--- En la ciudad de Trelew, a los días de octubre del año dos mil quince, se reúne la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia de la Dra. Natalia Isabel Spoturno y presencia del Sr. Juez del Cuerpo Dr. Carlos A. Velázquez, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“B., H. L. c/ B. S. RIO S.A. s/ Daños y perjuicios” (Expte. N° 399 – Año 2015 CAT)** venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?, y SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 262.----------

--- **A LA PRIMERA CUESTIÓN**, el Dr. Velázquez expuso:----------

-- I.- La sentencia de primera instancia acogió la demanda indemnizatoria de daños promovida por el actor contra la institución bancaria que informara erróneamente al Banco Central y a empresas de información su calidad de moroso, frustrándole con ello el acceso al crédito. En lo que aquí interesa, dada la dimensión del agravio que fijara la competencia revisora de esta alzada, el decisorio del previo grado determinó el resarcimiento por la pérdida de chance de obtener créditos en el equivalente al 30 % de las operaciones malogradas.----------

--- Apeló el demandante tal fallo y para fundar su recurso -tras recapitular el concepto de chance, la diferencia de ésta con el lucro cesante, la necesidad de vínculo causal entre el daño y el hecho, así como la responsabilidad de la demandada- recordó que la privación de un crédito solicitado para adquirir un automóvil y algunos electrodomésticos le provocó claro perjuicio, para luego señalar que, si bien en el juzgamiento del grado de probabilidad de que el beneficio se concretara existe siempre un margen de error, en el caso el mismo queda reducido a la mínima expresión por haber sido acreditado que la adquisición de los bienes indicados efectivamente fracasó por la imposibilidad de acceder al crédito. Indicó luego que la responsabilidad en que el banco demandado incurriera “debe ser castigada ejemplarmente”, para añadir a continuación que en la cuantificación de daños causados por pérdida de chances los criterios numéricos han de ser sólo referenciales y finalizar sosteniendo que el resarcimiento debe ser equivalente al 100 % de la operación malograda.---------- La reseñada expresión de agravios fue replicada por el demandado a fs. 257/259. En esa pieza el demandado, más que contestar el traslado de las impugnaciones del actor, sostuvo la improcedencia total de la demanda por falta de demostración de los daños, peticionando a la Cámara que “de oficio” procediera al rechazo de la pretensión.---------- II.- Al margen de consideración han de quedar las referencias del recurrente a la noción de chance, la distinción de ella con el lucro cesante, la precisión de un nexo causal entre el perjuicio y el hecho generador y la existencia de responsabilidad del demandado, pues en todo ello las alegaciones del apelante coinciden con los argumentos del “a quo”, de modo que en esos aspectos la sentencia en crisis no le provocan gravamen ninguno que genere un interés sustento de su recurso.---------- Descarto igualmente el reclamo del

apelante de un “castigo ejemplar” para el banco accionado, pues la indemnización en nuestro derecho no tiene carácter sancionatorio y ejemplificador. 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 esa 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 nº 22, Paris 1977, 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.----------
--- Desde luego que cabe admitir la indemnización reclamada por el cliente de una entidad bancaria, incluido erróneamente en la lista de deudores del Banco Central y en los registros de las empresas difusoras de esa información, por el daño que tal circunstancia causara a aquél en tanto el actuar equivocado del banco frustró su chance creditoria, mas el monto de la reparación no puede ser asimilado sin más al del beneficio dejado de percibir, pues lo resarcible es la chance en sí misma (confr.: C.N. Com., Sala “E”, 7/10/05, in re “Díaz, G. c/ Banco Río de la Plata S.A.”; ídem, Sala “A”, 17/9/04, en autos “Pérez, E. c/ Fiat Argentina S.A.”, ambos precedentes cits. “Revista de derecho de daños”, to. 2008-1, Rubinzal - Culzoni 2008, págs 283 y 306).---------- Es que para determinar el monto indemnizatorio en el supuesto de chance no es posible evaluar concretamente el daño causado, pues la única consecuencia que el ilícito origina es la pérdida de una oportunidad de alcanzar sólo eventualmente un beneficio, lo que lleva, consecuentemente, a un resarcimiento menor en comparación con el que cabría en el supuesto de daño cierto, penetrándose en el ámbito del prudente arbitrio judicial (art. 167 párr. 3º C.P.C.C.). Así, la valoración de la chance nunca puede identificarse con el eventual beneficio frustrado, ya que no es posible olvidar que lo malogrado es propiamente la chance misma, la cual, por su propia naturaleza, es siempre problemática en su realización (confr.: C.N. Fed. C. y C, Sala III, 1/6/06, en autos “Arplat S.A. c/ Aguas Argentinas S.A.”, en Rev. cit., págs. 284/285).------- Y en la especie todavía se aúna a lo

