

Expediente: 413/19

Carátula: **NADEF GERMAN JOSE C/ BANCO ITAU ARGENTINA S.A. S/ SUMARISIMO (RESIDUAL)**

Unidad Judicial: **EXCMA. CÁMARA EN LO CIVIL Y COMERCIAL COMÚN SALA II**

Tipo Actuación: **INTERLOCUTORIA (RECURSO) CON FD**

Fecha Depósito: **14/03/2023 - 00:00**

Notificación depositada en el/los domicilio/s digital/es:

20301179805 - *NADEF, GERMAN JOSE-ACTOR/A*

23148866279 - *BANCO ITAU ARGENTINA S.A., -DEMANDADO/A*

30715572318715 - *FISCALIA DE CAMARA CIVIL COM. Y LABORAL*

PODER JUDICIAL DE TUCUMÁN

CENTRO JUDICIAL CAPITAL

Excma. Cámara en lo Civil y Comercial Común Sala II

ACTUACIONES N°: 413/19



H102224293332

San Miguel de Tucumán, 13 de marzo de 2023.-

AUTOS Y VISTOS: La causa caratulada "**NADEF GERMAN JOSE c/BANCO ITAU ARGENTINA S.A. s/SUMARISIMO(RESIDUAL) - EXPTE. N° 413/19**", venida a conocimiento y resolución de este Tribunal con motivo del recurso de apelación interpuesto en fecha 05/07/2022 por la parte actora en contra de la sentencia de fecha 27/06/2022, el que es concedido en los términos del art. 710 del CPCC en fecha 08/07/2022; y

CONSIDERANDO:

1. Que la sentencia recurrida, en los puntos materia de apelación, resuelve hacer lugar parcialmente a la acción de consumo instaurada por el actor en contra de Banco Itaú Argentina SA, condenando a éste último a abonar a Germán José Nadeff la suma de \$64.539,49, con más los intereses calculados conforme lo considerado. Asimismo, impone las costas a la demandada vencida respecto de los rubros por los que la demanda prospera y a la parte actora en cuanto a los rubros rechazados; difiriendo el pronunciamiento de honorarios para su oportunidad.

2. Que en fecha 03/08/2022 expresa agravios la parte actora. Corrido el traslado de ley, los agravios son contestados por la demandada en fecha 09/08/2022.

Que en fecha 27/10/2022 se pronuncia la Sra. Fiscal de Cámara.

3. Que en lo relevante, concreto y conducente, la parte actora se agravia por cuanto entiende que al rechazarse el daño patrimonial (por los puntos no acreditados y los puntos canjeados bajo coacción) y el daño punitivo, el a quo incurrió en arbitrariedad. Se agravia asimismo de la imposición de costas.

3.1. En primer término se agravia el recurrente de la sentencia en crisis en cuanto entiende que al rechazarse los rubros “daño patrimonial por los puntos no acreditados” y “daño patrimonial por los puntos canjeados bajo coacción” la sentencia recurrida soslayó pruebas neurálgicas rendidas en la causa.

Así, respecto de los puntos no acreditados, sostiene que dicho rubro ha sido rechazado por el a quo por entender este que si bien se encuentra acreditada la falta de claridad de la demandada en la utilización de un método para aplicar el costo de los puntos del programa “Suma y Viaja” y pese a recomendar una “triple operación” el actor a los fines de cuantificar la indemnización, lo cierto es que el actor no realiza cálculo alguno que permita acreditar la diferencia de puntos que debieron acreditarse en su cuenta si se hubiese mantenido el costo más beneficioso para él, por lo que, no encontrándose acreditado el daño, esto es, que efectivamente el actor haya percibido menos puntos que los que naturalmente le hubieren correspondido, se rechaza la indemnización requerida por el daño analizado.

Señala el recurrente que en dicho razonamiento el a quo soslayó la prueba pericial contable rendida en autos, de la cual surge expresamente que “si se hubiera mantenido a futuro el costo más beneficioso para el actor, éste hubiese obtenido un total de 86.999 puntos si se toma el costo el peso” (punto 2 de la pericia) y que “si tiene en cuenta el costo de los puntos en pesos, la diferencia entre los puntos efectivamente obtenidos por el actor y los que hubiese obtenido si se hubiese tomado el costo más beneficioso para él sería de 65.812 puntos” (punto 3 de la pericia).

