220 vta.).

En virtud de ello, habiendo soslayado el argumento o premisa sobre la que se erige el razonamiento elaborado por el sentenciante, el presente punto del agravio debe ser desestimado.

Y en cuanto a la aplicación de la tasa activa también omite hacer referencia a la parte final de la argumentación del Tribunal de Alzada. El recurrente sólo transcribe la primera parte, mas nada dice acerca de la otra: "La aplicación de esta norma (alude al art. 565 del Código de Comercio), que remite a la tasa de interés que cobran los bancos públicos, constituye la base positiva de la fijación por los jueces del tipo de tasa que deben abonar los deudores después de incurrir en mora; si bien el citado artículo se encuentra ubicado en el título dedicado al contrato de préstamo, debe aplicarse a todos los negocios mercantiles, a la responsabilidad derivada de ellos y, en general, a los actos de comercio, pues se trata de una norma propia y típica del derecho comercial que se extiende a todo su ámbito, desplazando la aplicabilidad del art. 622 del Código Civil (conf. Cámara Civil y Comercial de Azul, 33834, sentencia del 30-VI-1992, JUBA)" (sic, fs. 220 vta.).

Como ha dicho esta Corte, si se omite criticar fundamentos que por sí solos sostienen la sentencia en crisis -aun cuando se censuren otras vertientes que la sustenten-, entonces la misma queda inatacada y por ende el recurso traído debe ser rechazado (conf. mi voto en las causas C. 92.685, "Club y Biblioteca Ramón Santamarina", sent. de 13-II-2008; C. 99.937, "González", sent. de 15-VII-2009).

VI. Por todo lo expuesto, corresponde rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido, con costas (arts. 68 y 289, CPCC).

Voto por la **negativa**.

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Negri dijo:

1. El recurso no prospera.

La Cámara revocó la sentencia de primera instancia que había rechazado la demanda.

Para así decidir, destacó que el art. 52 de la ley 24.240 era claro al señalar que el consumidor o usuario puede iniciar acciones administrativas y judiciales en forma conjunta o consecutiva pues, además de no existir prejudicialidad, tampoco tenía influencia la cosa juzgada administrativa en el ámbito judicial. Y agregó, que aun cuando pudieran valorarse las actuaciones cumplidas ante dicha sede, se trataban de carriles distintos, no propalándose sus efectos a la vía jurisdiccional.

En ese sentido, y a diferencia de lo decidido en primera instancia, entendió que no podía considerarse abstracta la cuestión relacionada a la apertura de la cuenta corriente y los efectos que generó; menos aún los infructuosos reclamos efectuados por la accionante durante más de dos años, no sólo a la entidad bancaria sino también ante la Oficina Municipal de Defensa del Consumidor (OMIC).

Indicó que la demandada había comunicado al Banco Central de la República Argentina y a otras entidades privadas de información crediticia la condición de deudora morosa de la actora, por débitos de la referida cuenta corriente; y que dicha información no se había rectificado con posterioridad a la denuncia formulada ante la OMIC ni al compromiso asumido por la entidad bancaria de subsanarla.

Puso de relieve que encuadrando la relación contractual en la ley 24.240 de Defensa del Consumidor, era obligación de la entidad bancaria brindar a su cliente información veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de la relación de consumo, extremo que no encontró acreditado.

Agregó que dado el tipo de conexidad entre los actos jurídicos, la cuenta corriente y la tarjeta de crédito estaban condicionadas recíprocamente, perdiendo virtualidad la apertura de la cuenta al no haberse perfeccionado el contrato de tarjeta de crédito, ya que la ausencia del consentimiento de una de las partes constituía un vicio estructural que tornaba inválido el negocio, privándolo de efectos jurídicos (art. 18, Cód. Civ.).

Por lo expuesto, hizo lugar a la demanda, declarando la nulidad de la cuenta corriente abierta a nombre de la actora por el Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. en la sucursal Bahía Blanca, pues la actora no había brindado el consentimiento para su apertura. Asimismo determinó las sumas indemnizatorias correspondientes al rubro daño moral y daño punitivo, fijó los intereses y condenó en costas a la accionada (v. fs. 204/224).

