

Expediente: 413/19

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

Unidad Judicial: JUZGADO EN LO CIVIL Y COMERCIAL COMÚN V

Tipo Actuación: FONDO CON FD

---

01

## PODER JUDICIAL DE TUCUMÁN

CENTRO JUDICIAL CAPITAL

Juzgado en lo Civil y Comercial Común V

ACTUACIONES N°: 413/19



H102053803474

**JUICIO: NADEF GERMAN JOSE c/ BANCO ITAU ARGENTINA S.A. s/ SUMARISIMO (RESIDUAL) - 413/19 - I.:26/02/2019**

San Miguel de Tucumán, 27 de junio de 2022.

**AUTOS Y VISTO:** Para resolver lo solicitado en estos autos caratulados: "NADEF GERMAN JOSE c/ BANCO ITAU ARGENTINA S.A. s/ SUMARISIMO (RESIDUAL)" - 413/19, de cuyo estudio

### RESULTA

**1. Escrito de demanda.** Que, conforme páginas 15/29 del expediente digitalizado (archivo 413-19\_firmado), el letrado Germán José Nadeff, por derecho propio, inicia el presente juicio de daños y perjuicios en contra de Banco Itaú Argentina SA por la suma de \$588.937,94 más la suma a determinar por el daño causado como consecuencia de la modificación arbitraria del costo de los puntos.

Revela que, es cliente del Banco demandado y que, hace algunos años, dicha entidad le ofreció adherirse a un programa llamado "Suma y Viaja", consistente en sumar puntos con cada compra que realice con la Tarjeta de crédito Visa del Banco Itaú, los que luego se canjean por premios.

Explica que, el contrato de adhesión al mencionado programa se perfeccionó en forma verbal en la sucursal del banco y que, allí le informaron que debía usar la tarjeta de crédito y luego canjear los puntos.

Así, relata, que con el objeto de sumar puntos y cambiarlos por dos pasajes a Europa, comenzó a utilizar la tarjeta del Banco demandado en el principal, y casi exclusivo, medio de pago de sus compras. Continúa expresando que en octubre de 2018 fue a la sucursal de la accionada a averiguar cuantos puntos tenía acumulado y el costo en puntos de los pasajes a Europa y allí le informaron que debía ingresar a una página web. Además, afirma que la accionada jamás le informó debidamente que los puntos podían caducar de manera parcial u automática, solo se refirió que podían caducar por el no uso de la tarjeta de crédito. Por ello, entiende que el débito parcial y automático de 20.053 puntos realizado por la demandada es antijurídico.

Denuncia que ese obrar antijurídico implicó una coacción que lo obligó a canjear en forma intempestiva y en tan solo 7 días un total de 26.720 puntos, de los cuales 14.165 fue dilapidado debido a que el premio por el que se los cambió no fue utilizado.

El actor expone que el banco demandado le quitaba todos los meses sus puntos sin explicarle el motivo ni responder a sus reclamos, por lo que ante el temor de perder el total de los mismos los canjeó intempestivamente; y que, ver como los puntos acumulados con tanto esfuerzo año tras año se dilapidaban entre débitos indebidos y canjes forzados por coerción le generó una sensación de atropello y gran angustia.

Además, resalta que al redactar la presente demanda descubrió que la accionada modifica irrazonablemente el “costo” de cada punto mes a mes, sin informar esta variación a sus usuarios, modificando unilateralmente las condiciones contractuales en desmedro del consumidor adherente; por ello es que también reclama el valor de la diferencia de puntos no acreditados en su cuenta.

Expresa que la supuesta cláusula de caducidad no existe, ya que no fue debidamente informada, más aun siendo que dicha información es neurálgica para el negocio jurídico celebrado y debió proporcionarse con la debida claridad y especificidad. Además, aclara que, si dicha cláusula existiera, es nula. Ello por la contradicción que se daría entre la supuesta cláusula de caducidad y lo informado en los resúmenes de tarjeta de crédito, por lo que entiende que corresponde disponerse la nulidad de la cláusula de caducidad automática, y el imperio de la cláusula informada con posterioridad en los resúmenes antes mencionados; no solo por ser posterior sino por resultar más beneficiosa para el consumidor. Igualmente, sopesa que aun cuando (hipotéticamente) la cláusula en cuestión hubiera sido estipulada e informada, la misma sigue siendo nula porque sería parte de un paquete predispuesto por la demandada, que resulta irrazonable e imprevisible para el adherente, máxime por tratarse de un contrato de larga duración.

Pone de manifiesto que el programa “Suma y Viaja”, básicamente, estipula que mientras más se consume, más puntos se acumulan y por ende se accede a mejores premios, es decir, incentiva al consumo de sus clientes; quienes lógicamente buscan obtener los premios más tentadores (como el viaje a Europa que el actor procuraba alcanzar) lo que demanda una cantidad de puntos tal, que se requieren varios años para “ahorrarlos”. Por ello, entiende el actor, que si la accionada genera en sus consumidores expectativas de acceder a grandes premios, no resulta previsible que, simultáneamente, instaure un mecanismo de caducidad automática que torne prácticamente imposible dicha posibilidad.

Por su parte expone la nulidad de los canjes que realizó por haber sido ejecutados bajo intimidación de la demandada, ante los débitos de puntajes sufridos.

Cuantificación del daño. Persigue el pago de un total de \$588.937,94 por los daños y perjuicios sufridos. En particular:

Reclama en primer término “daño patrimonial por los puntos debitados”, que le significan una pérdida del valor que dichos puntos tenían, y estima (en base a los cálculos que realiza en el punto IV.1.a.i del escrito de demanda) que, al 30/05/2019, sus 20.053 puntos debitados, equivalen a la suma de \$34.539,49.

