IIIª Circunscripción Judicial de Río Negro.
Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Minería Nro. 5
Secretaría única
Tomo:
Resolución:
Folio:
Iván Sosa Lukman, Secretario

San Carlos de Bariloche, 29 de diciembre de 2017.

VISTOS: Los autos "SANCHEZ, YANINA ANDREA y OTRO C/ BBVA BANCO FRANCES S.A. y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (Ordinario) (S-08)" (expte. 15317-16)

RESULTA:

A) Que a fs. 7/25 Yanina Andrea Sanchez y Silvio Raul Barriga demandan por daños y perjuicios al BBVA Banco Francés S.A., Banco Santander Río S.A. y Banelco la suma de $ 99.192 o lo que en más o en menos resulte de la prueba de autos, con más los intereses y costas.

Detallan que la acción se promueve contra las entidades mencionadas en virtud de revestir éstas carácter de proveedores de servicio de cajeros automáticos ofrecidos con evidente destino público y por existir con los aquí actores una "relación de consumo".

Relatan que el 30/05/2014 a través de los cajeros automáticos ubicados en el Banco Santander Río de calle Mitre, procedieron a efectuar un depósito de cheque por la suma de $3.500 en la caja de ahorro en pesos, cuenta nro. 2580106006 del Banco BBVA Francés, de titularidad de ambos actores; pero el dinero nunca fue efectivamente acreditado.

Ante esta situación, la actora indica que se apersonó al Banco Francés para dar noticia de lo acontecido y buscar alguna solución por parte de la entidad financiera, pero ello no ocurrió. De hecho, pasaron los días sin que se informara motivo por el cual no se

habría acreditado el depósito.

En consecuencia, con fecha 19/6/2014 procedió a ingresar a la página de internet del Banco Francés y efectuar consulta de movimientos de la cuenta mencionada, entre los días 30/5/2014 y 19/6/2014, sin que surgiera constancia alguna del depósito en cuestión.

Invocan derecho, amparándose principalmente en la Ley 24240 y citan jurisprudencia que consideran aplicable.

Identifican y cuantifican los daños; y ofrece prueba.

B) Que a fs. 48/56 contesta demanda Banco Santander Río S.A. solicitando se rechace la demanda en todos sus términos.

Niega los hechos invocados por la actora, salvo los que resulten de un expreso reconocimiento de esta parte.

En primer lugar, sostiene que no es un detalle menor el hecho de que la actora en su reclamo no mencione que al momento de efectuar el depósito en cuestión haya incluido dentro del sobre el cheque y el ticket correspondientes. Además, tampoco menciona los datos del cheque, ni la fecha, ni el librador.

En efecto, el cliente pudo haber efectuado un depósito con un sobre vacío y sin ticket; y por eso en el legajo diario de la aquí demandada no se registra el ticket ni el posterior legajo de envío de valores a compensación de Banelco (copia de ticket y cheque).

Indica que el único registro que posee de la operación es la constancia electrónica de Banelco donde figura un depósito en el ATM S1DRI083, lo cual sólo implica que el actor gestionó un depósito de cheque ensobrado en un cajero Banelco administrado por Santander, pero no permite constatar que el cheque efectivamente haya sido colocado dentro del sobre.

Asimismo, advierte que si fuera cierto que la parte actora efectivamente hubiera depositado el valor en cuestión, debió haber efectuado un reclamo formal al banco para

que éste efectuara las verificaciones correspondientes y, en su defecto, contaba con las acciones cambiarias contra el librador para procurar su cobro. Sin perjuicio de ello, la actora dejó pasar los plazos de tales acciones y luego inició un reclamo de suma exorbitante.

Destaca que la actora efectúa una explicación de la operatoria por cajero automático, claramente tendenciosa e incompleta. Contrariamente, detalla esta parte que en el caso de los cheques depositados por ATMs (cajeros automáticos) del Santander Río S.A. (o de cualquier otro banco), para clientes de otros bancos -como en este caso del BBVA-, la intervención de la aquí demandada se limita exclusivamente a enviar los cheques a los bancos depositarios sin hacer un posterior seguimiento -no tiene la obligación de hacerlo-. Mucho menos tiene obligación de procesar el cheque, lo cual es realizado por el banco girado y eventualmente por el banco del beneficiario.

Refiere que si pasado un plazo prudencial de acreditación del cheque, el BBVA no hubiera acreditado el valor del mismo, el cliente debió haber reclamado en su banco y a su vez éste debió haber enviado a la aquí demandada una comunicación solicitando explicaciones sobre la operación de depósito y la realidad es que no existen registros de reclamo alguno en este sentido.

Aclara que desconoce el motivo por el cual el banco BBVA no habría acreditado el valor, bien pudo haber rechazado el cheque por orden de no pagar o pudo haber existido cualquier otro motivo.

En definitiva, sostiene que debe rechazarse la demanda, toda vez que la situación descripta por los actores resulta responsabilidad de las propias omisiones éstos y no de una conducta culpable atribuible a esta parte.

Impugna la liquidación reclamada y solicita se declare la inconstitucionalidad del art. 52 bis de la ley 24240 relativo al daño punitivo.