II. Entiendo que el recurso extraordinario de inaplicabilidad deducido por la demandada resulta insuficiente (conf. doctr. art. 279, CPCC).

II.1. En el caso ha quedado acreditado que estamos en presencia de una relación de consumo y que el proveedor no cumplió con las obligaciones legales y contractuales correspondientes para con el consumidor, configurándose el supuesto expresamente previsto por el art. 52 bis de la ley 24.240 (conf. ley 26.361).

Al respecto, expuso la Cámara que la ley 26.361, al introducir el art. 52 bis en la ley 24.240, lo había incorporado en nuestro derecho positivo previendo que: "Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor a instancia del

damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el art. 47 inciso b) de esta ley".

Aclaró que la relación entre las partes había nacido en 2007 mientras que la referida ley 26.361 (que incorporó los "daños punitivos") se publicó el 7 de abril de 2008 (B.O. 31.378) y entró en vigencia a los ocho días (art. 2, Cód. Civ.). Advirtiendo que la multa civil resultaba plenamente aplicable porque la solicitud de la nunca entregada tarjeta VISA que habría llevado a la apertura de la cuenta corriente nulificada en la sentencia fue formulada en septiembre de 2008 y, por ende, recién a partir de allí pudo comenzar la producción de los daños cuyo resarcimiento reclama la actora (art. 3, Cód. Civ.).

Juzgó que la conducta adoptada por la accionada desde el inicio de la relación contractual constituía un grave y objetivo incumplimiento de las exigencias de la ley 24.240, a lo que se sumó la grosera negligencia del Banco en toda la operatoria que devino en la declaración de nulidad de la cuenta corriente abierta sin el consentimiento de su titular.

Para fijar la cuantía por el daño punitivo, estimó que la suma peticionada por la actora resultaba inocua, al carecer de la manera más absoluta de incidencia en la cuantificación porque no se trataba de un resarcimiento a favor de la víctima sino de una sanción al infractor.

Y en virtud de la función estrictamente preventiva que cumple esta multa señaló que la misma no debía ser inferior ni superior a la suma necesaria para generar incentivos económicos suficientes en el infractor como para disuadirlo de incurrir en conductas análogas (v. fs. 215/216).

Expresó que dicha suma debía "...proporcionar suficientes incentivos a quienes toman las decisiones respectivas para que busquen corregir la grosera irregularidad con que se manejan en casos como el de autos y evitar así la repetición de sanciones semejantes que, multiplicadas, sí tendrían un efecto importante en la economía del proveedor..." (v. fs. 220) e indicó que la decisión tenía como objeto beneficiar, indirectamente, a todos los consumidores que se hallen en situaciones similares, actuales o potenciales.

II.2. En consideración al planteo efectuado por el recurrente, recuerdo que esta Corte tiene dicho que la procedencia y cuantificación de los rubros indemnizatorios constituye una típica cuestión de hecho, que sólo puede ser revisada en la instancia extraordinaria

en el caso de que se demuestre acabadamente que las conclusiones de los sentenciantes son el producto de un razonamiento viciado por el absurdo (conf. causas C. 105.564, "M., C. C.", sent. de 5-X-2011; Ac. 86.380, "Marful", sent. de 4-VIII-2004; Ac. 53.173, "Capellacci", sent. de 7-III-1995 en "Acuerdos y Sentencias", 1995-I-214).

En la especie, no advierto que los argumentos vertidos por el recurrente logren demostrar la denunciada errónea aplicación o violación de las normas jurídicas ni la existencia de vicio lógico alegado, por lo que corresponde desestimar los agravios planteados en relación a la procedencia y cuantificación del daño punitivo decidida por el Tribunal de Alzada (conf. doctr. art. 279, CPCC).

II.3. Por otra parte, observo que la Cámara al tratar los rubros indemnizatorios reclamados consideró que el daño moral estaba suficientemente justificado dada la cantidad de circunstancias adversas atravesadas por la accionante, durante largo tiempo, hasta lograr que cesara la publicidad de su calificación como deudora morosa (conf. art. 522, Cód. Civ. y 19, Const. nac.).

