

Viedma, 06 de septiembre de 2022.-

AUTOS Y VISTOS: Los presentes caratulados: "LASTRA ROBERTO MARTIN C/ BANCO PATAGONIA S.A. Y OTRA S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (Sumarísimo)" (Expte. n° B-1VI-506-C2020), puestos a despacho a los fines de resolver; de los que;
RESULTA:

1.- Que se presenta en fecha 08/09/2020 el Sr. Roberto Martín Lastra, por derecho propio, y promueve demanda de daños y perjuicios en el marco de la ley de defensa del consumidor, contra el Banco Patagonia S.A., y contra Ibero Asistencia S.A., por el cobro indebido de seguro no contratado, falta de información, deficiente prestación de servicios bancarios y de seguros, respectivamente, y se condene solidariamente a abonar la suma de \$758,520,63, o lo que en más o en menos resulte de la prueba a producirse en autos, con costas a las demandadas.-

Expone los hechos en los que funda la acción manifestando que siendo empleado público percibe sus haberes en el Banco Patagonia S.A., por su carácter de Agente Financiero de la Provincia de Río Negro, y en virtud de que publicaciones de medios gráficos y digitales advertían que gran cantidad de empleados públicos rionegrinos estaban sufriendo débitos automáticos en sus cajas de ahorro por seguros no contratados, por lo que ingresó a la banca móvil de su cuenta y observó que se le estaban haciendo débitos mensuales provenientes de la compañía aseguradora demandada.-

Señala que ante tal atropello contra su patrimonio se dirigió al Banco Patagonia S.A. A fin de solicitar información sobre los débitos no autorizados y le dieron como única respuesta que debía procesar la baja a través de 0800 de la compañía aseguradora y solicitar la devolución de la suma debitada lo cual hizo sin resultado positivo dada la imposibilidad de contactarse telefónicamente ni por ningún otro medio, por lo que se encontró forzosamente en la necesidad de manifestar por algún medio fehaciente su voluntad de dar de baja el seguro, enviando carta documento N° 072913308 exponiendo su situación e intimando a que en el plazo de 72 hs. procedan al "stop debit", a la baja del seguro, reintegro de la suma total descontada, no habiendo recibido respuesta, y continuando sufriendo los débitos.-

Sostiene que pese a que nunca solicitó la contratación del seguro se encontró en la necesidad de concurrir reiteradas veces al banco a requerir la baja, a llamar al 0800 que sólo produce pérdida de tiempo y energía, a procurar la baja por el botón dispuesto en la banca móvil siendo este una trampa ya que cesa sólo el descuento por un período y al

siguiente debita ambos períodos juntos, a buscar asesoramiento y activar los mecanismos judiciales a efectos de reivindicar su derecho.-

Manifiesta que no conoce cuáles riesgos cubre el seguro impuesto forzosamente, por cuánto monto, ni condiciones de operatividad o contingencias exceptuadas, etc, ya que ni siquiera fue remitida la póliza de seguros contratada debidamente firmada, con redacción clara y fácilmente legible conforme lo exigido por la Superintendencia de Seguros de la Nación mediante la Resolución N° 219/2018, lo que es prueba del accionar ilícito de las demandadas.-

A continuación enumera las violaciones al sistema consumeril protectorio de raigambre constitucional tales como la falta de atención y trato digno al consumidor, incumplimiento del deber de información, deficiente prestación del servicio, y violación a lo dispuesto por el art. 35 de la ley de Defensa del Consumidor, que prohíbe la realización de propuesta al consumidor por cualquier medio, sobre una cosa o servicio que no haya sido requerido previamente y que genere un cargo automático en cualquier sistema de débito que lo obligue a manifestarse por la negativa para que dicho cargo no se efectivice.-

Asimismo señala el incumplimiento de la circular "A" 5054 del BCRA que prevé para la adhesión al débito por parte del cliente el deber de la empresa a contar con una autorización fehaciente por parte del titular de la cuenta para que se le efectúen débitos directos contra la misma y de enviar a la entidad originante la primera orden de débito con la cual su titular quedará automáticamente adherido al sistema, lo que no ha acontecido en autos.-

Seguidamente fundamenta la responsabilidad solidaria de las demandadas, y peticiona indemnización practicando liquidación por los rubros de daño material por la devolución de las sumas descontadas más los gastos del envío postal; daño moral y daño punitivo.-

Finalmente funda en derecho ofrece prueba y peticiona en forma concreta.-

2.- Que proveída la demanda y corrido traslado de ley, se presenta en fecha 26/10/2020 el Banco Patagonia S.A., por apoderada, y contesta negando los hechos expuestos en la demanda y desconociendo la documental acompañada por la actora, en particular la carta documento.-

Relata su versión de los hechos refiriendo que el actor Sr. Lastra es cliente de Banco Patagonia S.A., y su vinculación con la entidad bancaria y la percepción de su salario mediante cuenta de caja de ahorro del banco no obedecen a otra circunstancia que no

sea su exclusiva voluntad. Indica que cuenta con una caja de ahorro y dos tarjetas de crédito (Visa y Mastercard) y en el marco de las condiciones propias de los contratos y servicios bancarios, libremente puede contratar los servicios y adquirir los bienes que desee a través de los medios de pago de los que dispone (efectivo, débito de su cuenta bancaria, pago mediante tarjeta de crédito).-

Señala que los bienes o servicios que adquiere para ser abonados mediante débito automático de su cuenta bancaria exigen su expresa conformidad, y en función de los hechos expuestos en la demanda resalta que el Banco Patagonia S.A. no es agente institorio de la compañía Ibero Asistencia, que no es una empresa de seguros, sino que es una empresa que presta servicios de asistencia en el hogar, de salud, informática, etc, y en función de ello, en tanto no le constan los hechos afirmados por el actor, niega que el Sr. Lastra no haya contratado los servicios de Ibero Asistencia, que no haya recibido de parte de la compañía proveedora de servicios de asistencia la información correspondiente a los servicios prestados, el precio del servicio y demás condiciones de contratación, como asimismo negó que el Sr. Lastra no haya prestado su expresa conformidad para que el precio del servicio le sea debitado de su cuenta bancaria.-

Indica que el Sr. Lastra jamás observó, impugnó, ni formuló reclamo alguno ante el Banco Patagonia por los débitos realizados a favor de Ibero Asistencia, ello pese a que tuvo oportunidad de hacerlo cada mes luego de haber recibido su resumen de cuenta, como tampoco se registran reclamos por falta de recepción del resumen de cuenta ni dificultad para consultarlo.-

Refiere que el Banco pone a disposición de los clientes distintos servicios (cajeros automáticos, banca electrónica) que permiten consultar los movimientos de la cuenta bancaria, y el cliente cuenta a su vez con un plazo de 60 días para impugnar un consumo de su resumen de cuenta, siendo que en este caso no se ha registrado cuestionamiento alguno a los débitos efectuados, y además es falso que la cancelación del débito mediante la banca electrónica sea una trampa o engaño para el usuario del servicio bancario, ya que la cancelación requerida es a los fines de que no se efectúe el débito automático en el mes en curso, pero de ninguna manera significa la cancelación de los servicios que han sido adquiridos de la empresa que sea y con quien se acordó el débito en forma automática de la cuenta bancaria.-

Sostiene que no existe ilícito alguno de su parte y tampoco existe daño resarcible, ya

que ha efectuado débitos de la cuenta bancaria de la actora en función de la contratación efectuada por ésta con la firma proveedora de servicios de asistencia, de modo que dichos débitos no han sido sustraídos ilegalmente de su patrimonio, sino que han respondido a la voluntad del actor.-

A continuación, niega los daños reclamados por el actor, subsidiariamente en el caso de que el actor desista, cita como tercero a la empresa Ibero Asistencia S.A., y finalmente ofrece prueba y concreta su petitorio.-