C) Que a fs. 58/59 contesta demanda el BBVA BANCO FRANCÉS S.A. solicitando se rechace la demanda en todos sus términos. Niega los hechos invocados por la actora, salvo los que resulten de un expreso reconocimiento de esta parte.

Afirma que es cierto que la actora es titular de una caja de ahorro en pesos de este banco y sostiene que, conforme copia de ticket de Banelco adjuntado por la actora, el 30/5/2014 depositó un cheque en el Cajero Banelco del Banco Santander Río de la calle Mitre de esta localidad con destino a la caja de ahorros que posee en el BBVA Francés S.A.

Destaca que resulta importante tener en cuenta el mecanismo existente del depósito de cheques en cajeros automáticos. En este banco, los depósitos realizados por cajeros automáticos con destino a otras entidades bancarias, son retirados por personal del banco, se insertan en un sobre y se envían al titular del cajero, en este caso Banelco. A su vez, Banelco envía al banco de destino la información del cheque depositado y éste entra al clearing bancario para su acreditación.

Refiere que en este caso particular, el circuito del cheque depositado por la parte actora, debiera haber sido el siguiente: la parte actora deposita del cheque en cajero Banelco del Banco Santander Río; luego personal del Banco Santander Río retira los depósitos del cajero y los envía a Banelco; Banelco envía al Banco Francés la información del cheque depositado a la cuenta de los actores y éste ingresa al clearing bancario, acreditándose el dinero en la cuenta de destino.

Evidentemente en el caso en cuestión la operatoria no fue así, ya que el cheque nunca fue acreditado en la cuenta de los actores de este Banco. En efecto, el Banco Francés es el último eslabón en la cadena en este depósito y no se puede acreditar lo que no se tiene, lo que nunca ha llegado, ni fue informado.

Sostiene que pudieron haber existido múltiples razones que hayan impedido la acreditación del depósito, desde un error de la actora al momento de informar su cuenta de destino hasta un error de las otras entidades al realizar los retiros y/o los informes posteriores.

Por otro lado, destaca que la actora no ha aportado constancia de reclamos al Banco Santander Río, Banelco o BBVA.

Indica que el Banco Central de la República Argentina ha establecido para el caso de

pérdida o sustracción de cheques, que el cliente debe comunicarse inmediatamente en forma telefónica o por otro medio apropiado a la entidad financiera, dicha comunicación debe ratificarse en el mismo día mediante una nota que contenga ciertos datos mínimos. Luego, dentro de las cuarenta y ocho horas hábiles posteriores a la presentación de la nota debe agregarse el acta de la correspondiente denuncia policial o penal.

Por el contrario, nada de esto ocurrió y por ende esta parte nunca fue anoticiada fehacientemente de la situación planteada.

En definitiva, sostiene que jamás podría ser esta parte responsable de un depósito que no se realizó en este banco y del que nunca se tuvo noticias de su existencia -hasta el presente reclamo-, dado que jamás los titulares de la cuenta, ni el Banco Santander Río, ni Banelco le enviaron copia del cheque depositado.

Ofrece prueba para sustentar su defensa.

D) Que a fs. 169/177 contesta demanda Prisma Medios de Pago S.A. solicitando se rechace la demanda.

Niega los hechos invocados por la actora, salvo los que resulten de un expreso reconocimiento de esta parte.

Indica que el servicio de cajero automático se trata de un contrato celebrado entre un banco y una persona física o jurídica, por el cual ésta puede acceder a operar en una cuenta bancaria sin limitaciones de horario de atención al público por medio de un instrumento magnético para realizar pagos, depósitos, extracciones, movimientos de fondos entre cuentas o consultas de saldos y enviar mensajes a la entidad financiera.

Describe la función que cumple la aquí demandada en el marco de la contratación para poder esclarecer la falta de responsabilidad de esta parte. En este sentido, indica que la función de esta parte consiste en transmitir y teleprocesar los datos que las entidades financieras y los usuarios adheridos a la Red cargan o comunican a su computador central, a fin de llevar a cabo las operaciones que se cursan por la citada red de teleprocesamiento.

Por ello, sostiene que esta parte es ajena a la concreción efectiva o no de las operaciones, como así también de los eventos irregulares que pudieran derivarse de las mismas y/o de la utilización de los cajeros automáticos; los que son atendidos y están a cargo exclusivo de las entidades financieras que los tercerizan y que los tienen en sus establecimientos o en otros lugares bajo la guardia jurídica y material de tales entidades.

Refiere que entonces, la vinculación contractual se da entre el usuario bancario y la entidad financiera que emite la tarjeta de débito y que permite el uso de los cajeros automáticos para extraer dinero de las cuentas que se encuentran radicadas en dichos bancos. En efecto, esta parte es absolutamente ajena, limitando su actuación al procesamiento de los datos cargados por la entidad de que se trate.

Establece que toda vez que el actor afirma que intentó realizar un depósito de dinero en un cajero automático perteneciente al Santander, no cabe responsabilidad alguna a esta parte, ya que no es titular del cajero referido.

