

CAMARA APEL CIV. Y COM 8a

Protocolo de Sentencias
Nº Resolución: 53
Año: 2023 Tomo: 2 Folio: 508-523

EXPEDIENTE SAC: 10005514 - LANZA CASTELLI, SEBASTIÁN C/ BANCO BBVA ARGENTINA S.A. Y OTROS -
ABREVIADO - OTROS - TRAM.ORAL
PROTOCOLO DE SENTENCIAS. NÚMERO: 53 DEL 15/05/2023

SENTENCIA NUMERO: 53.

En la Ciudad de Córdoba, a los Quince días del mes de mayo de dos mil veintitrés de conformidad a lo dispuesto por el Acuerdo Número un mil seiscientos veintinueve (1629) Serie "A" del seis (06) de junio del año dos mil veinte (punto 8 del Resuelvo) dictado por el Tribunal Superior de Justicia los Sres. Vocales Dres. María Rosa Molina de Caminal, Héctor Hugo Liendo y Gabriela Lorena Eslava proceden a dictar sentencia en los autos caratulados: "**LANZA CASTELLI, SEBASTIÁN C/ BANCO BBVA ARGENTINA S.A. Y OTROS – ABREVIADO – OTROS – TRAM ORAL – EXPTE. 10005514**", con motivo del recurso de apelación interpuesto por la demandada, en contra de la Sentencia N° sesenta y dos, dictada por la Sra. Jueza en lo Civil y Comercial de 16° Nominación de esta ciudad con fecha cuatro de mayo de dos mil veintidós en la que se resolvía: “(...) 1) *Rechazar la demanda deducida por el Sr. Sebastián Lanza Castelli en contra de LATAM Airlines Group S.A. y Prisma Medios de Pago S.A.* 2) *Hacer lugar a la demanda deducida por el Sr. Sebastián Lanza Castelli en contra de BBVA Argentina S.A. En consecuencia, condenar a esta última a reestablecer para el Sr. Sebastián Lanza Castelli el "Programa LATAM Pass" con idénticas condiciones a las vigentes hasta el mes de enero de 2021, quedando asimismo bonificada la comisión de mantenimiento anual del programa; y a abonar la suma total de pesos ciento cuarenta mil (\$140.000) con más los intereses fijados en el considerando respectivo.* 3) *Imponer las costas a la demandada BBVA Argentina S.A. Las costas generadas por la defensa de LATAM Airlines Group S.A. y Prisma Medios de Pago S.A. se imponen por el orden causado.* 4) *Regular los honorarios del Dr. Agustín Melo, Dr. Diego Argayo y de la Dra. Carla I. Rella en la suma de pesos cincuenta y tres mil trescientos sesenta y ocho con ochenta centavos (\$53.368,80), en conjunto y proporción de ley. Regular al Dr. Agustín Melo y a la Dra. Carla I. Rella la suma de pesos diez mil seiscientos setenta y tres con setenta y seis centavos (\$10.673,76) en concepto de art. 104 inc. 5 de la ley 9459, en conjunto y proporción de ley.* 5) *Diferir la regulación de honorarios de los Dres. Enrique Allende, Francisco J.*

González Leahy, Tomás Rueda Laje y Tomás G. Rueda hasta que los referidos profesionales lo soliciten. 6) Regular los honorarios de la perito oficial, Cra. María Roxana Salguero en la suma de pesos cuarenta y dos mil seiscientos noventa y cinco (\$42.695). Protocolícese y hágase saber“

El tribunal se planteó las siguientes cuestiones a resolver:

A la Primera Cuestión: ¿Procede el recurso de apelación?

A la Segunda Cuestión: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

De conformidad con el orden establecido por el sorteo para la emisión de los votos, **A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA, LA SRA. VOCAL DRA. MARIA ROSA MOLINA DE CAMINAL, DIJO:** 1) Contra la Sentencia N° sesenta y dos, dictada por la Sra. Jueza en lo Civil y Comercial de 16° Nominación de esta ciudad con fecha cuatro de mayo de dos mil veintidós, la demandada interpuso recurso de apelación con fecha 06/05/2022, el cual fue concedido mediante proveído de fecha 09/05/2022. Radicados los autos en la alzada, se dio trámite al recurso, expresando agravios la demandada el 24/10/2022, los que fueron contestados por la actora en fecha 08/11/2022 y por la codemandada en fecha 29/11/2022. En fecha 07/02/2023 acompaña dictamen la Sra. Fiscal de las Cámaras en lo Civil, Comercial y del Trabajo.

Firme el decreto de autos de fecha 10/02/2023, queda la causa en estado de ser resuelta.

2) La demandada Banco BBVA Argentina SA expresa en síntesis los siguientes agravios:

Primer agravio: Señala que en la sentencia se afirma que su mandante no acredita haber respetado las condiciones del servicio contratado, y que el accionar del Banco demandado implica apartamiento de las condiciones de contratación originarias lo que resulta contrario a la ley de defensa del consumidor. Que en la misma se establece de aplicación el art. 19 de la ley 24240, que se afirma que su mandante ha cambiado de manera unilateral las condiciones de la contratación celebrada con el actor, y se sostiene que, mediando incumplimiento contractual, se hace aplicable el art. 10 bis de la Ley 24240 haciéndose procedente la demanda que propone el Dr. Lanza Castelli.

Señala que la afirmación que preside el razonamiento sentencial es dogmática y contradice los hechos probados en la causa, ya que es errado sostener que los clientes classic (como el actor) han perdido el beneficio toda vez, que como se

explicara, lo tienen por medio del plan de puntos que mantiene las condiciones y bonificaciones anteriores.

Señala que en la sentencia se reconoce, que ninguna de las tarjetas Visa otorgadas por el BBVA en cualquiera de sus tipos, sea classic, gold, internacional, etc., mantuvieron el sistema de millas de LATAM Pass en las condiciones originales y que en el caso de los dos últimos debían realizar una gestión a fin de adherir a un nuevo sistema con diferencias sustanciales en el cómputo de millas y su costo. Agrega que la sentencia omite el hecho dirimente de que la Cía. LATAM Argentina cierra sus puertas y pone en condiciones objetivas de imposibilidad fáctica al sistema anterior, y que no se trata de una decisión de BBVA Argentina SA, sino de que la empresa aérea mencionada cesa toda actividad en la República Argentina haciendo imposible la continuidad del sistema que el actor pretende se mantenga.

Expresa que la Magistrada sostiene que su mandante ha mantenido el sistema a los clientes Premiun y Premiun World y tal afirmación es inexacta porque, como lo ha informado el dictamen pericial, aquellos clientes que quieran mantenerse en el Programa LATAM Pass deberán aceptar los nuevos términos, condiciones y costos que implica dicho programa previo solicitar la baja del programa de puntos BBVA que mantiene idénticas condiciones en cuanto a acumulación de puntos y beneficios, pero ahora provisto por el sistema “Powered by despegar”.

Manifiesta que ante el cierre de la Cía. Aérea, BBVA Argentina SA genera este nuevo programa que permite mantener beneficios en idénticas condiciones que el anterior, situación de hecho que la Juzgadora no tiene en cuenta o no considera ni introduce en su razonamiento Sentencial. Menciona que no es exacto el razonamiento en cuanto sostiene que el actor perdió los puntos acumulados que tenía en el programa LATAM Pass Classic siendo que la propia codemandada LATAM confesó en su responde, y lo reproduce el considerando, que las millas no se pierden y que el cliente podría usarlas como siempre a través del sitio de LATAM con su número de socio, de acuerdo a los términos y condiciones del Programa LATAM Pass, o sea que, con el cambio implementado por BBVA Argentina SA, a raíz del cierre de LATAM en la Argentina, ningún cliente perdió sus puntos o millas acumuladas en el anterior sistema comenzando a sumar puntos en el nuevo sistema implementado que mantiene idénticos beneficios y bonificaciones para los clientes classic.

Señala que la cuestión traída por el actor es inexacta, y que, ante la imposibilidad de hecho de mantener un sistema, es que se ideó uno nuevo de idénticos

beneficios y bonificaciones, siendo que el cambio tiene origen en el cierre de la Cía. Aérea y en la necesidad de mantener para todos los clientes un sistema equivalente y bonificado, lo que no implica un cambio de condiciones sino un cambio del proveedor de los servicios al que el cliente en idénticas condiciones accede.

Expresa que no hay perjuicio para el Sr. Lanza Castelli ya que mantuvo sus millas en el programa anterior y ahora accede al sistema de puntos con prestaciones equivalentes. Indica que la cuestión no amerita lo que se afirma en contrario en la sentencia, ya que el actor mantuvo sus puntos en el sistema de LATAM Pass y pudo hacer el viaje a México, ida y vuelta si esa era su voluntad.

