En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los días del mes de junio del año dos mil trece, reunida en Acuerdo la **Sala A** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia del señor Juez de Cámara Dr. Julio Antonio Alexandre y asistencia de la señora Jueza de Cámara Dra. Silvia Noemí Alonso, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"B., E. y otra c/A. M. DE E. P. D. C. Y OTRO S/ORDINARIO", expte. nro. 220 año 2012**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial nro. 2(expte. nro. 85/2005), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 606), correspondió el siguiente orden para la votación: Dr. Julio Antonio Alexandre, Dr. Fernando Nahuelanca, Dra. Silvia Noemí Alonso.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 559/562? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión el Dr. Julio Antonio Alexandre dijo:

Que la sentencia parcialmente condenatoria de fs. 559/562, es apelada por el coacionante Eduardo Benitez a tenor del informe de fs. 592/601vta., tanto en cuanto se excluye de los beneficios del fallo a su esposa R. B. C., con la que conformó un litis consorcio activo; se eximió de responsabilidad al B. D. S., codemandado y extiende su queja al exiguo resarcimiento estimado, cuestiones accesorias inadmisibles a efectos de su planteo conjunto de la calidad procesal del recurrente y formula, eventualmente reserva del llamado “caso federal”.

Previo y por derecho propio, el representante legal de los accionantes formula su queja por considerar exigua la estimación de honorarios (fs. 571/572vta.).

Atento a que la obligación de los magistrados de decidir las cuestiones conducentes para el fallo, se circunscribe a las que estimen necesarias para la sentencia que deben dictar (Santiago C. Fassi en “Código procesal...” t. I, pág. 278), y a que no se encuentran ceñidos a seguir el enfoque jurídico esgrimido por las partes, ni tampoco a rebatir todos y cada uno de sus fundamentos por ellas invocados (fallos 258:304 entre muchos), me limitaré a considerar los agravios sobre aquellas cuestiones centrales que sean útiles para la decisión(fallos 272:225 entre muchos y CNCiv., sala C, 23/03/2011 –“Ferrocarriles Metropolitanos SA c. Agli, Jorge A. en JA 2011-IV, fascículo n. 5, pág. 61).

Ya hemos tenido oportunidad de establecer las pautas que rigen esta compleja problemática ya que han incidido en cuanto a cada uno de los temas que la conforman divergencias doctrinarias y jurisprudenciales sobre las cuales hemos tenido que analizar y adoptar con o sin matices en cada una de las Salas de este Tribunal y finalmente decidir cuando las obligaciones emergentes de tales convenciones conforman una relación de consumo operando sus medidas de protección. A las señaladas por el recurrente sumo la causa contendida en el Expte. N° 14.460/2004, RSD N° 31/2005, a cuyos fundamentos remito por razones de economía y celeridad.

Que la vencida ha consentido los fundamentos del fallo y su conclusión, lo que permite considerar, en primer lugar, si tal resolución admite ser extensiva a la codemandante. Así la recurrente argumenta a favor de tal cambio e invita a verificar si las motivaciones de la exclusión, brevemente expresadas en el p. 7 de los considerandos(fs. 561 vta.) se ajustan a derecho en función de los elementos obrantes en la causa, o si la actual propuesta es la viable.

Sin objetar la legitimidad del reclamo, considera el iudex a quo que la prueba adquirida no beneficia a la peticionante excluida.

Vuelvo, en cuanto al punto a lo dicho en los antecedentes señalados al comienzo y a los que remití no obstante recuerdo que la doctrina ha sido reiterada en punto a considerar que dentro de la órbita de la responsabilidad contractual, prima un criterio restrictivo en materia de reparación del daño moral (Llambías J. J., “Tratado de Derecho Civil, Obligaciones”, T. I, pág. 353; Cazeaux P. - Trigo Represas, F., “Derecho de las Obligaciones”, 2ª. ed. T. I, pág. 382; Cichero , “La

reparación del daño moral en la reforma de 1968", ED., 66-157; Borda, G., "Tratado de Derecho Civil, Obligaciones", 7a. ed., t. I, pág. 195, n 175; CNCom., sala A, 25/06/2007 –"Martinotti, Adalberto A. v. Marsans International Argentina SA. y otro"- publicado en JA 2008-I, fascículo n. 13, pág. 14 entre muchos).