Detalla que la transacción típica del cajero automático se da cuando el consumidor ingresa la tarjeta plástica y su PIN; y tal información se trasmite al banco a fin de que autorice la operación. Luego, se envía un mensaje del cajero al sistema anfitrión del banco y el mensaje es contestado. Una vez que se aprueba ese mensaje, la transacción se efectúa, por lo que, si el ATM no funcionó, no es por motivo atribuible a esta parte y, si el Banco no acreditó el cheque, tampoco es responsabilidad de esta parte.

En definitiva sostiene que la demanda debe ser rechazada por cuanto se basa en daños inexistentes y, en su caso, tampoco resultarían atribuibles a esta parte. En efecto, no existe conducta antijurídica de esta parte y nexo de causalidad que pueda justificar el reclamo.

Invoca derecho, cita jurisprudencia relacionada y ofrece prueba para avalar sus dichos.

E) Que a fs. 186 se abrió la causa a prueba con el resultado que el Secretario certificó a fs. 285.

F) Que a fs. 289/307 alega la parte actora; a fs. 308/309 alega el Banco Santander Río; a

fs. 310/313 alega Prisma Medios de Pago S.A.; y a fs. 314/315 alega el BBVA Banco Francés S.A.

G) Que a fs. 317 se llamó autos a sentencia mediante providencia que se encuentra firme.

Y CONSIDERANDO:

1°) Que los actores han efectuado un depósito de un cheque en un cajero automático de la denominada red "Banelco" ubicado en el Banco Santander Río de nuestra ciudad y el mismo no fue acreditado en la cuenta bancaria que poseían en el Banco Francés, todo lo cual ha quedado demostrado mediante el comprobante agregado a fs. 2, lo informado a fs. 218/225 y lo dictaminado por el perito contador (fs. 261/264).

Dicho peritaje tiene pleno valor probatorio de acuerdo con las reglas de la sana crítica (artículo 386 del CPCCRN) dado el rol imparcial y técnico del perito, quien cumplió con las exigencias legales mínimas (artículo 472 del CPCCRN). Y si bien dicho dictamen fue impugnado por las partes, el perito brindó una respuesta satisfactoria que no mereció nuevas observaciones.

Además, dichas impugnaciones carecen de entidad suficiente para ser receptadas, ya que aparecen como una mera disconformidad con lo dictaminado por el experto puesto que no se basan en un fundamento técnico ni en otro elemento probatorio que lo desvirtúen.

2°) Que dicha operación bancaria importó una relación de consumo que encuadra en los arts. 1 y 3 de la ley 24.240, ya que debe considerarse consumidores a los actores, pues utilizaron un servicio bancario en forma onerosa como destinatarios finales en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

A su vez, son proveedores todos los demandados, ya que la parte actora mantuvo una relación contractual con el banco Francés BBVA, vínculo mediante el cual, cabe presumir, se encontraba habilitada a utilizar los servicios de los cajeros automáticos aunque se ubicaran en un lugar físico distinto al del banco contratante, tal como ocurrió

en este caso, en donde los actores utilizaron un cajero automático ubicado dentro del Banco Santander Río.

Es decir, que aun cuando los actores no hubieran contratado directamente con la empresa que explota los cajeros automáticos ni con la entidad financiera donde se ubicaban los mismos, éstos últimas personas resultan alcanzadas por la relación de consumo ya que el acto jurídico fue realizado dentro de la órbita de su actividad comercial con miras a obtener un beneficio propio y con una autorización tácita para que el actor pudiera hacer uso de ese servicio.

En este sentido, se ha señalado que "…el banco que no resulta ser el contratante directo con el usuario, puede ser condenado por el daño generado por el mal funcionamiento del sistema de cajeros automáticos ubicados en sus sucursales. Es que en el marco legal vigente en la actualidad sobre todo después de la reforma a la ley 24.240 por ley 26.361, no abriga duda alguna de que la entidad bancaria recurrente es uno de los posibles sujetos pasivos legitimados para el reclamo nacido de la concreción de una indudable relación de consumo nacida al momento de utilizar el usuario un cajero automático ubicado en una de sus sucursales y a disposición del público bancarizado en general. Es decir que "la relación de consumo puede ser generada por un contrato, un acto unilateral o un hecho jurídico"(CSJN, "Ferreira, Víctor y Otro c/ V.I.C.O.V.S.A. s/ Daños y Perjuicios", 21/03/2006)"; y que, por lo tanto, estaríamos ante los denominados contratos conexos que, según definición propuesta en las VI Jornadas Nacionales de Der

También la justicia local receptó este criterio en el caso "TOFANI, ALEJANDRO GABRIEL C/ BBVA BANCO FRANCES S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (ORDINARIO)", Expte. N° 31.802-11, del 2 de octubre de 2013, en trámite ante el Juzgado Civil nro. 3 de esta ciudad, en ese momento a cargo del Dr. Carlos Marcelo Cuellar y que fuera confirmado por la Cámara de Apelaciones con fecha 21 de abril de 2014.