En cuanto al “daño patrimonial por los puntos no acreditados”, explica que, cada punto del programa “Suma y Viaja” tiene un costo y un valor, que (según el actor) es equivalente al premio que se puede obtener con dichos puntos). Sin embargo, denuncia que la demandada modifica arbitrariamente y sin informar al usuario el costo de cada punto, todos los meses. Transcribe una tabla de valores para cuantificar y calcular cuántos puntos debieron acreditarse en su cuenta si se hubiera mantenido el costo tomado por la empresa que resultase más beneficioso para el consumidor. Además, explica que, para cuantificar la indemnización se deberá determinar, en primer término, el costo de cada punto en cada mes, desde el inicio del programa “Suma y Viaja”; luego se deberá tomar el costo más beneficioso para el consumidor y aplicarlo a los meses siguientes (hasta encontrar un nuevo costo más beneficioso que será, a su vez, aplicado a los meses siguientes y así sucesivamente), finalmente detalla que corresponderá cuantificar el valor de los puntos, para lo que se debe tener en cuenta el costo de los premios a los que el consumidor podría haber accedido.

En lo relativo al “daño patrimonial por los puntos canjeados bajo coacción”, exterioriza que según sus cálculos, los mismos equivalen a la suma de \$24.398,15.

Respecto al “daño extra patrimonial” pretende la suma de \$30.000.

Por último, detalla que reclama en concepto de “daño punitivo” la suma de \$500.000, en base a que (entre otros fundamentos) que la accionada obteniendo con su accionar un gran rédito económico, el que estima en su presentación.

Ofrece prueba, funda su derecho y solicita que oportunamente se declare la nulidad de los actos de canje de punto y se haga lugar a la demanda en todos sus términos.

**2. Trámite procesal de la causa.** En fecha 12/08/2019 se ordena correr traslado de la demanda y se convoca a las partes a la audiencia prescripta en el art. 401. Cumplida la notificación ordenada (pág. 193/194), se celebra la mencionada audiencia el 18/09/2019 (pág. 205) de la que surge que la demandada no se presentó, asimismo, se proveyeron las siguientes pruebas ofrecidas por la parte actora:

A1 Documental (pág. 199). Constancias de autos.

A2 Informativa (pág. 201/202). Ofrece los siguientes oficios: a Latam Argentina SA (no contestado), a Aerolíneas Argentinas SA (pág. 241/253 y 279/297), a Banco de Galicia y Buenos Aires SA (247/248), a Prisma Medios de Pago SA (pág. 257/260 y 303/306) y al Banco Central de la República Argentina (pág. 273/275).

A3 Pericial Contable (pág. 203/204). En fecha 11/02/2021 el perito contador Ángel Eduardo Arquez presenta informe pericial.

En fecha 10/02/2021 se apersona el letrado Rafael Eduardo Rillo Cabanne, como apoderado de la parte demandada.

Practicada la planilla fiscal el 31/05/2021 se exime a la parte actora del pago de la misma conforme providencia de fecha 17/05/2021; y habiendo emitido su dictamen de la Sra. Agente Fiscal (09/02/2022) quedan estos actuados en condiciones de resolver y,

## **CONSIDERANDO**

**1. El encuadre jurídico.** Conforme los hechos vertidos en la demanda, la documental adjuntada oportunamente y el derecho en el que se funda, sumado a la relación contractual que (según entiendo y más adelante desarrollaré) une a las partes, no caben dudas que nos encontramos ante una acción de consumo por lo que habrá que aplicarse en el caso, todas las normativas constitucionales y concordantes que conforman el estatuto consumeril. En primer lugar, por las disposiciones constitucionales del art. 42, consagrado a favor de los consumidores, y las disposiciones del art. 1, 2, 3, 10 bis, 37, 40 y cc. de La Ley de Defensa del Consumidor N° 24240, los arts. 1092, 1119 CCCN y cc. que resulten aplicable en la especie, con las consecuencias que de dicho régimen se derivan en favor del consumidor (trato digno, derecho de información, interpretación a favor, entre otros).

Ello es así debido a que la precitada norma (ley 24240) establece que debe entenderse como consumidor a toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final en beneficio propio o de su grupo familiar o social, situación acontecida en autos.

Conforme lo antedicho, cabe mencionar que la “constitucionalización” de los derechos de los consumidores evidencia un notable progreso en nuestro ordenamiento jurídico ya sea en su faz sustancial como en sus vertientes procesales, sustentadas principalmente en la fundamentabilidad del “derecho a procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos” del art. 42 de la Constitución Nacional, y en la regulación del art. 43 lo que ha llevado a establecer “un concreto derecho constitucional de acceso a la solución de conflictos de los consumidores”.

No debe pasarse por alto, en este sentido, la vía utilizada por la parte actora en este caso al expresar que solicita la restitución del equivalente en dinero de los puntos canjeados bajo coerción y los debitados ilegítimamente.

El art. 10 bis de la ley 24.240 establece que, "El incumplimiento de la oferta o del contrato por el proveedor, salvo caso fortuito o fuerza mayor, faculta al consumidor, a su libre elección a: a) Exigir el cumplimiento forzado de la obligación, siempre que ello fuera posible; b) Aceptar otro producto o prestación de servicio equivalente; c) Rescindir el contrato con derecho a la restitución de lo pagado, sin perjuicio de los efectos producidos, considerando la integridad del contrato. Todo ello sin perjuicio de las acciones de daños y perjuicios que correspondan."

