



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Expediente número: 142.635

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a nueve de abril de 2014, reunidos en acuerdo los Señores Jueces de la Sala Dos de la Excma. Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial de este Departamento Judicial, Doctores Leopoldo L. Peralta Mariscal, María Cristina Castagno y Abelardo A. Pilotti, para dictar sentencia en los autos caratulados "Silva, Hernán contra Banco de Galicia y Buenos Aires y otros sobre daños y perjuicios" (expediente número 142.635), y practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y 263 del Código Procesal), resultó que la votación debía tener lugar en el siguiente orden: Doctores Peralta Mariscal, Pilotti y Castagno, resolviéndose plantear y votar las siguientes

CUESTIONES

- 1) ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada, dictada a fs. 818/830?
- 2) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

VOTACIÓN

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DR. PERALTA

MARISCAL DIJO:

A- El asunto juzgado.

A. 1) Hernán Asdrubal Silva demandó por daños y perjuicios al Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. y Visa Argentina S.A. por la suma de veinte mil pesos. Explicó que era titular de la tarjeta de crédito Visa Aerolíneas Plus n° 4546 4000 0249 5120, emitida por el Banco de Galicia y Buenos Aires, contando con el servicio gratuito de asistencia al viajero denominado "Servicio Asistencia Galicia en Viaje", prestado por Ibero Asistencia S.A.,

consistente en un sistema de protección durante la estadía del afiliado fuera de la Argentina. Indicó que el servicio era de gran utilidad para él debido a que por su profesión -profesor de historia- eran frecuentes sus viajes fuera del país. Narró que a fines de 2002 decidió viajar a España por razones personales y laborales junto con su esposa, habiendo concurrido a mediados de ese mes ante la sucursal local del Banco de Galicia y Buenos Aires a fin de gestionar una ampliación del límite de compras con la tarjeta de crédito Visa, pasando así de \$ 5000 a \$ 7000. Preguntó en dicha oportunidad a un empleado del Banco sobre el sistema de "Servicio de asistencia Galicia en Viaje", obteniendo como respuesta que se quedara tranquilo ya que la cobertura se encontraba vigente. Días después, ya en la ciudad de Sevilla (España), sufrió un accidente: recibió un fuerte golpe en la cabeza y escoriaciones en el cuerpo, además de lastimarse la boca y desprenderse un pedazo de muela con la corona que tenía colocada. Ni bien pudo reponerse, y siguiendo las indicaciones del folleto ilustrativo que le habían proporcionado en el Banco, llamó al Centro de Atención de Visa Argentina solicitando que se le preste el servicio de asistencia al viajero prestado por Ibero Asistencia S.A., donde le informaron que desde el 31 de julio de 2002 había sido dado de baja del mismo, explicándosele que debía pagar una cifra en dólares por la cobertura. Ante esta situación solicitó la adscripción al nuevo sistema, obteniendo como respuesta que ello no era posible pues se encontraba en el extranjero. Se le sugirió que lo haga al regresar a Argentina. Cuando volvió a nuestro país hizo reiterados reclamos para obtener una explicación y un resarcimiento económico por la desafortunada situación, sin obtener



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Expediente número: 142.635

respuesta satisfactoria. Aclaró que la noticia respecto a la expiración del plazo del servicio apareció recién en el resumen de cuenta de agosto de 2002, cuando ya se encontraba en España, y en relación al plazo de cobertura indicó que, conforme a la documentación obrante en autos, se prorrogó hasta fines de agosto de 2002. Sostuvo la responsabilidad de la entidad emisora y de la administradora del sistema por la no prestación del servicio convenido.

A. 2) El Banco de Galicia y Buenos Aires S.A., al contestar el traslado de la demanda, negó la versión de los hechos dada en el escrito inicial. Sostuvo que el actor fue cliente de la entidad y titular de una tarjeta de crédito "Visa Classic", modalidad contractual que no prevé el servicio gratuito de asistencia al viajero; sólo dispuso de él en alguna oportunidad por la vinculación de su tarjeta de crédito a una cuenta corriente, que ya no poseía para la fecha en que ocurrieron los hechos que se ventilan en autos. Negó su responsabilidad contractual por no existir obligación alguna emanada de un contrato que la obligara a brindar el servicio de asistencia al viajero mencionado por el actor, habiendo en el caso vencido el plazo de cobertura.

A. 3) Visa Argentina S.A., al evacuar la vista de la pretensión actoral, también negó la versión de los hechos relatada en la demanda. Planteó una defensa de falta de legitimación pasiva por no existir vinculación alguna de Visa con el actor ni con el servicio de asistencia al viajero. Explicó que Visa Argentina S.A. no tiene ningún tipo de relación contractual con los usuarios de tarjetas ni con los comercios adheridos al sistema; se trata de un sistema abierto donde son los usuarios los que contratan con los bancos emisores, y los comercios los que lo hacen con los bancos pagadores, limitándose a esas

personas los efectos de la contratación. Postuló que Visa sólo interviene en la administración del *clearing* de los pagos pero no tiene ni entabla contacto directo con los usuarios o los establecimientos.