Señala que acreditado el daño la cuantificación resultaba sencilla, y simplemente debía seguirse el mismo procedimiento aplicado para cuantificar el rubro “puntos debitados”, en el cual se explicó que si 24.000 puntos equivalen a \$41.338,21, aplicando una regla de tres simple podía develarse el valor de cualquier cantidad de puntos. De ello, aplicando dicho método obtenemos que 65.812 puntos equivalían al 11/06/2019 a \$113.356,26 ($65.812 \times \$41.338,21 / 24.000 = \$113.356,26$).

De ello concluye la recurrente que la sentencia en crisis debió hacer lugar al rubro “daño patrimonial por puntos no acreditados” y condenar a la accionada a pagar por dicho concepto la suma de \$113.356,26 con más intereses computados desde el 11/06/2019.

3.2. En segundo lugar, respecto al daño patrimonial reclamado por los puntos canjeados bajo coacción, señala la recurrente que erróneamente la sentencia rechazo el mismo bajo el aparente fundamento de que no se encontraba acreditado mediante ningún medio de prueba que el actor haya canjeado efectivamente el total de 27.720 puntos. Ello así por cuanto señala que el a quo omite considerar que en la prueba documental acompañada con la demanda (fs. 46 y ss. del expediente físico) surge expresamente que el 29/12/2018 se canjearon 12.555 puntos y el 06/01/2019 se canjearon 14.165 puntos, con lo que el total de puntos canjeados es de 26.720; debiendo tenerse presente que la demandada no negó ni la documentación ni los canjes.

En consecuencia con ello la sentencia recurrida debió considerar acreditado el canje de los 14.165 puntos y realizar el mismo procedimiento seguido para cuantificar el rubro “puntos debitados” y condenar a la demandada a abonar la suma de \$ 24.398,15 en concepto de daño patrimonial por los puntos canjeados bajo coacción, más intereses ($14.165 \times \$41.338,21 / 24.000 = \$24.398,15$).

3.3. En tercer término, respecto de la sanción punitiva, sostiene la recurrente que la sentencia rechazó el rubro “daño punitivo” omitiendo considerar pruebas rendidas en el expediente, por lo que considera que incurrió en auto-contradicción y violó el deber de motivación, lo que torna el rechazo en arbitrario.

3.3.1. En este sentido señala que se omitió considerar el dictamen fiscal presentado el 09/02/2022 en cuyo punto VI el Fiscal señaló que, a su criterio, corresponde hacer lugar a la sanción prevista en el Art. 52 Bis de la LDC solicitada por el actor, oportunidad en la cual se señaló el plexo normativo consumeril violado.

Indica que si bien dicho dictamen no resulta vinculante para el magistrado, lo cierto es que el mismo debió ser considerado por la sentencia recurrida por implicar la opinión de un órgano objetivo especializado en la materia a resolver.

3.3.2. Señala asimismo que se omitió considerar las gravísimas conductas de la accionada, algunas de ellas mencionadas por el Ministerio Público en su dictamen fiscal, que fueron denunciadas y acreditadas en autos y que debieron ser sopesadas por el *a quo* para condenar a la accionada en concepto de daño punitivo; pero que sin embargo fueron soslayadas por completo. En este sentido, indica la recurrente que la accionada no respondió el reclamo realizado en el cual solicitó información, el reintegro de los puntos debitados y la detención del débito indebido de puntos, limitándose a rechazarlos mediante correo del 20/11/2018 con la simple leyenda de que “*tu inquietud nro. 2351338 ha sido resuelta desfavorablemente*” mientras continuaba debitando sistemáticamente sus puntos. Añade que la accionada se negó a brindarle información personalmente en su sucursal, a recibirle una nota por escrito consignando los datos de la recepción y el número de reclamo (a lo que está obligada por ley), a atenderla telefónicamente (pues la línea brindada en el correo se encontraba día tras día “congestionada”); es decir que jamás pudo obtener información sobre el débito de los puntos en sede extrajudicial.