Esta normativa, que otorga al consumidor diferentes vías de acción cuando se encuentra en la situación de incumplimiento de sus obligaciones por parte del proveedor, fue incorporado al texto originario de la ley 24240 de Defensa del Consumidor (BO del 18/10/1993) por la ley 24.787 (BO del 02/04/1997).

La enunciación inicial contenida en el citado art. 10 bis LDC, en cuanto determina que los efectos allí previstos y las acciones conferidas al consumidor para el caso de incumplimiento operan "salvo caso fortuito o fuerza mayor", permite sostener que, en el ámbito del contrato de consumo, la responsabilidad del proveedor es objetiva (Ariza, Ariel, "El Consumidor Inmobiliario", Frustagli, Sandra, "Contrato de consumo y prescripción de la acción por vicios redhibitorios", JA 2004-II, 757, citados en Rouillón, Adolfo, "Código de Comercio Comentado", T. V, pp.- 1130-1133, La Ley 2006).

Como se resaltó anteriormente, este artículo no obstaculiza que la parte actora pueda también accionar por daños y perjuicios, como lo hizo en el caso (daño moral). Es lógico y previsible que el incumplimiento por parte de la parte proveedora de un producto o un servicio genere daños tanto moratorios como compensatorios, teniendo en cuenta el tipo de responsabilidad que se dijo anteriormente.

Al respecto, se ha sostenido que la acción indemnizatoria reviste carácter accesorio de la pertinente pretensión de cumplimiento o resolución, y que incluso resulta procedente la reparación del daño moral, no pudiendo aplicarse en ese ámbito las limitaciones que se han señalado en la contratación común, pues la situación de vulnerabilidad del consumidor (normalmente persona física) implica que los incumplimientos del proveedor usualmente se proyecten en la esfera extrapatrimonial del sujeto, afectando su integridad espiritual o la de su grupo familiar (Rouillón, Adolfo, Código de Comercio Comentado, T. V, pp.- 1130-1133, La Ley 2006).

Conforme lo expuesto, por aplicación de la normativa de defensa del consumidor, y puntualmente de las disposiciones del citado art. 10 bis, la actora se halla habilitada por la ley para demandar el cumplimiento del contrato y los daños y perjuicios, cuya procedencia o no se analizará en los puntos sucesivos.

**2. Los hechos y las pretensiones.** La presente acción es iniciada por el letrado Germán José Nadeff, por derecho propio, quien persigue el cobro de la suma de \$588.937,94 por los daños y perjuicios ocasionados por el Banco Itaú Argentina SA como consecuencia de los débitos ilegítimos de los puntos obtenidos, por el actor, en virtud del programa "Suma y Viaja", así como por el canje coercitivo de puntos y por los puntos no acreditados por el cambio unilateral del costo de cada punto.

Por su parte la demandada no contestó demanda ni produjo pruebas, apersonándose al presente proceso en fecha 10/02/2021, por intermedio de su letrado apoderado.

**3. El análisis probatorio.** En primer lugar, corresponde dejar sentado que, conforme los dichos vertidos por el actor, la documental acompañada (resúmenes de tarjeta de crédito del Banco Itaú, entre otros) y, ante el silencio de la parte demandada, doy por acreditada la relación contractual existente entre el actor y el Banco Itaú Argentina SA; más aún, teniendo en cuenta el informe agregado en pág. 257/260 y 303/306 de Prisma Medios de Pago SA, según el cual Germán José Nadeff tuvo y tiene tarjetas de crédito emitidas por el Banco demandado, de lo que surge evidente que existe una relación de consumo entre las partes del presente proceso.

Ahora bien, corresponde determinar si efectivamente existió un obrar antijurídico por parte de la demandada, esto es si incumplió con el deber de información, omitiendo advertir sobre el sistema para acumular puntos, su valor en cada período, y la caducidad de los mismos; además resta dilucidar si efectivamente, la demandada, debió los puntos mencionados en la demanda y si dicho debito fue indebido.

Entonces, en primer lugar, tengo presente que, para que proceda la responsabilidad civil es necesario constatar: 1) la existencia de un hecho generador de un daño; 2) que medie un nexo causal entre la acción u omisión del supuesto responsable y el daño; y 3) que exista una responsabilidad civil imputable, ya sea objetiva o subjetiva (Mosset Iturraspe, Derecho de Daños, Ed. Rubinzal Culzoni; Trigo Represas, Félix y Compagnucci de Caso, Rubén, "Responsabilidad Civil por Accidentes de Automotores", Ed Hammurabi).

Ahora bien, sobre este último cabe destacar que, en las relaciones de consumo, conforme lo estipula el artículo 40 de ley 24.240 el "factor de atribución" es objetivo, y el eximente de responsabilidad está basada en la ruptura del nexo causal, es decir, la prueba del caso fortuito, el hecho de la víctima o el hecho de un tercero por el que no se deba responder" (Lorenzetti, Ricardo, Consumidores, Rubinzal Culzoni, Sta Fe, 2009, p. 499/500) demostrando la "no culpa".