Señala que ha sido confesado por el apoderado de la Línea Aérea que el nuevo sistema de puntos le permite ir acumulando los suficientes para distintos pasajes aéreos, estadías, hoteles, alquiler de autos etc. idéntico al anterior, y que es falso que su mandante haya cambiado el sistema de puntos, ya que simplemente cambia el proveedor del sistema pero se mantiene en idénticas condiciones el cómputo de puntos antes llamados millas.

Reitera que es falso que su mandante mantenga el sistema a los clientes Premium y Premium World desde que también fue modificado en condiciones más gravosas para los que quisieran mantenerlo en forma voluntaria. Apunta que es negar la realidad sostener, con todos estos hechos probados, que la contratación con LATAM no se ha tornado de cumplimiento imposible, cuando ninguno de los clientes del BBVA Argentina pudieron mantenerlo en idénticas condiciones con posterioridad al día 01/01/2021. Itera que el nuevo sistema de puntos mantiene idénticas condiciones y bonificaciones que el anterior pero provisto por Despegar.

Expresa que a su entender no resulta aplicable el art. 19 de la LDT dado que el nuevo sistema respeta condiciones propuestas a los clientes, sin cambio en las condiciones de contratación, y que es contradictorio el razonamiento Sentencial que mientras adjudica a su mandante responsabilidad por el supuesto cambio de condiciones de contratación, libera al proveedor del sistema LATAM Pass de responsabilidad por resultar ajena al contrato de tarjeta de crédito celebrado por el actor y, luego, condena a su mandante a cumplir con una obligación, que solo podría efectivizarse con el concurso de la proveedora originaria del sistema, o sea LATAM.

Señala que no hay daño desde que LATAM – codemandada - informa que mantuvo los puntos que tenía el actor en su programa, careciendo de toda procedencia la

condena que se propicia contra su mandante, por lo que la demanda merece rechazo, con costas.

Segundo agravio: Señala que la sentencia admite el rubro daño moral reclamado por el actor, hablando de una sensación de angustia, incertidumbre, bronca e impotencia, refiriéndose a desprotección y afirmándose la existencia de un incumplimiento contractual que es inexistente.

Manifiesta que no hay modificación disvaliosa de las condiciones contractuales y que el sistema de puntos permite a los clientes mantener sus beneficios en idénticas condiciones que el anterior pero con otro proveedor, por lo que se está despachando una suerte de resarcimiento automático por circunstancias que, o son inexistentes o no tienen ninguna entidad como las que sospecha o presume la sentenciante del primer grado.

Expone que el incumplimiento de las condiciones contractuales, en rigor es inexistente, desde que el reclamante mantuvo sus millas en el sistema anterior y accede al nuevo sistema con idénticos beneficios y bonificaciones pero provisto por Despegar. Apunta que no puede haberse sentido defraudado el actor si LATAM le mantuvo las millas que tenía acumuladas en su programa y que pudo canjear a voluntad y – por lo que surge de autos – a la fecha no lo habría intentado. Asimismo refiere que se le han explicado al actor que se mantenían las condiciones pero con el nuevo proveedor “Despegar”.

Señala que a su entender el daño reconocido bajo este rubro resarcitorio carece de toda entidad y que parece un exceso, en el caso, hablar de que el actor pudo haberse visto sometido a molestias o complicaciones que le generaran un daño moral resarcible, siendo que la cuestión está vinculada a un sistema de millas para acceder a beneficios que le fue sustituido por otro de iguales o mejores prestaciones, por lo que no parece engastar este tipo de discusión en una situación de desasosiego, stress o frustración.

Manifiesta que no resulta aplicable la previsión del art. 1738 del Código Civil y Comercial y que la sentenciante parece entenderlo así al extremo que, al tiempo de la evaluación económica que propone, deja de lado las expresiones más gravosas sobre un presunto espíritu alterado para referirse tan solo a “molestias y complicaciones” que - como tal - no habilitan la admisión de este rubro. Por ello solicita que, al resolver y en caso de no admitir el primer agravio propuesto, por las razones expuestas se revoque la sentencia en este aspecto rechazando el rubro daño moral, con costas.

Asimismo agrega, en subsidio, y para el evento de que se entendiere procedente este rubro, que lo que se niega, es el monto despachado de \$ 40.000,00 más intereses que lo llevan a \$ 100.000 o más, en la actualidad, lo que luce totalmente desajustado y exagerado al extremo de que la Inferior ni siquiera identifica cual sería la satisfacción sustitutiva y compensatoria que tuvo en mira cuando lo propuso. Reclama, de modo subsidiario, que de mantener la condena por este rubro resarcitorio se lo reduzca sensiblemente a no más del 20% del monto original, ya que ello le permitiría al actor con su familia disfrutar una cena en un lugar de reconocida calidad o disponerlos para alguna ocasión de esparcimiento familiar. Con costas.

Por último señala que las referencias a antecedentes jurisprudenciales que refieren como ilegal someter a un consumidor a agotar todas esas vías a los efectos de obtener el reconocimiento de sus derechos susceptible de ser indemnizada como daño moral es una errónea afirmación que se erige en contra de la Constitución Nacional, particularmente de las garantías establecidas en el art. 18 de la Constitución Nacional. Afirma que es ciertamente peligroso, cuando no ilegal e inconstitucional, sancionar como generador de daño moral resarcible a quien resulta perdidoso en una disputa jurisdiccional respecto de quien resulta ganancioso. Denota que la cuestión excede, por su falta de razonabilidad, todo análisis jurídico y, salvo que medie mala fe (sancionable por las leyes procesales) es inadmisibles sostener tal hipótesis fáctica de admisión de daño moral asentada en la necesidad de reclamar judicialmente por sus derechos.

Tercer agravio: Sobre el daño punitivo. Señala que el incumplimiento contractual que se predica en la sentencia no es tal, pero que si en esta instancia se entendiere lo contrario en ningún caso resulta admisible la sanción punitiva que se ha despachado toda vez que la demandada no ha obtenido ningún beneficio con el cambio de proveedor derivado del cierre de la Cia. Aérea en la República Argentina, y no hay ni menosprecio ni negligencia o descuido.

Reitera que se han mantenido las millas que el actor tenía en el sistema anterior y se le ha ofrecido un sistema idéntico pero con otro proveedor. Asevera que no hay dolo ni imprudencia temeraria; que es materia opinable la supuesta infracción al estatuto consumeril que se le endilga al Banco demandado, y que no es cierto que se haya mantenido una posición lesiva para el derecho del consumidor.

Expresa que es absolutamente falso que su mandante haya actuado o actúe con desinterés y despreocupación de los derechos de sus clientes siendo que, muy por el contrario, ha ofrecido mantener el servicio de premios por puntos en idénticas

condiciones pero con otro proveedor. Reitera que al actor se le han mantenido los puntos en el sistema de LATAM Pass y se le ha ofrecido el mismo sistema pero con otro proveedor y que fue él quien no estuvo de acuerdo en aceptarlo, razón por la que nada hay que compensar ya que el actor nada ha perdido. Indica que BBVA Argentina actúa y ha actuado en todo momento con absoluta claridad, buena fe, informando detalladamente al actor de lo acontecido y que el Dr. Lanza Castelli ha sido atendido con deferencia y debido trato digno.

Manifiesta que no debió admitirse el rubro daño punitivo porque no se está en presencia de una situación de tal gravedad que lo amerite y admita. Denuncia que además no están presentes las condiciones que permiten la sanción punitiva y que no hay dolo o culpa grave ni beneficio alguno para la demandada como derivación de los hechos ventilados en esta causa.

Solicita que se revoque el pronunciamiento en cuanto admite el daño punitivo por la suma de \$ 100.000,00 y que se rechace la demanda en cuanto a este rubro respecta, con costas. Asimismo y en subsidio, para el evento que se admitiere la procedencia de este rubro resarcitorio, solicita que sea reducido a no más del 20 % de lo reconocido. Con costas.

Cuarto agravio: Señala que la Sentencia apelada condena a su mandante a mantenerle al actor el sistema de LATAM Pass y libera de toda obligación a quien presta y organiza ese servicio en el punto I) del resuelvo cuando rechaza la demanda en contra de LATAM Airlines Group S.A.. Expone que, bajo esa condición, es imposible que su mandante cumpla una sentencia sobre un sistema que está organizado y administrado por esta tercera que resulta liberada en la resolución.