B- La solución dada en primera instancia.

B. 1) Para resolver la cuestión el juez dio inicialmente por acreditado que el actor era titular de una tarjeta "Visa Classic", de vigencia internacional, expedida por el Banco demandado. También tuvo por probado que sufrió un infortunio en territorio español que lo llevó a necesitar asistencia médica, para lo cual se contactó telefónicamente con el servicio de asistencia al viajero al que me refiriera con anterioridad. A la vez dio por acreditado que el actor contaba con la cobertura del servicio de asistencia al viajero, aunque no resulta tan claro cuándo finalizó el período de vigencia, existiendo una liquidación de la tarjeta de crédito que anuncia su finalización el 31/07/2012 y que, a partir de allí, debía ser contratado telefónicamente a un costo anual de U\$S 84 para cubrir a todo el grupo familiar. Aclarando que no resulta con claridad de la documentación obrante en autos, llegó a la siguiente conclusión luego de valorar toda la prueba producida: el actor contaba con el servicio de asistencia al viajero, que fue pagado hasta el año 2000 y en adelante fue prestado gratuitamente por el Banco, seguramente porque el cliente tenía un "paquete" de productos que incluían tarjeta de crédito y cuenta corriente. Como el actor cerró su cuenta corriente, fue la presumible voluntad del Banco dejar de prestar gratuitamente el servicio de asistencia al viajero a partir del 31 de julio de 2002, reduciéndose la cuestión a resolver si ello fue o no debidamente informado al Sr. Silva en tiempo y forma.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Expediente número: 142.635

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

B. 2) Entendió el magistrado que la relación contractual que vincula a las partes cuadra en la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor, marco dentro del cual era deber del Banco brindar a su cliente información veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de la relación de consumo, lo que haya sustento en el art. 42 de la Constitución Nacional y en la propia ley 24.240. Explicó que, según lo sostenido por el propio Banco, la notificación del cese de la cobertura de asistencia al viajero se produjo a través del resumen de cuenta de la tarjeta de crédito, lo que entendió insuficiente a fin de comunicar la inclusión y el fenecimiento de cargos y/o servicios que no han sido previamente convenidos por ambas partes, toda vez que los referidos resúmenes son los instrumentos en los que se detallan las operaciones realizadas por la tarjeta de crédito o sus autorizados, de lo que se sigue que la entidad bancaria no brindó la información suficiente al cliente a ese respecto, destacando la necesidad de que la comunicación del vencimiento de la cobertura fuera cursada "en forma suficientemente previa a efectos de que el accionante pudiera adoptar las prevenciones necesarias. En el caso bajo análisis esto no fue así, en tanto considero que la notificación se produjo mediante una *vía inapropiada y a la vez tardía*, es decir, a través del resumen de la liquidación de la tarjeta de crédito Visa correspondiente a agosto de 2002 -*fecha de cierre 1 de agosto de 2002, fecha de vencimiento 15 de agosto de 2002*-, consignando en la misma la finalización de la vigencia del Servicio de asistencia con fecha 31 de julio de 2002. Agregó que ese deber de información se robustece en el Banco demandado dada su profesionalidad, lo que lo responsabiliza de manera especial en tanto la

superioridad técnica que detenta le impone el deber de obrar con mayor prudencia y pleno conocimiento del negocio (arts. 512, 902 y 909 del Código Civil). Hace luego referencia a un folleto pre impreso -firmado por personal del Banco- del que surge que la cobertura se extiende hasta el 31 de agosto de 2002, lo que anularía lo informado en el resumen de cuenta a ese respecto, sin que quepa atender el argumento del Banco en cuanto a que ello se mantenía durante la vigencia de la cuenta corriente, por no surgir con claridad de la documentación en cuestión, que sólo se refiere a "cuenta", siendo claro que reviste tal calidad la que corresponde a la tarjeta de crédito Visa, que incluso lleva el número de "cuenta" 0015201456.

Concluyó, en fin, en que el Banco de Galicia y Buenos Aires ha incumplido con su obligación contractual de prestar el servicio convenido denominado "Asistencia Galicia en Viaje", no informando adecuadamente el fenecimiento del plazo de cobertura al cliente y emitiendo un documento -fs. 8 del expediente de prueba anticipada- que bien pudo llevar al accionante a considerarse debidamente amparado ante el viaje al exterior. Consecuentemente, debe indemnizar los perjuicios causados al cliente.