3.- Que en fecha 29/12/2020 se presenta la demandada Ibero Asistencia S.A., por apoderado, y contesta la demanda negando lo expuesto por el actor, y desconoce la documental destacando que nunca recibió un pedido de baja/anulación de la póliza.-

Manifiesta que la actora omite mencionar el funcionamiento del servicio de cobranzas por cuenta de terceros, por el que nadie se puede quejar de recibir débitos en su cuenta bancaria si no hizo nada al respecto, ya que el cliente podrá formalizar su adhesión al sistema de débito automático a través de la entidad financiera en la cual mantiene su cuenta o a través de la empresa prestadora de servicios, e igual opción cabrá para manifestar la desafectación o baja de un servicio de este sistema. Es decir, que con la mera notificación al banco que se desea desafectar o dar de baja un servicio del débito automático, el mismo debe tomar nota del pedido y realizar el stop-debit. Por lo que mal puede la actora endilgar a otro la responsabilidad por su desidia en solicitar el correspondiente stop-debit, y mucho menos durante el período de varios años en donde nunca ha realizado ningún reclamo ante Ibero Asistencia S.A. ni ante el Banco Patagonia S.A.-

Refiere además que para el caso en que el débito haya sido en tarjeta de crédito, existe también un procedimiento de desconocimiento e impugnación, en donde el consumidor puede reclamar y dejar de recibir los débitos cuestionados, y ello demuestra que la actora nunca ha encauzado un reclamo correctamente, y pretende ahora conseguir dinero con una demanda sin siquiera iniciar una mediación o denuncia ante un organismo de defensa del consumidor. Señala que no corresponde que se cite normativa de la Superintendencia de Seguros de la Nación, ya que no es una compañía aseguradora. Que el actor no solicitó la baja del servicio y tampoco solicitó la baja del débito automático ante el Banco Patagonia.-

Plantea que no existe una relación de consumo con la actora, ya que esta afirma que nunca contrató ningún seguro y que no autorizó el débito en su cuenta con ella, por lo

que está denunciando directamente una estafa, y el estafador no tiene obligación de brindar información a su víctima.-

Sostiene que si la parte actora hubiera obrado con diligencia debería haber solicitado la baja del débito automático al mes siguiente de recibir el primer débito, y reclamar a Ibero Asistencia la devolución de lo cobrado, en donde se le habría explicado que el servicio fue contratado de forma telefónica y se hubiera puesto a disposición el audio de contratación, el que será aportado en la etapa probatoria. Pero nada de esto ha ocurrido, sino que de repente la actora desconoce la contratación y solicita que se le reintegren todos los años de cobertura, y todo esto lo realiza por fuera de los mecanismos habilitados por la ley para cuestionar los consumos no realizados.-

A continuación rechaza los rubros indemnizatorios peticionados por el actor, ofrece prueba y peticiona.-

4.- Que se celebra en fecha 05/04/2021 la audiencia preliminar, ordenándose la producción de la prueba; en fecha 2/02/2022 se certifica respecto a la prueba producida, se clausura el período probatorio, alegaron las partes, actora en fecha 17/03/2022, y 09/08/2022, y demandadas en fechas 09/03/2022, y 16/03/2022, y se llaman autos para sentencia en fecha 09/08/2022, providencia que se encuentra firme y motiva el dictado de la presente.-

Y CONSIDERANDO:

I.- Que de acuerdo a la forma en que ha quedado trabada la litis, la cuestión a decidir consiste en determinar si en el marco de la relación que une a la parte actora, con la parte demandada Banco Patagonia S.A., y a su vez con la demandada Ibero Asistencia S.A., se ha producido algún hecho generador de responsabilidad por alguna de esas partes o por ambas en forma solidaria en el marco del microsistema del Derecho del Consumidor, y en su caso, proceder a la determinación de la reparación correspondiente.-

II.- Corresponde precisar entonces qué normas aplicaré para resolver la cuestión traída a examen. Considero que es de aplicación el Código Civil y Comercial de la Nación el que según ley 27.077, entró en vigencia el 01/08/2015 (art. 1), y teniendo en cuenta las fechas invocadas, siendo la presente una relación contractual consumeril cuyos efectos alegados como dañosos -descuentos efectuados al actor en concepto de cobro de servicios que niega haber contratado- continuaron en principio hasta el mes de septiembre del año 2020, y lo dispuesto por el art. 7 del CC y C, importa la aplicación del capítulo 1 del Título II del Código Civil y Comercial normas que regulan los

Contratos en General en los arts. 957 a 1091, el Título III del Libro Tercero en los arts. 1092/1122 que regulan las relaciones de consumo, cuyos conceptos son integrados por la ley 24.240 (y sus modificaciones) y la ley 17.418 que prevé el régimen general de seguros.-

Señalo al respecto que el contrato de asistencia aparece como un servicio que apunta a garantizar la posibilidad de superar cualquier inconveniente que surgiera imprevistamente en el hogar y con la certeza de realizar erogaciones no planificadas. La concepción de "asistir" implica acompañar, socorrer o cuidar a quien requiere la ayuda por alguna situación adversa.-

Es indudable que el contrato, participa de las características de un contrato tipo y de adhesión, por el cuál el consumidor no ha tenido poder de negociación, solamente se adhiere a las cláusulas predeterminadas con la única posibilidad de adquirir el producto que le ofrecen sin más.-

En este sentido se asemeja mucho a los contratos de seguros, con la salvedad de que no son controlados por la Superintendencia de Seguros, intermediando híbridamente entre distintos tipos de contratos. No obstante, de lo que no caben dudas, es que más allá de la naturaleza jurídica de estos tipos de contratos; sí se encuentran alcanzados por las normas de la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240 y sus modificatorias. La forma de su comercialización en el mercado, la existencia de una relación desigual entre el consumidor y empresa, reafirma que se trata de un contrato de adhesión con cláusulas predispuestas o sujetos a condiciones generales.-

El consumidor solamente adhiere a sus condiciones sin poder modificar sus cláusulas. Es así como los artículos 37, 38, 39 de la ley de defensa del consumidor que refieren a cláusulas abusivas, ineficaces, nulas, cobran relevancia en este contrato. El deber de información, la ley 26.361 en su artículo 4 señala que el proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización-

Conforme lo expuesto y el marco jurídico determinado, entiendo que le cuadra al presente caso regirse por las normas y principios consagrados en el derecho consumeril, considerando que estamos frente a un contrato de adhesión, con cláusulas de tipo predispuestas, que no dan lugar al acuerdo de voluntades; pues la carencia de un marco regulatorio propio torna de aplicación inmediata las normas de orden público de Defensa del Consumidor.-

Así, considerando la especialidad de la regulación consumeril, es importante destacar que en el Código Civil y Comercial de la Nación Comentado de Lorenzetti, citando a Vázquez Ferreira, se sostiene que "Las relaciones de consumo se rigen por la Ley de Defensa del Consumidor y sus reglamentaciones, sin perjuicio de otras disposiciones legales que resulten de aplicación atendiendo a la actividad que el proveedor desarrolle" (Ricardo Luis Lorenzetti, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, tomo VI pag. 243 - Ed. Rubinzal -Culzoni Editores). Es decir que, no podemos obviar que cuando se habla de defensa del consumidor se hace referencia a un microsistema que atraviesa de manera transversal todo el universo de los contratos.-

III.- Que habiendo determinado ello, debemos contemplar el art. 37 de la LDC en forma armónica con la aplicación del Código Civil y Comercial art. 961 donde dispone que los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no sólo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor.-

