--- En la ciudad de Trelew, a los días de febrero del año dos mil once, se reúne la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Carlos A. Velázquez y presencia de los Sres. Jueces del Cuerpo Dres. Carlos Dante Ferrari y Marcelo J. López Mesa, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“P., G. M. c/ B. H. S.A. s/ BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS-DAÑOS Y PERJUICIOS” (Expte. 509 - Año 2010)** venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿se ajusta a derecho la sentencia apelada? SEGUNDA: ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 297.

---------- **A LA PRIMERA CUESTIÓN,** el Sr. Juez de Cámara Doctor Marcelo LOPEZ MESA expresó:----------

---------- **I**. La sentencia definitiva de primera instancia (fs. 267/272 vta.) hizo lugar parcialmente a la demanda promovida por G. M. P., condenando al B. H. S.A. a abonar a la actora la suma de $ 10.000, con más los intereses devengados desde el 28 de noviembre de 2006 y hasta su efectivo pago, calculados aplicando la tasa activa del Banco del Chubut S.A. para sus operaciones de descuento de documentos a treinta días, intimando asimismo a dicho banco a que arbitre los medios necesarios para que la actora deje de aparecer en la base de datos del Banco Central de la República Argentina como deudora en situación “5”, bajo apercibimiento de aplicar sanciones conminatorias, impuso las costas del juicio en un 50% a cada parte y procedió a la regulación de honorarios de los profesionales intervinientes.----------

--- **II.** El fallo es apelado a fs. 275 por la actora Sra. G. M. P. y a fs. 276 por la representación letrada de la demandada, siendo concedidos libremente ambos recursos a fs. 277.----------

--- **III.** Puestos los autos en Secretaría a fs. 279 a los fines dispuestos por el Art. 262 Ley XIII N º 5, la parte actora presentó escrito de expresión de agravios a los fines de fundar el recurso de apelación interpuesto, el que corre agregado a fs. 282/285 vta. y fuera respondido por la contraparte a fs. 290/291 vta., que contiene en síntesis, los siguientes motivos de agravio: En primer lugar se agravia por cuanto la juez de grado, realizó un equivocado análisis de la prueba producida en la causa, utilizando y ponderando las mismas de manera parcial, y en consecuencia, rechazó el rubro indemnizatorio pérdida de chance reclamado en la demanda por considerar que la accionante no acreditó el nivel de probabilidad alegado de que pondría un estudio contable, ni que haya solicitado un crédito en el B. d. C. S.A. y éste se lo hubiera rechazado por su situación de deudora, ni que ésta poseyera una tarjeta de crédito V. en el B. P. y la entidad bancaria le hubiera negado la ampliación del límite de la misma. Sostiene que la *a quo* no consideró ni valoró la prueba informativa producida por su parte y adunada a fs. 171, 206, 217, 219, 246 y 247. Agrega que a fs. 246 y 247 obran sendas contestaciones a los oficios librados al B. d. C. S.A. y al B. P., Sucursal Trelew,

habiendo quedado acreditado en autos que la actora inició los trámites para la obtención de un préstamo para jóvenes profesionales en la primer entidad crediticia y en la fecha oportunamente mencionada, la que solicitó a su nombre un informe N., el cual arrojó un resultado (Situación 5) que impidió seguir con el trámite, presentar los formularios de solicitud y el resto de la documentación requerida, ya que hubiese resultado infructuoso, tal como el mismo Banco informó a fs. 219, por no otorgarse préstamos a personas que figuren en situación 5 (cinco) en V., N. o sistemas similares. Agrega que con el informe adunado a fs. 247, librado por el B. P. Sucursal Trelew, quedó acreditado que la actora inició los trámites para la obtención de una tarjeta de crédito V., el que se vio frustrado por el informe en situación 5 obtenido, en virtud de que, como lo informara el mismo banco a fs. 171, no se asiste crediticiamente a una persona en situación 5. Refiere que de los informes agregados a fs. 206 y 217 correspondientes a las firmas M. T. S.A. y M. T., quedó demostrado que la accionante había iniciado los trámites y diligencias necesarias para la instalación de un pequeño estudio u oficina contable en el cual comenzar a desarrollar su profesión, habiéndose expedido dichas firmas respecto a la autenticidad de los presupuestos de mobiliario de oficina por éstas emitidos. Afirma que, conforme lo expuesto, quedó acreditado en la causa que la Sra. G. M. P. demostró con el nivel de probabilidad suficiente que su intención era poner un estudio contable, para lo cual inició los trámites de solicitud de un préstamo en el B. d. C. S.A., solicitó presupuestos de muebles de oficina, como así también una tarjeta de crédito V. en el B. P. de Trelew, todo lo cual se vio frustrado en razón de que dichas solicitudes fueron rechazadas o no prosperaron por encontrarse en Situación 5 “irrecuperable” en los registros de deudores del Banco Central de la República Argentina, por exclusiva culpa del banco demandado, generándole a la actora un perjuicio patrimonial que su parte estimó en $ 36.300. En segundo término se agravia en razón de que si bien la sentenciante consideró acertadamente que la inclusión errónea en un sistema de informes de deudores financieros morosos como el sufrido por la actora, podía generarle a ésta daño y/o serios problemas en la vida laboral, social o financiera, no dispuso en el fallo en crisis la reparación de ese daño patrimonial, que le significó no poder acceder a producto financiero ni crediticio alguno, ni siquiera a un simple crédito comercial para adquirir cualquier servicio o producto de primera necesidad. En último lugar se agravia por cuanto considera que el monto determinado por la *a quo* como resarcimiento por el daño moral sufrido por la actora, resultó insuficiente para lograr su reparación. Agrega que, como bien lo señaló la juez de grado, no se puede dejar de considerar que quien provocó el daño moral es una entidad bancaria, por lo cual el monto resarcitorio, además de ser suficiente para reparar la lesión injustamente causada, debía resultar ejemplificador, sentando un firme precedente, con el fin de proteger a los consumidores, clientes de estas instituciones financieras, débiles en una relación desigual, de las conductas negligentes y prepotentes como la ventilada en autos, imponiéndoles a estas instituciones el deber de

mayor cuidado en la manipulación de datos sensibles que pueden afectar gravemente derechos personalísimos de sus clientes. Cita jurisprudente en abono de su postura. Solicita en definitiva se revoque la sentencia recurrida en cuanto es materia de agravios, haciéndose lugar en todas sus partes a la demanda interpuesta por su parte, con expresa imposición de costas.----------