**3.1** De las impresiones acompañadas por el actor, cuya autenticidad no fue rechazada o negada por la demandada, se observa en primer lugar, las impresiones de la página web [http://sumayviaja.itaubank.com.ar/consulta\\_puntos.aspx](http://sumayviaja.itaubank.com.ar/consulta_puntos.aspx) (pág. 37/39 y pág. 113/124) donde se precisan los puntos acreditados por consumo, los debitados por vencimiento y sus respectivas fechas, siendo que los debitados ascienden a un total de 20.503 entre los períodos de junio de 2018 a abril del año 2019. Al respecto, si bien es cierto que no se detalla a que cliente corresponden los puntos allí consignados, del cotejo de los mismos con la pericial contable realizada en fecha 11/02/2021, surge que el perito contador Arquez ingresó a la cuenta del actor de "homebanking" del Banco Itaú, desde donde (el mencionado auxiliar de justicia) coteja los puntos acumulados y debitados; los que coinciden exactamente con los aportados por el actor. Entonces, tengo acreditados los siguientes débitos de puntos efectuados por el Banco accionado de la cuenta del actor: el 01/07/2018 debitó 14.927 puntos, el 01/08/2018 debitó 3.446 puntos, el 01/09/2018 se debitó 148 puntos, el 1/10/2018 debitó 875 puntos, el 01/11/2018 debitó 471 puntos, el 01/12/2018 debitó 185 puntos y el 09/01/2019 debitó 1 punto; lo que hace un total de 20.503 puntos como se expuso anteriormente. Respecto a esta prueba, si bien se advierte que en el encabezado de la consulta de puntos se consigna cuantos puntos se vencen el mes en curso, el siguiente y en dos meses, y que se consigna cuantos puntos se debitan cada mes por vencimiento; lo cierto es que no se percibe una lógica en los débitos realizados puesto que un mes se restan miles de puntos, otros cientos, otros solo uno. Por lo que no resulta claro el criterio usado por el banco para considerar vencidos los puntos que fue descontando mes a mes de la cuenta del actor.

Además, se vislumbra, de las impresiones aportadas, que el Banco Itaú proporcionó un instructivo de programa de puntos de la promoción "Suma y Viaja" (pág. 45/60). En dicho instructivo se detallan los pasos a seguir para realizar consultas y canjes de puntos, es decir, realiza una clara explicación de cómo intercambiar los puntos acumulados por los premios ofrecidos, sin embargo no se advierte en ninguna de sus páginas que se mencione el sistema de vencimiento de puntos, o el monto en que se aplica el valor de cada punto.

Igualmente, al comparar los gastos de cada período en las copias de los resúmenes de la tarjeta del actor obrantes en pág. 105/111 y 125/186 (correspondientes a la cuenta N° 0492612909) con los puntos acreditados conforme surge de la impresión de la página web [http://sumayviaja.itaubank.com.ar/consulta\\_puntos.aspx](http://sumayviaja.itaubank.com.ar/consulta_puntos.aspx) (pág. 37/39 y pág. 113/124) no se logra develar el sistema utilizado por la entidad financiera demandada para otorgar los puntos correspondientes a la promoción. Es decir, resulta evidente que al efectuar consumos con la tarjeta de crédito que otorga la accionada se obtienen puntos a favor (para luego ser canjeados por premios) y que a mayor consumo mayor será la cantidad de puntos. Sin embargo, no se logra desentrañar cual es el criterio y/o el cálculo matemático que utiliza la demandada para otorgar los puntos (teniendo en cuenta cada consumo).

A modo de ejemplo de lo antedicho, por un lado, tomo en cuenta el resumen de la tarjeta del actor, correspondiente al mes de septiembre de 2018, cuya tarjeta cerró el 27/09/2018 con un consumo, en pesos, de \$79.039,77 (pág. 105) y de la página web de consulta de puntos, antes descripta, surge que la accionada le acredita para dicho mes y año un total de 2.246 puntos. Ahora bien, el resumen de cuentas del mes de octubre de 2018, que cerró el 01/11/2018 (pág. 107) arroja un consumo, en pesos, de \$30.637,18 siendo que (conforme surge de la consulta de puntos) el banco demandado le acreditó 2.421 puntos, es decir, casi

la misma cantidad que los otorgados el mes anterior, pese a la evidente diferencia de consumo entre uno y otro mes.

Entones, luego de un cuidadoso análisis, de confrontación entre los resúmenes de tarjeta del actor, por él aportados, y los puntos acreditados (los que no solo manan de las impresiones web adjuntadas sino que también fueron constatadas por el auxiliar de justicia en el informe pericial) surge que no se puede desentrañar cual es la pauta para determinar la cantidad de puntos de la que se hace acreedor el actor en base a los consumos que realiza. Dicho esto, dejo de manifiesto que, de todas las pruebas aportadas no surge palmariamente que el sistema o procedimiento aplicado por el Banco Itaú sea erróneo o correcto, sino que, simplemente, de la consulta de las constancias obrantes en autos, no se puede desentrañar los parámetros necesarios para computar cierta cantidad de puntos a los consumos realizados (que son los que habilitan al consumidor a ser beneficiario de los mencionados puntos).