La buena fe es fuente de deberes secundarios de conducta que se agregan a los deberes primarios propios de cada contrato; es fuente de interpretación, regla de integración, límite al ejercicio de los derechos y puede operar también como eximente de responsabilidad. La buena fe implica un deber de coherencia del comportamiento, que consiste en la necesidad de observar en el futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever, regla que gobierna tanto el ejercicio de los derechos como la ejecución de los contratos. (CSJN, "Produmet S.A. c/ Sociedad Mixta Siderurgia Argentina s/ Cumplimiento de contrato", 19/10/2000, Fallos: 323:3035.).-

IV.- Que entonces, de conformidad a las circunstancias bajo las que el proceso transcurriera, corresponde acudir al esquema probatorio, y así debo tener en cuenta el conjunto de normas que regulan la admisión, producción, asunción y valoración de los diversos medios que pueden emplearse para llevar al juez la convicción sobre los hechos que interesan al proceso (conf. Hernando Devis Echandía, Teoría General de la Prueba Judicial, Ed. Víctor P. de Zavallía, Bs. As., 1.972, T° 1, pág. 15).-

En el caso particular de la prueba, lo que se procura demostrar viene a ser la verdad relativa a las diferentes afirmaciones que en torno de los hechos del caso hubieran sido formuladas por las partes. Porque como bien sostuviera De Santo, no puede perderse de vista que todas las normas jurídicas supeditan la producción de sus efectos a la existencia de una cierta y determinada situación de hecho; de modo tal que

cuando los sujetos del proceso afirman en sus escritos liminares la existencia de un hecho al que le atribuyen alguna consecuencia jurídica deben, ante todo, alegar la coincidencia de ese hecho con el presupuesto fáctico de la norma invocada en apoyo de su postura. (conf. De Santos, Víctor, La prueba judicial. Teoría y práctica, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1994, p. 9.).-

Es decir, que "los hechos que son objeto de prueba deben (...) haber sido afirmados por las partes", porque en el marco de la actividad probatoria, "...el juez (...) no investiga ni averigua, sino que verifica las afirmaciones de los litigantes"(Arazi, Roland, La prueba en el proceso civil, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, p. 18.) Entonces, cada litigante debe aportar la prueba de los hechos que invocó y que la contraria no reconoció.-

En palabras de Taruffo: "...la prueba sirve, y con tal finalidad es empleada, como instrumento de conocimiento sobre el cual el juez se apoya para descubrir y establecer la verdad de los enunciados de hecho que son objeto de su decisión.

En otras palabras, la prueba provee al juez los datos cognoscitivos, la información de la cual debe servirse para formular tal decisión" (Conf. Taruffo, Michele, "La función epistémica de la prueba", en Problemática de la prueba, coordinado por María Victoria Mosmann y Mariela Panigadi, Astrea, Buenos Aires, 2018, p. 5.).-

Que en atención a la relación de consumo, la LDC también expande sus efectos hacia la carga dinámica de la prueba, ello debido a la dificultad que pueda asir la víctima al probar la causa del daño. "El concepto carga dinámica de la prueba o prueba compartida consiste en hacer recaer en ambas partes la obligación de aportar elementos de juicio al juzgador, privilegiando la verdad objetiva sobre la formal para brindar la efectiva concreción de la justicia. Se trata de un concepto particularmente útil cuando los extremos son de muy difícil comprobación". (Conf. SCJBA Causa "G., A. C. c/ Pasema S.A. y otros s/ Daños y perjuicios", C. 117.760, sent. del 1-IV-2.015).-

En efecto, la Ley referida, contiene una norma expresa relativa a la carga de la prueba, el art. 40, último párrafo: "Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena"; en referencia al prestador del servicio.-

También el art. 53, tercer párrafo, impone a los proveedores aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio. En estos términos, "corresponde al proveedor la obligación de colaborar en el esclarecimiento de la cuestión aportando todos los elementos que tenga

en su poder. De nada sirven las negativas genéricas y/o particulares, por el contrario, estando de por medio una relación consumeril, el principio de las cargas dinámicas es llevado a su máxima expresión pues el proveedor tiene una obligación legal: colaborar en el esclarecimiento de la situación litigiosa. En consecuencia, todo silencio, reticencia o actitud omisiva, se constituirá en una pauta que afectará dicha obligación legal con la consecuente presunción de certeza sobre la versión que sustenta la pretensión del consumidor”. (“Aspectos procesales”, cit. LL 2010- C-1281 y sgtes.).- Que resulta primordial entonces, analizar la prueba colectada en autos, todo ello en los términos del art. 386, del C.P.C.C.-

Veamos: la actora acompañó una carta documento dirigida a Ibero Asistencia S.A. en fecha 21/08/2020 intimándola a que en el plazo de 72 hs. proceda al stop- debit, y baja de todos los seguros imputados no solicitados que se registran en su cuenta, reintegro de la suma total descontada desde el año 2017, cuya autenticidad fue acreditada mediante prueba informativa al Correo Argentino (Seon fecha 19/05/2021), habiendo sido desconocida por la demandada.-

Además aportó capturas de pantalla de historial de débitos realizados a su cuenta de las que surgen débitos de la empresa Ibero Asistencia S.A. en fecha 26/07/2018 por \$244, en fecha 21/08/2020 por \$438, y en fecha 18/09/2020 por la suma de \$438.-

Sin perjuicio de ello, la co-demandada Banco Patagonia S.A. acompañó los resúmenes de cuenta del actor, con movimientos desde la fecha diciembre del año 2016 a diciembre del año 2020, (Seon fecha 01/10/2020, y 15/12/2021).-

Asimismo produjo prueba informativa a la Superintendencia de Seguros de la Nación, (Seon fecha 29/11/2021) la que informa que de acuerdo a sus registros informatizados obrantes al día de la fecha, la entidad Ibero Asistencia S.A. no se encuentra registrada ante ese organismo como compañía de seguros, motivo por el cual no puede tener Agentes Institorios en los términos del art. 54 de la ley 17.418. Además hace referencia a que, sin perjuicio de ello, el Banco Patagonia S.A. se encuentra inscripto como agente institorio con matrícula 76 conforme Resolución N° 39.347 del 4/8/2015.-

A su vez el Banco Central de la República Argentina informa que la Gerencia de Atención al Usuario de Servicios Financieros ha informado que no se ha localizado en los registros disponibles en la dependencia, trámites que involucren una denuncia de las características requeridas, respecto de los servicios ofrecidos por Banco Patagonia S.A., atención e información suministrada por la entidad bancaria. (Seon 20/05/2021).-

Asimismo del informe de la Agencia de Recaudación Tributaria (obrante en Seon en fecha 19/05/2021) surge que habiéndose verificado en la mesa de entradas del Área de Defensa del Consumidor, no consta denuncia formalizada por el Sr. Roberto Martín Lastra.-

Al respecto la prueba informativa producida por el actor arrojó que: el Juzgado de Paz de Viedma informó que de sus registros no surge ningún trámite que involucre como demandados al Banco Patagonia SA e Ibero Asistencia SA en forma conjunta. (Seon fecha 29/04/2021); y la Cámara de Apelaciones Civil de Viedma, informó que sí se han confirmado condenas impuestas por la Dirección de Comercio Interior contra el Banco Patagonia S.A. y SURA, por la imposición de seguros no contratados, citando cinco casos.-

En la prueba informativa requerida por la demandada Banco Patagonia S.A., a la parte codemandada Ibero Asistencia S.A. se informa que: El Sr. Roberto Martín Lastra contrató un servicio de multiasistencia, que estuvo vigente desde el 14/10/2016 hasta el 22/09/2020. La contratación fue realizada en forma telefónica. El servicio es de asistencia domiciliaria, que incluye servicio de plomería, gasista, cerrajería, asistencia legal, etc. El servicio tiene un costo mensual que fue debitado en la tarjeta de crédito del cliente.

Indica que los importes debitados fueron por un total de \$12.277, y que la baja fue solicitada mediante carta documento en el mes de agosto de 2020. No se recibieron reclamos previos. Y no se registra que el cliente haya utilizado los servicios.