--- **IV.** El B. H. S.A. por su parte, fundó la apelación por él interpuesta con el escrito que corre agregado a fs. 287/288 vta., el que fuera respondido por la contraparte con la pieza procesal de fs. 293/294 vta., que contiene, en síntesis, los siguientes motivos de agravio: Se agravia en primer lugar por cuanto el monto de condena fijado por la juez de grado en concepto de daño moral, resultó exagerado. Cita jurisprudencia en apoyo de su postura. Pone de relieve que, en materia contractual, el daño moral es procedente si se dan los supuestos contemplados por el artículo 522 del Código Civil, que no establece una indemnización automática proveniente del incumplimiento de un contrato, ya que es necesario el dolo del deudor y que la acción dolosa sea causa eficiente de la lesión en los sentimientos padecidos por el acreedor. Agrega que a fin de hacer procedente la indemnización por daño moral, derivada del terreno contractual, debe tenerse como norte que, el mal éxito de un negocio no es suficiente para admitir dicha reparación, pues no parece legítimo que cualquier contingencia desfavorable que se presente en la vida de los negocios se traduzca en un menoscabo a las afecciones legítimas, especialmente cuando no pueden atribuirse al incumplidor actitudes maliciosas ni gravemente culposas. Que, en tales circunstancias, la reparación del daño moral quedará subsumida en la reparación material que de corresponder, hubiere sido achacada. Cita jurisprudencia al respecto. Afirma que si se tiene en cuenta que la *a quo* desestimó el lucro cesante y pérdida de chance por haber sido estimaciones de la actora con absoluta falta de certeza y sin haber podido realizar una evaluación de probabilidades, que la información no se prolongó en el tiempo habiendo sido subsanada, se podía sin hesitación alguna, llegar a la conclusión de que la suma de condena por dicho rubro excedía una evaluación objetiva. Agrega que si bien, la juez de grado, condenó a su representada a una cifra sensiblemente inferior a la peticionada por la actora, aún así la misma pareció exagerada en razón de que la conducta que pudo haber tenido el Banco, no se encuadró dentro de los presupuestos del artículo 522 del Código Civil y amén de ello, tampoco la accionada demostró que realmente haya sufrido un daño moral resarcible, por lo que resulta procedente que se proceda a morigerar la suma de condena por dicho concepto. Sostiene que es motivo de agravio asimismo la imposición de costas que efectuó la sentenciante, en un 50% para cada parte, toda vez que conforme el resultado del pleito, en el que la actora reclamó una suma de $ 80.000, habiendo prosperado la acción solamente en un 12,5% ($ 10.000), debía ser la parte actora quien cargara con la mayor proporción. Afirma que, se omitió considerar la pauta que establece el artículo 6 inciso c) de la Ley de Honorarios, que dispone “el resultado que se hubiera obtenido”, por lo que entiende que no resultó justa

la proporción de la condena en costas, como asimismo que devino exagerado el porcentaje (14%) de honorarios fijados al letrado patrocinante de la actora, considerando el inciso d) de la citada norma legal y el artículo 7. Concluye en definitiva, peticionando se revoque la sentencia recurrida en cuanto es materia de agravios, imponiendo las costas y reduciendo los honorarios regulados al letrado de la accionante, conforme fuera solicitado.----------

--- **V.** Ingresando al tratamiento de la cuestión traída en primer término por la actora, referente al cuestionamiento del rechazo del resarcimiento por el rubro pérdida de chance, entiendo inacogible –e improponible el agravio-.----------

--- El apelante cuestiona el rechazo de tal rubro en la instancia de origen. Afirma que es cierto que su parte se equivocó en el título del capítulo donde reclama indemnización, denominando lucro cesante lo que en realidad es pérdida de chance. Pero que ello no obsta al acogimiento del reclamo. Cuestiona también el rechazo afirmando que la a quo no ha valorado debidamente la prueba reunida a favor de su petición.----------

--- No puedo compartir ninguno de ambos conceptos, pareciéndome el agravio improcedente.----------

--- Es que, en primer lugar, no es sólo que el actor equivocó el título de la petición. Ello es cierto en parte; pero es insustancial, porque el nomen iuris utilizado no vincula al juez quien, si los hechos expuestos por las partes están claramente establecidos, puede variar el encuadramiento de tales hechos efectuado por éstas.----------

--- Lo más grave de la petición de fs. 59 in fine no es el título sino el contenido. La actora hace una petición resarcitoria que conceptualmente es de lucro cesante y no de pérdida de chance, lo que impide el encauzamiento judicial que la actora reclama en agravios, es decir, tardíamente. Dice textualmente el apelante que “de haber contado con el acceso al crédito....habría podido comenzar a desarrollar mi profesión en forma liberal...lo que hubiera incrementado notablemente mis ingresos mensuales...Contando con un estudio contable como el proyectado, la expectativa de ingresos en forma mensual mínima se calcula en pesos tres mil trescientos, a razón de seis clientes, los que aportan un bono mensual de pesos quinientos cincuenta...la suma total del lucro cesante asciende a pesos veintidos mil...”.----------

--- Surge claro de esa petición que no se reclamaba pérdida de chance sino lucro cesante. NO sólo así se lo expresa, sino que conceptualmente esa petición resulta inconciliable con un reclamo de daño moral. No se menciona en el reclamo porcentaje alguno de probabilidad, no se menciona que tal ingreso obedezca a una probabilidad, no se dice cómo debiera estimarse ésta ni por qué. Y, en cambio, se reclama un daño efectivo, en una suma concreta, conformada de a tanto por mes, que se reputa como ganancia no habida, lo que conceptualmente lo ubica bien dentro del anaquel del lucro cesante y absolutamente lejano al de la pérdida de chance.----------

--- Ergo no es una probabilidad la que se reclama perdida en la demanda, sino que se requiere indemnización por un daño efectivo, a título de lucro cesante.----------

--- La petición de fs. 59 in fine no contiene los mínimos datos ni la precisión necesaria para ser acogida y ha hecho bien la Sra. Juez en rechazarla, aunque se confirme su decisión por otros fundamentos, como aquí se hace.----------