Asimismo solicita, para el caso en que se entendiere pertinente mantener la sentencia de primera Instancia y la condena a su mandante a restablecer para el Sr. Sebastián Lanza Castelli el "Programa LATAM Pass" con idénticas condiciones a las vigentes hasta el mes de enero de 2021 quedando bonificada la comisión de mantenimiento anual del programa, lo extienda a la prestadora del Programa LATAM Pass a fin de permitir su cumplimiento. Con costas.

3) Con fecha 08/11/2022 contesta los agravios la actora, peticionando el rechazo del recurso de apelación por las razones que allí exponen y a las que remito en honor a la brevedad. En igual sentido se expide la codemandada al contestar el traslado corrido,

conforme se desprende de la presentación efectuada con fecha 29/11/2022, a la que se remite.

4) En fecha 07/02/2023 acompaña dictamen la Sra. Fiscal de las Cámaras en lo Civil, Comercial y del Trabajo, oportunidad en la que, tras efectuar un análisis de la causa, concluye que corresponde rechazar el recurso intentado por la demandada, debiendo confirmarse la sentencia de la primera instancia.

5) Tratamiento del recurso.-

5) a) Ingresando al análisis de la cuestión debatida, corresponde destacar que no ha sido materia de controversia en el presente el hecho de que el vínculo que une a las partes se caracteriza por ser una relación de consumo. Así, tenemos que la relación contractual que vincula al actor con la demandada se traduce en un contrato de tarjeta de crédito por el cual el Sr. Lanza Castelli asume el rol de contratante al adquirir un servicio, actuando como destinatario final, a través de una contratación a título oneroso (consumidor *directo o jurídico* -primer párrafo, art. 1, LDC-), mientras que respecto de la demandada, no caben dudas que la misma reviste la calidad de proveedora profesional, conforme el art. 2 LDC, ya que reviste la calidad de persona jurídica que se dedica a la actividad comercial, en este caso, de financiación.

Por lo tanto, resultan aplicables al *sub examine* el art. 42 CN y la Ley 24240 de Defensa del Consumidor (y sus modificatorias), y por lo tanto el apotegma *in dubio pro consumidor* y demás principios consumeriles, sumado al principio de buena fe que debe estar presente en todo vínculo contractual.

Así las cosas, para una mejor comprensión de la materia sometida a estudio, corresponde realizar una sucinta relación de los hechos que motivaron el presente pleito, los cuales no se encuentran controvertidos, y han sido reseñados correctamente por la Magistrada de Grado, a saber:

- Que el Sr. Lanza Castelli contrató con BBVA Argentina S.A. por un producto consistente en una tarjeta de crédito Visa N° 4540758004787026 asociada a dicho banco, y que ofrecía un sistema de premios obtenidos de acuerdo a los gastos efectuados con la tarjeta de crédito; así, con las compras y gastos que realizaba con dicha tarjeta, se acumulaban "millas" que luego podían ser canjeadas por pasajes aéreos.

- Que el Sr. Lanza Castelli, como socio del programa de pasajero frecuente LATAM Pass número 54181755442, ha hecho uso de dicho beneficio al canjear en fecha 01/08/2016, a través de la página web de LATAM en el año 2016, un viaje desde Córdoba-Lima- Punta Cana- Lima- Córdoba (Número de ticket: 045-2143827127) (cfr. archivo adjunto de fecha 03/11/2021).

- Que el sistema de millas fue reemplazado por un sistema de puntos a partir de enero de 2021.

- Que el vínculo contractual que uniera a las partes queda comprendido dentro de los términos del art. 1 de la ley de defensa del consumidor.

5) b) Por su parte, del plexo probatorio obrante en autos, se destaca:

1) De la pericia oficial que elaborara la perito contadora María Roxana Salguero (adjunta en fecha 21/12/2021), surge que consultada acerca de: a) si existe en la entidad bancaria registrado el actor como cliente de la misma y como portador de la Tarjeta de crédito Visa Banco Francés N° 4540758004787026 fecha de vencimiento 02/2022; b) de qué clase y/o categoría de cliente reviste Sebastián Lanza Castelli DNI 18175544 en relación a la tarjeta de crédito mencionada; c) de si dicha tarjeta de crédito se encuentra o en algún momento se encontró asociada al sistema de canje de millas con la empresa LATAM Airlines; y d) sobre cuál era la cantidad de millas acumuladas por el actor a la fecha 31/01/2021, la respuesta de la perito fue la misma en cada pregunta manifestando que ***“La demandada BBVA Argentina S.A no ha aportado Contrato de tarjeta de crédito, ni otros registros de su entidad, ni documentación que permita responder a este punto”***.

2) De la pericia contable surge además que, consultada la perito acerca de la forma en que fueron notificados el actor y demás clientes classic del BBVA Argentina SA del cambio de Millas LATAM Pass a puntos de BBVA en el mes de noviembre 2020 y enero 2021, y sobre las condiciones que en podían ser usadas las Millas LATAM Pass acumuladas por los clientes hasta el cambio de sistema a Puntos BBVA, nuevamente respondió que ***“La demandada BBVA Argentina S.A. No ha aportado documentación que permita responder a este punto”***.

3) De dicha pericia también surge que indagada la perito acerca de los beneficios que acuerda el sistema de puntos BBVA implementado a partir del 2021 y de las condiciones en las que un cliente Classic de BBVA puede, a partir de enero 2021, seguir el sistema Millas LATAM Pass respondió que ***“La demandada BBVA Argentina S.A. No ha aportado documentación al respecto. En virtud de ello, se responde a este punto, a partir de información que emana de la página oficial de BBVA Argentina S.A, del link: <https://www.bbva.com/es/ar/bbva-presenta-su-nuevo-programade-beneficios-para-clientes-en-argentina/> (...)”***

4) De la página oficial de BBVA Argentina SA se informó que ***“(…) Desde enero, los titulares de tarjetas de crédito BBVA Gold e Internacional podrán sumar puntos con sus compras, los consumos de sus tarjetas adicionales y los débitos automáticos de servicios. Por cada dólar consumido, o su equivalente en pesos argentinos, acumularán un punto.***

Los puntos se podrán canjear por vuelos, paquetes, y hoteles ingresando desde Banca Online en la plataforma 'Powered by Despegar', la agencia de turismo más grande de América.

Para darles la bienvenida al programa, todos los clientes recibirán puntos de regalo para comenzar a disfrutar de esta nueva experiencia.” (...)

“El programa Puntos BBVA reemplaza al Programa BBVA LATAM Pass para el segmento de clientes clásico (tarjetas Gold e Internacional), sin embargo, las millas no se pierden. El cliente podrá usarlas como siempre a través del sitio de LATAM con su número de socio, de acuerdo a los términos y condiciones del Programa LATAM Pass.

Los clientes de tarjetas Gold e Internacional dejarán de acumular millas a partir de enero 2021 de manera automática para sumar puntos en el nuevo programa Puntos BBVA. Sin embargo, en el caso de que quieran solicitar volver al programa LATAM Pass, podrán hacerlo aceptando nuevas condiciones, que incluyen la modificación en la acumulación de millas. Desde enero de 2021, el cliente que así lo acepte acumulará 1 milla por cada 1,2 dólares o su equivalente en pesos. Además, la comisión de mantenimiento anual del programa LATAM Pass dejará de estar bonificada.

Los clientes Premium y Premium World, seguirán sumando millas LATAM manteniendo sus extras de acumulación, y podrán cambiar sus millas por vuelos internacionales y de cabotaje en LATAM, que operará localmente con otras aerolíneas (...)” (cfr. archivo adjunto de fecha 21/12/2021).

5) Que existen acompañados a la causa resúmenes de cuenta aportados por la demandada BBVA Argentina S.A. (los que han sido citados en la pericia contable), emitidos a nombre del actor, de los que surge el detalle de millas acumuladas en cada mes, donde dice: **“Programa LATAM PASS - Millas acumuladas en la presente liquidación:.....”**, desde el período 06/2019 hasta el resumen del período 12/2020, inclusive, sin que figuren detalle de millas en los resúmenes posteriores (cfr. archivo adjunto de fecha 17/06/2021).

6) Que dichos resúmenes de cuenta VISA, fueron emitidos a nombre de Lanza Castelli S., DNI 18.175.544, bajo el N° CUENTA VISA N°226396086, de los períodos: 06/2019 a 05/2021 (adjunto de fecha 17/06/2021).

7) Que del informe presentado por LATAM Airlines Group S.A. surge que el Sr. Lanza Castelli ha realizado un canje a través de la página web de LATAM en el año 2016, bajo el Número de ticket: 045-2143827127 con un itinerario de Córdoba-Lima- Punta Cana- Lima- Córdoba cfr. archivo (adjunto de fecha 03/11/2021).