Recuérdese, además, que queda equiparado como consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

Por otro lado, no caben dudas que los contratos bancarios se encuentran alcanzados por la ley de defensa del consumidor, en virtud de lo dispuesto por el art. 1384 del Código Civil y Comercial en cuanto contempla expresamente que "las disposiciones relativas a los contratos de consumo son aplicables a los contratos bancarios de conformidad con lo dispuesto en el art. 1093".

3°) Que, en dicha relación de consumo, considero que el Banco Río Santander Río ha sido negligente en su accionar, ya que el cheque en cuestión no fue encontrado en el sobre que fuera depositado por los actores en el cajero automático. Tal es así, que ante la única constancia de la existencia de la operatoria realizada por ante el cajero automático que emite el banco, aquél no ha demostrado en forma fehaciente el hecho extintivo que invoca; es decir, no ha comprobado que en el sobre en el cuál se hizo el depósito no se hubiera introducido el cheque en cuestión, o que no se hubiera efectuado deposito alguno, siendo que era su carga probar tales circunstancias, ya que de acuerdo con lo dispuesto por la normativa aplicable son los proveedores quienes deben "...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 juicio." (art. 53, tercer párrafo, de la ley

Por otro lado, esa carga probatoria que impone la ley deviene ajustada a derecho en este supuesto, ya que, al tratarse de una operación realizada a través de un cajero automático sin una confirmación inmediata de la operación, deviene razonable que sean los bancos o los titulares de los cajeros quienes deban aportar prueba fehaciente ante el consumidor y, por ende en este proceso, ya que son quienes se encuentran en mejor posición para demostrar la inexistencia de la operación bancaria alegada por los actores y desvirtuar así la pretensión incoada.

Sin embargo, pese a tales principios que rigen a este caso, los demandados no han acompañado ningún elemento fehaciente del cuál pueda afirmarse la inexistencia del cheque depositado a través del cajero automático, máxime cuando es la entidad financiera o los operadores de los cajeros quienes disponen de todos los recursos tecnológicos para realizar este tipo de operaciones, transformándose así en los encargados de brindar la seguridad y confianza en el sistema adoptado.

Al respecto, el Banco Santander Río no acompañó ninguna planilla o acta de control de las operaciones realizadas en la fecha en cuestión ni constancia alguna sobre el alegado faltante en el sobre del depósito. Por su lado, el Banco Francés tampoco aportó prueba alguna o registro sobre dicha operación, es decir, no acreditó si la misma le fuera informada o no; y Prisma Medios de Pago S.A. (Banelco) sólo se limitó a acompañar un detalle de transacciones que resulta ininteligible (fs. 247/249), ya que, pese a que surgiría la operación invocada en autos, no explica el origen de las operaciones, su significado y sus alcances.

Por otro lado, los testimonios brindados (fs. 243) son insuficientes para demostrar la inexistencia del depósito del cheque porque tal circunstancia alegada debió ser registrada mediante el acta y la filmación a que hacen referencia los propios testigos empleados de los bancos demandados, máxime cuando como en este caso se alegó una diferencia entre lo depositado y el ticket que hacía referencia a la existencia de un depósito de un cheque. Pese a ello, tales elementos de suma relevancia para acreditar en forma fehaciente lo ocurrido, no se aportaron a la presente causa.

Porque, en definitiva, si el cajero automático emitió un ticket al usuario del mismo, donde consta la existencia de un depósito, el banco receptor debió acreditar en forma fehaciente que había una diferencia entre lo que surgía de ese ticket y lo que hubiera o no ingresado al cajero, siendo insuficiente comprobar tal hecho mediante la única declaración del testigo Wodicka, quien afirmó que en este caso no había ningún sobre depositado, máxime en este caso en que el testimonio resulta de atendibilidad restringida por ser empleado del Banco Santander Río.

Asimismo, dicho testigo refiere que se le exigió a la actora que aportara datos como número de cheque, titular de la cuenta, banco girado, fecha, si entró en la cuenta del cliente que le pagó, todo lo cuál importa un reconocimiento implícito de que hubo un faltante, porque, en caso de no haber sido así, el banco debió haber rechazado el reclamo de los actores por inexistencia de depósito alguno, tal como se alegó al contestar esta demanda.

En cuanto a la responsabilidad de Prisma, si bien el testigo Iovane refirió que dicha empresa no participa en la apertura de los sobres, y obviamente en las tareas del control,

lo cierto es que sí interviene en la operación bancaria mediante la provisión del servicio de software o el sistema, teleprocesa la información -tal como manifestó al contestar la demanda-, participa en la compensación y son los titulares de los cajeros automáticos, según lo declarado por Wodicka; todo lo cual lo hace responsable frente a quienes utilizan el cajero automático al integrar la cadena de prestadores del servicio, y sin perjuicio de su posterior repetición (art. 40 de la ley 24.240).