--- En un trabajo de investigación de mi autoría, titulado “De nuevo sobre las chances perdidas, las ilusiones deshechas y los daños resarcibles. (La pérdida de chance y la extensión desmedida del concepto)”, publicado en el “Suplemento de Daños” de elDial que dirijo, correspondiente al mes de Diciembre, hago algunas precisiones que resulta útil volcar aquí.----------

--- Digo allí que la pérdida de chance es un concepto jurídico indeterminado; una figura jurídica intermedia, a medio camino de otras más definidas y precisas (Conf. LÓPEZ MESA, Marcelo J., “Responsabilidad civil médica y pérdida de chance de curación. (La “mala praxis médica” y el reclamo por la no recuperación de la salud o el agravamiento de la enfermedad”, en “Revista de Derecho de Daños”, Edit. Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, 2008, t. 2008-1, p. 7).----------

--- Luego agregué que cuando no hay relación causal entre la actuación del dañador y el resultado final dañoso, en cambio puede haberla entre la actuación del dañador y la pérdida de una probabilidad, chance u ocasión por el damnificado.----------

--- Y que la determinación del alcance del concepto y de los supuestos que entran en él no es libre para el juez sino pautada; éste no puede utilizar dicho rubro discrecionalmente tornando resarcibles, a través de un subterfugio, daños que no eran indemnizables (cfr. LÓPEZ MESA, Marcelo, “Elementos de la responsabilidad civil. Examen contemporáneo”, edición de la Pontificia Universidad Javeriana y Editorial Diké, Colección Internacional (Libro N º 11), Bogotá, 2009, pp. 117 y ss.).----------

--- Es que la expresión “pérdida de chance” comprende todos aquellos casos en los cuales el sujeto afectado podría haber realizado un provecho, obtenido una ganancia o beneficio o evitar una pérdida, resultados que fueron impedidos por el hecho antijurídico de un tercero, generando de tal modo la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría producido o no, creando una expectativa, una probabilidad de ventaja patrimonial.... En nuestro país, la indemnización de pérdidas de chance muchas veces ha sido el sobrenombre o apelativo que han encontrado nuestros jueces para indemnizar perjuicios no acreditados y daños inciertos o no relacionados causalmente en forma adecuada con la actuación del dañador (Cám. Apels. Trelew, Sala A, 22/9/08, in re “P., L. J. c/ V., C. A. M. s/ Daños y Perjuicios” (Expte. N º 22.730 - Año 2008), en elDial, voto del Dr. López Mesa, al que adhiriera el Dr. Carlos D. Ferrari; en igual sentido, LÓPEZ MESA, M., “Responsabilidad civil médica y pérdida de chance de curación...”, en “Revista de Derecho de Daños”, Edit. Rubinzal y Culzoni, t. 2008-1, p. 9).----------

--- La pérdida de una chance implica jurídicamente una interrupción abrupta de una situación en curso, un desequilibrio artificial de los pro y contras de una determinada

situación particular, por efecto de un hecho antijurídico ajeno; la actuación de quien cercena probabilidades ajenas antijurídicamente, cuando la probabilidad de ganancia era verosímil, genera un daño indemnizable. Pero se trata de una pérdida de ocasión, oportunidad o probabilidad y no de un daño efectivamente padecido. Por ello, nunca pueden aceptarse –ni siquiera conceptualmente- pérdidas de chances resarcidas como daños efectivos del 100%; ni siquiera puede hablarse con propiedad de chances resarcidas al 80%. Resarcimientos de ese porte sólo proceden ante daños efectivos y no frente a supuestas chances perdidas (Cám. Apels. Trelew, Sala A, 22/9/08, in re “Padrón, L. J. c/ V., C. A. M. s/ Daños y Perjuicios” (Expte. N º 22.730 - Año 2008), en La Ley online, voto del Dr. López Mesa, al que adhiriera el Dr. Carlos D. Ferrari; en igual sentido, LÓPEZ MESA, M., “Responsabilidad civil médica y pérdida de chance de curación...”, en “Revista de Derecho de Daños”, Edit. Rubinzal y Culzoni, t. 2008-1, p. 9).----------

--- Es así que uno de los requisitos del daño resarcible es su certidumbre. Sólo los daños ciertos son indemnizables. Por el contrario, un daño incierto es, necesariamente, no reparable. Claro que lo cierto es la existencia de la probabilidad, oportunidad o chance misma, no así su realización, que al haber sido interferida en su efectivización, nunca podría ser cierta en ese plano. Máxime en materia de responsabilidad médica, donde la sanación o mejoría del enfermo está expuesta a diversos sucesos, no siempre conocidos o previsibles (Conf. “De nuevo sobre las chances perdidas, las ilusiones deshechas y los daños resarcibles. (La pérdida de chance y la extensión desmedida del concepto)”, publicado en el “Suplemento de Daños” de elDial, correspondiente al mes de Diciembre de 2010).----------

--- Dicen TERRÉ – SIMLER Y LEQUETTE que "es cierto, por definición, que la realización de una chance no es jamás cierta, no lo es menos que el perjuicio causado por la pérdida de una chance presenta un carácter directo y cierto cada vez que se constate la desaparición de la probabilidad de un elemento favorable" para que persona obtuviera una ganancia o ventaja" (TERRÉ, François – SIMLER, Philippe – LEQUETTE, Yves, "Droit civil. Les obligations", 6ª edc., Dalloz, París, 1996, p. 552).----------

--- Cuando ello no es posible, la chance perdida no es indemnizable. El reconocimiento de un resarcimiento por chance perdida no puede implicar hacer tabla rasa con la exigencia de certeza del daño y con la limitación de imputación de las consecuencias remotas, ambos parámetros vigentes en nuestro derecho, a tenor de los arts. 1067 y 906 CC (Cám. Apels. Trelew, Sala A, 29/7/09, "P., R. E. y otra c/ Provincia del Chubut y otro s/ Daños y Perjuicios - sumario" (Expte. 28 - Año 2009 CANE), en elDial, voto del Dr. López Mesa; LÓPEZ MESA, M., "Responsabilidad civil médica y pérdida de chance de curación...", en "Revista de Derecho de Daños", Edit. Rubinzal y Culzoni, t. 2008-1, p. 21).----------