8) Que conforme surge del estado de cuenta LATAM del actor, dicha cuenta se encuentra activa y con un saldo de millas disponible a favor del Sr. Lanza Castelli de 40.488 millas (cfr. archivo adjunto de fecha 29/11/2022).

9) De la documental acompañada a la causa en fecha 26/04/2021 por la parte actora surge que el Sr. Lanza Castelli efectuó la correspondiente denuncia en la sede de Defensa del Consumidor, obrando certificado que da cuenta que en etapa de conciliación las partes no llegaron a acuerdo alguno.

5) c) Habiéndose establecido el marco fáctico y probatorio por el cual debe resolverse la cuestión sometida a estudio, ingresaremos al análisis de fondo de los agravios interpuestos.

La codemandada apelante se agravia en los siguientes puntos:

En **primer término** señala que la sentencia erradamente sostiene que los clientes classic (como el actor) han perdido el beneficio toda vez que el nuevo sistema de puntos mantiene idénticas condiciones y bonificaciones que el anterior, pero provisto por Despegar. Que la sentencia omite el hecho dirimente de que la Cía. LATAM Argentina cierra sus puertas y pone en condiciones objetivas de imposibilidad fáctica al sistema anterior, y que no se trata de una decisión de BBVA Argentina SA sino de que la empresa aérea mencionada cesa en toda actividad en la República Argentina, haciendo imposible la continuidad del sistema que el actor pretende se mantenga. Por su parte también sostiene que no es exacto el razonamiento sentencial respecto a que el actor perdió las millas acumuladas que tenía en el programa LATAM Pass Classic siendo que las millas no se pierden y que el cliente podría usarlas como siempre a través del sitio de LATAM. En definitiva refiere que no hay perjuicio para el Sr. Lanza Castelli ya que mantuvo sus millas en el programa anterior y ahora accede al sistema de puntos con prestaciones equivalentes.

El presente agravio no merece recibo. Doy razones.

En primer lugar es de destacar que a lo largo de la justificación del agravio el apelante ha sostenido reiteradamente que nada se ha modificado en las condiciones de contratación, entre el Sr. Lanza Castelli y el Banco BBVA, toda vez que el nuevo sistema de puntos que se implementó mantiene idénticas condiciones y bonificaciones que el anterior, pero provisto por un nuevo proveedor que es Despegar. Es del caso señalar que de las constancias de autos, tal como se refirió en el punto 5) b), surge que lo efectivamente probado y reconocido por las partes es que el Sr. Lanza Castelli celebró un contrato de tarjeta de crédito Visa con BBVA Argentina S.A., conforme el cual se ofrecía un sistema de premios obtenidos de acuerdo a los gastos efectuados con la tarjeta, el que consistía en que con las compras y gastos que realizaba con la misma, se acumulaban "millas" que luego podían ser canjeadas por pasajes aéreos.

Dicha situación si bien no está efectivamente probada en la causa, ya que no obra el contrato celebrado, sí fue reconocida por ambas partes y se encuentra acreditada a través de la cuenta que el Sr. Lanza Castelli tiene abierta y activa en la empresa LATAM (empresa que otorgaba millas) (cfr. archivo adjunto de fecha 29/11/2022), y del informe presentado por la misma compañía del cual surge que el actor, como socio del programa de pasajero frecuente LATAM Pass número 54181755442, ha hecho uso de dicho beneficio al canjear en fecha 01/08/2016, a través de la página web de LATAM en el año 2016, un viaje desde Córdoba-Lima- Punta Cana- Lima- Córdoba (Número de ticket: 045-2143827127) (cfr. archivo adjunto de fecha 03/11/2021).

Por tanto, y siendo que lo que efectivamente está acreditado en la causa es la celebración de un contrato entre las partes, pero no así los alcances del mismo, ni las condiciones específicas de contratación, mal puede pretender la demandada que pueda resolverse certeramente acerca de la conveniencia o no que representa para el usuario (actor) el cambio del sistema de premios contratado, máxime cuando, al encontrarnos en el marco de una relación de consumo, era al Banco BBVA SA a quien le correspondía aportar el elemento probatorio fundamental en la causa, como lo es el contrato de adhesión celebrado, no solo por encontrarse en mejores condiciones de hacerlo (ya que por la experiencia es bien sabido que los mismos obran en poder de las entidades bancarias y pocas veces son entregados al usuario), sino también porque el caso contrario representa una clara violación al principio de colaboración (art. 53 LDC).

Sobre este punto y en relación a la carga de la prueba en general, en doctrina se han expuesto diversas reglas generales para su distribución, pudiendo destacarse lo señalado por Devis Echandía al enunciar que "*a cada parte le corresponde la carga de probar los hechos que sirven de presupuesto a la norma que consagra el efecto jurídico perseguido por ella, cualquiera que sea su posición procesal. Es decir, esa parte soporta el riesgo de la falta de tal prueba, el cual se traduce en una decisión desfavorable (...)*" (Devis Echandía, Hernando. *Compendio de la prueba judicial*. Tomo I, Rubinzal Culzoni Editores, 1º ed. 1º reimp., Santa Fe, 2007. p. 212).--

Asimismo, en particular es de destacar que "*la carga dinámica de la prueba encuadra en el moderno criterio de "solidarismo probatorio", en oposición al principio dispositivo clásico, con una nueva lectura de los elementos "libertad" e "igualdad" que estructuraron el proceso de forma "estática*."

Dado que el proveedor posee mayor poder negocial y mayor caudal de información, es que se entiende que a él le corresponde exhibir los elementos que se encuentren en su poder o bajo control en el marco de un litigio, si ello conduce a la resolución de la cuestión. La ley le impone la carga de aportar todos los elementos probatorios en su poder, y de colaborar para el esclarecimiento de la causa por estar

en mejores condiciones para ello que el consumidor, cuando este se encuentre materialmente impedido de hacerlo” (Tambussi, Carlos E. Ley de defensa del consumidor. Comentada. Anotada. Concordada. Buenos Aires. Hammurabi, 217, p.347).

Es por lo expuesto que la situación que menciona el apelante no puede ser tenida por cierta.

No obstante ello, no puede perderse de vista que, más allá de lo beneficioso o no que resulte el cambio en el sistema de premios contratado por el actor, la cuestión principal gira en torno a si la parte demandada se encontraba facultada para cambiar dicho sistema unilateralmente. Sobre esto la apelante sostiene que al haber cesado la compañía LATAM toda actividad en la República Argentina se le hizo imposible la continuidad del sistema que el actor pretende se mantenga.

Asimismo, y sin perjuicio de los dichos de la parte demandada entiendo en coincidencia con la magistrada que, *“De lo expresado por la parte se evidencia que el cese de operaciones de LATAM en Argentina se alega como una suerte de caso fortuito, por lo que el sistema no se puede mantener para esta categoría de usuarios de tarjeta de crédito. Sobre el punto cabe señalar que esta circunstancia no ha obstado a que la entidad demandada mantenga el mismo sistema a los clientes Premium y Premium World (...) no escapa a la suscripta que el hecho de que LATAM no opere más en la República podría generar una variación de costos y que ello podría fundar el cambio del sistema a aquellos usuarios de tarjeta que pagan un menor costo anual por el servicio. Sin embargo, tal defensa requiere que BBVA demuestre que el contrato de tarjeta de crédito celebrado con el actor permitía el cambio de sistema ante la variación de costos y, en su caso qué porcentaje de variación y en qué condiciones tales modificaciones estaban autorizadas. Ninguna prueba se ha rendido en tal sentido (...).”*

Conforme lo aquí reseñado la defensa opuesta por la demandada no tiene asidero toda vez que, tal como surge de los propios dichos de las partes, la compañía LATAM no dejó de operar absoluta y definitivamente con la entidad bancaria ya que no solo el programa “LATAM Pass” continua siendo bonificado para los clientes premium y premium world, sino que además existe la posibilidad de que un cliente, que por su paquete ha sido incorporado al Programa de Puntos BBVA, continúe con el programa millas de LATAM Pass, si así lo desea; pero con un costo anual, y debiendo solicitar la baja del Programa de Puntos BBVA y una vez confirmada la baja, solicitar el alta del Programa LATAM Pass, aceptando los nuevos términos y condiciones y costos que implica dicho programa. Surgiendo, entonces, que en definitiva la contratación con LATAM no se ha tornado de cumplimiento imposible.