Por último, señala que la accionada al día de la fecha sigue sin explicar el motivo de los débitos, pues no concurrió a la audiencia del artículo 401 procesal ni brindó ninguna información al respecto en este proceso; implicando dicha conducta procesal violación a las normas de buena fe y a su deber de aportar al proceso elementos de prueba y colaboración necesaria para esclarecer la cuestión debatida en juicio, en los términos del artículo 53 de la LDC.

3.3.3. Señala la recurrente no se realizó un análisis integral de las constancias de autos, del cual emerge un sistema perverso montado por la accionada, mediante el cual induce a sus usuarios a consumir con la falsa expectativa de adquirir premios imposibles de alcanzar, siendo lo más grave que dicha imposibilidad tiene como causa una conducta antijurídica que la propia accionada despliega y mediante la cual viola la propiedad privada de los mismos usuarios a los que induce a consumir.

En este sentido señala que la accionada induce a sus usuarios a consumir porque, teóricamente, mientras más consumen sus usuarios más puntos “ganan” y mientras más puntos “ganan” a mejores premios se acceden. La falsa expectativa en sus usuarios se genera en base a una conducta antijurídica de la accionada porque es ella misma la que torna ilusoria la posibilidad de acumular la cantidad de puntos requeridos, pues como se acreditó en autos debita arbitraria e ilegítimamente los puntos que el usuario va a acumulando, debido que no solo no informa al momento de acceder al programa que los puntos pueden caducar sino que la única información al respecto que brinda la demandada (en forma deficiente) implica un sistema de débito completamente distinto al que aplica en la práctica, con lo cual puede advertirse que nos encontramos ante una grave estafa.

Señala que al dorso de los resúmenes de TC la accionada informa -con letra pequeña y difícilmente legible- que “a partir del 1/05/2018 aquellos clientes que no registren consumos con sus tarjetas de crédito por un período de 6 (seis) meses consecutivos, contados a partir del último consumo efectuado con dichas tarjetas, perderán la totalidad de los puntos acumulados en los programas “Suma y Viaja”, sin embargo aplica un método de débito distinto.

Sostiene que la conducta antijurídica de la accionada, mediante la cual debita arbitrariamente los puntos, implica una violación a la propiedad privada de sus usuarios porque los puntos que la demandada “quita” (tanto los acreditados en las cuentas que hace caducar como los devengados por consumos no acreditado por la arbitraria asignación) son permutables por bienes o servicios, *ergo* tienen evidentemente un valor e integran el patrimonio del usuarios, *ergo* el “secuestro” arbitrario de los puntos implica una grave violación al derecho de propiedad del usuario.

3.3.4. Añade la recurrente que el a quo incurrió en auto contradicciones en distintos pasajes la sentencia dado que, mientras en algunos menciona graves infracciones de la accionada al plexo normativo consumeril, luego rechaza condenarla por daños punitivos, lo que implica una contradicción.

3.4. En lo concerniente a las costas, señala la recurrente, para el hipotético caso que no se haga lugar al recurso en los puntos antes referidos, que las mismas deben imponerse a la accionada dado que, de mantenerse la imposición de costas al actor consumidor se contradice la doctrina sentada por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, que mediante sentencia del 14/10/2021 recaída en los autos “Recurso de hecho deducido por la parte actora en la causa ADDUC y otros c/AySA SA y otro s/proceso de conocimiento”, donde entendió que en las acciones de consumo los consumidores están eximidos de soportar las costas.

Añade que siguiendo la doctrina de la Excma. CSJN es que el nuevo CPCCT, en su artículo 487 dispone que “El consumidor o usuario vencido no podrá ser condenado en costas. Por excepción el Tribunal podrá aplicárselas, total o parcialmente, cuando por circunstancias especiales haya quedado manifiestamente demostrado que litigó sin razón probable”.

Siendo evidente que en el caso de autos existían razones evidentes para litigar, la imposición de costas al actor consumidor resulta arbitraria y le agravia.

4. Entrando al análisis de la cuestión planteada, se adelanta que el recurso plantado ha de prosperar.

4.1. Daño patrimonial por los puntos no acreditados. No cabe dudas en estos autos que la parte actora se encontraba suscripto al programa “suma & viaja” que ofrecía la parte demandada, en base al cual esta última otorgaba puntos a la primera en base a los consumos de esta a través de la tarjeta de crédito emitida por la entidad financiera. Esta circunstancia, sumada a la circunstancia de que existen períodos donde a pesar de tener consumos la parte actora no se le han otorgado puntos, tornan procedente se indemnice a la misma por los puntos no acreditados.