Resulta necesario mencionar que, pese a no haberse incorporado en autos el contrato que contenga las cláusulas correspondientes al programa "Viaja y Suma" del Banco Itaú, es claro que nos encontramos ante un contrato de adhesión donde los términos y condiciones resultan exclusivamente propuestos por el Banco, debiendo ser aceptadas incondicionadamente por el cliente que quiere acceder a los beneficios que con dicho programa se ofrecen. Entonces, en este sentido, tiene dicho nuestra jurisprudencia que, *"A diferencia de lo que acontece con los contratos paritarios, en los contratos de consumo, la manifestación de voluntad que conforma la aceptación de la oferta contractual por parte del consumidor, queda sujeta, en cuanto a su validez, sentido y alcance, a una serie de condicionamientos (ej. Información) y reglas de interpretación impuestas por normas de orden público, que tienen como finalidad la tutela y aseguramiento del pleno goce de los derechos reconocidos en el art. 42 de la Constitución Nacional. Por ello, la introducción de cualquier cláusula predispuesta, que obviamente no es el resultado de una libre "negociación" entre pares, desde un punto de vista sistémico, debe ir acompañada de una plena y adecuada manifestación del "deber de información", que actúa en la etapa "precontractual", toda vez que atiende a garantizar que el adherente resulte informado de las condiciones jurídicas de adquisición del producto o contratación del servicio, y a emitir un consentimiento esclarecido, y por tanto plenamente eficaz (CASIELLO, Juan José, "El deber de información precontractual", en Homenaje a Dalmacio Vélez Sársfield, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2000, t. II, pág. 39 y sgts. En el derecho español puede verse a LLOBET I AGUADO, Josep, "El deber de información en la formación de los contratos", Marcial Pons, Madrid, 1996, pág. 34 y sgts). Las cláusulas contractuales predispuestas, deben ser sometidas a priori, a un estricto control para su inclusión en un contrato de consumo, a fin de determinar si fueron suficientemente "conocidas" por el adherente (LORENZETTI, Ricardo, "Comentarios críticos de jurisprudencia. Contratos", Revista de Derecho Privado y Comunitario (Seguros-II), Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999, t. 20, pág. 302 y sgts. En el derecho español puede verse a AGUILA REAL, Jesús Alfaro, "Las condiciones generales de contratación", Civitas, Madrid, 1991, pág. 203 y sgts.). DRES.: POSSE - ESTOFAN (EN DISIDENCIA) - LEIVA (CON SU VOTO) - SBDAR (EN DISIDENCIA) - PEREZ (CON SU VOTO)." CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Sala Civil y Penal - Nro. Expte: C779/13 - Nro. Sent: 472 Fecha Sentencia 11/04/2019.*

Por último, respecto a los puntos que la actora afirma haber canjeado por el temor a perderlos y que no pudo utilizar, debo decir que los mismos no fueron acreditados por la accionante, ya que no se observa de la página web [http://sumayviaja.ita.com.ar/consulta\\_puntos.aspx](http://sumayviaja.ita.com.ar/consulta_puntos.aspx) (pág. 37/39 y pág. 113/124) ninguna constancia de canje. Asimismo, del informe pericial de fecha 11/02/2021 surge que el propio perito contador ingresó al "homebanking" del Banco demandado correspondiente a la cuenta del actor, donde se constató, entre otras cosas, que no se registran canjes hasta el momento del informe.

3.2 A mayor abundamiento, es importante destacar que el Banco Itaú Argentina SA, quien se apersonó en fecha 10/02/2021 por medio de su letrado apoderado luego de culminado el periodo probatorio, no aportó ninguna prueba en contrario a los fines de hacer caer las afirmaciones de la parte actora, es decir, se observa en la actitud de la parte demandada que no tuvo interés en "desmentir" los dichos de la contraria y que no ha existido esfuerzo probatorio alguno por esclarecer los hechos.

En este sentido ha dicho nuestro Tribunal Superior que, "Las decisiones judiciales deben basarse en pruebas concretas; para ello pesa sobre las partes la carga procesal, es decir practicar las diligencias necesarias para acreditar, desvirtuar y crear convicción suficiente, como apuntaba Sentis Merendo, los juicios se ganan o se pierden con la prueba, y el juez necesita de estos elementos de convicción que las partes deben aportar en el campo del principio dispositivo, y en referencia a esto es oportuno citar a Goldschmit, "la carga de la prueba", es un imperativo del propio interés...". C.C.F.y S. - Sala II, Sentencia N° 230, 22/05/2014.

Inclusive, 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.

Sobre ello, tiene dicho la jurisprudencia que, “En materia probatoria, la reforma de la LDC por la ley 26.361 establece, en el art. 53, la carga de los proveedores de aportar al proceso todo 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. Consideramos que se trata de la aplicación expresa en materia de relaciones de consumo del deber de conducta de las partes en el proceso. Cabe recordar, al respecto, 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). ...Cabe también aplicar la doctrina de las cargas probatorias dinámicas -en este caso de dificultad probatoria- pues la firma demandada se encontraba en mejores condiciones de probar que la máquina había sido reparada debidamente -acreditando qué arreglos se hizo-, así como que hubiera existido mal uso por parte de la actora como eximente de su responsabilidad razones por las que considero en que debe confirmarse la sentencia recurrida en cuanto establece adjudicar a la demandada la responsabilidad de indemnizar al actor por los daños.- DRES.: BEJAS - IBAÑEZ - ACOSTA.” CAMARA CIVIL Y COMERCIAL COMUN - Sala 3 - Nro. Expte: 3830/15 - Nro. Sent: 531- Fecha Sentencia 04/10/2019.

Entonces, teniendo en cuenta que existió plena orfandad probatoria en lo que respecta a la parte demandada, pese a que se encontraba en mejores condiciones de aportar instrumentos probatorios que ayuden a esclarecer la cuestión y no lo hizo, debo decir que, de la conjunción de las pruebas aportadas por la parte actora (que no fueron observadas, cuestionadas o rechazadas en su autenticidad por la demandada), entiendo acreditado que la demandada incumplió el deber de información reconocido en el art. 4 de la Ley 24.240, al no informar de manera clara e inequívoca el sistema de vencimiento de puntos, sus plazos y el sistema de cómputo de los puntos de acuerdo a cada consumo. Asimismo, aparece probado que la demandada efectivamente descontó los puntos denunciados por el actor en concepto de “debito por vencimiento”, y que su procedencia no resultó de ninguna manera justificada, al menos en el presente proceso.