expuesto otra circunstancia relevante. La operación fracasada era de crédito, de modo que los fondos que eventualmente recibiera el actor de una financiera no los incorporaría definitivamente a su patrimonio, sino que había de restituirlos a la prestadora. Mal puede entonces el actor pretender como indemnización -que, desde luego, no restituirá- la percepción de un importe idéntico a la suma simplemente prestada, pues ello importaría no resarcirlo sino

enriquecerlo sin causa.----------

---- Así entonces, considero que la indemnización fijada por el sentenciante de origen en el 30 % del monto de la operación crediticia malograda ha significado un uso prudente de la facultad judicial del art. 167 párr. 3º C.P.C.C.----------

---------- III.- Vedado le está a este Tribunal de Alzada el ocuparse siquiera de la cuando menos sorprende petición que el demandado formulara en su responde a los agravios, conforme la cual esta Cámara debería “de manera oficiosa” disponer el rechazo de la

demanda.----------

----- En nuestro régimen procesal, donde campea el principio dispositivo y su derivado el de congruencia -que debe ser respetado al fundar toda sentencia bajo pena de nulidad (art. 34 inc. 4º C.P.C.C.)-, sería francamente ilícito pronunciar “ex officio” la revocación de un decisorio que la parte afectada por él consintió al no recurrirlo en su día.---------- Obsta a la Alzada expedirse fuera de los límites de los recursos deducidos -“tantum devolutum quantum appellatum”- precisamente el mentado principio de congruencia, que hunde sus raíces en garantías constitucionales, pues, como tiene declarado con voz firme la Corte Federal, halla sustento en los arts. 17 y 18 de la Const. Nac. (C.S.N., Fallos 301:925, 304:355), toda vez que es expresión del derecho de propiedad y de defensa en juicio y tiende a dar certeza y seguridad a los derechos ventilados en un proceso.----------

---

--- Aquí, en efecto, esas garantías constitucionales resultarían conculcadas de ser atendidas las peticiones del demandado. La de propiedad, porque el derecho reconocido en el pronunciamiento de primera instancia en sus porciones no recurridas pasó en autoridad de cosa juzgada, incorporándose al patrimonio del interesado y protegido por el art. 17 Const. Nac., de modo que no puede válidamente privarselo de él so pretexto de haberse dictado el fallo con error (confr.: C.S.N., Fallos 259:289, L.L. 129-712; C.N. Civ., Sala “A”, L.L. 131-961). Tal lo acontecido en la especie en relación a la concurrencia en el caso de todos los presupuestos de la responsabilidad civil, acreditación de los daños inclusive.----------

---- La garantía de defensa en juicio sería de su lado afectada, porque, al no existir ocasión procesal de replicar la contestación de agravios de fs. 257/259, el actor se vio impedido de ser escuchado al respecto y, bien sabido es, consustancial con el derecho

de defensa es la oportunidad de ser oído (“audi alteram partem”), sin la cual, a tenor del art. 18 Const. Nac., no existe juicio constitucionalmente válido en el ordenamiento jurídico argentino (confr.: C.S.N., Fallos 242:231, 251:86).----------

--- Por último, un tercer principio procesal de inexcusable aplicación concurre a apontocar lo expuesto: el de preclusión, que aquí operó en su modo más clásico, esto es por el agotamiento infructuoso del plazo para apelar la sentencia del previo grado, que el demandado tuvo a su disposición y no usó (confr.: Morello y otros, “Códigos Procesales...”, 2da. ed., I-623). Por ende, mal le es dado a él exponer quejas contra un fallo de su lado consentido y mal podría la Cámara atender a ellas sin que, previo a exponerlas, fuera abierta su competencia revisora con el pertinente recurso.----------