Por último resta aclarar que, en coincidencia con la Magistrada y teniendo en cuenta las constancias de la causa, los dichos de las partes, y la escasa prueba ofrecida, de la cual no surge que la demandada se encontraba facultada contractualmente para modificar el sistema de premios establecido, entiendo que **se ha producido en el presente un incumplimiento contractual basado en una modificación unilateral en las condiciones de contratación con un claro abuso del consumidor**, máxime si se tiene en cuenta la situación de inferioridad del Sr. Lanza Castelli, como usuario, respecto de una entidad bancaria de la envergadura de la demandada, principalmente en lo atinente a reclamos, dejando ello evidenciado el posicionamiento de superioridad de las grandes empresas en general frente a los consumidores.

Por último, respecto a lo manifestado por la apelante, en cuanto al mantenimiento de las millas que el Sr. Lanza Castelli detenta hasta el momento, es de destacar que dicha cuestión no se encuentra en discusión toda vez que no solo que no fue discutida en la demanda, sino que además a lo largo del proceso tanto el banco como LATAM han manifestado que las mismas serán reconocidas, por lo tanto no es materia de agravio en el presente.

En virtud de todo lo expuesto el primer agravio no es de recibo.

En **segundo término**, se agravia por considerar que el daño moral reconocido carece de toda entidad y es un exceso. Señala que el actor no puede haberse sentido defraudado si LATAM le mantuvo las millas que tenía acumuladas en su programa y que puedo canjear a voluntad. Asimismo refiere que se le ha explicado al actor que se le iban a mantener las condiciones pero con el nuevo proveedor "Despegar", por lo que entiende que no hay modificación disvaliosa de las condiciones contractuales.—

Sobre el tópico es de destacar que puede definirse al daño moral como: "*una minoración en la subjetividad de la persona, derivada de la lesión a un interés no patrimonial. O, con mayor precisión, una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial*" (Pizarro, Ramón D., Daño moral. Prevención. Reparación. Punición. El daño moral en la diversas ramas del derecho, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 31).

En lo que atañe a su prueba, cabe señalar que, a tenor del principio que sienta el art. 377 del Cód. Procesal, se encuentra en cabeza de los actores la acreditación de su existencia y magnitud, aunque, en atención a las características de esta especial clase de perjuicios, sea muy difícil producir prueba directa en ese sentido, lo que otorga gran

valor a las presunciones (el subrayado me pertenece) (Bustamante Alsina, Jorge, "Equitativa valuación del daño no mensurable", LA LEY, 1990-A, 655). Siendo un daño no susceptible de prueba directa, resulta acreditado a partir de presunciones. La presunción "*se configura cuando un conjunto de hechos conocidos y verificados (por cualquier medio probatorio) indican la existencia de otro hecho desconocido.*" (Schröder, Carlos, comentario al art. 315 CPC, en Ferrer Martínez, Rogelio (Director), *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba-Tomo I*, Advocatus, 2000, p. 566). En autos, partiendo del hecho conocido y acreditado –el incumplimiento contractual y sus circunstancias - se deriva el padecimiento de daño moral del accionante, aunque tal presunción no alcanza al *quantum* por lo que corresponde analizar el pretendido por la parte accionante, ponderando las concretas modificaciones disvaliosas de su espíritu se funda su pretensión del monto. "*Valorar el daño moral significa esclarecer su sustancia y dimensión: dónde recae el menoscabo, en qué consiste y qué intensidad reviste. Partiendo del hecho lesivo, se examinan sus disvaliosas repercusiones espirituales para la víctima –grado de desmérito del daño a resarcir-.*" (Zavala de González, Matilde, *Resarcimiento de daños, Tomo 5A*, Hammurabi, pag. 80).

Es de destacar que el daño moral no solo es procedente ante mortificaciones o padecimientos que excedan lo ordinario, sino que, por el contrario, por imperativo constitucional (art. 19 Constitución Nacional, según la interpretación que viene haciendo de él la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y en el precedente "Aquino", del 21/9/2004, Sup. Especial La Ley 2004, p. 39, con notas de Ramón D. Pizarro, Roberto A. Vázquez Ferreyra, Rodolfo E. Capón Filas, Marcelo López Mesa, Carlos V. Castrillo y Horacio Schick) todo daño debe ser objeto de una adecuada reparación, aun si su monto es relativamente poco importante. En tal sentido comparto las palabras de Calvo Costa: "*Aun cuando el perjuicio sea leve, si el mismo reviste el carácter de 'injusto' para la víctima (...) debe ser reparado por el responsable. Resulta –a nuestro entender- contrario al espíritu actual del derecho de daños, rechazar la posibilidad de que la víctima pueda reclamar la reparación de un perjuicio que ha sufrido injustamente argumentándose como defensa su insignificancia. Además, no surge de lege lata en nuestro derecho civil prohibición o limitación alguna de reclamar los daños sufridos en razón de la insignificancia de los mismos*" (Calvo Costa, Carlos A., *Daño resarcible*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 236, con cita de Mayo, Zannoni y Boffi Boggero).

Asimismo, considero que "*si se acepta que los perjuicios económicos mínimos son indemnizables, por fuerza también deben serlo los desmedros espirituales de escasa significación, el mayor o menor alcance del daño no excluye el resarcimiento, sólo*

define la importancia de la indemnización" (Zavala de González, Matilde, "Los daños morales mínimos", LA LEY, 2004-E, 1311).

En definitiva, para la existencia de un daño moral resarcible basta con que el incumplimiento haya lesionado intereses extrapatrimoniales de la víctima y tenido cierta repercusión en la esfera espiritual de la persona, sin que sea preciso que nos encontremos ante daños catastróficos o circunstancias excepcionales o gravemente lesivas. Por otra parte, no comparto la postura de que el daño moral contractual debe ponderarse con rigor estricto, lo que no sucedería en materia aquiliana, cuando el mismo surge acreditado de manera indubitable con las constancias de la causa.

Ahora bien, en cuanto a su valuación, cabe recordar lo señalado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el sentido de que: "*Aun cuando el dinero sea un factor muy inadecuado de reparación, puede procurar algunas satisfacciones de orden moral, susceptibles, en cierto grado, de reemplazar en el patrimonio moral el valor que del mismo ha desaparecido. Se trata de compensar, en la medida posible, un daño consumado (...). El dinero es un medio de obtener satisfacción, goces y distracciones para reestablecer el equilibrio en los bienes extrapatrimoniales.*

El dinero no cumple una función valorativa exacta, el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata solamente de dar algunos medios de satisfacción, lo cual no es igual a la equivalencia. Empero, la dificultad en calcular los dolores no impide apreciarlos en su intensidad y grado, por lo que cabe sostener que es posible justipreciar la satisfacción que procede para resarcir dentro de lo humanamente posible, las angustias, inquietudes, miedos, padecimientos y tristeza propios de la situación vivida" (CSJN, 12/4/2011, "Baeza, Silvia Ofelia c. Provincia de Buenos Aires y otros", RCyS, noviembre de 2011, p. 261, con nota de Jorge Mario Galdós).

En otras palabras, el daño moral puede "medirse" en la suma de dinero equivalente para utilizarla y afectarla a actividades, quehaceres o tareas que proporcionen gozo, satisfacciones, distracciones y esparcimiento que mitiguen el padecimiento extrapatrimonial sufrido por la víctima (Galdós, Jorge M., "Breve apostilla sobre el daño moral (como "precio del consuelo") y la Corte Nacional", RCyS, noviembre de 2011, p. 259). La misma idea resulta del art. 1741 *in fine* del Cód. Civil y Comercial de la Nación, a cuyo tenor: "*El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas*".

Conforme lo antes expuesto, y teniendo presente la dificultad que representa presentar prueba directa para el reclamo de este tipo de rubro, de la causa podemos extraer fuertes presunciones que dan lugar al resarcimiento solicitado, no solo por significar la pérdida de tiempo por parte de la actora para lograr el restablecimiento de

sus derechos y el reconocimiento de su reclamo; sino también por la frustración respecto del cumplimiento, por parte del Banco BBVA SA, de las condiciones de contratación ofrecidas a las que se había comprometido y que representaban la causa motivo por la cual el Sr. Lanza Castelli había decidido contratar.