Además la demandada Banco Patagonia S.A. ofreció prueba documental en poder de Ibero Asistencia S.A., quien acompañó los audios registrados del momento de la contratación del servicio de los en cuestión, del que surge que al Sr. Lastra lo llaman en nombre de Ibero Asistencia por ser cliente del Banco Patagonia S.A., ofreciéndole los servicios de multiasistencia, que le explican brevemente y luego existe un segundo llamado acordado en razón de que no tenía en su poder la tarjeta para brindar el número de seguridad, en el que terminan de acordar, pidiendo el Sr. Lastra expresamente que el cobro se realice mediante débito en su cuenta y no a través de su tarjeta de crédito, prometiendo un envío de documentación en el día. Volveré más adelante sobre ello.-

También produjo la demandada prueba testimonial, mediante la cual se receptaron las declaraciones de los gerentes de las dos sucursales del Banco Patagonia S.A. existentes en la ciudad de Viedma. Testimonios que son merituados

teniendo especial consideración de su calidad de dependientes de la empresa demandada.-

El Sr. Gerardo Cutrin, gerente de la sucursal de la calle Tucumán, explica que los productos del banco son medios de pago habituales por medio de débito automático para los clientes que contratan los servicios de empresas. El sistema requiere que en caso de que el débito lo ordene sobre una cuenta debe compartir a la empresa su número de CBU, si es sobre una tarjeta de crédito debe transmitir los datos de la tarjeta. Ello lo realiza libremente el cliente con la empresa sin intervención del banco. Se inicia y se origina en la empresa contratada.

El débito aparece doblemente informado para el cliente en su cuenta, en el resumen del día y también como información de los débitos que tiene contratado. Manifiesta que conoce a la empresa Ibero Asistencia S.A., y sabe que prestan un servicio que le llaman de multiasistencia, por el que los clientes mediante el débito automático contratan la solución de por ejemplo en caso de algún servicio de plomería, cerrajería o mano de obra. Cubren esas necesidades puntuales. Sabe que no es una empresa de seguros y los servicios que ofrecen no es un contrato de seguro. El banco no comercializa servicios de esa empresa. No conoce al Sr. Lastra, aunque si sabe que hace uso habitual de la herramienta de homebanking. Señala que en caso de que una persona concurra al banco o llame al call center, consultando por un débito de su cuenta que no reconoce, el banco le informa la empresa con la que contrató y el monto debitado, y en ese caso generalmente el cliente lo reconoce.

La contratación del servicio no la puede impugnar en el banco porque con ellos no lo han contratado, lo que sí ofrecen es cancelar el débito automático lo que también puede hacer el cliente por medio de homebanking. Ese stop-debit no cancela el servicio sino que bloquea el débito a futuro. Para cancelar el contrato es ante la empresa.

Si se impugna el consumo que desconoce el cliente se registra en un sistema que exige el Banco Central que se usa para todo tipo de reclamo. Indica que el banco ofrece seguros en su carácter institorio de algunas compañías. No es agente institorio de la empresa Ibero Asistencia S.A., aunque si de la empresa Mapfre que es parte del grupo de esa compañía, y no forma parte de su oferta de seguros el servicio de Ibero Asistencia.

Explica que el hecho de que la compañía forme parte del grupo no significa que el banco sea agente institorio de todas las empresas de ese grupo. El contrato del banco para ofrecer servicios no incluye los de Ibero Asistencia S.A. que es una compañía

distinta a Mapfre aunque forme parte del grupo. El ofrecimiento de todos los productos del banco sean financieros o no, los

realiza de forma activa en búsqueda del cliente, como en forma receptiva ante la demanda de este, pero no en el caso del servicio contratado por el actor que no forma parte de los servicios ofrecidos.

Refiere que en caso de que el cliente haga uso del stop-debit, la empresa no puede dar posteriormente una orden de débito porque sería rechazada, y el banco le informa a la empresa los débitos rechazados.-

Por su parte, el Sr. Matías Zabaleta, gerente de la sucursal de la calle Sarmiento 373 de esta ciudad, explica que la cancelación del servicio con una compañía el cliente debe pedirlo ante la empresa contratada. El banco puede informarle y facilitarle el número de CBU en caso de que no lo tenga. Ellos no intervienen en la operatoria. Los débitos se reflejan en el resumen mensual ya sea de la tarjeta de crédito o de la cuenta bancaria, que se le envía al cliente. El resumen se emite para ese fin de informar los débitos y la síntesis de los débitos automáticos.

Además se puede consultar ello por homebanking. Conoce que la empresa presta servicios de multiasistencia, entiende que no es un seguro. El banco no comercializa servicios de tal empresa y no es agente institorio de ella. Refiere que a través del banco puede hacerse el stop-debit pero el devengamiento de la factura del servicio continúa. Si interrumpe el débito no se interrumpe el servicio, sino que genera deuda.

Si una persona impugna el consumo y desconoce lo que le cobran registran el reclamo en el sistema con número de seguimiento y plazo para contestar con auditoría permanente del BCRA. Ello si es en caso de que el reclamo tenga que ver con el accionar del banco.

Conoce que el Sr. Lastra es usuario del homebanking, y a través de esa herramienta puede hacer el stop-debit.

Señala que si el banco recibe una carta documento de un cliente lo registra en su sistema, para luego brindar una respuesta al cliente.-

Asimismo a instancias de las partes demandadas se practica pericia informática que obra en el SEON en fecha 29/06/2021. El perito Lic. Hugo Daniel Margiotta informa que ingresó al sistema informático del Banco a los fines de auditar registros sobre quejas y reclamos; también ingresó a la aplicación web del Banco Patagonia, para realizar un doble control de la información, por la parte a la que acceden los empleados del banco con usuario y contraseña pudiendo también visualizar quejas y reclamos.

Determinó el perito que no se encuentran registros por parte del actor sobre quejas y/o reclamos por falta de entrega de resúmenes de cuenta, ni por información y/o pedido de baja de servicios contratados con la firma Ibero Asistencia S.A., señalando que si existen otros dos reclamos, uno con BCRA 1024143259. Se pidió rescate de la tarjeta, por no llegar al domicilio con fecha 01/01/2010, se resolvió; y otro reclamo con BCRA 1399132909, realizado en octubre del 2013. Reposición de tarjeta, por robo, no llegaba la nueva tarjeta al domicilio. Se resolvió.-

Mediante la inspección judicial realizada se obtuvieron las imágenes publicadas en el SEON en fecha 17/02/2022, junto con el acta, en las que se observa en ellas los cajeros automáticos, los puestos de atención; propagandas de los seguros comercializados por el Banco Patagonia S.A., se informa mediante afiches, el certificado de aptitud para el ofrecimiento público de contratos de seguros (CAOPCS) con los datos de la entidad bancaria; listados de seguros autorizados a operar, de donde surgen todas las empresas con las que tiene relación, sin que exista mención alguna respecto de la empresa Ibero Asistencia S.A., ni de los servicios de ésta; y cartelería con el membrete del Banco Central de la República Argentina indicando cómo proceder a la baja de productos y servicios.-

V.- Entonces analizada la totalidad de la prueba producida, corresponderá determinar si los descuentos efectuados a la actora -los que en cuanto a su debito no se encuentran controvertidos en autos- tienen su origen en una contratación legal, de acuerdo a las previsiones del derecho aplicable ya delimitado, principalmente, la ley de Defensa del Consumidor, todo ello, teniendo en miras los principios de raigambre constitucional.-

En este sentido, serán de particular incidencia las cargas probatorias dinámicas: teniendo en cuenta la alta profesionalización de las demandadas, son aquéllas quienes se encuentran en mejores condiciones de probar el cumplimiento de la normativa que incide sobre su actividad de comercialización de productos y servicios.-