--- IV.- Por tales motivaciones propongo la confirmación de la sentencia apelada en lo que fuera materia de agravio, con costas de segunda instancia al recurrente vencido en ella (art. 69 C.P.C.C.) y regulando los honorarios de los Dres. S. D., F. O. V. y J. E. F., por sus labores de alzada y atendiendo a la extensión, calidad y resultado de ellas, en las sumas respectivas equivalentes al 2,86 %, al 0,86 % y al 2,50 % del monto total del proceso a ser liquidado en la etapa de ejecución (arts. 5, 6, 8, 13, 18, 46 de la Ley XIII nº 4).---------- Me pronuncia aquí entonces por la AFIRMATIVA.---------- **A LA PRIMERA CUESTIÓN**, la Dra. Natalia Isabel Spoturno dijo:---------- --- I. Los detalles del caso, decisión impugnada y agravios expresados fueron suficientemente expuestos por el magistrado que me precedió en el voto. Por tal motivo me pronunciaré directamente sobre los aspectos traídos a decisión de esta alzada dando tratamiento a los agravios en el orden propuesto por el colega que me precedió en el voto.----------

-- II. No me resulta posible acompañar al apelante en sus agravios. Pretende la actora que se revoque la sentencia y que se haga lugar *in totum* al monto reclamado como pérdida de chace.----------

-- La pérdida de una oportunidad o "chance" constituye una zona gris o limítrofe entre lo cierto y lo incierto, lo hipotético y lo seguro; que se da cuando un comportamiento antijurídico interfiere en el curso normal de los acontecimientos, de forma tal que ya nunca se podrá saber si de no haber mediado el mismo, el afectado habría o no podido obtener una ganancia o evitar una pérdida. (Trigo Represas, Félix A., “Responsabilidad civil bancaria, por errónea acreditación en cuenta corriente del importe de un cheque rechazado”, Publicado en: DJ1993-1, 345, Cita Online: AR/DOC/3371/2006).----------

-- Efectivamente, y tal como lo sostuvo el juez de grado en su sentencia, corresponde admitir la indemnización por pérdida de la chance del actor que se vio privado de acceder al crédito en virtud de una errónea información emitida por la entidad bancaria demandada.----------

- --- Aplicando un criterio que comparto —y que coincide con el criterio de la sentencia de primera instancia—, resolvió la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial: *“No*

puede desconocerse el carácter de profesionalidad que ostenta una entidad bancaria, que al desplegar una actividad profesional, debe conocer y prever el alcance de sus actos, para dar seguridad a las operaciones que en general lo tienen como predisponente, lo que reconoce base legal en la previsión contenida en el artículo 902 del Código Civil (CNCom, Sala C, in re "Banco de la Ciudad de Buenos Aires c/ Mendizábal, Susana María s/ ejecutivo" del 28/05/04"; Sala F in re "Guglielmo, Élida Ester c/ Banco Itaú Argentina SA s/ Ordinario"). Se ha expresado en tal sentido, que uno de los aspectos comprendidos en la regla es el de los conocimientos especiales de la persona. La superior aptitud, el mayor alcance de ese conocimiento por la preparación o por el título, califican la actitud por prudencia y previsión. En este caso, la previsibilidad del agente es superior a la que corrientemente es dable juzgar (cfr. Brebbia, "Hechos y actos jurídicos" y Orgaz, "El daño resarcible", citados por Belluscio, en "Código Civil y leyes complementarias", Tomo 4, pág. 67). Ello, a su vez, determina el agravamiento de su responsabilidad por las consecuencias posibles de los hechos acaecidos (v. fallo cit., "Najera Maria Alicia c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ ordinario")". (Conf. Rodríguez, Alejandro vs. Citibank N.A. s. Ordinario - 04/08/2011 - Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial Sala F - Fuente: Prosecretaría de Jurisprudencia de la CNCom. Cita: RC J 13883/11).---------- Sin embargo, el *quantum* indemnizatorio en un caso como el que nos ocupa en el que la pérdida de la chance fue la imposibilidad de acceder al crédito, de ninguna manera puede ser el monto total del crédito al que no se pudo acceder. Otorgar al actor el monto total del crédito del que se vio privado sería equivalente a convalidar un enriquecimiento sin causa puesto que —tratándose justamente de un crédito— es un monto que en definitiva debería devolver. No es la pérdida de una ganancia sino la pérdida de una posibilidad de acceder al crédito.---------- Es así que, si bien es cierto que “la privación o no obtención del crédito solicitado a los efectos de la adquisición del automóvil referido, como la adquisición de electrodomésticos, es obvio, que provocaron un claro y evidente perjuicio al actor” (fs. 249vta) también es cierto que ese perjuicio no puede ser indemnizado con el alcance que pretende el apelante.----------