A su vez, con este accionar, las demandadas han incumplido con el deber de seguridad a cargo del prestador del servicio. En este sentido se ha dicho que: "...la entidad financiera incumplió la obligación de seguridad -garantía expresa o tácita que asumen las partes en ciertos contratos, de preservar a las personas y bienes de sus cocontratantes, respecto de los daños que puedan ocasionarse durante su ejecución (López Herrera, Edgardo; "Teoría general de la responsabilidad civil", Lexis Nexis, Lexis Nº 7004/004379)- que ha sido reconocida como principio general del derecho protector de todas las relaciones jurídicas y que encuentra fundamento en normas constitucionales (arts. 19, 41, 42, 43 y art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional), en la solidaridad social, en el principio de buena fe (conf. XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, reunidas en la Facultad de Derecho de la UBA) y en el art. 5 de la ley 24240" ("Traverso, María del Carmen c/ Banco de la Ciudad de Buenos Aires,", El Dial, citado por Lorenz

Ese deber de seguridad surge en forma expresa de las disposiciones del Banco Central, en cuanto establece que para “…la realización de operaciones mediante cajeros automáticos las entidades deberán tener implementados mecanismos de seguridad informática que garanticen la genuinidad de las operaciones y preverán la emisión de la pertinente constancia con los datos esenciales de la operación…” (Comunicación BCRA “A” 3682).

Siendo ello así, tal incumplimiento en la prestación del servicio genera una responsabilidad civil del Banco Santander Río donde se realizó la operación y que resulta extensiva al BBVA Banco Francés S.A por resultar ser la entidad financiera que contrató con los actores el servicio de cuenta bancaria y, mediante la cual los actores podían realizar el depósito en otra entidad financiera distinta a la contratante; y a Prisma Medios de Pago S.A. por ser la empresa que brindó el servicio del cajero automático.

Todas estas estas entidades, resultan responsables en forma solidaria en virtud de lo dispuesto por el art. 40 de la ley 24.240, sin perjuicio de las acción de repetición que pudiere corresponder.

En cambio, no encuentro en este caso que los demandados hubieran incumplido con el deber de información, o en su caso, que ello hubiera incidido en este caso, ya que, dada la condición de profesionales de los actores, no se encontraban en una situación de desequilibrio en este aspecto. Se presume que los actores conocían la modalidad de este tipo de operaciones bancarias realizadas a través de un cajero automático. Además, no han invocado en la demanda cuál fue concretamente el deber de información incumplido.

4°) Que el daño patrimonial es todo menoscabo o detrimento que afecta el patrimonio del acreedor, con motivo del incumplimiento del deudor, y está conformado por dos elementos: uno, constituido por la pérdida sufrida en un bien que ya estaba incorporado al patrimonio (daño emergente); y otro por la ganancia frustrada, es decir un bien que no se incorpora al patrimonio (lucro cesante).

En estos casos de acciones individuales de consumidores deben resarcirse las consecuencias perjudiciales inmediatas y mediatas, por aplicación analógica del art. 54 de la ley 24.240 que contempla una reparación integral para las acciones de incidencia colectivas.

Pues, si en tal supuesto de acciones colectivas se contempla expresamente una reparación integral, no hay razones para que ese régimen no sea aplicable a estos supuestos de acciones individuales, como ocurre en este caso.

Además, el art. 40 de la ley 24.240 no distingue entre supuestos de relaciones contractuales o no y establece una responsabilidad solidaria que implica que todos los deudores deban una sola cosa. Por lo tanto, la extensión de la responsabilidad debe ser única para todas las relaciones de consumo y, a tales efectos, debe prescindirse de distinguir entre responsabilidad contractual o extracontractual porque la ley no hace esa distinción y porque, en definitiva, la fuente de la obligación es legal, más allá de que en algunos casos la fuente de la obligación sea contractual.

En consecuencia, y teniendo en cuenta que la normativa siempre debe interpretarse en favor del consumidor, la extensión de la responsabilidad debe ser amplia e integral, como ocurre en los casos de responsabilidad extracontractual (art. 3º de la ley 24.240; Wanjntraub, Javier H, Protección Jurídica del Consumidor", Abeledo Perrot, on line).

5°) Que en cuanto al daño emergente, cabe recordar, que consiste "...en la sustracción de una utilidad que ya existía en el patrimonio del damnificado..." (Zannoni, Eduardo A. "El daño en la Responsabilidad Civil, pág. 89, Ed. Astrea, 2005)

De acuerdo con tal concepto, el daño emergente reclamado en autos debe ser rechazado porque los actores depositaron en el cajero automático un cheque cuyo pago estaba sujeto a las diferentes circunstancias propias del título de valor que contiene una promesa unilateral de pago. Por ende, no puede afirmarse que el monto reclamado como daño emergente ya se encontrara en el patrimonio de los actores.

En todo caso, tal pretensión podría encuadrarse como una pérdida de chance, pero tampoco resultaría procedente ese daño, ya que no se ha demostrado el grado de certidumbre de la eventual pérdida patrimonial que se invoca. En este sentido no se ha identificado el cheque que fuera depositado, su librador y el banco girado; tampoco se pronunciaron los actores respecto de si finalmente han podido cobrar la promesa de pago a través de otra vía; es decir, no fueron determinadas todas las circunstancias necesarias para evaluar sobre la procedencia del daño en cuestión.

6°) Que, en cambio, debe indemnizarse el daño extrapatrimonial -daño moral- en la suma de $4.000 en total, $2.000 a cada uno de los actores.