Además que como principio, en materia contractual el daño moral no se presume.

En consecuencia, quien lo invoca debe alegar y probar los hechos y circunstancias que determinan su existencia, correspondiendo al juzgador aplicar la condena de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso.

Debo recordar que la noción de daño moral se halla vinculada con el concepto de desmedro extrapatrimonial o lesión en los sentimientos personales, en las afecciones legítimas o en la tranquilidad anímica, que no son equiparables ni asimilables a las meras molestias, dificultades, inquietudes, o perturbaciones que pueda llegar a provocar un simple incumplimiento contractual, en tanto estas vicisitudes o contrariedades son propias del riesgo de cualquier contingencia negocial.

A tales limitaciones, a efectos de su procedencia debe analizárselo de manera individual ya que uno de sus caracteres es el de ser personal, no transferible, no asociado o acumulable, cada quien con sus sentimientos y vivencias, la reparación del agravio moral debe computarse un cúmulo de factores donde es relevante la subjetividad del agente del daño (cultura, idoneidad, versación, etc.), la repercusión social y el ámbito donde aconteció el evento dañoso, la actuación y trayectoria de las partes, computándose la índole del hecho lesivo y circunstancias personales o subjetivas de la propia víctima(ver v. gr. "Reparación del agravio moral", por Gagliardo, Mariano, publicado en: laleyonline.com.ar (2009).

Así, toda la documental que da cuenta cronológica de las obligaciones y convenciones que resultan ser la fuente generadora le da certeza al sentenciante para admitir la lesión extrapatrimonial refieren al vencedor en juicio y para nada ha visto perjudicado el buen nombre y honor de la recurrente y si hacemos caso al aporte testimonial en cuanto a las repercusiones espirituales sobre su esposa no superan la de las meras inquietudes y perturbaciones por una frustración material

de un emprendimiento común. De tal modo, comparto la prudente apreciación del fallo, y propongo su conformación en cuanto al punto tratado.

La ley 24240 de defensa del consumidor permite extraer ciertos principios generales que son aplicables como pautas de orden público en la interpretación de las contrataciones efectuadas por los bancos. Se halla en esta línea la obligación contractual de seguridad y garantía, calificada por el resultado y accesoria de cada uno de los contratos, que se inicia en el prestador y culmina en el consumidor.

El fundamento de la responsabilidad civil no lo constituye solamente la antijuridicidad en la conducta del agente a quien se le atribuye haber ocasionado el perjuicio, sino justamente la causación del daño a quien lo soporta.

Para que exista responsabilidad civil deben configurarse cuatro elementos -comunes a ambos supuestos de responsabilidad (contractual o extracontractual)- a saber: antijuridicidad, la existencia de un daño, relación de causalidad entre el hecho ilícito o el incumplimiento y la imputabilidad de aquéllos al autor del daño o la concurrencia de un factor legal de atribución de responsabilidad.

En el caso el reconocimiento del error por parte de la condenada al pago sin que pueda formulársele reproche alguno a la institución bancaria que sólo actuo conforme la normativa imperante y absolutamente ajena a la administración contable de la codemandada la libera de toda responsabilidad tal como bien lo señala el sentenciante, de allí que sin ahondar en mas consideraciones ya que no obra en el discurso del recurrente argumento o prueba de peso ignorada injustificadamente para variar tal suerte propongo al acuerdo que en cuanto a esta cuestión también sean rechazados los agravios.

Como bien nos señala Pizarro en su valiosa obra “Daño moral, prevención, reparación, prevención”, Ed. Hammurabi 1996, que la índole de los sufrimientos a los fines de la cuantificación de los mismos es una cuestión librada a la apreciación y decisión del magistrado, considerando su intuición al efecto de establecer equidad en la suma indemnizatoria, no queda librado a cánones objetivos, sino a la prudente ponderación, debiendo ella compensar el dolor, tratando dicho siempre que no resulta fácil fijar la cuantía por ello todo el problema de la prudencia es fundamental dentro del subjetivismo para la consideración del rubro en análisis.