--- En un voto me he permitido recordar el galano decir de los maestros FLOUR y AUBERT que ha repetido últimamente en Sudamérica Alberto TAMAYO LOMBANA:

“algo distinto al perjuicio puramente eventual, es la pérdida de una oportunidad o probabilidad. Es una situación ligada a la idea de certeza, concebida como probabilidad. Si tal probabilidad era seria, su privación constituye un perjuicio reparable...Aunque antiguamente se equiparaba la pérdida de una oportunidad a un simple perjuicio eventual, en la actualidad hubo un cambio de mentalidad: una probabilidad tiene un valor pecuniario por lo tanto su pérdida es un daño cierto que merece reparación” (FLOUR, Jacques – AUBERT, Jean-Luc, Droit civil. Les obligationes, París, Armand Colin edit, 1981, vol. II, N º 638; TAMAYO LOMBANA, Alberto, La responsabilidad civil contractual y la extracontractual, Ediciones doctrina y ley Ltda.., Bogotá, Colombia, 2005, p. 57; Cám. Apels. Trelew, Sala A, 22/9/08, in re “P., L. J. c/ V., C. A. M. s/ Daños y Perjuicios” (Expte. N º 22.730 - Año 2008), en La Ley online, voto del Dr. López Mesa, al que adhiriera el Dr. Carlos D. Ferrari).----------

--- Visto lo anterior, resulta lógico concluir que el reclamo de una suma fija, en concepto de lucro cesante, sin mencionar probabilidad, porcentajes, formas de apreciación de tal probabilidad, etc, no admite la alegación de que lo reclamado ha sido por pérdida de chance y no por lucro cesante.----------

--- Como dijera esta Sala a través de mi voto (cfr. sentencia de esta Sala del 12/11/2008, in re “C. E. A. c/ M. A. N. s/ Desalojo” (Expte. 21 - Año 2008), la noción de carga forma parte definitivamente de la teoría general del derecho, pero su principal aplicación ocurre en el campo del derecho procesal. Consiste en la posibilidad que tiene el sujeto, conforme a la norma que la consagra, de ejecutar libremente el acto objeto de ella, para su propio beneficio. En la carga, el sujeto se encuentra en absoluta libertad para escoger su conducta y ejecutar o no el acto que la norma contempla, y en la manera o no que la norma contempla, no obstante que su inobservancia puede acarrearle consecuencias desfavorables. Estas últimas son apenas el normal resultado de abstenerse voluntariamente de la conducta prevista en la norma como presupuesto para evitarlas. Las cargas, en suma, son imperativos del propio interés, sin un derecho del adversario, importan el peso de una necesidad pero por conveniencia propia, para evitar la consecuencia de perder la condición ventajosa que con el acto se obtiene; constituyen una oportunidad de hacer algo útil a su mismo interés (SCBA, 31/8/99, “Medina, Dina Trinidad c/ Bernasconi, Guillermo s/ Daños y perjuicios”, en Juba sum. B25121, voto del Dr. de Lázzari).----------

--- Entre las diversas cargas que tienen las partes en un proceso, sobresalen con claridad dos: la carga postulatoria y la carga probatoria. La primera, consiste en la carga de plantear correctamente la base fáctica del reclamo contenido en la demanda, demostrar los presupuestos habilitantes de la petición, así como de identificar debidamente el alcance del planteo introducido. La segunda, consiste en un imperativo del propio interés, una circunstancia de riesgo que supone no un derecho del contrario sino una necesidad para vencer (C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala 3ª, 9/11/95, “Forestadora Oberá S.A. v. Entidad Binacional Yaciretá”, JA 1998-I, síntesis; C. Civ. y

Com. Córdoba, Sal 2ª, 16/9/93, “Esso Servicentro Parque Latino y otro v. Osvaldo Patoco”, JA 1994-III, síntesis). Siendo ello así, debe atenderse a que cuando no se dispone de medios suficientes acerca de los hechos controvertidos, el Juzgador debe acudir al principio que indica que es al actor a quien le incumbe la prueba del hecho constitutivo del derecho cuyo reconocimiento pretende (C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala 1ª, 15/4/04, “FIJTMAN, CLAUDIO D. v. OBRA SOCIAL DEL PERSONAL DE MAESTRANZA, INCUMPLIMIENTO DE PRESTACIÓN DE OBRA SOCIAL”, en AbeledoPerrot online).----------

--- De tal suerte, por aplicación de la carga postulatoria –y en cuanto a esta causa concierne- la demanda debe bastarse a sí misma para proteger el derecho de defensa de la contraparte. Así, no corresponde, en principio, completarla con inferencias o interpretaciones implícitas. Es una carga procesal de importancia extrema. Fija la acción articulada, la cosa demandada y los hechos en que se funda. Todo ello es de influencia decisiva sobre la potestad judicial de entender en el juicio y sobre la autoridad de la cosa juzgada (mi voto en sentencia de esta Sala de fecha 30/10/08, in re “P. V. y otra c/ Municipalidad de TRELEW s/ daños y perjuicios" (Expte. N º 21.245 - año: 2006, registrada bajo el N 32 de 2.008 – SDC; Cám. Apels. en lo Civil, Comercial, de Familia y del Trabajo de Marcos Juárez, 4/7/96, “F.O.N.I.V.A. y otro c. Confecciones Bazán”, LLC 1997, 1110).----------

--- Y en aras de la carga probatoria, cada parte debe probar los hechos a los que atribuye la producción del efecto jurídico que pretende, ya que la actividad probatoria constituye, como toda carga procesal, un imperativo del propio interés y de esa actividad procesal depende producir el convencimiento o certeza sobre los hechos controvertidos, pudiendo el litigante llegar a obtener una decisión desfavorable en el caso de adoptar una conducta omisiva (C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 3ª, 1/6/00, “Mara, Juan v. Banco Central de la República Argentina”, JA 2002-III-síntesis).----------

--- Analizando la demanda de autos advierto que la parte actora no ha cumplido a cabalidad con su carga postulatoria, al no haber introducido correctamente a autos la plataforma fáctica del caso, pretendiendo luego enmendar la plana en los agravios, lo que resulta inadmisible.----------