Ahora bien, determinar la cuantía de la indemnización que corresponde resulta difícil habida cuenta que en estos autos no se encuentra acreditado como opera dicho otorgamiento de puntos en base a los consumos efectuados.

En este punto cabe recordar que ambas partes tienen el deber de colaborar de buena fe en la aportación de las pruebas que se encuentren en su poder -o cuya producción les es relativamente sencilla-, que podrían conducir al juez a arribar al conocimiento de la verdad materia de los hechos debatidos en el proceso. . . , (Picasso-Vazquez Ferreyra - Ley de Defensa del Consumidor-comentada y anotada 96Tomo I - art.53 96 pag.664/665 96 La Ley). Se entiende que, a más de la demandada (quien estableció el programa), el actor debería poseer el reglamento del programa, ya sea porque lo pidió al adherirse, o bien requerirlo en la nota presentada en la institución en fecha 26/10/2018 (fs. 20) donde se requirió el reintegro de puntos debitados, pero no el reglamento a los efectos de comprender como funciona el programa al cual se adhirió; o bien como prueba documental en poder de la parte demandada.

Sin embargo cabe aplicar la doctrina de las cargas probatorias dinámicas pues resulta claro que la firma demandada se encontraba en mejores condiciones de acompañar el reglamento del programa “sumá & viajá” para demostrar que los puntos otorgados a la parte actora son acordes a los consumos de este a través de su tarjeta de crédito de Visa; lo que no tuvo lugar

En este sentido, el 3er párrafo del art. 53 de la Ley 24.240 resulta claro cuando expresa que los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio.

A los efectos de determinar el monto indemnizatorio, se adelanta que se dejara de lado el propuesto por la parte actora dado que no resulta procedente de tomar el “costo del punto más beneficioso para el consumidor” en tanto la operación.

Constituye una noción de hecho perteneciente a la experiencia común (art. 33 viejo CPCC - art. 127 CPCC) que en estos programas, a los fines de mantener equilibrada la relación entre el precio punto y el del premio se acude generalmente a dos vías o variables. La primera, es sujetar el valor del punto a un valor que se ajuste automáticamente, como ser, establecer que un punto equivale a un dólar estadounidense consumido, para lo cual debe dividirse el consumo mensual en la cotización de dicha divisa a la fecha del cierre del resumen (u otra fijada en el reglamento) a los efectos de calcular los puntos a otorgarse. La segunda es que el punto que se otorga equivale a una suma fija de pesos (por ejemplo, 1 punto es = a 100 pesos), supuesto en el cual si bien no varía el costo del punto, lo que varía es el costo en puntos del premio al que se quiere acceder, con lo cual, pasado un periodo de tiempo el mismo premio costará más puntos.

Es también de la experiencia común que en este tipo de programas, un consumo en cuotas con la tarjeta de crédito es totalizado a los efectos del cómputo de puntos, con lo que en los restantes resúmenes donde se cobren la segunda y restantes cuotas, estas no computan para el otorgamiento de puntos en dicho resumen en tanto el total de la compra ha sido contabilizado cuando se cobró la primera cuota. En el caso, esto podría explicar que en un resumen posterior, en el cual el saldo del resumen a abonar sea mayor al de un periodo anterior, se otorguen menos puntos dado que dicho saldo correspondería en una gran medida a cuotas de compras pasadas.

Consecuentemente, para el caso se adoptará el siguiente mecanismo: 1) No corresponde fijar diferencias para los períodos en los que si se han otorgado puntos en tanto estos no han sido cuestionados de manera precisa, probándose que los puntos otorgados hayan estado mal calculados. 2) Se establecerán los puntos que debieron ser otorgados respecto de los períodos en los cuales no se otorgaron puntos conforme dictamen pericial que no ha sido cuestionada por las partes. 3) Se empleará el valor del punto fijado para el período inmediato anterior por el perito, o, en el caso de no haberlo, para el inmediato posterior. 4) Una vez determinado los puntos que debieron ser otorgados, se multiplicara estos por el valor de \$1,69 que es el resultado de dividir \$41.338,21 (valor de dos pasajes aéreos a la ciudad de Río de Janeiro al día 30/05/2019) por 24.400(puntos necesarios para acceder a dicho premio a dicha fecha).