En cuanto al daño moral, por su índole espiritual, debe tenérselo por configurado, ya que la sola producción del incumplimiento contractual presume la existencia de una lesión en los sentimientos.

Para fijar su monto "...debe tenerse en cuenta el carácter resarcitorio de este rubro, la índole del hecho generador de la responsabilidad y la entidad del sufrimiento causado, que no tiene necesariamente que guardar relación con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio a éste" (CSJN, "Mosca, Hugo A. v. Provincia de Buenos Aires y

otros, del 06/03/07, página web de Lexis Nexis, nro. 35010557).

En el caso que nos ocupa, es evidente la existencia del daño moral porque entiendo que los hechos comprobados han sido suficientemente mortificantes, máxime cuando los actores han depositado la confianza en el sistema bancario, de quien se espera una respuesta rápida, tranquilizante y satisfactoria en relación a las operaciones bancarias que se realizan.

Por lo expuesto, se estima razonable otorgar la suma referida en concepto de capital para el resarcimiento del daño moral (artículo 165 del CPCCRN).

7°) Que en relación al planteo de inconstitucionalidad del daño punitivo previsto en el art. 52 bis de la ley 24.240 entiendo que debe ser rechazado en este caso. Doy razones.

En primer lugar, porque de acuerdo con el criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la declaración de inconstitucionalidad de una norma es un acto de suma gravedad que debe ser considerado como "última ratio" del orden jurídico (Fallos 312:437) y que las razones de oportunidad, mérito o conveniencia tenidas en cuenta por los otros poderes del Estado para adoptar decisiones que les son propias no están sujetas al control judicial (Fallos: 98:20; 147:403; 150:89; 160:247; 238:60; 247:121; 251:21; 275:218; 295:814; 301:341; 302:457; 303:1029; 308:2246; 321:1252, entre muchos otros).

Asimismo, el Superior Tribunal de Justicia de esta provincia ha señalado que debe existir una significativa afectación a los derechos constitucionales, de tal gravedad que su declaración de inconstitucionalidad se presente como valla insalvable (STJRN, 23/08/2001, SE 109/01, "FISCALIA MUNICIPAL DE VILLA REGINA S/ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD -ORDENANZA Nº 34/2000-, expte. 15230/00-STJ).

En segundo lugar, considero que el daño punitivo no constituye una sanción penal, sino civil, cuya finalidad es prevenir futuras conductas dañosas y proteger, de ese modo, a los consumidores en aquéllos casos en que la condena a reparar los daños resulta insuficiente para lograr dicho objeto. Por ello, entiendo que el daño punitivo no tiene por finalidad sancionar desde el punto de vista penal al proveedor que incumple con la

ley.

Es cierto que no estamos ante una figura típica o clásica del derecho civil, según el código de Vélez, ya que éste último se enfocaba principalmente en reparar los daños ya causados, pero no puede soslayarse la reciente modificación del mismo en cuanto establece la función preventiva del daño y punitiva (arts. 1710 y 1714 del CCyC); como así tampoco lo novedoso y especial del régimen legal de los consumidores, que vino a atravesar el resto de la normativa tradicional. En concordancia con ello, se ha dicho que "...El derecho consumerista, irrumpió, en forma transversal, en todo el derecho de nuestro país.." ("La aplicación de la ley de Defensa del Consumidor por sobre la Ley de Seguros: una tendencia jurisprudencial que se consolida", Sobrino, Waldo A.R., RCy2011-XII 79, La Ley on line).

De allí, que pueda observarse que hay una interrelación constante y fluida entre los regímenes jurídicos vigentes que no puede escindirse; y que ante un conflicto de aplicación de normas entiendo que debe estarse por la aplicación de aquél que beneficia al consumidor (art. 50 de la ley 24.240), como así también, cuando existen dudas sobre los alcances de las obligaciones en un contrato debe interpretarse en beneficio del consumidor, estando por la menos gravosa (art. 37 de dicha ley).

En este sentido, se ha pronunciado algún sector de la jurisprudencia y doctrina, al decir, que "...en aquellos casos que presentan colisión normativa debe tenerse en cuenta que no es la ley, sino la Constitución Nacional (art. 42) la que resulta ser fuente principal del derecho consumerista..."; (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala tercera, "Caporaletti, María Cecilia c/ Liberty Seguros Argentina S.A. s/ cumplimiento de contratos civiles/comerciales, del 06/11/11, y sus citas, www.scba.gov.ar).

También se ha dicho que "...El paradigma del Estatuto del derecho del consumidor (Constitución Nacional; Constitución Provincial; la LDC y Leyes Provinciales) ha significado la instalación de derechos sustanciales que permiten imponer principios y presupuestos que cambian las reglas tradicionales de la contratación y sus obligaciones consecuentes..." (STJRN, "Malaspina, José Luis c/ Telefónica Móvil Argentina s/ apelación s/ casación, Expte. nro. 26426/12, SD nro. 100, del 29/08/13).