Así, estas presunciones específicamente son, por un lado el reclamo efectuado por el actor al Banco a través de una llamada telefónica en los siguientes términos *“En dicha entidad bancaria fui atendido por un empleado del sector comercial que me informó que el sistema de “millajes” únicamente se mantiene para los clientes “PREMIUM” y “PREMIUM WORLD” no así para los clientes “CLASICOS”, a los cuales el banco había decidido sustituirles como dije el sistema de acumulación de “millas” por el de “puntos”, mucho más desventajoso por cierto, debido según el empleado, a que había finalizado el contrato con LATAM, explicación que me resultó extraña si tenemos en cuenta que el mismo me había manifestado que permanecía vigente para los “premium”, aunque de cualquier manera y al margen de ello, la demandada estaba actuando en franca violación a la ley 24240, en un claro trato discriminatorio hacia mi persona como consumidor (sic demanda de fecha 26/04/2021), lo que da cuenta del trato inequitativo y arbitrario sufrido por el actor a quien le cambiaron las condiciones de contratación unilateralmente, reconociéndole e informándole que para poder volver a tenerlas debía pagar un costo adicional, ya que por ser cliente Classic el sistema de premio se vería modificado pero no así para los clientes Premium y Premium World. Y por otro lado que, ante la falta de respuesta, el Sr. Lanza Castelli debió acudir a efectuar la correspondiente denuncia en la Dirección de Defensa del Consumidor (cfr. constancias adjuntadas en fecha 26/04/2021), en donde tampoco tuvo contestación a su reclamo, lo que la llevó a tener que iniciar la causa judicial.*

Por lo expuesto considero que el monto concedido en este rubro es acorde a lo sucedido. Ello así por cuanto dicha suma resulta razonable atento los placeres compensatorios que permite adquirir. Es que la suma indicada, con más los intereses moratorios fijados por el tribunal arrojan actualmente la suma de aproximada de pesos ciento diez mil (\$110.000), lo cual permitiría al accionante disfrutar de un fin de semana con otra persona en algún lugar de las sierras de Córdoba con algo más para disfrutar en gastronomía y esparcimiento, lo que luce adecuado como reparación al daño sufrido.

Lo expuesto da cuenta de que existen elementos para considerar que, por el tiempo perdido en la realización de los reclamos y quejas que debió efectuar el actor por la conducta irregular del Banco, al modificar unilateralmente las condiciones de contratación en claro abuso del consumidor, se ha provocado una modificación

disvaliosa en su espíritu, razón por la cual entiendo que no es de recibo el presente agravio.

En **tercer lugar** se queja el apelante por cuanto considera que no están presentes las condiciones que permiten la sanción punitiva y que no hay dolo o culpa grave ni beneficio alguno para la demandada como derivación de los hechos ventilados en esta causa. Señala que es absolutamente falso que su mandante haya actuado o actúe con desinterés y despreocupación de los derechos de sus clientes ya que el Banco ha actuado en todo momento con absoluta claridad, buena fe e informando detalladamente al actor de lo acontecido, siendo el Sr. Lanza Castelli atendido con deferencia y debido trato digno.

En cuanto al daño punitivo, éste se encuentra regulado en el art. 52 bis LDC que reza: *“Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley.”-*

Por su parte, el art. 8 bis LDC expresa: *"Trato digno. Prácticas abusivas. Los proveedores deberán garantizar condiciones de atención y trato digno y equitativo a los consumidores y usuarios. Deberán abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias. No podrán ejercer sobre los consumidores extranjeros diferenciación alguna sobre precios, calidades técnicas o comerciales o cualquier otro aspecto relevante sobre los bienes y servicios que comercialice. Cualquier excepción a lo señalado deberá ser autorizada por la autoridad de aplicación en razones de interés general debidamente fundadas.- En los reclamos extrajudiciales de deudas, deberán abstenerse de utilizar cualquier medio que le otorgue la apariencia de reclamo judicial.- Tales conductas, además de las sanciones previstas en la presente ley, podrán ser pasibles de la multa civil establecida en el artículo 52 bis de la presente norma, sin perjuicio de otros resarcimientos que correspondieren al consumidor, siendo ambas penalidades extensivas solidariamente a quien actuare en nombre del proveedor"-*

Este rubro es concebido como una multa o sanción impuesta al autor de un hecho ilícito en favor de la víctima de este, cuya finalidad principal es “castigar” al primero y servir como ejemplo para que tales conductas no se vuelvan a cometer. Con relación a la finalidad de esta sanción, el TSJ en posición que se comparte ha señalado: *“El punto decisivo radica en la verdadera finalidad de esta institución, la que apunta a dos objetivos esenciales: prevenir el acaecimiento de hechos similares, favoreciendo la prevención de futuras lesiones y por otro, punir graves inconductas.”* *“Dichas sanciones civiles se aplican como castigo a un infractor de una norma civil, conteniendo una finalidad ejemplificadora y moralizadora, a los efectos de prevenir conductas similares que afecten los derechos de los consumidores.”* *“Así las indemnizaciones punitivas buscan el castigo de una conducta reprochable y la disuasión de comportamientos similares, tanto para el condenado como para la colectividad, cumpliendo una doble función (preventiva y punitiva).”*(...) *“La sanción punitiva en el Derecho del consumidor se explica por la función de tutela que la Ley 24.240 atribuye al Estado, a los efectos de disuadir a las empresas proveedores de incurrir en conductas reiteradas que lesionen a los bienes jurídicos protegidos por la ley de **Defensa del Consumidor**.”* *“Tres son, entonces, las funciones de tal instituto: sancionar al causante de un daño inadmisibles, hacer desaparecer los beneficios injustamente obtenidos provenientes de la actividad dañosa, y prevenir o evitar el acaecimiento de hechos lesivos similares al que mereciera la punición (Cfr. Trigo Represas, en “La responsabilidad civil en la nueva Ley de Defensa del Consumidor”, publicada en LA LEY on line; López Herrera Edgardo, en “Daños punitivos en el derecho argentino. Art. 52 bis”, en J.A., 2008-II-1198).”* *“Desde tal perspectiva es posible colegir que existe una total correspondencia entre los objetivos a que tiende el instituto de los daños punitivos, con los diversos propósitos que en la actualidad se asignan al Derecho de Daños, el que además de contener una finalidad resarcitoria, también cumple particular relevancia la faz preventiva, como la faceta punitiva, destinada a sancionar los comportamientos dañosos.”*(...) *“En idéntica orientación se ha dejado en claro que no se está ante “...una indemnización o reparación por daño sufrido por la víctima, sino ante un instrumento preventivo sancionado, que ha elegido como destinatario a la víctima, con la sola finalidad de fomentar la denuncia de prácticas lesivas del orden económico integral...”*(Álvarez Larrondo, Federico M., Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, Año XVI, Número 11, noviembre de 2014, pág. 43).” *“La prevención es hoy un objetivo esencial del Derecho Civil y ello ha quedado claramente evidenciado a partir de la sanción del Código Civil y Comercial donde se ha consagrado en forma expresa la función preventiva de los daños.”* *“En este sentido, el nuevo Código Civil y*

Comercial menciona expresamente en su art. 1708, junto con la reparación, a la prevención del daño como uno de los principios sobre los cuales sus normas deben ser interpretadas y aplicadas, incluyendo dentro de dicho ordenamiento jurídico una sección específicamente denominada “Función preventiva y punición excesiva”, dentro de la cual se puede destacar el art. 1710 que enuncia una suerte de principio general sobre el “deber de prevención del daño”. Por su parte el art. 1711 contempla una “acción preventiva” general aplicable a cualquier acción u omisión antijurídica que haga previsible la producción de un daño, su continuación o su agravamiento.” “La responsabilidad civil asume así una función tripartita: preventiva, reparatoria, y punitiva, dentro de las cuales el daño punitivo tiene un desempeño y rol primordial.” (Sent. Número 61 del 10/5/16, autos “DEFILIPPO, DARIO EDUARDO y OTRO C/ PARRA AUTOMOTORES S.A. Y OTRO – ABREVIADO - CUMPLIMIENTO/ RESOLUCION DE CONTRATO - CUERPO DE COPIA - RECURSO DE CASACION E INCONSTITUCIONALIDAD -EXPTE 2748029/36”).

Con respecto a las pautas para su procedencia, se ha dicho que éstas, de acuerdo a una interpretación sistemática y funcional de sus notas típicas, son:

- a) el incumplimiento de obligaciones legales y contractuales;*
- b) la gravedad de la falta, como dato objetivo que no requiere necesariamente de un daño físico o patrimonial, pero que de algún modo debe impactar en el consumidor, tal como sería la hipótesis del art. 8º bis de la LDC.*
- c) la situación particular del dañador, especialmente en lo atinente a su fortuna personal;*
- d) los beneficios procurados u obtenidos con el ilícito;*
- e) la posición de mercado o de mayor poder del punido;*
- f) el carácter antisocial y reprochable de la conducta y su repercusión en el medio social, es decir, el factor de atribución subjetivo, que se descubre ante el menosprecio a los derechos de los consumidores y usuarios;*
- g) la finalidad disuasiva futura perseguida;*

h) la actitud ulterior del demandado, una vez descubierta su falta, debiendo también considerarse muy especialmente la conducta asumida sea en sede administrativa, sea en sede judicial;

i) el número y nivel de empleados comprometidos en la inconducta de mercado;

j) los sentimientos heridos de la víctima.” (JUNYENT BAS, Francisco, “Recaudos de procedencia del Daño Punitivo. A propósito de la disparidad de criterios en "Tejeiro" y "Esteban"”, LA LEY 14/08/2017,7, Cita Online: AR/DOC/2153/2017).-

Corresponde poner de resalto la necesidad de un factor de atribución de responsabilidad de índole subjetiva donde adquiere especial importancia la conducta desplegada por la demandada.