Especificó que la exposición pública y prolongada como deudora cuando no se lo es, además de influir negativamente en el ámbito de los negocios, afecta el ánimo y la tranquilidad de espíritu de quien lo padece; a lo que sumó la impotencia que genera sentirse forzado a transitar múltiples e infructuosos caminos con el objeto de que subsanara el error cometido.

En consecuencia, los escasos argumentos expuestos a fs. 249 y vta. y 263 resultan insuficientes para conmovir lo decidido en relación a la concesión y determinación de la cuantía indemnizatoria correspondiente por el daño moral (conf. doctr. art. 279, CPCC).

III. Finalmente, en lo que respecta a los agravios dirigidos a cuestionar la tasa de interés aplicada por el Tribunal de Alzada adhiero a los fundamentos vertidos en el punto V apartado 3 del voto del doctor de Lazzari.

IV. Por todo lo expuesto, no habiéndose acreditado la violación ni la errónea aplicación de las normas legales denunciadas, así como tampoco el absurdo alegado, corresponde proceder al rechazo del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido, con costas (arts. 68, 279 y 289, CPCC).

Voto por la **negativa**.

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Pettigiani dijo:

I. Por compartir sus fundamentos, adhiero al voto del ponente con excepción de lo expresado en el punto V.1.c. concerniente a la aplicación del Código Civil y Comercial al presente caso.

I.1. En efecto, cabe observar que la irregular conducta de la entidad financiera demandada que ha sido objeto de reproche en estos autos comenzó hacia mediados del mes de septiembre de 2008, hallándose ya vigente la ley 26.361 (modificatoria de la ley 24.240), aun cuando la relación de consumo entre las partes databa de fecha anterior (v. fs. 212 vta./213). Ahora bien, dado que la causa generadora del daño padecido por la accionante ya se había extinguido hacia el mes de agosto de 2011, ocasión en la que la Central de Deudores del Sistema Financiero del Banco Central de la República Argentina informó en autos que la accionante ya no figuraba con deuda alguna con el banco demandado (v. fs. 97, 156), considero que no es posible aplicar aquí las normas del Código Civil y Comercial pues tanto a los fines sancionatorios como a los indemnizatorios, el comportamiento antijurídico de la demandada y el daño padecido por la accionante se consumaron o agotaron al amparo de la legislación anterior (conf. art. 7, Cód. Civ. y Com.).

A partir de dichas circunstancias (incumplimiento y daño) se generó una modificación en la relación jurídica habida entre las partes, erigiéndose una nueva dirigida al resarcimiento y sanción del perjuicio causado, la que debe juzgarse de conformidad con las leyes vigentes al tiempo en que se produjeron tales hechos, tanto para determinar su alcance, su extensión, así como la posibilidad de morigeración judicial de la sanción (en el mismo sentido, Moisset de Espanés, Luís, *La irretroactividad de la ley y el nuevo art. 3 Código Civil [Derecho Transitorio]*, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1976, págs. 17, 42/44 y concs.).

Que las nuevas leyes supletorias regulatorias de la relación de consumo, en tanto más beneficiosas al consumidor, sean de aplicación inmediata -al igual que las nuevas leyes imperativas en la materia- no implica que unas y otras puedan atrapar en su ámbito de acción a hechos o situaciones ya consumados al tiempo de su entrada en vigencia, sino solamente a las consecuencias jurídicas ocurridas o devengadas con posterioridad (conf. art. 7, Cód. Civ. y Com.).

I.2. Aclarado lo precedente, coincido con los colegas preopinantes en que la recurrente no logra demostrar el absurdo achacado a la estimación del daño punitivo efectuado por el tribunal *a quo* (conf. art. 279, CPCC).