B. 3) Tratando luego la responsabilidad que se endilga a la codemandada Visa, y particularmente la defensa de falta de legitimación que articulara, analizó el funcionamiento del sistema de tarjetas de crédito. Reputó acreditado que, en el caso de autos, se trata de un sistema "abierto" donde Visa no contrató directamente con el actor, sino que lo hizo el Banco de Galicia y Buenos Aires, quien incluso emitió la tarjeta. Pero de ello no se sigue -continuó- que haya una total desvinculación de Visa, pues como



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Expediente número: 142.635

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

administradora del sistema se encuentra obligada hacia los usuarios y no puede invocar, por lo tanto, su ajenidad contractual. "En síntesis, la entidad administradora es quien ha organizado el sistema y quien lo controla y explota mediante una arquitectura contractual concebida por ella, enmarcada en lo que se denomina sistema de contratos conexos. Por ello será responsable por los daños y perjuicios ocasionados al usuario titular o beneficiario de tarjeta de crédito por la entidad bancaria adherida". Además, prosiguió, tiene responsabilidad en virtud de lo dispuesto por el art. 40 de la ley de Defensa del Consumidor, del cual se desprende que si el daño resultare de la prestación del servicio, deben responder "el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio"; y justamente Visa ha puesto su marca en la tarjeta, dando claramente la idea de vinculación con la entidad bancaria y respaldo a la operatoria desarrollada, que "crea en los clientes una idea de respaldo, con la cual deberá ser consecuente con la hora de una falla por parte del sistema".

En cuanto a la desvinculación que Visa pretende respecto del servicio de asistencia al viajero, pone de resalto que en el resumen de la tarjeta se hace saber al cliente que si desea viajar al exterior, para interiorizarse del alcance de las coberturas y los servicios que la tarjeta le brinda debe comunicarse con el "Centro de Servicios Visa", de lo que se sigue que no procede la desvinculación que busca. Pero además, cuando el actor sufrió el accidente en el exterior, se comunicó con la prestadora del servicio, la que a su vez fue informada por Visa que no tenía cobertura -lo que fue corroborado

por un fax enviado por dicha entidad-, por lo cual la ajénidad que la citada codemandada pretende carece de andamiaje. Concluyó en que la intervención de Visa, tal como ha quedado descripta, afrenta la noción de "extraneidad" (sic) y de ausencia de vinculación que plantea. Por lo tanto, concluyó en que Visa es solidariamente responsable junto con el Banco de Galicia y Buenos Aires de los daños y perjuicios que el incumplimiento contractual que se viene analizando causó al actor (art. 40, Ley 24.240).

B. 3) Entrando en el análisis del daño moral reclamado, entendió que corresponde indemnizarlo en los términos del art. 522 del Código Civil en caso de inejecución de la obligacional de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso. Meritó así las alternativas que tuvo que soportar el actor, la sorpresa e irritación que debió sentir ante la noticia de la ausencia de cobertura cuando más la necesitaba, seguido al sentimiento de desamparo y abandono al encontrarse en el extranjero sin el resguardo y la seguridad que aportan esta clase de servicios, la imposibilidad de atención odontológica inmediata ante la afección sufrida y sus consecuencias, a lo que se suma el disgusto que debió experimentar una vez llegado al país ante la ausencia de respuestas a la compensación pedida mediante múltiples reclamos extrajudiciales, derivando en la necesidad de acudir a la justicia en defensa de sus legítimos derechos.

Fijó, finalmente, una indemnización de quince mil pesos por daño moral, sin mayores explicaciones que las indicadas.

Condenó al pago de intereses a la tasa pasiva del banco oficial desde el 5 de agosto de 2002 hasta el efectivo pago. Impuso las costas causídicas a



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Expediente número: 142.635

los codemandados vencidos en los términos del art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial.

C- La articulación recursiva.

La sentencia fue apelada por todas las partes: el actor lo hizo a fs. 831, el Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. a fs. 836 y Visa Argentina S.A. a fs. 840. Los tres recursos se concedieron libremente, a fs. 832, 837 y 842 respectivamente.

Visa Argentina S.A. fundó su impugnación a fs. 850/854. La réplica del actor obra a fs. 867/870.

Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. expresó agravios a fs. 858/861. La contestación del demandante obra a fs. 873/875.

El actor sostuvo su crítica a la sentencia a fs. 863/865. El Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. contestó el traslado a fs. 876/877 y Visa Argentina S.A. hizo lo propio a fs. 878/880.

D- Los agravios.

D. 1) Dos quejas trae Visa Argentina S.A. a esta segunda instancia, a saber: a) errónea consideración de la posición de Visa y omisión de valorar prueba relevante; b) improcedencia de la indemnización del daño moral por no encontrarse demostrado.