En tal sentido se ha dicho que la fijación de sumas indemnizatorias por este concepto no está sujeta a reglas fijas. Su reconocimiento y cuantía depende -en principio- del arbitrio judicial, para lo cual basta la certeza de que ha existido sin que sea necesaria otra precisión (conf. SCBA, Ac. 51.179 del 2/11/93).

No obstante vuelvo sobre la prueba adquirida en la causa y que incide en la fijación de este rubro, dejando a salvo que a tal efecto no existe relación posible con algún presunto daño material en razón de su naturaleza y así lo he dicho reiteradamente adhiriendo a la postura de Highton de Nolasco en fallo compartido por Fernando Posse Saguier y Eduardo A. Zannoni, con fundamento en Llambías, "Obligaciones", t. I, p. 344 y sus citas y en citas jurisprudenciales, cuando dicen que para establecer el monto del daño moral no se deben correlacionar los daños materiales y morales, puesto que se trata de lesiones de distinta índole, y la existencia o no de daños materiales carece de influencia en la determinación del agravio moral.(CNCiv., sala F, 30/09/03 - Busema, Gustavo L. c. Digiglio, Sergio R. y otro- Rev. Lexis Nexis JA, de febrero 11-2004, pág. 54, corresponde a JA 2004-I, fascículo n.6). Y sin perder de su vista su carácter resarcitorio y en base a los antecedentes del caso concreto y a los antecedentes de esta sala propongo al acuerdo la suma de $20.000.00, el resarcimiento por este rubro. Ello implica duplicar lo otorgado y en consecuencia torna abstracto la cuestión traída por derecho propio, el representante legal de la accionante tornándose operativa la norma contenida en el art. 282 CPr./DJ.

Conforme lo propuesto y el desinterés demostrado por la vencida en primera instancia en esta etapa, deberá soportar las costas de la misma y se difiere la regulación e los honorarios de ambas instancias al momento del acuerdo en el que se tendrán presente las pautas arancelarias de la ley XIII-N°4 y 15. Se tiene en cuenta la reserva formulada del llamado “caso federal”.

A la segunda cuestión el Dr. Julio Antonio Alexandre dijo:

Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación articulado por la accionante y en consecuencia se revoca parcialmente el fallo impugnado en sus puntos 1 y 3, elevándose el monto de la condena a la suma de veinte mil pesos ($20.000-), con costas de ambas instancias a cargo de la co-demandada vencida y regulándose honorarios por ambas etapas en el momento procesal oportuno de conformidad a

los considerandos pertinentes. Se tiene presente la reserva formulada del llamado “caso federal”.

A la primera cuestión la Dra. Silvia Noemí Alonso dijo:

1. El fallo apelado y los agravios

El alcance del fallo dictado, los datos del recurso y el contenido de los fundamentos han sido descriptos en el voto que antecede; a tales constancias me remito a fin de evitar repeticiones estériles.

1. Tratamiento de los agravios.

Los agravios se circunscriben a tres cuestiones,

las que serán examinadas en el orden propuesto por los recurrentes.

- *La situación de la co-actora R. B. C.*.

La revisión propuesta, respecto a la coactora, no puede prosperar ya que la pretensión inicial no se conecta indefectiblemente con el derecho sustancial. Concretamente, no se ha podido demostrar que las acciones de la codemandada –A. M. de E. P. del C.- con respecto a su marido hayan afectado su esfera extrapatrimonial.

En tal orden de ideas, se advierte con prístina claridad que en autos tal recaudo esencial no ha sido probado. En efecto, la conducta reprochable de la codemandada (A.) le causó a su esposo un descrédito personal pero tal lesión extrapatrimonial es personal y no se puede considerar probada por la sola existencia del vínculo matrimonial.