En el caso de autos considero que se ha configurado una clara situación de inconducta grave por parte de la demandada, por lo que, el rubro mal denominado “daño punitivo” requerido por la accionante, en coincidencia con el A quo y con la Fiscal de Cámara, es procedente. Así de las constancias de autos y de la sentencia recurrida surge:

- A. El incumplimiento por parte de la demandada de los términos y condiciones pactados en el contrato que une a las partes, modificando de manera unilateral el sistema de premios pactado en la contratación primigenia.
- B. Que frente a los reclamos particulares la entidad bancaria le dio al usuario respuestas poco claras e imprecisas sin dar solución alguna, en clara violación al deber de información y trato digno. Tal como señala la Sra. Fiscal “*el derrotero de reclamos al que se vio sometido el actor, en el plano extrajudicial y judicial, asumen importancia superlativa, a los fines de la aplicación del daño punitivo por violación al derecho al trato digno (art. 8 bis LDC)*”. Todo lo que, devino en un trato indigno, desinteresado de quien fuera su cliente y denunciante ante la Defensoría.

A. Se suma a ello la evidente falta de colaboración de la demandada quien no solo que no acompañó elemento probatorio alguno que dé cuenta de la verosimilitud de sus dichos, sino que era sobre quien pesaba la carga de la prueba y quien estaba en mejores condiciones de acompañar, si no la más relevante, la prueba principal a los fines de esclarecer la cuestión, como lo es el contrato celebrado por las partes, el que obra en su poder (art. 53 LDC).

Sobre ello la doctrina tiene dicho que “*Al mediar una vinculación contractual continua surgen en cabeza del banco no sólo el cumplimiento de la*

prestación principal, sino también todas aquellas que están implícitas en la conexión: deber de seguridad, de reserva, de confidencialidad, de información, de probidad, etc” (Porthé, Luis I., “Responsabilidad de las entidades bancarias frente al consumidor.”, Extraído de <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/84/09-winitzky-porthe.pdf>, p. 221). Por lo que tal circunstancia entiendo que constituye una presunción en su contra configurándose así al menos una culpa grave en la conducta desplegada de la demandada.

B. No puede perderse de vista tampoco la situación de inferioridad del Sr. Lanza Castelli, como consumidor, respecto de una entidad bancaria de la envergadura de la demandada, principalmente en lo atinente a reclamos. Ello por cuanto *“La tutela general del derecho del consumidor se sustenta en reconocer la situación de debilidad y desigualdad de condiciones frente a los proveedores de bienes y servicios, situación que se extiende aún más con la existencia fenomenal de la globalización económica y la penetración de la tecnología acompañada con el marketing que en muchos casos van de la mano (...)”* (Sogari, Elena I., “La responsabilidad civil del banco frente a los clientes.”, extraído de <file:///C:/Users/chopa13015/Downloads/5296-16557-1-PB.pdf>, p. 182/183).

Ahora bien, luego de enumerar las inconductas en las que incurrió la demandada en autos, y considerando su posición de mercado y de mayor poder, así como el carácter reprochable de su accionar, entiendo que las mismas revisten actitudes más que suficientes para, a partir del requerimiento del actor, merecer la aplicación de una sanción civil, como bien lo consideró la sentenciante.

En definitiva, cabe afirmar que el Banco BBVA SA actuó en el caso de autos con grave menosprecio hacia los derechos del accionante en su condición de consumidor.

Por todo lo expuesto, entiendo que tanto el elemento objetivo como el subjetivo, necesarios para dar lugar al daño punitivo, se configuran claramente en los presentes. Por lo que el agravio, en cuanto a que se revoque el rubro cuestionado, resulta improcedente y debe rechazarse.

En lo atinente a la **cuantificación del rubro**, este Tribunal no es ajeno a las complicaciones que giran en torno a la fijación del monto indemnizable por daños punitivos.

A tal fin, nos parece pertinente tener en cuenta, en primer lugar, la finalidad disuasiva de la figura. Dicha finalidad se aprecia explícitamente en los fundamentos del proyecto de ley 26361 que introducen los daños punitivos (art. 52 bis) en la ley 24240:

"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.". Así, respecto del monto de condena por este rubro, es menester atender a su finalidad. Se ha sostenido que: "El agravio de la demandada no puede admitirse porque no puede pretenderse que la sanción tenga relación con el monto de lo facturado indebidamente al consumidor. Porque no se trata de reparar el perjuicio económico sufrido por el consumidor, sino de una sanción al proveedor del servicio, por el abuso de su posición contractual al tener el control total de la prestación del servicio. Y fundamentalmente tiende a evitar que no cumplir con sus obligaciones, por parte del servidor, se constituya en un medio de obtener mayores beneficios, disuadiéndolo de reiterar la conducta que se sanciona. Por tanto la sanción debe sentirla la empresa." "Los daños punitivos son sanciones civiles que se imponen al responsable de una conducta reprochable y grave, a fin de punir dicho hecho y prevenir la reiteración predecible de situaciones fácticas similares en el futuro. Se puede imponer independientemente del resarcimiento del daño efectivamente sufrido" (Cámara 9ª C.C. Cba. Expte. 2229879/36, 9-2-15, Sent. N°1. Revista Foro de Córdoba N° 178, Sección Síntesis de Jurisprudencia, Reseña N° 10, pag. 202); "La indemnización que se fije en concepto de daño punitivo tiene como objetivo castigar a quien produce un mal y disuadir tanto al causante del perjuicio como a otros posibles infractores de repetir una misma acción dañina. Se busca evitar que se obtenga un beneficio merced a una conducta ilícita y ante la indiferencia por las lesiones provocadas a un sinnúmero de consumidores. En esa inteligencia se tiende a desalentar ese tipo de conductas mediante sanciones que insten al infractor a no repetirlas, por lo que necesariamente se debe identificar una conducta claramente reprochable. El daño punitivo no obedece de manera matemática al acaecimiento de un determinado hecho lesivo.... (Mayoría, Dr. González Zamar)" (Cámara 1ª C.C. Cba. Expte. 2323343/36, 9-9-14. Sent. N° 113, del punto 9 de la reseña. Semanario Jurídico N° 1982 del 20 de noviembre de 2014, pag. 959, corresponde a T° 110 – 2014-B)." (Cámara 8° CCCba., Sent. N° 55 del 19/5/16, autos "ARRIGONI, Ignacio c/ TELECOM PERSONAL S.A. - ORDINARIOS - OTROS"(Expte. 2192344/36)".

Ante la situación en que se dejó al consumidor con las conductas reseñadas, es necesario un mecanismo aleccionador y ejemplificador, que la accionada sienta en sus arcas el efecto de esta multa civil, y ello coadyuve a que modifique su conducta, máxime contemplando el universo de consumidores que pueden verse afectados con su modo de obrar. Como bien resulta de la jurisprudencia parcialmente transcrita, el monto de la multa civil debe resultar apto, idóneo para producir el efecto disuasorio esperado, porque si resulta nimio no coadyuvará a que no se produzcan nuevas realidades disvaliosas como aquella que se quiere evitar.

Desde dicha atalaya, y atento a que la apelante no brinda ningún fundamento de tal peso que amerite revertir la solución brindada por el Juez interviniente, es que corresponde confirmar la procedencia del rubro por el monto condenado.

Correctamente afirmó la Juzgadora, en posición que compartimos, que *“la demandada, que no prestó la colaboración necesaria para el esclarecimiento de los hechos base de la presente acción, sino que por el contrario, no acompaña la prueba que obraba en su poder, ni acercó los elementos requeridos por la Perito Oficial en la causa. Es decir, la demandada no colaboró de modo alguno con la producción de la prueba, máxime cuando expresamente el art. 53 de la LDC impone las cargas dinámicas de la prueba, lo que también importa un menosprecio a los derechos del consumidor”* (cfr. sentencia N° 62 del 04/05/2022)

Por ello, la decisión asumida por el Tribunal de grado luce ajustada a derecho y corresponde sea confirmada.