D. 1. a) Entiende que el juez ha hecho caso omiso a la prueba pericial contable producida en la causa de la que resulta que Visa ha resultado del todo ajena a la controversia en debate. Analiza puntual y pormenorizadamente el peritaje contable, del que resulta que el actor en

ningún momento contrató con Visa, y tampoco le realizó imputación alguna a esa parte.

Explica que la circunstancia de que la compañía de seguros se comunicara con Visa a los fines de constatar la vigencia de la cobertura se debe a que el hecho de brindar tal información es uno de los servicios que Visa presta al Banco, y tal información es obtenida justamente de este. Puntualiza que Visa no fue quien ofreció al actor el servicio supuestamente incumplido, no era quien debía prestarlo, no percibió suma alguna en razón del mismo y no colocó su marca en el servicio en cuestión ni tampoco lo promocionó, por lo que no corresponde extenderle la responsabilidad en los términos del art. 40 de la ley 24.240.

D. 1. b) En cuanto al daño moral que se mandó a indemnizar, entiende que más allá de la presunta existencia de los inconvenientes que el actor habría sufrido -los que niega categóricamente-, ha omitido acreditar acabadamente la existencia del daño y su relación causal con los hechos que aquí se ventilan, carga que pesaba sobre él (art. 375 del Código Procesal Civil y Comercial). Entiende que tal prueba pudo haber sido arrimada por el actor, por ejemplo a través de un peritaje psicológico. Tampoco ofreció un peritaje odontológico que hubiera podido resultar dirimente respecto de los daños que dijo haber sufrido en su boca. Achaca al juez haber aceptado la versión del actor sin pruebas que la abonen, basándose exclusivamente en presunciones para formar su convicción y no en hechos probados. Por lo tanto, debió desestimarse la pretensión esbozada.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Expediente número: 142.635

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

D. 2. a) El Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. reputa desajustado a derecho que el juez de primera instancia haya entendido que el desconocimiento del actor respecto de la fecha de caducidad del servicio de asistencia al viajero es el resultado de una omisión imputable al Banco. Entiende que para así decidir se basó en apreciaciones abstractas que se desentienden de las pruebas producidas. Postula que "quedó acreditada la realidad negocial. Inconfrontable en su precisión contractual: Silva no tenía cobertura. Ante la demostración de ello el *a-quo* vira el análisis hacia otro material, menos concreto, menos aprehensible, cual es el comportamiento que asumieron las partes en la oportunidad". Y agrega luego que si decidió abordar ese camino de análisis, no pudo válidamente desentenderse de la prueba producida a ese respecto.

Sostiene que está suficientemente probado, y admitido por el actor, que era un asiduo viajante al exterior, tanto por América Latina como por Europa. No obstante, al absolver posiciones incurrió en contradicciones palmarias que "evidencian que la decisión del juzgador es absolutamente subjetiva. No se entiende cómo Silva niega, inclusive, la suscripción del contrato para la emisión de la tarjeta De la lectura de sus dichos, al absolver posiciones, surgiría que no tuvo cuenta corriente sino caja de ahorro; que nunca cerró ninguna cuenta corriente, que si alguna vez la tuvo fue por razones familiares; que ha tenido cuentas abiertas por la Universidad Nacional del Sur -UNS-, y que no solicitó conservar la tarjeta Visa", de lo que colige que no pudo válidamente creerse protegido por un Seguro de Asistencia al Viajero cuando ni siquiera creía encontrarse vinculado con el

Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. Entiende, en fin, que Silva obró sin tomar precauciones a pesar de tratarse de un viajero frecuente.

D. 2. b) También se duele el Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. de que el juez no haya respetado la doctrina legal de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, según la cual el daño moral en materia contractual debe interpretarse restrictivamente. evitándose atender reclamos que respondan a una susceptibilidad excesiva o que carezcan de significativa trascendencia jurídica, quedando a cargo de quien lo invoca la precisa acreditación del perjuicio sufrido.

D. 2. c) Ambiguamente da a entender que por el carácter "gratuito" del servicio de asistencia al viajero que el Banco venía prestando, el hecho que "el señor Silva no arriesgaba dinero alguno por la utilización del servicio", su estado físico que por su actividad (docencia, viajes, etc.) se presume óptimo, y su sobrada capacidad intelectual que surge del *curriculum vitae* por él acompañado, el actor no estaba en desigualdad de condiciones que permita aplicar una legislación tuitiva, "desdibujando en sentencia las características que le son propias al Derecho del Consumo".