De esta manera, resulta claro que la demandada resulta responsable por su obrar antijurídico, por lo que considero que la demanda debe prosperar.

**4. Rubros reclamados.** Determinada entonces la responsabilidad civil de la demandada, y con ello la procedencia de la acción de consumo entablada por el actor, corresponde analizar los rubros reclamados:

**4.1 Daño patrimonial por los puntos debitados.** El actor persigue la suma de \$34.539,49 como consecuencia de la pérdida del valor de los 20.053 puntos, debitados de su cuenta y que, según los cálculos que efectúa, asciende al monto antes consignado al día 30/05/2019. Así, habiéndose acreditado que la demandada debitó 20.053 puntos de la cuenta del actor y que dichos débitos resultaron ilegítimos, resta determinar si el monto reclamado resulta ajustado a derecho.

Entonces, para llegar al monto pretendido el actor afirma que, de la información brindada por la accionada en su página web, con 24.400 puntos se podía acceder a dos pasajes aéreos a la ciudad de Río de Janeiro y, del promedio de precios que adjunta surge que al día 30/05/2019 el costo de dos aéreos a dicha ciudad ascendía a \$41.338,21; entonces expone que, si los 24.400 puntos equivalen a 41.338,21 al 30/05/2019, se puede concluir que, efectuando el cálculo según la regla de tres simples los 20.053 puntos (debitados ilegítimamente por la demandada) equivalen a \$34.539,79, a la fecha antes referenciada.

Expuesto el razonamiento expresado en el escrito introductorio, tengo presente que en la pág. 67/70 del expediente digitalizado, el actor adjunta impresiones de la página web de la demandada, identificada como <http://sumayviaja.ita.com.ar/viajes.aspx?filtro=>, de donde se observa el valor de vuelos a distintas ciudades,

específicamente en la pág. 69 se distingue que un vuelo a Río de Janeiro (para una persona) equivale a 12.200 puntos o a 3.540 puntos más la suma de \$2.707,20, es decir, que dos pasajes a la ciudad mencionada corresponden a 24.400 puntos.

Ahora bien por su parte, en pág. 71/76 del expediente digitalizado, el actor acompaña impresiones de capturas pantallas de las páginas de viajes “Despegar”, “TripAdvisor” y quizás otras que no se llegan a observar a simple vista, que arrojan diferentes cotizaciones de precios de viajes a Río de Janeiro (los que rondan en el precio mencionado por el actor), por lo que se estima acertada la estimación efectuada por el actor.

Asimismo, en el informe de Aerolíneas Argentinas se comunica el precio de los vuelos desde San Miguel de Tucumán a Rio de Janeiro en dólares y (pág 241/253) en dicha contestación se puede observar que el precio estimado por el actor resulta razonable y que es coincidente (en promedio) con los precios informados por la aerolínea antes mencionada, más aun teniendo en cuenta el precio del dólar en cada período desde el año 2016 al 2019, conforme oficio contestado por el Banco Galicia y Buenos Aires (pág. 279/297).

Entonces, si bien, en principio las pruebas aportadas a los fines de determinar la procedencia de este rubro están basadas en impresiones de páginas web aportadas por el actor, lo cierto es que el demandado pudiendo oponerse y rechazar las estimaciones efectuadas por la contraparte, no lo hizo y adoptó una actitud pasiva, estando ausente en casi la totalidad del proceso. Además, como ya se dijo, los valores arribados mediante las impresiones adjuntadas resultan coherentes con lo determinado en el oficio contestado por Aerolíneas Argentinas.

Por ello, entiendo que el cálculo efectuado precedentemente resultaría adecuado, siendo justo condenar al Banco Itaú Argentina SA a pagar al actor la suma de \$34.539,49 con más los intereses de la Tasa Activa computados desde la fecha del escrito introductorio de demanda (11/06/2019), ello por cuanto, sin perjuicio de todo lo ante dicho y no pudiéndose observar con claridad en las capturas pantallas de pág. 71/76 la fecha en la que se calculó el presupuesto del viaje (que según el actor es el 30/05/2019) se toma como fecha para el cálculo de los intereses la fecha en la que se interpuso el escrito de demanda.

**4.2 Daño patrimonial por los puntos no acreditados.** La actora denuncia que como consecuencia de la arbitraria y unilateral modificación del valor de cada punto por parte de la demandada, se le han acreditado una cantidad menor de puntos a la que en verdad hubiera correspondido y, a los fines de demostrar tal afirmación, confecciona una tabla comparativa respecto de los gastos efectuados mensualmente (en los periodos de julio a diciembre del 2018) y los puntos acreditados correspondientes a cada mes.

Del análisis de la tabla previamente mencionada surge que, (por mencionar algunos periodos solamente) en el mes de julio del 2018 el actor tuvo un consumo total de \$5.449 y por ello obtuvo 53 puntos y en agosto su consumo total fue de \$12.172,02 y se le acreditaron 376 puntos, entonces el costo de cada punto para el mes de julio era de \$102,81 mientras que para agosto fue de 32,37.

En relación a los consumos y puntos acreditados, del cotejo de la documental arrimada (tabla de consumos de la página web y resúmenes de tarjeta de las fechas mencionadas) la información resulta correcta, es decir resulta claro que cada mes hay una gran fluctuación del costo de cada punto. Entonces, y como ya se expresó en el punto 3.1 de estos considerandos la accionada modifica mes a mes el valor de los puntos.