--- Se ha postulado con acierto que dado que en el procedimiento civil rige el principio dispositivo, las partes tienen la carga procesal de ser precisos en el planteo de sus pretensiones, en la alegación de los hechos y en la invocación del derecho aplicable. El desarrollo del proceso no puede quedar supeditado a declaraciones de voluntad petitorias que se expresan en forma errática (Cám. CC Azul, Sala 2ª, 17/12/07, “G., R. O. c/ F., G. H. s/ Cobro Ejecutivo “, en Juba sum. B3101364).------

--- Desafortunadamente ello ha ocurrido en autos, siendo la invocación de hechos realizada en la demanda a fs. 59 y el correlato probatorio posterior deficitarios respecto de la medida en que la actora debía cumplirlos y siendo inadmisible el alcance que pretende darse en la expresión de agravios a lo alegado a fs. 59 in fine. ----------

--- El juzgador de grado ha resuelto correctamente el rechazo del reclamo de fs. 59, aunque por fundamentos que no son los que aquí se esgrimen. ----------

--- Es que, apreciada la sentencia de grado en correlación con el recurso que pretende rebatir sus argumentos se patentiza la inidoneidad del recurso incoado para conmover las bases de sustentación del decisorio impugnado en cuanto al rechazo de la pérdida de chance. Ergo, el agravio debe rechazarse, lo que propongo al acuerdo.----------

--- En lo tocante al segundo agravio de la accionante, relativo a la insuficiencia del daño moral reclamado, tampoco habrá de prosperar.----------

--- El argumento fundamental de la apelante al pretender la elevación del daño moral concedido es que la accionada es una entidad bancaria, y que su conducta ha sido reprochable, además de que el daño moral concedido debe ser ejemplarizador.----------

--- Nada ha demostrado la actora apelante sobre la insuficiencia del daño moral concedido para mitigar su daño extrapatrimonial. NO ha hecho alegaciones relacionadas con la insuficiencia del resarcimiento concedido en relación con la persona del acreedor de la indemnización, sino que ha cargado contra la persona del deudor del crédito indemnizatorio.----------

--- Si se piensa que el daño moral es un daño de naturaleza resarcitoria y no punitiva, que la persona del dañador no es tan importante a los efectos de mensurar la reparación como la de la víctima y que el fin primordial de la concesión de un resarcimiento por daño moral no es dar un ejemplo a la sociedad, si no enjugar un daño extrapatrimonial sufrido por una persona concreta, habrá de concluirse que el agravio de elevación del monto del daño moral concedido, tampoco habrá de prosperar.----------

--- El resarcimiento por daño moral cumple "una función de satisfacción, actuando como un equivalente o sucedáneo, ante la imposibilidad de compensarle a la víctima, el daño sufrido. Y tanto ha de entenderse ello así, ..., que debe mirarse fundamentalmente a la víctima y a su afección herida (lesiones, difamación, un ser querido, intimidad, etc.) que tales agravios han de repararse aun cuando el ofendido sea un incapaz -en el caso de personas físicas- o cuando se dañe, en las diversas maneras que pueden darse, a una persona jurídica” (ESTÉVEZ BRASA, Teresa M., El daño moral, su reparación y el vigor de un neologismo, en LL 1986-C, 909).----------

--- Se admita esta última afirmación o no, el caso es que el resarcimiento por daño moral es resarcitorio, no porque sea exactamente evaluable en dinero, sino porque procura compensar o satisfacer el daño sufrido por el afectado, mitigando en alguna medida el daño que éste sufriera (GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., Daño moral: su carácter autónomo y resarcitorio, en LL 2000-E, 1; LÓPEZ MESA, Marcelo J. - TRIGO REPRESAS, Félix A., “Tratado de la responsabilidad civil. Cuantificación del daño”, Edit. La Ley Bs. As., 2006, p. 112).----------

--- Entendemos que ello no quita que, cuando se comprueba que el dañador ha actuado con dolo, la indemnización concedida por daño moral debe ser algo más alta que cuando ello no ocurre y el daño se ha provocado culposamente. Pero en este caso no

se ha demostrado la existencia de intención de dañar, con lo que la función ejemplarizadora que se esgrime no puede funcionar aquí de ningún modo.----------

--- Creo que ello basta para el rechazo del agravio, dada la levendad sustancial del ataque y que el mismo no logra desvirtuar lo concluido por la juez de grado en esta materia.----------

--- En lo tocante al agravio solitario del accionado, concerniente al cuestionamiento de la procedencia del resarcimiento por daño moral, el mismo deviene no ya improcedente, sino inacogible.----------

--- Es que, el accionado al contestar la demanda, a fs. 115vta/116. no introdujo el argumento defensista relativo a que ante la inexistencia de dolo resultaba improcedente la reparación del daño moral, que ahora quiere introducir en agravios.----------

--- De conformidad con lo dispuesto por el Art. 280 CPCC, “El Tribunal no podrá fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia. No obstante, deberá resolver sobre los intereses y daños y perjuicios, u otras cuestiones derivadas de hechos posteriores a la sentencia de primera instancia”. ----------

--- NO habiendo sido introducidos los argumentos que se esbozan a fs. 287/288vta. en el responde la demanda, a tenor de lo dispuesto por el Art. 280 CPCC, no corresponde su tratamiento en esta instancia.----------

--- Como dijera esta Sala en similar situación (cfr. esta Sala, sentencia del 26/3/09, in re "C. de W., D. E. c/ C. de O. y M. T. y otros s/ Daños y Perjuicios" (Expte. N º 30 año: 2008) e ídem, in re "S., G. c/ I. de O. y T. S.A. s/ Cobro de Pesos" (Expte N º 23- 2009 (C.A.N.E) a través de sendos votos de mi autoría, dejó sentado que por aplicación de lo dispuesto en el Art. 277 CPCyC –ahora Art. 280, Ley XIII Nro. 5-, resulta inaudible el agravio, cuando el apelante pretende hacer ingresar al ámbito de revisión de este tribunal hechos no alegados idóneamente en la etapa postulatoria del proceso.----------