D. 3) El actor, por último, se queja del monto indemnizatorio que le fue concedido.

Postula que sin desconocer la dificultad que conlleva fijar la indemnización resarcitoria del daño moral, su reparación debe buscarse a través de su costo de reversión, es decir por una suma de dinero que permita a la víctima adquirir placeres compensatorios paliativos de la situación por la que debió atravesar.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Expediente número: 142.635

Entiende que si bien el juez sintetizó los perjuicios que siguieron al señor Silva de los incumplimientos de la parte demandada, no han sido debidamente justipreciados. Luego de describirlos y analizarlos en forma parecida a la que lo hizo el *a quo*, entiende que los \$ 15.000 que se le otorgaron no alcanzan para resarcirlos, entendiendo que sólo la cantidad de \$ 30.000 le permitirá, aun cuando extemporáneamente, procurarse placeres compensatorios suficientes como para mitigar el padecimiento sufrido, citando un fallo plenario de este tribunal que justifica otorgar un monto por daño moral superior al solicitado en la demanda.

D. 4) Todos los contendientes contestan los escritos de expresión de agravios de su contraparte, aunque sin aportar novedosos elementos de juicio que merezcan ser particularmente reseñados, sin perjuicio de ponderarlos a la hora de decidir.

E- El análisis de la resolución atacada en función de los agravios expresados.

E. 1) Dado que la responsabilidad atribuida a Visa Argentina S.A. es solidaria pero accesoria, por decirlo de alguna manera, de la del Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. -porque los incumplimientos concretos se atribuyen sólo al Banco-, estableciéndose una condena refleja de Visa Argentina S.A. con fundamento en el art. 40 de la ley 24.240, corresponde en primer lugar atender a los agravios del Banco. Luego se analizarán los de Visa Argentina S.A. y finalmente, si la condena se mantuviera por lo menos respecto de uno de los codemandados, corresponderá tratar la queja de la parte actora.

No obstante este orden lógico, la sentencia es un acto único y en este momento me encuentro en condiciones de adelantar que ninguna de las críticas de los codemandados logra conmover los sólidos argumentos brindados por el Señor Juez de Primera Instancia -Dr. Pablo Federico Bostal-, en una sentencia que demuestra un trabajo concienzudo y preciso que resulta digno de destacar, y que bien podría ser confirmada por sus propios fundamentos en lo que hace a la atribución de responsabilidad.

Sólo reputo algo mezquina la indemnización otorgada, por lo que adelanto que propondré hacer lugar al recurso de la parte actora.

Dada la destacable solidez de la sentencia en cuanto a la atribución de responsabilidad, seré relativamente breve en el tratamiento de los agravios de los codemandados pues, como dije, los propios fundamentos de la sentencia de primera instancia sostienen suficientemente lo decidido.

E. 2) Supongamos que no hay dudas respecto de que Silva no tenía cobertura de asistencia al viajero al momento del siniestro, como se postula en los agravios (lo que no es para nada claro, desde que el juez indicó que existe documentación emanada del Banco que da cuenta de la vigencia de la cobertura hasta el 31 de agosto de 2002, lo que no fue idóneamente rebatido en la expresión de agravios). Asumiendo esa supuesta verdad, cabe coincidir con el Banco en que el juez de primera instancia no puede válidamente desentenderse de la prueba producida respecto del comportamiento que asumieron las partes en cuanto a la información y toma de conocimiento del cese de cobertura; pero ocurre que no se ha producido en la sentencia la desviación que denuncia el Banco. Es que si bien es cierto que el actor era un



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Expediente número: 142.635

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

asiduo viajante y una persona culta, en modo alguno me lleva ello a la interesada conclusión que esboza el apelante. Es verdad que hay contradicciones importantes en la absolucón de posiciones del demandante, e inteligente es el planteo del recurrente al hacerlas notar y buscar desde allí cimentar su conclusión de que el actor no pudo veros  ilmente creer que estaba cubierto por el servicio de asistencia al viajero. Pero aún así no es razonable acompañar al Banco cuando dice que el actor "ni siquiera creía encontrarse vinculado en el Banco de Galicia y Buenos Aires S.A."   A título de qué, tendría entonces, la tarjeta de crédito Visa emitida por el Banco de Galicia en su billetera?   Por qué razón habría requerido, en la emergencia, la prestación del servicio de asistencia al viajero? Veo indudable que el actor mintió en su absolucón de posiciones, lo que puede conllevar un reproche moral; pero su mentira no borra los datos fácticos que est  n más que claros en esta causa: el señor Silva estaba vinculado con el Banco de Galicia y Buenos Aires S.A., quien le había emitido una tarjeta de crédito Visa, e incluso tenía una cobertura de salud, aunque supuestamente vencida en el momento en que pretendió usarla. En realidad, el único desvío que encuentro no fue cometido por el juez, sino por el Banco apelante, al querer aferrarse a una absolucón de posiciones contradictoria -que lo es, de eso no caben dudas- para pretender borrar una responsabilidad que le ha sido correctamente endilgada en base a hechos probados y un incumplimiento del deber de información que tenía para con su cliente, tal como claramente lo describió el magistrado de grado anterior en aspecto de la sentencia que el Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. ni siquiera se atrevió a criticar. Más