Cierto es que los jueces deben ser en extremo prudentes y cuidadosos al momento de establecer la sanción por daño punitivo, en tanto la norma del art. 52 bis de la ley 24.240 (texto agregado por ley 26.361), que refiere a la gravedad del hecho y demás elementos de la causa, resulta vaga, laxa e imprecisa, ocasionando que su cuantificación quede librada al ámbito de apreciación judicial (bien que se impone reconocer que someter dicho cálculo a pautas o reglas fijas devendría asimismo impracticable). Es menester entonces que la labor jurisdiccional de cuantificar la sanción civil prevista en la norma responda a pautas orientadoras y mecanismos que en todos los supuestos dejen translucir la valoración de las concretas circunstancias del caso, así como contribuyan al mejor cumplimiento de los objetivos y fines del instituto.

En tal entendimiento, por un lado, la valuación de la condenación punitiva puede considerar la índole y gravedad de la falta cometida por el agente dañador en su relación con los derechos conculcados y el perjuicio resultante de la infracción; así como la gravedad de los riesgos o de los perjuicios sociales derivados de la infracción y su generalización; la repercusión social de su inconducta o del daño ocasionado (carácter antisocial); la naturaleza y grado de desequilibrio de la relación entre el dañador y la víctima; la existencia de otros damnificados con derecho a reclamación (pluralidad de víctimas); la cuantía del beneficio o ahorro procurado u obtenido por el agente dañoso con el ilícito (rédito); su situación o solvencia económica (carácter irrisorio); su posición en el mercado (hegemonía, estandarización); el número y nivel de empleados involucrados en la inconducta (atribución y fidelidad); la posibilidad que haya tenido el dañador de conocer el peligro y evitar el daño (indiferencia, ligereza, imprevisión); el grado de su intencionalidad (negligencia o dolo); la existencia de antecedentes de sanciones similares impuestas al responsable del daño (reincidencia) o a similares proveedores de bienes o servicios; la posibilidad de reiteración de la conducta reprochada (o similares) si no mediara condena pecuniaria; la actitud del agente dañador con posterioridad al hecho que motiva la pena (mitigación y no agravamiento del daño); la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas (en cuanto la sumatoria pueda conducir a una sanción excesiva o irrazonable); la existencia de precedentes judiciales (homogeneidad en los montos de condena); y las diversas funciones que el instituto está destinado a cumplir (sancionatoria, disuasiva, ejemplificadora, preventiva de futuros daños, etc.; conf. XVII y XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, 1999 y 2007 respectivamente; Proyecto de Código Civil y Comercial, 1998; análogamente, art. 49, ley 24.240).

Por otro lado, en la labor de establecer las pautas de cuantificación de la sanción pecuniaria es preciso evitar acudir a criterios subjetivos no explicitados, infundados, irreproducibles o inverificables. Y en tal sentido, tal como expresa el doctor de Lázari en su voto (punto V.2.), el hecho de que los jueces no se encuentren obligados a recurrir a fórmulas matemáticas para cuantificar las indemnizaciones, no implica vedar la utilización de dichas fórmulas ni desconocer su eventual utilidad como un elemento más a considerar (C. 117.926, "P., M. G.", sent. de 11-II-2015) entre las múltiples herramientas a las que pueden recurrir los magistrados para facilitar y objetivar la compleja labor referida (conf. L. 116.477, "Rivas", sent. de 23-XII-2014), en tanto asimismo se computen las circunstancias del caso y las particulares de la víctima y demás damnificados (conf. CSJN, Fallos 329:3403; 329:4944; e.o.; A. 71.574, "Bellomo", sent. de 8-VII-2014).