En tal orden de ideas se ha sostenido que es improcedente el reclamo de daño moral deducido por los hijos y la cónyuge del cliente perjudicado por la información errónea del banco, pues si bien es cierto que esta impactó en el núcleo familiar, se trata de damnificados indirectos respecto de la relación que uniera al cliente con la entidad bancaria (CNCiv, Sala H, 2/5/2008, en autos “Clavico, Carlos E c/ BBVA Banco Francés”, Revista de Derechos de Daños, Rubinzal Culzoni Editores, 2013 I *Daños en la contratación bancaria,* p. 502.

En similar sentido se ha sostenido que en casos como el que nos ocupa (reclamo del cónyuge), no puede presumirse la existencia de la lesión, debiéndose ser rechazado el reclamo cuando la lesión no se encuentra suficientemente demostrada. Incluso, en forma adicional se sostuvo que la esposa “no es titular del

interés tutelado por el derecho lesionado; en la mejor de las hipótesis se trata de una damnificada indirecta y el art. 1078 C.C. limita la reparación del rubro a quien sufrió el daño en calidad de damnificado directo. Añado que no existe elemento demostrativo de la existencia del daño invocado respecto a la coaccionante P., pues la presunción legal no puede ni debe confundirse con las inquietudes comunes al mundo de los pleitos y de los negocios (CNCom, Sala B, 29/12/2003, en autos "Lupi Luis Fernando y otro c/Lloyds Bank SA s/ordinario"; elDial.com - AA1F31).

Por lo demás la co-actora –Sra. C.- basa su reclamo resarcitorio en la imposibilidad de acceso a un crédito, tal hecho es insuficiente para generar responsabilidad por daño moral puesto que la solicitud fue efectuada junto con su esposo y ningún otro extremo acreditó la accionante. En caso similar al que nos ocupa se ha sostenido que atribuir responsabilidad civil en casos de información errónea es necesario acreditar el carácter de damnificada directa “pero en la especie, por lo visto, la actora sólo se vio privada de acceder a un préstamo hipotecario en el B. de G., para la adquisición de un terreno, que en definitiva, pudieron comprar con el crédito de otro Banco (cfr. fs. 207 y fs.378), lo que no justifica que se dé andamiaje a su pretensión de ser resarcida por éste ítem” (CNac.Civ., Sala A, 2/11/2005, en autos "Torres, Sergio Hernán y otro c/ Banco Bansud S.A. s/ daños y perjuicios", elDial.com - AA3043).

Por las razones expuestas se rechaza el recurso.

- La eximición de responsabilidad del codemandado B. D. S.

El recurrente insiste en la atribución de responsabilidad al B. D. S.; si embargo no alcanza a refutar los argumentos nucleares del fallo. Ello asi en tanto está debidamente acreditado en autos que la A. M. de E. P. del C., recibió el dinero de la cuota que fue descontado de lo haberes del actor por parte de la empleadora pero no hizo entrega de dicho dinero al banco.

Esta omisión derivó en la situación de mora del actor con su consecuente incorporación a los registros de deudores no cumplidores. Con base en estos extremos es claro que es la mutual la que debe responder por los perjuicios causados resultando injusta la atribución de responsabilidad con relación a la entidad financiera.

Frente a lo expuesto, el estado de desazón e intranquilidad espiritual ocasionado por la situación de mora en la cual incurrió por culpa de su empleadora y las dificultades de su posterior incorporación en los registros pertinentes de la aquí actora, máxime teniendo en cuenta que tenía la certeza que le había sido descontado el dinero para saldar la totalidad de las cuotas convenidas, amerita la condena por daño moral exclusivamente respecto a la Asociación (CNCiv., sala E, 14/04/2004. Miranda, Clara Teresa c. Círculo Mutual Subofic. Retir. de la Policía Federal Argentina y otros s/daños y perjuicios, elDial - AE1F86*).*

Huelga señalar que respecto al banco demandado no ha podido acreditar el actor la concurrencia de tres los presupuestos de la responsabilidad (antijuridicidad factor de atribución y relación de causalidad).