todavía, tampoco se hizo cargo del argumento del *a quo* atinente a la existencia de documentación emanada del Banco que daba cuenta de la vigencia del servicio de asistencia al viajero hasta el 31 de agosto de 2002, es decir cuando el requerimiento de cobertura del demandante ya se había producido. Dicho en otras palabras, la mentira del actor en su absolución de posiciones no puede tener como consecuencia (porque ninguna norma legal lleva a semejante conclusión) que la demandada resulte inesperadamente exenta de una responsabilidad que ostensiblemente le adjudica la normativa aplicable en función de los hechos acreditados, tal como correctamente lo sentenció el juez de primera instancia.

Por lo demás, el carácter "gratuito" del servicio de asistencia al viajero que por entonces recibía el actor (que sólo era tal nominalmente, pues sin duda estaba suficientemente cobrado dentro del "paquete" bancario, prueba de lo cual es que dejó de prestarse cuando el actor decidió no conservar su cuenta corriente; además, no cabe presumir tal gratuidad en un servicio que presta un banco, que muy lejos está de ser una entidad de beneficencia) no cambia las cosas, pues gratuito u oneroso, el servicio y la información eran debidos y fueron incumplidos, siendo del caso destacar que el carácter gratuito no excluye la aplicación de la ley 24.240. Por lo demás, la sobrada capacidad intelectual del actor (de la que no dudo), ni su óptimo estado de salud (que sólo presumo), no significan que estuviere en igualdad de condiciones al contratar con un Banco, y mucho menos que tales circunstancias impliquen la inaplicabilidad de la ley 24.240, que regula las relaciones de consumo por el sólo hecho de presentarse sus circunstancias



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Expediente número: 142.635

objetivas, independientemente de la calidad subjetiva de las partes. En fin, el *a quo* no desdibujó "las características que son propias al Derecho del Consumo" sino que, simplemente, aplicó al caso de autos las prescripciones de la ley 24.240, en la que sin dudas encuadra la relación contractual ventilada (art. 1° y siguientes de la Ley de Defensa del Consumidor).

En suma, ha quedado inconvencida la conclusión del magistrado de grado anterior en cuanto a que el Banco ha incumplido el deber de información que tenía a su cargo por aplicación de la ley 24.240: ha brindado insuficiente e inoportuna comunicación al actor del cese de la cobertura del servicio de asistencia al viajero. Este incumplimiento objetivo ha generado un daño -al que inmediatamente me referiré- mediante causalidad adecuada, del que resulta responsable por la presencia de suficiente factor de atribución (el juez le imputó responsabilidad objetiva, pero también culpa en los términos de los arts. 512 y 902 del Código Civil, aspectos de la sentencia que ni siquiera intentó rebatir en esta instancia).

Entrando ya en el aspecto indemnizatorio, tampoco encuentro que el *a quo* haya violado la doctrina legal de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en cuanto al carácter restrictivo con que corresponde otorgar la indemnización del daño moral en el ámbito contractual. Coincido con ese criterio, que se sustenta en la doctrina del art. 522 del Código Civil; pero restricción no es sinónimo de prohibición, y si el perjuicio está suficientemente acreditado, debe ser resarcido.

Sólo por comodidad me hago cargo aquí de los agravios que al respecto ha esbozado también la codemandada Visa Argentina S. A.: el daño

moral ha sido suficientemente probado, tanto como la relación causal con el incumplimiento que se ventila en autos. Es verdad que un peritaje psicológico, e incluso uno odontológico, probablemente hubieran arrojado más luz sobre la cuestión pero, aun así, los hechos efectivamente probados (que ni siquiera están discutidos en esta instancia, como el accidente sufrido por el actor, la denegación de oportuna cobertura y los continuos rechazos del Banco de Galicia S.A. respecto de los reclamos efectuados cuando el demandante ya había regresado a la Argentina) permiten inducir con suficiente grado de certeza que los daños descriptos por el actor fueron efectivamente padecidos. Por lo tanto, a pesar de la ausencia de prueba directa, estimo suficientemente probados por presunciones los perjuicios alegados, por lo que también esta queja merece ser desestimada.