A lo expuesto, cabe agregar, que a los fines de la aplicación del daño punitivo no basta el mero incumplimiento sino que es necesario que se trate de una conducta particularmente grave, caracterizada por la presencia de dolo (directo o eventual) o, como mínimo, una grosera negligencia (Lorenzetti, Ricardo Luis "Consumidores", pág. 563, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2009).

En este mismo sentido se ha pronunciado el STJRN en el caso “Asociación de Defensa de los Consumidores y Usuarios de General Roca –ADECU s/ queja en: Asociación de Defensa de los Consumidores y Usuarios de General Roca c/ Cablevisión S.S. s/ sumarísimo”, SD nro. 82, del 02/11/16.

Asimismo, se ha exigido que el incumplimiento sea intencional para la obtención de un beneficio económico, pues la multa tiende a prevenir en el futuro hechos similares. En el fundamento del proyecto de ley se dijo que: "Con el daño punitivo se trata de desbaratar la perversa ecuación que aconseja dejar que se produzca un perjuicio pues, en sí, resulta más económico repararlo en los casos singulares que prevenirlo para la generalidad". También se ha dicho que las indemnizaciones o daños punitivos sólo proceden en supuestos de particular gravedad o, en casos excepcionales (CCCom, Rosario, sala 4, "Tolosa, María Gabriela vs. Telecom S.A. s. Daños y perjuicios, del 15/10/11, y sus citas, Rubinzal on line, RCJ 12899/11).

A la luz de tales principios, y teniendo en cuenta la finalidad de lo previsto en la normativa, que constituye una pauta interpretativa de las normas (art. 2 del CCyC) no sólo debe rechazarse la inconstitucionalidad de la normativa que contempla el daño punitivo, sino también denegar su aplicación a este caso particular porque no se observa aquí la existencia de una conducta grave de los demandados, ni una grosera negligencia, ni que hubieran actuado con la intención de obtener un provecho económico. No hay ningún elemento probatorio que permita arribar a esa conclusión.

A esta misma conclusión se arribó en la causa "Defilippo, Daría E. y otro c/ Parra Automotores S.A. y otro s/ cumplimiento de contrato" del Superior Tribunal de Justicia de Córdoba, Sala Civil y Comercial, del 10/05/16.

8°) Que los gastos reclamados para iniciar el juicio se subsumen en las costas

susceptibles de reembolso (artículo 68 del CPCC), que oportunamente se liquidarán, así que no corresponde incluirlos en la indemnización.

9°) Que lo dicho es suficiente para condenar a BBVA Banco Francés S.A., a Banco Santander Río S.A, y a Prisma Medios de Pago S.A., a pagar en forma solidaria en el plazo razonable y usual de diez días corridos a Yanina Andrea Sanchez la suma de $2.000 y Silvio Raul Barriga la suma de $2.000 en concepto de capital con más los intereses moratorios que se calcularán desde el 30/05/14 -fecha del hecho- hasta el 23/11/15 a la tasa activa, nominal y anual que aplica el Banco de la Nación Argentina en su cartera general de préstamos ("Loza Longo", del STJRN); a partir del 24/11/15 y hasta el 31/08/16 la tasa que aplique dicho banco a los préstamos personales libre destino para operaciones de 49 a 60 meses ("Jerez", del STJRN); y a partir del 01/09/16 y hasta la fecha de pago, la tasa vigente de dicho banco para préstamos personales libre destino, en operaciones de hasta 36 cuotas mensuales ("Guichaqueo", del STJRN), bajo apercibimiento de ejecución (artículo 623 del Código Civil).

Los jueces no están obligados a tratar todas las cuestiones propuestas por las partes sino sólo aquellas que estiman conducentes para la correcta solución del litigio (Fallos 308:2172; 310:1853; 310:2012; etcétera), ni ponderar exhaustivamente todas las pruebas agregadas sino sólo aquellas que estiman conducentes para fundar sus conclusiones (Fallos 308:584 entre otros).

10º) Que las costas del proceso deben ser impuestas en forma solidaria a BBVA Banco Francés S.A., a Banco Santander Río S.A, y a Prisma Medios de Pago S.A. por no existir motivo alguno para apartarme del principio general sentado en el art. 68 del CPCCRN; excepto las causadas por la incidencia del planteo de inconstitucionalidad que deben ser soportadas por Banco Santander Río S.A por haber sido quien lo formuló.

11°) Que los honorarios de los Dres. Yanina Andrea Sanchez y Silvio Raul Barriga, como letrados en causa propia, deben regularse, en conjunto e idénticas proporciones, en la suma de $15.414, equivalente a 10 jus, con el adicional de la procuración.

Asimismo, corresponde regular los honorarios de dichos letrados por los trabajos realizados en la incidencia del planteo de inconstitucionalidad en la suma de $7.707,

equivalente a 5 jus, con el adicional de la procuración.

12°) Que los honorarios de la Dra. Dolores Mazzante, como letrada apoderada de Banco Santander Río S.A. deben regularse en la suma de $7.193.

Asimismo, corresponde regular honorarios a dicha letrada, por los trabajos realizados en la incidencia del planteo de inconstitucionalidad, en la suma de $4.624, equivalente a 3 jus, con el adicional de la procuración.