Por los motivos expuestos se rechaza este agravio.

- *El monto de la condena.*

La procedencia del daño moral no ha merecido impugnación por parte de la obligada al pago; la actora controvierte su cuantificación con base en serios argumentos que considero deben tener acogida.

Es que las particularidades del caso (etapa fundacional de la familia, acuciantes necesidades vinculadas al hogar, embarazo de la esposa, entre otras), y a la luz de los antecedentes análogos de esta Sala, que constituyen aquí parámetros objetivos en esta materia plagada de subjetividades, adhiero a la proposición efectuada por el colega preopinante ($20.000) que resulta equitativa.

3. El recurso del letrado de la parte actora.

La modificación del monto de condena obliga a la readecuación de las costas y los honorarios de conformidad con las previsiones del artículo 282 del CPCCCH. Por tal razón el tratamiento del recurso del letrado de la parte actora –Dr. M. G.-, interpuesto y fundado a fs. 571/572, ha devenido abstracto.

2. Costas y honorarios.

La modificación propuesta carece de entidad para revisar las costas impuestas, las que deben ser mantenidas a la codemandada vencida.

Los honorarios de primera instancia deben ser fijados en porcentuales como lo prevé el artículo 47 de la ley XIII N° 4. A los fines de su determinación he de tener

en cuenta las pautas legales del artículo 5 del ordenamiento citado (monto, complejidad, trascendencia y extensión de la labor profesional) como así también las escalas mínimas y máximas. Por tales razones, propongo regular los honorarios del Dr. M. G. en un 21% del monto del proceso; los del Dr. O. D. V., por su actuación en autos, en el 9% del monto del proceso; los de los Dres. C. H. C. y F. C., en forma conjunta, por su actuación en autos, en el 5% del monto del proceso; los de los Dres. O. G. A., C. S. K. y C. N. G., conjuntamente, por su actuación en primera instancia en el 5% del monto del proceso. En todos los casos con mas la alícuota del impuesto al valor agregado si correspondiere.

Las costas de esta instancia se imponen a la co demandada A. M. de E. P. por aplicación del principio objetivo de la derrota.

Los honorarios se regulan de conformidad con las pautas generales contenidas en el artículo 5 de la ley arancelaria y por aplicación de las escalas específicas del artículo 13 del mismo ordenamiento.

En función de lo expuesto propongo se regulen los honorarios a favor del Dr. M. G. en el 30% de los que le corresponden en la instancia de grado, con más el impuesto al valor agregado si correspondiere.

A la segunda cuestión la Dra. Silvia Noemí Alonso dijo:

Adhiero al pronunciamiento propuesto por el colega preopinante.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar la siguiente

SENTENCIA

1) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la parte actora a fs. 563.

2) Revocar parcialmente el punto 1° de la sentencia de primera instancia obrante a fs. 559/562, únicamente en el monto de condena el que se establece en la suma de pesos veinte mil ($ 20.000).

3) Regular los honorarios de primera instancia a favor del Dr. M. G. en un 21% del monto del proceso; los del Dr. O. D. V., por su actuación en autos, en el 9% del monto del proceso; los de los Dres. C. H. C. y F. C., en forma conjunta, por su actuación en autos, en el 5% del monto del proceso; los de los Dres. O. G. A., C. S. K. y C. N. G., conjuntamente, por su actuación en primera instancia en el 5% del monto del proceso. En todos los casos con mas la alícuota del impuesto al

valor agregado si correspondiere.

4) Declarar abstracto el tratamiento del recurso de apelación interpuesto por el Dr. M. G. por propio derecho a fs. 571

5) Costas de ambas instancias a la co-demandada A. M. de E. P.

6) Regular los honorarios de esta instancia a favor del Dr. M. G. en el 30% de los que le corresponden en la instancia de grado, con más el impuesto al valor agregado si correspondiere.

7) Tener presente la reserva del caso federal efectuada a fs. 601 vta.

8) Regístrese, notifíquese, devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL NRO. AÑO 2013

DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS “CyC”