Del estudio de los datos aportados (y respaldados por la documental) se observa, por ejemplo, que en el período de septiembre de 2018, el actor tuvo un consumo total de \$79.508,58 y recibió 2.246 puntos (teniendo cada punto un valor de \$35,40), mientras que en el mes de octubre su consumo fue por \$32.523,45 y obtuvo 2.389 puntos (arrojando cada punto un valor de \$14,86). Entonces, tomando el valor de cada punto del mes de septiembre (\$35,40) y del mes de octubre (\$14,86), no se puede dilucidar cuál es el criterio para aplicar el costo de cada punto, puesto que si fuera que la accionada estimula el consumo, lo lógico sería que mientras más dinero consume el usuario con la tarjeta de crédito, más barato sea el valor de cada punto; sin embargo, como se expuso, el gasto de septiembre es muy superior al de octubre y sin embargo el punto del primer período nombrado es más caro que el segundo. En consecuencia no se



advierte que el método para asignar el costo de cada punto sea claro, a los ojos del Juzgador, además luego de ingresar a la página del banco demandado (<https://www.italu.com.ar/Paginas/default.aspx>) no se pudo encontrar el reglamento que contenga los términos y condiciones del programa "Suma y Viaja", consecuentemente, de todo lo expuesto.

Dicho esto, cabe resaltar que, si bien se encuentra acreditada la falta de claridad (por parte de la demandada) en la utilización de un método para aplicar el costo de los puntos del programa "Suma y Viaja", lo cierto es que, pese a recomendar una "triple operación", a los fines de cuantificar la indemnización, 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.

Entonces, no encontrándose acreditado el daño, esto es, que efectivamente el actor haya percibido menos puntos que los que naturalmente le hubieren correspondido, entiendo que no corresponde hacer lugar a los daños aquí reclamados, imponiendo en consecuencia las costas del presente rubro a la parte actora (art. 105 CPCCT).

**4.3 Daño patrimonial por los puntos canjeados bajo coacción.** Al respecto, el actor reclama la suma de \$24.398,15, por cuanto manifiesta haber canjeado el 29/12/2018 12.555 puntos y el 06/01/2019 14.164 puntos, sin embargo, atento a lo antes considerado, específicamente en el último párrafo del punto 3.2 de estos considerandos, al no encontrarse acreditado mediante ningún medio de prueba que el actor haya canjeado efectivamente el total de 27.720 puntos, no corresponde hacer lugar al presente rubro, y así lo considero, entendiéndolo justo y equitativo imponer las costas del mismo al actor (art. 105 CPCCT).

**4.4 Daño extra patrimonial.** En este rubro el actor reclama la suma de \$30.000.

Bustamante Alsina, define el daño moral como "la lesión a los sentimientos que determina dolor o sufrimientos físicos, inquietud espiritual, o agravio a las afecciones legítimas y en general toda clase de padecimientos insusceptibles de apreciación pecuniaria" (Tratado General de la Responsabilidad Civil, Abeledo-Perrot, Bs.As. 1989, pág. 208).

Éste recae en el fuero íntimo de la personalidad, y al respecto es verdad que nadie puede indagar el espíritu de otro tan profundamente como para poder afirmar con certeza la existencia, y en su caso la intensidad, del padecimiento y angustia que se invoca. Asimismo la Jurisprudencia se ha manifestado en el sentido que: "Para que se configure el daño moral debe mediar una lesión a los sentimientos o afecciones legítimas, perturbándose la tranquilidad y el ritmo normal de vida, por lo que representa una alteración desfavorable en las capacidades de una persona para sentir, querer y entender. Todo ello se traduce en un modo de estar diferente -y peor- de aquél en que se hallaba antes del hecho; el daño moral es el conjunto de sinsabores, angustias, pesares, sufrimientos, etc. que el hecho ilícito provocó en el damnificado (Zavala de González Matilde, "Resarcimiento de daños", t.2 b, p.593 y ss.); son alteraciones emocionales profundas e íntimas y si bien es cierto que nadie puede indagar en el alma de otra persona con certeza y profundidad como aseverar la existencia, y en su caso, la intensidad de los padecimientos y angustias, éstos pueden ser presumidos o inferidos por el Juez de modo indirecto según el curso natural y ordinario de las cosas, conforme a las probanzas de los hechos y las circunstancias del caso". Cámara Civil y Comercial Común - Sala 3, Sentencia N° 311 de fecha 27/05/2015.

Remitiéndonos a las constancias de autos, se observa una absoluta orfandad probatoria a los efectos de acreditar el daño que por el presente rubro se reclama. Sin embargo, no cabe duda de que el comportamiento de la entidad financiera accionada, seguramente generaron en el ánimo del actor, mortificaciones o alteraciones en su paz espiritual, lo cual debe ser reparado. Se trata de una prueba in re ipsa, pues el sufrimiento se deriva de los propios hechos, los cuales se encuentran debidamente acreditados.

En consecuencia, atento a lo considerando al párrafo anterior y en uso de las facultades conferidas por el art. 267 in fine del CPCCT, considero prudente condenar a la parte demandada a abonar a la parte actora en concepto de daño moral la suma de \$30.000 más el interés (Tasa activa) computados desde la fecha de iniciación de la presente demanda (escrito de demanda de fecha 11/06/2019) y hasta su total y efectivo

pago.

**4.5 Daño punitivo.** La parte actora reclama por este concepto, la suma de \$500.000.

La ley de defensa del consumidor la define en su artículo 52 bis: "Daño Punitivo. 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."

Los daños punitivos han sido definidos como "sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro" (Pizarro, Ramón Daniel, Daño Moral, p. 453, Hammurabi, Bs.As., 1996.).