13°) Que los honorarios del Dr. Alejandro Galván Gattoni, como letrado apoderado del BBVA Banco Francés S.A. deben regularse en la suma de $7.193.

14°) Que los honorarios de los Dres. Juan Luis Sarmiento, Magdalena Sanguinetti y Juan Ignacio Sarmiento, como letrados apoderado y patrocinantes de Prisma Medios de Pago S.A., deben regularse, en conjunto e idénticas proporciones, en la suma de $7.193.

15°) Que a los fines de regular los honorarios de los letrados de la parte demandada se han aplicado 10 jus, con más un 40% de ello teniendo en cuenta litisconsorcio pasivo y se han distribuido en iguales proporciones atento a la actuación cumplida por cada uno de ellos, con el adicional de la procuración (arts. 9, 10 y 12 de ley G. 2212).

16°) Que los honorarios de todos los profesionales se regulan en jus porque la aplicación de la escala legal al monto de condena no respetaría el mínimo legal; además, se tiene en cuenta la calidad, eficacia y extensión de las tareas desarrolladas por cada uno de los profesionales intervinientes (arts. 6, 7, y 9 de la ley G 2212).

Al respecto, cabe aclarar, que resultan aplicables los límites mínimos de honorarios aun cuando se supere el límite máximo previsto por los arts. 77 del CPCC y 505 del Código Civil, porque ante este conflicto normativo, considero que debe prevalecer aquélla normativa que en nada afecte los mínimos legales previstos por el art. 9 de la ley G 2212.

Es evidente que hay una contradicción normativa y, ante ese supuesto, corresponde apartarse de aquel límite máximo, ya que, en caso contrario, se afectaría seriamente el

derecho a una retribución mínima de los servicios prestados, como así también el decoro y dignidad de los profesionales actuantes.

Además, debe tenerse en cuenta que los límites máximos fueron previstos con la finalidad de evitar regulaciones de honorarios excesivas y exorbitantes y no para estos casos en que sólo se tiende a proteger una retribución mínima (Barthe, Gastón, "Los honorarios mínimos y la dignidad del abogado. Regulación por debajo de la escala. Un agravio contra la jerarquía profesional", www.infojus.gov.ar, DACF 120170).

Este criterio fue confirmado por la Cámara de Apelaciones de este fuero, al sostener que: "Finalmente, tampoco hay razones para modificar la regulación de honorarios. Los máximos legales (artículo 77 del CPCCRN y 505 del CCiv) no deben observarse ciegamente si con ellos se arriba a resultados absurdos y contradictorios que claramente vulneren el valor protegido por las normas, lo cual implicaría una contradicción axiológica. Así como existen los máximos, el legislador también ha previsto mínimos justamente para evitar regulaciones que comprometan la dignidad del trabajo efectuado por el profesional. No hay dudas de que el legislador ha tenido en cuenta que en ciertos casos de menor cuantía el honorario mínimo puede superar el monto reclamado. El objeto de la norma es garantizar la dignidad mínima de un trabajo profesional, así como el salario mínimo procura dejar a salvo la dignidad del trabajo en general, sea cual fuere la tarea desarrollada. Por ende, tanto los mínimos como los máximos pueden soslayarse ant

17°) Que finalmente, corresponde regular honorarios del perito contador Luis Alberto Bonessa en la suma de $5.505 (equivalente a 5 jus), según lo dispuesto por el art. 19 de la ley 5069, con mas un adicional de $275,25 con destino al Consejo Profesional de Ciencias Económicas (5 % de la regulación: art. 58 del decreto ley 199/66).

Se deja constancia que se aplica la ley 5069 en forma supletoria (art. 35 de dicha ley), ya que el monto que hubiera correspondido regular por la escala legal prevista en el art. 35 del decreto ley 199/66, resolución 191/01 del Consejo Directivo, se obtiene un monto inferior al mínimo legal.

En consecuencia, FALLO: I) Condenar a BBVA Banco Francés S.A., a Banco

Santander Río S.A, y a Prisma Medios de Pago S.A., a pagar en forma solidaria en el plazo razonable y usual de diez días corridos a Yanina Andrea Sanchez la suma de $2.000 y a Silvio Raul Barriga la suma de $2.000 en concepto de capital con más los intereses moratorios que se calcularán desde el 30/05/14 -fecha del hecho- hasta el 23/11/15 a la tasa activa, nominal y anual que aplica el Banco de la Nación Argentina en su cartera general de préstamos ("Loza Longo", del STJRN); a partir del 24/11/15 y hasta el 31/08/16 la tasa que aplique dicho banco a los préstamos personales libre destino para operaciones de 49 a 60 meses ("Jerez", del STJRN); y a partir del 01/09/16 y hasta la fecha de pago, la tasa vigente de dicho banco para préstamos personales libre destino, en operaciones de hasta 36 cuotas mensuales ("Guichaqueo", del STJRN), bajo apercibimiento de ejecución (artículo 623 del Código Civil). II) Condenar a BBVA Banco Francés S.A., a

Cristian Tau Anzoátegui
juez