V. A.- Como primera cuestión entiendo que no ha podido demostrarse, en autos, que la contratación del servicio prestado por la empresa Ibero Asistencia haya sido efectuado con intervención de la demandada Banco Patagonia S.A.. Es que en el estudio de las testimoniales recibidas, de la prueba informativa de la Superintendencia de Seguros de la Nación, de la inspección ocular, y del informe de Ibero Asistencia S.A., no se desprende ello. Esto así no alcanza para determinar su responsabilidad que la vendedora telefónica le dijera que lo llamaba por ser cliente del Banco Patagonia, ni el haber invocado "Nosotros" del Banco Patagonia, por que no existe ninguna otra prueba que

demuestre la vinculación en el presunto contrato, más allá de la simple mención, lo que no puede sino interpretarse como una estrategia de venta de la empresa de asistencia, lo que será valorado, en cuanto a su conducta más adelante. Por el contrario se ha acreditado que el Banco Patagonia S.A. no es agente institorio de la codemandada, ni comercializa sus productos.-

Entonces en el caso de la codemandada Banco Patagonia S.A., sólo cabe analizar la existencia o no de la deficiente prestación de servicios bancarios alegada en la demanda, siendo que su intervención se limitó a brindar el servicio de pago a la empresa por medio de débito automático de la cuenta del actor.

Al respecto, no se ha acreditado por la parte actora que haya solicitado el stopdebit, como así tampoco se encuentra demostrado que haya realizado algún reclamo ante el Banco Patagonia S.A., siendo que la carta documento invocada fue dirigida a la empresa Ibero Asistencia S.A. Es que no puede pretenderse la aplicación de las comunicación "A" 5054, ni la actual "A" 6909 del BCRA, si no se encuentran reunidos los requisitos para encontrarse compredida en sus instrucciones operativas, no existiendo, constancia de haberse solicitado la reversión, a esa institución.-

A su vez la demandada Banco Patagonia S.A. produjo la prueba ya descripta surgiendo de los informes de la Agencia de Recaudación Tributaria y del Banco Central de la República Argentina, así como de la pericial informática que no existen según sus registros reclamos en relación a los débitos cuestionados en la demanda por la actora.-

De esta manera, los débitos efectuados en la cuenta del actor, no pueden sino obedecer a una supuesta contratación realizada directamente por vía telefónica con la empresa Ibero Asistencia S.A., habiendo sido el actor, -aún sin valorar en este estado, su real consentimiento/información-, quien expresamente permitió dicho medio de pago brindando los datos de su cuenta a tal fin.-

En consecuencia en este caso no encuentro configurada la falta de atención y trato indigno al consumidor por parte del Banco Patagonia S.A., así como tampoco observo el incumplimiento del deber de información invocado por el actor en base a que se ve privada de acceder un historial de débitos automáticos, porque como surge de sus propios dichos en la demanda el cliente puede acceder a un historial por un período de 24 meses.-

Por ello, sin perjuicio de que aún resta determinar la validez o no de la eventual contratación celebrada entre el actor con la codemandada Ibero Asistencia S.A., y habiendo concluido que no existió incumplimiento por parte del Banco Patagonia S.A.

en la prestación de los servicios bancarios, no hay lugar para imponerle, en su caso, una responsabilidad solidaria en los términos del art. 40 de la LDC, conforme lo pretendido por el actor, toda vez que el Banco no ha intervenido en el proceso de comercialización del servicio contratado por este. Esto así sin perjuicio de la invocación que realizara la vendedora de la entidad bancaria.-

V. B.- En segundo lugar debo referirme luego de reseñada toda la prueba producida, a la validez del supuesto contrato celebrado por el actor con la codemandada Ibero Asistencia S.A., el que siendo su existencia una cuestión controvertida en autos, se ha acreditado que se utilizó la vía telefónica, a través de dos llamadas por parte de la empresa Mafre Asistencia, conforme surge de las grabaciones acompañadas.-

Así, probada debidamente la oferta realizada a través de dicho medio, que no fuera desconocida por la parte actora, corresponde analizar la validez de la misma, en atención al cumplimiento de las disposiciones y principios de los derechos del consumidor.-

Destaco que de los audios referidos surge que llama Daniela Costanza, de parte Mapfre Asistencia, al Sr. Lastra, manifestándole que lo hace por ser éste cliente del Banco Patagonia S.A., le informa que la conversación está siendo grabada, y le dice que por ser cliente del Banco Patagonia tiene disponible el servicio de multiasistencia, y luego le explica de una manera extremadamente veloz, que no es un seguro, los servicios ofrecidos, los costos y forma de pago, a lo que el Sr. Lastra le refiere que no entiende lo que le explica.-

Ante la consulta del actor le asegura repetidas veces que toda la información le va a llegar por escrito, al correo electrónico, que se quede tranquilo. Continúa la telefonista solicitándole todos los datos personales y de la tarjeta de crédito.

El Sr. Lastra le vuelve a consultar si tiene algún es el costo porque no entendió, a lo que le informa que son simplemente \$107,90 que se le van a descontar a partir del siguiente mes, y finalmente acuerdan una segunda comunicación para la tarde, sin finalizar la gestión ya que el Sr. Lastra se encuentra ocupado, y no tiene la tarjeta a mano para decirle su número de seguridad, momento en que le pide que le vuelva a repetir la información.

En la segunda conversación telefónica, le recuerda que por ser cliente del Banco Patagonia tiene a su favor la multiasistencia. Y que este segundo llamado era para finalizar la gestión con el número de seguridad del plástico que tenía con nosotros del Banco Patagonia, luego de que el Sr. Lastra le dicte el número de seguridad de su tarjeta

de crédito, se le pide que anote un número de teléfono 0800 para que llame, y se le informa que una vez al año se va a actualizar el monto a pagar para que siga vigente, y que puede dar de baja el servicio en el plazo de diez días.

A continuación cuando ya se despedía sin brindar mayor información, el Sr.

Lastra le solicita más información respecto a la asistencia para anotarlo, a lo que sólo se le informa que son cinco asistencias y que anote, hogar, que no cubre incendio porque eso sería un seguro, salud, robo en la vía pública, a nivel legal, por ejemplo si le quieren iniciar acciones, y le promete que en el transcurso del día le va a llegar el detalle por escrito.-

Previo a finalizar el Sr. Lastra solicita si es posible que se le debite directamente de la cuenta en lugar de su tarjeta de crédito, y ante la respuesta afirmativa le brinda sus datos de la tarjeta de débito.-

De la conversación registrada se advierte una reticencia a brindar debidamente la información del servicio ofrecido evidenciándose que la telefonista privilegia obtener los datos de la tarjeta y el asentimiento del cliente. Ante la consulta del Sr. Lastra, y luego de insistentes pedidos sólo le brinda algunos ejemplos de asistencia.-

Entonces observo en la forma de proceder, que la obtención del consentimiento del consumidor en este caso, no se realizó de manera debida, acorde las previsiones de derecho aplicable, toda vez que se incumplió con el deber de información al consumidor, y asimismo no se ha dado cumplimiento con el envío por escrito de las condiciones de la oferta realizada, pese a que en reiteradas veces el Sr. Lastra solicitó información al respecto.-

No se ha informado al actor de manera cierta, clara y detallada a la actora conforme a las previsiones del art. 4 de la Ley 24.240, al ofrecerle el servicio, evidenciándose a lo largo de las dos comunicaciones que no termina de entender de qué se trata la oferta.-

Por su parte de acuerdo a la modalidad de contratación en este caso se debe observar lo dispuesto por el Código Civil y Comercial, que regula los contratos de adhesión definidos por el art. 984, como aquel mediante el cual uno de los contratantes adhiere a cláusulas generales predispuestas unilateralmente, por la otra parte o por un tercero, sin que el adherente haya participado en su redacción.-