Justamente, en autos el *a quo* empleó un modelo matemático circunstanciado, basado en el cálculo de probabilidad de que el infractor fuera condenado a resarcir el total del daño materialmente provocado a las víctimas en todos los casos en los que actuare o reiterare la conducta aquí reprochada (v. fs. 217 vta.). Luego, a partir de presunciones *hominis* sostenidas en el sentido común y la experiencia, concluyó que en las actuales circunstancias de tiempo y lugar sólo uno de cada cincuenta consumidores en análoga situación a la de la actora perseguiría un resarcimiento de los daños padecidos por tales conductas del accionado (v. fs. 218). En tal sentido, considerando esa extremadamente baja probabilidad de ser demandado (que reputó en un 2%), así como el sensible rédito que de dicho escaso porcentaje ha extraído la entidad financiera, la entidad de la negligencia incurrida (que calificó de grave, cercana al dolo), su habitualidad, la grotesca situación por la que debió atravesar la actora (incluso luego del arribado acuerdo ante la autoridad municipal de aplicación, importando ello toda ausencia de mitigación del daño), y partiendo del monto de condena en concepto de daño moral (resarcitorio), arribó al guarismo millonario de la sanción con el objeto de actuar seriamente el fin disuasorio de la multa, imponiéndole al demandado una erogación similar a la que habría debido abonar hasta el presente por su generalizado, ligero e irregular proceder (v. fs. 218 vta./220).

Ante tal faena, concuerdo con la opinión de los colegas preopinantes en que el Tribunal de Alzada brindó fundamento suficiente para calcular el monto de la multa impuesta al banco demandado, extremo que enerva la configuración del vicio de absurdo en los términos alegados por el recurrente (doctr. art. 279, CPCC).

II. No obstante lo expuesto, tal como observa la señora Procuradora General a partir de fs. 300 vta. de su dictamen, que hago propio desde allí, cierto es que la finalidad de la multa contemplada en el art. 52 bis de la ley 24.240 trasciende el mero caso individual. Su cuantificación -como se aprecia en autos- ha tomado en cuenta los perjuicios sociales derivados de la infracción, la reparación social de la conducta -desmantelando sus beneficios subsistentes para el infractor-, así como ha atendido a los eventuales reclamos que otros consumidores, afectados en forma semejante al actor por las prácticas abusivas u obrar ilícito del accionado, podrían haber realizado y por diversas razones no llevaron a cabo.

Es posible así aseverar que al lado de la función estrictamente sancionatoria de la multa, encaminada a restablecer un trato digno al consumidor afectado, se yerguen -incluso con mayor entidad- sus funciones preventiva, ejemplificadora y disuasoria, dirigidas a preservar los niveles de precaución deseables socialmente. Estas últimas importan la consideración de circunstancias por las cuales también se justifica sancionar al demandado por su conducta desplegada no solamente en perjuicio del actor, sino de la sociedad en general, procurando la completa reposición de la situación (tanto del damnificado como del responsable) a su estado anterior al hecho ilegítimo (conf. art. 1083 y concs., Cód. Civ.), desbaratando los beneficios obtenidos por el último y disuadiéndolo de conductas similares en lo sucesivo (asimismo, Zavala de González, Matilde, *Resarcimiento de daños*, T. 4, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, pág. 578).

Consecuentemente, dado que la fórmula empleada por el tribunal *a quo* ha recogido de modo conjunto todas las referidas dimensiones de la multa, considero que si el accionante percibiera el total de la misma ello le generaría un enriquecimiento indebido que tornaría disvalioso e irrazonable el resultado económico derivado de la sanción impuesta (también, Trigo Represas, Félix, "La prevención y el daño punitivo", en Mosset Iturraspe, Jorge y Lorenzetti, Ricardo [Dirs.], en "Revista de Derecho de Daños. Prevención del Daño", Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008, Vol. 2008-2, pág. 27), no por la magnitud de su estimación -tanto a la luz de la gravedad de la irregularidad cometida como de la envergadura del perjuicio causado inclusive al conjunto de la sociedad-, sino por el usufructo que de dicha suma hiciese exclusivamente el accionante.

En efecto, desvirtuándose la medida de la función social del instituto, se estaría beneficiando al sujeto afectado con la percepción de una suma dineraria proveniente de la sanción, motivada no solamente en el gravamen individual padecido, sino asimismo en la

incidencia colectiva producida por tales prácticas desarrolladas con absoluto menosprecio del prójimo.

No prescindo de considerar el expreso texto del art. 52 bis de la ley 24.240, que dispone el destino de la multa a favor del consumidor, mas su aplicación al caso concreto, cuando la estimación de aquélla incluya su componente por el perjuicio social causado, debe llevar a distribuir su producido de forma tal que puedan ser cumplidos todos los objetivos y fines del instituto.