Así, empleando las pautas antes señaladas, se obtiene el siguiente resultado:

Mes/Año Consumo en \$\$ necesarios para 1 punto Puntos que debieron otorgarse Precio punto al 30/05/19 Monto a Resarcir

may-16\$ 16.941,53\$ 35,36479\$ 1,69\$ 809,71

jun-16\$ 18.838,81\$ 35,36533\$ 1,69\$ 900,38

jul-16\$ 47.256,69\$ 35,361336\$ 1,69\$ 2.258,59

ago-16\$ 16.209,00\$ 35,36458\$ 1,69\$ 774,69

sep-16\$ 16.036,56\$ 35,36454\$ 1,69\$ 766,45

feb-17\$ 32.845,66\$ 7,614316\$ 1,69\$ 7.294,24

mar-17\$ 21.058,06\$ 7,612767\$ 1,69\$ 4.676,49

abr-17\$ 21.798,38\$ 7,612864\$ 1,69\$ 4.840,90

may-17\$ 24.453,37\$ 7,613213\$ 1,69\$ 5.430,51

may-19\$ 10.446,54\$ 64,30162\$ 1,69\$ 274,57

ago-19\$ 4.205,21\$ 46,6490\$ 1,69\$ 152,38

Totales16674\$ 28.178,92

Consecuentemente, en lo que a este agravio respecta, se hará lugar parcialmente al recurso planteado, condenar al Banco Itaú Argentina SA a pagar al actor la suma de \$28.178,92 con más los intereses desde la fecha de cierre de cada resumen (salvo los relativos a los meses de mayo y agosto de 2019) hasta el 30/05/2019, y desde entonces hasta el efectivo pago de la indemnización, a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, para evitar un enriquecimiento sin causa por la superposición del componente desvalorización monetaria del interés bancario.

4.2. Daño patrimonial por los puntos canjeados bajo coacción. Respecto de este punto, se adelanta que el agravio formulado será rechazado.

En lo concerniente a este rubro, a contrario de lo sostenido en la sentencia recurrida, en autos si se encuentra acreditado el canje de puntos denunciado por la parte actora. Así, de la consulta de canjes de puntos (fs. 46 pag. 93) surge que en fecha 29/12/2018 se canjearon 12.555 puntos y en fecha 06/01/2019 14.165 puntos.

Lo forzoso de dichos canjes, a decir del recurrente, se encontraría en la circunstancia de que el vencimiento de sus puntos y la pérdida de los mismos lo llevo a realizar dichos canjes (demanda - fs. 8 pag. 17). Señala asimismo el actor que si bien ambos canjes habrían sido realizados bajo coacción, solo reclama el reintegro de los puntos del segundo de ellos por señalar que no ha empleado el premio por el cual se canjearon dichos puntos.

Ahora bien, no ha acreditado el actor que efectivamente dicha cantidad de puntos fueran a vencer. Así, de la imagen de página 49 (fs. 24) se observa en el margen derecho la pestaña que posibilita de ver los vencimientos. Asimismo, de la consulta de movimientos de puntos (fs. 18 pag. 37) surge que la consulta arroja los puntos a vencer el mes entrante. En autos, el actor no ha acompañado consulta alguna que acredite que al 06/01/2019 haya consultado los puntos a vencer y que estos fueran los que empleado para el canje.

Se añade a esto que de las probanzas de autos surge que el segundo canje era por 3 noches de hospedaje en un hotel en Cuzco, Peru, desde el 27/01/2019 al 30/01/2019. Siendo que el canje presupone que el Banco haya contratado el servicio de alojamiento del premio canjeado y no constando comunicación alguna del actor a la entidad financiera de su decisión de no emplear dicho premio o de su arrepentimiento del canje de manera tal de permitirle a su vez a la entidad financiera de rescindir la contratación del hotel, de ser procedente, mal puede pretender que el no uso del premio canjeado le otorgue el derecho de reclamar el reintegro de los puntos empleados.