Se ha utilizado con más corrección la denominación "Daños ejemplares" para destacar la característica de que se originaron para constituir un castigo ejemplificador para determinados incumplimientos especialmente dañinos. La designación "daños punitivos" (punitivo: del latín pun-tum, supino de pun-re, castigar) puede ser incorrecta desde el punto de vista semántico, ya que lo que se sanciona no es el daño en sí mismo sino en todo caso la conducta del dañador. Sin embargo ese nombre ha sido ya adoptado con aceptable consenso y, en el ámbito jurídico cuanto menos, se sabe a ciencia cierta a que nos referimos al emplear dicha denominación.

Sin perjuicio de lo ante dicho, a entender del Sentenciante el término que considero más adecuado es el de "sanción pecuniaria disuasiva" porque es justamente ese el objetivo principal de la misma, modificar la conducta del dañador con una sanción pecuniaria a fin de que se estimule al proveedor para obrar de un modo más diligente.

Ahora bien, nuestra jurisprudencia entiende que, "no basta con el mero incumplimiento legal o contractual para que sean aplicables los daños punitivos o multa civil por actos desaprensivos, sino que se requiere además la concurrencia de otros requisitos objetivos y subjetivos. Desde el punto de vista objetivo, para la aplicación de la multa civil prevista por el art. 52 bis no basta un simple daño, sino que debe tratarse de un daño -o su posibilidad- que por su gravedad, trascendencia social o repercusión institucional exija una sanción ejemplar. Jorge Mario Galdós, antes de la introducción de los "daños punitivos" en nuestro derecho positivo, ya ilustraba el vasto espectro de situaciones en las que resulta útil su aplicación con los siguientes ejemplos: accidentes de tránsito, afectación de los derechos del consumidor, daños ambientales, lesión de bienes públicos colectivos, piratería intelectual, difamación por la prensa, publicidad engañosa, intromisión en la intimidad o privacidad e injurias, afectación de intereses pluriindividuales homogéneos y compartidos, supresión de beneficios obtenidos ilegítimamente, microilícitos -en los que, por su escaso monto, es improbable que el afectado demande-, etcétera (cfr. GALDÓS, Jorge Mario, Los daños punitivos. Su recepción en el Código Civil de 1998. Primeras aproximaciones, RCyS, 1999-23). Desde el punto de vista subjetivo, la conducta del proveedor debe ser dolosamente indignante, recalcitrante, desaprensiva o antisocial. Para la concepción dominante en el derecho angloamericano, no cualquier acto ilícito puede generar la aplicación de punitive damages, sino que se requiere una particular subjetividad en la conducta del dañador (outrageous conduct) que va más allá de la mera negligencia (Cfr. PIZARRO, Ramón Daniel, Daño moral, p. 529, Hammurabi, Buenos Aires, 2004). El art. 1587 del Proyecto de 1998 habla de "grave indiferencia respecto de los derechos ajenos o de los intereses de incidencia colectiva" (cfr. MOISÁ, Benjamín, Los llamados "daños punitivos"...).- DRES.: LEONE CERVERA - MOISA." Nro. Sent: 419 - Fecha Sentencia 28/09/2015.

En el caso de autos, advierto que no se encuentra elementos concretos, precisos y concluyentes que generen convicción acerca de una conducta desaprensiva, indignante, recalcitrante o antisocial por parte de la demandada que amerite la aplicación de una sanción pecuniaria disuasiva, como la prevista por el art. 52

bis de la Ley N° 24.240" ni se ha demostrado en modo alguno un daño que por su gravedad o trascendencia social exija una sanción ejemplar.

Por ello considero que corresponde rechazar el rubro de daño punitivo solicitado por la parte actora con costas a su cargo (art. 105 CPCCT).

**5. Intereses.** Respecto de los intereses se aplicará la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, conforme a la jurisprudencia establecida in re "Samudio de Martínez, L. c/ Transportes Doscientos Setenta S.A. s/ daños y perjuicios" (Cfr. CCCTuc., Sala II, Sentencia del 22/06/12 y "Frenos y Elásticos La Banda S.R.L. C/Astorga, Ceferino Alfonso S/Cobro de Pesos", Sentencia del 30/04/2013; desde la fecha mencionada en cada rubro analizado y hasta su total y efectivo pago.

**6. Costas.** En cuanto a las costas, y siguiendo el principio establecido por el art. 105 del CPCCT, las mismas se imponen a la demandada vencida respectos de los rubros por los que la demanda prospera y a la parte actora en cuanto a los rubros rechazados.

**7. Honorarios.** No contando con una base firme a fines regulatorios, me encuentro habilitado para diferir tal pronunciamiento.

Por todo lo expuesto,

## **RESUELVO**

**I. 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 SESENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS TREINTA Y NUEVE CON CUARENTA Y NUEVE CENTAVOS (64.539,49) devengando a dicha suma un interés calculado conforme lo considerado, todo ello en el término de diez días de notificada la misma.

**II. COSTAS**, conforme lo considerado.

**III. RESERVAR** regulación de honorarios para su oportunidad.

**HAGASE SABER**

**DR. PEDRO D. CAGNA**

**JUEZ CIVIL Y COMERCIAL. Vta NOMINACIÓN**

**BMS**

NRO. SENT.: 372 - FECHA SENT.: 27/06/2022

Firmado digitalmente por:

**CN=CAGNA Pedro Daniel**

**C=AR**

**SERIALNUMBER=CUIL 20181873966**

**FECHA FIRMA=27/06/2022**

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