En **cuarto término**, la apelante se queja de que en la Sentencia apelada se condena a su mandante a mantenerle al actor el sistema de LATAM Pass y libera de toda obligación a quien presta. Solicita que en caso de mantenerse la decisión de primera instancia la misma se extienda a la prestadora del Programa LATAM Pass a fin de permitir su cumplimiento.

Respecto de este punto y a los fines de dar los fundamentos del rechazo del mismo haré algunas aclaraciones, a saber:

a) Que la relación comercial de la que participa LATAM es con el banco demandado y no con el Sr. Lanza Castelli de forma directa, toda vez que es el Banco el que contrata con LATAM sus servicios para concederlos, como premios, en el servicio financiero que él otorga y contrata con el usuario;

b) Que si bien LATAM se encuentra dentro de la cadena de valor debiendo responder en caso de darse los supuestos previstos en el art. 40 LDC en este caso en particular no debe hacerlo por los daños causados toda vez que la LDC en el artículo antes citado deja establecida la responsabilidad solidaria de los integrantes de la llamada cadena de valor por el daño producido al consumidor por el riesgo o vicio de la cosa o de la prestación de un servicio, situación que no acontece en los presentes ya que el daño generado al consumidor/usuario, Sr. Lanza Castelli, fue ocasionado específicamente por el incumplimiento contractual de la entidad bancaria, en clara violación del art. 19 de la LDC, situación en la que LATAM nada tuvo que ver, por tanto lo que se reclama es el daño por el incumplimiento y no por la defectuosa prestación del servicio.

Por tanto comparto el razonamiento de la juzgadora cuando señaló *“el art. 40 de la Ley de Defensa del Consumidor prevé la responsabilidad solidaria ante el consumidor por el riesgo o vicio de las cosas y los emergentes de la prestación de*

servicios, pero no contempla el daño que es consecuencia del incumplimiento de la o las obligaciones principales a cargo del proveedor; resulta nítido que no corresponde imputar en el caso responsabilidad a la demandada LATAM Airlines Group S.A. Ello así en tanto no puede predicarse que dicha parte sea garante del cumplimiento de las condiciones de contratación asumidas por la entidad bancaria demandada, en el marco del contrato de tarjeta de crédito celebrado con el actor”.

c) Que de las constancias de la causa, en especial del “estado de cuenta LATAM” acompañado en fecha 29/11/2022, surge que la cuenta del Sr. Lanza Castelli en LATAM sigue activa sin cambios aparentes y en las mismas condiciones que desde el momento en que se le dio el alta. Ello se confirma además con lo manifestado por LATAM cuando en oportunidad de contestar agravios (29/11/2022) señaló: *“el estrado de cuenta LATAM PASS del actor subsiste y con el sistema de “millas” y nada refiere a un sistema de “puntos” (...) Por parte de LATAM no se ha realizado a la fecha ningún cambio en las condiciones del socio ni se le han eliminado millas de su cuenta (...) es irrelevante la queja del codemandado BBVA Argentina S.A. ya que, desde que el señor Lanza Castelli procedió a abrir su cuenta LATAM Pass que administra de mandante, la misma no ha sufrido variantes o cambios y sigue activa según las condiciones establecidas desde el momento de su dada de alta (...)”.*

Así, teniendo en cuenta lo señalado y siendo que, más allá de que no exista relación comercial directa entre LATAM y el Sr. Castelli, puede igualmente ser considerada como proveedora en el servicio financiero prestado por la entidad bancaria al usuario, en la presente ello pierde virtualidad y la exime de tener que responder por el daño causado toda vez que, como ya se dijo, el mismo lo fue por un incumplimiento contractual y no por una defectuosa prestación del servicio o de la cadena de consumo propiamente dicha.

Esto sumado al hecho de que a) el banco continua teniendo vinculación comercial con LATAM, ya que la entidad mantiene el beneficio de millas para los clientes Premium y Premium World; b) que la cuenta del Sr. Lanza Castelli en LATAM se encuentra activa en la actualidad, y c) que, conforme lo dicho por LATAM, nada obstaría a que ellos continúen cumpliendo con el sistema; será la misma entidad bancaria la que deberá arbitrar las medidas necesarias a los fines de asegurar el cumplimiento de lo contratado respecto de la concesión de las millas haciendo efectivo el cumplimiento de la sentencia.

6) Por todo lo expuesto, corresponde rechazar el recurso interpuesto por el Banco BBVA SA en su totalidad, quedando firme todo lo que hubiera sido motivo de agravio en dicho recurso.

7) Costas.

Las costas del presente se imponen a cargo de la apelante atento no existir motivos para apartarse del principio general de la derrota plasmado en el art. 130 del CPCC.

8) Regulación de honorarios.

A los fines de la regulación de los honorarios de los letrados intervinientes tengo en cuenta lo dispuesto por los arts. 26, 29, 36, 39, 40 y 109 y conc. del Código Arancelario - Ley 9459. En consecuencia, se establece el porcentaje regulatorio de los honorarios profesionales del Dr. Diego Argayo en el treinta por ciento (36%) del punto medio de la escala del art. 36 CA, de conformidad a los incs. 1 y 5 del art. 39 de la Ley 9459, sobre lo que ha sido objeto del recurso (art. 40 ley citada). Se establece el porcentaje regulatorio de los honorarios profesionales del Dr. Francisco José González Leahy en el 34% del punto medio de la misma escala.

No se regulan los honorarios profesionales del letrado de la apelante en esta oportunidad por aplicación del art. 26 CA a *contrario sensu*.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, EL SR. VOCAL DR. HECTOR HUGO LIENDO, DIJO: Adhiero a la solución propiciada por la Sra. Vocal preopinante expidiéndome en igual sentido.---

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, LA SRA. VOCAL DRA. GABRIELA LORENA ESLAVA, DIJO: Adhiero a la solución propiciada por la Sra. Vocal Dra. María Rosa Molina de Caminal, expidiéndome en igual sentido.---

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA LA SRA VOCAL DRA. MARIA ROSA MOLINA DE CAMINAL DIJO: Corresponde: **1)** Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la demandada BBVA, confirmando la decisión impugnada en todo cuanto dispone y fuera materia de agravio. **2)** Imponer las costas en esta instancia a cargo de la apelante (art. 130 del CPCC). **3)** Establecer el porcentaje regulatorio de los honorarios profesionales del Dr. Diego Argayo en el treinta y seis por ciento (36%) del punto medio de la escala del art. 36 CA y los del Dr. Francisco José González Leahy en el 34% del punto medio de la misma escala, de conformidad a los incs. 1 y 5 del art. 39 de la Ley 9459, sobre lo que ha sido objeto del recurso (art. 40 ley citada), todos con más el IVA que correspondiere a su situación de revista (arts. 36, 39, 40 y concs. CA).

No regular los honorarios profesionales del letrado de la apelante en esta oportunidad por aplicación del art. 26 CA a *contrario sensu*.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, EL SR. VOCAL DR. HECTOR HUGO LIENDO, DIJO: Adhiero a la solución propiciada por la Sra. Vocal preopinante expidiéndome en igual sentido.---

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, LA SRA. VOCAL DRA. GABRIELA LORENA ESLAVA, DIJO: Adhiero a la solución propiciada por la Sra.

Vocal Dra. María Rosa Molina de Caminal, expidiéndome en igual sentido.---

Por todo lo expuesto, y normas aplicables, **SE RESUELVE:** 1) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la demandada BBVA, confirmando la decisión impugnada en todo cuanto dispone y fuera materia de agravio. 2) Imponer las costas en esta instancia a cargo de la apelante (art. 130 del CPCC). 3) Establecer el porcentaje regulatorio de los honorarios profesionales del Dr. Diego Argayo en el treinta y seis por ciento (36%) del punto medio de la escala del art. 36 CA y los del Dr. Francisco José González Leahy en el 34% del punto medio de la misma escala, de conformidad a los incs. 1 y 5 del art. 39 de la Ley 9459, sobre lo que ha sido objeto del recurso (art. 40 ley citada), todos con más el IVA que correspondiere a su situación de revista (arts. 36, 39, 40 y concs. CA). No regular los honorarios profesionales del letrado de la apelante en esta oportunidad por aplicación del art. 26 CA a contrario *sensu*. **Protocolícese, hágase saber y bajen.**

Texto Firmado digitalmente por: **ESLAVA Gabriela Lorena**
VOCAL DE CAMARA
Fecha: 2023.05.15

MOLINA Maria Rosa
VOCAL DE CAMARA
Fecha: 2023.05.15

LIENDO Hector Hugo
VOCAL DE CAMARA
Fecha: 2023.05.15