--- Se agregó en ellos y en fallos anteriores de la Sala que no es lícito a este cuerpo ocuparse de cuestiones no sometidas temporáneamente a la decisión del juez de grado, por impedírselo la expresa norma del Art. 277 CPCyC. En nuestro sistema procesal, caracterizado por el escalonamiento de etapas preclusivas, la primera limitación impuesta a las potestades del tribunal de alzada viene dada por la relación procesal trabada con la demanda y su contestación. Juegan en ello principios liminares que hacen, de un lado, al derecho de defensa en juicio y la igualdad de las partes, evitando sorpresas causídicas y efectivizando el orden en la tramitación de los procesos; del otro, a la esencia misma del régimen de la doble instancia, porque en el sistema escriturario la apelación no configura un nuevo juicio que posibilite a las partes la incorporen de nuevas pretensiones y oposiciones. También en este grado rige el principio de congruencia, pauta general consagrada para todo el proceso, y, por lo tanto, las cuestiones que no han sido materia del litigio, porque en la demanda y su contestación no fueron introducidas, no pueden ya ser incorporadas en la alzada, ante

la que resulta inadmisible la ampliación de un debate cuya continencia quedó fijada al trabarse la litis (arts. 271 últ. Párr., 277 CPCyC).----------

--- De tal modo, la expresión de agravios no es una pieza procesal que otorgue a una parte la ocasión de modificar la demanda o su responde con la proposición de nuevos capítulos no introducidos en la etapa postulatoria del proceso.----------

--- Ello así, en caso de entrar a tratar el agravio de la accionada de fs. 287/288vta., esta alzada estaría violando abiertamente el Art. 280, Ley XIII, Nro. 5 -ex Art. 277 CPCyC- y el sistema de asignación de jurisdicción y competencia en que reposa. Ello resulta inadmisible, por lo que debe declararse inadmisible al agravio, lo que propongo al acuerdo.----------

--- En cuanto al cuestionamiento de la imposición de costas y de la determinación arancelaria que se promueve, debo decir que el recurso relativo a los estipendios curiales resulta inatendible al no haber sido interpuesto en debida forma, sino promiscuamente con el embate contra las costas, lo que lo torna inadmisible (cfr. SDC 23/10, de esta Sala).----------

--- En lo tocante a la imposición de costas, el embate tampoco puede prosperar, ya que es doctrina legal de esta Sala que en el proceso sobre indemnización de daños las costas forman parte de la reparación y que no quita al demandado su calidad de vencido la circunstancia que la pretensión termine prosperando por un monto inferior al reclamado cuando los rubros resarcitorios dependieron de estimación judicial; pero no lo es menos que al así pronunciarnos también hicimos la salvedad que no promediara el rechazo de ítemes indemnizatorios o severa disminución de aquellos cuyo justiprecio no pendiera del juez (c. 9.945 S.D.L. 81/92, c. 11.684 S.D.L. 119/95, c. 13.245 S.D.L. 57/98, c. 13.871 S.D.C. 23/99). Este último es precisamente el caso de autos.----------

--- En autos no ha existido rechazo de ítemes resarcitorios y sei bien han prosperado parcialmente algunos de los reclamos, tales rubros dependían de estimación judicial y no revelan pretensiones antojadizas o aventuradas, sino a lo sumo opinables, lo que ha sido bien conceptualizado por la decisión de grado, no advirtiéndose motivo para variar lo allí dispuesto, máxime cuando el apelante no ha podido patentizar sus agravios más allá de una opinión discordante. Ergo, este agravio debe ser rechazado, lo que propongo al acuerdo.----------

--- **VI**. Por tales fundamentos, habré de proponer al acuerdo la confirmación del decisorio impugnado en cuanto ha sido materia de recurso y agravios, imponiéndose las costas de alzada en el orden causado, atento, atento el sendo fracaso de los memoriales (Art. 72, Ley XIII, Nro. 5).----------

-

--- REGULAR los estipendios profesionales de alzada correspondientes a los Dres. R. D. F. y E. U., letrados de la actora y la demandada, respectivamente, en el 25% de los honorarios que se le determinen como honorarios de grado; tales porcentuales se corresponden con la importancia, mérito, trascendencia, calidad y resultado de las

labores profesionales cumplidas en la alzada (arts. 5, 6, 8, 13, 18 y 46, Ley XIII N° 4).----------

--- Por los fundamentos expuestos supra, a la primera cuestión, VOTO POR LA AFIRMATIVA.----------

---- **A ESA MISMA CUESTIÓN PRIMERA** el Dr. Velázquez expresó: ----------

---- Reseñadas ya por el colega antes sufragante los antecedentes de la causa, la decisión apelada y las impugnaciones contra ella vertidas por los recurrentes, ingresaré sin más al tratamiento de estas últimas.----------

---- --I.- En verdad, la promiscua invocación de “lucro cesante” y “pérdida de chances” a fs. 59 sembró alguna confusión en cuanto a la naturaleza del reclamo. Concuerdo sin embargo con el colega ponente en que la descripción fáctica allí realizada coincide con el primer concepto indicado, pues se hizo mención de un daño cierto, a una privación de ingresos esperados, y no a la frustración de una chance, tipo de perjuicio bien definido por la Sala “C” de la Cámara Nacional en lo Civil como la privación de la oportunidad de participar, con un grado serio de probabilidad, en un evento de resultado incierto en el que se habría definido la obtención o no de un beneficio (L.L. 1986-C-39). En este supuesto coexisten un elemento de certeza y otro de incerteza; certeza de que de no haber mediado el ilícito, el damnificado habría mantenido la esperanza de obtener un beneficio económico; incertidumbre acerca de si, de haberse mantenido la situación previa a ese hecho, el beneficio se habría en realidad obtenido (Confr. : Tanzi, “La responsabilidad en la pérdida de la chance”, en “La responsabilidad. Homenaje al Profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg”, Abeledo - Perrot 1995, págs. 331 y sgts.). Para nada aludió la actora a tal expectativa incierta, sino que se refirió a un beneficio económico tenido por indefectible y que hasta tasó con precisión. Claro resulta así que lo reclamado fue un auténtico lucro cesante.----------

----Firme por ausencia de agravios la desestimación de este último rubro (arts. 268, 269 C.P.C.C., ex arts. 265 y 266), la recurrente procura mejorara su suerte con la invocación de una pérdida de chance, que no fue lo en verdad reclamado en la demanda y que, por tanto, a esta alzada no le es dado tratar siquiera (Art. 280 cód. cit., antes Art. 277).------