Así lo determina el art. 985, al disponer que es aplicable a la contratación telefónica, electrónica o similares, el requisito de que en tales contratos las cláusulas generales predispuestas deben ser comprensibles y autosuficientes. La redacción debe ser clara, completa y fácilmente legible. Se tienen por no

convenidas aquellas que efectúan un reenvío a textos o documentos que no se facilitan a la contraparte del predisponente, previa o simultáneamente a la conclusión del contrato.-

Además no se ha dado cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 10 ter, "in fine" de la LDC, que establece que la disposición que informa la posibilidad de rescisión por parte del consumidor o usuario por el mismo medio en caso de que la contratación del servicio se haya realizado en forma telefónica, debe ser publicada en la factura o documento equivalente que la empresa enviare regularmente al domicilio del consumidor o usuario.-

Ello sin perjuicio de que la telefonista oferente le ha leído al actor dicho artículo, lo que encuentro dirigido a dar un aparente cumplimiento de los requerimientos legales, toda vez que en la espera de los términos del envío en el transcurso del día, del contrato prometido, y/o de la factura o documento equivalente no existía la posibilidad de revocación alguna.-

De este modo, a la luz de la prueba producida y la implicancia de las normas referidas a la carga de la misma, lo que hace pesar su ausencia sobre la demandada -altamente especializada y profesionalizada y mandataria de la predisponente del contrato de adhesión-, en el marco de calificación de los contratos celebrados por medios electrónicos, la falta de demostración de que se hubiera transmitido a la actora información cierta, clara y detallada respecto de los términos de contratación conforme art. 4 de la LDC, llevan a concluir que la actora como parte débil de una relación consumeril asimétrica no ha prestado un consentimiento con efectos jurídicos de aceptación del contrato predispuesto que se le ofrecía, lo cual afecta su esfera de libertad de contratación -art. 1099 del CCyC y 35 LDC-, lo que tiene como consecuencia la nulidad absoluta de los contratos (conf. arg art. 37 de la LDC). Y con ello y por ende se concreta la infracción a la LDC, que se verifica en los debitos realizados sin conocimiento del actor y la consecuente procedencia de la pretensión.-

Es que, de la prueba producida en autos, surge acreditado que la supuesta contratación no fue efectuada de manera debida, acorde a las previsiones del derecho aplicable, toda vez que la falta de acreditación del cumplimiento de la remisión del contrato por parte de la demandada, quedando acreditado el incumplimiento de dicha obligación, afecta la validez del invocado consentimiento prestado, en su caso.-

Es que frente a la postura de la demandada de sostener que fue enviado mail al Sr. Lastra, y siendo que ella posee un sistema de registro, opera para este supuesto la

inversión de la carga de la prueba, pues cabe suponer que se encuentra la demandada en mejores condiciones de probar -mediante su pertinente registro- que fue efectivizado el mensaje con la información conforme fuera afirmado en el registro de llamada. Por el contrario, omitió aportar medio de prueba en ese sentido.-

En efecto con relación a la contratación telefónica o electrónica, la fuente ha sido el artículo 80, inciso b, segunda parte del decreto -ley 1/2007 vigente en España, por el que se aprueba el texto de la ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios: "... En los casos de contratación telefónica o electrónica con condiciones generales será necesario que conste, en los términos en que reglamentariamente se establezcan, la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional. En este supuesto, se enviará inmediatamente al consumidor y usuario justificación de la contratación efectuada por escrito, salvo oposición expresa del consumidor o usuario, en cualquier soporte de naturaleza duradera adecuado a la técnica de comunicación a distancia utilizada, donde constarán los términos de la misma" (Ricardo Luis Lorenzetti, ob. cit. Tomo V, Pág. 641)

Es que la información es crucial "...para definir a esta responsabilidad, ya sea que tales deberes surjan expresamente de la ley o de las reglas la buena fe, pues ésta, es la protagonista en la esfera contractual. En la realidad comercial moderna, en los contratos predispuestos, en los celebrados por adhesión y en los de consumo, el incumplimiento del deber de información por parte del fuerte o poderoso de la relación, genera consecuencias no sólo resarcitorias, sino también en algunos casos su invalidez total o parcial..." (Chavarría, Jonatan Germán vs. Autocrédito S.A. de Capitalización s. Nulidad de contrato, Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial Sala II, Mar del Plata, Buenos Aires; 21-jun-2016; Rubinzal Online; RC J 3398/16)

En función de lo expuesto, sello que corresponde admitir la pretensión resarcitoria en concepto de los débitos aplicados al saldo de la cuenta bancaria de la parte actora, mediante tarjeta de débito en tanto la misma quedó acreditada, y si bien pudieron no haberse impugnado los resúmenes de cuenta, la conformidad tácita (art. 1382 CCyC) puede caer si se demuestra que hubo error, dolo o fraude.-

En ese sentido dicha conformidad legal presupone la certeza de la recepción de tales resúmenes y la factibilidad de observarlos, con la advertencia que la

"conformidad tácita" puede caer ante ciertos supuestos que demuestren falta de consentimiento válido (in re: "Wlazlo Analía Amelia c. Banca Nazionale del Lavoro S.A. s. ordinario", del 31.5.1995; in re: "Zachara Ivone Elisabet y otro c. Banco Itaú

Buen Ayre S.A. s. sumarísimo”, 9.2.2007).-

Es que, tal como se previniera, el deber de información adquiere, en materia de defensa del consumidor, el rango de derecho fundamental reconocido expresamente en el art. 42 de la CN en tanto constituye un trascendental instrumento tendiente a conjurar la superioridad económico-jurídica que suelen detentar los proveedores, quienes obtienen un beneficio económico con tales operaciones y que actúa no sólo en la etapa precontractual sino también durante la ejecución del contrato; en el primer supuesto, la información de todas aquellas circunstancias que refieren a la prestación en sí y a las condiciones económicas y jurídicas de adquisición del producto o contratación del servicio, tiende a facilitar la emisión de un consentimiento esclarecido, informado y por tanto plenamente eficaz; en el segundo caso, se presenta como un efecto del contrato perfeccionado que apunta a que el consumidor o usuario pueda hacer valer sus derechos. Y en autos las graves anomalías apuntadas me llevan al convencimiento de acoger la demanda, incoada en el marco del derecho del consumidor.-

VII.- A continuación debo analizar la procedencia de los rubros requeridos: La Corte Suprema ha señalado que indemnizar es eximir de todo daño y perjuicio mediante un cabal resarcimiento (Fallos 283:212, "Aquino" Fallos 327:3753- Petrachi Zaffaroni, "Cuello" Fallos 330:3483,- Lorenzetti).