Así, la razonabilidad de la fijación y cuantificación de la sanción debe analizarse a la luz de las circunstancias tenidas en cuenta a tal fin. Por lo que en estos casos no podría favorecerse a la víctima con la percepción de una compensación mayor a la derivada de la incidencia de la infracción sobre su persona (conf. arts. 16, 21, 499, 502, 530, 907, 953, 1037, 1068, 1069, 1071, 1077, 1079, 1109, 1137, 1167, 1197, 1198 y concs., Cód. Civ.), ni quebrarse el principio de igualdad al postergarse a similares damnificados que pudieran obtener sentencia con posterioridad (en el mismo sentido, Picasso, Sebastián - Vázquez Ferreyra, Antonio [Dir.], *Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada*, T.1, 1 edic., Buenos Aires, La Ley, 2009, pág. 628).

Luego, armonizando el mencionado precepto normativo con las exigencias de la justicia y equidad propias del Estado de Derecho (arts. 1, 28, 31, 33, 75 inc. 22 y concs., Const. nac.), dentro del marco de la congruencia abierto por el recurso extraordinario traído (arg. arts. 34 inc. 4, 163 inc. 6, 272 y concs., CPCC), corresponde efectuar una prudente reasignación de las sumas derivadas de la multa impuesta a la demandada, de modo que el destino de parte de los fondos involucrados sea dirigido a medidas de fomento de los derechos de los consumidores en el ámbito provincial, sea en acciones de educación, información y difusión del ordenamiento jurídico protectorio, de las prácticas abusivas usuales, como de los mecanismos de defensa que se encuentran disponibles para su neutralización (asimismo, Alterini, Atilio, "Las reformas a la Ley de Defensa del Consumidor. Primera lectura, 20 años después", LL, 2008-B-1239).

Volviendo así al dictamen de la señora Procuradora General, concuerdo en que una prudente distribución de la multa -que contemple asimismo el necesario incentivo para que el reclamante haya instado el trámite- debiera llevar en este caso a reconocer a la accionante el veinte por ciento de aquélla (20%), mientras que el porcentaje restante debería ser dirigido al destino especificado en el párrafo anterior, a cuyo fin deberá oficiarse a la Dirección Provincial de Comercio dependiente de la Subsecretaría de Industria, Comercio y Minería del Ministerio de la Producción de la Provincia de Buenos

Aires (arts. 1, 31, 33, 42, 75 incs. 12 y 22 y concs., Const. nac.; 1, 10, 11, 15, 38 y concs., Const. prov.; 1, 2, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18 y concs., ley 13.133; 1, dto. 1036/04; 1, dto. 1986/06).

III. Habida cuenta de lo expuesto, parcial adhesión formulada, y sin perjuicio de las modificaciones propuestas en la asignación del producido de la multa (contenidas en el punto II precedente), corresponde rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley traído, con costas (art. 289, CPCC).

Así lo voto.

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

Por las razones expuestas por el doctor Negri en su voto, y lo expresado por el doctor Pettigiani en el punto I.2 de su sufragio, voto por la **negativa**.

El señor Juez doctor **Genoud** y la señora Jueza doctora **Kogan**, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor de Lazzari, votaron también por la **negativa**.

El señor Juez doctor **Natiello**, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Soria, votó también por la **negativa**.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente

S E N T E N C I A

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora General, se rechaza el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto; con costas (arts. 68 y 289, CPCC).

El depósito previo de \$102.000 efectuado a fs. 239 queda perdido (art. 294, CPCC). El tribunal *a quo* deberá dar cumplimiento a lo dispuesto por los arts. 6 y 7 de la resolución 425/02 (texto según resol. 870/02).

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

EDUARDO JULIO PETTIGIANI

EDUARDO NESTOR DE LÁZZARI HECTOR NEGRI

DANIEL FERNANDO SORIA LUIS ESTEBAN GENOUD

HILDA KOGAN CARLOS ANGEL NATIELLO

CARLOS E. CAMPS

Secretario