Consecuentemente, el agravio será rechazado.

4.3. Sanción Punitiva. No se encuentra controvertido en estos autos que el actor recibió un trato indigno por parte del proveedor (parte demandada) al no dar respuesta de manera oportuna a sus reclamos referidos a la quita de puntos indebida, ni a la falta de puntos otorgados; conducta que mantuvo en este proceso en el cual no contestó demanda, oportunidad en la cual bien pudo aclarar el sistema de otorgamiento de puntos y sus vencimientos, acompañando el reglamento respectivo. Tampoco se encuentra controvertido que la parte demandada ha sido condenada por los daños emergentes de los puntos indebidamente debitados, lo que no ha sido recurrido por parte de la demandada; y, en esta instancia, por los puntos no otorgados.

Tampoco se encuentra controvertido que se admite legalmente en las relaciones de consumo que, en supuestos de tratos no dignos provistos a los consumidores y usuarios, puedan reclamarse multas sancionatorias, las cuales persiguen una finalidad de prevención y de disuasión en tanto el mismo art. 8 bis de la ley 24.240 establece dicha posibilidad al señalar que tales conductas podrán ser pasibles de la multa civil establecida en el artículo 52 bis. Cabe señalar asimismo que la mentada sanción no tiene por objeto reparar de los daños sufridos por el consumidor que requiere su aplicación, sino, en todo caso, el de evitarlos en el futuro para otros.

En lo concerniente a la finalidad del párrafo final del art. 8 bis, se ha señalado que el "párrafo final del art. 8 "bis" es quizás el más importante de dicha norma, en tanto que, de no existir, la norma hubiera importado una mera declaración de principios y buenas intenciones en favor del consumidor desprotegido. Se trata, bien se ve, de "motivar" al proveedor a ajustar su conducta a los parámetros legales, o de "convencerlo" -permítasenos la expresión- de que, desde el punto de vista del costo empresarial, le resultará más beneficioso adecuar su comportamiento a aquéllas pautas que cargar con el riesgo de no hacerlo". (Trato "indigno" y daño punitivo. Aplicación del art. 8 bis de la Ley de Defensa del Consumidor, Tévez, Alejandra N. - Souto, María Virginia, La Ley 26/04/2016, 26/04/2016, 1- La Ley 2016-C, 638, cita TR LALEY AR/DOC/1139/2016).

Es decir, la posibilidad contemplada en el art. 8 bis de la ley 24.240 de aplicar la sanción prevista en el art. 52 bis de igual norma si bien implica se contemple un supuesto específico para la aplicación de los llamados "daños punitivos" a los proveedores profesionales en el caso de realizar prácticas abusivas o de no respetar el trato digno que legalmente debe dispensar a los usuarios y consumidores, no debe perderse de vista que dicha sanción tiene por finalidad castigar o punir graves inconductas del dañador y prevenir la ocurrencia de nuevos daños mediante la disuasión al mismo y a otros que puedan incurrir en la conducta sancionada ("Tratado de Responsabilidad Civil", Pizarro, Ramón D. - Vallespinos, Gustavo G., Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2018, t. I, p. 829 / "Prevención y punición en la responsabilidad civil", Cossari, Maximiliano, Ed. El Derecho, Buenos Aires, 2017. p. 144). Consecuentemente, no constituye dicho párrafo un supuesto de aplicación de la sanción punitiva que no deba reunir los requisitos objetivos y subjetivos de su procedencia tan tratados por la doctrina y jurisprudencia especializada.

Se sostiene en el caso de trato indigno que, siendo una aplicación concreta de la situación prevista en el art. 8 bis de la ley 24.240, será viable la sanción con daño punitivo; pero, para su reclamo tendrán que estar presentes los requisitos establecidos en el art. 52 bis ("Trato digno al consumidor en la ley de Tucumán sobre "tiempo de espera en la atención al público", Muler, Germán, Publicado en LLNOA2016 -septiembre-, 431, Cita: TR LALEY AR/DOC/2608/2016)

Consecuentemente, resulta claro que no todo incumplimiento por parte del proveedor a las obligaciones legales emergentes del contrato de consumo implica de por sí la procedencia del daño punitivo. Caso contrario, en todo supuesto de inobservancia al régimen de consumo daría lugar a

multas punitivas, lo que no es aceptable.