Ilustra en cuanto a que "ha inferido el derecho a la reparación del principio general de no dañar a otro, también insito en el primer párrafo del art. 19 de la Constitución Nacional ("Santa Coloma" Fallos, 308:1160, "Aquino" Fallos 327:3753), así como en sus arts. 17 y 18 C.N.-

Este derecho básico a la autonomía e inviolabilidad de la persona subyace a la lista del art. 14 y al principio enunciado en el artículo 19, mientras que el derecho a reclamar su protección se encuentra establecido en el art. 18 de la Constitución Nacional" (CSJN, "Díaz, Timoteo" Fallos 329:473 Voto Dra. Argibay). Se ha dicho que es principio general lo establecido en el art. 19 CN que prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de un tercero, la idea de reparación tiene raíz constitucional y la reglamentación que hace el Código Civil en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica. (Conf. CSJN "Günter"-Fallos 308:1118).-

Surge también de lo establecido en el art. 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Derecho constitucional a la reparación", E.D. 167-969).-

VII.A.- Sentado ello, el actor solicita como rubros cuya indemnización pretende el daño material, daño moral, y el daño punitivo.-

VII.A.1- Daño material.-

En función de lo resuelto respecto de la invalidez de la contratación negada por la actora, es que corresponde receptar la pretensión de devolución de las sumas debitadas con causa en el Servicio de Multiasistencia de la empresa Ibero Asistencia S.A., conforme los resúmenes de cuenta bancaria del actor.-

A los fines de determinar el monto de devolución con más sus intereses desde su efectivo débito conforme a la calculadora oficial del Poder Judicial es que las partes podrán presentar la correspondiente liquidación por este concepto en el plazo de 10 días de quedar firme la presente, la que devengará intereses desde su aprobación conforme a calculadora oficial y sin solución de continuidad hasta su efectivo pago.-

VII A.2- Daño Moral:

Se reclama por este rubro la suma de \$60.000.-

Destaco en primer lugar, las palabras de la Dra. Matilde Zavala de González (Resarcimiento de daños, Tomo 2ª, Edit. Hammurabi, 2da. Edic. ampliada) al señalar que “resulta evidente que la integridad personal encierra análogo valor espiritual cualquiera sea el sujeto de que se trate. En cambio, si lo relevante son, en concreto, las repercusiones subjetivas de la lesión en las afecciones de la víctima, averiguar la entidad del daño moral supondrá una acentuada apreciación de las circunstancias del caso a fin de esclarecer de qué modo y con qué intensidad el hecho ha presumiblemente influido en la personalidad de la víctima y su equilibrio espiritual. Esta última opinión, compartida, es la que sigue de modo prevaleciente la jurisprudencia” (Dra. Matilde Zavala de González (Resarcimiento de daños, Tomo 2ª, Edit. Hammurabi, 2da. Edic. ampliada Pag. 547/548).-

En materia contractual, puede reputarse como definitivamente superado el criterio de que el daño moral contractual sólo puede existir en la hipótesis de incumplimiento intencional, (cfr. Llambias, J. J., "Tratado de Derecho Civil - Obligaciones", Buenos Aires, 1973, t. I, p. 353, n° 270 bis); por el contrario, la referencia del Cciv: 522 a "... la índole del hecho generador de la responsabilidad..." no tiene el significado de restringir la indemnización al supuesto de una conducta dolosa del deudor, tal como lo ha explicado la doctrina mayoritaria; de ahí que sea indemnizable cualquiera sea el factor de atribución aplicable (cfr. Mosset Iturraspe, J., "Responsabilidad por daños - El daño moral" , Buenos Aires, 1985, t. IV, ps. 118/119, n° 45... "Instituciones de derecho

privado Obligaciones 2, Buenos Aires, 2006, t. 2, p. 684, n° 547; Zannoni, E., "El daño en la responsabilidad civil", Buenos Aires, 1982, ps. 257/258; etc.- en "Rivero Potes, Oscar Alberto y otro vs. Tiesqui, Ana Cristina y otro s. Ordinario" CNCom Sala D; 30/04/2009- CNCom.; RC J 16807/09), (Conf.: sentencia N° 64, F° 613/620, T° III del 10/10/2018 dictada en autos "Melivilos Belisle Nelida C/ Sindicato de Trabajadores Viales Provincia de Río Negro S/ Ordinario", Expte. N° 8278/2017).-

Luego de estos conceptos generales interesa destacar que la defensa del consumidor se abre en dos campos: el de los derechos patrimoniales (la seguridad de no sufrir un daño, los intereses económicos, la libertad de elección, el trato equitativo y digno y el de los derechos personales (la protección de la salud y la seguridad de no sufrir menoscabo en la misma o en la vida) y el derecho a la información adecuada y veraz resguarda tanto los derechos patrimoniales como los personales. Y fundamentalmente que la vulneración de los derechos patrimoniales como la de los personales da lugar a indemnización por Daño Moral, que en muchos de los casos asume el carácter de autónomo.-

Que determinadas, entonces, las características particulares del evento dañoso e implicancias del mismo, sello que, en el caso de marras, en los términos de la afección espiritual, resultan evidentes las dolencias ocasionadas a la actora, que entre otras consideraciones, al advertir los descuentos efectuados a nombre de una empresa, con la que solo hablo dos veces, debe proceder a la búsqueda de información respecto de la misma, a fin de la tramitación de reclamos, ante posiciones contractuales marcadas por la asimetría de poder, a la que le remite carta documento para solicitar el cese de los débitos y devolución de dinero, y en el caso, como consecuencia de la falta de entrega de la constancia de cancelación que exige el art. 10 ter, segundo párrafo de la LCD, y ante la omisión por parte de la empresa a contestar la carta documento, con la consiguiente incertidumbre respecto a la continuidad o no de los débitos, producen siempre una mella en el ánimo de los consumidores.-

Fuera de ello, cabe enfatizar que el daño se encuentra aquí relacionado directamente con la falta de consentimiento válido para la formación del contrato de asistencia concretado a través del medio telefónico, con las irregularidades ya señaladas, y la falta de entrega de la documentación e información correspondiente.-

De acuerdo con las previsiones del art. 165 del C.P.C.C., y teniendo en cuenta el monto solicitado por el actor, considero razonable hacer lugar al daño moral por la suma de \$100.000 a la fecha de la presente, devengando en lo sucesivo y hasta el momento de su

efectivo pago los intereses fijados por el STJRN en sus sucesivos pronunciamientos y según calculadora de la página oficial del Poder Judicial.-

VII. A. 3. Daño punitivo

El Artículo 52 bis de la Ley 24.240 dispone: “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 artículo 47, inciso b) de esta ley”.-

Es la multa civil pecuniaria comúnmente llamada “daño punitivo” (sanción de naturaleza civil de origen anglosajón; art. 52 bis de la ley 24.240, según art. 25 de la ley 26.361), se orienta a punir a un sujeto que ha incurrido en una conducta que afecta los derechos de un consumidor y que aparece particularmente grave y reprochable; teniendo en miras un efecto disuasorio respecto del propio infractor o de terceros a fin de desanimar acciones futuras del mismo tipo (conf. Kemelmajer de Carlucci, A., *Conviene la introducción de los llamados “daños punitivos” en el derecho argentino*, p. 88, *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, segunda época, año XXXVIII, 1993, N° 31, 1994).-

Al respecto el S.T.J tiene dicho: “... en palabras de Pizarro, define a los daños punitivos 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. También este autor considera que cuando el demandado en forma deliberada o con grosera negligencia causa un perjuicio a otro, se pueden aplicar estas puniciones que se denominan daños ejemplares, agravados, presuntivos, o simplemente Smart Money (conf. Pizarro, Ramón D., “Daños Punitivos”, en “Derechos de Daños -Segunda parte-”, pág. 287). Entonces se trata, cómo su nombre lo indica, de sumas de dinero que el victimario de un ilícito debe desembolsar a favor de la víctima, ya no para compensar el daño efectivamente sufrido, sino como sanción impuesta por la norma en virtud del despliegue de determinadas conductas, es decir con función ya no compensadora, sino punitiva”. (STJRN S1 Se. 100/10 “Parra”).-

Así existe consenso dominante en el derecho comparado en el sentido de que las indemnizaciones o daños punitivos sólo proceden en supuestos de particular gravedad, calificados por el dolo o la culpa grave del sancionado o por la obtención de

enriquecimientos indebidos derivados del ilícito o, en casos excepcionales, por un abuso de posición de poder, particularmente cuando ella evidencia menosprecio grave por derechos individuales o de incidencia colectiva" (Pizarro, Ramón. D. Stiglitz, Rubén S. "Reformas a la ley del consumidor". La Ley 16-03-2009. La ley 2009-B, 949)". (Conf. Cámara Cuarta de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, en autos caratulados "Defilippo Darío Eduardo y otro c/ Parra Automotores S.A. y otro- abreviado- cumplimiento/resolución de contrato...", Expte. N° 2168020/36, sentencia N° 72, 01/07/14). Tamaña sanción ha de procurar generar una conducta disuasiva tendiente a corregir ciertas prácticas del mercado en las que los usuarios resultan víctimas en una indudable situación de desigualdad negocial, pues a lo que apunta en definitiva toda la norma consumeril, como lo sostiene Mosset Iturraspe, es a limpiar el mercado, purificarlo, superar sus vicios, sea en orden a la conducta de los que intervienen, sea en punto a usos y costumbres negociales (Introducción al Derecho del Consumidor, Rev. de Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal Culzoni, 1996, p. 15).-