E. 3) Continuando con el análisis del recurso de Visa Argentina S.A. (y digo "continuando" porque en el párrafo anterior ya analicé sus quejas respecto del resarcimiento por daño moral), señalo la inconducencia del embate a la sentencia enfocado en el resultado de la prueba pericial contable producida en la causa. Es cierto y exacto que el Señor Silva no contrató con Visa Argentina S.A., y que tampoco realizó imputación concreta alguna a dicha entidad por el incumplimiento de las obligaciones a su cargo; pero la responsabilidad que se le atribuye no tiene basamento ni en incumplimientos concretos de su parte ni en haber contratado con el actor, sino en la extensión de responsabilidad que por aplicación del art. 40 de la Ley 24.240 le corresponde como integrante de la cadena de comercialización, pues se trata de un daño producido como consecuencia de la incorrecta prestación del



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Expediente número: 142.635

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

servicio. Aún cuando Visa haya brindado a la prestadora del servicio de salud la información proporcionada por el Banco de Galicia y Buenos Aires S.A., no haya ofrecido al actor el servicio, no debiera prestarlo y no percibiera suma alguna en razón del mismo, es objetivamente responsable del daño provocado por el Banco en los términos del art. 40 de la Ley 24.240, siendo irrelevante que no colocara ostensiblemente su nombre en el servicio, porque no hay dudas de que intervino en la cadena de comercialización ya que, sin su función empresarial, el actor no hubiera tenido ni tarjeta de crédito ni servicio de asistencia al viajero pues dicha tarjeta es la que le permite la obtención del servicio en el exterior, bastando recordar que muchas entidades bancarias que carecen de presencia en distintos países del mundo, otorgan tarjetas de crédito bajo la marca "Visa" que -como dice su público y notorio *slogan* publicitario "Vivís en este mundo. Necesitás Visa"- es aceptada en todo el planeta y es el vehículo para que los clientes de bancos sin presencia internacional puedan lograr el acceso a distintos servicios financieros e incluso el de salud a través de la denominada "asistencia al viajero".

E. 4) Finalmente, como adelanté, he de proponer al acuerdo receptar el agravio del actor en cuanto a la indemnización por daño moral.

Digo en primer lugar que desde el dictado por este tribunal del plenario "Scarabotti" (28/11/2013, Libro 34, registro 199) ha quedado establecido que "es posible fijar una indemnización por daño moral por un monto nominal superior a lo solicitado en la demanda", por lo que no configuran un "techo" los \$ 20.000 solicitados al demandar.

Es innecesario repetir aquí los padecimientos sufridos por el actor como consecuencia de la conducta antijurídica del Banco codemandado; me remito, en homenaje a la brevedad, a lo señalado por el juez de primera instancia.

Como bien señala el actor en su expresión de agravios, a fin de transformar en dinero el resarcimiento por daño moral, resulta pertinente utilizar un modelo donde aparezca una fuente tal que permita trocar el sufrimiento por alegría o placer y producir nuevamente la armonización perdida; se trata de encontrar un sucedáneo al estado negativo del sujeto que predomine sobre él y que se vuelva estable en situación de dominación respecto de la estructura en que interactúa (Gherzi, Carlos Alberto: *Daño moral y psicológico*, 2ª edición, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2002, pág. 179/181).

El procedimiento consiste, entonces, en encontrar a la persona damnificada causas externas que le produzcan placeres y alegrías que en alguna medida logren compensar los padecimientos sufridos; remedios para la tristeza y el dolor. Y parece razonable bucear, a tal fin, entre distintos placeres posibles, a saber: el descanso, los viajes, las distracciones, las diversiones, los juegos, escuchar buena música, placeres de la gastronomía, etc. (Iribarne, Héctor Pedro: *La cuantificación del daño moral*, en *Revista de Derecho de Daños n° 6: "Daño Moral"*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, pág. 185 y siguientes).

A la hora de fijar la indemnización por daño moral no es irrelevante la condición económica y social de la víctima, sino todo lo contrario. Poniendo



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Expediente número: 142.635

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

ejemplos hipotéticos extremos, cabe suponer un daño moral “x” causado a una persona “n”. Ese padecimiento puede ser, por ejemplo, una importante lesión con arma blanca que se curó en forma relativamente rápida. Si ese daño se produce en una persona con escasísimos ingresos, que nunca tuvo automóvil ni aspira razonablemente a tenerlo durante el curso de su vida, una indemnización que le permita comprar un automóvil nuevo modesto probablemente será una muy buena indemnización, y esta persona se sentirá realmente gratificada por ello y, aunque imperfectamente, compensado su dolor. Si, en cambio, ese mismo daño se produce en una persona que tiene varios automóviles importados último modelo, la misma indemnización será completamente inapropiada sencillamente porque no cumplirá su finalidad: el dañado no tendrá placeres compensatorios que remedien el daño padecido; simplemente porque dada su condición objetiva, subirse a un automóvil modesto cero kilómetro no le representaría ningún placer, y la utilización de esa cantidad de dinero en otro tipo de bien o servicio de su gusto podría producirle alguna satisfacción, pero ínfima en comparación al daño sufrido.