De ello, la aplicación de los daños punitivos cuyo reconocimiento consagró el art. 52 bis de la LDC, y que el art. 8° bis asocia con la negación del trato digno, resulta procedente en la medida que se encuentren cumplidos en el caso los supuestos legales para reconocerlos: a) El proveedor incumplió sus obligaciones legales y contractuales para con el usuario; b) La sanción se aplica a instancias del damnificado; c) la gravedad del hecho, puesto que no todo desconocimiento del requerido trato digno trae aparejada dicha multa; y d) Una conducta dolosa o con culpa grave, que sea sumamente desaprensiva del proveedor.

En autos, no hay duda que están comprobados los dos primeros recaudos. Respecto del tercero, entiende este Tribunal entiendo que también lo está; en tanto, conforme se ha señalado, el consumidor, al día de la fecha y a pesar de haberlo requerido, no sabe cómo se otorgan los puntos, si estos vencen, y en su caso, cada cuanto tiempo.

Es decir, en el caso no se discute si la solución al problema planteado ha sido oportuna o no, ya que directamente no la hubo. Ante una solución inoportuna claramente se plasma el trato indigno, y según las circunstancias del caso, esta extemporaneidad de la respuesta puede reputarse asimismo dolosa o gravemente culposa. Ahora bien, cuando a pesar de los reclamos extrajudiciales y judiciales directamente no hay una respuesta claramente nos encontramos ante un trato indigno sancionable.

Es decir, en autos, lo que se imputa a la parte demandada es no haber dado respuesta de manera alguna (sea oportuna o inoportuna) a los reclamos del actor.

De ello, cabe sostener en el caso que nos encontramos ante una conducta del proveedor desaprensiva (presupuesto subjetivo), conducta que puede reiterarse, y por ende, resulta necesario disuadir a la parte demandada a fin de que no se repita.

Consecuentemente, el agravio tendrá acogida, correspondiendo se gradúe la multa.

El art. 52 bis de la LDCU deja librada a la discrecionalidad judicial la graduación de los llamados “daños punitivos”, o con mayor propiedad, de la *multa civil por actos desaprensivos, indignantes o antisociales (outrageous conduct)* de parte del proveedor, con una fórmula abierta que requiere tener en cuenta “la gravedad de la falta y demás circunstancias del caso”, lo cual impone al Tribunal, además, no desentenderse de las consecuencias de su fallo.

Pizarro explica que las pautas de valoración son muy variadas y, entre otras, enuncia: a) la gravedad de la falta; b) la situación particular del dañador, especialmente en lo atinente a su fortuna personal; c) los beneficios procurados u obtenidos con el ilícito; d) la posición de mercado o de mayor poder del punido; e) el carácter antisocial de la inconducta; f) la finalidad disuasiva futura perseguida; g) la actitud ulterior del demandado, una vez descubierta su falta; h) el número y nivel de empleados comprometidos en la inconducta de mercado; i) los sentimientos heridos de la víctima, etcétera (PIZARRO, Ramón Daniel, *Daño moral*, p. 530, Hammurabi, Buenos Aires, 2004).

Por otra parte, en la Comisión N° 10 de las *XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil* se recomendó que: “Deben considerarse como pautas orientadoras para la fijación de la cuantía de la condenación punitiva, entre otras, las siguientes: a) la índole de la inconducta del dañador; b) el beneficio obtenido por éste; c) su caudal económico; d) la repercusión social de su inconducta o del daño ocasionado; e) la posibilidad de la reiteración de la conducta vituperable si no mediara condena pecuniaria; f) la naturaleza de la relación entre el dañador y el dañado; g) la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas, en cuanto ellas puedan conducir a una sanción excesiva

o irrazonable; h) la existencia de otros damnificados con derecho de reclamación; i) la actitud del dañador con posterioridad al hecho que motiva la pena”.