--- Considera la parte que la responsabilidad de la demandada “debe ser castigada ejemplarmente, haciendo lugar al reclamo de esta parte en un cien por ciento del monto de la pérdida de chance reclamado”. Cabe destacar en este punto que nuestro régimen de responsabilidad civil no admite castigos ejemplares sino indemnizaciones que deben estar relacionadas directamente con el daño sufrido. En este caso el daño fue la imposibilidad de acceder a un crédito (crédito que como tal debería ser devuelto por el actor a la entidad financiera que se lo otorgara o al comercio de venta de electrodomésticos).----------

-

--- Por lo expuesto considero, coincidiendo en consecuencia mi opinión con la del Magistrado que me precedió en el voto, que el porcentaje otorgado en el grado por la pérdida de la chance luce correcto y atinado (art. 167 párr. 3° CPCC).----------

--- III. Verdaderamente sorprende el planteo que efectúa la demandada al contestar agravios que desde el "objeto" solicita a esta alzada que de oficio ordene la "improcedencia total de la demanda instaurada en autos" y finaliza su petitorio solicitando: "se rechace la demanda con costas".----------

--- Poco puedo agregar a lo dicho al respecto por el Dr. Velázquez. Consintió la demandada la sentencia en el momento mismo en que no apeló la misma. De esta manera, al contestar agravios, únicamente puede referirse a los agravios de la actora pero nunca expresar sus propios agravios.----------

-- La pretensión de la demandada es inatendible en esta instancia por violar elementales principios procesales que rigen en nuestro ordenamiento (congruencia y preclusión entre otros). Se violaría además la garantía de defensa en juicio por no haber tenido la contraria ocasión de contestar.----------

--- Es por ello que de modo alguno puedo ingresar al tratamiento de los cuestionamientos que hace la demandada contra el fallo (consentido por su parte).--------- IV. La conclusión: Por lo expuesto, acompaño al Magistrado preopinante en su propuesta de confirmar la sentencia apelada en lo que fuera materia de agravio, con costas de alzada al apelante vencido (art. 69 CPCC).---------- Con relación a los honorarios encuentro ajustados al resultado del pleito los propuestos por el Dr. Velázquez considerando la extensión, mérito, calidad y resultado de las tareas cumplidas en esta instancia (arts. 5, 6, 8, 9, 13, 18 y 46, Ley XIII N° 4).---- Por ello, a la primera cuestión voto POR LA AFIRMATIVA.

--- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Dr. Velázquez respondió:----------

--- Visto el acuerdo antes alcanzado, corresponde confirmar la sentencia apelada en todo cuanto fuera materia de recurso y agravios, con costas de segunda instancia al recurrente vencido en ella y regulando los honorarios de los Dres. S. D., F. O. V. y J. E. F., por sus labores de alzada, en las sumas respectivas equivalentes al 2,86 %, al 0,86 % y al 2,50 % del monto total del proceso a ser liquidado en la etapa de ejecución.---------- ASÍ LO VOTO.----------

--- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, la Dra. Spoturno expresó:----------

-- La resolución que corresponde dictar es la propuesta por el Dr. Velázquez fiel reflejo del acuerdo alcanzado.----------

-- ASI LO VOTO.----------

-- 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 y encontrarse en uso de licencia el Sr. Juez de Cámara, Dr. Marcelo J. López Mesa al momento de

efectuarse el sorteo (arts. 7 y 8, Ley V - Nº 17).----------
-
--- Trelew, de Octubre de 2015.----------
-- 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 la sentencia apelada en todo cuanto fuera materia de recurso y agravios, con costas de segunda instancia al recurrente vencido en ella.---------- ---
REGULAR los honorarios de los Dres. S. D., F. O. V. y J. E. F., por sus labores de alzada, en las sumas respectivas equivalentes al 2,86 %, al 0,86 % y al 2,50 % del monto total del proceso a ser liquidado en la etapa de
ejecución.----------
-
--- Regístrese, notifíquese y devuélvase.----------

--- REGISTRADA BAJO EL N° _____ DE 2015 – SDC. - CONSTE.----------

JOSE PABLO DESCALZI
SECRETARIO