Estas reflexiones se encuentran avaladas por doctrina de primer nivel que ha señalado, entre muchas otras consideraciones de valiosísimo interés a los efectos aquí tratados, que “La idea central es presentar un modelo abstracto, con los fundamentos teórico-pragmáticos científicos que hemos formulado, y que sirva de referenciamiento para abogados y magistrados. El modelo estructural tiene tres variables que deben combinarse: a) la ubicación temporal del damnificado, en cuanto a su edad cronológica, o mejor aún, determinados períodos de su vida; b) la ubicación en el espectro económico,

social y cultural, es decir, la clase social de pertenencia e identidad, y c) la medición de la intensidad del daño moral por medio de los síntomas... Estas tres variables coordinadas determinan un campo de encuentro, que de alguna manera nos da la posibilidad de medir el daño moral y, en virtud de ello, establecer la comparación con su contradictorio (alegría-satisfacción)...” (Gherzi, Carlos Alberto: “Daño moral y psicológico”, 2ª edición, Buenos Aires, Astrea, 2002, pág. 194/195).

Es que el placer concreto con que debe buscarse compensar a cada damnificado por daño moral está directamente relacionado con los placeres concretos con que esa persona acostumbra a regocijarse, resultando este un elemento importante a tener en cuenta a fin de acercarse a la ansiada pero imposible objetividad a la hora de fijar una indemnización justa. Porque como dice Gherzi, “la disponibilidad de recursos para satisfacer su placer o descanso vacacional, encontrará el límite en aquellos recursos de su clase social” (Gherzi, Carlos Alberto: “Daño moral y psicológico”, 2ª edición, Buenos Aires, Astrea, 2002, pág. 197).

Bajo tales parámetros, es un dato relevante el nivel cultural del actor, que la propia parte demandada se esfuerza en destacar al enaltecer su *curriculum vitae*.

En función de ello, como sucedáneo a los padecimientos del actor suficientemente descriptos por el *a quo*, estimo razonable otorgar como indemnización una suma tal que le permita realizar un viaje como el que realizó y ameritó la necesidad de la prestación del servicio incumplido por la parte demandada, es decir a España, con una relativamente breve estadía en



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Expediente número: 142.635

el lugar, lo que se puede obtener con los \$ 30.000 que propone el actor en su expresión de agravios (nótese que por lo menos la mitad de esa cifra la insume solamente el pasaje aéreo ida y vuelta en clase económica sin contar el trayecto desde Bahía Blanca a Buenos Aires), cifra a la que sugiero elevar la indemnización concedida.

Estableciéndose valores actualizados al día de hoy, los intereses deberán correr a la tasa pura del 4% anual desde el 5 de agosto de 2002 (momento señalado en la sentencia de primera instancia) hasta el día de la fecha para continuar, en adelante, con la tasa pasiva del banco oficial, hasta el momento del efectivo pago.

Salvo con relación al monto indemnizatorio, doy mi voto por la afirmativa.

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DOCTOR PILOTTI DIJO:

Adhiero al voto del Dr. Leopoldo L. Peralta Mariscal.

A LA PRIMERA CUESTIÓN LA SRA. JUEZ DOCTORA CASTAGNO

DIJO:

Adhiero al voto del Dr. Leopoldo L. Peralta Mariscal.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DOCTOR PERALTA

MARISCAL DIJO:

En virtud del resultado arrojado por la votación a la primera cuestión, corresponde confirmar la sentencia dictada en autos en todo lo que decide, salvo en cuanto fija la indemnización correspondiente al actor, que se eleva a la cantidad de \$ 30.000, a la que se adicionarán intereses a la tasa pura del 4% anual desde el 5 de agosto de 2002 hasta el día de hoy para continuar, en

adelante, con la tasa pasiva del banco oficial hasta el momento del efectivo pago.

Tal es mi voto.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DOCTOR PILOTTI DIJO:

Adhiero al voto del Dr. Leopoldo L. Peralta Mariscal.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN LA SRA. JUEZ DOCTORA CASTAGNO

DIJO:

Adhiero al voto del Dr. Leopoldo L. Peralta Mariscal.

Con lo que terminó el acuerdo dictándose la siguiente

SENTENCIA

Y VISTOS: CONSIDERANDO: Que en el acuerdo que antecede ha quedado resuelto que la sentencia apelada se ajusta a derecho en lo que ha sido materia de agravios, salvo con relación al monto indemnizatorio otorgado.

Por ello, el tribunal **RESUELVE:**

Confirmar la sentencia apelada en lo que ha sido materia de agravios, excepto en el monto indemnizatorio que se eleva a la cantidad de \$ 30.000, con intereses a la tasa del 4% anual desde el 5 de agosto de 2002 hasta el día de hoy para continuar, en adelante, con la tasa pasiva del banco oficial hasta el momento del efectivo pago.

Hágase saber y devuélvase.