Consecuentemente, una justa sanción, que permita hacer efectiva la función preventiva de la multa civil (“daño punitivo”) por medio de la disuasión, exige que el monto de la misma sea suficiente e idóneo para corregir la conducta del proveedor, a fin de que en el futuro evite volver a incurrir en conductas desaprensivas, indignantes o antisociales que afecten gravemente el trato digno que merece el consumidor (art. 8 bis, Ley N° 24.240). Sin embargo, un imperativo de justicia, impone a los jueces arbitrar los medios necesarios para impedir que la cuantía de la multa redunde en un enriquecimiento sin causa para el consumidor, promueva aventuras especulativas o fomente la “industria del juicio”.

Por lo tanto, teniendo en cuenta las pautas señaladas por el art. 52 bis de la Ley N° 24.240 y la doctrina referida precedentemente, se estima razonable, justa, equitativa y adecuada a la finalidad punitiva, disuasoria y preventiva de la multa la suma de \$300.000, suma que devengará intereses moratorios a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, desde la fecha de esta sentencia hasta su efectivo pago.

Cabe destacar que no corresponde exigir que dicho importe se ajuste a parámetros aritméticos, sino que, dentro de la discrecionalidad que otorga la ley, sea prudente y no provoque un enriquecimiento sin causa de su destinatario.

4.4. Costas. En lo relativo a las costas, si bien en lo relativo al daño punitivo, se tiene dicho que no corresponde se le impongan las costas al actor por el rechazo del pedido de aplicación de la sanción del art. 52 bis de la ley 24.240 a la parte demandada, cuando se ha probado el incumplimiento de esta en su rol de proveedor de los deberes inherentes al mismo (trato digno) y las consecuencias dañosas de dicho incumplimiento (trato indigno), lo que justificó la interposición de la acción y el pedido de la sanción.

Ahora bien, dado que en esta instancia se revoca el rechazo de dicha sanción, la cuestión se ha tornado abstracta respecto de la misma.

Respecto de la imposición de costas a la parte actora por el rechazo del rubro “daño patrimonial por los puntos canjeados bajo coacción”, esta luce razonable habida cuenta que el actor en momento alguno logro acreditar la coacción ejercida en su persona para dicho canje, quedado demostrado que litigó sin razón probable.

Consecuentemente, por lo expuesto en los puntos precedentes, corresponde hacer lugar parcialmente al recurso de apelación planteado por la parte actora y modificar el fallo recurrido.

5. Costas. Atento al resultado arribado, y siendo insignificante el rubro rechazado respecto de los rubros por los cuales si se acogió la apelación (7%), las costas se imponen a la demandada vencida.

Por ello, el Tribunal

RESUELVE:

I. HACER LUGAR al recurso deducido por la parte actora, conforme lo considerado. En consecuencia, **MODIFICAR** el punto I de la resolutive de la sentencia apelada, la que quedara redactada de la siguiente manera: *“HACER LUGAR PARCIALMENTE a la acción de consumo instaurada por el actor en contra de Banco Itaú Argentina SA, conforme lo considerado. En consecuencia, condénese a ésta última a abonar a Germán José Nadeff, DNI N° 30.117.980 la suma de PESOS TRESCIENTOS NOVENTA Y DOS MIL SETECIENTOS DIECIOCHO CON 41/100 (\$392.718,41) devengando*

a dicha suma un interés calculado conforme lo considerado, todo ello en el término de diez días de notificada la misma”.

II. COSTAS del recurso planteado a la parte demandada, conforme lo considerado.

La presente sentencia es dictada por dos miembros del Tribunal por existir coincidencia de votos entre el primer y segundo votante (art. 23 bis de la LOT, texto incorporado por la Ley N° 8.481).

HÁGASE SABER

MARÍA DOLORES LEONE CERVERA MARIA DEL PILAR AMENABAR

Ante mí:

CONSTANZA MARÍA GALLO.-

Firmado digitalmente por:

CN=GALLO Constanza Maria

C=AR

SERIALNUMBER=CUIL 27249824718

CN=LEONE CERVERA María Dolores

C=AR

SERIALNUMBER=CUIL 27149665353

CN=AMENABAR Maria Del Pilar

C=AR

SERIALNUMBER=CUIL 27138486309

La autenticidad e integridad del texto puede ser comprobada en el sitio oficial del Poder Judicial de Tucumán <https://www.justucuman.gov.ar>.