En cuanto a la regla para establecer el monto, debe prevalecer un criterio de equidad que podría expresarse como: "Ni una sanción pecuniaria tan alta que parezca una confiscación arbitraria, ni tan baja que por insignificante no cause efecto alguno en el sujeto obligado: que sea la equidad la base de la estimación: ubicar la equidad en el lugar preciso, que es cuando juega con máximo espacio la discrecionalidad del juzgador. (ver: Mosset Iturraspe, Jorge - Piedecabras, Miguel A., Código Civil Comentado, art. 1069, Responsabilidad Civil, p. 44, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003) (Cám. 1° Civ. y Com. en "Navarro, Mauricio José c/ Gilpin Nash, David Iván - Abreviado- Exp. N° 1745342/36", Sentencia N°: 181, Fecha: 27/10/2011, Semanario Jurídico: n°: 1846, del 1/03/2012, cuadernillo: 7, tomo 105, año 2012 - A, página: 321).- Efectuado el encuadre de rigor y dadas las circunstancias analizadas del caso, entiendo que existen causas graves de incumplimiento: como la invocación al Banco Patagonia S.A. llevando a la confusión al Sr. Lastra. Tal es así que pregunta si cuesta algo, sin poder reconocer si se trata de un beneficio por ser cliente del Banco referenciado. Como así también la falta de entrega de las condiciones de los servicios contratados conforme le prometieron al actor telefónicamente, y la ausencia de información suficiente al momento de la contratación. A ello agrego el trato indigno recibido por parte de la demandada ante la omisión de contestación de la carta documento solicitando el cese de los débitos, y devolución de lo descontado.-

La conducta desplegada por la demandada no se condice con el carácter profesional y el

grado de especialización que reviste en la materia contractual esta especie, lo que debido a su superioridad técnica y una mejor posición para acceder a las herramientas que permitan el normal desenvolvimiento de la relación contractual, debe traducirse en un mayor grado de colaboración para con el cliente. Es que la confianza depositada en una empresa de renombre y trayectoria, exige que se brinde información clara y suficiente, evitando fomentar el desamparo de los asegurados en cuanto a las circunstancias del contrato y su misma celebración.-

Así, estas graves inconductas detectadas del demandado, el incumplimiento del art. 11 ley 17.418, 25 res. 2019/2018 SSN y art. 4 LDC, deben prevenirse para que no ocurran situaciones similares en el futuro, y por ende resulta procedente aplicar la multa civil prevista en el art. 52 bis de la LDC.-

En la tarea considerando los métodos utilizados para su cálculo por Jurisprudencia reciente, tengo presente la posición de la Suprema Corte de la Prov. de Bs. As. en autos “Castelli, María Cecilia contra Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. Nulidad de acto jurídico”. Es que en esos autos se utilizó la fórmula aritmética propuesta por el Dr. Matías Irigoyen Testa, “en la que se tiene en cuenta el resarcimiento por daños reparables que corresponden a la víctima...y la probabilidad de que un damnificado decida transitar todo el periplo necesario y logre una condena resarcitoria por los padecimientos infligidos, que incluya daños punitivos” (SCJBA, causa C. 119.562, “Castelli, María Cecilia contra Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. Nulidad de acto jurídico” 17/10/2018).-

Más, sin perjuicio de entender que el contenido de la fórmula bien puede contemplarse como orientación en la especie, señalo no me sujetaré a fórmulas aritméticas, tomando como parámetros en orden a lo desarrollado, a los antecedentes descriptos, y la gravedad del incumplimiento. Y en esos términos he de hacer lugar a la solicitud de aplicación de una multa civil, fijándola en el marco del art. 52 bis de la LDC en la suma de \$400.000 a la fecha de la presente.-

VIII.- En conclusión corresponde hacer lugar a la demanda por daños y perjuicios interpuesta por el Sr. Roberto Martín Lastra, condenando a la demandada Ibero Asistencia S.A., a abonar al actor la suma de \$100.000 por daño moral, y la suma de \$400.000 en concepto de daño punitivo, todas ellas cuantificadas a la fecha de la presente, las que devengarán intereses sin solución de continuidad hasta su efectivo pago conforme la tasa de calculadora oficial del Poder Judicial, o la que en lo sucesivo el S.T.J., más las sumas debitadas, que resulten de la cuantificación que se difiere, a

realizarse conforme a pautas dadas en el Considerando VII.A.1., y rechazar la demanda promovida contra el Banco Patagonia S.A., por las razones expuestas, en el considerando respectivo.-

IX.- Costas y honorarios:

Que en cuanto a las costas del proceso, en atención a que de la regla general se desprende que quien resulta vencido debe cargar con los gastos que debió realizar su contraria para obtener el reconocimiento de su derecho (CSJN en autos “Brugo, Marcela Lucila c/ Eskenazi, Sebastián y otros s/simulación”, sent. del 10/04/2012), el resultado del mismo y el principio objetivo de la derrota sentado en el art. 68 ap. 1 del C.Pr. el que debe conjugarse con el de la integralidad del daño, corresponde imponerlas a la demandada vencida Ibero Asistencia S.A., con excepción de los honorarios profesionales de los letrados que asistieron a la codemandada Banco Patagonia S.A. por la que se desestimó la demanda que se imponen por el orden causado, y conforme el beneficio de justicia gratuita a favor del actor, dispuesto por el artículo 53-4to párrafo de la Ley N°24240 Def. del Consumidor.-

Sobre el punto diré que teniendo en cuenta, las entidades involucradas, considero que la parte actora creyó que tenía el derecho a demandar a ambas partes que intervinieron en los débitos en cuestión, sin poder determinar de antemano cuál y/o cuales de ellas era efectivamente responsable, lo que me persuade de que -en el presente caso- estamos ante la situación prevista por el art. 68, segunda parte, del ritual. En su mérito, he de imponer, en lo que respecta a la demanda que se rechaza contra el Banco Patagonia S.A.. las costas por el orden causado-

Con relación a los honorarios profesionales, se difiere su regulación para la oportunidad en que exista base cierta para efectuar la misma (art. 48 de la ley G 2212).-

Por los fundamentos expuestos;

RESUELVO:

I.- Hacer lugar a la demanda por daños y perjuicios interpuesta por el Sr. Roberto Martín Lastra, y condenar a Ibero Asistencia S.A., a abonar en el plazo de 10 días al actor la suma de \$100.000 por daño moral y la suma de \$400.000 en concepto de daño punitivo, todas ellas cuantificadas a la fecha de la presente, las que devengarán intereses sin solución de continuidad hasta su efectivo pago conforme a tasa de calculadora oficial del Poder Judicial o la que en lo sucesivo el S.T.J., más las sumas debitadas, que resulten de la cuantificación que se difiere, a realizarse conforme a pautas dadas en Considerando VII.A.1.-

II.- Rechazar la demanda incoada contra el Banco Patagonia S.A., con costas por su orden (art. 68 segundo párrafo CPCC).-

III.- Imponer las costas a la demandada vencida (art. 68 del CPCC), diferir la regulación de honorarios hasta tanto existan pautas para ello.-

IV.- Regístrese, protocolícese y notifíquese.-

MARIA GABRIELA TAMARIT

Jueza