----II.- Independientemente del acierto o desacierto de la decisión de acoger el reclamo de indemnización del daño moral en este caso de responsabilidad contractual, ella ha ganado firmeza, pues el demandado se ciñó en su pieza de agravios a cuestionar el monto establecido para el rubro cuya reducción solicitó (fs. 287, Párr. 3° y fs. 288 vta., cap. III, pto. 2). Cierto es que pretendió a la par introducir con ese escrito la cuestión de la ausencia de dolo, mas tal argumentación resulta inaudible por tardía a esta altura del proceso, toda vez que se trata de una defensa de fondo que debió ser opuesta al contestar la demanda y no extemporáneamente al fundar el recurso de apelación (arts. 280, 360 Párr. 1° C.P.C.C., ex arts. 277 y 356).----------

----El debate en esta instancia respecto de tal rubro resarcitorio quedó pues limitado al monto reconocido, exagerado para el demandado e insuficiente en la opinión de la actora, quien entiende que la suma establecida no cumple la función ejemplificadora que este ítem debe tener.----------

----“Ab initio” descarto el carácter sancionatorio y ejemplificador de la indemnización del daño moral. En el ámbito de la responsabilidad civil no hay *penas* en sentido estricto ni *sanciones ejemplares*. Las indemnizaciones están referidas a la reparación de daños y no a la punición del dañador (confr.: nota de Vélez al Art. 1121 Cód. Civil; C. N. Civ., sala “B”, L.L. 1983-A-435). No desconozco que durante tiempo pagó la doctrina fuerte tributo a la tradición del antiguo derecho francés, trasmitida por Domat y extraída de los canonistas, para quienes la responsabilidad estaba destinada más a moralizar las conductas individuales que a asegurar la reparación de los perjuicios; pero esas tesis punitiva, edificada sobre la conducta del ofensor y que en último análisis asimilaba ilícito civil con pecado, de modo que la indemnización cumplía el papel de penitencia apuntada a enmendar la conducta descarriada del sujeto activo, ha sido reemplazada por la tesis reparadora, construida a partir de considerar como objetivo fundamental la reparación de los menoscabos injustos (confr.: Viney, “De la responsabilité personnelle a la rèpartition des risques”, Archives de Philosophie de Droit n º 22, Paris 1.977, Pág. 5, cit. por Iribarne en E.D. 112-299, nota 66). A tal concepción adhiere nuestra Código Civil, conforme al cual el primer requisito para que la responsabilidad contractual nazca es “la pérdida que haya sufrido”, “la utilidad que haya dejado de percibir el acreedor de la obligación” (Art. 519 Cód. Civ.). Modernamente el centro de la mira se pone en los efectos del agravio sobre el ofendido; el punto de referencia es el dañado, no el dañador.----------

----Dada la naturaleza reparadora de esta especie del género indemnización, el “quantum” del resarcimiento debe estar referido a la dimensión del daño sufrido, correspondiendo entonces atender al tipo de interés lesionado, a las consecuencias que el ilícito acarreó y a la índole del hecho generador de la responsabilidad, en razón esto último de que para establecer el grado de los sufrimientos a compensar importa tener en cuenta la clase de acción ofensiva ejecutada, en tanto hiere más el ánimo del damnificado el ataque cuanto más próximo a la intencionalidad se presenta (este tribunal, c. 21. 925 S.D.C. 22/07, c. 21.500 S.D.C. 55/06 y otras anteriores).----------

----A este efecto corresponde tener en cuenta: ----------

----A) A propósito del interés afectado, que se trató de la tranquilidad espiritual de la actora, de su sentimiento de la propia dignidad al se incluida en un listado de morosos de créditos bancarios calificados como irrecuperables.----------

----B) Respecto de las consecuencias de ese hecho, que la afectante situación se mantuvo desde febrero de 2006 a, cuando menos, septiembre de 2008 (fs. 210/211).----

----C) Tocante a la índole del ilícito, que el factor de atribución de la responsabilidad ha sido la culpa, fuente de imputación subjetiva ubicada en una situación intermedia dentro

de la escala en que pueden ordenarse los factores de atribución de responsabilidad según sus respectivas potencialidades ofensivas para el ánimo de la víctima, porque si bien no es la más grave e hiriente -la máxima aptitud injuriante la posee el dolo, en razón de la intencionalidad dañosa-, tampoco representa la más leve de ellas, posición distal esta ocupada por el riesgo en cuanto fuente de imputación exclusivamente objetiva.----------

----Atendiendo a estos parámetros, entiendo que la suma de $ 10.000 es cantidad adecuada para enjugar los efectos anímicos del hecho (Art. 168 C. P. C. C., antes Art. 165), pues dotará a la damnificada de capacidad económica para acceder a algún deleite que mitigue los malestares espirituales sufridos.----------

----Por otro lado, la cuantía del resarcimiento debe armonizarse con los dispuestos en casos análogos, porque ello deja a salvo los principios de justicia, igualdad y seguridad jurídica (confr.: Highton de Nolasco - Gregorio - Álvarez, “Cuantificación de daños personales...”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario n ° 21, Rubinzal-Culzoni 1999, págs. 127 y sgts. y en “Predictibilidad de las indemnizaciones...” en Revista de Derecho de Daños, n ° 2004-3, Rubinzal-Culzoni 2004, págs. 9 y sgts.) y precisamente en un precedente de análogas características -daño moral en supuesto de incumplimiento contractual bancario- hemos tasado la indemnización del agravio en suma muy similar (c. 348/09 S.D.C. 48/09).----------

----III.- Bajo el rótulo de “la imposición de las costas”, el demandado apelante argumentó de modo promiscuo acerca de la distribución de las costas en partes iguales que la “a quo” realizara frente al vencimiento parcial y mutuo e igualmente sobre los honorarios regulados al letrado patrocinante de la actora. Subyace en ello un yerro conceptual que es menester aclarar. Aunque los honorarios integran el concepto de costas en los términos del Art. 78 C. P. C. C. (ex Art. 77), no se confunden con ellas y, menos aún, con la condena a soportarlas. Alguna vez he señalado en este aspecto que mientras la imposición de las costas responde a la pregunta de ¿quién paga?, la regulación de honorarios lo hace a la de ¿cuánto paga? (c. 18.333 S.D.C. 7/03, c. 20.353 S.D.L. 20/05, c. 289/10 S.D.C. 23/10).----------

----La materia de la condenación en costas forma parte del recurso de apelación libre concedido contra las sentencias definitivas dictadas en procesos ordinarios y sumarios (confr.: Podetti, “Tratado de los recursos”, EDIAR 1958, págs. 162/163, n ° 66; Rivas, “Tratado de los recursos ordinarios”, Ábaco 1991, II-447/448 n ° 194), pero no ocurre lo propio con los honorarios, excluidos de dicha forma recursiva. En efecto, cual muy reiteradamente y desde antiguo declaráramos, la apelación de honorarios de abogados posee una autonomía normativa, con especiales previsiones en cuanto al plazo y ocasión de fundamentarla, que impiden considerarla implícita en el recurso deducido contra la sentencia definitiva, aunque ese acto decisorio contenga la regulación (Art. 48 de la Ley XIII n ° 4, antes Art. 49 del Dec.-ley 2.200, su doc.; c. 9.831 S.D.C. 34/92, c. 10.083 S.D.L. 104/92, c. 11.278 S.D.C. 19/95, entre innumerables otras posteriores).

Inaudible resulta pues la impugnación traída por este recurrente contra los honorarios fijados, en tanto él apeló sólo la sentencia definitiva (fs. 276) y no esos emolumentos en la oportunidad y forma prevista en el Art. 48 de la ley del arancel, cuestionándolos recién en ocasión de expresar agravios contra el fallo definitivo en el mérito. La revisión de la alzada ha de limitarse entonces a la imposición de las costas causídicas.----------

----Esta tribunal, siguiendo las aguas de pacífica jurisprudencia, desde antiguo y tradicionalmente ha declarado que en el proceso sobre indemnización de daños las costas forman parte de la reparación y que no quita al demandado su calidad de vencido la circunstancia que la pretensión termine prosperando por un monto inferior al reclamado si no promedia rechazo de ítem resarcitorio alguno y los acogidos dependieron de estimación judicial (c. 9.945 S.D.L. 81/92, c. 11.684 S.D.L. 119/95, c. 13.245 S.D.L. 57/98, c. 13.871 S.D.C. 23/99).----------

----En autos, donde la demandante triunfó en la fundamental cuestión de la responsabilidad -auténtico cimiento de sus reclamos-, fue desestimado el ítem lucro cesante y prosperó el único rubro del daño moral.----------

----La disminución del monto de este último en relación a lo pretendido no puede ser considerada derrota parcial de la actora, pues tal partida resarcitoria es por antonomasia de las que dependen de determinación judicial, supuesto en el que las sumas pretendidas sólo significan las estimaciones del actor, siéndole dado al juzgador coincidir con ellas o bien reemplazarlas por aquellas en que él tase los daños. Por el contrario, el rechazo del ítem lucro cesante sí importó vencimiento parcial. En síntesis, el demandante triunfó en la cuestión esencial de la responsabilidad y en uno de los dos rubros que requiriera.----------

----Como la distribución prevista en el citado Art. 72 del ordenamiento procesal (antes Art. 71) ha de realizarse “prudencialmente”, con una visión sincrética del juicio y no por una análisis puramente aritmético del resultado confrontado con la demanda, estimo que fue adecuado imponer las costas en un 50 % a cada parte.----------

----IV.- Por las razones expuestas, concordantes con las más extensamente expuestas por el Señor Magistrado antes sufragante, entiendo que la sentencia apelada merece ser confirmada en todo cuanto fuera materia de agravios, con costas de segunda instancia en el orden causado, visto el vencimiento recíproco de los recurrentes al ser desestimados todos los agravios (Art. 72 C. P. C. C., ya cit.).----------

---

----Los honorarios de los letrados actuantes han de ser regulados del modo que propiciara el colega, acorde a la extensión, calidad y resultado de sus labores de alzada (arts. 5, 6, 8, 13, 46 de la Ley XIII n ° 4, antes arts. 6, 7, 9, 14, 19, 47 del Dec.-ley 2.200).----------

----Me pronuncia entonces en esta cuestión por la AFIRMATIVA.----------

--- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Señor Juez de Cámara Doctor Marcelo López Mesa, expresó: ----------

--- En vista del acuerdo arribado precedentemente, el pronunciamiento que corresponde dictar es el siguiente: ----------

--- 1) CONFIRMAR el decisorio impugnado en cuanto ha sido materia de recurso y agravios.----------

--- 2) IMPONER las costas de alzada en el orden causado, atento el sendo fracaso de los memoriales.----------

--- 3) REGULAR los estipendios profesionales de alzada correspondientes a los Dres. R. D. F. y E. U., letrados de la actora y la demandada, respectivamente, en el 25% de los honorarios que se le determinen como honorarios de grado.----------

---

--- 4) REGÍSTRESE Y NOTIFÍQUESE.----------

--- Tal mi voto.----------

--- **A ESTA CUESTIÓN FINAL** EL Dr. Velázquez respondió: ----------

--- El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. López Mesa, reflejo fiel del pleno acuerdo antes alcanzado al tratar las precedentes cuestiones.--------

----Con lo que se dio por terminado el Acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal, por haberse logrado la mayoría (art. 8 Ley V - Nº 17).----------

--- Trelew, de febrero de 2011.----------

--- En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede, la Sala “A” de la ciudad de Trelew, pronuncia la siguiente:----------

---------- **S E N T E N C I A**: ----------

--- CONFIRMAR el decisorio impugnado en cuanto ha sido materia de recurso y agravios.----------

--- IMPONER las costas de alzada en el orden causado, atento el sendo fracaso de los memoriales.----------

--- REGULAR los estipendios profesionales de alzada correspondientes a los Dres. R. D. F. y E. U., letrados de la actora y la demandada, respectivamente, en el 25% de los honorarios que se le determinen como honorarios de grado.----------

---

--- Regístrese, notifíquese y devuélvase.----------

REGISTRADA BAJO EL N º _____ DE 2.011 – SDC.- Conste.-

cg

JOSE PABLO DESCALZI
SECRETARIO DE CAMARA